L'arrêt *S.A.S. c/ France* de la Cour européenne des droits de l'homme

Patrice Rolland

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/rdr/912>

DOI : 10.4000/rdr.912

ISSN : 2534-7462

Éditeur

Presses universitaires de Strasbourg

Édition imprimée

Date de publication : 8 novembre 2016

Pagination : 47-60

ISBN : 978-2-86820-959-7

ISSN : 2493-8637

Référence électronique

Patrice Rolland, « L'arrêt *S.A.S. c/ France* de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue du droit des religions* [En ligne], 2 | 2016, mis en ligne le 11 février 2020, consulté le 19 novembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/rdr/912> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rdr.912>

La *revue du droit des religions* est mise à disposition selon les termes de la Creative Commons - Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale 4.0 International - CC BY-NC 4.0.

L'ARRÊT *S.A.S. c/ FRANCE* DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Patrice ROLLAND

EPHE / CNRS, Groupe Sociétés, Religions, Laïcités (GSRL)

RÉSUMÉ

Une saisine immédiate de la Grande Chambre par une victime potentielle indique l'importance du problème réglé par l'arrêt *S.A.S. c/ France*. La très large majorité acquise par la solution ne doit pas masquer une construction et une argumentation compliquées. Alors que la Cour reconnaît que très peu d'États acceptent d'interdire le voile intégral, elle souligne qu'il n'y a pas de consensus européen sur la question. Pour la première fois dans un arrêt, elle évoque l'existence d'un « choix de société ». La minorité fait remarquer que la Cour n'a pas recherché la possibilité de mesures moins restrictives. Que devient le contrôle juridictionnel de la conventionnalité ? Apparemment maintenu, il est en réalité neutralisé par une conception élargie de l'ordre public et une absence de contrôle de la proportionnalité. Les principes de l'État de droit se sont inclinés devant la démocratie.

ABSTRACT

The immediate referral to the Grand Chamber by a potential victim highlights the importance of the issue raised by the case of *S.A.S. v. France*. The solution adopted by a very large majority should not conceal a complicated construction and reasoning. While the Court honestly admits that very few States agree to ban the wearing of the full veil, it also underlines that there is no consensus in Europe on this issue. For the first time in a judgement, the Court refers to a "choice of society". The dissenting judges note that the Court has not sought to apply less restrictive measures. What about the Court's review of Convention compliance? Apparently maintained, it is actually neutralised by a broader conception of public order and the absence of any proportionality test. The principles of the rule of law have bowed to democracy.

La décision prise par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *S.A.S. c/ France*¹ est importante à plusieurs titres. Elle l'est d'abord en raison des conditions dans lesquelles la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public a été adoptée en France. Après une étude du Conseil d'État très réservée sur sa constitutionnalité², la loi est votée avec un assez large consensus malgré l'abstention d'une partie de la gauche parlementaire³. Elle est déclarée constitutionnelle par la décision 2010-613 DC du 7 octobre 2010 à la suite d'une procédure rare, une « saisine à blanc » du Conseil constitutionnel par les deux présidents des assemblées parlementaires pour garantir immédiatement la constitutionnalité de la loi avant l'usage très probable d'une question prioritaire de constitutionnalité. La Cour européenne se trouvait donc saisie d'une expression de la « volonté générale » particulièrement forte et claire. La principale voix discordante fut celle du Conseil d'État, fondée sur le raisonnement classique du juge en matière de droit des libertés. L'importance de l'affaire n'échappe à personne et se mesure à la saisine immédiate de la Grande Chambre au titre de l'article 30 de la Convention, à la recevabilité de la requête au titre de la « victime potentielle » ou encore au nombre des tiers intervenants⁴. La longueur de la décision et celle de l'opinion séparée marquent assez clairement le sérieux de l'examen de la Cour. Elle est acquise à une très forte majorité de quinze voix contre deux qui contribue à son autorité.

La décision, peut-être à cause de cette importance, apparaît embarrassée. Le débat se porte exclusivement sur le terrain des articles 8 et 9 de la Convention. Le raisonnement de la Cour s'attache en réalité au seul article 9 : « [...] cette interdiction [...] soulève avant tout un problème au regard de la liberté de chacun de manifester sa religion ou ses convictions » (§ 108). Il n'a donc été question que de la liberté religieuse, motif pourtant soigneusement écarté dans la rédaction et lors du vote de la loi en France. Il est vrai que le Gouvernement a admis que la loi peut être vue comme une restriction

1. CEDH, Gde ch., 1^{er} juill. 2014, n° 43835/11, *S.A.S. c/ France*.

2. FRANCE. CONSEIL D'ÉTAT, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, 30 mars 2010.

3. L'adoption à l'Assemblée nationale fut acquise par 335 voix contre 1 mais avec l'abstention du parti socialiste. J. Glavany donnait cette justification : « or nous attendons que le consensus républicain, au cours des étapes ultérieures du débat parlementaire, fasse droit aux réserves que nous avons exprimées et aux arguments que nous avons défendus. » (2^e séance du mardi 13 juillet 2010). L'adoption du texte définitif est acquise au Sénat le mardi 14 septembre 2010 par 246 voix contre 1 et l'abstention de la plus grande partie des partis de gauche.

4. Six dont un seul, le Gouvernement belge, soutient la thèse française. Les autres sont des ONG, dont Amnesty international, toutes hostiles à une loi d'interdiction.

à l'article 9 (§ 81). La démarche de la chambre étonne aussi puisqu'elle commence par souligner que la loi française ne peut être validée au regard des buts classiques de l'article 9 § 2 et que ceci exige une base nouvelle. De fait, le juge européen commence par considérer la loi comme contraire à ceux-ci. Il accepte ensuite d'élargir sa compréhension des buts admissibles. L'opinion dissidente, en contestant que des droits individuels concrets soient sacrifiés à des principes abstraits s'en tiendra à la conception classique des justifications d'une ingérence. Enfin, on pouvait croire, au moment de lire l'arrêt, que son intérêt porterait sur la question de fond, celle de l'interdiction du voile intégral, puisque l'interdiction de masquer son visage ne concerne en pratique que cette situation. Est-elle ou non légitime au regard de l'article 9 ? Or, la décision va éviter le débat sur le fond pour se situer, en réalité, sur le plan des limites du contrôle juridictionnel du juge européen sur les législations nationales.

1. FAUT-IL ÉLARGIR LES BUTS JUSTIFIANT UNE INGÉRENCE DANS LA LIBERTÉ RELIGIEUSE ?

La démarche de la Cour étonne puisqu'elle commence par exclure certaines des justifications couramment évoquées en France pour fonder l'interdiction du voile intégral ; mais, c'est en attendant d'élargir les motifs de restriction.

1.1. LES JUSTIFICATIONS DU GOUVERNEMENT FRANÇAIS NE CORRESPONDENT PAS AUX BUTS CLASSIQUES D'UNE RESTRICTION À LA LIBERTÉ RELIGIEUSE

Le Gouvernement français n'avait invoqué que deux justifications : le respect de la sécurité publique et « le respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte ». Détaillant le contenu de ce « socle minimal », celui-ci avait parlé du respect de l'égalité hommes-femmes, du respect de la dignité de la personne, enfin du respect des exigences minimales de la vie en société qu'il rattache à la protection des droits et libertés d'autrui. La Cour souligne que le texte de la Convention ne connaît que deux restrictions à la liberté de manifester sa religion : le respect de l'ordre public qui synthétise les notions de sécurité, ordre, santé et morale publiques et la protection des droits et libertés d'autrui. Le Gouvernement n'ayant pas invoqué l'ordre public, la Cour en est réduite à interpréter ce qu'implique la

protection d'autrui. Elle rappelle que la liste de l'article 9 § 2 est exhaustive et d'interprétation restrictive.

Ceci permet d'expliquer pourquoi la Cour commence par exclure deux justifications qui figuraient dans le détail donné par la France pour expliquer la notion de « socle minimal ». Le respect de l'égalité entre l'homme et la femme peut justifier une ingérence, mais pas au point de priver la femme de droits qui lui sont reconnus. La Cour objecte ici l'argument le plus classique d'une approche individualiste de la liberté : « sauf à admettre qu'on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux » (§ 118)⁵. En ce qui concerne le respect de la dignité, son caractère essentiel ne suffit pas à justifier une interdiction générale. Le juge européen rappelle plusieurs raisons qui concourent au rejet de ce motif : il existe un droit d'exprimer son identité culturelle au nom du pluralisme ; la dignité est une conception variable ; et le voile intégral n'exprime pas nécessairement une forme de mépris. À cette étape de son raisonnement, la Cour objecte aux arguments français des arguments classiques en droit des libertés, c'est-à-dire des arguments fondés sur une logique de liberté individuelle plutôt que sur une logique de libération.

1.2. LA COUR EST CONTRAINTE D'ÉLARGIR LES BUTS LÉGITIMES DE L'ARTICLE 9 § 2

La démarche de la Cour se montre ici prudente, au moins au premier regard. Si elle accepte d'examiner la notion de « respect des exigences minimales de la vie en société », elle rappelle ici encore des principes classiques qui incitent à la réserve. La notion est « flexible » et il peut en résulter des « risques d'excès ». Elle entend donc procéder « à un examen attentif de la nécessité de la restriction contestée » (§ 122). La Cour va se diviser sur cette possibilité d'une interprétation large de la notion de « protection d'autrui ».

La motivation de la majorité (§ 121-122) semble assez rapide et reposer sur une simple affirmation plus que sur une déduction ou une explication : le « vivre ensemble » peut se rattacher à la protection des droits d'autrui ; la Cour peut comprendre que le visage joue un rôle important dans l'interaction sociale.

5. L'Étude du Conseil d'État concluait de la même façon : « Opposable à autrui, il n'a pas, en revanche, vocation à être opposé à la personne elle-même, c'est-à-dire à l'exercice de la liberté personnelle. » (précit., p. 20).

L'opinion dissidente conteste que la notion de « vivre ensemble » puisse être utilisée par le biais d'un tel rattachement. Elle défend une analyse bien plus stricte du texte de la Convention et plus en conformité avec les principes classiques du droit des libertés. Cette notion est bien trop générale et abstraite pour pouvoir être opposée à des droits individuels concrets. Les deux juges soulignent, en particulier, que cette volonté d'interdiction du voile intégral repose surtout sur « les interprétations de sa signification symbolique » (op. diss. § 6). On court ainsi le risque de se livrer à des débats sans fin dans une société pluraliste. Elle a encore l'inconvénient majeur, d'un point de vue juridique, d'avoir à affronter la propre interprétation de celles qui portent ce voile intégral, autrement dit leur propre liberté individuelle. Les deux juges rappellent, à cet égard, le contenu d'une conception libérale de la société démocratique tel que la jurisprudence européenne le précise dès l'origine et avec constance. Plusieurs principes confirmés depuis longtemps sont concernés par l'interdiction générale de la loi française. Le premier se rapporte à l'un des effets induits du principe de pluralisme : « Il convient de souligner qu'il n'existe aucun droit à ne pas être choqué ou agressé par différents modèles d'identité culturelle ou religieuse, même par ceux qui sont aux antipodes du style de vie traditionnel français ou européen » (op. diss. § 7)⁶. Le second n'est qu'une application évidente du principe de liberté individuelle : « On peut difficilement prétendre que tout individu ait un droit d'entrer en contact avec d'autres personnes dans l'espace public contre la volonté de celles-ci » (op. diss. § 8). L'espace public d'une société de liberté ne saurait exiger une obligation de sociabilité. Le droit, contrairement à l'évidence morale, sociale ou politique ne saurait comme le disait B. Constant rendre obligatoire ce qui doit être volontaire. Cette confusion du droit avec la morale et les mœurs contredit le principe de liberté. En vertu de ce dernier, le citoyen n'est soumis dans l'espace public qu'au respect de l'ordre public et des droits d'autrui. Aller au-delà tend à reconstituer cet ordre public immatériel qu'on appelait autrefois ordre moral.

La division de la Grande Chambre, quoiqu'elle soit très inégale, conserve néanmoins toute sa signification. Elle est à rapprocher de l'attitude d'autres juridictions nationales que l'arrêt a l'élégance d'évoquer. On a cité l'étude

6. À rapprocher de la citation classique tirée de l'arrêt *Handyside* (7 déc. 1976, n° 5493/72) répétée presque *ad nauseam* : « la liberté d'expression [...] vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique" » (§ 49).

du Conseil d'État en France ; on peut y ajouter celle du Conseil d'État néerlandais qui doutait de la nécessité d'une interdiction générale compte tenu des règles existantes qui permettaient d'assurer le respect de l'ordre public (§ 51) ou celle du Tribunal suprême espagnol (§ 47) qui sanctionnait une décision interne car elle ne correspondait pas aux buts légitimes de restriction des libertés. Clairement, la division de la Cour reprend un débat sur la conception de l'ordre public analysé par le Conseil d'État français dans son étude⁷. Deux conceptions s'affrontent : un ordre public matériel, classique car il repose sur une définition négative et un ordre public immatériel qui comprend une définition positive du contenu de la notion. La Cour européenne en admettant la notion de « vivre ensemble » comme une interprétation possible de la notion de protection des droits d'autrui permet aux États d'avoir une définition de l'ordre public qui contient des valeurs obligatoires, c'est-à-dire qui forment un « ordre moral » hors de portée de la volonté libre des individus.

2. LA RECONNAISSANCE D'UNE AMPLE MARGE NATIONALE D'APPRÉCIATION

Dans le cadre de l'article 9 et de la liberté de religion, la Cour reconnaît depuis longtemps une marge nationale d'appréciation pour tenir compte de l'absence de consensus européen en la matière et des sensibilités locales particulièrement vives sur un tel sujet. Avec l'arrêt S.A.S., la Cour semble pousser encore plus loin son autolimitation au point qu'il faille se demander ce que devient son contrôle juridictionnel.

2.1. LE « CAS DE FIGURE » DU « CHOIX DE SOCIÉTÉ »

La notion de « choix de société » qui n'avait connue jusqu'à présent qu'une fortune doctrinale⁸, reçoit pour la première fois une consécration jurisprudentielle. La notion est évoquée à la fin de l'arrêt : « Il apparaît ainsi que la question de l'acceptation ou non du port du voile intégral dans l'espace public constitue un choix de société » (§ 153).

7. V. FRANCE. CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*, p. 24-27.

8. V. dans le même sens GONZALEZ G. et HAARSCHER G., « Consécration jésuitique d'une exigence fondamentale de la civilité démocratique ? Le voile intégral sous le regard des juges de la Cour européenne », *RTDH* 2015, p. 227.

L'invocation doctrinale, sans être très fréquente, n'est pas absolument surprenante. Elle était apparue dans plusieurs affaires françaises. Le juge Fischbach, lors de l'arrêt *Chassagnou c/ France* (29 avril 1999), a considéré que l'article 9 s'appliquait à des convictions écologiques qui constituaient un « véritable choix de société »⁹. Dans l'affaire *Fretté* du 26 février 2002, la Cour citait longuement dans les circonstances de l'affaire les conclusions de Madame Maugué sur la décision du Conseil d'État à l'origine du recours¹⁰. Celle-ci demandait au juge de faire preuve de réserve sur une question qui n'offre aucun consensus. C'est au seul législateur de statuer sur « ce qui constitue un choix de société ». De façon plus proche mais non moins explicite dans une affaire du même genre, *Gas et Dubois c/ France* du 15 mars 2012, le président de la Cour lui-même, Jean-Paul Costa, s'est exprimé dans le même sens : « Mais je ne considère pas que, dans une matière comme celle-ci, qui touche à de vrais problèmes de société, il incombe à la Cour de censurer aussi radicalement le législateur. »¹¹ Un sentiment assez général semble donc émerger pour reconnaître un rôle premier et exclusif au législateur sur les « questions de société ». Il ne semble pas avoir toujours existé. La Cour européenne a développé par

9. « J'estime en effet que les convictions “environnementalistes” ou “écologiques” se rangent parmi celles qui entrent dans le champ d'application de l'article 9 dans la mesure où elles relèvent d'un véritable choix de société. Il s'agit en fait de convictions intimement liées à la personnalité de l'individu et qui déterminent les orientations qu'il donne à sa vie » (opinion séparée de M. le juge Fischbach sur l'article 9).

10. CE, 9 oct. 1996, n° 168342, *Fretté*. L'arrêt de la Cour européenne cite longuement les conclusions à l'audience du 16 septembre 1996 : « Il n'existe donc pas de consensus sur la réponse à apporter à cette question. Ou si consensus il y a, il est plutôt dans la prise de conscience que les droits de l'enfant tracent la limite du droit à l'enfant et que l'intérêt de l'enfant ne s'accommode pas de toutes les évolutions actuelles. Notre conviction est que dans ces conditions, s'agissant d'une question aussi délicate et dont les implications sont davantage éthiques et sociologiques que juridiques, c'est au législateur de prendre position sur ce qui constitue un choix de société : le juge, quant à lui, n'a pas à précéder mais à accompagner l'évolution de l'opinion publique. » (§ 15).

11. CEDH, 15 mars 2012, n° 25951/07, *Gas et Dubois c/ France*, opinion concordante commune. Il ajoutait de façon plus explicite encore : « En réalité, et ce sera ma dernière remarque, la jurisprudence admet qu'il y a des domaines dans lesquels le législateur national est mieux placé que le juge européen pour changer des institutions qui concernent la famille, les rapports entre les adultes et les enfants, la notion de mariage. Je prends un exemple. La question du mariage homosexuel est un sujet de débat démocratique, dans plusieurs pays d'Europe. C'est largement pour cette raison que la Cour, dans un arrêt récent, a préféré exercer un contrôle restreint sur les choix nationaux (*Schalk et Kopf c/ Autriche*, 24 juin 2010). Il me semble que la cohérence de la politique jurisprudentielle commande une démarche aussi réservée dans la présente affaire, même si l'économie de l'article 365 du code civil ne me paraît guère convaincante... Puisse donc le législateur français ne pas se contenter de la non-violation à laquelle nous avons conclu, et décider, si je puis dire, de revoir la question. »

interprétation la notion de vie privée et a imposé d'importantes évolutions sur des questions de société concernant notamment la sexualité. Elle l'a fait à partir d'une logique fondée sur le développement des droits individuels, processus dans lequel le juge s'est arrogé le premier rôle devant le législateur.

Si la notion a acquis une valeur jurisprudentielle, il importe d'en connaître les conditions de reconnaissance. En apparence, on peut en présenter deux : un critère matériel indiquant la gravité de la question, mesurée notamment par l'ampleur des débats, ou marquée par l'ampleur des bouleversements juridiques et sociaux impliqués. À certains égards, ce critère pose les mêmes difficultés que pour la notion de dignité. L'autre critère est celui de l'absence de consensus européen sur la question, notion classique de l'interprétation évolutive de la Convention européenne. S'il existait, le principe est que la Cour est en droit d'imposer la solution aux derniers États réfractaires. Le problème est donc celui des méthodes de constatation de l'absence de consensus. C'est aussi un point sur lequel la division de la Cour se fait¹². L'opinion dissidente rappelle d'abord quels sont les droits qu'il faut prendre en compte pour mesurer un consensus : droit international des traités ; droit comparé ; textes internationaux non contraignants. Sur la question de l'interdiction du voile intégral, le consensus européen est clair et sans équivoque. Le refus de légiférer ou l'absence de législation l'interdisant totalement rassemble 45 États sur 47. Seules, la France et la Belgique en sont partisans et la Cour concède « que la France est dans une situation très minoritaire en Europe » (§ 156). Le Comité des droits de l'homme des Nations unies abonde dans le même sens. La majorité de la Cour fait remarquer que tous les États ne sont pas dans la même situation que la France vis-à-vis de la question. L'argument semble insuffisant, car le refus du voile intégral justifié par « les conditions minimales de la vie en commun » ne nécessite pas que le phénomène atteigne une grande ampleur pour se poser. En réalité, le refus de la majorité de tenir compte d'éléments que l'arrêt expose assez clairement est le signe d'un autre problème. On peut encore avec G. Gonzalez dénoncer « les errements du consensus »¹³. Le problème semble être ailleurs. Le refus de tenir compte de ce qui apparaît malgré tout comme un consensus est à rapprocher de l'arrêt *A. B. et C. c/ Irlande* rendu en Grande Chambre le

12. V. opinion dissidente commune § 19 : « il est difficile de comprendre pourquoi la majorité n'est pas disposée à admettre l'existence d'un consensus européen sur la question de l'interdiction du voile intégral. »

13. Art. précit., p. 227.

16 décembre 2010¹⁴. S'agissant de la liberté pour une femme d'avorter, il paraît difficile de ne pas constater la grande convergence des droits nationaux en Europe pour en garantir l'existence¹⁵. La Cour le fait, mais elle considère que « le consensus observé ne réduit pas de manière décisive l'ample marge d'appréciation de l'État » (§ 236). Elle accorde, en réalité, plus de poids au référendum irlandais de 1983 et à l'état de l'opinion publique irlandaise¹⁶. Autrement dit, elle se situe clairement quoiqu'implicitement sur le terrain d'un « choix de société » qui n'a pas encore été remis en cause en Irlande.

La conséquence d'une reconnaissance de l'existence d'un « choix de société » est immédiatement tirée : « Or, dans un tel cas de figure, la Cour se doit de faire preuve de réserve dans l'exercice de son contrôle de conventionnalité dès lors qu'il la conduit à évaluer un arbitrage effectué selon les modalités démocratiques au sein de la société en cause. » Elle précise encore que sur « des questions de politique générale, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national » (§ 154).

2.2. QUE DEVIENT LE CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ ?

Le résultat de la reconnaissance d'une situation de « choix de société » est clairement énoncé par la Cour et sans équivoque : « En conséquence, notamment au regard de l'ampleur de la marge d'appréciation, [...] la Cour conclut que l'interdiction [...] peut passer pour proportionnée au but poursuivi, à savoir la préservation des conditions du “vivre ensemble” [...] » (§ 157).

14. La Cour entend effectivement se livrer à cette évaluation et rappelle ses principes en la matière : « Reste cependant à déterminer si cette ample marge d'appréciation était réduite par l'existence d'un consensus pertinent. » (§ 234).

15. Le Gouvernement irlandais plaidait l'absence de consensus, mais ceci portait sur la question du début de la vie (CEDH, Gde ch., 16 déc. 2010, n° 25579/05, *A. B. et C. c/ Irlande*, § 186).

16. « À la lumière de ce qui précède, la Cour estime que les sondages d'opinion limités sur lesquels se fondent les première et deuxième requérantes (paragraphe 82-88 et 170 ci-dessus) ne font pas suffisamment apparaître un changement d'opinion du peuple irlandais relativement aux motifs légaux d'avortement en Irlande pour invalider le point de vue soumis par l'État à la Cour concernant la teneur exacte des exigences de la morale en Irlande [...]. En conséquence, la Cour estime que les restrictions incriminées en l'espèce, quoique différentes de celles qui étaient en cause en l'affaire *Open Door*, sont basées sur des valeurs morales profondes concernant la nature de la vie, celles-là mêmes qui s'étaient traduites dans l'attitude de la majorité du peuple irlandais lors du référendum de 1983 et dont nul n'a démontré qu'elles auraient notablement évolué depuis lors. » (§ 226).

Elle peut donc passer pour nécessaire (§ 158). Ainsi, concrètement, la Cour admet qu'une interdiction générale peut avoir un caractère proportionné. Au regard des principes traditionnels du droit des libertés, on peut s'étonner de la validation d'une interdiction générale en ce qui concerne des libertés particulièrement importantes. L'idée de proportionnalité qui rend effectif le contrôle de la nécessité d'une mesure appelle habituellement la recherche de mesures qui portent les atteintes minimales aux droits individuels. Devant une liberté particulièrement importante, celle-ci est commandée par la présomption de liberté au cœur de l'État de droit. Il est donc rare qu'une interdiction générale puisse être considérée comme proportionnée. Il suffit de se reporter aux analyses produites sur la question du voile intégral par les plus hautes juridictions en France, en Espagne ou au Pays-Bas¹⁷. Si on examine de près la démarche de la Cour, elle apparaît extrêmement curieuse et cela jette un doute sur la réalité du contrôle juridictionnel.

En apparence, le contrôle de la Cour est maintenu. Le juge, dans une affirmation circonstanciée, rappelle que les risques qu'une notion flexible fait courir à la garantie des droits « commandent que la Cour procède à un examen attentif de la nécessité de la restriction contestée » (§ 122). De fait, il faut reconnaître que la Cour exclut la possibilité d'une interdiction générale au motif de la protection de la sécurité publique ou au motif du respect de l'égalité entre les hommes et les femmes ou encore de la dignité de la femme. Elle précise que l'interdiction générale ne peut être justifiée qu'au titre du but de protection des conditions du « vivre ensemble » et que la nécessité d'une restriction n'emporte pas nécessairement sa proportionnalité (§ 142). Par ailleurs, la Cour procède longuement (§ 140-153), du moins en apparence, à un examen des arguments sous la forme d'une balance entre des « arguments sérieux » et des « arguments à nuancer » selon ses propres termes. Sont ainsi examinés les arguments de la requérante ou des tiers intervenants qui ont contesté la validité de l'interdiction. Mais cet examen nuancé ne se termine par aucune conclusion directe puisque l'analyse se déplace vers un autre élément, « le choix de société ». Son intervention rend, en fait, inutile tout l'examen balancé des arguments présentés devant la Cour. Le « choix de société » suffit à lui seul à déterminer la solution, d'autant mieux qu'il s'agit d'une interdiction totale qui n'appelle pas l'analyse des circonstances locales.

17. V. par ex. les précisions données par le Conseil d'État dans son *Étude* en ce qui concerne l'exigence de proportionnalité : « les mesures ne doivent pas être excessives dans leur champ d'application matériel, personnel et géographique, et dans leurs effets. » (précit., p. 31).

Il faut donc convenir qu'en pratique le contrôle du juge a été neutralisé. « Or, dans un tel cas de figure [...] » : cette formule, qui fait la liaison entre la reconnaissance du « choix de société » et sa conséquence sur la nature du contrôle, montre qu'il n'existe aucun lien entre l'analyse balancée des arguments qui précède et la déclaration de nécessité et de proportionnalité. La validité de l'interdiction se déduit de la marge d'appréciation qui résulte de la reconnaissance de ce « cas de figure ». L'opinion dissidente a quelques raisons de s'étonner que la majorité n'ait à aucun moment recherché s'il existait des mesures moins restrictives (op. diss. § 24). Une telle déduction a pour effet de transformer *ex post* toutes les analyses des arguments en simples *obiter dicta*. Elles sont au mieux des conseils de prudence et de modération au législateur national : risque d'isoler la femme sanctionnée (§ 146) ; risque de stigmatisation de la communauté musulmane (§ 148) ; risque en légiférant de figer des stéréotypes et de favoriser une intolérance (§ 149) ; prise en compte du traumatisme de la sanction pénale (§ 152) ; mise en balance du pluralisme et de la protection de l'esprit d'ouverture (§ 153). Ces conseils ne suffisent pourtant pas à exclure une interdiction générale dans le temps et l'espace.

3. L'AVENIR DE LA NOTION DE « CHOIX DE SOCIÉTÉ »

Le bilan de l'arrêt du point de vue de la garantie des droits est mitigé. La décision met en circulation des notions difficiles voire impossibles à maîtriser en droit, ainsi que la Cour le reconnaît elle-même, comme le « vivre ensemble » par lequel elle semble valider l'existence d'une « conception juridiquement inédite de l'ordre public »¹⁸ ou encore comme la notion de « choix de société ». Il en résulte une conception élargie des motifs permettant une limitation des libertés. Elle conserve pourtant, en ce qui concerne le but d'ordre public ou celui de préservation de la dignité de la personne, une attitude assez stricte qui prohibe leur usage pour une interdiction générale. On peut se demander à quoi sert ou pourrait servir ce rappel des principes classiques puisqu'ils ne sont applicables qu'en l'absence de « choix de société ». Faudrait-il y voir un avertissement implicite de n'avoir pas à oublier ces principes, même dans le cas d'un choix de société ? Était-il, en sens contraire, logique de faire un tel rappel pour ensuite le neutraliser radicalement ? À moins qu'elle ne reste isolée, de quelle évolution cette décision peut-elle être le signe ?

18. Selon la formule du Conseil d'État (*Étude précit.*, p. 27).

Cet arrêt marque peut-être un tournant important dans l'attitude de la Cour vis-à-vis des questions de société. Elle accepte une autolimitation qui se révèle particulièrement importante. Les arguments de fond ont certes été examinés mais, en fin de compte, de façon purement formelle puisque l'interdiction générale se déduit du seul fait du « choix de société » et n'a pas été justifiée par un argument du type de la gravité des dangers pour la sécurité publique, pourtant bien malheureusement à l'ordre du jour en France, ou pour les droits des autres. Tout repose sur un simple « choix de société » qui a cette puissance exceptionnelle d'entraîner une marge nationale d'interprétation telle qu'elle est capable de justifier une interdiction générale s'agissant de libertés particulièrement importantes.

La motivation de la décision qui est loin de convaincre¹⁹ masque, en réalité, un autre problème presque plus grave. Que peut le juge devant l'expression démocratique de la « volonté générale » ? La Cour a bien souligné dans l'arrêt qu'elle devait « évaluer un arbitrage effectué selon les modalités démocratiques au sein de la société en cause » (§ 154). Dans l'affaire irlandaise du 16 décembre 2010, le Gouvernement avait reproché « aux requérantes d'inviter la Cour à harmoniser des dispositions juridiques diversifiées sur l'avortement et de remettre ainsi en question l'importance avérée et le rôle fondamental du processus démocratique dans chaque pays et l'acceptation d'une diversité de traditions et de valeurs au sein des États contractants » (§ 180). L'État de droit s'effacerait-il devant la démocratie ?

Tout repose en dernier lieu sur la notion de « choix de société » et son avenir. La notion présente deux aspects assez différents et pourrait être d'un usage tantôt positif tantôt négatif en ce qui concerne la garantie des droits et libertés protégées par la Convention européenne. La justification évoquée par Jean-Paul Costa dans l'arrêt *Gas et Dubois* montre à quel point la réserve du juge, sollicité de faire évoluer le droit à propos d'une question de société par le moyen de la seule jurisprudence, rend à la procédure démocratique la plénitude de son rôle. S'il arrive que le débat public se développe à propos d'une affaire judiciaire, devant un parlement il reçoit non seulement la plus grande publicité mais il est tranché par les représentants élus des citoyens ; il peut même être soumis au référendum. Il est légitime que les évolutions sur les questions de société ne soient pas traitées discrètement par des juges dépourvus de la légitimité démocratique. Inversement, ce retrait du juge ne correspondrait-il pas à un déficit de l'État de droit dont il reste la pièce centrale ? L'acceptation,

19. G. Gonzalez et G. Haarscher intitulent interrogativement leur chronique précitée : « Consécration jésuite d'une exigence fondamentale de la civilité démocratique ? ».

exceptionnelle en son temps, d'une juridiction obligatoire en matière de droits de l'homme serait-elle indirectement remise en cause ?

Tout va dépendre de la définition et des critères de la notion de « choix de société ». Si la Cour évite de statuer *in abstracto*, il est évident que ses décisions impliquent souvent une modification de la loi nationale démocratiquement adoptée. Or, toute décision législative pourrait être tenue pour un choix de société posé par la majorité légitimement habilitée par la démocratie. Le choix des critères est particulièrement important. Le critère matériel semble s'imposer, assis sur l'importance des conséquences sociales du choix à faire. Il était implicitement au cœur de l'argument des magistrats qui invoquaient une réserve judiciaire. Le critère formel auquel la Cour a clairement eu recours dans l'affaire irlandaise de 2010 prend appui sur un référendum, une loi de consensus ou encore une expression forte et non douteuse du sentiment collectif. Un tel critère risque d'être invoqué systématiquement par les gouvernements. Comment la Cour fera-t-elle le tri dans les lois votées par une majorité démocratique entre ce qui constitue ou non un choix de société ? Dans le passé, dans combien de cas la Cour a-t-elle imposé à certains États une évolution de leur législation sur des « sujets de société » (égalité successorale, sexualité, mariage...) et pas seulement sur des questions juridiques techniques (conception du procès équitable, etc.) ? On répondra que le consensus européen le permettait. On sait aussi que la Cour en maîtrise la reconnaissance (*S.A.S. c/ France*) voire en suspend la portée (*A. B. et C. c/ Irlande*). La réserve du juge a incontestablement une signification de respect de la démocratie et marque sa prudence et son souci d'éviter l'accusation de gouvernement des juges. Une telle réserve ne sera solidement établie qu'en disposant d'une définition et de critères assurés de la notion de « choix de société ».

Cet arrêt met au jour une dernière interrogation à laquelle il n'est cependant pas de réponse assurée. Le retrait du juge enchante et inquiète tout à la fois le citoyen en démocratie. Il salue la souveraineté de la volonté démocratique qui doit légitimement détenir le dernier mot. Mais il abandonne la fonction de garant de la souveraineté du droit qu'il reçoit de la théorie libérale de l'État de droit. En 1950, le mécanisme de garantie des droits mis en place en Europe comme dans la plupart des démocraties occidentales repose sur la combinaison théoriquement bien improbable de deux formes de souveraineté incompatibles entre elles, celle de la volonté démocratique et celle du droit. On ne résoudra pas cette antinomie qui s'est manifestée récemment en France sous la forme d'un affrontement caractérisé entre le juge et le législateur.

Le vote de la loi interdisant de masquer son visage dans l'espace public en est le plus récent épisode. Mais, déjà, la loi de 2004 sur le port de signes religieux dans l'école publique avait explicitement pour but de contredire la jurisprudence du Conseil d'État sur la notion de signes ostentatoires. En 2010, le législateur adopte sans hésitation l'interdiction générale du voile intégral malgré un rapport du Conseil d'État plus que réservé tant sur la constitutionnalité que sur l'opportunité du projet de loi. Ce conflit entre une volonté politique appuyée sur une justification de type démocratique et une analyse juridique fondée sur les principes de l'État de droit semble se répéter à nouveau. La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), dans une déclaration assez exceptionnelle et après avoir relevé les recommandations concordantes de la CNCDH, de l'Observatoire de la laïcité et du Conseil économique, social et environnemental hostiles à la proposition de loi étendant la neutralité à des structures privées, souligne assez clairement cet affrontement : « Le rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale relève d'ailleurs cette contradiction mais considère que, néanmoins, l'intervention du législateur apparaît nécessaire ! C'est faire bien peu de cas du travail de fond d'institutions dont c'est la mission de veiller à la garantie des libertés et droits fondamentaux et d'alimenter précisément la réflexion du Parlement. »²⁰ La décision de la Cour européenne intervient dans un contexte français et pousse son interprétation vers des constats inquiets que seul un usage précis et prudent de la notion de « choix de société » pourrait écarter.

La notion de « choix de société » sera-t-elle comme les langues d'Ésope ? Le meilleur peut en sortir lorsqu'elle permet au juge de rappeler à la société que ses grandes évolutions doivent être prises par le moyen démocratique, à la fois débat public et décision majoritaire. Le pire est cependant possible, car l'histoire nous a appris que la majorité ne prend pas toujours des décisions respectueuses des droits en général et des droits des minorités en particulier. Le mécanisme européen a institué un juge qui statue de fait en dernier lieu face aux démocraties européennes²¹. On comprend donc sa prudence face à un « choix de société ». Il reste que la Convention a posé en 1950 des droits et libertés face aux États, même démocratiques, dont le juge reste presque le seul garant.

20. *Déclaration pour le retrait de la proposition de loi sur la laïcité*, adoptée en assemblée plénière à l'unanimité moins une voix d'abstention le 19 mars 2015.

21. Comme le juge constitutionnel susceptible d'une éventuelle révision constitutionnelle, il pourrait – hypothèse assez théorique – être limité par une révision du traité ou par un protocole additionnel (de nature interprétative).