

Droit de l'égalité et de la non-discrimination Chronique JEDH - 2014¹

Emmanuelle Bribosia² et Isabelle Rorive³

avec la collaboration de Joseph Damamme⁴

Cette troisième édition, qui porte sur la période de janvier à décembre 2014, confirme la pertinence d'une approche intégrée, transnationale et comparative du droit de l'égalité et de la non-discrimination, faisant fi des frontières entre les ordres juridiques supranationaux. Elle se centre sur trois motifs de discrimination: (I) le genre (II) le handicap, (III) la religion et les convictions, tout en soulignant la progression soutenue de la jurisprudence dans de nombreux domaines.

Si le contentieux relatif aux discriminations religieuses reste encore étonnamment cantonné à la Cour européenne des droits de l'homme, les discriminations fondées sur le genre ou le handicap sont soumises à des forums plus variés : Cour de justice de l'Union européenne, Cour européenne des droits de l'homme, Comité européen des droits sociaux, Comité des droits des personnes handicapées, Comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. Quant aux stratégies mises en œuvre, cette chronique se fait l'écho de la montée en puissance d'organisations qui se mobilisent, de manière transnationale, pour renforcer la liberté religieuse, et ce souvent avec un agenda très conservateur. Enfin l'ouverture des juridictions supranationales aux sources externes reste présente mais souvent de manière implicite ou peu articulée.

I. GENRE

Le motif du genre a donné lieu à une jurisprudence riche et diversifiée en 2014. Outre les questions relatives à la reproduction particulièrement sensibles soumises au Comité des droits sociaux (interruption volontaire de grossesse, point A. ci-après), d'une part, ainsi qu'à la Cour européenne des droits de l'homme et à la Cour de justice de l'UE, de l'autre (gestation pour autrui, point B.), l'on relèvera les modulations de la Cour européenne des droits de l'homme pour appréhender le caractère suspect des différences de traitement fondées exclusivement sur le sexe. En matière de transmission du nom de famille (affaire *Cusan et Fazzo c. Italie*), la Cour de Strasbourg s'inscrit dans la ligne de sa jurisprudence antérieure et réaffirme ce caractère suspect. Elle condamne la

¹ Cette chronique s'inscrit dans le cadre du projet PAI "The Global Challenge of Human Rights Integration: Toward a Users' Perspective" (2012-2017) financé par BELSPO et auquel les auteurs de cette contribution sont partie prenante, en tant que partenaire ULB. Elle bénéficie également du soutien de la Communauté française dans le cadre du projet ARC "Sous le signe du mérite et de la conformité culturelle. Les nouvelles politiques d'intégration des immigrés en Europe" (2012-2017).

² Emmanuelle Bribosia est professeur à l'Institut d'Études européennes et à la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles ainsi que directrice de la section juridique de cet Institut. Elle peut être jointe à ebribo@ulb.ac.be.

³ Isabelle Rorive est professeur à la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles et directrice du Centre Perelman de philosophie du droit. Elle peut être jointe à irorive@ulb.ac.be.

⁴ Assistant de recherche à la section juridique de l'Institut d'Études européennes de l'Université libre de Bruxelles, Joseph Damamme a rédigé la partie II « Handicap et état de santé » de cette Chronique. Il a, en outre, apporté une aide précieuse au recensement des affaires sélectionnées dans la présente Chronique. Il peut être joint à jdammame@ulb.ac.be. Les auteurs tiennent également à remercier Sarah Ganty et Gabrielle Caceres (doctorantes à l'Institut d'Études européennes de l'ULB) pour leur contribution au recensement de la jurisprudence.

législation italienne qui prévoit que seul le nom du père, sans exception, est transmis à l'« enfant légitime »⁵. Une même approche est adoptée par la Cour à l'égard du refus d'octroyer un poste d'officier de sécurité dans l'entreprise publique turque d'électricité au motif qu'un tel poste était réservé aux hommes. La Cour estime ce refus discriminatoire (violation de l'article 8 combiné à l'article 14 de la CEDH) au motif qu'il n'a nullement été démontré que le sexe constituait une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour l'exercice d'une telle fonction⁶. Par contre, la Cour semble nuancer cette position très ferme, dans une décision sur la recevabilité, *M.D. c. Irlande*⁷, en matière de sanction pénale des relations sexuelles en-deçà de la majorité sexuelle qui ne s'applique qu'aux jeunes hommes. Distinguant l'espèce qui lui est soumise des autres différences de traitement qu'elle a jugées suspectes (droit au nom, bénéfice de certains avantages sociaux, obligations civiques, etc., § 35), la Cour souligne ici l'objectif de « protection des enfants contre les dangers d'une activité sexuelle prématurée », poursuivi par la législation pénale irlandaise et qui vise au premier chef le risque de grossesse (§ 36), pour affirmer que les autorités irlandaises n'ont pas dépassé la marge d'appréciation dont elles disposent (§ 43).

La Cour de justice de l'Union européenne constitue assurément un autre forum particulièrement sollicité pour les questions de discriminations fondées sur le genre⁸. Si l'exclusion automatique d'une travailleuse du bénéfice d'un cours de formation en raison d'un congé de maternité - dont la prise était, de surcroît, obligatoire - est classiquement condamnée en tant que discrimination directement fondée sur le sexe⁹, la question de l'extension du bénéfice du congé de maternité aux mères commanditaires qui recourent à une gestation pour autrui emmène la Cour de justice sur des territoires éthiquement délicats. Un décryptage s'impose d'autant plus ici que, dans l'une des deux affaires¹⁰, la discrimination alléguée était non seulement fondée sur le sexe mais également sur le handicap - la mère commanditaire en cause étant atteinte d'une malformation congénitale la privant d'utérus et par conséquent de la possibilité d'avoir un enfant par voie conventionnelle. La Cour de justice s'est toutefois contentée de traiter les deux motifs distinctement et successivement¹¹, à la différence du Comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. Ce dernier, dans une affaire certes très différente relative à une jeune fille sourde et muette ayant été dans l'impossibilité de faire reconnaître son viol par la justice, a opté pour une approche combinant les motifs invoqués, au nom de la particulière vulnérabilité des femmes affectées d'un handicap, dans des communications contre les Philippines, qui constituent un modèle du genre en termes d'approche intégrée (référence aux sources externes) et inter-sectionnelle¹².

⁵ C.E.D.H. (2^{ème} sect.), arrêt *Cusan et Fazzo c. Italie*, 7 janvier 2014 (req. n° 77/07) devenu définitif le 7 avril 2014, §§ 64-67, voy. pour un commentaire, H. Fulchiron (sous la dir.), « Chronique - vie privée et familiale », *J.E.D.H.*, 2014, n°5, pp. 653-654.

⁶ C.E.D.H., (2^{ème} sect.), arrêt *Emel Boiraz c. Turquie*, 2 décembre 2014 (req. n° 61960/08), §§ 48-56. Une telle position est d'ailleurs utile à contraster avec la position de la Cour de justice de l'Union européenne dans les affaires *Johnston et Sirdar* (arrêts *Johnston*, C-222/84, EU:C:1986:206, point 40, et *Sirdar*, C-273/97, EU:C:1999:523, point 25).

⁷ C.E.D.H. (5^{ème} sect.), décision sur la recevabilité, *M.D. c. Irlande*, 16 septembre 2014 (req. n° 50936/12).

⁸ L'on se permet de renvoyer pour ce contentieux à la Chronique de Jean Jacquain dans le *Journal de droit européen* (« Egalité entre travailleurs féminins et masculins - Autres discriminations 'article 19 TFUE' », *J.D.E.*, 2014, p. 391 et suiv.).

⁹ C.J., arrêt *Loredana Napoli*, 6 mars 2014, C-595/12, EU:C:2014:128.

¹⁰ C.J. (GC), arrêt *Z. c. A Government Department et the Board of management of a community school*, 18 mars 2014, C-363/12, EU:C:2014:159.

¹¹ Ce faisant, elle s'est contentée de suivre la manière dont lui étaient adressées les questions préjudicielles par le juge national qui avait distingué les deux motifs de discrimination sans envisager leur combinaison éventuelle.

¹² C.E.D.F., *R.P.B. c. Philippines*, communication n° 34/2011, déc. du 21 février 2014 (CEDAW/C/57/DR/34/2011).

A. Interruption volontaire de grossesse et médecins objecteurs de conscience

Alors que l'importance du droit des femmes à la santé reproductive est soulignée par le Comité sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes depuis plus de 15 ans¹³ et que l'émergence d'un consensus en faveur de l'autorisation de l'avortement au sein des pays du Conseil de l'Europe a été reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme, en 2010, dans l'affaire *A.B.C. c. Irlande*¹⁴, la fragilité de ce droit reste évidente au vu de l'actualité récente dans plusieurs pays européens¹⁵, qui ont pourtant légalisé cette pratique parfois depuis plusieurs décennies.

L'affaire *IPPF EN c. Italie* devant le Comité des droits sociaux, dont la décision a été rendue publique le 10 mars 2014¹⁶, est emblématique de la difficulté de garantir aux femmes un accès effectif et non-discriminatoire aux prestations de soins en matière d'interruption volontaire de grossesse¹⁷. L'affaire fut portée par la Fédération internationale pour le Planning familial – Réseau européen (IPPF EN)¹⁸, devant le Comité des droits sociaux, par le mécanisme de réclamation collective. L'organisation requérante dénonçait à la fois la législation italienne réglementant l'avortement et l'objection de conscience¹⁹ et sa mise en pratique qui, en raison du nombre particulièrement élevé de médecins objecteurs de conscience, aboutit à créer d'importantes difficultés pour les femmes d'accéder aux services d'interruption volontaire de grossesse, spécialement dans certaines régions du Sud de l'Italie. Les principaux griefs étaient tirés d'une violation du droit à la santé (article 11 de la Charte sociale) et d'une discrimination fondée sur le genre, l'état de santé et la situation territoriale ou économique des femmes qui souhaitaient procéder à une interruption volontaire de grossesse.

Après un large tour d'horizon des sources internationales pertinentes (jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, recommandations de l'Organisation mondiale de la santé ou de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, §§ 53-65), le Comité prend soin de circonscrire sa saisine à la question de l'impact de l'organisation des services de santé sexuelle et reproductive en Italie sur l'accès effectif au droit à la protection de la santé. Ce faisant, il évite de prendre position sur les questions controversées du droit à l'avortement ou de l'exercice d'un éventuel droit à l'objection de conscience dans le chef du personnel soignant (§ 68). Sur la base de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²⁰, il relève qu'une fois que les États ont opté pour une légalisation de l'avortement, ils « sont tenus d'organiser leur système de santé de manière à garantir que l'exercice effectif de la liberté de conscience des

¹³ Recommandation générale n° 24 (vingtième session, 1999) « Article 12 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes - Les femmes et la santé ».

¹⁴ C.E.D.H. (GC), arrêt *A.B.C. c. Irlande*, 16 décembre 2010 (req. n° 25579/05), § 235.

¹⁵ Voy. Cl. Gatinois, « Avortement : 28 législations différentes dans l'Union européenne », *Le Monde*, 17 janvier 2014.

¹⁶ C.E.D.S., *Fédération Internationale pour le Planning familial – Réseau européen (IPPF EN) c. Italie*, R.C. 87/2012, décision adoptée le 10 septembre 2013 et prononcée le 10 mars 2014.

¹⁷ Résolution 1607 (2008) « Accès à un avortement sans risque et légal en Europe » de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, § 2.

¹⁸ Il s'agit du réseau régional européen, membre du réseau international des plannings familiaux, qui regroupe 39 associations membres localisées dans l'ensemble de l'Europe dans le but de répondre aux besoins locaux en matière de droits et de santé reproductive et sexuelle.

¹⁹ En particulier l'art. 9, § 4 de la loi n° 194 de 1978 qui régit l'objection de conscience des praticiens hospitaliers et d'autres personnels de santé en matière d'IVG.

²⁰ C.E.D.H. (4^{ième} sect.), arrêt *R.R. c. Pologne*, 28 novembre 2011 (req. n° 27617/04), § 206.

professionnels de la santé (...) n'empêche pas les patients d'accéder aux services auxquels ils ont droit en vertu de la législation applicable » (§ 69)²¹.

IPPF EN s'appuyait sur de nombreuses données chiffrées pour critiquer tant le cadre réglementaire mis en place par la loi italienne que sa mise en œuvre : environ 70 % de médecins et autre personnel soignant étaient objecteurs de conscience (§§ 72-91 et 103-151). Si le Comité souligne que les dispositions de l'article 9, § 4 de la loi 194/1978 constituent, en principe, un cadre équilibré pour atteindre les objectifs qu'elle poursuit (§ 168), il n'en pointe pas moins de nombreuses difficultés pratiques (§ 169), constitutives de manquements dans la prestation de services d'interruption de grossesse en Italie (§ 174) et une violation de l'article 11, § 1^{er} de la Charte sociale²².

IPPF EN invoquait un second grief fondé sur une double discrimination. D'une part, l'organisation du système d'interruption de grossesse en Italie discriminait les femmes sur une base économique et territoriale, étant donné que les difficultés d'accès étaient décuplées dans certaines régions du Sud de l'Italie et touchaient particulièrement les femmes moins aisées (§ 180). D'autre part, les femmes qui, en raison de leur état de santé – tant physique que mental – demandent une interruption volontaire de grossesse subissent une différence de traitement par rapport aux femmes qui ne le demandent pas, qu'elles soient ou non enceinte (§§ 184-185). Cette dernière discrimination, reformulée par le Comité comme une « discrimination fondée sur le genre et/ou sur l'état de santé entre les femmes souhaitant accéder aux procédures légales d'interruption de grossesse et les hommes et les femmes souhaitant accéder à d'autres formes légales d'actes médicaux donc l'accès n'est pas aussi restrictif » (§ 190) a été critiquée par le gouvernement italien et le juge dissident au regard du comparateur retenu²³. Le Comité a, en réalité, contourné l'obstacle du comparateur et opté judicieusement pour une approche inter-sectionnelle de la discrimination alléguée (motifs de discrimination étroitement liés entre eux ce qui constitue « un grief de discriminations se chevauchant, inter-sectionnelles ou multiples »). Il conclut, dans la foulée, à l'existence d'une discrimination dans l'accès des prestations d'interruption volontaire de grossesse qui résulte de l'effet combiné de leur genre, de leur état de santé, de leur situation territoriale et/ou économique (§ 190).

Petros Stangos, dans une opinion concordante, adopte une posture plus radicalement critique à l'encontre du système mis en place par la législation italienne. Au motif que celle-ci « organise un système sophistiqué et officiel d'exercice de contrainte sur la femme, afin qu'elle renonce à l'avortement », il considère, à raison selon nous, que le Comité aurait dû à tout le moins examiner la conformité de la loi de 194/1978 elle-même – et non uniquement ses modalités d'application - avec le droit à la santé, garanti à l'article 11 de la Charte sociale.

²¹ Voy. aussi en ce sens la Recommandation générale n° 24 (vingtième session, 1999) « Article 12 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes - Les femmes et la santé », § 11 (« ... Par exemple, si les professionnels de la santé n'acceptent pas de pratiquer de tels actes parce qu'ils vont à l'encontre de leurs convictions, des mesures doivent être prises pour faire en sorte que les femmes soient renvoyées à des professionnels de la santé n'ayant pas les mêmes objections »).

²² Cette décision du Comité est adoptée par treize voix contre une (opinion dissidente du Président Luis Jimena Quesada et concordante de Petros Stangos).

²³ Refusant une approche inter-sectionnelle, le Président Luis Jimena Quesada critique l'approche suivie par le Comité, notamment sous l'angle de la délicate question du comparateur (§ 15 de son opinion dissidente).

Au-delà de cette condamnation, dont la mise en œuvre s'avèrera délicate en Italie, il importe de souligner l'énorme travail de documentation auquel s'est livrée l'ONG à la source de cette action stratégique. Dans un domaine aussi controversé, les associations oeuvrant à l'effectivité du droit des femmes à l'avortement ne sont évidemment pas seules à utiliser les voies de la justice supranationale. Ainsi, plusieurs organisations nationales ou internationales, en faveur de l'objection de conscience ou « pro life », sont intervenues à la cause pour appuyer le gouvernement italien et défendre la priorité du droit à l'objection de conscience qui serait un droit naturel, inaliénable et l'emporterait sur l'avortement qui ne serait pas un droit fondamental²⁴. C'est également l'optique poursuivie par la *FAFCE* (Fédération des Associations Familiales Catholiques en Europe), dans la réclamation introduite contre la Suède et actuellement pendante devant le Comité des droits sociaux²⁵, où l'absence de cadre légal réglementant l'objection de conscience pour les prestataires de soin en Suède est mise à l'épreuve des articles 11 et E de la Charte sociale européenne. Affaire à suivre donc puisqu'une autre réclamation, introduite par la Confédération générale italienne du travail (*Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL)*), mettant notamment l'accent, sur les discriminations subies en Italie par les médecins non-objecteurs de conscience, est également pendante devant le Comité des droits sociaux²⁶.

B. Gestation pour autrui

En 2014, la gestation pour autrui s'invite devant les prétoires européens de Strasbourg et de Luxembourg à l'occasion de plusieurs affaires localisées dans trois pays qui la réglementent différemment : Royaume-Uni (autorisation), Irlande (silence de la loi) et France (interdiction expresse)²⁷.

La saisine de la Cour européenne des droits de l'homme n'est guère surprenante au vu de l'important contentieux qui s'y développe sur les questions éthiques sensibles relatives aux aspects les plus intimes de la vie privée et de la reproduction. Dans les affaires *Menesson c. France*²⁸ et *Labassée c. France*²⁹, la Cour a prononcé deux arrêts de condamnation sous l'angle de l'atteinte à la vie privée des enfants (article 8 de la CEDH)³⁰. Les autorités françaises avaient refusé de reconnaître la filiation vis-à-vis de parents d'intention qui avaient eu recours à une mère porteuse aux États-Unis, pays où leur filiation avait été établie. L'intérêt supérieur des enfants est au cœur du raisonnement de la Cour qui, après avoir rappelé l'absence de consensus européen tant quant à la légalité du recours à la gestation pour autrui que quant à l'établissement de la

²⁴ Voy. les tierces interventions du Centre européen pour le droit et la justice (ainsi que les observations rédigées à la suite de la décision, disponibles à l'adresse suivante : <http://eclj.org/pdf/Observations-de-IECLJ-décision-du-CEDS-IPPF-c-Italie-1.pdf>) ainsi que celle du *Movimento per la vita italiano* (fédération de plus de six cents groupements locaux, centres de services pour l'aide à la vie dès la conception et maisons d'accueil actives sur le territoire national italien).

²⁵ C.E.D.S., *FAFCE c. Suède*, décision sur la recevabilité, R.C. 99/2013, 10 septembre 2013.

²⁶ C.E.D.S., *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) c. Italie*, R.C. 91/2013.

²⁷ C.E.D.H., (5^{ième} sect.), arrêt *Menesson c. France*, 26 juin 2014 (req. n° 65192/11) (devenu définitif le 26 septembre 2014), §§ 40-42 (« droit comparé »).

²⁸ *Ibid.*

²⁹ C.E.D.H. (5^{ième} sect.), arrêt *Labassée c. France*, 26 juin 2014 (req. n° 65941/11), devenu définitif le 26 septembre 2014).

³⁰ Voy. aussi l'arrêt rendu début 2015 à l'encontre de l'Italie dans une situation où non seulement les liens de filiation avec les parents commanditaires n'avaient pas été reconnus, mais où l'enfant avait été placé dans une famille d'accueil par les services sociaux italiens (C.E.D.H. (2^{ième} sect.), arrêt *Paradiso & Campanelli c. Italie*, 27 janvier 2015 (req. n° 25358/12), non encore définitif.

filiation à l'égard des parents d'intention (*Menesson*, § 78 et *Labassée*, § 57), n'en réduit pas moins la marge nationale d'appréciation au motif que les enfants – qui n'ont pas choisi de naître par ce mode de procréation – voient la substance de leur identité significativement affectée par ce refus de reconnaissance (*Menesson*, § 80 et § 99 et *Labassée*, §§ 59 et 78)³¹.

L'on regrettera qu'alors que l'argument de la discrimination dont seraient victimes les enfants qui ne voient pas leur filiation reconnue en France avait pertinemment été soulevé par les parties requérantes dans l'affaire *Menesson*, la Cour ait botté en touche n'estimant pas nécessaire d'examiner ce grief (§ 108). Il eût été, en effet, judicieux de répondre au gouvernement sur la non comparabilité de la gestation pour autrui en raison de son interdiction en France par rapport aux autres modes de procréation assistée réglementés sur le territoire national (§ 107). À cet égard, qu'il soit permis de rappeler « le principe primordial de l'égalité des filiations (établi de longue date par la Cour européenne) qui veut qu'aucune différence de droits ou de devoirs ne résulte des circonstances de la naissance »³². Ne devrait-il pas être proscrit de reprocher à l'enfant né dans le cadre d'une convention de gestation pour autrui, à l'instar de l'enfant adultérin – l'adultère était une infraction à l'époque -, « des faits qui ne lui sont pas imputables »³³ (§ 105) ?

Plus inédite est l'intervention de la Cour de justice de l'Union européenne, par deux arrêts du 18 mars 2014, dans les affaires *C.D.*³⁴ et *Z.*³⁵, sur la question de la gestation pour autrui, qui ne relève pas en tant que telle des compétences de l'Union européenne³⁶. Dans l'affaire *C.D.*, les requérants avaient légalement eu recours au Royaume-Uni à une convention de mère porteuse, à qui on avait implanté un ovule fécondé avec le sperme du partenaire de la travailleuse. À la naissance, cette dernière avait allaité l'enfant et s'était vu reconnaître l'autorité parentale, aux côtés de son partenaire. Toutefois, son employeur lui avait refusé un congé de maternité. La situation était plus complexe encore dans l'affaire *Z.* Le droit irlandais est, en effet, muet sur la gestation pour autrui et, dépourvue d'utérus, Mme *Z.* avait décidé de conclure une convention de gestation pour autrui en Californie, en vertu de laquelle la mère porteuse s'était vu implanter l'ovule de Mme *Z.* fécondé par le sperme de son mari. De retour en Irlande avec l'enfant, elle avait réclamé l'octroi d'un congé payé à son employeur qui le lui avait refusé, au motif que sa situation n'était couverte par aucun régime existant, que ce soit un congé de maternité ou d'adoption.

Le motif de la saisine de la Cour de justice est évidemment caractéristique du droit de l'Union. Dans les deux affaires, sur renvoi préjudiciel respectivement de l'*Employment Tribunal* de *Newcastle* (affaire *C.D.*) et de l'*Equality Tribunal* irlandais (affaire *Z.*), la Cour

³¹ Pour un commentaire de ces deux décisions, voy. H. Fulchiron (dir.), *op. cit.*, pp. 674-678. Voy. aussi N. Hervieu, « La Cour européenne des droits de l'homme, stratégie juridictionnel face aux enjeux brûlants de société », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 08 septembre 2014.

³² C.E.D.H. (4^{ième}, sect.), arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre*, 13 juillet 2004 (req. n° 69498/01).

³³ C.E.D.H., arrêt *Mazurek c. France* (3^{ième} sect.), 1^{er} février 2000 (req. n° 34406/97).

³⁴ C.J., arrêt *C. D. / S.T.*, 18 mars 2014, C-167/12, EU:C:2014:169.

³⁵ C.J. (GC), arrêt *Z. c. A Government Department et the Board of management of a community school*, 18 mars 2014, C-363/12, EU:C:2014:159.

³⁶ Il ne s'agit toutefois pas d'un phénomène isolé car, comme le souligne Stéphanie Hennette-Vauchez, plusieurs facteurs ont contribué à cette « étonnante percée de la bioéthique en droit de l'Union » (« Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 08 mai 2014).

était interrogée sur le droit d'une mère « commanditaire » de pouvoir bénéficier d'un congé de maternité, tel que garanti par la directive 92/85 aux « travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes »³⁷, ainsi que sur l'éventuelle discrimination fondée sur le genre, interdite par la directive 2006/54³⁸, dont seraient victimes les mères commanditaires en cas de refus de ce congé par leur employeur³⁹.

Sur le premier volet de questions préjudicielles, la Cour, qu'on a connue moins restrictive, considère que « l'attribution d'un congé de maternité (au sens de) la directive 92/85 suppose que la travailleuse en bénéficiant ait été enceinte et ait accouché de l'enfant » (*C.D.*, § 37)⁴⁰. La situation des mères commanditaires ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse ne relevait, par conséquent, pas du champ d'application de la directive, et la Cour de renvoyer aux États membres le soin de décider si cette catégorie de travailleuses bénéficient ou non de ce congé (*C.D.*, §§ 40-42). Cette conclusion apparaît excessivement formaliste et ce, tout particulièrement dans l'affaire *C.D.* où la mère commanditaire avait allaité l'enfant accouché de la mère porteuse. Dans un tel cas, comment ne pas considérer qu'elle entre dans la catégorie des « travailleuses allaitantes » ?

L'approche proposée par l'avocat général Kokott⁴¹ nous paraît plus en phase avec l'évolution de la médecine et de nos sociétés, même si elle n'est pas sans soulever de délicates questions éthiques et pratiques. Elle propose à la Cour d'opter pour une interprétation fonctionnelle, plutôt que biologique moniste, des personnes bénéficiaires de la protection prévue par la directive 92/85 (§ 48). Arguant notamment de l'intérêt supérieur de l'enfant, reconnu à l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (§ 52), elle souligne que « dès lors qu'un État membre reconnaît la gestation pour autrui et ainsi la répartition fonctionnelle du rôle de mère entre deux femmes, il doit en tirer les conséquences qui s'imposent et reconnaître à la mère commanditaire les droits qui y correspondent en ce qui concerne le congé de maternité » (§ 63). Fidèle à cette logique fonctionnelle et non sans audace, elle suggère un partage du congé de maternité entre la mère commanditaire et la mère porteuse (§§ 69-75).

Le second volet de questions préjudicielles a plus directement trait à la discrimination fondée sur le sexe dont seraient victimes les mères commanditaires ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse, et qui se voient refuser un congé de maternité. La Cour commence par écarter l'hypothèse d'une discrimination directement fondée sur

³⁷ Directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, (*J.O.*, L 348 du 28.11.1992, p. 1-8), article 8.

³⁸ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), (*J.O.*, L 204 du 26.7.2006, p. 23-36).

³⁹ Il est à noter que, dans l'affaire *Z.*, la Cour de justice était également interrogée sur l'existence d'une éventuelle discrimination fondée sur le handicap, au sens de la directive 2000/78, du fait de l'absence d'utérus et de l'incapacité corrélative d'avoir un enfant par des moyens non conventionnels. Voy. ci-dessous, nos développements au point II.

⁴⁰ Qu'il soit permis de renvoyer ici à l'analyse très pertinente de Stéphanie Hennette-Vauchez (« Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *op. cit.*) qui souligne que la Cour de justice développe une « construction très stéréotypée de la maternité – tout entière articulée autour des notions de vulnérabilité à la fois physique (état de grossesse) et psychologique (spécificité du lien mère-enfant) des femmes ».

⁴¹ Conclusions de l'avocate général, Mme Juliane Kokott, présentées le 26 septembre 2013, dans l'affaire *C.D. / S.T.*, précitée.

le sexe, au motif que le père commanditaire, à l'instar de la mère commanditaire, ne pourrait bénéficier d'un congé de maternité dans la situation du recours à une mère porteuse (C.D., § 47). Il ne s'agirait pas non plus d'une discrimination résultant d'un « traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse ou au congé de maternité au sens de la directive 92/85 » (article 2, § 2, c) de la directive 2006/54), dans la mesure où la Cour a affirmé que la mère commanditaire n'entrait pas dans le champ d'application personnel du congé de maternité, au sens de la directive 92/85 (C.D., § 53). Enfin, le refus à la mère commanditaire d'un congé payé équivalent à un congé d'adoption ne constitue pas une discrimination fondée sur le sexe au sens de la directive 2006/54 puisque cette dernière « préserve la liberté des États membres d'accorder, ou non, un congé d'adoption » (Z., § 63).

Le résultat auquel aboutit la Cour, à tout le moins dans l'affaire Z., pourrait être résumé par la maxime, quelque peu provocante : « pas d'utérus pas de congé de maternité ». Le raisonnement illustre à l'envi les limites du droit européen de la non-discrimination. D'une part, l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe ne vaut que dans le champ d'application du droit de l'Union qui, il est vrai, aurait pu être délimité plus largement par la Cour. Ceci étant, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux qui aurait permis de dénoncer des discriminations fondées sur d'autres motifs et notamment celles entre mères commanditaires et mères adoptives par rapport au congé d'adoption, n'aurait pas contourné l'obstacle de l'exigence d'un élément de rattachement au droit de l'Union. D'autre part, ériger le père commanditaire en comparateur à l'aune duquel le traitement de la mère commanditaire doit être évalué pour l'accès au congé de maternité revient, comme le souligne Stéphanie Hennette-Vauchez, à poser une équivalence formelle entre paternité et maternité. Une telle équivalence peut réjouir les tenants de l'égalité entre les sexes. Mais peut-on aujourd'hui dépasser les stéréotypes fixant les rôles de genre dans les tâches domestiques et parentales, sans prendre en compte les réalités sociales⁴² ?

L'outil de la discrimination indirecte fondée sur le genre aurait pu s'avérer plus adéquat pour mettre à jour les désavantages liés au refus du congé de maternité pour les parents commanditaires. Ce régime juridique apparemment neutre affecte, en pratique, un nombre plus élevé de travailleurs féminins (C.D., § 48). La Cour ne s'est toutefois pas engagée dans cette voie, au motif que le dossier n'apportait pas la preuve d'un désavantage particulier pour les femmes (C.D., § 49).

II. HANDICAP ET ÉTAT DE SANTÉ

La Convention des Nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées peine à pénétrer les ordres juridiques européens. À quelques exceptions près, on relève sa prise en compte imparfaite ou manquée dans des instances concernant l'interprétation de la notion de handicap (point A), l'aménagement raisonnable (point B) mais aussi l'autonomie et l'intégration des personnes handicapées (point C)⁴³.

⁴² S. Hennette-Vauchez, « Deux poids, deux mesures : GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne », *op. cit.*, § 27.

⁴³ Les problématiques liées aux barrières subies par les personnes handicapées en milieu carcéral ont également retenu l'attention des instances de protection. Concernant spécifiquement les détenus en fauteuil roulant, voy. not. Comité onusien pour les droits des personnes handicapées (« C.D.P.H. »), *X c. Argentine*, communication n° 8/2012, déc. du 11 avril 2014 (CRPD/C/11/D/8/2012) (traitée sous l'angle du concept d'accessibilité de la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées, « CIDPH ») et C.E.D.H., (1^{ère} sect.), arrêt *Semikhvostov c. Russie*, 6

A. - Notion de handicap

L'interprétation de la notion de handicap continue de révéler des différences entre le Comité des Nations-Unies et la Cour de justice de l'Union européenne notamment.

Le Comité onusien des droits des personnes handicapées, dans une communication adoptée contre le Brésil⁴⁴, réitère son approche large de la notion et considère que la catégorie des personnes handicapées englobe celles souffrant d'une incapacité *durable mais ne s'y limite pas*, ce que réfutait le Brésil (§ 6.3). Il n'est pas exclu que le recours à la version anglaise de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées ait pu jouer un rôle dans l'approche inclusive adoptée par le Comité. En effet cette version linguistique précise que « [p]ersons with disabilities *include...* », à la différence de la version française – plus limitative – selon laquelle « [p]ar personnes handicapées, *on entend...* des personnes qui présentent des incapacités [...] durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société [...] ».

L'on se souvient qu'à l'occasion de son arrêt *HK Danmark*⁴⁵, la Cour de justice avait redéfini la notion de handicap de la directive 2000/78, en référence à la Convention des Nations Unies sur les droits des personnes handicapées, tout en optant néanmoins pour une conception limitative de cette notion⁴⁶. L'arrêt *Z.* en matière de gestation pour autrui, commenté ci-dessus⁴⁷, illustre à nouveau l'intégration partielle de la conception onusienne par la Cour de Luxembourg puisque la notion européenne (UE) du handicap est conçue comme une limitation à participer à la vie professionnelle et non, comme le prévoit la notion onusienne, à la société. La limitation du champ d'application de la directive à l'emploi et au travail explique sans doute cette conception plus étroite⁴⁸. La Cour estime que l'incapacité d'avoir un enfant par des moyens conventionnels – Mme *Z.* était atteinte d'une affection grave vu qu'elle n'avait pas d'utérus – n'est pas un handicap au sens de la directive (§ 82), puisque cette affection ne fait pas obstacle, en principe, à sa participation à la vie professionnelle (§ 80), expression qu'elle interprète comme un empêchement « d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser » (§ 81). On peut regretter que la Cour réduise la « participation à la vie professionnelle » à la seule prestation de travail, excluant ainsi les avantages liés au travail⁴⁹, partie pourtant intégrante du contexte professionnel. De l'arrêt *Z.* dont l'impact va bien au-delà du cas d'espèce, la Cour argue du caractère programmatique de la Convention onusienne relative aux droits des personnes handicapées pour écarter son effet direct en droit de

février 2014, req. n° 2689/12 (traitée sous celui de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, art. 3 CEDH).

⁴⁴ C.D.P.H., *S.C. c. Brésil*, communication n° 10/2013, déc. du 2 octobre 2014 (CRPD/C/12/D/10/2013).

⁴⁵ C.J., *HK Danmark*, 11 avril 2013, aff. jtes C-335/11 et C-337/11, EU:C:2013:222, commenté par J. Damamme, « La socialisation de la notion de handicap en droit de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2013, n° 5, pp. 836-858.

⁴⁶ Voy. notre Chronique, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2014, n° 2, pp. 207-208. Dans la version européenne de la notion de handicap, on peut discerner que la durabilité de l'atteinte en est une condition *sine qua non*, voy. *HK Danmark*, §§ 37 à 41.

⁴⁷ Voy. notre commentaire *supra*, au point I.

⁴⁸ Conclusions de l'avocat général, Mr N. Wahl, présentées le 26 septembre 2013, dans l'affaire *Z.*, précitée, § 91.

⁴⁹ « Employment-related benefit » selon l'expression de L. Waddington, in « Not disabled enough: How European Courts filter non-discrimination claims through a narrow view of disability », *J.E.D.H.*, 2015, n° 1, à paraître.

l'Union et refuser d'apprécier la validité de la directive 2000/78 au regard des exigences qui y sont fixées (§ 90).

La condition de l'effet limitatif du handicap est également au cœur de l'affaire *Kaltoft*⁵⁰. Interrogée sur la question de savoir si l'état d'obésité constitue un handicap au sens de la directive 2000/78, la Cour répond qu'il peut relever de la notion s'il entraîne - du fait d'une mobilité réduite par exemple - une limitation à participer à la vie professionnelle (§§ 59-60). La formule semble exclure des personnes perçues comme handicapées (c'est-à-dire limitées dans leur capacité de travail), alors qu'elles ne le sont pas⁵¹. La question de l'inclusion de ces situations dans le champ de la notion européenne de handicap reste donc ouverte⁵². Bienvenue⁵³ est toutefois la précision selon laquelle la notion de handicap « ne dépend pas de la question de savoir dans quelle mesure la personne a pu contribuer ou non à la survenance de son handicap » (§ 56).

B. - Aménagement raisonnable

Une marge d'appréciation particulièrement ample est accordée à la Suède par le Comité des droits des personnes handicapées, dans une affaire portant sur l'interprétation du concept d'aménagement raisonnable⁵⁴, relativement à l'adaptation des systèmes informatiques d'une agence à la quasi-cécité d'un candidat à un emploi. Se contentant d'une évaluation dénuée d'arbitraire ou de déni de justice, le Comité avalise facilement le raisonnement du juge national ayant considéré déraisonnables les aménagements réclamés (§§ 10.4 à 10.6). Avec les auteurs d'une opinion dissidente, l'on regrette que davantage de critères d'appréciation du raisonnable n'aient pas été mobilisés, tels que les mesures d'aides à l'employeur⁵⁵ réductrices des coûts des aménagements, disponibles *in casu* (§ 5 de l'opinion dissidente). Un autre critère cité - les effets positifs des aménagements pour le futur recrutement de candidats malvoyants -, retient l'attention puisqu'il donne une dimension collective à un concept visant, en principe, à répondre à un besoin individuel exprimé *in concreto*⁵⁶.

Dans l'affaire *Glatzel*⁵⁷, la Cour de justice est saisie d'une question préjudicielle en validité d'une disposition de la directive 2006/126 (relative au permis de conduire)⁵⁸ par rapport à plusieurs dispositions de la Charte européenne des droits fondamentaux

⁵⁰ C.J., *Fag og Arbejde c. Kommunernes Landsforening*, 18 décembre 2014, C-354/13, EU:C:2014:2463.

⁵¹ Les personnes obèses ne sont pas épargnées par les stéréotypes, voy. pour un exemple devant les juridictions américaines, *Nedder v. Rivier College*, 944 F. Supp. 111 (D.N.H. 1996) (refus de prolonger le contrat d'un enseignant obèse en raison du fait que les étudiants perçoivent les personnes obèses comme moins disciplinées et inaptées à incarner un modèle de référence).

⁵² Pointée depuis longtemps, voy. not. L. Waddington, « Case C-13/05, *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA* », *C.M.L.R.*, (2007), sp. p. 497.

⁵³ Les personnes obèses sont parfois perçues comme responsables de leur état, voy. Tamar Kricheli-Katz, « Choice-Based Discrimination: Labor-Force-Type Discrimination Against Gay Men, the Obese, and Mothers », *Journal of Empirical Legal Studies*, 2013, pp. 670-695.

⁵⁴ Art. 2 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées. C.D.P.H., *Maria-Louis Jungelin c. Suède*, communication n° 5/2011, déc. du 2 octobre 2014 (CRPD/C/12/D/5/2011).

⁵⁵ Clairement envisagées comme critère d'appréciation par la directive 2000/78/CE, voy. cons. 21.

⁵⁶ Le concept d'accessibilité (*cf.* article 9 de la CIDPH), qui revêt par nature cette dimension collective, est d'ailleurs visé dans l'opinion dissidente (§ 5).

⁵⁷ C.J., *Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern*, 22 mai 2014, C-356/12, EU:C:2014:350.

⁵⁸ *J.O.*, L 403 du 30.12.2006, p. 18 et rectificatif, *J.O.*, 2009, L 19 du 23.1.2009, p. 67.

dont l'article 21 (interdiction de la discrimination, notamment en raison du handicap)⁵⁹. La disposition litigieuse exige de certains candidats à la délivrance d'un permis de conduire une acuité visuelle minimale de 0,1 pour le moins bon des deux yeux, seuil jugé nécessaire par le législateur pour parvenir à arrêter le véhicule au bord de la route en cas de brusque perte de vue de l'autre œil.

Après avoir rappelé sa jurisprudence sur les exigences professionnelles essentielles et déterminantes, telle que développée pour les motifs de l'âge (affaire *Wolf* et affaire *Prigge*⁶⁰) et du sexe (affaire *Johnston* et *Sirdar*)⁶¹ (§ 49), la Cour la transpose au handicap en affirmant « qu'une différence de traitement opérée sur une personne selon qu'elle possède ou non l'acuité visuelle nécessaire pour la conduite des véhicules à moteur n'est pas, en principe, contraire à l'interdiction de discrimination fondée sur le handicap au sens de l'article 21, paragraphe 1, de la Charte, pour autant qu'une telle exigence réponde effectivement à un objectif d'intérêt général, qu'elle soit nécessaire et qu'elle ne constitue pas une charge démesurée » (§ 50). La Cour juge la différence de traitement non discriminatoire car nécessaire et proportionnée à la réalisation de l'objectif de sécurité routière (§ 66). Mettant l'accent sur le large pouvoir d'appréciation du législateur de l'Union pour les questions médicales complexes (§ 64), la Cour souligne que celui-ci avait déjà baissé le seuil minimal (de 0,5 à 0,1), sur proposition d'un comité d'experts, montrant « qu'il s'est efforcé de limiter autant que possible toute atteinte aux droits des personnes souffrant d'une déficience visuelle » (§§ 59 à 62). Alors que le juge de renvoi considère « extrêmement rare » l'hypothèse de brusque perte de vision d'un œil chez les conducteurs de poids lourds (§ 33), la Cour se retranche derrière le constat d'incertitudes scientifiques (§ 66). On épinglera le refus de la Cour de mobiliser l'article 2 de la Convention de l'ONU sur les droits des personnes handicapées qui qualifie le refus d'aménagement raisonnable de discrimination⁶². La Cour justifie sa position par l'absence d'effet direct de la Convention onusienne (§ 69) ainsi que par l'impossibilité de procéder à une interprétation du texte de la directive conforme à cette Convention (§ 71). Tout examen individualisé, caractéristique du concept d'aménagement raisonnable, est ainsi écarté alors que, comme le soulignait le juge de renvoi, lequel visait expressément la Convention onusienne, certaines personnes ont su compenser l'insuffisance visuelle d'un œil, leur permettant de disposer d'une bonne vision binoculaire (§§ 31-32).

C. - Autonomie et intégration des personnes handicapées⁶³

⁵⁹ Voy. aussi les développements sur le fondement des articles 20 (égalité de traitement) où la Cour de justice écarte toute violation de ce principe au motif que les catégories de personnes – conducteurs de poids lourds ou autres conducteurs - ne sont pas comparables, eu égard à l'exigence d'acuité visuelle (§§ 80 à 85) ainsi que ceux relatifs à l'article 26 de la Charte (principe d'intégration des personnes handicapées) où la Cour adopte une vision étroite du principe estimant qu'il « ne saurait, en lui-même, conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel » (§§ 74 à 79).

⁶⁰ Voy. en ce sens, s'agissant de la discrimination fondée sur l'âge, les arrêts *Wolf*, C-229/08, EU:C:2010:3, point 35, et *Prigge e.a.*, C-447/09, EU:C:2011:573, point 66.

⁶¹ Voy. en ce sens, s'agissant de la discrimination fondée sur le sexe, les arrêts *Johnston*, précité, point 40, et *Sirdar*, précité, point 25)

⁶² Notez qu'en droit de l'UE, le refus d'aménagement raisonnable (concept consacré par la seule directive 2000/78) n'est pas expressément une forme de discrimination.

⁶³ Voy. aussi C.E.D.H. (5^{ème} sect.), déc. *Alain Joly et Camille Joly*, 2 septembre 2014 (req. n° 26163/12) (décision regrettable pour l'autonomie des parents handicapés car teintée d'amalgame entre quasi-cécité d'un père et dangerosité pour son enfant de cinq ans) et C.D.P.H., *Liliane Gröninger c. Allemagne*, communication n°2/2010, déc. du 4 avril 2014 (CRPD/C/11/D/2/2010) (violation de plusieurs dispositions de la Convention onusienne sur les droits

Dans l'affaire *Ivinović c. Croatie*⁶⁴, la Cour européenne des droits de l'homme manque l'opportunité d'intégrer des principes dégagés par le Comité onusien des droits des personnes handicapées en matière de reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité⁶⁵. En l'espèce, une personne avait été privée de la personnalité juridique par jugement, en raison de son handicap mental, et dépendait d'un tiers pour en exercer certains attributs (disposer de ses ressources et décider sur son traitement médical). Saisie d'une violation du droit à la vie privée (art. 8 CEDH), la Cour dénonce les déficiences ayant entaché la procédure préalable à la privation de la personnalité juridique (§§ 40 à 45). Elle manque cependant l'occasion de déclarer le régime soumis à son examen, incompatible *per se* avec la Convention⁶⁶. Le Comité des Nations Unies des droits des personnes handicapées⁶⁷ avait pourtant appelé à remplacer ce type de régime, caractéristique, suivant ses termes, d'une « prise de décisions substitutive », par celui d'une « prise de décisions assistée », destiné à accompagner et non à remplacer la personne dans l'exercice de sa personnalité juridique⁶⁸.

Saisi par l'organisation *Association européenne des handicapés*, le Comité européen des droits sociaux⁶⁹ dénonce le non-respect par la France de l'article 15, § 1^{er} (droit des personnes handicapées à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté), en raison de l'insuffisante prise en charge de l'éducation (ordinaire et spécialisée) et de la formation professionnelle des personnes autistes, seul et combiné avec l'article E (principe de non-discrimination) de la Charte sociale européenne. Sous l'angle de cette dernière disposition, le Comité dénonce une discrimination directe envers les personnes handicapées en état de scolarisation en milieu spécialisé (dont font partie les autistes). Il épingle ainsi « l'omission de la France de prendre en compte les besoins spécifiques d'apprentissage et de communication en milieu scolaire de ces personnes sur le territoire national » (§ 135), une politique qui a provoqué le flux de nombreux enfants et adolescents autistes de la France vers la Belgique. En visant l'arrêt *HK Danmark* précité, le Comité conclut également à une discrimination indirecte envers les personnes handicapées (en général cette fois) en raison des effets des contraintes budgétaires appliquées au plan autisme sur l'éducation et la formation professionnelle des personnes autistes (§§ 143-144).

III. RELIGION ET CONVICTIONS

C'est à nouveau la Cour européenne des droits de l'homme qui est, au premier chef, saisie de discriminations religieuses. Outre la reconnaissance d'une discrimination

des personnes handicapées pour défaut de promotion efficace de l'insertion des personnes handicapées sur le marché du travail).

⁶⁴ C.E.D.H. (1^{ère} section), arrêt *Ivinović c. Croatie*, 18 septembre 2014 (req. n° 13006/13).

⁶⁵ Art. 12 de la CIDPH.

⁶⁶ V. David, « *Ivinović v. Croatia: legal capacity and the (missing) call for supportive decision-making* », posté sur *Strasbourg Observers - Blog commenting on developments in the case-law of the European Court of Human Rights*, 23 octobre 2014.

⁶⁷ Dont la pratique a été relayée dans l'affaire par les tiers intervenants (*PERSON Project* et *Mental Health Europe*) auteurs d'une tierce intervention commune, disponible à l'adresse suivante :

<http://www.nuigalway.ie/cdlp/documents/2013%2007%2005%20Ivinovic%20v%20Croatia.pdf>

⁶⁸ Voy. pour un appel récent, C.D.P.H, Observation générale n° 1, Article 12 : Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité, 19 mai 2014, not. §§ 22 à 25.

⁶⁹ C.E.D.S., *Action Européenne des Handicapés (AEH) c. France*, R.C. n° 81/2012, déc. adoptée le 11 septembre 2013 et prononcée le 5 février 2014.

pécuniaire directe à l'encontre de la minorité Alevi⁷⁰, le refus de qualifier de discrimination indirecte les effets défavorables d'une législation fiscale britannique pour la communauté mormone⁷¹, la condamnation sévère du climat d'impunité dont jouissent les auteurs de violence à l'encontre des témoins de Jéhovah en Géorgie⁷², la Cour européenne des droits de l'homme s'est penchée sur la notion de comparabilité dans une affaire relative à la confiscation de substances hallucinogènes tirées de plantes et de vins d'Amazonie⁷³. L'organisation brésilienne requérante plaidait que leur consommation était indispensable au rite de cette communauté et elle se comparait à l'Église catholique romaine et à l'Église protestante où la consommation du vin fait partie de rituels sacrés. La Cour rejette la requête au stade de la recevabilité et constate que le vin n'est pas une substance dont la consommation est interdite par la loi pénale, tout en ajoutant que ces rites diffèrent très sensiblement dans la mesure où l'on n'attend pas de leurs participants de partager des substances psychoactives jusqu'à l'intoxication (§ 54). Le lecteur appréciera les vertus pédagogiques de cette décision.

Plus sérieusement, parmi les arrêts de Grande Chambre particulièrement attendus, la Cour européenne des droits de l'homme s'est à nouveau penchée sur la délicate question des Eglises et des entreprises de tendance et a examiné la conventionnalité de la loi française interdisant à chacun de dissimuler son visage dans l'espace public⁷⁴.

A. – Eglises et entreprises de tendance

En dépit des incertitudes et des controverses qui continuent à entourer la notion d'entreprise de tendance devant les juridictions nationales⁷⁵, la Cour de justice de l'Union européenne n'a toujours pas eu l'occasion de statuer en matière de discrimination religieuse dans l'emploi et l'article 4, § 2 de la directive 2000/78, disposition peu intelligible s'il en est, continue d'être mobilisé par la Cour européenne des droits de l'homme.

L'on se souviendra qu'en 2012, la troisième section de la juridiction strasbourgeoise avait rejeté le recours de Mr. Fernández Martínez, prêtre catholique, marié et père de cinq enfants, enseignant depuis plusieurs années un cours de religion et de morale catholiques dans un lycée public et qui n'avait pas vu son contrat de travail annuel renouvelé⁷⁶. Cette décision était tributaire d'une note de l'évêché de Carthagène, laquelle en raison de « risque de scandale » avait demandé au ministère de l'Éducation

⁷⁰ C.E.D.H. (2^{ème} sect.), arrêt *Cumhuriyetçiegtim Ve Kültür Merkezi Vakfı c. Turquie*, 2 décembre 2014 (req. n° 32093/10).

⁷¹ C.E.D.H. (4^{ème} sect.), arrêt *Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. The United Kingdom*, 4 mars 2014 (req. n° 7552/09) (définitif depuis le 4 juin 2014).

⁷² C.E.D.H. (4^{ème} sect.), arrêt *Begheluri and others v. Georgia*, 7 octobre 2014 (req. n° 28490/02).

⁷³ C.E.D.H. (3^{ème} sect.), arrêt *Fränklin-Beetjes and CEFLU-Luz da Floresta v. The Netherlands*, 16 mai 2014 (req. n° 28167/07).

⁷⁴ Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, *JORF* n° 0237 du 12 octobre 2010 p. 18344.

⁷⁵ Voy. notamment l'emblématique affaire *Baby Loup* qui s'est clôturée par un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation française le 25 juin 2014 (n° 612), relatée par S. Hennette Vauchez et V. Valentin, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, L.G.D.J., 2014. Pour d'autres cas d'espèce, cons. le site du *European network of legal experts in the non-discrimination field* (www.nondiscrimination.net). Aux États-Unis, voy. *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. (2014), et le commentaire critique de J. Morri, « Une pilule dure à avaler : La Cour suprême des États-Unis consacre l'entreprise de tendance à but lucratif », *La Revue des droits de l'homme [En ligne]*, Actualités Droits-Libertés, 10 septembre 2014.

⁷⁶ C.E.D.H. (3^{ème} sect.), arrêt *Fernández Martínez c. Espagne*, 15 mai 2012 (req. n° 56030/07), commenté dans notre Chronique, *J.E.D.H.*, 2013, n° 2, pp. 322-323.

de mettre fin aux fonctions du requérant. En réalité, cette note suivait la publication d'un article de presse dans un journal local sur une réunion du « Mouvement pro-célibat optionnel » qui met en cause les positions de l'Église relatives à l'avortement, au divorce, à la sexualité ou au contrôle de la natalité. Mr. Fernández Martínez y avait été photographié, avec d'autres, accompagné de sa famille, en qualité de membre de ce mouvement (mais non de porte-parole)⁷⁷. Dans son arrêt de Chambre, la Cour fit preuve d'une grande déférence à l'égard du droit des organisations religieuses à l'autonomie. Elle qualifia les circonstances à l'origine du non-renouvellement du contrat de « strictement religieuses »⁷⁸ et limita drastiquement son contrôle au nom du respect des principes de liberté religieuse et de neutralité⁷⁹ (§ 84).

A une très courte et exceptionnelle⁸⁰ majorité de neuf juges (sur les 17 formant le siège), la Grande Chambre de la Cour européenne rejette également la requête. Dans l'examen du conflit entre droits fondamentaux, les intérêts mis en balance sont ceux de l'Église (droit des organisations religieuses à l'autonomie), d'une part, et du requérant (droit à sa vie privée et familiale), de l'autre (§ 123). En s'appuyant sur le cadre offert par l'article 4, § 2 de la directive 2000/78 (§ 138⁸¹), elle effectue un contrôle de proportionnalité plus serré, de nature à mettre certaines balises à l'autonomie des organisations religieuses dans la ligne de ses arrêts *Obst*, *Schüth* et *Siebenaar*⁸² (§§ 132-151). Elle se refuse néanmoins à tirer toutes les conséquences d'une différence essentielle qui sépare l'espèce des trois affaires précédemment tranchées, à savoir le caractère d'autorité publique (et non de communauté religieuse) de l'employeur. Pour la Cour, cet aspect « n'est pas de nature à influencer sur l'étendue du devoir de loyauté qui incombait au requérant vis-à-vis de l'Église catholique » (§ 143). Et d'appuyer cette considération par une étude de droit comparé particulièrement succincte (§ 67) d'où elle tire que « dans la majorité des États membres du Conseil de l'Europe, les Eglises et communautés religieuses concernées ont un rôle codécisionnel, voire exclusif, dans la désignation et le licenciement des professeurs de religion, indépendamment du système de financement – direct ou indirect – de cet enseignement » (§ 143). Enfin, dans la ligne de son arrêt de Grande Chambre *Syndicatul Păstorul cel Bun c. Roumanie*⁸³, la Cour européenne juge que « l'article 9 de la Convention ne garantit aucun droit à la dissidence à l'intérieur d'un organisme religieux ; en cas de désaccord doctrinal ou organisationnel entre une communauté religieuse et l'un de ses membres, la liberté de religion de l'individu s'exerce par sa faculté de quitter librement la communauté »⁸⁴.

⁷⁷ Comp. Comm. E.D.H., déc. *Rommelfanger c. Allemagne*, 6 septembre 1989 (req. n° 12242/86).

⁷⁸ Notre accent.

⁷⁹ C.E.D.H. (3^{ème} sect.), arrêt *Fernández Martínez c. Espagne*, 15 mai 2012 (req. n° 56030/07), § 84. Comp. à l'opinion dissidente critique du juge Saiz Arnaiz siégeant au titre de l'Espagne.

⁸⁰ Voy. notamment C.E.D.H. (GC), *Folgero et autres c. Norvège*, 29 juin 2007 (req. n° 15472/02) ; C.E.D.H. (GC), *Affaire Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013 (req. n° 48876/08).

⁸¹ Voy. aussi les §§ 66 et s. de l'arrêt *Fernández Martínez* du 15 mai 2012, précité.

⁸² C.E.D.H. (5^{ème} sect.), arrêts *Obst c. Allemagne* et *Schüth c. Allemagne*, 23 septembre 2010 (req. n° 425/03 et 1620/03) (définitifs depuis le 23 décembre 2012) ; C.E.D.H. (5^{ème} sect.), arrêt *Siebenaar c. Allemagne*, 3 février 2011 (req. n° 18136/02) (définitif depuis le 20 juin 2011).

⁸³ C.E.D.H. (GC), arrêt *Syndicatul Păstorul cel Bun c. Roumanie*, 9 juillet 2013 (req. n° 2330/09), commenté dans notre Chronique précitée, *J.E.D.H.*, 2014, n° 2, pp. 232-234. L'arrêt de la troisième section rendu le 31 janvier 2012 avait également été commenté dans notre Chronique précitée, *J.E.D.H.*, 2013, n° 2, pp. 321-323.

⁸⁴ Comp. C.E.D.H. (4^{ème} sect.), arrêt *Eweida e. a. c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013 (req. n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10) (définitif depuis le 27 mai 2013), commenté dans notre Chronique, *J.E.D.H.*, 2014, n° 2, pp. 234-235.

Dans une opinion dissidente commune particulièrement critique, les huit juges minoritaires démontent le jugement majoritaire quasiment point par point⁸⁵. Ils proposent en réalité un dispositif alternatif ancré dans ce qu'ils qualifient de « principale question » soulevée par cette affaire : « la réaction de l'État à la décision de l'Église a-t-elle respecté les droits fondamentaux du requérant ? » (point 13). Au caractère par trop absolu de l'autonomie des communautés religieuses, ils opposent le contrôle effectif des effets de la décision de non-renouvellement sur l'exercice des droits fondamentaux du requérant. Par ailleurs, trois juges minoritaires dénoncent le refus de la Cour d'examiner séparément les griefs tirés notamment de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 au nom du droit du requérant à « obtenir une réponse » de la juridiction européenne⁸⁶.

L'importation du modèle américain de la « ministerial exception » (imparfaitement rendue par la traduction « exception pastorale ») est un des enjeux majeurs de cette affaire⁸⁷. L'on se souviendra que dans *Hosanna Tabor*⁸⁸, la Cour suprême américaine avait considéré qu'une enseignante d'une école confessionnelle échappait à la protection du droit fédéral de la non-discrimination (ici, fondé sur le handicap) en raison de la liberté des communautés religieuses de choisir leurs membres. Cette jurisprudence ainsi que deux décisions plus anciennes du Comité des droits de l'homme, dont les faits se distinguent très substantiellement de l'affaire *Fernández Martínez*⁸⁹, sont développées par les parties tierces-intervenantes qui toutes viennent appuyer la thèse de l'État espagnol (§§ 95-101). Aux côtés de la Conférence épiscopale espagnole, l'on trouve non seulement le Centre européen pour le droit et la justice, une organisation chrétienne conservatrice liée à l'*American Centre for Law and Justice* et une habituée du prétoire strasbourgeois, mais aussi l'*American Religious Freedom Program* de l'*Ethics and Public Policy Center*, un think tank néo-conservateur basé à Washington défendant les valeurs judéo-chrétiennes, avec lequel la Chaire de droit des religions de l'Université catholique de Louvain a soumis des observations communes⁹⁰. Une stratégie de contentieux transnational est certainement à nouveau à l'œuvre ici⁹¹.

B. – Le voile intégral à l'épreuve du vivre-ensemble

⁸⁵ Voy. le point 1 de l'opinion dissidente: « Nous avons des points de désaccord sur presque tous les aspects de l'affaire ».

⁸⁶ Opinion dissidente commune aux juges Spielmann, Sajo et Lemmens.

⁸⁷ Voy. S. Smet, « *Fernández Martínez v. Spain: The Grand Chamber Putting the Breaks on the 'Ministerial Exception' for Europe?* », posté sur *Strasbourg Observers – Blog commenting on developments in the case-law of the European Court of Human Rights*, 23 juin 2014.

⁸⁸ *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & School v. EEOC*, 565 U.S. (2012).

⁸⁹ Comité D.H., *Malcolm Ross c. Canada*, communication n° 736/1997, déc. du 18 octobre 2000 (CCPR/C/70/D/736/1997), utilisé à meilleur escient par les 8 juges dissidents, au point 35 de leur opinion commune ; Comité D.H., *William Eduardo Delgado Páez v. Colombia*, communication n° 195/1985, déc. du 23 août 1990 (CCPR/C/39/D/195/1985).

⁹⁰ Cette tierce-intervention commune s'appuie sur une démarche de droit comparé pour plaider que les droits européen et américain de l'autonomie religieuse convergent (accessible en ligne sur <http://religiousfreedomnews.org>). Elle est rédigée par le prof. M.W. McConnell de l'Université de Standford qui a œuvré pour la mise sur pied de la *Standford Religious Liberty Clinic*, première du genre aux États-Unis.

⁹¹ Dans le même sens, voy. notre commentaire de l'arrêt *Syndicatul Păstorul cel Bun c. Roumanie*, 9 juillet 2013 (req. n° 2330/09), dans notre chronique précitée, *J.E.D.H.*, 2014, n° 2, p. 232-234. Sur le développement d'une stratégie transnationale dans le domaine des droits reproductifs, voy. aussi le rapport de A. Hodžić & N. Bijelić, *Neoconservative threats to sexual and reproductive rights in the European Union*, Zagreb, CESI, 2014.

Si des restrictions au port de signes religieux sont régulièrement examinées par des organes européens et internationaux de protection des droits fondamentaux⁹², l'arrêt *S.A.S. contre France*⁹³ est le premier à se pencher sur une prohibition générale du voile intégral qui découle de la loi française du 11 octobre 2010 relative à l'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public. Attendu avec impatience, il a déjà fait l'objet de plusieurs commentaires⁹⁴.

La requérante, de nationalité française, née au Pakistan et musulmane pratiquante, revendique le droit de porter le niqab (voile intégral recouvrant le visage à l'exception des yeux) « lorsque son humeur spirituelle le lui dicte », « pour exprimer sa religion et sa foi personnelle et culturelle » (§ 12). Elle met en question le caractère liberticide d'une législation adoptée, avec le modèle communautariste britannique comme repoussoir, par une Assemblée nationale quasi unanime au nom des valeurs de liberté, d'égalité et de fraternité sur lesquelles repose la devise de la nation française⁹⁵. Confronté à une pratique qui dérange, tant dans sa dimension symbolique que politique, le système de protection européen des droits fondamentaux est mis au défi de dénouer des enjeux particulièrement complexes aux catégories juridiques peu étanches. Du seul point de vue du principe de non-discrimination, l'on songe au respect de l'égalité qui est avancé tant pour justifier l'interdiction (égalité entre les hommes et les femmes) que pour la dénoncer (législation discriminatoire en raison des convictions religieuses). L'on ne peut non plus négliger le caractère inter-sectionnel de la discrimination alléguée⁹⁶ : à tout le moins genre et religion, mais également « race » et religion comme l'ont montré certaines dérives du processus parlementaire qui ne traduisent que trop les nombreuses discriminations dont la minorité musulmane est victime en France. Enfin, le principe d'égalité se décline ici à l'aune de différentes libertés fondamentales (liberté de religion, mais aussi droit au respect de la vie privée et liberté d'expression) qui se recourent partiellement⁹⁷. La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme se saisit de ce recours à bras le corps, en l'examinant sous l'angle de la liberté de religion et du droit au respect de la vie privée ainsi que sous celui du principe de non-discrimination⁹⁸.

⁹² Voy nos chroniques précitées, *J.E.D.H.*, 2013, n° 2, pp. 325-326 et *J.E.D.H.*, 2014, n° 2, pp. 235-237.

⁹³ C.E.D.H. (GC), arrêt *S.A.S c. France*, 1^{er} juillet 2014 (req. n° 43835/11).

⁹⁴ Voy. notamment K. Lemmens, « *Larvatus prodeo? Why concealing the face can be incompatible with a European conception of human rights* », *E.L.Rev.*, 2014, n° 39 (1), p. 47-71 ; L. Burgorgue-Larsen, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (janvier-juillet 2014) », *A.J.D.A.*, 2014, p. 1768-1771 ; G. Gonzalez et G. Haarscher, « Consécration jésuistique d'une exigence fondamentale de la civilité démocratique ? Le voile intégral sous le regard de la Cour européenne », *Rev. trim. dr. h.*, 2015, pp. 219-233. Voy. aussi H. Fulchiron (dir.), *op. cit.*, *J.E.D.H.*, 2014, n° 5, pp. 657-659. Parmi les nombreux blogs qui ont été postés, voy. notamment S. Ouald Chaib et L. Peroni, « *S.A.S. v. France: Missed Opportunity to Do Full Justice to Women Wearing a Face Veil* » ainsi que E. Brems, « *S.A.S. v. France as a problematic precedent* », postés sur *Strasbourg Observers – Blog commenting on developments in the case-law of the European Court of Human Rights*, respectivement les 3 et 9 juillet 2014.

⁹⁵ Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national n° 2262, déposé le 26 janvier 2010 par M. E. Raoult (en ligne sur le site de l'Assemblée nationale), résumé aux §§ 15-17 de l'arrêt. Voy. aussi l'exposé des motifs de la loi française n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 précitée, dont de longs passages sont cités au § 25 de l'arrêt.

⁹⁶ Cette dimension croisée de la discrimination est soulignée par quasi toutes les tierces-interventions en faveur de la requérante (Amnesty international, § 90 ; ARTICLE 19, § 93 ; Centre des droits de l'homme de l'Université de Gand, § 97 ; Liberty, § 99).

⁹⁷ Sur toutes ces questions, voy. notre article, « *Insider Perspectives and the Human Rights Debate on Face Veil Bans* », in E. Brems (dir.), *The Experiences of Face Veil Wearers in Europe and the Law*, coll. Cambridge Studies in Law and Society, Cambridge University Press, 2014, pp. 163-183.

⁹⁸ Le contrôle de la Cour au regard des articles 3, 10 et 11 donnera lieu à des développements très brefs de la Cour (§§ 69-73 et § 163). Le grief tiré d'une atteinte à la liberté d'expression aurait mérité de plus amples développements. En ce sens : opinion en partie dissidente commune aux juges Nussberger et Jäderblom, points 7 et s. ; notre article précité in *The Experiences of Face Veil Wearers in Europe and the Law*, 2014, p. 321-322.

Tout d'abord, à l'instar de sa jurisprudence relative aux lois nationales criminalisant les rapports sexuels consentis entre adultes de même sexe⁹⁹, la Grande Chambre de la Cour reconnaît le statut de victime à la requérante qui, bien qu'elle n'ait fait l'objet d'aucune mesure de contrôle ou de sanction, est mise devant « un dilemme » : se plier à l'interdiction et renoncer à se vêtir conformément au choix que lui dicte son approche de sa religion ou s'exposer à des sanctions pénales (§ 57).

La Cour se livre ensuite à « un examen approfondi » (§ 114) des objectifs poursuivis par le Gouvernement français pour justifier une ingérence dans le respect du droit à la vie privée et la liberté religieuse. Si la protection de la sécurité publique constitue un objectif légitime, elle ne résiste pas au test de proportionnalité. Le Gouvernement ne peut se targuer d' « un contexte général de menace pour la sécurité publique » (§ 139). Du reste, la requérante n'entend pas se soustraire aux contrôles d'identité qui s'imposent à tous dans la vie quotidienne. L'essentiel du contrôle de la Cour va alors se centrer sur le deuxième objectif avancé par le Gouvernement français, à savoir « le respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte » qui renvoie à trois valeurs rangées, pour les besoins de la cause, dans la catégorie « protection des droits et libertés d'autrui » (§ 114). L'on trouve ainsi mis côte à côte le respect de l'égalité entre les hommes et les femmes, celui de la dignité des personnes ou les exigences minimales de la vie en société. Alors que la Cour avait pu affirmer que le voile (hidjab) est un symbole religieux « difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes »¹⁰⁰, elle se refuse, s'agissant du niqab, à suivre le Gouvernement dans sa justification féministe. L'accent est mis sur l'autonomie de la requérante qui s'inscrit dans un modèle libéral où l'on ne saurait « prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux » (§ 119). Le même sort est réservé à la dignité des personnes « qui ne peut légitimement motiver l'interdiction générale du port du voile intégral dans l'espace public ». Si la Cour reconnaît que cette pratique est perçue comme « étrange par beaucoup », elle n'en est pas moins « l'expression d'une identité culturelle qui contribue au pluralisme dont la démocratie se nourrit ». Et de souligner « la variabilité des conceptions de la vertu et de la décence appliquées au dévoilement des corps » (§ 120)¹⁰¹.

Le « respect des exigences minimales de la vie en société » reste donc seul en lice et justifiera finalement l'atteinte aux droits fondamentaux de la requérante. La Cour admet ainsi le rôle joué par le visage dans l'interaction sociale¹⁰², sans reprendre l'interprétation fantaisiste, voire embarrassante, de Lévinas¹⁰³ come justification

⁹⁹ Voy. notamment C.E.D.H. (Cour plénière), arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981 (req. n° 7525/76) et arrêt *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988 (req. n° 8225/78).

¹⁰⁰ Voy. notamment C.E.D.H. (GC), arrêt *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005 (req. n° 44774/98), § 111.

¹⁰¹ A cet égard, comparez avec l'absence de condamnation du Royaume-Uni dans une affaire où la Cour a considéré que les multiples condamnations et peines d'emprisonnement en Écosse pour nudité en public n'ont pas porté atteinte à la liberté d'expression du requérant (C.E.D.H. (4^{ème} section), arrêt *Gough v. United Kingdom*, 28 octobre 2014 (req. n° 49327/11)).

¹⁰² Elle distingue, sur cette base (§ 136), son arrêt *Ahmet Arslan v. Turkey*, 23 février 2010 (req. n° 41135/98) (définitif depuis le 4 octobre 2010).

¹⁰³ Voy. le Rapport d'information n° 2262, déposé le 26 janvier 2010, précité, p. 116 et s. (au titre de « Le visage, miroir de l'âme' (Emmanuel Lévinas) »). On ne saurait, en effet, confondre le Visage lévinassien, qui relève de l'Éthique, avec le visage en chair et en os. En ce sens, voy. notamment E. Lévinas, *Éthique et infini : dialogues avec Philippe Nemo*, Paris, Fayard, 1982, p. 79-80 ; *Humanisme de l'autre homme*, Paris, Le livre de poche, 1972, p. 52-53. Nous remercions très vivement Grégory Lewkowicz pour ces références et les discussions stimulantes que nous avons partagées sur cette question.

philosophique du vivre-ensemble. Ce faisant, elle concède toutefois que le nombre de femmes concernées est faible (§ 145) et que « de nombreux acteurs internationaux comme nationaux de protection des droits fondamentaux considèrent qu'une interdiction générale est disproportionnée » (§ 147). Elle se dit également préoccupée par les propos islamophobes qui ont marqué le débat précédant l'adoption de la loi française du 11 octobre 2010 et qui sont de nature à renforcer les stéréotypes et l'intolérance (§ 149). Mais la Cour s'en tire par une pirouette en posant que « l'acceptation ou non du port du voile intégral dans l'espace public constitue un choix de société » (§ 153) et, de manière pour le moins discutable¹⁰⁴, qu'il n'y a pas de consensus européen sur la question. N'est-ce pas son rôle de questionner les choix de société (de la majorité) pour protéger les minorités ? Bien évidemment, le réalisme politique est à l'œuvre ici et il est difficile de jeter la pierre à la Cour. À l'heure où son autorité, voire sa légitimité, est remise en question par de nombreux États, avait-elle réellement la possibilité de fustiger une loi nationale adoptée à la quasi-unanimité et présentée comme un élément d'identité nationale de la patrie des droits de l'homme ? Sans compter le contexte géopolitique et les actes de violence commis au nom d'un islamisme radical et sans concessions.

Ceci étant, sous l'angle de la discrimination, l'on ne peut s'empêcher de penser que la Cour est passée « à côté » des enjeux juridiques. Affirmer que l'interdiction n'est pas fondée « sur la connotation religieuse des habits visés mais sur le seul fait qu'ils dissimulent le visage » (§ 151), c'est faire preuve d'un raisonnement extrêmement formel après avoir retracé un processus parlementaire qui indiquait clairement que l'interdiction du niqab (et de la burqa) constituait la *ratio legis* de la législation (§§ 15 et s.). Quant à la discrimination indirecte dont le maniement n'est encore qu'à ses balbutiements dans de nombreux États européens, on peut se féliciter que la Cour admette les effets préjudiciables de la loi sur la situation des femmes musulmanes qui, pour des motifs religieux, souhaitent porter le voile intégral dans l'espace public (§ 161). Sans surprise, la différence de traitement est justifiée au même titre que l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée ou la liberté religieuse. De manière quelque peu ironique, le « vivre-ensemble » fonde finalement l'obligation pour la requérante de retirer son niqab si elle veut accéder à l'espace public. Pour Marie-Bénédicte Dembour, « reading the judgment, one might get the impression that entering the public sphere means participating in a sort of big dance, where everyone joins in and talks to each other in equal terms and with equal enthusiasm »¹⁰⁵. Est-ce une vision réaliste de l'espace public ? Ne peut-on s'inquiéter du développement d'une notion du vivre-ensemble qui tend à lisser les différences et à éviter la déconstruction de ce qui est diabolisé chez l'Autre. Pour s'en convaincre, il suffit d'appliquer le raisonnement de l'arrêt *S.A.S* aux contentieux qui concernent l'exclusion du corps social des minorités sexuelles, des Roms, des étrangers, etc.

¹⁰⁴ En ce sens, voy. également l'opinion en partie dissidente commune aux juges Nussberger et Jäderblom dans l'arrêt *S.A.S*, précité, point 19.

¹⁰⁵ M.B. Dembour, « Life under the French veil ban is nothing like 'living together' », in *The Conversation*, 15 juillet 2014 (en ligne).