

Olivier de Frouville, « Le jugement cosmopolite : réflexions sur l'éthique de la pratique juridictionnelle. A propos des "affaires du niqab" devant la Cour européenne des droits de l'Homme et le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies », in Valentine Zuber (dir.), *Histoire et postérité de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Presses universitaires de Rennes, à paraître en 2021.

Ce propos s'inscrit dans une réflexion à plus long cours sur ce que, faute de mieux, j'appelle une « éthique de la pratique juridique ». Par ces termes je désigne les normes éthiques qui gouvernent l'activité du praticien du droit. Par « pratique juridique », j'entends les activités sociales qui participent à la création des normes juridiques ou à leur application. On peut aussi parler d'« activité sociale juridique ». Je me propose donc de réfléchir à une éthique du « faire juridique »¹. Il s'agit notamment de savoir quelles sont les normes que je m'applique à moi-même lorsque je suis engagé dans une pratique juridique. Ces normes ne renvoient pas à des prescriptions comme des normes morales ou juridiques, mais décrivent plutôt des attitudes, des manières d'être, ou plutôt des manières de faire, des styles.

1. Le « faire juridique »

On regarde trop souvent le droit comme quelque chose de relativement abstrait et théorique (un ensemble de normes), plutôt que comme une activité sociale, alors que je soutiens que le droit est avant tout une pratique : autrement dit, il y a un « faire » du droit qui est négligé dans la dogmatique juridique. On *fait du droit* comme un artisan-ébéniste travaille le bois, comme un architecte dessine les plans d'une maison ou comme on pratique l'équitation.

Les enseignants qui ne sont pas en même temps praticiens (qui sont de purs théoriciens si on veut) enseignent non pas le droit, mais un *discours* sur le droit. Alors qu'enseigner le droit au sens strict devrait plutôt vouloir dire : enseigner à *faire* du droit, comme on enseigne à fabriquer un meuble ou à pratiquer un sport.

Il y a trois sortes d'« activités sociales juridiques ». Georges Scelle parlait de trois catégories de fonction sociales qui sont en même temps les activités juridiques de base :

Le « fabriquer le droit » - l'activité législative.

Le « dire le droit » - l'activité juridictionnelle.

Le « mettre en œuvre » le droit – l'activité exécutive.

A ces trois activités il faut en ajouter une quatrième, le « interpréter le droit », l'activité herméneutique, qui est *intégrée* aux trois autres activités, car :

- tout *processus de création d'une règle nouvelle* implique d'en interpréter d'autres (car toute règle s'insère dans un *système préexistant*, voire dans une hiérarchie normative préexistante) ;

- toute activité juridictionnelle *et* toute activité exécutive², impliquent de subsumer le cas particulier sous la règle générale – ces deux activités sont des activités d'individualisation des normes générales – et toute individualisation implique une interprétation car la règle générale ne contient jamais en soi son application au cas particulier. Comme l'a montré Kelsen, il y a création d'une nouvelle « norme individuelle » à partir de la

¹ On pourrait alternativement s'intéresser aussi à une *éthique de la dogmatique juridique*, c'est à dire aux normes éthiques qui s'imposent dans l'activité du chercheur, de l'enseignant, c'est à dire de celui qui produit un discours sur le droit et qui a pour vocation non pas seulement de le décrire, mais de lui donner sens, de le systématiser pour en donner une présentation cohérente. Je pars du principe que les deux activités (dogmatique et pratique) sont différentes, sans développer ce point (qui mériterait de l'être) et que par conséquent les normes éthiques qui s'appliquent à l'une et à l'autre sont – au moins en partie – distinctes.

² Ce qui différencie l'activité exécutive de l'activité juridictionnelle, c'est que dans cette dernière l'individualisation de la norme intervient à l'occasion d'un différend en lien avec l'application du droit. L'activité exécutive a pour objet l'application du droit, l'activité juridictionnelle a pour objet le règlement d'un différend au sujet de l'application du droit. Les deux procèdent par individualisation de la norme générale.

norme générale – il y a donc, comme dans toute activité herméneutique, une part plus ou moins grande de création imputable à l'interprète³.

2. L'éthique de la pratique juridique

Certaines des règles de cette éthique découlent de règles ou de principes juridiques. Par exemple, le principe juridique d'impartialité du tribunal se traduit par une pratique qui se décline en règles très concrètes de comportement – jusque dans la manière dont on s'adresse au justiciable. On peut saisir intuitivement ce qu'implique l'« apparence d'impartialité » exigée par le principe juridique, mais la règle juridique ne contient pas en elle-même des prescriptions s'appliquant au comportement que le juge doit adopter dans différents contextes. En fait la règle juridique trouve son prolongement dans une éthique, c'est-à-dire les règles que les juges s'imposent à eux-mêmes dans leurs comportements et leurs manières de faire pour respecter la prescription d'impartialité. Ces règles ne sont pas contenues dans les codes ou les conventions. Elles ressortent éventuellement de la jurisprudence dans son application du principe au cas par cas. Par exemple, une attitude du juge qui manifeste une préférence pour une partie au procès pourra être jugée comme une violation du principe d'impartialité subjective et sanctionnée. En tant que juge, je peux en déduire que, à l'avenir, dans ma conduite à l'audience, je devrai éviter toute marque de préférence à l'égard d'une des parties, par exemple taper sur l'épaule d'un justiciable et regarder méchamment la partie opposée. Aucune règle juridique ne prescrit que je ne dois pas me comporter de la sorte. C'est une règle éthique qui se dégage de la lecture d'une application à un cas particulier du principe. Mais cette règle, je pourrais tout aussi bien l'avoir tiré de mon expérience, « sur le tas », par exemple de l'observation attentive, pendant ma période de stage, de l'attitude et du comportement de mes collègues plus anciens.

D'autres règles éthiques ne sont pas du tout liées à des règles juridiques, même si les comportements qu'elles prescrivent sont compatibles avec les règles juridiques. On s'aperçoit alors qu'il y a plusieurs éthiques possibles, qui correspondent aussi à des attitudes ou à des « styles » de juge. C'est-à-dire que les personnes qui adoptent ces attitudes, ces manières de faire, cherchent toutes à correspondre à la compréhension qu'elles ont de ce qu'un juge doit être et de ce en quoi consiste la fonction de juger, y compris en partant des textes applicables, mais pas seulement.

La question de l'éthique de la pratique juridictionnelle peut s'intéresser au juge qui applique une règle générale à un cas individuel. Une telle application soulève potentiellement une foule de questions éthiques qui tournent justement autour de cette opération d'individualisation, autrement dit autour de la question de savoir comment je dois me comporter lorsque j'opère ce passage de la prescription générale à la règle individuelle. Par exemple, on pourrait identifier plusieurs « styles » de juge pénal. On devrait être en mesure de repérer des différences d'éthique dans l'application différenciée que font les juges pénaux de la règle (juridique) selon laquelle *le doute profite à l'accusé*. Bien que je n'aie pas fait d'étude sur cette question en particulier, j'imagine qu'on devrait pouvoir classer les juges entre ceux qui tendent à donner une large place à ce principe et à le faire jouer autant que possible, et d'autres qui privilégient dans leur éthique la défense de la société ou des victimes, et tendent à diminuer la place du doute, en accordant par exemple plus de valeur probante à un témoignage que ne l'aurait fait un autre juge etc. Il faut distinguer ces différences de « style » du comportement du juge qui détermine la solution du litige en fonction de ses convictions politiques ou religieuses. L'éthique de la pratique juridictionnelle n'est pas le produit direct d'une conviction, même si on pourrait dire qu'une conviction s'y retrouve de manière médiate. Par exemple, lorsqu'un juge pénal adopte un

³ Cette activité herméneutique peut être *individuelle* : par exemple, je suis dans une délégation étatique ou ONG lors d'une négociation internationale, et je suis amené à prendre position, à formuler une position sur une proposition de la part d'une autre délégation – par exemple portant sur l'interdiction et la pénalisation du blasphème... Cette activité herméneutique peut se déployer aussi sur un *mode collectif* et elle devient alors *activité argumentative*, c'est à dire l'activité sociale juridique consistant à faire se croiser, à faire s'opposer, à faire rentrer en conflit et en discussion différentes interprétations d'une même norme.

En fait, si l'on renonce une bonne fois pour toute à penser que le droit est fondé sur la Raison – si l'on accepte que le Droit est plutôt le fruit d'une activité délibérative, que le fondement du droit se trouve dans une activité sociale qui est la *communication*, alors on doit admettre, me semble-t-il, que toute activité herméneutique, même lorsqu'elle émane d'un sujet individuel (le juge) est en fait le produit d'un *processus argumentatif* (le juge émet sa décision à l'issue d'un procès contradictoire, le législateur adopte une nouvelle norme à l'issue d'un débat parlementaire et, au-delà d'un débat au sein de la société...).

style « répressif » ou au contraire « clément » dans son application du droit pénal, ce style n'est pas la traduction immédiate mais seulement médiate de ses convictions (par exemple qu'il faut défendre la société contre les délinquants ou, à l'inverse, que tout délinquant est quelque part une victime). Le juge est une personne qui remplit une fonction définie et encadrée juridique : il ne peut pas juger en dehors de ce cadre ; la personne qu'il est, avec ses convictions personnelles, est en au moins en partie évincée par la fonction. Dès lors, son « style » sera toujours le résultat non de ce qu'il est comme personne, mais de l'interprétation qu'il donnera de sa fonction (juridiquement définie et encadrée) – cette interprétation pouvant être éventuellement influencée par ses convictions personnelles. Autrement dit, lorsqu'un juge ayant un style « répressif » adopte systématiquement la sanction maximale prévue pour un délit donné, il n'applique pas ses convictions personnelles (selon laquelle il faut punir sévèrement les délinquants), mais il applique le droit d'une certaine manière, cette manière n'étant pas prescrite par le droit, mais étant seulement autorisée, ou laissée comme une possibilité par le droit. Ses convictions peuvent être présentes, mais elles sont médiatisées par la fonction. C'est en cela que l'on peut parler d'éthique de la pratique juridique, et non pas seulement d'une éthique dans l'application du droit.

3. L'éthique de la pratique du juge des droits de l'Homme

De mon côté, je ne peux parler que de ce que je connais (un peu), c'est-à-dire du rôle d'expert indépendant au sein du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, chargé de l'application du Pacte relatif aux droits civils et politiques. Comme on le sait sans doute déjà, le Comité, comme les autres comités conventionnels des Nations Unies, exerce en sus de sa fonction d'examen des rapports une fonction proprement juridictionnelle. Certes, le Comité n'est pas un « tribunal », c'est un organe d'expert. Mais il n'en exerce pas moins une fonction juridictionnelle, en ce sens où, en vertu du Protocole facultatif au Pacte, il est chargé d'examiner des communications individuelles présentées par des particuliers qui allèguent que leurs droits de l'Homme reconnus dans le Pacte ont été violés ; et qu'à l'issue d'un débat contradictoire, il rend des constatations où il décide, en droit, s'il y a eu violation ou pas. En ce sens encore, les experts indépendants agissent fonctionnellement comme « juges » puisqu'ils portent effectivement un « jugement » fondé en droit permettant de régler un différend entre les parties. Les membres du Comité, lorsqu'ils agissent à ce titre, remplissent donc bien une fonction de juge des droits de l'homme, tout comme les juges de la Cour européenne des droits de l'Homme ou de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme. Le fait que le Comité ne soit pas un « tribunal » ne permet pas d'opérer une distinction de nature quant à la fonction remplie entre une de ces cours et le Comité.

Or j'avance ici l'hypothèse selon laquelle ce juge-là est dans une position particulière par rapport à celle d'un juge ordinaire, parce que le juge des droits de l'Homme applique un droit qui est par essence cosmopolitique, tout en étant lui-même dans une position d'autorité cosmopolitique.

Les droits de l'Homme tels que reconnus sur le plan international définissent en effet un statut de l'être humain au-delà des États. Appliqués par le juge national, ils peuvent encore se confondre avec des droits constitutionnels et revêtir la signification de droits garantis par le droit national (en tout cas c'est souvent de cette manière qu'ils sont pensés). Tandis que lorsque c'est un juge international qui les garantit, ils prennent la forme d'un code international qui définissent les contours du statut juridique d'un citoyen du monde.

Le juge international est lui-même placé au-dessus des souverainetés. Le principe de supériorité et de primauté du droit international sur le droit national fait qu'il applique des droits de tout individu indépendamment de sa nationalité et que ses décisions prévalent sur le droit national.

La question spécifique que je veux examiner ici, c'est celle de l'éthique qui doit guider le juge lorsqu'il lui est posé la question de la confrontation entre un droit universel (un droit de l'Homme) et une restriction à ce droit qui est motivée par l'invocation d'une « moralité publique », c'est-à-dire d'un ensemble valeurs, de croyances, de convictions morales, de règles liées aux mœurs qui sont propres à une société donnée. Cette « moralité

publique », c'est la *sittlichkeit* de Hegel – ce que Jean-François Kervégan⁴ traduit plutôt par le terme « éthicité » – et j'utiliserai les deux expressions indifféremment par la suite : moralité publique ou éthicité.

C'est donc au fond la *question de l'éthique du jugement cosmopolitique* : juger comme juge-citoyen du monde une restriction qui s'appuie sur la revendication d'une particularité qui, pour être « située », ne se réclame pas moins d'une forme d'universalité, en ce sens où elle est entendue comme une « voie particulière » d'application des normes universellement reconnues⁵.

Cette question est souvent abordée à travers le débat « universalisme contre relativisme ». Ça n'est pas la manière dont je veux l'aborder ici. L'opposition entre universalisme et relativisme se résout en une antinomie : c'est poser face à face deux conceptions qui sont incompatibles et ne sont pas susceptibles de compromis l'une avec l'autre. Soit on est universaliste, soit on est relativiste. Avec ce résultat que la pratique diplomatique internationale est arrivée à une formule de compromis qui a, en droit, pour effet de faire prévaloir l'universalisme en subordonnant l'expression des particularités aux normes universelles (formule dite « de Vienne »⁶, souvent reprise par le Comité des droits de l'Homme à propos d'un certain nombre de pratiques traditionnelles⁷). On peut répéter la formule, mais ce faisant on ne se met pas en position de trouver des réponses aux cas concrets et dire dans un cas particulier s'il y a violation ou pas.

Par ailleurs ma question ne se situe pas plan des principes ou des doctrines, mais de l'éthique : en tant que juge-citoyen du monde, quelle considération dois-je accorder à une éthicité nationale lorsqu'elle est invoquée pour justifier une restriction aux droits ?

4. Droit à la liberté religieuse et éthicité laïque : les affaires « du niqab »

On voit que la question peut se poser concrètement en lien avec la religion de différentes manières, selon au moins deux configurations.

Première configuration : l'invocation d'une liberté non religieuse contre une éthicité fortement teintée de convictions religieuses et ceci dans un État qui protège juridiquement les convictions religieuses (en général majoritaires). On peut penser aux lois ou pratiques réprimant le blasphème et plus largement les formes

⁴ Cf. l'édition critique des *Principes de la philosophie du droit* établie par Jean-François Kervégan dans la collection « Quadrige » des presses universitaires de France. Une traduction antérieure de 1940 utilisait le terme « moralité publique » (trad. KAAAN André, Gallimard, 1940). Les traducteurs de l'ouvrage d'Axel Honneth intitulé en allemand « Das recht der freiheit. Grundriss einer demokratischen sittlichkeit » choisissent de reprendre cette traduction de *sittlichkeit*, le titre en français étant : *Le droit de la liberté. Esquisse d'une éthicité démocratique* (trad. JOLY Frédéric, RUSCH Pierre, NRF, coll. Essais, 2011).

⁵ C'est une clause de réserve importante qui mériterait d'être discutée plus avant. Elle implique l'exclusion du champ de cette réflexion d'un discours qui soutiendrait une éthicité en rupture totale avec les valeurs de la modernité. Ce faisant, on s'en tient à ce que Hegel mettait derrière le concept de *sittlichkeit*. V. sur ce point Axel Honneth, désireux de dégager les potentialités critiques du concept : « [...] Hegel cherchait à attirer l'attention de son lecteur sur ce tissu de routines et d'obligations institutionnalisées où les positionnements moraux ne revêtent pas seulement la forme de principes moraux, mais tout autant celle de pratiques sociales ; pour Hegel, qui resta, à quelques détails méthodologiques près, un aristotélicien dans ses rapports à la philosophie pratique, il ne faisait pas de doute que c'étaient les us et coutumes pratiques sur le mode de l'intersubjectivité ainsi que les convictions non cognitives qui formaient l'habitat de la morale. Hegel, toutefois, ne concevait pas son concept d'éthicité comme une simple description des formes de vie constatables [*vorfindlicher*] ; [...] Hegel, dans sa « Philosophie du droit », montra que, de la grande diversité des formes de vie éthiques [*sittlicher Lebensformen*], seules pouvaient être intégrées au concept de « *Sittlichkeit* », d'éthicité, celles dont il pouvait être avéré qu'elles contribuaient à la concrétisation des valeurs et idéaux universels des sociétés modernes ; tout ce qui contredisait ces exigences normatives, en représentant des valeurs purement particulières, ou en incarnant des idéaux périmés, ne pouvait tout simplement même pas être considéré comme un objet approprié pour une reconstruction normative. » *Le droit de la liberté, op. cit.*, p. 25.

⁶ Déclaration et Programme d'action de Vienne, Conférence mondiale sur les droits de l'Homme, Vienne, 14-25 juin 1993, doc. ONU A/CONF.157/23, 12 juillet 1993, § 5 : « [...] S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des États, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales ».

⁷ V. par ex. les observations finales concernant le rapport initial du Ghana, CCPR/C/GHA/CO/1, 9 août 2016, § 17 : « Le Comité est préoccupé par la persistance de certaines pratiques préjudiciables, qui sont pourtant interdites par la loi, notamment les mutilations génitales féminines, le *trokosi* (servitude rituelle), les mariages précoces et forcés et le placement des personnes accusées de sorcellerie dans des camps de sorcières. Il note également avec inquiétude que la polygamie est encore autorisée par le droit coutumier ou la religion et qu'elle est largement acceptée au sein de la société. Si, comme l'a expliqué la délégation au cours du dialogue, le contexte culturel doit être pris en compte aux fins de la conception de stratégies de lutte contre ces pratiques, le Comité rappelle que le non-respect des obligations découlant du Pacte ne saurait être justifié, en définitive, par des considérations politiques, sociales, culturelles ou économiques internes (observation générale n°31 (2004) sur la nature de l'obligation juridique générale imposées aux États parties au Pacte). »

d'expression de nature à « choquer » les personnes religieuses dans leurs convictions⁸ ; à la présence de symboles religieux dans les institutions publiques, de nature à porter atteinte à la liberté des personnes de « ne pas croire »⁹ ; ou encore les pays dans lesquels l'avortement¹⁰ ou encore l'homosexualité¹¹ sont réprimés pénalement, lesdites règles pénales prenant appui sur une éthicité religieuse.

Deuxième configuration : l'invocation d'une liberté religieuse contre une morale publique qui consiste à tenir à distance la religion de l'espace public : et par exemple l'interdiction d'un vêtement religieux dans certaines institutions publiques ou au travail, non pas sur le fondement d'une considération de sécurité publique ou de santé publique (cas à distinguer), mais de « moralité publique », comme par exemple la laïcité française – non pas au sens du statut juridique de la laïcité, mais au sens de l'éthicité laïque qui déborde le statut juridique.

Bien sûr, on pourra me poser la question de savoir si ces deux configurations sont bien comparables ? Autrement dit, ce que je désigne par « éthicité laïque » est-elle bien comparable à une éthicité religieuse ? Je ne rentrerai pas plus avant dans ce débat qu'il faudrait approfondir (la question de la laïcité comme « religion civile »), mais je crois que la lecture (qui suit) des cas français sur le « niqab » montre assez que l'argumentation française développée pour justifier les restrictions prend la forme de la défense d'une éthicité, bien loin d'un raisonnement qui serait fondé sur une mise en balance entre un intérêt public et un droit individuel, comme le prévoient pourtant les instruments en matière de droits de l'Homme.

Certes, la défense de l'éthicité peut, parfois, emprunter le langage des droits de l'Homme universels : ainsi de l'égalité entre hommes et femmes pour interdire certains vêtements jugés dégradants pour les femmes, comme le niqab. Mais le plus souvent une telle argumentation n'est que formelle, le vrai motif s'exprimant sous la forme d'un refus fondé sur des valeurs, bien plus que sur une conception particulière de l'ordre public ou des droits de l'Homme.

Les affaires françaises sur le niqab sont un bon point de départ puisqu'elles mettent en lumière une contradiction entre deux juges internationaux se prononçant sur des droits semblables à partir de textes très similaires. Dans les trois affaires, une personne revêtant le voile intégral a été condamnée à une amende en vertu de la loi française de 2010 :

- dans l'arrêt *S.A.S. c. France*¹², la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré qu'il n'y avait pas eu violation des droits de la requérante au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme : droit au respect de la vie privée (art. 8), liberté de religion (article 9), et droit à la non-discrimination (article 14 combiné avec les articles 8 ou 9).

⁸ V. à cet égard les arrêts de la Cour EDH dans les affaires *Otto Preminger Institut c. Autriche* (20 septembre 1994, série A, n° 295-A) et *Wingrove c. Royaume-Uni* (25 novembre 1996, Rec. 1996-V), arrêts « regrettables » (WACHSMANN Patrick, « La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1994, pp. 441-449), où la Cour semble assimiler abusivement la « protection des droits d'autrui » à la protection de la morale (chrétienne) dominante.

⁹ V. Par ex. Cour EDH, GC, *Lautsi et autres c. Italie*, 18 mars 2011 : présence obligatoire de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques en Italie, les parents invoquant le droit au respect de leur liberté de pensée et de conscience (non-violation de l'article 2 du Protocole n° 1).

¹⁰ V. l'affaire *Open Door et Dublin Well Women c. Irlande*, Cour EDH, arrêt du 29 octobre 1992, n° 246 : injonction délivrée à des associations aux fins de leur interdire de délivrer des conseils à des femmes enceintes sur des possibilités d'avortement à l'étranger. La Cour a considéré que « la protection garantie par le droit irlandais au droit à la vie des enfants à naître repose, à l'évidence, sur de profondes valeurs morales concernant la nature de la vie (...) » (§ 63). La Cour a fait la même analyse presque vingt ans plus tard dans l'affaire *A, B et C c. Irlande*, arrêt du 16 décembre 2018, § 226 (femmes contraintes de se rendre en Angleterre pour avorter en raison de l'interdiction de l'avortement en Irlande). Saisie dans des circonstances similaires, le Comité n'a pas retenu de telles considérations sur la « morale » nationale en Irlande, il a seulement considéré que « l'équilibre que l'État partie a choisi de réaliser en l'espèce entre la protection du fœtus et les droits de la femme n'est pas justifiable ». (comm. n° 2324/2013, *Amanda Jane Mellet c. Irlande*, 31 mars 2016, § 7.8.)

¹¹ V. l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni* sur la pénalisation de l'homosexualité en Irlande du Nord, Cour EDH, arrêt du 22 octobre 1981, n° 45, § 46 : « Les lois de 1861 et 1886 ont été introduites pour imposer la conception alors dominante de la morale sexuelle ». La Cour en déduit que « le but général de la législation incriminée demeure la protection de la morale, au sens des normes morales reçues en Irlande du Nord ».

¹² Cour EDH, GC, 1^{er} juillet 2014, req. n° 43835/11.

- dans ses constatations dans les affaires *Yaker c. France*¹³ et *Hebbadj c. France*¹⁴ du 17 juillet 2018, le Comité des droits de l'Homme a considéré qu'il y avait eu violation des droits des requérantes au regard du Pacte international sur les droits civils et politiques : liberté de religion (art. 18) et droit à la non-discrimination (article 26, au titre d'une discrimination croisée ou intersectionnelle en tant que femme musulmane). Il est bon de préciser, au passage, qu'en tant que membre français du Comité, je n'ai pas pris part à l'examen de ces deux affaires, conformément à l'article 90 du Règlement intérieur du Comité.

Qu'est-ce qui explique que ces deux instances arrivent à des résultats diamétralement opposés à partir de cas similaires et de dispositions juridiques équivalentes ?

On peut mettre en œuvre deux niveaux d'analyse pour essayer de comprendre cette opposition. On peut d'abord s'attaquer à la lecture des motifs des décisions, dans une perspective toute positiviste et voir si, à partir de ces motifs, on peut comprendre les *raisons* qui ont poussé les deux instances à prendre des décisions opposées. Toutefois, comme on le verra, même si cette lecture nous permettra de mieux identifier le désaccord, elle ne nous permettra pas de l'expliquer complètement. C'est alors qu'il faudra faire intervenir le deuxième niveau d'analyse, celui des éthiques mises en œuvre qui seules sont en mesure de vraiment expliquer pourquoi on aboutit à des résultats opposés.

A. Premier niveau d'analyse : la lecture positiviste

Le premier niveau d'analyse relève d'une lecture positiviste et logique pour essayer de comprendre ce qui diffère dans les motifs et a pu conduire au terme du raisonnement à des résultats différents.

a) Les décisions sont assez convergentes sur le premier motif d'intérêt public invoqué pour la mesure restrictive à savoir la protection de la sécurité publique. Pour la Cour en effet :

S'agissant de la nécessité au regard de la sûreté ou de la sécurité publique, au sens des articles 8 et 9 (...), la Cour comprend qu'un État juge essentiel de pouvoir identifier les individus afin de prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens et de lutter contre la fraude identitaire. [...] Cependant, vu son impact sur les droits des femmes qui souhaitent porter le voile intégral pour des raisons religieuses, une interdiction absolue de porter dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage ne peut passer pour proportionnée qu'en présence d'un contexte révélant une menace générale contre la sécurité publique. Or le Gouvernement ne démontre pas que l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 s'inscrit dans un tel contexte. Quant aux femmes concernées, elle se trouvent obligées de renoncer totalement à un élément de leur identité qu'elles jugent important ainsi qu'à la manière de manifester leur religion ou leurs convictions qu'elles ont choisie, alors que l'objectif évoqué par le Gouvernement serait atteint par une simple obligation de montrer leur visage et de s'identifier lorsqu'un risque pour la sécurité des personnes et des biens est caractérisé ou que des circonstances particulières conduisent à soupçonner une fraude identitaire. Ainsi, on ne saurait retenir que l'interdiction générale que pose la loi du 11 octobre 2010 est nécessaire, dans une société démocratique, à la sécurité publique ou à la sûreté publique, au sens des articles 8 et 9 de la Convention¹⁵.

De même pour le Comité :

Le Comité reconnaît qu'il est nécessaire pour les États, dans certains contextes, de pouvoir requérir que les individus montrent leur visage, ce qui pourrait notamment entraîner des obligations ponctuelles de découvrir leur visage dans des circonstances concrètes de risque à la sécurité ou à l'ordre publics ou à des fins d'identification. Le Comité observe toutefois que la loi ne se limite pas à de tels contextes, mais interdit d'une façon générale le port de certaines tenues couvrant le visage dans l'espace public à tout

¹³ Comm. n° 2747/2016, *Sonia Yaker c. France*, 17 juillet 2018, CCPR/C/123/D/2747/2016.

¹⁴ Comm. n° 2807/2016, *Miriana Hebbadj c. France*, 17 juillet 2018, CCPR/C/D/2807/2017.

¹⁵ Arrêt S.A.S. c. France, *op. cit.*, § 139.

moment, et que l'État partie n'a pas démontré comment le port du voile intégral représenterait en soi une menace à la sécurité ou à l'ordre public justifiant pareille interdiction absolue¹⁶.

Comme le note la Cour, sur ce point, le jugement des deux organes est conforme à l'appréciation du Conseil d'État français¹⁷ dans son étude rendue en amont de l'adoption de la loi de 2010.

Les membres dissidents du Comité des droits de l'Homme ont toutefois une toute autre appréciation. Ainsi pour Yadh Benachour :

Je suis tout d'abord surpris par le fait que le Comité déclare que « l'État partie n'a pas montré en quoi le voile intégral représente en soi une menace pour la sécurité ou l'ordre publics qui justifierait cette interdiction absolue ». Je ne m'appesantirai pas sur la menace à la sécurité publique, tant elle me semble évidente, dans un contexte de lutte contre les terroristes dont certains ont exécuté des attentats ou des assassinats en France et ailleurs en se travestissant avec des niqabs. Ces raisons de sécurité suffisent à elles seules à justifier la nécessité à la fois de l'interdiction et de la pénalisation¹⁸.

Plus spécifiquement, José Santos Pais souligne l'évolution du contexte français : depuis l'arrêt *S.A.S. c. France*, où la Cour européenne avait mis l'accent sur la nécessité d'appuyer une mesure d'interdiction générale sur « un contexte révélant une menace générale à l'ordre contre la sécurité publique », la France a été la cible de plusieurs attentats terroristes. Plus largement, c'est l'ensemble des États européens qui est concerné :

[d]ans un tel contexte, il est de la plus haute importance d'identifier et de localiser rapidement des suspects potentiels, qui franchissent plusieurs frontières pour arriver à destination et ont parfois recours au niqab pour ne pas se faire repérer¹⁹.

b) Même si le raisonnement est articulé un peu différemment, les motifs des deux instances sont aussi semblables quant au but légitime allégué de protection de l'égalité entre hommes et femmes. Comme le Comité, la Cour reconnaît le droit à un État, au nom de l'égalité entre hommes et femmes, de réprimer le fait de forcer une femme à porter le voile intégral. En revanche, elle estime que l'égalité et la non-discrimination ne peuvent constituer des buts légitimes d'une répression des femmes portant le niqab :

Ainsi, un État partie qui, au nom de l'égalité des sexes, interdit à quiconque d'imposer aux femmes qu'elles dissimulent leur visage poursuit un objectif qui correspond à la « protection des droits et libertés d'autrui », au sens du paragraphe 2 de l'article 8 et de celui de l'article 9 de la Convention (Leyla Şahin, précité, § 111). La Cour estime en revanche qu'un État partie ne saurait invoquer l'égalité des sexes pour interdire une pratique que des femmes – telle la requérante – revendiquent dans le cadre de l'exercice des droits que consacrent ces dispositions, sauf à admettre que l'on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux²⁰.

Le Comité va dans le même sens et souligne les effets pervers potentiels d'une interdiction, qui pourrait se retourner contre les femmes :

Le Comité estime en outre que cette interdiction, loin de protéger les femmes voilées intégralement, pourrait avoir au contraire pour effet de les confiner chez elles, d'empêcher leur accès aux services publics et de les exposer à l'abus et à la marginalisation. De fait, le Comité a déjà exprimé sa préoccupation au sujet de la loi, considérant que, en interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, elle porte atteinte à la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, elle touche particulièrement les personnes appartenant à certaines religions et les filles, et ses effets sur le

¹⁶ Constatations *Yaker c. France*, *op. cit.*, § 8.7.

¹⁷ V. résumé des conclusions de l'étude dans l'arrêt *SAS c. France*, § 22.

¹⁸ Annexe III des constatations dans les affaires *Yaker* et *Hebbadj*, § 2.

¹⁹ Annexe IV des constatations dans les affaires *Yaker* et *Hebbadj*, § 12.

²⁰ Arrêt *SAS c. France*, *op. cit.*, § 119. La Cour renvoie encore une fois à l'étude du Conseil d'État de 2011 qui « est parvenu à une conclusion similaire ».

sentiment d'exclusion et de marginalisation de certains groupes pourraient aller à l'encontre des buts recherchés²¹.

L'opinion individuelle concordante (jointe) des experts Ilze Brands-Kehris, Sarah Cleveland, Yuval Shany, Christof Heyns et Marcia Kran concède une sensibilité des experts à l'argument de l'incompatibilité entre le voile intégral et le principe de l'égalité entre hommes et femmes, mais estime que l'interdiction, bien loin d'atteindre le but fixé de protection de l'égalité, ne fera qu'aggraver la vulnérabilité des femmes concernées :

Nous sommes toutefois plus réceptifs à l'affirmation implicite selon laquelle le voile intégral est discriminatoire (par. 8.15), car nous estimons que le port du voile intégral est une pratique traditionnelle par laquelle les hommes ont asservi les femmes sous couvert de préserver leur « pudeur », les empêchant ainsi d'occuper l'espace public au même titre que les hommes. Il nous serait par conséquent aisé de considérer que la France a le droit et, en fait, qu'elle est tenue par le paragraphe 1 de l'article 2 et les articles 3 et 26 du Pacte, ainsi que par l'alinéa a) de l'article 5 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, de prendre toutes les mesures nécessaires pour qu'il n'en résulte pas de discrimination à l'encontre des femmes.

La question demeure toutefois de savoir si la promulgation d'une interdiction absolue du port du voile intégral en public, qui sanctionne au pénal les femmes qu'elle est censée protéger, constitue une mesure appropriée dans les circonstances de l'espèce – à savoir une mesure raisonnable et proportionnée dirigée contre l'auteure et d'autres musulmanes. À ce propos, nous estimons que l'État partie n'a pas démontré au Comité que des mesures moins interventionnistes, comme l'éducation et la sensibilisation contre les incidences négatives du port du voile intégral, la criminalisation de toute forme de pression exercée sur les femmes pour qu'elles le portent et une interdiction limitée du port du voile intégral, assortie de sanctions non pénales, dans des contextes sociaux bien précis, l'insistance sur l'opposition de l'État à la pratique (par l'interdiction du port du voile intégral pour les enseignantes des écoles publiques ou les fonctionnaires en contact avec le public), n'auraient pas permis de décourager dans une mesure suffisante la pratique du port du voile intégral, tout en respectant le droit à la vie privée, à l'autonomie et la liberté religieuse des femmes elles-mêmes, notamment celles qui choisissent de porter le voile²².

L'opinion conjointe de Brands-Kehris et Cleveland développe le même type d'argument : elles acceptent le caractère oppressif du voile intégral, mais elles estiment que l'interdiction ne peut que se révéler contreproductive en attisant les stéréotypes à l'encontre des femmes musulmanes²³.

Sous cet angle, il y a donc une communauté de vue entre la Cour, le Comité, mais aussi le Conseil d'État français, et d'autres intervenants comme le Commissaire européen aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe.

c) Le point sur lequel les deux organes divergent et finissent par arriver à un constat opposé est lié à un autre motif d'ordre public invoqué pour justifier la restriction, à savoir le « vivre ensemble ».

La Cour exhume de manière quelque peu artificielle ce but d'intérêt public de l'argumentation du gouvernement :

²¹ *Yaker*, § 8.15.

²² Annexe I des constatations dans les affaires *Yaker* et *Hebbadj*, §§ 2-3.

²³ A l'inverse, dans son opinion dissidente, Yadh Benachour justifie l'interdiction du niqab à raison du fait qu'une telle pratique est non seulement contraire à « l'ordre républicain » français mais aussi au Pacte : « Or, en soi, le niqab est un symbole de stigmatisation et d'infériorisation des femmes, par conséquent contraire à l'ordre républicain et à l'égalité des genres dans l'État partie, mais également à l'article 3 et à l'article 26 du Pacte. Les défenseurs du niqab enferment la femme dans son statut biologique primaire de femelle, objet sexuel, chair sans esprit ni raison, responsable potentiel du désordre cosmique et du désordre moral, et qui doit donc se rendre invisible au regard masculin et être pour cela quasiment interdite de l'espace public. Un État démocratique ne peut permettre une telle stigmatisation, à l'égard de toutes les autres femmes. Or, le port du niqab porte atteinte aux « libertés et droits fondamentaux d'autrui », c'est-à-dire précisément aux droits des autres femmes et de la femme en tant que telle. Son interdiction n'est donc pas contraire au Pacte ». Annexe III des constatations dans les affaires *Yaker* et *Hebbadj*, § 3.

En troisième lieu, la Cour estime en revanche que, dans certaines conditions, ce que le Gouvernement qualifie de “respect des exigences minimales de la vie en société” – le “vivre ensemble”, dans l’exposé des motifs du projet de loi (paragraphe 25 ci-dessus) – peut se rattacher au but légitime que constitue la “protection des droits et libertés d’autrui”.

La Cour prend en compte le fait que **l’État défendeur considère** que le visage joue un rôle important dans l’interaction sociale. **Elle peut comprendre** le point de vue selon lequel les personnes qui se trouvent dans les lieux ouverts à tous souhaitent que ne s’y développent pas des pratiques ou des attitudes mettant fondamentalement en cause la possibilité de relations interpersonnelles ouvertes qui, **en vertu d’un consensus établi**, est un élément indispensable à la vie collective **au sein de la société considérée**. La Cour peut donc admettre que la clôture qu’oppose aux autres le voile cachant le visage **soit perçue par l’État défendeur** comme portant atteinte au droit d’autrui d’évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble. Cela étant, la flexibilité de la notion de « vivre ensemble » et le risque d’excès qui en découle commandent que la Cour procède à un examen attentif de la nécessité de la restriction contestée²⁴.

Le choix des mots et des formules est révélateur : la Cour se met à l’écoute de la « subjectivité » de l’État partie, elle « peut comprendre » la conception commune qui s’est formée dans la société française « en vertu d’un consensus établi » ; elle « admet » la « perception » qui est celle de l’État.

Quant à l’analyse de la « nécessité » de la restriction, la Cour énumère une série d’arguments qui tendent à appuyer son caractère disproportionné par rapport au but légitime visé :

- le nombre des femmes concernées est faible ;
- la plupart des acteurs institutionnels nationaux et internationaux se sont prononcés contre l’interdiction (Conseil d’État, Commission nationale consultative des droits de l’Homme, Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe, Commissaire aux droits de l’Homme du Conseil de l’Europe) ;
- l’application de la restriction risque d’attiser l’islamophobie.

D’autres arguments, qui tendraient eux aussi à démontrer le caractère disproportionné de la restriction doivent cependant « être nuancés » selon la Cour :

- le champ de l’interdiction est large puisque tous les lieux accessibles au public sont concernés. Mais l’interdiction n’est pas explicitement fondée sur la connotation religieuse des habits visés (même si la Cour se dit « consciente du fait que la prohibition critiquée pèse pour l’essentiel sur les femmes musulmanes qui souhaitent porter le voile intégral ») ;
- l’interdiction est assortie d’une sanction pénale. Mais ces sanctions « figurent parmi les plus légères » que le législateur pouvait envisager.

A en rester là, la balance devrait plutôt pencher du côté d’un constat de violation. La Cour fait toutefois intervenir sa doctrine de la marge nationale d’appréciation et reconnaît à la France « une ample marge d’appréciation » – ce qui revient à réduire au minimum la portée du contrôle exercée par le juge. Elle en conclut, au regard de cette ample marge d’appréciation, que « l’interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 peut passer pour proportionnée au but poursuivi, à savoir la préservation des conditions du “vivre ensemble” en tant qu’élément de la “protection des droits et libertés d’autrui” ».

Mais ce qui est intéressant, c’est le raisonnement en deux temps que suit la Cour pour dégager cette « ample marge d’appréciation ».

Premièrement, la Cour constate que la mesure procède pour la France d’un « choix de société ». Elle insiste très fortement sur la dimension sociétale et nationale de la restriction, autrement dit sur le fait qu’elle repose sur une éthicité française, bien plus que sur une pesée rationnelle des intérêts en présence :

²⁴ Arrêt S.A.S. c. France, précité, §§ 121-122 (Nous soulignons en gras).

[...] certes, comme le souligne la requérante, en interdisant à chacun de revêtir dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage, l'État défendeur restreint d'une certaine façon le champ du pluralisme, dans la mesure où l'interdiction fait obstacle à ce que certaines femmes expriment leur personnalité et leurs convictions en portant le voile intégral en public. Il indique cependant de son côté qu'il s'agit pour lui de répondre à une pratique qu'il juge incompatible, **dans la société française**, avec les modalités de la communication sociale et, plus largement, du « vivre ensemble ». Dans cette perspective, l'État défendeur entend protéger une modalité d'interaction entre les individus, **essentielle à ses yeux** pour l'expression non seulement du pluralisme, mais aussi de la tolérance et de l'esprit d'ouverture, sans lesquels il n'y a pas de société démocratique (paragraphe 128 ci-dessus). 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**²⁵.

Un aspect important pour la Cour est que ce choix s'est opéré « selon des modalités démocratiques ». On doit comprendre qu'un choix imposé par un gouvernement autocratique n'aurait pas permis à la Cour, à l'inverse, de relâcher son contrôle :

Or, dans un tel cas de figure, la Cour se doit de faire preuve de réserve dans l'exercice de son contrôle de conventionalité dès lors qu'il la conduit à évaluer un arbitrage effectué selon des modalités démocratiques au sein de la société en cause. Elle a du reste déjà rappelé que, lorsque des questions de politique générale sont en jeu, 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 (paragraphe 129 ci-dessus)²⁶.

La Cour en déduit que l'État doit bénéficier d'une large marge d'appréciation.

Deuxièmement, la Cour juge utile de venir renforcer ce point de vue en se penchant sur la position des autres États membres du Conseil de l'Europe pour déterminer – selon une méthodologie fréquemment employée – s'il existe parmi ces États un « consensus européen ». Or la Cour semble à cet égard forcer quelque peu la conclusion : même si elle constate que la France « d'un point de vue strictement normatif » se trouve « dans une situation très minoritaire en Europe », puisqu'« excepté la Belgique, « aucun autre État membre du Conseil de l'Europe n'a à ce jour opté pour une telle mesure », elle se fonde sur l'existence de « débats » dans un certain nombre de pays et sur le fait que dans d'autres, le problème ne se pose pas, la pratique du port du niqab « n'ayant pas cours », pour en déduire « qu'il n'y a en Europe aucun consensus en la matière »²⁷.

Le Comité des droits de l'Homme, de son côté, use fondamentalement d'arguments similaires à ceux de la Cour, mais conformément à sa jurisprudence²⁸ n'applique pas la doctrine de la marge nationale d'appréciation. Le Comité se montre par conséquent hermétique à l'invocation du « vivre ensemble » et à l'argument du « choix de société » :

Toutefois, le Comité fait observer que la protection des droits fondamentaux et des libertés d'autrui suppose que soient identifiés les droits fondamentaux concrets qui sont affectés ainsi que les personnes ainsi concernées. Les exceptions prévues au paragraphe 3 de l'article 18 doivent être interprétées strictement et ne pas être appliquées abstraitement²². En l'espèce, le Comité fait observer que le concept du «vivre ensemble» est très vague et abstrait. L'État partie n'a défini aucun droit fondamental

²⁵ Arrêt SAS c. France, précité, § 153 (Nous soulignons en gras).

²⁶ *Id.*, § 154.

²⁷ *Ibid.*, § 156. V. à cet égard la critique des juges dissidents Nussberger et Jäderblom, § 19. Sur la manipulation par la Cour du « consensus européen », v. SUDRE Frédéric, « Les moyens de renforcement de la motivation de la Cour », in TOUZÉ Sébastien (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Paris, Pedone, coll. « Publications du C.R.D.H. », p. 189-213 et en part. sur l'arrêt S.A.S, p. 203.

²⁸ Cf. par ex. Observation générale n° 34, Article 19 : *Liberté d'opinion et liberté d'expression*, CCPR/C/GC/34, 12 septembre 2011, § 36 : « À ce propos, le Comité rappelle que l'étendue de cette liberté ne doit pas être évaluée en fonction d'une "certaine marge d'appréciation" et pour que le Comité puisse décider, l'État partie doit, dans une affaire donnée, démontrer de manière spécifique la nature précise de la menace qui pèse sur l'un quelconque des éléments énoncés au paragraphe 3 de l'article 19, et qui l'a conduit à restreindre la liberté d'expression ».

ou liberté concrète d'autrui qui seraient affectés par le fait que certaines personnes évoluent dans l'espace public avec le visage couvert, notamment des femmes portant le voile intégral. Il n'a pas non plus expliqué pourquoi ces droits seraient affectés "de manière déloyale" par le port du voile intégral et non par la dissimulation du visage dans l'espace public par de nombreux autres moyens non visés par la loi. Le droit d'interagir avec n'importe quel individu dans l'espace public et le droit de ne pas être troublé par le port du voile intégral par d'autres personnes ne sont pas protégés par le Pacte, et ne pourraient donc constituer des restrictions permises au sens du paragraphe 3 de l'article 18 du Pacte²⁹.

Sur le plan de la « nécessité », le Comité tranche simplement :

Au vu de ce qui précède, le Comité considère que l'État partie n'a pas démontré que la restriction de la liberté de l'auteure de manifester sa religion ou ses convictions en portant le niqab était nécessaire et proportionnée au sens du paragraphe 3 de l'article 18 du Pacte. Par conséquent, le Comité conclut que l'interdiction introduite par la loi n^o 2010- 1192 et la condamnation de l'auteure en application de ladite loi pour le port du niqab ont violé les droits que l'auteure tient de l'article 18 du Pacte³⁰.

Toujours au titre de l'analyse « positiviste » des motifs, il faut remarquer que l'une et l'autre institutions sont bien dans la « ligne » de leurs jurisprudences respectives et que la différence d'appréciation (ou d'« attitude » comme je le montrerai plus loin) ne date pas de ces affaires du niqab.

En effet, dans les affaires françaises (mais aussi turques³¹, suisses³² ou belges³³) qui concernaient le port de signes religieux dans différents contextes, la Cour européenne a rejeté avec une grande constance les requêtes au stade de la recevabilité (requête manifestement mal fondée) ou conclu à la non-violation. L'exception est le cas de Mme Eweida, dans l'arrêt *Eweida et autres c/ Royaume-Uni*³⁴, mais il concernait un cas de figure assez différent, à savoir l'interdiction faite par un employeur privé (British Airways) à son employée d'arborer un signe religieux : la Cour a considéré que l'État partie avait donné trop de poids la volonté de l'entreprise de véhiculer une certaine image de marque par rapport à la liberté religieuse de la requérante). Les autres cas de constats de violations se situent dans des contextes très différents avec des abus manifestes (exclusion d'une salle d'audience au seul prétexte de porter le hijab etc.)³⁵.

Par ailleurs dès 2008 dans des affaires qui concernaient des cas d'exclusion avant l'adoption de la loi de 2004, la Cour reconnaissait « la compatibilité du modèle français de laïcité avec les valeurs sous-jacentes à la Convention³⁶ ».

A l'inverse, le Comité a reconnu très tôt que la liberté de religion comprenait non seulement l'accomplissement de rites, comme des actes cérémoniels, mais aussi des coutumes telles que le port de vêtements ou de couvre-chefs distinctifs³⁷. Dans toutes les affaires que le Comité a eu à connaître et qui concernaient des restrictions liées au port de vêtements religieux, le Comité a exercé un contrôle strict de proportionnalité et en général

²⁹ Constatations *Yaker*, § 8.10.

³⁰ *Id.*, § 8.12.

³¹ Par ex. Cour EDH, Grande chambre, *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005 (non-violation de l'article 9 : interdiction faite à une étudiante en faculté de médecine de porter le foulard islamique).

³² Par ex. Cour EDH, *Dahlab c. Suisse*, 15 février 2001 (irrecevabilité : interdiction faite à une institutrice convertie à l'Islam de porter le foulard durant son enseignement, alors qu'elle avait porté le foulard pendant plusieurs années sans causer de troubles).

³³ Cour EDH, *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, 11 juillet 2017 (non violation des articles 8 et 9 et de l'article 14 combiné avec les articles 8 et 9 : interdiction de porter le niqab en vertu de la loi du 1^{er} juin 2011 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public) ; *Dakir c. Belgique*, 11 juillet 2017.

³⁴ Cour EDH, *Affaire Eweida et autres c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013.

³⁵ Par ex. Cour EDH, *Lachiri c. Belgique*, 18 septembre 2018 : requérante expulsée d'une salle d'audience alors que son comportement ne constituait pas une menace pour le bon déroulement de l'audience : violation de l'article 9 ; v. aussi *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, 23 février 2010.

³⁶ Cour EDH, *Dogru c. France* et arrêt *Kervanci c. France*, 4 décembre 2008.

³⁷ Cf. Observation générale n^o 22 : Article 18 (Liberté de pensée, de conscience et de religion), 1993, § 4 : « L'accomplissement des rites et la pratique de la religion ou de la conviction peuvent comprendre non seulement des actes cérémoniels, mais aussi des coutumes telles que l'observation des prescriptions alimentaires, le port de vêtements ou de couvre-chefs distinctifs, la participation à des rites associés à certaines étapes de la vie et l'utilisation d'une langue particulièrement communément parlée par un groupe » (Nous soulignons en gras).

constaté des violations, en particulier dans plusieurs affaires françaises. Le Comité a de plus exprimé des critiques à l'encontre des lois françaises sur le voile à l'école et sur la dissimulation du visage dans l'espace public à l'occasion de l'examen des rapports périodiques de la France sur l'application du Pacte³⁸.

A deux reprises déjà, une contradiction entre la Cour et le Comité était apparue en lien avec la législation française :

- dans des affaires concernant l'obligation faite à un sikh de retirer son turban pour figurer tête nue sur des photos d'identité pour des documents officiels³⁹ ;
- dans des affaires relatives à l'application de la loi 2004 sur l'interdiction du port de signes religieux ostensibles à l'école⁴⁰.

D'une manière plus générale, on peut dire que la Cour européenne des droits de l'Homme est sensible à la diversité des conceptions de la moralité et accepte généralement que la « morale » puisse être invoquée en soi comme but d'intérêt public pour une restriction⁴¹. Sur les questions qui touchent à des questions « morales » à propos desquelles les États européens peuvent être divisés, la Cour n'hésite pas à faire jouer la « marge nationale d'appréciation » pour conférer à l'État un pouvoir quasi-discrétionnaire. Le Comité des droits de l'Homme adopte une approche diamétralement opposée. La diversité des conceptions morales sur des questions sensibles le conduit à exiger de l'État qu'il s'abstienne de faire prévaloir une morale dominante. Ainsi à propos du but légitime de « protection de la morale » inscrit dans plusieurs clauses de restrictions des droits, le Comité soutient « que la conception de la morale découle de nombreuses traditions sociales, philosophiques et religieuses ; en conséquence, les restrictions apportées à la liberté de manifester une religion ou une conviction pour protéger la morale doivent être fondées « *sur des principes qui ne procèdent pas d'une tradition unique*⁴² ». Ce faisant, le Comité semble exclure l'éventualité même d'une restriction qui se fonderait sur une éthicité particulière, comme par exemple les convictions chrétiennes de la population. La méfiance est encore plus grande lorsqu'on est face à un « ensemble de convictions (...) traité comme une idéologie officielle dans des constitutions, des lois, des proclamations de partis au pouvoir, etc. ou dans la pratique » car dans ce cas « il ne doit en découler aucune atteinte aux libertés garanties par l'article 18 ni à aucun autre droit reconnu par le Pacte, ni aucune discrimination à l'égard des personnes qui n'acceptent pas l'idéologie officielle ou s'y opposent⁴³ ».

En définitive, on doit conclure qu'il n'est pas possible d'expliquer de manière strictement rationnelle la différence d'appréciation entre la Cour et le Comité. Les deux instances s'appuient sur les mêmes faits et font grosso modo les mêmes constats juridiques. Elles se séparent non pas sur l'interprétation à donner à un droit ou à une clause particulière de leurs conventions respectives, mais plutôt sur l'attitude à adopter face la revendication par un État d'une éthicité particulière venant justifier une restriction à un droit : attitude de compréhension pour la Cour ; attitude de rejet pour le Comité.

Puisqu'il n'est pas possible de comprendre la divergence de vue à partir des seules motivations, on doit donc recourir à un deuxième niveau d'analyse qui est celui de l'éthique mise en œuvre par le juge. Si les juges font des choix différents, c'est qu'ils adoptent des éthiques elles-mêmes distinctes, voire opposées.

³⁸ Cf. Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France, CCPR/C/FRA/CO/5, 17 août 2015, § 22.

³⁹ Cour EDH, *Mann Singh c. France*, décision sur la recevabilité (irrecevable car manifestement mal fondé), 13 novembre 2008 (obligation d'apparaître « tête nue » sur la photographie d'identité d'un permis de conduire) ; A comparer avec comm. n° 1876/2009, *Ranjit Singh c. France*, 22 juillet 2011 (obligation d'apparaître tête nue sur une photographie d'identité pour une carte de résident : violation de l'article 18) ; comm. n° 1928/2010, *Shingara Mann Singh c. France*, 19 juillet 2013 (obligation d'apparaître tête nue sur une photographie pour un passeport : violation de l'article 18).

⁴⁰ Cour EDH, décisions rendues le 17 juillet 2009 dans plusieurs affaires : *Gamaleddyn c. France (req. n°18527/08)*, *Aktas c. France (req. n° 43563/08)*, *Ranjit Singh c. France (req. 27561/08)*, *Jasvir Singh c. France (n° 25463/08)*. A comparer avec les constatations du Comité des droits de l'Homme dans l'affaire *Bikramjit Singh c. France*, comm. n° 1852/2008, 1^{er} novembre 2012.

⁴¹ V. notamment la jurisprudence citée *supra* notes n° 8, 9, 10, 11, en matière de liberté d'expression, de répression de l'avortement ou de l'homosexualité.

⁴² Observation générale n° 22 : Article 18 (Liberté de pensée, de conscience et de religion), 1993, § 8.

⁴³ *Id.*, § 10.

B. Deuxième niveau d'analyse : l'éthique de la pratique juridique

Il faut tout de même tenir compte du fait que, comme nous l'a révélé une lecture « positiviste » des décisions, même s'ils divergent à un certain point, la Cour européenne et le Comité se rejoignent à beaucoup d'égards. C'est donc qu'il existe une base éthique commune, qui caractériserait une éthique du jugement cosmopolitique en général.

Il me semble que ce noyau éthique se caractérise d'abord par une attention constante aux marges. L'éthique des droits de l'Homme et du cosmopolitisme oblige le juge cosmopolitique à porter son attention sur ce qui n'est pas central, pas visible, négligeable, non majoritaire. C'est par conséquent la valorisation et la protection des *cercles lointains* (dans une théorie des cercles concentriques de la société telle que la décrit Cicéron⁴⁴), mais aussi à l'intérieur de chaque société, de l'étranger ou plus généralement de « l'étrange »⁴⁵. Le « sujet » des droits de l'Homme est évidemment toute personne humaine, mais l'éthique des droits de l'Homme part de ce constat que ceux dont les droits sont les plus en danger sont ceux qui se retrouvent aux marges de la société : prisonniers, aliénés, minorités de toutes sortes.

C'est cette éthique qui transparaît dans l'attention portée par les juges des droits de l'Homme à la protection des minorités contre le risque toujours présent d'une tyrannie de la majorité. C'est également cette attention aux marges qui suscite une protection particulière des formes d'expression de nature à « choquer » ou à susciter des réactions de rejet, précisément au nom d'une éthicité devenue en quelque sorte une « seconde nature ». On se souvient de la formule maintes et maintes fois répétées par la Cour européenne des droits de l'Homme : la liberté d'expression vaut non seulement pour les « informations 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"⁴⁶ ».

Une autre caractéristique de ce noyau tient au regard porté sur les éthicités nationales ou locales : quelle que soit l'attention qu'on leur accorde, quelle que soit la mesure dans laquelle on leur fait droit – ce qui fera l'objet du différend que nous examinerons *infra* – ces éthicités doivent toujours être observées d'un point de vue qui se veut universel – avec une conséquence essentiellement négative, qui est le refus de prendre parti pour une conception morale contre une autre. Le point de vue universel est alors essentiellement procédural ou formel : il insiste sur le pluralisme des conceptions (comme le Comité à propos de la liberté de religion), sur la procédure démocratique (comme la Cour dans l'arrêt S.A.S.) et sur le respect des droits de l'Homme comme critère ultime d'évaluation⁴⁷.

Toutefois les approches de la Cour et du Comité se séparent quand on en vient à la place qui doit être accordée aux éthicités dans l'appréciation de la légitimité des restrictions aux droits. A partir noyau éthique commun, les attitudes des deux organes divergent.

Comme on l'a remarqué lors de la lecture « positiviste » faite plus haut, le Comité des droits de l'Homme n'ignore pas le fait que l'interdiction du niqab en France repose sur une éthicité bien particulière. Mais il n'accorde que peu d'importance à ce fait, à partir du moment où cette éthicité, telle qu'elle est formulée par l'État partie – l'exigence du « vivre ensemble » ne se rattache pas clairement aux critères juridiques fixés dans le Pacte et en particulier aux buts légitimes énumérés dans l'article 18§3. On peut dire que le Comité des droits de l'Homme affirme l'universel et ne montre que peu de considération pour une éthicité à partir du moment

⁴⁴ CICÉRON, *Traité des devoirs*, Livre I, XVII, 54.

⁴⁵ REMAUD Olivier, *Un monde étrange. Pour une autre approche du cosmopolitisme*, Paris, PUF, 2015.

⁴⁶ Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976. Pour l'application de cette jurisprudence v. le commentaire de l'arrêt *Müller et al. c. Suisse*, 24 mai 1988, in F. Sudre et al, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 8^{ème} ed., Paris, Puf, pp. 701-722.

⁴⁷ V. notamment l'Observation générale n°34 du Comité des droits de l'Homme sur la liberté d'expression : « Toute restriction [en vue de protéger la « morale »] doit être interprétée à la lumière de l'universalité des droits de l'homme et du principe de non-discrimination ».

où elle ne peut pas justifier rationnellement, au regard des critères juridiques, les restrictions qu'elle prétend opposer aux droits :

Les exceptions prévues au paragraphe 3 de l'article 18 doivent être interprétées strictement et ne pas être appliquées abstraitement. En l'espèce, le Comité fait observer que le concept du « vivre ensemble » est très vague et abstrait. L'État partie n'a défini aucun droit fondamental ou liberté concrète d'autrui qui seraient affectés par le fait que certaines personnes évoluent dans l'espace public avec le visage couvert, notamment des femmes portant le voile intégral⁴⁸.

A l'inverse, la Cour montre de la compréhension : elle exprime ses doutes quant à l'absence de rationalité de la justification de la restriction en droit, mais elle accorde de l'importance au « choix de société » (à partir du moment où ce choix s'opère *selon une procédure démocratique*) fait par la France avec pour conséquence qu'elle désarme son contrôle et qu'elle renonce à faire prévaloir l'universel, en considérant que l'éthicité revendiquée est *relativement* compatible avec le droit universel.

Il s'agit bien de deux attitudes différentes de jugement cosmopolite à partir d'un noyau commun – et il me semble qu'on peut rapporter ces deux attitudes à deux éthiques cosmopolitiques qui remontent à l'Antiquité. Deux philosophies antiques sont en effet connues pour leur prise de position cosmopolitique : le Cynisme et le Stoïcisme. Les philosophes qui se réclament de ces doctrines se disent en effet « citoyens du monde »⁴⁹, non pas par référence à un statut juridique de citoyen, défini par des droits et obligations reconnus à l'échelle internationale, comme le développeront plus tard les philosophies de la modernité, mais au sens d'une appartenance, d'une inscription dans un universel, la Nature pour les Cyniques, la Cité universelle et la Raison pour les Stoïciens. Les Cyniques et Stoïciens se différencient toutefois dans leur manière de penser et de vivre cette inscription dans l'universel.

Diogène de Sinope, le chien, élève d'Antisthène mais considéré comme la figure fondatrice du Cynisme, vit *dans* la cité, au milieu des hommes, *selon la nature*, c'est-à-dire essentiellement en s'affranchissant des lois de ladite cité, et ceci de manière ouverte et provocante. Comme le rappelle Valéry Laurand, Diogène est connu comme le « falsificateur de la monnaie » : non seulement parce qu'il semble que lui ou son père aient effectivement pratiqué cette activité de faux-monnayeur, mais surtout à raison « de la signification symbolique qui lui fut attachée : Diogène falsifie la morale (to *nomisma* signifiant “tout ce qui est établi par l'usage” : coutume, règle, et dans un second temps la monnaie), la religion, la politique et même la philosophie. Pour lui, la loi comme convention n'a aucune pertinence (...) »⁵⁰. En tant que tel, le Cynique ne peut se reconnaître citoyen d'une cité : il est « *a-polis*, sans cité, *a-oikos*, sans maison, *kosmopolitês*, citoyen de l'univers »⁵¹. Pour autant le cynique ne vit pas en ermite mais dans la cité : il n'est pas indifférent aux autres, ce qui montre que sa manière de vivre ne se limite pas à une ascèse personnelle, mais vise à éduquer les autres⁵². Cette éducation passe par le franc-parler du Cynique⁵³, la *parrhêsia*, qui est une modalité de la vie selon la nature : l'affranchissement des conventions et des normes particulières, c'est aussi le mépris des hiérarchies, qui fait

⁴⁸ Constatations *Yaker c. France*, *op. cit.*, § 8.10.

⁴⁹ Pour les Cyniques : LAËRCE Diogène, *Vies et doctrines des philosophes illustres*, trad. sous la dir. de GOULET-CAZÉ Marie-Odile, Livre de Poche (ci-après « Diogène Laërce »), Livre VI, § 63, à propos de Diogène de Sinope : « Comme on lui demandait d'où il était, il répondit : “Je suis citoyen du monde” » et § 72 : « Il se gaussait de la noblesse de naissance, de la gloire et de toutes les choses du même ordre, les traitant de “parures du vice”. La seule vraie citoyenneté est celle qui s'exerce dans l'univers ». Pour les Stoïciens, la référence la plus claire est MARC-AURÈLE, *Pensées*, VI, 44, 6 : « (...) ma cité et ma patrie, comme Antonin, c'est Rome ; et, en tant qu'homme, c'est le monde ». V. aussi ÉPICTÈTE, *Entretiens*, I, IX ; PLUTARQUE, *Sur la fortune d'Alexandre*, I, 6. Sauf indication contraire, toutes les citations de Marc-Aurèle, d'Épictète et de Cicéron qui suivent sont tirées du recueil de La Pléiade « Les Stoïciens », Gallimard, 1962, trad. BRÉHIER Émile.

⁵⁰ LAURAND Valéry, « Le cosmopolitisme cynique et stoïcien », in Olivier de Frouville, *Le cosmopolitisme juridique*, Paris, Pedone, 2015, p. 59

⁵¹ *Id.*

⁵² GOULET-CAZÉ Marie-Odile, *L'ascèse cynique. Un commentaire de Diogène Laërce VI 70-71*, Paris, Vrin, 2016, p. 230 : « Diogène, en effet, malgré son individualisme et sa revendication d'une autarcie absolue, ne fuit pas la cité, comme si la misanthropie cynique avait besoin du contact de la foule. Bien décidé à vivre au milieu de ces hommes dont il s'emploie à dénoncer la folie, il témoigne en pratique son ascèse. (...) Parce qu'elle choque, l'ascèse cynique a valeur de question, au même titre d'ailleurs que l'attitude de dérision adoptée par Diogène dans ses relations avec autrui. Qu'il mange de la viande crue, aille nu-pieds, couche sur la dure ou qu'il accable ses interlocuteurs de ses plaisanteries grinçantes et corrosives, le philosophe vise un même effet pédagogique et parénétiq. Épictète accentue particulièrement cette vocation éducative de Diogène, il en fait « le messenger, l'observateur et le héraut des dieux » qui « se donne à la communauté » et « doit surveiller les autres » qui « comme un médecin [...] parcourt la ville et tâte le pouls ». (*Entretiens*, III, XXII, 67-76).

⁵³ LAËRCE Diogène, Livre VI, § 69, « Comme on lui demandait ce qu'il y a de plus beau au monde, Diogène répondit : “Le franc-parler” ».

que Diogène parle à Alexandre le Grand comme à un esclave⁵⁴ ; et plus généralement le rejet des *convenances* qui empêcheraient de s'exprimer avec toute la franchise nécessaire pour dire la vérité⁵⁵. Ainsi, adopter une éthique cosmopolitique cynique conduira à dénoncer les éthicités particulières à telle ou telle cité au nom de l'universel à travers un parler-vrai, un aboiement, quitte à susciter l'irritation ou le rejet de l'interlocuteur.

L'attitude stoïcienne est toute autre, parce que le sage stoïcien ne se conçoit jamais uniquement comme citoyen du monde, mais aussi toujours et en même temps comme citoyen d'une cité particulière : la cité universelle trouve en quelque sorte son prolongement dans de cités particulières⁵⁶. Seul le sage, c'est à dire celui qui vit selon sa nature, est « citoyen du monde », en même temps qu'il est aussi citoyen d'une cité. Mais le principe d'égalité qui anime la philosophie stoïcienne fait des « insensés » des sages en devenir. Et la loi positive de la cité, si elle ne reflète qu'imparfaitement la loi naturelle, peut progresser vers celle-ci, comme l'insensé peut, par l'éducation à la raison, progresser vers la sagesse⁵⁷. Il en résulte que dans le rapport avec autrui, la prudence se substitue au franc-parler, la compréhension au jugement catégorique et à la moquerie⁵⁸. Le sage stoïcien écoute, cherche à se mettre à la place d'autrui pour comprendre son point de vue⁵⁹, puis à l'amener vers la sagesse et s'il n'y parvient pas, ne peut s'en prendre qu'à lui-même⁶⁰. L'éthique cosmopolitique stoïcienne aura donc tendance à ne pas disqualifier ouvertement les éthicités particulières, mais à les englober dans un universel, quitte à les requalifier ou à les reformuler pour qu'elles apparaissent comme une formulation particulière de l'universel. Par ailleurs, une éthique stoïcienne privilégiera le dialogue à l'apostrophe ou à la dénonciation, sans pour autant céder sur le principe⁶¹.

Cynisme et Stoïcisme décrivent donc deux conceptions voisines mais distinctes du cosmopolitisme et définissent en même temps deux *attitudes*, deux *styles* très différents dans le rapport qu'entretient le citoyen du monde avec les citoyens des cités particulières – c'est-à-dire entre celui qui suit et applique la loi universelle, et ceux qui vivent essentiellement selon les lois locales. Il me semble que l'on retrouve ces deux styles dans les appréciations respectives du Comité et de la Cour européenne sur les affaires du niqab. Le Comité adopte une éthique cosmopolitique de type Cynique, en se plaçant exclusivement du côté de l'universel, sans considération pour l'éthicité particulière mise en avant par la France : à partir du moment où la restriction ne répond pas aux critères rationnels posés par la loi universelle, la loi de la cité est disqualifiée. Et cela est dit sans détour, avec une *parrhèsia* qui provoque l'irritation⁶². A l'inverse, la Cour se met à l'écoute du

⁵⁴ La célèbre anecdote rapportée notamment LAËRCE Diogène, Livre VI, § 38 : « Alexandre survint qui lui dit : "Demande-moi ce que tu veux". Et lui de dire : "Cesse de me faire de l'ombre" ».

⁵⁵ Diogène Laërce au Livre VI rapporte toutes sortes d'apophtegmes attribués à Diogène qui vont dans ce sens, par exemple : « Un jour qu'il se masturbait sur la place publique, il dit : « Si seulement en se frottant aussi le ventre, il était possible de calmer sa faim ! » (§ 46) ; ou « Au cours d'un repas, des gens lui lançaient des os comme à un chien ; lui, avec désinvolture, leur pissa dessus comme un chien ». (§ 46).

⁵⁶ V. LAURAND Valéry, *op. cit.*, p. 60, p. 67. De manière générale, un principe d'unité anime le monde selon les stoïciens. V. par ex. MARC-AURÈLE, *Pensées*, IV, 40 : « Penser sans cesse que le monde est un vivant unique, ayant une seule substance et une seule âme, qui est la sienne, comme il agit en tout par une impulsion unique ; comment tout concourt à tout ce qui naît ; comment les choses sont tissées et enroulées ensemble ».

⁵⁷ V. les développements consacrés sur ce point par HADOT Pierre, *Introduction aux Pensées de Marc-Aurèle*, Paris, Fayard, 1992, 1997, ed. Livre de poche, pp. 356 et suiv. Cette foi en l'éducation et en la raison se fonde sur la conviction, tiré de la tradition socratique, selon laquelle « Nul n'est méchant volontairement ». Ainsi « si la plus grande partie de l'humanité est dans le mal, elle est dans cet état contre sa volonté, parce que, tout simplement, elle ignore la définition du vrai bien et du vrai mal ».

⁵⁸ V. HADOT Pierre, *Introduction...*, *op. cit.*, p. 357 et suiv.

⁵⁹ MARC-AURÈLE, *Pensées*, VI, 53 : « Habitue-toi à écouter attentivement les paroles d'autrui ; entre, autant que possible, dans l'esprit de celui qui parle ».

⁶⁰ MARC-AURÈLE, *Pensées*, X, 4 (dans la citation faite par Pierre Hadot, p. 359) : « S'il se trompe, l'en instruire avec bienveillance et lui montrer son erreur. Si tu n'y parviens pas, t'en prendre à toi-même ou plutôt même pas à toi-même ». Pierre Hadot cite aussi Épictète, II, 12, 4 (nous citons ici la traduction parue dans La Pléiade par Émile BRÉHIER : « Toi aussi, montre-lui la vérité et tu verras qu'il te suivra. Tant que tu ne la lui auras pas montrée, ne ris pas de lui, mais aie plutôt le sentiment de ta propre incapacité » ; et dans le même sens II, 26, 7.

⁶¹ Il y a effet une limite à la compréhension et à l'écoute, sans que cette limite soit clairement définie. V. Par ex MARC-AURÈLE, VI, 50, 1, cité par Pierre Hadot (p. 363) : « Essaie de les persuader, mais agis, contre leur volonté, si l'ordre raisonnable de la justice l'exige ainsi ».

⁶² V. les polémiques qui ont suivi la publication des constatations du Comité et la réaction officielle – pincée – du gouvernement français : <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/droits-de-l-homme/actualites-et-evenements-sur-le-theme-des-droits-de-l-homme/actualites-2018-sur-le-theme-des-droits-de-l-homme/article/comite-des-droits-de-l-homme-des-nations-unies-avis-sur-la-loi-du-11-octobre>. Alors que l'avis du Comité dans l'affaire *Baby Loup* (comm. n° 2662/2015, *F.A. c. France*, 16 juillet 2018, sur le licenciement pour faute d'une employée de crèche au motif qu'elle portait le *hijab*) a divisé l'opinion, les constatations sur le niqab n'ont pas été – à ma connaissance – soutenues publiquement. Même la CNCDH, qui avait rendu un avis défavorable sur le projet de loi en 2010, est restée silencieuse.

« choix de société » et, par la technique de la marge d'appréciation, décide de réconcilier la loi nationale et la loi universelle.

Il faut remarquer que ces deux attitudes ne sont pas neutres lorsqu'on les envisage sous l'angle d'une théorie de l'activité juridique, parce que leurs *effets* sont différents.

La *parrhèsia* Cynique peut avoir le bénéfice de l'électrochoc mais encourt aussi le risque de susciter le rejet et la fermeture, l'absence de coopération. Inversement, la prudence stoïcienne est plus tactique : elle est ouverture au compromis et à la discussion sans perdre de vue son objectif qui est d'amener l'insensé sur le chemin de la sagesse.

Une éthique stoïcienne appliquée au jugement cosmopolite me paraît à cet égard préférable dans la perspective qui est celle du praticien visant des fins pratiques, à savoir en l'occurrence l'effectivité des normes universelles en matière de droits de l'Homme. Le fait est que les instruments en matière de droits de l'Homme sont rarement précis et que leur application conduit les experts et juges, par voie d'interprétation, à créer de nouvelles normes générales visant à s'appliquer à des contextes plus spécifiques, normes générales qui elles-mêmes auront vocation à être individualisées dans des cas particuliers. Ainsi, la liberté de port de vêtement religieux est une liberté déduite par implication de la liberté religieuse⁶³. Ses limites sont définies par analogie avec la clause de limitation elle-même généralement rédigée insérée dans les instruments en matière de droits de l'Homme. Face à cette indétermination relative des instruments et donc des obligations des États, la sagesse consiste à savoir trouver un équilibre entre le développement des normes et le respect d'une certaine diversité des pratiques. Surtout, le juge cosmopolite devrait évaluer, au cas par cas, à la fois la « solidité » d'une éthicité et le degré d'atteinte qu'elle justifie aux normes universelles. Une éthicité solidement ancrée dans une société particulière et justifiant une atteinte modérée à la norme universelle devrait être réputée compatible avec cette norme. Inversement, une éthicité chancelante, objet d'un *dissensus* fort ou d'une discussion au sein même de la société considérée, quand bien même elle autoriserait une atteinte modérée à la norme universelle, pourra être déclarée contraire à ladite norme. Mais face à une atteinte grave et frontale à la norme, ou face à une atteinte à une norme participant à la substance des droits de l'Homme (comme c'est le cas pour les droits « absolument intangibles »⁶⁴, comme l'interdiction de la torture, par exemple), alors la réponse devra toujours être ferme : et sur ce point, Cyniques et Stoïciens se retrouvent pour dire la vérité⁶⁵.

Une éthique stoïcienne du jugement cosmopolite me paraît revêtir encore deux autres avantages. Premièrement, elle s'inscrit dans une approche heuristique du cosmopolitisme, pour laquelle l'universel n'est pas un « donné » mais l'objet d'un apprentissage au prix d'une ascèse. Bien entendu, lorsqu'on parle d'ascèse, on pense avant tout à un cheminement individuel. Mais rien n'empêche de concevoir un processus similaire sur le plan collectif, comme une sorte de perfectionnement moral de la société dans son ensemble – non pas au sens où la société s'enfermerait progressivement dans des prescrits moraux – une sorte d'harmonie sociale comme l'imposent les mouvements dictatoriaux – mais au sens où la société apprendrait à acquérir un regard critique sur elle-même tout en s'ouvrant sur les autres. On rejoint sur ce point le thème de l'éducation cosmopolitique, chère à Martha Nussbaum⁶⁶. Le cosmopolitisme réside également dans cette foi (vaine ?) dans la faculté de l'être humain d'apprendre et de se perfectionner moralement. Cet apprentissage passe notamment par l'exercice d'une forme de prudence dans la rencontre avec l'étrange : savoir, comme Marc-

⁶³ Au Comité des droits de l'Homme qui fait observer que « le droit d'interagir avec n'importe quel individu dans l'espace public et le droit de ne pas être troublé par le port du voile intégral par d'autres personnes ne sont pas protégés par le Pacte » (constatations *Yaker c. France*, *op. cit.*, § 8.10), on pourrait d'ailleurs répliquer que le droit de porter le vêtement que l'on souhaite n'y figure pas non plus ! D'ailleurs, le port de vêtement (et la nudité) reste des questions réglementées couramment au titre de considérations d'ordre public, y compris dans les États les plus démocratiques.

⁶⁴ C'est-à-dire les droits qui ne peuvent faire l'objet ni de limitations, ni de dérogations dans des circonstances exceptionnelles : cf. DE FROUVILLE Olivier, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'Homme et droit des traités*, Paris, Pedone, 2004.

⁶⁵ Cf. la citation de MARC-AURÈLE, VI, 50, 1 *supra* et aussi II, XVI, 3, l'âme de l'homme s'outrage « lorsqu'elle feint, lorsque, dans ses actes ou ses paroles, elle n'est ni sincère ni vraie ».

⁶⁶ V. notamment NUSSBAUM Martha C., « Citoyens du monde », introduction et traduction par BRUMÉLOT Olivier, *Le Philosophoïre*, 2006/2, n°27, p. 227-249 ; et le texte « Patriotism and Cosmopolitanism » qui introduit le recueil *For Love of Country*, Boston, Beacon Press, 1996.

Aurèle, retenir son jugement et privilégier l'écoute et le dialogue, sans pour autant céder à la complaisance ou au relativisme absolu (le « tout se vaut » ou le « tous se valent », qui serait une renonciation à tout jugement).

Deuxièmement, une éthique stoïcienne du jugement porte en elle l'idée d'un cosmopolitisme enraciné⁶⁷, qui me paraît essentielle parce qu'elle saisit le cosmopolitisme en ce qu'il a de complexe mais aussi de profondément vrai : à savoir qu'il s'agit d'une dialectique complexe entre l'unité et la diversité, entre le moi et l'autre. Ainsi lorsque Marc-Aurèle écrit : je suis citoyen de Rome mais aussi du monde, il ne dit pas qu'il est tantôt l'un et tantôt l'autre : il est *les deux à la fois*. Or cette double appartenance sonne comme une aporie, une impossibilité, sauf à la considérer comme un processus, un chemin de sagesse. Ainsi les stoïciens font un pont avec la modernité en esquissant une dialectique de l'un et du multiple, dialectique que Kant reprendra bien plus tard avec son concept antinomique de *Fédération d'États libres* qui, bien plus qu'une institution particulière désigne, comme on l'a montré ailleurs⁶⁸, un processus continu, une quête vers un état cosmopolitique, une paix perpétuelle qui « n'est pas une idée creuse, mais un problème qui, solutionné peu à peu, se rapproche constamment de son but »⁶⁹.

projet

⁶⁷ Dans ce sens, GUEYE Cheikh Mbacké, *Late Stoic Cosmopolitanism. Foundations and Relevance*, Universitätsverlag, Winter, Heidelberg, 2006, pp. 136, 139, 147. V. aussi NUSSBAUM Martha C. « Patriotism and Cosmopolitanism », *op. cit.*, p. 9.

⁶⁸ Notamment DE FROUVILLE Olivier, « Vers une théorie démocratique du droit international », in RUNAVOT Marie-Clotilde, *La démocratie appliquée au droit international : de quoi parle-t-on ?*, Paris, Pedone, 2018, p. 143-152 et part. p. 147-148.

⁶⁹ KANT Emmanuel, *Projet de paix perpétuelle. Esquisse philosophique*, Appendice II, 386, trad. J. Gibelin, Vrin, 2002, p. 133.