



Symposium international sur l'interculturalisme

DIALOGUE QUÉBEC-EUROPE

Montréal

Du 25 au 27 mai 2011

Le rôle de l'égalité et de la non- discrimination dans la mise en œuvre d'un dialogue interculturel en Europe

Contribution au chapitre 2 :
Les droits à la lumière de l'interculturalisme

Emmanuelle Bribosia

Professeure, Institut d'Études européennes
Université Libre de Bruxelles

Isabelle Rorive

Professeure, Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles



Notices biographiques

Emmanuelle Bribosia est professeure à l'Institut d'Études européennes et à la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles. Ses enseignements portent sur le droit européen, la protection internationale et européenne des droits de la personne et l'approche juridique des discriminations. Depuis 2007, elle est directrice du département juridique de l'Institut d'Études européennes et du Master complémentaire en droit européen.

Au plan de la recherche, elle a développé, depuis une dizaine d'années, en collaboration avec Isabelle Rorive, un pôle de recherche sur le droit de l'égalité, de la non-discrimination et l'approche juridique de la diversité. À ce titre, elle est l'une des promotrices de l'action de recherche concertée (A.R.C.) transdisciplinaire, *L'étranger et l'autre à l'épreuve des transformations normatives et identitaires en Europe* (2006-2011). Parmi ses publications récentes liées à la thématique du Symposium, on relèvera l'article rédigé en collaboration avec Julie Ringelheim et Isabelle Rorive, «Reasonable Accommodation for Religious Minorities: A Promising Concept for European Antidiscrimination Law?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 17, n° 2, pp. 137-161, et le Rapport thématique intitulé *Towards a balance between right to equality and fundamental rights – À la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux* (avec I. Rorive), rédigé dans le cadre du European Network of Legal Experts in the Antidiscrimination Field, 2010, 72 p.

Isabelle Rorive est Professeure à la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles (ULB) où elle enseigne le Droit comparé, le Droit de la non-discrimination et la Méthodologie juridique. Depuis septembre 2009, Isabelle Rorive poursuit ses travaux au sein du Centre Perelman de philosophie du droit. Ses domaines de recherche concernent, à titre principal, les développements théoriques et pratiques du droit de l'égalité et de la non-discrimination, la circulation des concepts juridiques entre systèmes de *common law* et de droit civil et l'empreinte des cultures juridiques sur le

développement du droit et le raisonnement judiciaire. Actuellement, elle s'intéresse tout particulièrement à la place du religieux dans l'espace public et, plus généralement, aux défis que pose la gestion du pluralisme culturel.

Isabelle Rorive est l'une des promotrices de l'Action de recherche concertée menée par le Centre transdisciplinaire *Migration, asile, multiculturalisme* (MAM, ULB) relative à « L'étranger et l'autre à l'épreuve des transformations normatives et identitaires en Europe » (2006-2011). Elle est également partenaire du projet MEDIADDEM inscrit dans le 7ème programme-cadre européen et intitulé : « *European Media Policies Revisited : Valuing and Reclaiming Free and Independent Media in Contemporary Democratic Systems* ». Par ailleurs, elle est l'expert coordinateur pour les questions relatives à la religion et aux convictions philosophiques du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination (*European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field*, <http://www.non-discrimination.net/>).

Le rôle de l'égalité et de la non-discrimination dans la mise en œuvre d'un dialogue interculturel en Europe

Résumé

Au-delà des confusions conceptuelles et terminologiques qui entourent souvent les références à l'interculturalisme en Europe ces dernières années, il est patent de constater que le dialogue interculturel y occupe une place centrale. En reprenant la distinction entre différents niveaux mise en lumière par le Livre blanc du Conseil de l'Europe sur le dialogue interculturel, cette contribution aborde successivement ce dialogue tel qu'il s'exerce, en Europe, au sein des sociétés européennes mais également entre ces sociétés, en accordant une importance particulière au rôle joué par l'égalité et la non-discrimination. Dans un premier temps, une réflexion est engagée sur les significations que peut revêtir cette égalité tant comme condition que comme limite du dialogue interculturel au sein des sociétés européennes. Dans un second temps, la marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est étudiée en tant qu'un outil parfois biaisé du dialogue interculturel entre sociétés européennes.

Le rôle de l'égalité et de la non-discrimination dans la mise en œuvre d'un dialogue interculturel en Europe

Introduction

L'invitation à participer à ce Symposium international sur l'interculturalisme nous a confrontées à un premier défi : définir ce que l'on entend par « interculturalisme » afin de pouvoir nouer un véritable dialogue transatlantique à ce sujet. Les organisateurs du Colloque avaient veillé à nous simplifier la tâche en mettant à notre disposition un document de réflexion rédigé par Gérard Bouchard intitulé « Qu'est-ce que l'interculturalisme ? ». Cette contribution tend à identifier les spécificités de l'interculturalisme et ce qui le distingue notamment du multiculturalisme canadien (Bouchard, 2011).

En poursuivant et en approfondissant la réflexion (Rocher, Labelle & al., 2007; Baubérot, 2008; Gagnon & Iacovino, 2007), trois constats peuvent être formulés et soumis à la discussion. D'abord, l'on relèvera qu'alors que « les travaux universitaires regorgent de considérations sur la différence entre le multiculturalisme canadien et l'interculturalisme québécois [...] », un « flou définitionnel demeure » à cet égard (Rocher, Labelle & al., 2007, p. 22). Ensuite, sans minimiser les éventuelles différences conceptuelles entre les deux modèles, l'on peut se demander si le contexte québéco-canadien ne s'avère pas déterminant pour comprendre ces différences, ce qui rend délicate la transposition du débat au plan européen. En effet, alors que le multiculturalisme canadien s'inscrit dans le paradigme de la diversité, sans reconnaissance d'une culture majoritaire pour l'Etat fédéral, l'interculturalisme, tel que pratiqué au Québec, s'inscrit dans un paradigme de dualité, mettant l'accent sur l'articulation majorité/minorités, dans un contexte marqué par la fragilité de la culture majoritaire québécoise sur le continent nord-américain (Bouchard, 2011). Ce paradigme de la dualité pourrait certes présenter des enseignements pour l'Europe où, compte tenu de l'influence du modèle de l'Etat-Nation, la question de la diversité se pose souvent en termes de rapport entre une culture nationale majoritaire relativement ancienne et les

nouvelles minorités issues de l'immigration. L'influence des contextes spécifiques ne doit toutefois pas pour autant être minimisée. Enfin, l'interculturalisme est systématiquement caractérisé par le place centrale qu'y joue le dialogue interculturel, en ce qu'il favorise le rapprochement et l'acceptation des différences dans le respect mutuel entre citoyens d'origines diverses (Rocher, Labelle & al., 2007).

En franchissant l'Atlantique pour s'interroger sur la conception de l'interculturalisme en Europe, l'on se heurte à des obstacles, notamment en raison du peu d'approches conceptuelles sur le sujet et de la difficulté d'en déduire une définition ou une acception communes (James, 2008; Laflèche, 2007). De manière générale, l'usage politique du concept d'interculturalisme semble (ré)-émerger ces dernières décennies en Europe en réaction à un échec supposé des modèles d'intégration tels que l'assimilation, le communautarisme ou le multiculturalisme (*Home Office, Report Cantle, 2001*). Ainsi à l'instar du Québec où l'interculturalisme a été construit et théorisé avec notamment pour objectif de se distinguer du multiculturalisme associé à l'Etat fédéral canadien, en Europe, l'émergence de la notion d'interculturalisme dans le discours public peut partiellement s'expliquer par la connotation négative acquise ces dernières années par le multiculturalisme (Silj, 2010) et la volonté de s'en dissocier par la proposition d'un modèle alternatif.

Cette mobilisation récente, dans le registre politique, de l'interculturalisme comme modèle de société est toutefois empreinte de nombreuses confusions, voire d'une certaine instrumentalisation. Preuve en est l'utilisation récente, en Belgique, d'un argumentaire fondé sur l'interculturalisme comme modèle de société supposément opposé au multiculturalisme afin de justifier la loi visant à interdire le port de [la burqa ou du niqab] dans l'espace public, récemment adoptée par la Chambre des représentants à la quasi-unanimité des voix¹. Sans entrer ici dans le détail des confusions et des approximations dans la présentation de ces deux modèles de société qui seraient

¹ Loi visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage (désigné sous le nom de burqa dans les débats publics, alors qu'il s'agit plus précisément du niqab) du 1^{er} juin 2011, *Moniteur belge*, 13 juillet 2011, n° 2011000424, p. 41734. Attention, cette loi fait actuellement l'objet d'un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle (recours n° 5191).

prétendument opposés en tous points, l'on citera un extrait de la présentation du multiculturalisme, proposée par l'exposé des motifs de cette loi, qui révèle, à notre estime, une mécompréhension de la philosophie qui l'inspire². Ainsi, selon les parlementaires du parti réformateur francophone, « Le multiculturalisme aboutit à une accentuation des différences identitaires [menant, *in fine*, au communautarisme], à une forme de “babelisation” du vivre ensemble, ainsi qu'à l'émergence de castes légales. Ce “droit à l'isolement” génère la méconnaissance mutuelle, la peur de l'autre et des tensions sociales »³.

Qui plus est, il est patent de relever qu'en se fondant sur le modèle de l'interculturalisme, les auteurs de la proposition de loi justifient une interdiction, pénalement sanctionnée, du port dans l'espace public de la burqa – pudiquement englobée dans la notion plus neutre de « tout vêtement dissimulant totalement ou de manière principale le visage ». Outre-Atlantique, cependant, c'est en se fondant sur le même concept que Gérard Bouchard semblait plutôt exclure une interdiction du port de la burqa dans les rues et places publiques (sauf pour motifs de sécurité publique) (Bouchard, 2011).

Au-delà de ces confusions conceptuelles et terminologiques, si l'on se réfère aux documents officiels adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe ou de l'Union européenne, l'accent est ici aussi systématiquement mis sur le dialogue interculturel en tant qu'instrument de l'interculturalisme. Le Livre blanc sur le dialogue interculturel adopté par le Conseil de l'Europe en 2008⁴ est explicite à cet égard⁵. L'émergence en

² « Le multiculturalisme est l'un des traits distinctifs de l'Etat canadien depuis 1971. Un sondage de la firme Environics réalisé en 1996 révélait que le multiculturalisme était identifié comme symbole de l'identité canadienne plus souvent que le hockey! » (Rocher & Labelle, 2007).

³ Proposition de loi visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage, Chambre des représentants, 2^{ème} session de la 53^{ème} législature, Doc 53 0219/001.

⁴ Le dialogue interculturel y est défini de la manière suivante : «Le dialogue interculturel est un échange de vues ouvert et respectueux entre des individus et des groupes appartenant à des cultures différentes, qui permet de mieux comprendre la perception du monde propre à chacun. Il s'exerce à tous les niveaux – au sein des sociétés, entre les sociétés européennes et entre l'Europe et le reste du monde» (Livre blanc, 2008, p. 13).

⁵ Voir, au sein du Conseil de l'Europe, le 3^{ème} Sommet des Chefs d'Etat et de gouvernement qui a confirmé, en 2005, que l'une des missions phares de l'Organisation était d'encourager le dialogue

Europe d'un système interculturel y est soulignée. Ce modèle est présenté comme intégrant les meilleurs principes des deux modèles – assimilation et communautarisme – tout en y ajoutant une dimension nouvelle. Ainsi, l'interculturalisme emprunterait « à l'assimilation la priorité donnée à l'individu et au communautarisme la reconnaissance de la diversité culturelle pour y ajouter un nouvel élément essentiel à l'intégration et à la cohésion sociale : le dialogue sur la base d'une égale dignité et de valeurs partagées » (Livre blanc, 2008, pp. 21-22).

Le dialogue interculturel a été mis à l'honneur également au sein de l'Union européenne, notamment par l'organisation d'une Année européenne du Dialogue interculturel en 2008⁶. Pour reprendre les termes de M. James, « [a]ujourd'hui, la Commission européenne comprend encore largement l'interculturalisme comme concernant le dialogue entre différents groupes culturels considérant que ce type de dialogue va permettre aux citoyens européens d'acquérir la connaissance et les aptitudes afin de leur permettre de gérer un environnement plus ouvert et plus complexe » (2008, p. 3).

Ces réflexions préliminaires nous ont incitées à placer le dialogue interculturel au centre de notre contribution. Il s'agit assurément de l'une des composantes essentielles ou d'un trait caractéristique de l'interculturalisme comme modèle d'aménagement de la diversité, que ce soit au Québec (Bouchard, 2011; Rocher & Labelle & al., 2007; Gagnon & Iacovino, 2007) ou en Europe (Livre blanc, 2008). En reprenant la distinction entre différents niveaux mise en lumière par le Livre blanc sur le dialogue interculturel, nous examinerons successivement ce dialogue tel qu'il s'exerce, en Europe, *au sein des sociétés européennes* (I) mais également *entre les sociétés européennes* (II), en accordant une importance particulière au rôle joué par l'égalité et la non-discrimination dans ces

interculturel. Voir aussi *Intercultural cities. Towards a model for intercultural integration*, joint action of the Council of Europe and the European Commission, Editions du Conseil de l'Europe, 2010.

⁶ Décision n° 1983/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 relative à l'Année européenne du dialogue interculturel – 2008, *J.O.U.E.*, 30.12.2006, L 412/44; Voir également le site web consacré à l'année du dialogue interculturel au sein de l'Union européenne à l'adresse suivante : <http://www.interculturaldialogue2008.eu/406.0.html>; Fundamental Rights Agency, « Beyond Tolerance. Learning from Diversity », *Equal Voices* 23, May 2008.

dialogues. Quant au dialogue entre l'Europe et le reste du monde, nous ne l'aborderons pas dans une partie distincte; il s'agit de l'objet même du présent Symposium, qui constitue une merveilleuse occasion de dialogue transatlantique.

1. Le dialogue interculturel au sein des sociétés européennes

La notion d'égalité est centrale dans le Livre blanc du Conseil de l'Europe sur le dialogue interculturel. Elle est présentée à la fois comme une condition préalable à la réalisation de ce dialogue (1.1) et comme une limite à l'acceptation de la diversité ou encore un élément non négociable ne pouvant pas être remise en cause par le dialogue (1.2). Or, à l'analyse, si l'on souhaite prendre au sérieux l'égalité comme condition du dialogue, il nous semble important d'ouvrir à la discussion le sens que revêt cette égalité tant comme fondement que comme limite du dialogue. L'exemple de l'invocation à géométrie variable de l'égalité homme/femme dans le débat relatif au port du foulard islamique est riche en enseignements à cet égard.

1.1. L'égalité et la non-discrimination comme conditions de la réalisation d'un dialogue interculturel

Dans le Livre blanc sur le dialogue interculturel, l'égalité digne et le respect mutuel sont présentés comme des conditions du dialogue interculturel, indispensables pour surmonter les obstacles à sa mise en œuvre. Encore faut-il s'accorder sur ce que l'on entend par égalité car les conceptions sont multiples et peuvent avoir des implications différentes (Fredman, 2011 ; McCrudden & Prechal, 2009 ; Westen, 1982). L'égalité formelle n'est pas toujours suffisante et la promotion d'une égalité effective ou substantielle peut requérir la prise en compte des différences (Barnard & Hepple, 2000 ; De Schutter, 2006 ; Ringelheim, 2006). Une lutte efficace contre les discriminations requiert de combiner l'interdiction de fonder une différence de traitement sur le motif de distinction prohibé (le sexe ou la religion, par exemple) – discrimination directe - avec l'interdiction de recourir à des dispositifs, pratiques ou critères qui, bien que neutres en

apparence, sont susceptibles de produire le même effet – discrimination indirecte (De Schutter, 1999).

Une fois n'est pas coutume, l'Union européenne s'est avérée précurseur dans le domaine de la lutte contre les discriminations et, en particulier, de la réalisation de l'égalité entre les hommes et les femmes (Fredman, 2011 ; Commission européenne, 2009). C'est au sein de l'Union européenne que l'interdiction des discriminations indirectes a été consacrée, d'abord par la jurisprudence de la Cour de justice et ensuite dans les directives européennes (Bell, 2002 ; Bribosia, 2008).

Quoique plus tardivement, la Cour européenne des droits de l'homme a également reconnu la nécessité d'interdire les discriminations indirectes résultant de mesures ou de pratiques apparemment neutres ayant pour effet de désavantager particulièrement un groupe de personnes (Sudre, 2008; *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, 2011). Elle l'a fait de manière retentissante, dans la célèbre affaire *D.H.*⁷ où était en cause la ségrégation scolaire dont étaient victimes des enfants Roms systématiquement placés dans des écoles spéciales à la suite de tests prétendument objectifs, mais qui se sont avérés culturellement biaisés (Dubout, 2006 ; Dubout, 2008 ; Henrard, 2004). A cette occasion, la Cour européenne a jugé qu'il y avait discrimination fondée sur l'origine ethnique des requérants et que c'était, en l'espèce, l'absence d'un traitement différencié pour corriger des inégalités factuelles qui aboutissait à une discrimination. La Grande Chambre notait, en particulier, que « du fait de leurs vicissitudes et de leur perpétuel déracinement, les Roms constituent une minorité défavorisée et vulnérable, qui a un caractère particulier (...). Ils ont dès lors besoin d'une protection spéciale » (§ 182). La Cour avait par ailleurs déjà souligné l'émergence d'un consensus international au sein du Conseil de l'Europe quant à la reconnaissance des « besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie (...), non seulement dans le but de protéger les intérêts des minorités elles-mêmes mais aussi pour préserver la diversité culturelle qui est bénéfique à la société

⁷ Cour eur. D.H. (GC), *D.H. c. Rép. Tchèque*, 13 novembre 2007, § 175.

dans son ensemble »⁸. Par ce biais, il s'agit bien pour la Cour européenne de préciser la signification à accorder à « l'égalité de jouissance des droits » dans le contexte de sociétés diverses au plan culturel et social où « certaines personnes peuvent avoir besoin d'un traitement différencié pour jouir d'une protection juridique effective » (Wiater, 2011, p. 40). A cet égard, nous nous rallions pleinement à l'analyse plus approfondie de Julie Ringelheim, qui affirme que l'approche de l'égalité par la Cour européenne correspond à l'approche prônée par certains penseurs du courant multiculturaliste (Kymlicka, 1995 ; Benhabib, 2002). Ceux-ci considèrent, en effet, que « pour réaliser une véritable égalité entre les individus appartenant à des groupes culturels différents, il est nécessaire de tenir compte des différences dans le droit et les institutions » (Ringelheim, 2006).

Cette prise en compte des différences peut se concrétiser par divers mécanismes juridiques. L'exemple de l'affaire de la ségrégation des Roms dans l'enseignement en République tchèque témoigne, par exemple, du lien étroit existant entre une lutte contre les discriminations indirectes, requise par l'objectif de réaliser une égalité effective, et la question délicate des « mesures positives » ou actions positives destinées à combler les inégalités liées à la discrimination que subissent les membres de groupes défavorisés (Livre blanc, 2008 ; De Schutter, 2006). Jusqu'ici, la posture du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme vis-à-vis des actions positives pourrait être qualifiée de neutre ou en retrait. Ainsi, par exemple, les textes adoptés au sein de l'Union européenne n'interdisent nullement aux Etats de prendre des mesures d'actions positives mais n'imposent pas d'obligation expresse à cet égard (De Vos, 2007 ; De Schutter, 2006). Cela se traduit par la disposition suivante, intégrée dans la plupart des instruments européens de lutte contre les discriminations : « Pour assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique »⁹. Dans le domaine de l'égalité entre les hommes et les femmes, l'on dispose d'une jurisprudence de la Cour de

⁸ Cour eur. D.H. (GC), *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, § 93.

⁹ Voir par exemple, l'article 5 de la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race et d'origine ethnique, *Journal officiel* n° L 180, 19 juillet 2000, pp. 22 – 26.

justice de l'Union européenne qui fixe les limites et contours des actions positives jugées acceptables afin de ne pas porter une atteinte démesurée à l'égalité formelle (De Schutter, 2007). Sans pouvoir, dans les limites de cette contribution, en livrer une démonstration argumentée, nous soutenons, à l'instar d'autres auteurs, que si l'on prend au sérieux l'engagement de réaliser une égalité non seulement formelle mais également substantielle et de lutter notamment contre les discriminations indirectes, cela pourrait impliquer, dans une certaine mesure et dans certaines situations, de rendre obligatoire l'adoption d'actions positives (Fredman, 2011 ; De Vos, 2007 ; De Schutter, 2006)¹⁰.

1.2. L'égalité et la non-discrimination comme limites au dialogue interculturel

Dans le cadre des consultations préalables à l'adoption du Livre blanc sur le dialogue interculturel au sein du Conseil de l'Europe, la question de l'égalité a été soulevée à de multiples reprises et par la plupart des intervenants (gouvernements, organisations non-gouvernementales, associations de migrants, etc.). La référence à l'égalité et à la non-discrimination y est souvent présentée comme une limite au dialogue interculturel ou encore comme une limite à la culture de la tolérance et du respect. Ainsi, est-il affirmé que « les traditions culturelles, qu'elles soient « majoritaires » ou « minoritaires » ne peuvent primer sur les principes et valeurs, [contenus] dans la Convention européenne des droits de l'homme et d'autres instruments du Conseil de l'Europe portant sur les droits civils et politiques, sociaux, économiques et culturels ». Au rang de ces principes et valeurs, l'égalité entre les sexes occupe une place centrale et est systématiquement présentée comme « un préalable non négociable au dialogue interculturel » (Livre blanc, 2008, pp. 11 et 22).

Loin de nous bien évidemment l'idée de relativiser l'importance fondamentale à accorder à l'égalité et, plus particulièrement, à l'égalité entre les femmes et les hommes

¹⁰ Pour un raisonnement similaire, ancré dans une conception substantielle de l'égalité et aboutissant à déduire de l'interdiction des discriminations indirectes une obligation d'accommodement raisonnable, voir Bribosia, Ringelheim, Rorive, 2009 et 2010. Plus largement sur l'accommodement raisonnable dans le contexte de l'interculturalisme, voir les contributions de F. Ast et P. Bosset à ce Symposium.

dans nos sociétés pluriculturelles. Deux éléments nous semblent toutefois importants à prendre en considération afin de développer une approche plus en phase avec l'éthique du dialogue. Premièrement, il importe de prendre en considération les conflits de droits fondamentaux susceptibles de se nouer notamment entre une affirmation identitaire ancrée par exemple dans la liberté religieuse et l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe. Deuxièmement, il convient d'éviter toute vision stéréotypée de l'égalité hommes-femmes. C'est ce qui est d'ailleurs mis en exergue dans le Livre blanc, qui souligne que « [l]a lutte contre l'inégalité entre les sexes ne doit pas donner lieu à des stéréotypes insidieux. [...] Il est injustifié d'établir une relation entre « communautés minoritaires » et « inégalité entre les sexes » comme si tout était parfait dans la communauté « d'accueil » et que tout ce qui concerne les minorités et personnes pratiquant certaines religions posait problème. Si l'expérience des femmes se recoupe parfois d'une communauté à l'autre c'est précisément parce qu'aucune communauté n'a le monopole de l'égalité ou de l'inégalité entre les sexes ». (Livre blanc, 2008, p. 24).

1.2.1. Une limite impliquant de résoudre des conflits de droits

Un conflit de droits est notamment susceptible de se nouer entre, d'une part, la liberté religieuse (ou la non-discrimination fondée sur la religion) et, de l'autre, l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe ou l'orientation sexuelle (Bribosia & Rorive, 2010 ; Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2008). C'est le cas notamment de demandes d'accommodements pour motif religieux intervenues aux Pays-Bas afin de ne pas être tenu de serrer la main de personnes du sexe opposé ou encore le cas d'officiers d'état civil chrétiens refusant de participer à l'union de personnes de même sexe ou à l'enregistrement de partenariats aux Pays-Bas¹¹ ou au Royaume-Uni¹². Souvent, dans ces affaires, celles et ceux qui demandent l'accommodement se fondent, non pas sur la liberté religieuse, mais bien sur leur droit à la non-discrimination fondée sur la religion. Cela met en évidence les tensions inhérentes

¹¹ Voir R. Holmaat, *Netherlands Report on Measures to Combat Discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field, 2008, section 0.3.

¹² Voir notamment l'affaire *Ladele & MacFarlane c. Royaume-Uni* actuellement pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme, req. n°. 51671/10 & 36516/10.

au principe de l'égalité de traitement lui-même quand il comprend, au titre de critères de discrimination prohibés, le genre, la religion ou les convictions ainsi que l'orientation sexuelle (Bribosia & Rorive, 2010 ; McColgan, 2009).

Comme Frances Raday l'a souligné, la grande majorité des religions et des cultures traditionnelles se fondent sur des normes et des pratiques sociales qui se sont développées dans un contexte patriarcal à une époque où aucune protection n'était systématiquement accordée aux droits individuels de l'homme, en général, et aux droits des femmes à l'égalité ou aux libertés d'autrui, en particulier (Raday, 2003 et 2009). Il n'est donc pas étonnant qu'il soit encore à l'heure actuelle complexe de mettre simultanément en œuvre le principe d'égalité de traitement indépendamment du sexe, des convictions religieuses et de l'orientation sexuelle.

Plusieurs prises de position officielles tant au plan universel qu'europpéen tendent à affirmer, en présence d'un conflit entre liberté religieuse ou non-discrimination fondée sur ce motif et droits des femmes, que ces derniers doivent bénéficier d'une prééminence¹³. Ainsi, dans une Résolution intitulée *Femmes et religion en Europe*, adoptée en 2005, le Conseil de l'Europe affirmait que « [l]a liberté de religion ne peut pas être acceptée comme un prétexte pour justifier les violations des droits des femmes, qu'elles soient flagrantes ou subtiles, légales ou illégales, pratiquées avec ou sans le consentement théorique des victimes – les femmes » (§ 5). Une telle approche, fondée sur une hiérarchie a priori (McColgan, 2009), est susceptible d'entrer en tension avec le principe d'indivisibilité des droits humains (Bribosia & Rorive, 2010 ; Bribosia & Hennebel, 2004) et paraît surtout impuissante à résoudre la totalité des situations de conflits. Dans certains cas à tout le moins, une approche visant la conciliation des droits en tension dans un contexte donné nous semble devoir être préférée à la logique hiérarchisante *a priori* (Bosset, 2009 ; Brems, 2008). Sans trancher ici l'épineux débat

¹³ Un rapport des Nations Unies (Rapport Abdelfattah Amor, 2002) abonde dans ce sens. Y est clairement affirmée, sans compromis, « la prééminence sur toute coutume ou tradition, qu'elle soit d'origine religieuse ou non, des principes universels de nature impérative que sont le respect de la personne et de son droit inaliénable de disposer d'elle-même, ainsi que de la pleine égalité entre les hommes et les femmes ». Voir aussi le Rapport soumis par Mme Asma Jahangir, Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction conformément à la résolution 6/37 du Comité des droits de l'homme des Nations-Unies (2009).

relatif au mode de résolution de ces conflits, nous souhaitons mettre l'accent sur l'importance de déterminer, sans biais culturel, ce qui, dans la manifestation de pratiques religieuses, est susceptible ou non de violer le principe d'égalité entre les hommes et les femmes.

1.2.2. Une limite à géométrie variable – port du hidjab à l'école et égalité des sexes

Comme le souligne P. Bosset, « Le regard du droit sur l'égalité des sexes n'est jamais parfaitement neutre » (Bosset, 2009). C'est ce qu'illustre J. Baubérot quand il souligne que « [f]aire comme si l'affaire [des vitres givrées] du YMCA¹⁴ bien connue [au Québec] met de façon évidente fondamentalement en jeu l'égalité homme-femme alors que la fixation médiatique sur le décolleté d'une femme n'aurait rien à voir avec cette égalité, constitue une uniformisation dogmatique d'une pensée commune. Cela induit de transformer l'égalité des sexes, valeur, qui comme toutes les autres valeurs est l'objet d'un débat interprétatif [...], en dogme à avaler tout cru » (2008, p. 243). Quand on affirme que l'égalité des sexes constitue un préalable non négociable au dialogue interculturel, bien souvent on occulte le fait que ce qu'on affirme comme non négociable c'est une certaine conception de cette égalité qui devient objet de croyance obligatoire.

A cet égard, la question du port du hidjab à l'école est particulièrement riche en enseignements. En effet, alors que l'égalité hommes-femmes est considérée comme essentielle des deux côtés de l'Atlantique, une interdiction généralisée du port de ce signe religieux à l'école est considérée, au Canada et au Québec, comme engendrant une discrimination fondée sur la religion ou sur le sexe (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2008 ; Bosset, 2009; Koussens, 2007-2008 ; Woehrling, 2007) tandis qu'en Europe, l'égalité des sexes a joué un rôle central dans la justification de telles interdictions généralisées en France (à l'école secondaire) ou en

¹⁴ Il s'agit de l'incident très médiatisé au Québec et souvent critiqué au nom de l'égalité des sexes qui avait amené un centre sportif du YMCA à Montréal à givrer les vitres de sa salle d'aérobic, à la demande de l'école juive hassidique qui était contiguë, afin d'éviter aux jeunes élèves le spectacle des femmes en tenue de sport moulante.

Turquie (à l'université) (Rorive, 2009 ; Bosset, 2004 ; Koessens, 2007-2008 ; Rapport « Fleury » 2007).

Il n'est probablement pas inutile de rappeler ici que dans la célèbre affaire *Leyla Sahin c. Turquie* (2005), la Cour européenne des droits de l'homme, s'est notamment appuyée sur le fait que le hijab, « signe extérieur fort », « semblait être imposé aux femmes par un précepte religieux difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes », pour juger que l'interdiction de porter le voile à l'université en Turquie ne violait pas les droits fondamentaux garantis par la Convention¹⁵ (Bribosia & Rorive, 2004 ; Rorive, 2009).

Le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme s'inscrit dans la ligne argumentative de l'offense aux valeurs présentée et critiquée par Jean-François Gaudreault-Desbiens (2007). Suivant cette position, certains signes religieux devraient être interdits, notamment dans un lieu public comme l'école, au motif qu'ils seraient « intrinsèquement offensants » ou encore parce qu'ils contrediraient une valeur sociétale fondamentale, telle que l'égalité fondée sur le sexe, par exemple. Or, comme l'a fort bien démontré cet auteur, un tel argument s'avère problématique à plusieurs égards : notamment, d'abord, en ce qu'il méconnaît le caractère polysémique du signe religieux en question, en l'occurrence du hidjab, en lui assignant une signification à tout le moins prépondérante de soumission de la femme à l'homme; ensuite, parce qu'il revient à nier toute autonomie aux femmes ou jeunes filles qui le portent en supposant qu'elles ne sont jamais en mesure de faire un choix libre et éclairé en ce sens (Gaudreault-Desbiens, 2007; Philips, 2009).

C'est d'ailleurs ce que soutenait en substance la juge F. Tulkens dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt *Leyla Sahin* :

¹⁵ Cour eur. D.H. (GC), *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005 (req. n° 44774/98), § 111 ; *contra* : la juge Tulkens dans son opinion dissidente. Il est toutefois important de garder à l'esprit que toute comparaison entre les positions respectives de la Cour Suprême du Canada et de la Cour européenne des droits de l'homme est délicate au vu du rôle important joué par la marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (voir infra).

« Il n'appartient pas à la Cour de porter une telle appréciation, en l'occurrence unilatérale et négative, sur une religion et une pratique religieuse, tout comme il ne lui appartient pas d'interpréter, de manière générale et abstraite, le sens du port du foulard ni d'imposer son point de vue à la requérante. Celle-ci – qui est une jeune femme adulte et universitaire – a fait valoir qu'elle portait librement le foulard et rien ne contredit cette affirmation. A cet égard, je vois mal comment le principe d'égalité entre les sexes peut justifier l'interdiction faite à une femme d'adopter un comportement auquel, sans que la preuve contraire ait été apportée, elle consent librement. Par ailleurs, l'égalité et la non-discrimination sont des droits subjectifs qui ne peuvent être soustraits à la maîtrise de ceux et de celles qui sont appelés à en bénéficier. Une telle forme de « paternalisme » s'inscrit à contre-courant de la jurisprudence de la Cour qui a construit, sur le fondement de l'article 8, un véritable droit à l'autonomie personnelle » (*Keenan c. Royaume-Uni*, arrêt du 3 avril 2001, § 92 ; *Pretty c. Royaume-Uni*, arrêt du 29 avril 2002, §§ 65-67 ; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, arrêt du 11 juillet 2002, § 90) (point 12).

Cela nous renvoie à l'importance que revêt le dialogue interculturel, afin de déterminer le sens à attribuer à un signe religieux comme le hidjab, y compris par rapport à l'égalité des sexes, sans exclure les minoritaires de ce processus de détermination du sens (Philips, 2009).

2. Le dialogue interculturel entre les sociétés européennes

À l'échelle européenne, un dialogue interculturel est susceptible de se nouer également entre les différentes sociétés européennes. Le recours par la Cour européenne des droits de l'homme au droit comparé et à la marge nationale d'appréciation en constitue une illustration (2.1). Cette dernière peut toutefois se révéler une arme à double tranchant en termes de prise en compte de la diversité culturelle en ce qu'elle risque d'aboutir à privilégier la culture majoritaire au sein d'une société donnée (2.2).

2.1. Le droit comparé et la marge nationale d'appréciation : des outils d'un dialogue interculturel dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Comme l'a souligné le juge Luzius Wildhaber, alors qu'il était président de la Cour européenne des droits de l'homme, le rôle du droit comparé dans la jurisprudence de cette juridiction ne cesse de croître. Il visait particulièrement les législations et les précédents judiciaires nationaux sur lesquels la Cour européenne s'appuie dans ses arrêts (Wildhaber, 2005). Dans une publication datée de 2011 aux éditions du Conseil de l'Europe, Patricia Wiater lie cette approche de droit comparé à la mise en œuvre d'un dialogue interculturel dans le système européen de protection des droits de l'homme : « En comparant les normes de protection existant au niveau national, la Cour crée 'un dialogue juridique interculturel' susceptible de dégager un 'terrain européen commun', en réponse à une question juridique donnée » (Wiater, 2011, p. 21).

Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le 'dialogue juridique interculturel' que P. Wiater s'attèle à mettre en exergue se traduit par la notion de consensus européen, elle-même étroitement liée à celle de marge nationale d'appréciation, qui renvoie à la latitude que la Cour reconnaît aux Etats pour définir les contours et les limites de certains droits fondamentaux¹⁶. Il s'agit d'un corollaire du principe de subsidiarité, qui caractérise le système de protection des droits fondamentaux instauré par la Convention européenne des droits de l'homme et en vertu duquel les Etats parties sont les premiers responsables du contrôle du respect de ces droits¹⁷. Le système de la Convention tend à l'harmonisation, non à l'uniformité, de la protection des droits fondamentaux et la marge nationale d'appréciation est l'outil juridique mobilisé par la Cour pour mettre cette harmonisation en œuvre (Brems, 2001, Delmas-Marty et Izorche,

¹⁶ Sont ici visés les droits qui ne sont pas intangibles (Bribosia et Weyembergh, 1999).

¹⁷ Dans l'affaire « linguistique belge », où la Cour a recouru pour la première fois à la doctrine de la marge nationale d'appréciation de manière expresse, elle a déclaré qu'elle « ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'Etat qui, en qualité de partie contractante, répond de la mesure contestée. Ce faisant, elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi, elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention » (Cour eur. D.H., 23 juillet 1968, Série A, n° 8, § 10).

2001). La marge d'appréciation régule ainsi l'ampleur du contrôle européen exercé à l'égard des autorités étatiques. Elle concrétise le postulat suivant lequel, par leur proximité avec les forces vives de leur pays, les autorités étatiques sont mieux placées pour se prononcer sur le contenu de certains objectifs, comme la protection de la morale, de l'ordre public ou de la sécurité nationale, au nom desquels des ingérences dans les droits fondamentaux peuvent être admises¹⁸. La marge nationale d'appréciation conduit à valoriser le pluralisme et la diversité culturelle (Hoffmann & Ringelheim, 2004; Matscher, 1998) qui sont non seulement souhaitables au sein de toute société démocratique¹⁹, mais également à l'échelle européenne. Cette technique n'est du reste pas uniquement utilisée pour accommoder les particularismes culturels; elle permet aussi de prendre en compte des spécificités liées au contexte économique, au système politique, voire à l'ordre juridique national (Brems, 2001).

L'étendue de la marge d'appréciation, que la Cour reconnaît le cas échéant aux Etats, est évaluée à l'occasion de chaque affaire et varie en fonction de divers facteurs qui, selon les cas, se combinent ou s'annulent (Schokkenbroek, 1998 ; Van Drooghenbroeck, 2001). Parmi ces facteurs, une place cardinale est aujourd'hui accordée au consensus européen²⁰ en ce sens que la Cour annonce qu'elle limite l'ampleur de la marge d'appréciation lorsqu'elle identifie une convergence des systèmes nationaux et inversement. Autrement dit, la méthode comparative est utilisée au stade du test de proportionnalité pour mesurer si une ingérence dans un droit fondamental peut être admise au nom de son caractère « nécessaire dans une société démocratique ». La mobilisation de cette méthode est, du reste, fréquente quand la Cour veut renforcer une interprétation évolutive de la Convention et s'appuie sur la transformation du droit d'un nombre significatif d'Etats membres (Dialogue entre juges, 2011)²¹.

¹⁸ Cour eur. D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, Série A, n° 24, § 48.

¹⁹ Cour eur. D.H. (GC), *D.H. et autres c. République Tchèque*, 13 novembre 2007, § 176.

²⁰ Voir, par exemple, Cour. eur. D.H., *Rasmussen contre Danemark*, 28 novembre 1984, Série A, n° 87, § 40.

²¹ Ainsi, par exemple, en droit de l'égalité et de la non-discrimination, voir Cour eur. D.H., *Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996 ; *E.B. c. France*, 22 janvier 2008 ; *Glor c. Suisse*, 30 avril 2009.

L'application que la Cour fait du consensus européen n'est cependant pas exempte de critiques : « Les incohérences et le manque de rigueur dans le raisonnement suivi donnent souvent l'impression que c'est la conclusion à laquelle elle désirait aboutir qui a déterminé les arguments utilisés et pas l'inverse, ce qui pose la question de l'instrumentalisation du consensus européen et, partant de la marge nationale d'appréciation » (Bribosia & Weyembergh, 1999). Ce constat, posé en 1999, ne s'est pas démenti depuis lors et les exemples où la Cour malmène la méthode comparative (Rorive, 2007) et dénature la notion de consensus européen ne sont pas purement accidentels dans sa jurisprudence. L'affaire *Leyla Sahin* précédemment évoquée²² constitue un exemple du manque de rigueur, voire de la manipulation, du recours au droit comparé dans la mise en évidence d'une absence de consensus (Bribosia & Rorive, 2004 ; Rorive, 2009). Ainsi, alors que seuls trois Etats parties du Conseil de l'Europe interdisaient le port du voile à l'université au moment de l'affaire, la Cour européenne des droits de l'homme va élargir la question au port des signes religieux à l'école (y compris les niveaux secondaires et primaires) : « *la réglementation en la matière varie d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales* ». Elle en déduira une absence de consensus européen et accordera une large marge d'appréciation à la Turquie pour régler cette question.

2.2. La marge nationale d'appréciation, un outil biaisé de prise en compte la diversité culturelle? L'exemple de l'affaire *Lautsi*

L'affaire *Lautsi*²³, tranchée par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme en mars 2011, permet de mettre en lumière la mesure dans laquelle la marge nationale d'appréciation peut jouer au détriment de la diversité culturelle. La présence, imposée par deux décrets italiens datant des années 1920²⁴, d'un crucifix dans

²² Cour eur. D.H. (GC), *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005. Voir aussi, parmi bien d'autres, *Fretté c. France*, 26 février 2002 (arrêt par rapport auquel la Cour s'est démarquée dans *E.B. c. France*, 22 janvier 2008); *A B et C c. Irlande*, 16 décembre 2010.

²³ Cour eur. D.H. (GC), *Lautsi c. Italie*, 21 mars 2011.

²⁴ Article 118 du décret royal n° 965 du 30 avril 1924 portant règlement intérieur des établissements d'instruction moyenne (*ordinamento interno delle giunte e dei regi istituti di istruzione media*) et article 119 du décret royal n° 1297 du 26 avril 1928, portant approbation du règlement général des services d'enseignement primaire (*approvazione del regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare*). « En Italie, l'obligation d'exposer le crucifix dans les salles de classe date d'un décret royal du 15 septembre 1860 du Royaume de Piémont-Sardaigne selon lequel 'chaque école devra sans faute être

chaque salle de classe des écoles publiques était au cœur des débats. Au nom du principe de laïcité dans lequel elle souhaitait élever ses enfants, âgés de 11 et 13 ans à l'époque des faits, Mme Lautsi avait échoué à en obtenir le retrait devant les instances administratives italiennes compétentes. En dernier ressort, le Conseil d'Etat italien avait considéré que « le crucifix peut remplir – même dans une perspective 'laïque' distincte de la perspective religieuse qui lui est propre – une fonction symbolique hautement éducative, indépendamment de la religion professée par les élèves »²⁵. A l'unanimité d'un siège de 7 juges, la Cour européenne des droits de l'homme a initialement condamné l'Italie, en 2009, pour violation du droit à l'instruction (article 2 du Protocole n°1), examiné conjointement avec la liberté religieuse (article 9 de la CEDH). Après avoir rappelé la neutralité confessionnelle à laquelle l'Etat est tenu dans le cadre de l'éducation publique, la chambre de la Cour avait ajouté « ne pas voir comment l'exposition, dans des salles de classe des écoles publiques, d'un symbole qu'il est raisonnable d'associer à la religion majoritaire en Italie, pourrait servir le pluralisme éducatif qui est essentiel à la préservation d'une 'société démocratique' telle que la conçoit la Convention ».

Cette condamnation a entraîné une levée de boucliers, principalement en Italie mais également dans d'autres pays européens²⁶. Les réactions ont été d'une intensité telle qu'elles ne peuvent avoir été étrangères à la décision de la Cour de réexaminer l'affaire en Grand chambre à la demande du gouvernement italien. Les tierces-interventions²⁷ particulièrement nombreuses (dix Etats parties à la Convention, trente-trois membres du Parlement de l'Union européenne agissant collectivement et dix organisations non gouvernementales agissant majoritairement à l'appui du gouvernement italien) attestent du caractère extrêmement sensible de la question. C'est donc dans un climat tendu que la Grande Chambre de la Cour a renversé sa décision à une écrasante majorité de 15 juges

pourvue (...) d'un crucifix » (article 140). Cette exigence est devenue celle de l'Etat italien en 1861 et n'a pas varié depuis. » (Gonzalez, 2010, p. 467).

²⁵ Conseil d'Etat italien, arrêt n° 556, 13 avril 2006, cité par la Cour au § 16.

²⁶ Pour une présentation de ces diverses réactions et notamment de celles au sein du Parlement européen, voir le dossier de la Fédération humaniste sur l'affaire Lautsi disponible à l'adresse suivante : http://www.humanistfederacion.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=277

²⁷ Il convient de noter que la Cour européenne des droits de l'homme dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour prendre en compte les mémoires des tiers-intervenants qui agissent en qualité d'*amicus curiae* (Hennebel, 2007).

sur les 17 qui en composaient le siège. L'entame de l'opinion concordante du juge Bonello reflète l'ampleur de la controverse au cœur de laquelle le rôle même de la Cour européenne était épinglé : « Une cour des droits de l'homme ne saurait se laisser gagner par un Alzheimer historique. Elle n'a pas le droit de faire fi de la continuité culturelle du parcours d'une nation à travers le temps, ni de négliger ce qui au fil des siècles a contribué à modeler et définir le profil d'un peuple. Aucun tribunal supranational n'a à substituer ses propres modèles éthiques aux qualités que l'histoire a imprimées à l'identité nationale » (point 1.1). Et de poursuivre : « On invite la Cour à se rendre complice d'un acte majeur de vandalisme culturel » (point 1.4).

Parmi les lignes argumentatives du gouvernement italien figure en bonne place une dialectique entre culture majoritaire et minoritaire : « le Gouvernement met l'accent sur la nécessité de prendre en compte le droit des parents qui souhaitent que les crucifix soient maintenus dans les salles de classe. Telle serait la volonté de la majorité en Italie ; telle serait aussi celle démocratiquement exprimée en l'espèce par presque tous les membres du conseil d'école. Procéder au retrait des crucifix des salles de classe dans de telles circonstances caractériserait un 'abus de position minoritaire'. Cela serait en outre en contradiction avec le devoir de l'Etat d'aider les individus à satisfaire leurs besoins religieux » (§ 40).

Il ne s'agit pas ici de procéder à une analyse critique de chacune des étapes du raisonnement de la Cour, mais bien d'examiner les rapports qu'entretiennent marge nationale d'appréciation et diversité culturelle dans cette affaire. Alors que la Chambre de la Cour n'avait reconnu aucune marge d'appréciation à l'Etat italien, la Grande Chambre va se prononcer en sens contraire. Trois fondements appuient ce revirement de perspective. Premièrement, la Cour considère que « la décision de perpétuer ou non une tradition relève en principe de la marge d'appréciation de l'Etat défendeur » (§ 68), non sans circonscrire la portée de cette affirmation en soulignant que l'évocation d'une tradition n'est pas de nature à exonérer un Etat-partie de son obligation de respecter les droits et libertés consacrés par la Convention et ses Protocoles. Deuxièmement, la Cour rappelle sa jurisprudence bien établie suivant laquelle les Etats bénéficient d'une large

marge d'appréciation dans l'élaboration des programmes scolaires, pour l'étendre à l'aménagement de l'environnement scolaire (§ 69). Troisièmement, et cet élément est de nature à alimenter les deux premiers, la Cour souligne l'absence « de consensus européen sur la question de la présence de symboles religieux dans les écoles publiques » (§ 70) en s'appuyant sur une étude de droit comparé réclamée par le gouvernement italien et plusieurs tiers intervenants (§§ 26-28). Cette grande diversité d'approches entre les Etats membres du Conseil de l'Europe (qui sera contestée dans l'opinion dissidente du juge Malinverni, à laquelle se rallie la juge Kalaydjieva) renforce encore l'octroi d'une ample marge nationale d'appréciation par la Cour, qui ajoute cependant que celle-ci va de pair avec un contrôle européen et n'est pas de nature à laisser carte blanche à l'Italie.

En réalité, la situation particulière des élèves appartenant à des minorités religieuses est négligée par la Cour qui accorde la prépondérance, par l'intermédiaire d'une ample marge nationale d'appréciation et d'un contrôle européen restreint, aux vues et croyances de la majorité²⁸. Cet écueil est admirablement mis en évidence par le juge Malinverni dans son opinion dissidente : « Nous vivons désormais dans une société multiculturelle, dans laquelle la protection effective de la liberté religieuse et du droit à l'éducation requiert une stricte neutralité de l'Etat dans l'enseignement public, lequel doit s'efforcer de favoriser le pluralisme éducatif comme un élément fondamental d'une société démocratique telle que la conçoit la Convention » (point 2).

Dans l'arrêt *Lautsi*, la marge nationale d'appréciation se présente comme une arme à double tranchant. D'une part, elle permet au juge européen de tenir compte de la diversité entre sociétés européennes et, dans une certaine mesure, d'établir un dialogue interculturel entre celles-ci. D'autre part, à l'intérieur d'une société donnée, elle conduit à prendre uniquement en compte la version de la culture défendue par l'Etat avec le risque de privilégier la culture majoritaire en négligeant les courants minoritaires (Brems, 2001).

²⁸ Comparez cette approche avec celle adoptée par le juge Dickson dans l'arrêt *Big M Drug Mart* de la Cour suprême du Canada : « Dans la mesure où elle astreint l'ensemble de la population à un idéal sectaire chrétien, la Loi sur le dimanche exerce une forme de coercition contraire à l'esprit de la Charte. La Loi paraît discriminatoire à l'égard des Canadiens non chrétiens. Des valeurs religieuses enracinées dans la moralité chrétienne sont transformées en droit positif applicable aux croyants comme aux incroyants. [...] Protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société » (*R. c. Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 R.C.S. pp. 336-337).

* *
*

Alors que les mobilisations de l’interculturalisme dans les débats européens sur la gestion de la diversité culturelle sont encore souvent empreintes de confusions terminologiques et conceptuelles, l’importance centrale du dialogue interculturel semble aujourd’hui faire consensus. C’est ce qui fut souligné, en avril 2011, dans le rapport du Groupe d’éminentes personnalités du Conseil de l’Europe, *Vivre ensemble. Conjuguer diversité et liberté dans l’Europe du XXIe siècle*, qui suggère la mise en place d’un « processus régulier de suivi ou d’évaluation du développement du dialogue interculturel dans les États membres du Conseil de l’Europe ».

Lorsque ce dialogue est envisagé au sein des sociétés européennes, l’égalité et la non-discrimination y jouent un rôle essentiel tant comme fondement que comme limite. A cet égard, la question du port du hidjab à l’école et de ses rapports avec l’égalité des sexes, telle qu’envisagée des deux côtés de l’Atlantique, renvoie à l’importance de débarrasser le principe d’égalité de ses stéréotypes culturels par le recours au dialogue.

Lorsqu’il s’agit de nouer un dialogue entre sociétés européennes cependant, l’affaire *Lautsi* enseigne que la marge nationale d’appréciation à laquelle recourt la Cour européenne des droits de l’homme peut s’avérer un outil à double tranchant. Si elle permet de ménager une certaine diversité entre les sociétés européennes, le danger consiste à privilégier systématiquement la culture majoritaire, au risque que le dialogue interculturel entre sociétés européennes se produise au détriment d’un dialogue interculturel au sein des sociétés européennes.

Bibliographie

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme (CoE), *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, 2011

Barnard, C. and Hepple, B., "Substantive Equality", *The Cambridge Law Journal*, 2000, 59, pp. 562-585

Benhabib, S., *The Claims of Culture – Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton/oxford, Princeton university Press, 2002

Baubérot, J., *Une laïcité interculturelle – Le Québec : avenir de la France ?*, Paris, Editions de l'aube, 2008

Bell, M., *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002

Bosset, "Accommodement raisonnable et égalité des sexes: tensions, contradictions et interdépendance", in P. Bosset, P. Eid, S. Lebel-Grenier et M. Milot (dir.), *Appartenances religieuses et appartenance citoyenne – Un équilibre en tension*, Laval, Presses de l'Université Laval, 2009, pp. 181-206

Bosset, P., « Le droit et la régulation de la diversité religieuse en France et au Québec : une même problématique, deux approches », *Bulletin d'histoire politique*, 2005, vol. 13, no 3, pp.79-95

Bouchard, G., « Qu'est-ce que l'interculturalisme ? », *McGill Law Journal - Revue de Droit de McGill*, 2011, 56:2, pp.395-433

Brems, E., *Human Rights: Universality and Diversity*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 2001

Brems, E. (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2008

Bribosia, E., « La lutte contre les discriminations dans l'Union européenne: une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée », in S. Van Drooghenbroeck, S. Sottiaux et Ch. Bayart (dir.), *Le nouveau droit fédéral de la lutte contre la discrimination*, éd. La Charte, 2008, pp. 32-62

Bribosia, E. & Hennebel, L. (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, Collection « Penser le droit », 2004

Bribosia, E., Ringelheim, J. & Rorive, I., « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, pp. 319-373

Bribosia, E., Ringelheim, J. & Rorive, I., “Reasonable Accommodation for Religious Minorities: A Promising Concept for European Antidiscrimination Law?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2010, Vol. 17, n° 2, pp. 137-161

Bribosia, E. & Rorive, I., « Le voile à l'école : une Europe divisée », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, pp. 951-983

Bribosia, E. & Rorive, I., *Towards a balance between right to equality and fundamental rights - A la recherche d'un équilibre entre le droit à l'égalité et d'autres droits fondamentaux*, Rapport thématique rédigé dans le cadre du *European Network of Legal Experts in the Antidiscrimination Field*, Commission européenne, 2010, 72 p. (ce rapport est imprimé en trois langues, français, anglais et allemand et est également disponible sur Internet à l'adresse suivante : <http://www.non-discrimination.net/en/home>)

Bribosia, E. & Weyembergh, A. « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme et des juridictions communautaires », *Revue de droit de l'ULB*, 1999, pp. 109-162

Comité consultatif sur l'intégration et l'accommodement raisonnable en milieu scolaire (présidé par M. B. Fleury), *Rapport du Comité : Une école québécoise inclusive : dialogue, valeurs et repères communs*, (Rapport « Fleury »), 15 novembre 2007

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Document de réflexion : la Charte et la prise en compte de la religion dans l'espace public*, CAT. 2.113-2.11, 2008

Commission européenne, *Recueil sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes et sur la non-discrimination dans l'Union européenne*, 3^{ème} édition, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2009

Conseil de l'Europe, *Femmes et religion en Europe*, Résolution 1464 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 4 octobre 2005, disponible en ligne : <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta05/FRES1464.htm>

Conseil de l'Europe, *Livre blanc sur le dialogue interculturel. Vivre ensemble dans l'égalité de dignité*, Strasbourg, 2008

Delmas-Marty, M. & Izorche, M.-L., “Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit: réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *Revue du droit de McGill*, 2001, pp. 924-954

De Schutter, O., « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) », in E. Bribosia, E. Dardenne, P. Magnette et A. Weyembergh (dir.), *Union européenne et*

nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 11-44

De Schutter, O., «Three Models of Equality and European Anti-discrimination Law», *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2006, Vol. 57, n° 1, pp. 1-56

De Schutter, “Positive Action”, in D. Schieck, L. Waddington & M. Bell, *Non-Discrimination Law. Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International*, Oxford and Portland, Oregon, Hart publishing, 2007, pp. 757-869

De Vos, M., *Beyond Formal Equality. Positive Action under Directives 2000/43 and 2000/78*, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Unit G.2, 2007

Dialogue entre juges, *Quelles sont les limites à l’interprétation évolutive de la Convention*, Strasbourg, Cour européenne des droits de l’homme, 2011

Dubout, E., « Vers une protection de l’égalité ‘collective’ par la Cour européenne des droits de l’homme », *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2006, pp. 851-883

Dubout, E., « L’interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l’homme : rénovation ou révolution. Epilogue dans l’affaire D.H. et autres c. République tchèque, Cour européenne des droits de l’homme (Grande Chambre), 13 novembre 2007 », *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2008, pp. 821-856

European Commission, 2008, *European year of intercultural dialogue* [online]. European Commission, 2007, disponible en ligne: <http://ec.europa.eu/culture> .

Fredman, S., *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011

Gagnon, A. & Iacovino, R., *De la Nation à la Multination. Les rapports Québec-Canada*, Montréal, Boréal, 2007

Gagnon, A.-G. (2000). “Plaidoyer pour l’interculturalisme », *Possibles*, vol. 24, no 4, 2000, pp. 11-25

Gaudreault Desbiens, J.-F., « Quelques angles morts du débat sur l’accommodement raisonnable à la lumière de la question du port de signes religieux à l’école publique : réflexions en forme de points d’interrogation », in *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu’où ? Des outils pour tous* (M. Jézéquel, dir.), Cowansville, Editions Yvon Blais, 2007, pp. 241-286

Gonzalez, G., « L’école publique comme sanctuaire laïque selon la Cour européenne des droits de l’homme », *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2010, pp. 467-484

Hennebel, L., Le rôle des amici curiae devant la Cour européenne des droits de l'homme, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2007, pp. 641-668

Henrard, K., « The European Convention on Human Rights and the Protection of the Roma as a Controversial Case of Cultural Diversity », ED AP/5, 2004

Hoffmann, F. & Ringelheim, J., « Par-delà l'universalisme et le relativisme : la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2004, n° 52, pp. 109-142

Home Office, *Community cohesion: a report of the independent review team (Cantle Report)*. London: Home Office, 2001

James, M., *Interculturalism. Theory and Policy*, London, Baring Foundation, 2008

Koussens, D. « Le port de signes religieux dans les écoles québécoises et françaises. Accommodements (dé) raisonnables ou interdiction (dé) raisonnée? », *Revue internationale d'études québécoises*, 2007-2008, pp. 115-131

Kymlicka, W., *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 1995

Laflèche, M., *Interculturality – a critical response?*, Presented at the Baring Foundation's Core Costs Club Seminar, 14 February 2007.

MacCrudden, Ch. & Prechal, S., *The concepts of Equality and non-discrimination in Europe : a practical approach*, European Network of Legal Experts in the field of Gender Equality, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Unit G.2, 2009

Matscher, F. « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in F. Sudre (dir.) *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 1998, pp. 20 et suiv.

McColgan, A., « Class wars? Religion and (In)equality in the Workplace », *Industrial Law Journal*, 2009, vol. 38, n° 1, pp. 1-29

Nations Unies, Rapport soumis par M. Abdelfattah Amor, Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction conformément à la résolution 2001/42 de la Commission des droits de l'homme des Nations-Unies, *Droits civils et politiques et, notamment : Intolérance religieuse - Etude sur la liberté de religion ou de conviction et la condition de la femme au regard de la religion et des traditions*, E/CN.4/2002/73/Add.2, 5 avril 2002, disponible en ligne : http://www2.ohchr.org/english/issues/religion/docs/E.CN.4.2002.73.Add.2_fr.pdf

Nations-Unies, Rapport soumis par Mme Asma Jahangir, Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction conformément à la résolution 6/37 du Comité des droits de l'homme des Nations-Unies, *Promotion and Protection of All Human Rights, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development*, A/HRC/10/8, 6 janvier 2009, disponible en ligne : <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/101/04/PDF/G0910104.pdf?OpenElement>

Phillips, A., *Multiculturalism without culture*, Princeton, Princeton University Press, 2009

Raday, F., « Culture, Religion, and Gender », *International Journal of Constitutional Law*, 2003, vol. 4, pp. 663-715

Raday, F., « Secular Constitutionalism Vindicated », *Cardozo Law Review*, 2009, vol. 30, pp. 2769-2798

Ringelheim, J., *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006

Rocher, F., Labelle, M., Field, A.-M. & Icart, J.-C., *Le concept d'interculturalisme en contexte québécois : généalogie d'un néologisme*, Rapport présenté à la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles (CCPARDC), 21 décembre 2007

Rorive, I. « Réflexions sur le principe de comparaison et l'autorité persuasive des décisions de justice », Le dialogue des juges - Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, in *Les Cahiers de l'Institut d'Etudes sur la Justice*, 2007, n° 9, Bruxelles, Bruylant, pp. 118-122

Rorive, I. « Religious Symbols in the Public Space: In Search of a European answer », *Cardozo Law Review*, 2009, vol. 30, pp. 2669-2698

Schokkenbroek, A. « The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Journal*, 30, 34 1998

Silj A. (Ed.), *European Multiculturalism revisited*, London, New-York, Zed Books, 2010

Sudre, F. (éd.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2008

Van Drooghenbroeck, S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre une idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001

Westen, P. “The Empty idea of Equality”, *Harvard Law Review*, 1982, Vol. 95, No. 3., pp. 537-596

Wiater, P., *Le dialogue interculturel dans le système européen de protection des droits de l'homme*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2011, Série livre blanc, Volume 1

Wildhaber, L. « The Role of Comparative Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights », *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte* [International Community and Human Rights], Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag, Carl Heymanns Verlag, 2005, pp. 1101-1107

Woehrling, J., « Examen et analyse de la jurisprudence relative aux accommodements raisonnables en milieu scolaire » ; *Étude réalisée à l'intention du Comité consultatif sur l'intégration et l'accommodement raisonnable en milieu scolaire du Ministère de l'éducation, des loisirs et des sports (MELS) du Québec* ; novembre 2007, 117 p. (le résumé-synthèse de l'étude a été publié en annexe G du rapport du Comité : Une école québécoise inclusive : dialogue, valeurs et repères communs, Comité consultatif sur l'intégration et l'accommodement raisonnable en milieu scolaire (présidé par M. B. Fleury), 15 novembre 2007, pp. 111-120