

Pour vivre ensemble, vivons dévisagés : le voile intégral sous le regard des juges constitutionnels belge et français

(Cons. const. (fr.), 7 octobre 2010 ; C. const. (b.),
n° 145/2012, 6 décembre 2012)*

PAR

Xavier DELGRANGE

*Premier auditeur-chef de section au Conseil d'État
Chargé d'enseignement à l'Université Saint-Louis à Bruxelles
Maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles*

ET

Mathias EL BERHOUMI

*Professeur invité à l'Université Saint-Louis à Bruxelles
et à l'ICHEC (Brussels Management School)*

Résumé

Par des lois de 2010 et 2011, la France et la Belgique ont été pionnières dans l'interdiction du voile intégral dans l'espace public. Les juridictions constitutionnelles des deux États ont identiquement, quoique selon une démarche méthodologique divergente, validé ces restrictions apportées à la liberté de manifester ses convictions religieuses et à la liberté d'expression. Leurs arrêts n'échappent toutefois pas à la critique, tant le contrôle de proportionnalité exercé paraît superficiel. Qu'en dira la Cour européenne des droits de l'homme, saisie de la loi française ?

Abstract

In 2010 and 2011, France and Belgium passed pioneering laws prohibiting the wearing of the full-face veil in public spaces. These texts

* Les arrêts peuvent être consultés, avec d'autres documents, par un lien sur la page correspondant au présent article sur le site www.rtdh.eu (« Documents proposés »).

restricting the freedom to manifest religious belief and the freedom of expression were both declared valid by the States' Constitutional Courts, although these decisions proceeded from diverging methodological approaches. However, the proportionality test seems to have been performed superficially, which exposes these judgments to criticism. Will the European Court of Human Rights, to which the French bill has been submitted, share this view?

Le 6 décembre 2012, la Cour constitutionnelle belge a reconnu la constitutionnalité de la loi du 1^{er} juin 2011 visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage¹. Elle s'inscrivait ainsi dans le sillage du Conseil constitutionnel français qui, dans une décision du 7 octobre 2010, avait validé la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

Les dispositifs de ces décisions se rejoignent: les lois ont été reconnues conformes au droit des droits de l'homme moyennant une réserve d'interprétation excluant les lieux de culte de leur champ d'application. Similaires sur le fond, les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle divergent nettement sur la forme.

Le premier a tenu un raisonnement «étonnamment»² court, que d'aucuns n'ont pas hésité à qualifier de péremptoire: «lorsque le Conseil constitutionnel s'y prend de cette manière (*i.e.* en procédant par voie d'affirmations d'autorité largement inexplicées ou non démontrées), il rend son discours non

¹ C. const. (b.), n° 145/2012, 6 décembre 2012. Dans un arrêt n° 148/2011 du 5 octobre 2011, la Cour constitutionnelle avait rejeté la demande en suspension de la loi. Voy. X. DELGRANGE, «La désobéissance civile, seul recours effectif contre la loi?», *J.T.*, 2011, pp. 710 et 711; S. MINETTE, S. WATTIER et L.-L. CHRISTIANS, «Cour constitutionnelle et préjudice religieux: la preuve du caractère absolu des convictions», *C.D.P.K.*, 2011, pp. 447 à 451.

² M. FATIN-ROUGE STÉFANINI et X. PHILIPPE, «Le Conseil constitutionnel face à la loi anti-*burqa*: entre garantie des droits fondamentaux, sauvegarde de l'ordre public et stratégie politique», *Rev. fr. dr. const.*, n° 87, 2011, p. 549. Ces auteurs ajoutent: «Le Conseil constitutionnel a toujours fait preuve d'une certaine sobriété dans la rédaction de ses décisions comparée à la majorité des Cours constitutionnelles étrangères. Cette sobriété s'explique à la fois par la tradition française en matière de rédaction de décisions de justice, mais également par le souci, louable, de ne pas s'enfermer dans des raisonnements qui deviendraient vite obsolètes ou donnant lieu à des interprétations non souhaitées. La sobriété permet au fond la maîtrise de la jurisprudence. Pour autant, il n'y a pas lieu de confondre la sobriété et l'absence, ou du moins l'insuffisance manifeste, d'argumentation».

seulement insaisissable, mais encore infalsifiable»³; «la décision est brève, à l'image de la loi et elle semble avoir été pesée au trébuchet. [...] En la rédigeant *a minima*, le Conseil constitutionnel a voulu éviter de prêter le flanc à la critique par une motivation trop argumentée»⁴.

Le raisonnement de son homologue belge est bien plus étayé. La Cour constitutionnelle s'est employée à prendre en charge un par un les différents objectifs assignés à la loi du 1^{er} juin 2011. À cet égard, le discours du juge constitutionnel belge s'avère davantage falsifiable⁵. On ne saurait en déduire que le régime belge des droits fondamentaux se montre plus protecteur. La Cour constitutionnelle a été saisie par des particuliers, lesquels ont contesté la loi du 1^{er} juin 2011 en développant une longue argumentation principalement articulée autour de la liberté de manifester leurs convictions religieuses et de la liberté d'expression⁶. D'autres parties sont intervenues pour soutenir les requérantes ou le conseil des ministres.

En revanche, ce sont les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat qui ont déféré au Conseil constitutionnel la loi française sans invoquer «à l'encontre de ce texte aucun grief particulier»⁷. Cette saisine dénuée d'argumentation juridique a davantage pour objectif d'obtenir un brevet de constitutionnalité au profit du texte déféré que de le contester: «renonçant à articuler un grief quelconque à l'encontre de la loi, une telle saisine 'blanche' n'a rien d'un 'procès fait à la loi', lequel aurait pu, de manière bien plus explicite, initier

³ S. HENNETE-VAUCHEZ, «Derrière la *burqa*, les rapports entre Droit et Laïcité: la subversion de l'État de droit», in D. Koussens (dir.), *Quand la burqa passe à l'ouest*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2013, pp. 170 et 171.

⁴ M. VERPEAUX, «Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public», *A.J.D.A.*, 2010, p. 2375.

⁵ Évidemment, ce mot est pris ici dans son sens angliciste de réfutable. Selon le dictionnaire Robert, «falsifiable» signifie «qui peut être 'falsifié' en parlant d'une hypothèse, dont il est possible de dire ce qui en prouverait la fausseté (s'oppose à vérifiable)».

⁶ La Cour constitutionnelle a adopté une motivation identique pour rejeter les moyens pris de la violation de la liberté religieuse (B.10.1 à B.31) et ceux déduits de la violation de la liberté d'expression (B.32 à B.37.4). Cette approche se distingue de celle du tribunal de police de Verviers, qui considérait que le port du *niqab* relevait de convictions personnelles et non d'une pratique religieuse, refusant ainsi d'évaluer la conformité d'un règlement communal interdisant le port de vêtements cachant le visage au regard de cette liberté-ci (Pol. Verviers, 10 septembre 2012, *J.T.*, 2012, pp. 732 à 735). De jurisprudence constante, ce type de démarche, qui s'offre une interprétation d'une religion et des pratiques qu'elle imposerait, est rejeté par la Cour européenne des droits de l'homme (voy. arrêt *Leyla Şahin c. Turquie* du 29 juin 2004, § 71).

⁷ Cette saisine conjointe par les deux présidents d'Assemblées était une première (A. GAILLET, «La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public et les limites du contrôle pratiqué par le Conseil constitutionnel», *Société, droit & religion*, n° 2, Paris, CNRS, 2011, pp. 50 et s.).

un véritable débat devant le Conseil constitutionnel»⁸. Pas de place pour le contradictoire donc. En outre, la loi étant ainsi validée, elle échappe à tout risque d'invalidation ultérieure intervenant dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, qui s'en trouve court-circuitée⁹.

Toutefois, la loi belge, contrairement à la loi française, n'a fait l'objet d'aucun contrôle préventif. En effet, le Conseil d'État français a rédigé à la demande du premier ministre un rapport particulièrement fouillé et convaincant sur les possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, alors que son équivalent belge ne fut pas consulté, les parlementaires considérant que l'avis du Conseil d'État ne présenterait « aucune valeur ajoutée » et ralentirait l'adoption d'une loi, alors que la réalité exigerait « une réaction immédiate »¹⁰.

La présente contribution procède à une étude croisée des décisions des juridictions constitutionnelles belge et française sur la prohibition de la dissimulation du visage dans l'espace public. En raison des différences de forme évoquées, nous proposons une analyse plus détaillée de l'arrêt belge. Le rapport rendu par le Conseil d'État de France sera néanmoins abondamment utilisé pour évaluer la motivation des juges constitutionnels.

Tant les législateurs français que belge ont mis en avant trois motifs pour justifier cette interdiction : le vivre ensemble (I), l'égalité femme/homme (II) et la sécurité publique (III). C'est à l'aune de ce triple objectif que les juges constitutionnels ont considéré que les restrictions à la liberté religieuse et à la liberté d'expression étaient admissibles. Appropriées à des objectifs légitimes, ces lois ont également été jugées proportionnées, bien qu'elles aient recours à la sanction pénale (IV). Néanmoins, au nom de la proportionnalité, les juges constitutionnels français et belges ont estimé que l'interdiction ne pouvait s'appliquer aux lieux de culte (V).

I. Le vivre ensemble

La défense du « vivre ensemble » s'est avéré l'objectif principal de la loi aux yeux de la plupart des parlementaires belges¹¹. Ils n'ont cependant pas pré-

⁸ A. GAILLET, *ibid.*, pp. 53 et s.

⁹ M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 2374; A. GAILLET, *op. cit.*, pp. 55 et s.

¹⁰ Rapport de la commission de l'intérieur de la Chambre, *Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, n° 52-2289/5, pp. 19 et 20.

¹¹ Pour une analyse des travaux préparatoires de la loi belge, voy. X. DELGRANGE, « Quand la burqa passe à l'ouest, la Belgique perd-elle le nord ? », in D. KOUSSENS (dir.), *Quand la burqa passe*

→

cisé les contours de ce concept. Sa seule composante tangible évoquée lors des travaux préparatoires renvoie à la nécessité de maintenir son visage visible lorsque l'on fréquente l'espace public. Deux figures ont été convoquées lors des travaux préparatoires de la loi pour donner corps à ce « vivre ensemble » : celle de Levinas, qui estimerait que le visage est l'expression de l'humanité, et celle d'Élisabeth Badinter avec son principe de civilité développé lors des auditions à l'Assemblée nationale française¹². Les développements de la proposition confirment cette orientation. Il y est affirmé que « l'interdiction que nous postulons ne repose pas seulement sur des considérations d'ordre public, mais plus fondamentalement sur des considérations sociales, indispensables au 'vivre ensemble' dans une société émancipatrice et protectrice des droits de tous et de chacun »¹³.

Le projet de loi français prend également comme premier fondement cet attachement au « vivre ensemble » : « La France n'est jamais autant elle-même, fidèle à son histoire, à sa destinée, à son image, que lorsqu'elle est unie autour des valeurs de la République : la liberté, l'égalité, la fraternité. Ces valeurs sont le socle de notre pacte social ; elles garantissent la cohésion de la Nation ; elles fondent le respect de la dignité des personnes et de l'égalité entre les hommes et les femmes. Ce sont ces valeurs qui sont aujourd'hui remises en cause par le développement de la dissimulation du visage dans l'espace public, en particulier par la pratique du port du voile intégral. [...] Même si le phénomène reste pour l'instant limité, le port du voile intégral est la manifestation communautariste d'un rejet des valeurs de la République. Revenant à nier l'appartenance à la société des personnes concernées, la dissimulation du visage dans l'espace public est porteuse d'une violence symbolique et déshumanisante, qui heurte le corps social. [...] Si la dissimulation volontaire et systématique du visage pose problème, c'est parce qu'elle est tout simplement contraire aux exigences fondamentales du 'vivre ensemble' dans la société française. La défense de l'ordre public ne se limite pas à la préservation de la tranquillité, de la salubrité ou de la sécurité. Elle permet également de prohiber des comportements qui iraient

←

à l'ouest, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2013, pp. 200 et s. Voy. également J. VRIELINK, « Het bedektgeelaat van Belgische Grondwet – Het Belgisch Grondwettelijk Hof en het 'boerkaverbod' », *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten*, 2013/2, pp. 251 et s. ; S. OUALD CHAIB et E. BREMS, « Doing Minority Justice Through Procedural fairness: Face Veil Bans in Europe », *Journal of Muslims in Europe*, 2013/2, pp. 1 à 26.

¹² Voy. le rapport de l'Assemblée nationale française n° 2262 fait au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, janvier 2010, « Voile intégral : le refus de la République », pp. 333 à 340, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2262.pdf>.

¹³ *Doc. parl.*, Chambre (Belgique), 2009-2010, n° 52 2289/1, p. 5.

directement à l'encontre de règles essentielles au contrat social républicain, qui fonde notre société»¹⁴.

Si elle n'est jamais explicitement citée lors des travaux préparatoires belges, contrairement à l'exposé des motifs du projet de loi français, c'est une acception élargie de la notion d'ordre public non matériel qui apparaît derrière la notion de « vivre ensemble ». Le Conseil d'État de France y voyait une « conception renouvelée de l'ordre public ». Il ne s'agit pas de l'ordre public matériel auquel correspond le triptyque sécurité, tranquillité et salubrité publique. Il ne s'agit pas davantage de l'approche classique de la dimension non matérielle de l'ordre public, à savoir la moralité publique et le respect de la dignité de la personne humaine. Cette conception renouvelée se définirait comme « un socle minimal d'exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société, qui, comme le respect du pluralisme, sont à ce point fondamentales qu'elles conditionnent l'exercice des autres libertés, et qu'elles imposent d'écarter, si nécessaire, les effets de certains actes guidés par la volonté individuelle ». Si le Conseil d'État de France estimait que cette conception de l'ordre public constituerait le seul fondement susceptible de justifier une interdiction de la dissimulation du visage empêchant toute reconnaissance de la personne, il soulignait cependant que cette approche ne trouve aucun écho ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, ni dans les systèmes juridiques des États voisins. Dès lors, le Conseil d'État ne s'autorisait pas à recommander « un changement aussi profond de notre ordre normatif, dont les contours sont difficiles à cerner par avance au regard de l'ensemble de ses applications potentielles »¹⁵. Le Conseil constitutionnel a pris le contre-pied de cette attitude prudente en validant sans nuances cette conception renouvelée de l'ordre public¹⁶.

Il en va de même pour la Cour constitutionnelle de Belgique. Dans un considérant qui forme le point nodal de son arrêt, celle-ci a donné un blanc-seing à cette conception. Elle dit pour droit que « l'individualité de tout sujet de droit d'une société démocratique ne peut se concevoir sans que l'on puisse percevoir son visage, qui en constitue un élément fondamental. Compte tenu des valeurs essentielles qu'il entend défendre, le législateur a pu considérer que la circulation dans la sphère publique, qui concerne par essence la collectivité,

¹⁴ Exposé des motifs du projet de loi n° 2520 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

¹⁵ « Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral », adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État de France le 25 mars 2010, pp. 23 à 28, spéc. p. 26.

¹⁶ Alors que la Cour de cassation de France écarte également cette conception renouvelée de l'ordre public pour ne s'appuyer que sur des considérations de sécurité afin de valider la loi (Cass. (fr.), crim., 5 mars 2013, n° 12-80891, cité par Fr. DIEU, « Laïcité et espace public », *Revue du droit public*, 2013/3, pp. 578 et 583).

de personnes dont cet élément fondamental de l'individualité n'apparaît pas, rend impossible l'établissement de rapports humains indispensables à la vie en société. Si le pluralisme et la démocratie impliquent la liberté de manifester ses convictions notamment par le port de signes religieux, l'État doit veiller aux conditions dans lesquelles ces signes sont portés et aux conséquences que le port de ces signes peut avoir. Dès lors que la dissimulation du visage a pour conséquence de priver le sujet de droit, membre de la société, de toute possibilité d'individualisation par le visage alors que cette individualisation constitue une condition fondamentale liée à son essence même, l'interdiction de porter dans les lieux accessibles au public un tel vêtement, fût-il l'expression d'une conviction religieuse, répond à un besoin social impérieux dans une société démocratique»¹⁷.

Ce considérant appelle deux observations.

Primo, la Cour érige le droit de reconnaître autrui en toute circonstance au rang des droits à ce point fondamentaux qu'ils ne souffrent aucune exception et ne se prêtent donc à aucune balance des intérêts¹⁸. L'obligation de montrer son visage rejoint donc les droits intangibles, telles la prohibition de la torture ou celle des traitements inhumains et dégradants¹⁹. Le droit de chacun de voir le visage d'autrui jouirait même d'une prépondérance absolue, primant de manière *a priori* et systématique les droits fondamentaux concurrents²⁰. Mais revient-il au législateur, avec l'approbation de la Cour constitutionnelle, de proclamer un droit «absolu» pour restreindre un droit fondamental consacré

¹⁷ C. const. (b.), arrêt n° 145/2012, 6 décembre 2012, B.21.

¹⁸ En ce sens, L.-L. CHRISTIANS, S. MINETTE et S. WATTIER, «Le visage du sujet de droit : la *burqa* entre religion et sécurité», *J.T.*, 2013, p. 243 : «la Cour érige l'individuation du visage en valeur juridique fondamentale, en droit naturel de la démocratie. Cette affirmation solennelle rompt la balance classique des tests de limitabilité des droits fondamentaux en faveur d'un métaprincape ('l'essence du sujet de droit')».

¹⁹ Cette obligation serait également à ranger singulièrement parmi les rares «devoirs constitutionnels» ou «devoirs fondamentaux» (sur ce thème considéré comme «un non-sujet de droit positif», voy. S. VAN DROOGHENBROECK et D. DE JONGHE, «L'envers des droits constitutionnels : les devoirs constitutionnels», in M. Verdussen et N. Bonbled (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 417 à 440 ; M. VERDUSSEN, S. DEPRÉ et T. BOMBOIS, «Les devoirs fondamentaux en droit constitutionnel comparé», in H. Dumont, F. Ost et S. van Drooghenbroeck (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 261 à 269).

²⁰ Sur la problématique des conflits de droits fondamentaux et des limites de l'approche hiérarchisante, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, «Conflit entre droits fondamentaux, pondération des intérêts : fausses pistes (?) et vrais problèmes», in J.-L. Renchon (dir.), *Les droits de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 309 et s.

par la Constitution et le droit international des droits de l'homme? On peine en effet à trouver les instruments supralégaux consacrant un tel droit, et lui donnant un tel poids hiérarchique. En outre, si l'individualité du sujet de droit est un élément fondamental d'une société démocratique, la liberté religieuse n'en constitue pas moins, selon la Cour européenne des droits de l'homme, «l'une des assises d'une 'société démocratique' au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – consubstantiel à pareille société. Si la liberté religieuse relève d'abord du for intérieur, elle 'implique' de surcroît, notamment, celle de 'manifester sa religion'. Le témoignage, en paroles et en actes, se trouve lié à l'existence de convictions religieuses»²¹.

Il en va de même pour la liberté d'expression, l'un des fondements essentiels de la société démocratique, «l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les 'informations' ou 'idées' accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de 'société démocratique'»²².

S'agissant de l'une des assises d'une société démocratique ou de l'un de ses fondements essentiels, n'eût-il pas été plus convaincant de procéder par une concordance pratique entre les droits en conflits plutôt que de reléguer la liberté religieuse et la liberté d'expression à un second rang? Nous en sommes convaincus. La mise en balance de droits fondamentaux implique de mener un véritable contrôle de proportionnalité, en vérifiant que la loi querellée est appropriée aux objectifs poursuivis, qu'elle est le moyen de réaliser ces objectifs le moins attentatoire aux droits restreints et que le rapport entre le bénéfice escompté et le préjudice causé n'est pas disproportionné²³.

Le droit de dévisager autrui a la particularité de ne pouvoir se traduire que par des mesures prohibant la dissimulation du visage. De telles mesures sont dès lors intrinsèquement appropriées et nécessaires. Et le caractère raisonnable de la limitation opérée au regard des libertés restreintes est d'emblée démontré,

²¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 31.

²² Cour eur. dr. h., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49.

²³ S. VAN DROOGENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Publications de l'Université Saint-Louis, 2001, pp. 224 à 423.

celles-ci devant céder face à ce droit «absolu». Mais pourquoi l'individualité suppose-t-elle nécessairement l'exhibition du visage? Pourquoi l'individualisation est-elle «une condition fondamentale liée à son essence même» du sujet de droit? Peut-être est-ce à ce point évident qu'aucune démonstration n'est nécessaire... Il n'empêche que le propre des droits intangibles, de ce noyau dur des droits de l'homme, est de faire l'objet d'un consensus très large, qui dépasse même le cadre national ou européen. Nous ne sommes pas persuadés que l'on puisse reconnaître cette qualité à ce droit.

Secundo, il n'est pas certain que valider une loi au nom de cette conception large de l'ordre public non matériel puisse passer les fourches caudines de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, dans l'arrêt *Ahmet Arslan* rendu le 23 février 2010, la Cour a jugé non conformes à la Convention des restrictions apportées à la liberté de manifester ses convictions religieuses dans l'espace public²⁴. À son estime, la condamnation de personnes qui portaient des vêtements religieux dans des lieux publics, sans constituer ou risquer de «constituer une menace pour l'ordre public ou une pression sur autrui», était disproportionnée²⁵. La Cour établit de la sorte un lien direct entre l'interdiction de manifester ses convictions dans l'espace public et l'existence d'un trouble à l'ordre public au sens matériel, trouble *in specie* non démontré²⁶. À cet égard, la juridiction strasbourgeoise considère qu'une interdiction de tenues religieuses ne peut reposer uniquement sur la volonté de faire respecter les principes laïcs et démocratiques invoqués par la Turquie.

Si la laïcité au nom de laquelle, à plusieurs reprises, la Cour a concédé une grande marge d'appréciation à la Turquie n'est pas suffisante pour permettre des restrictions à l'habillement dans l'espace public, «on peut se demander si les conceptions 'sociétales' de l'ordre public qui fondent l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public dans [la loi] belge et la loi française,

²⁴ À ce jour, il s'agit du seul arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme sur le port de vêtements religieux dans l'espace public. La jurisprudence strasbourgeoise devrait prochainement s'étoffer, puisque la loi française d'interdiction de dissimuler son visage est aujourd'hui contestée devant le juge des droits de l'homme (*cf.* requête n° 43835/11, *S.A.S. c. France* introduite le 11 avril 2011 ; cette affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme et est actuellement en délibéré).

²⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Ahmet Arslan et autres c. Turquie* du 23 février 2010, § 50.

²⁶ G. NINANE, «La notion d'ordre public en matière de police et l'interdiction de se dissimuler le visage dans l'espace public : un appel au principe de proportionnalité oublié par le législateur?», *Adm. publ.*, 2013, p. 184.

seront vues avec plus de bienveillance de la part de la Cour d'autant plus que contrairement à la laïcité turque, elles sont inédites»²⁷.

L'on regrettera à cet égard que la Cour constitutionnelle ait tout simplement ignoré cette jurisprudence, qui avait pourtant été invoquée par les parties requérantes²⁸. Cela est de nature à étonner lorsqu'on observe par ailleurs que le juge constitutionnel se réfère abondamment à la jurisprudence strasbourgeoise en matière de liberté religieuse²⁹, en particulier l'arrêt *Leyla Şahin* qui concernait le port du foulard dans les universités turques³⁰.

Dans l'arrêt *Ahmet Arslan*, la Cour européenne des droits de l'homme relève pourtant qu'en raison du fait que les requérants sont de simples citoyens, sa jurisprudence relative aux fonctionnaires et aux enseignants ne peut s'appliquer. De même s'agissant de la réglementation du port de symboles religieux dans l'espace public, et non dans les établissements publics, «la jurisprudence de la Cour mettant l'accent sur l'importance particulière du rôle du décideur national quant à l'interdiction du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement public (voy., entre autres, *Leyla Şahin*, précité, § 109) ne trouve pas à s'appliquer dans la présente affaire»³¹. S'il n'est pas dans la tradition du Conseil constitutionnel de se référer à la Convention européenne des droits de l'homme et à la jurisprudence de sa Cour, elle n'ignorait pas pour autant l'arrêt *Ahmet Arslan*, qui figurait dans son dossier documentaire³².

Au-delà de cet arrêt, on peut également invoquer les arrêts *Vajnai* et *Fáber*, dans lesquels la Cour estima que la Hongrie méconnaissait la liberté d'expression en condamnant tantôt le port en public d'un signe jugé emblème du totalitarisme (à savoir l'étoile rouge), tantôt le caractère provocateur du déploiement du drapeau des Árpád, symbole de l'extrême droite hongroise, à quelques mètres d'une manifestation contre le racisme et la haine sur un site consacré

²⁷ C. MATHIEU et P. DE HERT, «L'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public mise en cause par le tribunal de police de Bruxelles», *Vigiles*, 2011/3, p. 99.

²⁸ C. const. (b.), arrêt n° 145/2012, 6 décembre 2012, A.4.2.3.

²⁹ En revanche, la Cour constitutionnelle n'évoque à aucun moment la jurisprudence strasbourgeoise en matière de liberté d'expression, laquelle présente pourtant quelque intérêt. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme peut se montrer plus sévère à l'encontre des ingérences dans la liberté d'expression que dans la liberté religieuse (s'agissant notamment de l'application du principe de subsidiarité du droit pénal; voy. plus bas).

³⁰ C. const. (b.), arrêt n° 145/2012, 6 décembre 2012, B.16.1 à B.16.3.

³¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, 23 février 2010, §§ 48 et 49. Voy. Fr. DIEU, *op. cit.*, pp. 575 et s.

³² Le dossier documentaire peut être consulté sur le site du Conseil constitutionnel, www.conseil-constitutionnel.fr.

à la mémoire du massacre de juifs par le régime des Croix fléchées³³. Dans les deux affaires, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la seule exhibition de ces symboles dans l'espace public ne suffisait pas à troubler l'ordre public. À nouveau, c'est une conception matérielle classique de l'ordre public qui a guidé le raisonnement du juge des droits de l'homme.

Sans doute, les juridictions constitutionnelles française et belge auraient pu s'en tenir à l'objectif tenant du «vivre ensemble» pour valider les lois. Mais peut-être craignaient-elles de rendre vulnérable l'interdiction de soustraire son visage à la vue d'autrui auprès de la Cour européenne des droits de l'homme si l'interdiction ne concourait qu'à cet ordre public non matériel élargi, juridiquement évanescent? Toujours est-il qu'implicitement pour l'une et explicitement pour l'autre, les juridictions constitutionnelles ont admis les autres buts poursuivis par ces mesures. Mais multiplier les fondements juridiques de l'interdiction de la dissimulation du visage ne la rend pas moins juridiquement contestable au regard de la motivation tenue par les juridictions.

II. La sécurité publique

Le Conseil d'État de France a admis que la sécurité publique, composante de l'ordre public matériel, puisse constituer «un fondement très solide pour une interdiction de la dissimulation du visage, mais seulement dans des circonstances particulières». Cette réserve est justifiée par la prise en compte de multiples exigences juridiques, dont deux sont fortement inspirées par le droit conventionnel.

D'une part, l'objectif de sécurité publique suppose qu'il existe des troubles à l'ordre public ou une probabilité suffisamment forte qu'ils surviennent. Sont évoquées à l'appui de cette approche la jurisprudence administrative et constitutionnelle, celle de la Cour de justice de l'Union européenne ainsi que la jurisprudence strasbourgeoise, notamment l'arrêt *Ahmet Arslan* précité. Le Conseil d'État aurait pu également faire référence à l'arrêt *Vajnai*: «Sur le point de savoir si la mesure en cause avait pour but la défense de l'ordre, la Cour observe que le gouvernement n'a cité aucun cas où le port en public de l'étoile rouge eût provoqué, voire risqué de provoquer, des troubles en Hongrie. Pour la Cour, parer à un danger purement hypothétique à titre de mesure préventive pour protéger la démocratie ne saurait passer pour répondre à un 'besoin social impérieux' »³⁴.

³³ Cour eur. dr. h., arrêt *Vajnai c. Hongrie*, 8 juillet 2008; arrêt *Fáber c. Hongrie*, 24 juillet 2012.

³⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Vajnai c. Hongrie*, 8 juillet 2008, § 55. Voy. en ce sens, l'arrêt *Fáber* :

→

D'autre part, le Conseil d'État renvoie à l'exigence d'une proportionnalité de l'atteinte aux droits et libertés au regard de ce qui est nécessaire pour assurer la sauvegarde de l'ordre public, compte tenu notamment des circonstances locales. À cet égard, le Conseil d'État considérait que la sécurité publique ne peut justifier que soit imposé à toute personne d'avoir le visage découvert « en tout temps et en tous lieux »³⁵.

À nouveau, les juridictions constitutionnelles ne suivront pas le Conseil d'État de France. Si le Conseil constitutionnel se contente de valider l'un des objectifs poursuivis, à savoir interdire des pratiques qui « peuvent constituer un danger pour la sécurité publique » sans autre justification, la Cour constitutionnelle s'emploie à le démontrer en trois temps.

Dans un premier temps, elle se réfère aux travaux préparatoires de la loi, qui font état de la commission d'infractions par des personnes dont le visage était dissimulé³⁶. L'argument nous semble peu convaincant : les passages des travaux auxquels la Cour fait allusion renvoient à un seul et unique fait, à savoir l'attaque d'un bureau de poste par deux hommes dissimulés sous une *burqa*. Cette infraction n'a du reste pas été commise en Belgique, mais en France. Le législateur belge – pas plus que le conseil des ministres dans la procédure devant la Cour – n'a donc pu trouver la moindre affaire belge, et a pris systématiquement prétexte du même méfait. Les motifs de sécurité publique paraissent ainsi un peu légers. L'appréciation de la Cour constitutionnelle est sur ce point difficilement compatible avec la jurisprudence strasbourgeoise précitée.

Dans un deuxième temps, la Cour constitutionnelle évoque l'article 34, § 1^{er}, de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police. Cette disposition habilite les fonctionnaires de police à contrôler l'identité de toute personne s'ils ont des motifs raisonnables de croire, en fonction de son comportement, d'indices matériels ou de circonstances de temps et de lieu, qu'elle est recherchée, qu'elle a tenté de commettre une infraction ou se prépare à la commettre, qu'elle peut

←

« even assuming that some demonstrators may have considered the flag as offensive, shocking, or even 'fascist', for the Court, its mere display was not capable of disturbing public order or hampering the exercise of the demonstrators' right to assemble as it was neither intimidating, nor capable of inciting to violence by instilling a deep-seated and irrational hatred against identifiable persons (see *Sürek v. Turkey (No. 1)* [GC], No. 26682/95, § 62, ECHR 1999-IV). The Court stresses that ill feelings or even outrage, in the absence of intimidation, cannot represent a pressing social need for the purposes of Article 10 § 2, especially in view of the fact that the flag in question has never been outlawed » (Cour eur. dr. h., arrêt *Fáber c. Hongrie*, 24 juillet 2012, § 56).

³⁵ « Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral », *op. cit.*, pp. 30 et s.

³⁶ C. const. (b.), arrêt n° 145/2012, 6 décembre 2012, B.20.1.

troubler l'ordre public ou qu'elle l'a troublé. La Cour en excipe l'argument suivant : le contrôle d'identité « pourrait être entravé si la personne concernée avait le visage dissimulé et refusait de coopérer à un tel contrôle »³⁷. Ce raisonnement ne saurait être suivi. La loi du 5 août 1992 prévoit d'ores et déjà que la personne qui refuse ou est dans l'impossibilité de faire la preuve de son identité peut être retenue pendant le temps nécessaire à la vérification de son identité. La loi sur la fonction de police s'accompagne donc des mesures permettant l'identification sans qu'il soit nécessaire de prohiber la dissimulation du visage en dehors des contrôles d'identité³⁸.

Mais la Cour constitutionnelle ne s'arrête pas là. La nécessité d'être identifiable ne se limite pas aux contrôles d'identité : « les personnes qui ont le visage dissimulé ne seraient en général pas ou difficilement reconnaissables si elles commettaient des infractions ou troublaient l'ordre public ». La Cour se rallie ainsi à une conception dans laquelle la lutte contre la criminalité justifie la restriction des libertés de chacun. Il semble que les bornes que tentait de mettre en place la loi du 21 mars 2007 relative à l'installation et à l'utilisation de caméras de surveillance afin de concilier vie privée et sécurité³⁹ soient en passe d'être renversées⁴⁰. Mais peut-on sérieusement soutenir que la personne qui s'apprête ou vient de commettre une infraction s'abstiendra de cacher son visage par crainte de se rendre coupable d'une contravention de quatrième classe, en plus de son délit, voire de son crime ? L'effet dissuasif de pareille sanction nous paraît extrêmement hypothétique.

De plus, si la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que des restrictions à la liberté de religion pouvaient être justifiées par la protection de la sécurité publique, elle exige que ces restrictions soient momentanées⁴¹. Ainsi, a-t-elle considéré qu'il pouvait être imposé à un sikh qu'il retire son turban dans le cadre d'un contrôle d'identité pour pénétrer dans la zone d'embarquement d'un aéroport. Les contrôles de sécurité dans les aéroports sont sans aucun

³⁷ B.20.2.

³⁸ J. VRIELINK, « De Grondwet aan het gezicht onttrokken – Het Grondwettelijk Hof en het 'boerkaverbod' », *T.B.P.*, 2013/4, p. 254.

³⁹ F. DUMORTIER, « La vidéosurveillance sous l'angle de la proportionnalité », *Revue du droit des technologies de l'information*, n° 29/2007, pp. 311 à 350.

⁴⁰ L.-L. CHRISTIANS, S. MINETTE et S. WATTIER, *op. cit.*, p. 242 : « Souscrire à une telle conception étendue de la sécurité ne conduit-elle pas à supposer que nos démocraties seraient indissociablement liées à des modalités généralisées de surveillance, telle la vidéosurveillance ? ».

⁴¹ Ce que rappelait le tribunal de police de Bruxelles statuant sur un règlement communal interdisant, avant l'adoption de la loi, de dissimuler son visage sur l'ensemble du domaine public (Pol. Bruxelles (4^e ch.), 26 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 2011/22, p. 1071, et les observations de G. NINANE, « Le voile intégral et le pouvoir de police des autorités locales »).

doute nécessaires à la sécurité publique et «les modalités de leur mise en œuvre en l'espèce entrent dans la marge d'appréciation de l'État défendeur, d'autant plus clairement qu'il ne s'agit que d'une mesure ponctuelle»⁴². La Cour a également jugé que l'obligation de retirer son foulard islamique pour se soumettre à un contrôle de sécurité à l'entrée d'un consulat ne méconnaissait pas la liberté de religion, car cette obligation, nécessaire à la sécurité publique, «était nécessairement très limitée dans le temps»⁴³. À la lumière de cette jurisprudence, on ne saurait considérer proportionnée l'interdiction inconditionnelle de dissimuler son visage dans l'espace public sous couvert de sécurité publique.

Dans un troisième temps, la Cour constitutionnelle ajoute que «ce n'est pas non plus parce qu'un comportement n'aurait pas encore pris une ampleur de nature à mettre l'ordre social ou la sécurité en péril que le législateur ne serait pas autorisé à intervenir. Il ne peut lui être reproché d'anticiper en temps utile un tel risque en réprimant des comportements lorsqu'il est établi que la généralisation de ceux-ci entraînerait un danger réel»⁴⁴. Si le Conseil constitutionnel s'était engagé dans la même voie en considérant que le législateur avait eu «l'intention de répondre à l'apparition de pratiques, jusqu'alors exceptionnelles»⁴⁵, le Conseil d'État de France avait en quelque sorte anticipé un tel considérant pour le rejeter : «ces agissements n'ont pas, jusqu'à présent, causé, de manière générale, de troubles avérés ou particulièrement aigus à la sécurité publique, si l'on excepte les auteurs d'infractions telles que des vols à main armée, dont le visage n'est dissimulé que ponctuellement. Ainsi, si leurs perspectives ne peuvent être négligées, les troubles liés à la dissimulation du visage ne sont pas aujourd'hui avérés. Une interdiction générale reposerait donc sur une *logique artificiellement préventive* que n'a jamais admise en tant que telle la jurisprudence»⁴⁶.

L'ordre juridique belge nous semble tout autant rétif à cette logique, qui contredit le principe même de proportionnalité. Argumenter sur la base de la généralisation rend tout test de nécessité inutile : les mesures les plus restrictives peuvent être adoptées, puisque la menace sur la sécurité publique n'est plus évaluée à l'aune de troubles avérés, mais au regard des troubles potentiels qui seraient engendrés par une multiplication des comportements jugés probléma-

⁴² Cour eur. dr. h., décision *Phull c. France*, 11 janvier 2005, req. n° 35753/03.

⁴³ Cour eur.dr. h., décision *El Morsli c. France*, 4 mars 2008, req. n° 15585/06.

⁴⁴ C. const. (b.), arrêt n° 145/2012, 6 décembre 2012, B.20.3.

⁴⁵ Voy. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, «Marianne dévoilée (libres propos sur la décision du Conseil constitutionnel du 7 octobre 2010 validant la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public)», *Société, droit & religion*, n° 2, Paris, CNRS, 2011, pp. 76 et s.

⁴⁶ «Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral», *op. cit.*, p. 33 (en italiques dans le texte).

tiques. Pourtant, aucun élément factuel n'est avancé par les législateurs et les juridictions constitutionnelles pour étayer ce risque de généralisation. Les juridictions constitutionnelles ne pouvaient se contenter d'agiter le spectre d'un port généralisé du voile intégral, elles auraient dû, au préalable, s'interroger sur la probabilité de ce scénario.

III. L'égalité entre les genres, l'impossible renoncement

Dans leur dispositif, les lois ne se limitent pas à prohiber le seul voile intégral. La Cour constitutionnelle reconnaît même à deux reprises que l'interdiction a une portée plus large (s'appliquant par exemple aux cagoules, écharpes et casques), alors que l'amendement visant à centrer la loi sur l'interdiction du voile intégral avait été rejeté⁴⁷. Pourtant, tant le Conseil constitutionnel que la Cour constitutionnelle ont eu égard à l'objectif d'égalité entre les hommes et les femmes pour valider les lois.

Lorsque la Cour constitutionnelle analyse l'interdiction sous le prisme de l'égalité entre les genres, elle envisage deux hypothèses : celles des femmes qui sont contraintes de porter un voile intégral et celles qui en font le choix.

En ce qui concerne la première hypothèse, la Cour considère que «le législateur a pu considérer que les valeurs fondamentales d'une société démocratique s'opposent à ce que des femmes soient contraintes de dissimuler leur visage sous la pression de membres de leur famille ou de leur communauté et soient privées ainsi, contre leur gré, de la liberté de disposer d'elles-mêmes»⁴⁸. Les mesures que-rellées sont-elles appropriées, s'agissant de la situation de ces personnes ? On se permet d'en douter. En effet, la loi belge ne contient aucune mesure pénalisant celui qui contraint autrui à se dissimuler le visage⁴⁹. Elle se distingue sur ce point de la loi française, qui a érigé en délit «le fait pour toute personne d'imposer à une ou plusieurs autres personnes de dissimuler leur visage par menace, violence, contrainte, abus d'autorité ou abus de pouvoir, en raison de leur sexe». Si la *ratio legis* de la loi belge est de protéger les femmes contraintes de se dissimuler le visage, pourquoi sont-elles les seules à être incriminées ? Et n'est-il pas paradoxal qu'elles le soient ? À cet égard, la Cour se contente de renvoyer à l'article 71 du

⁴⁷ C. const. (b.), arrêt n° 145/2012, 6 décembre 2012, B.4.6 et B.56. Il en fut de même en France (cons. les débats parlementaires cités par A. LEVADE, «Épilogue d'un débat juridique : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée !», *La Semaine juridique*, 2010, pp. 1979-1980).

⁴⁸ C. const. (b.), arrêt n° 145/2012, 6 décembre 2012, B.22.

⁴⁹ Fr. KUTY, «L'article 563bis du Code pénal ou l'interdiction de dissimuler son visage dans les lieux accessibles au public», *J.T.*, 2012, p. 87.

Code pénal, selon lequel il n'y a pas infraction en cas de contrainte irrésistible⁵⁰. Il convient toutefois de rappeler que cette cause de non-imputabilité doit être appréciée «*in concreto* en tenant compte de la psychologie» de la personne⁵¹. Il n'en est pas moins incohérent pour la Cour d'invoquer cette disposition car, si rien ne punit celui qui impose le port du voile intégral et si rien ne punit celle qui le porte, comment la loi peut-elle atteindre son objectif de protéger les femmes contraintes de se dissimuler le visage?

En ce qui concerne celles qui font le choix de se dissimuler le visage, la Cour dit pour droit que, «même lorsque le port du voile intégral résulte d'un choix délibéré dans le chef de la femme, l'égalité des sexes, que le législateur considère à juste titre comme une valeur fondamentale de la société démocratique, justifie que l'État puisse s'opposer, dans la sphère publique, à la manifestation d'une conviction religieuse par un comportement non conciliable avec ce principe d'égalité entre l'homme et la femme». Selon la Cour, qui renvoie à son considérant nodal cité plus haut, le port d'un voile intégral dissimulant le visage prive, en effet, la femme, seule destinataire de ce prescrit, d'un élément fondamental de son individualité, indispensable à la vie en société et à l'établissement de liens sociaux⁵². Ici encore, la Cour constitutionnelle se distancie du rapport du Conseil d'État français: «Opposable à autrui, [le principe d'égalité des hommes et des femmes] n'a pas, en revanche, vocation à être opposé à la personne elle-même, c'est-à-dire à l'exercice de sa liberté personnelle, laquelle peut, le cas échéant, la conduire à adopter un comportement susceptible d'être interprété comme consacrant son inégale situation, y compris dans l'espace public dès lors que son intégrité physique n'est pas atteinte»⁵³. De manière inédite, la Cour constitutionnelle consacre ainsi l'impossibilité de renoncer à un droit fondamental *in abstracto* et sans égard à la qualité formelle dans laquelle le renoncement est apporté. Ni le contexte du renoncement ni le choix éclairé et non équivoque ne permettent aux femmes de renoncer à leur dignité en portant un voile intégral. Ce considérant postule que le port du voile intégral est en soi un symbole d'infériorité des femmes.

⁵⁰ C. const. (b.), arrêt n° 145/2012, 6 décembre 2012, B.29.2. Voy. déjà Fr. KUTY, «L'article 563bis du Code pénal ou l'interdiction de dissimuler son visage dans les lieux accessibles au public», *J.T.*, 2012, p. 81.

⁵¹ Cass. (b.), 26 avril 1989, cité par Fr. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Chr. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 428. En ce sens, J. VRIELINK, «De Grondwet aan het gezicht onttrokken – Het Grondwettelijk Hof en het 'boerkaverbod'», *op. cit.*, p. 257.

⁵² C. const. (b.), arrêt n° 145/2012, 6 décembre 2012, B.23.

⁵³ «Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral», *op. cit.*, p. 20.

À notre estime, la Cour manque de prudence et de nuance lorsqu'elle attribue un sens religieux à une tenue vestimentaire, alors qu'à Strasbourg il est classiquement admis que «le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de celui-ci quant à la légitimité des croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci»⁵⁴.

Plus fondamentalement, on peut s'interroger sur l'application ainsi faite de la théorie de la renonciation aux droits fondamentaux. Question délicate s'il en est, la renonciation met en tension l'autonomie individuelle et la protection des individus contre eux-mêmes au regard du statut d'ordre public des droits de l'homme⁵⁵. Il est vrai que, *prima facie*, certaines décisions de la Cour européenne des droits de l'homme semblent consacrer une impossibilité substantielle – c'est-à-dire liée à un droit fondamental particulier et non au caractère vicié du consentement à la renonciation – de renoncer à certains droits fondamentaux, en particulier celui de ne pas être discriminé. C'est l'optique suivie dans l'affaire *D.H. et autres*, s'agissant des discriminations ethniques⁵⁶, prolongée dans l'affaire *Konstantin Markin*, s'agissant, comme dans le cas d'es-

⁵⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Leyla Şahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, § 107. À propos de la qualification de la *burqa*, voy. D. KOUSSENS, S. BERNATCHEZ et M.-P. ROBERT, «Le voile intégral: analyse juridique d'un objet religieux», *Canadian Journal of Law and Society/Revue Canadienne Droit et Société*, Vol. 29 /1, avril 2014, pp. 77 à 92.

⁵⁵ Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés – La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001; O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, «La renonciation aux droits fondamentaux – La libre disposition de soi et le règne de l'échange», in H. Dumont, Fr. Ost et S. van Drooghenbroeck (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 441 à 481; R. MCCREA, «The Ban on the Veil and European Law», *Human Rights Law Review*, n° 13, 2013, pp. 65 et s.

⁵⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *D.H. et autres c. République tchèque* du 13 novembre 2007, § 204. F. DUBOUT, «L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme: rénovation ou révolution?», *Rev. trim. dr. h.*, 2008, pp. 823 à 856; M. EL BERHOUMI, *Le régime juridique de la liberté d'enseignement à l'épreuve des politiques scolaires*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 684 à 686. Cet arrêt concernait la scolarisation des enfants roms, systématiquement placés dans des écoles spécialisées pour enfants handicapés. Pour Philippe Frumer, l'appartenance à une communauté défavorisée et souvent sans instruction ne devrait pas «se généraliser pour apprécier la validité d'une renonciation, sous peine de faire prévaloir une conception paternaliste des droits fondamentaux, remettant en cause le droit à l'autonomie personnelle [...]. La renonciation demeurant avant tout une prérogative individuelle, la volonté de l'intéressé – et son éventuel statut de personnel 'vulnérable' – ne saurait en toutes circonstances se déduire de son appartenance à un groupe» (Ph. FRUMER, «La renonciation aux droits constitutionnels», in M. Verdussen et N. Bonbled (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 389 et 390).

pèce, des discriminations fondées sur le genre : « pour ce qui est de l'argument du gouvernement selon lequel, en s'engageant dans l'armée, le requérant a renoncé à son droit à ne pas faire l'objet de discrimination, la Cour considère que, eu égard à l'importance fondamentale que revêt la prohibition de la discrimination fondée sur le sexe, l'on ne saurait admettre la possibilité de renoncer au droit à ne pas faire l'objet d'une telle discrimination, car pareille renonciation se heurterait à un intérêt public important »⁵⁷.

L'analogie avec cette jurisprudence strasbourgeoise a cependant ses limites. En effet, dans ces affaires, les requérants ont cherché la protection d'un droit fondamental auquel dans un premier temps ils avaient renoncé. Il s'agit donc d'une forme de repentir. Dès lors, la Cour n'a pas cherché à protéger les requérants contre eux-mêmes, mais contre l'État qui « entendait tirer bénéfice de la renonciation initiale et qui plaidait en conséquence pour la validité substantielle de celle-ci. L'affirmation du caractère illicite de la renonciation suscite, dans cette configuration, quelque sympathie, ou, à tout le moins ne s'expose pas à de très sérieuses objections »⁵⁸. L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 6 décembre 2012 s'engage sur un terrain fort différent. Non seulement il n'y a aucun repentir des requérantes, mais l'État ne tire aucun avantage de la renonciation à laquelle, au contraire, il s'oppose. En outre, les requérantes se prévalent d'autres droits fondamentaux pour renoncer à l'égalité femme/homme. Ne faut-il pas considérer qu'elles ont réalisé une autre « concordance pratique » entre les droits dont elles jouissent, plutôt qu'envisager leur situation uniquement sous l'angle de la renonciation au droit de ne pas être discriminé ?

Le droit de montrer à autrui son visage est tellement absolu qu'il s'accompagne d'une impossibilité d'y renoncer. La Cour constitutionnelle fait prévaloir une conception paternaliste (les femmes doivent être protégées contre elles-mêmes) et collective (au nom du vivre ensemble, le droit de dissimuler son visage échappe à la liberté individuelle) des droits fondamentaux.

Toutefois, dans la suite de l'arrêt, la liberté individuelle revient en force. La Cour constitutionnelle prend appui sur la libre disposition des femmes portant le voile intégral pour rejeter les arguments d'ordre conséquentialiste. Alors que les parties requérantes considéraient que la loi avait pour effet de les contraindre à rester chez elles pour échapper à une sanction pénale, la Cour réplique que cette circonstance « résulte de leur choix et non d'une contrainte illégitime qui

⁵⁷ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Konstantin Markin c. Russie*, 22 mars 2012, § 150.

⁵⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, « X. Le statut d'ordre public : 3° La renonciation au bénéfice des droits garantis », obs. sous Cass. (b.), arrêt du 13 juin 2008, C. const. (b.), arrêt n° 50/2008 du 13 mars 2008, et C. const. (b.), arrêt n° 145/2012, 6 décembre 2012, in S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, à paraître.

leur serait imposée par la loi attaquée»⁵⁹. Cette prééminence du choix des intéressées nous semble incompatible avec le raisonnement antérieur de la Cour constitutionnelle. Si elle a pour conséquence d'enfermer les femmes qui portent le voile intégral dans leur domicile, la liberté individuelle ne s'oppose-t-elle pas à l'égalité entre les hommes et les femmes et ne prive-t-elle pas ces dernières de l'accès à la vie en société et de l'établissement de liens sociaux ? La Cour semble ici admettre que les requérantes puissent renoncer au droit – pourtant jugé intangible dans le reste de l'arrêt – de nouer des rapports humains.

Pour le surplus, ce considérant nous paraît peu compatible avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière rejette l'argument selon lequel il n'y a pas d'ingérence dans la liberté religieuse s'il suffit que les individus adaptent leur comportement à la mesure restrictive⁶⁰. C'est que, dans une telle optique, les autorités étatiques ne seraient pas astreintes à démontrer la proportionnalité de l'ingérence en ce compris au regard de ses conséquences pratiques : il reviendrait aux bénéficiaires de la liberté de faire disparaître la restriction en renonçant aux pratiques religieuses prohibées par la mesure ou en s'excluant de son champ d'application.

IV. La proportionnalité du recours à la sanction pénale

Après avoir reconnu la légitimité de l'ensemble des objectifs poursuivis par la loi querellée et l'adéquation du dispositif de celle-ci au regard de ceux-là, la Cour constitutionnelle examina de manière séparée la question de la proportionnalité du recours à la sanction pénale. Cette question formait le point central de la requête en intervention de la Ligue des droits de l'homme, laquelle avait soutenu que «la disposition attaquée porte atteinte au principe de subsidiarité du droit

⁵⁹ C. const. (b.), arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012, B.40.2. Dans son arrêt rejetant la demande de suspension de la loi, la Cour avait déjà considéré que, «Si les parties requérantes appliquent les dispositions attaquées, elles ne peuvent encourir la sanction pénale attachée au comportement que ces dispositions entendent interdire. Quant au fait que les parties requérantes se verraient dans ce cas contraintes de renoncer à l'exercice de certaines libertés fondamentales pour préserver leur liberté de circulation, un tel préjudice ne pourrait être considéré comme à ce point grave qu'il puisse justifier la suspension de la loi attaquée» (arrêt n° 148/2011, B.6.3). Voy. X. DELGRANGE, «La désobéissance civile, seul recours effectif contre la loi?», *J.T.*, 2011, p. 710.

⁶⁰ Voy. not. l'arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, § 83 : «Vu l'importance que revêt la liberté de religion dans une société démocratique, la Cour considère que, dès lors qu'il est tiré grief d'une restriction à cette liberté sur le lieu de travail, plutôt que de dire que la possibilité de changer d'emploi exclurait toute ingérence dans l'exercice du droit en question, il vaut mieux apprécier cette possibilité parmi toutes les circonstances mises en balance lorsqu'est examiné le caractère proportionné de la restriction».

pénal qui exige que la répression pénale en ce qu'elle porte par nature et par essence atteinte à la liberté individuelle ne soit qu'un dispositif de dernier recours dont l'adoption nécessite un examen rigoureux et une motivation idoine»⁶¹.

La subsidiarité du droit pénal renvoie à l'idée, généralement admise dès la fin du XVIII^e siècle et le début du XIX^e siècle notamment sous l'influence de Jeremy Bentham, « que le droit pénal est un droit 'odieux', en tant qu'il restreint la liberté individuelle et renferme 'une suite de maux' »; plusieurs conséquences en découlent logiquement, dont le principe de subsidiarité, « qui commande de ne pas recourir au droit pénal chaque fois que 'l'on pourrait atteindre le même but par des moyens plus doux' »⁶². Dans cette conception, le droit pénal apparaît comme une forme de « remède ultime ». Cette subsidiarité *du* droit pénal se double d'une subsidiarité *en* droit pénal : entre les peines de nature et de sévérité différentes, il y a lieu d'accorder une priorité de principe aux peines les moins lourdes⁶³. La subsidiarité *du* et *en* droit pénal constitue à cet égard une application particulière des principes de nécessité et de proportionnalité.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme recèle de nombreuses applications de ce principe⁶⁴. Ainsi, affirmant que le droit à l'épanouissement personnel déduit de l'article 8 de la Convention implique le droit de disposer de son corps et celui d'entretenir des relations sexuelles, la Cour rappela sa jurisprudence selon laquelle « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps' (*Pretty*, précité, § 66) ». Et la Cour de conclure : « Il en résulte que le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine

⁶¹ C. const. (b.), arrêt n° 145/2012, 6 décembre 2012, A.1.6. Voy. également J. VRIELINK et E. BREMS, « Instrumentaliteit en onherkenbaarheid – Het 'boerkaverbod' en de rechtsberschermmende werking van het strafrecht », in *Liber amicorum René Foqué*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 285 et s.

⁶² M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK, « La subsidiarité et le droit pénal : aspects nouveaux d'une question ancienne », in Fr. Delpérée (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 153 ; Y. CARTUYVELS, « Droits de l'homme et droit pénal, un retournement ? », in Y. Cartuyvels e.a. (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 30 et 31.

⁶³ M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 155.

⁶⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, « Droit pénal et droits de l'homme : le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme », (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 79 à 85 ; P. DE HERT, S. GUTWIRTH, S. SNACKEN et E. DUMORTIER, « La montée de l'État pénal : que peuvent les droits de l'homme ? », in Y. Cartuyvels e.a. (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 235 à 290.

des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des 'raisons particulièrement graves' pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8, § 2, de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité»⁶⁵.

En matière de liberté d'expression, on trouve également diverses consécra-tions de ce principe de subsidiarité du droit pénal : « la position dominante qu'oc-cupe le gouvernement lui commande de témoigner de retenue dans l'usage de la voie pénale, surtout s'il y a d'autres moyens de répondre aux attaques et critiques injustifiées dirigées contre lui-même ou ses institutions »⁶⁶; « Si la fixation des peines est en principe l'apanage des juridictions nationales, la Cour considère qu'une sanction pénale pour un délit d'opinion n'est compatible avec la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention que dans des circonstances exceptionnelles »⁶⁷. L'arrêt *Vajnai* précité s'inscrit dans cette jurisprudence : « la mesure par laquelle son comportement a été puni, fût-elle relativement légère, relève de la loi pénale, et pourrait donc avoir des conséquences extrêmement graves. La Cour estime que cette sanction n'était donc pas proportionnée au but légitime visé. Il s'ensuit que l'ingérence dans l'exercice par le requérant de sa liberté d'expression ne peut se justifier sur le terrain de l'article 10, § 2 »⁶⁸.

La Cour constitutionnelle ne fait pas grand cas de la subsidiarité *du* droit pénal dans l'arrêt n° 145/2012. Elle considère que, « lorsque le législateur estime que certains manquements doivent faire l'objet d'une répression, il relève de son pouvoir d'appréciation de décider s'il est opportun d'opter pour des sanc-tions pénales *sensu stricto* ou pour des sanctions administratives »⁶⁹. Par la suite, la Cour invoque à nouveau le droit « absolu » de ne pas dissimuler son visage et évite ainsi de s'interroger sur la proportionnalité du recours à la sanc-tion pénale⁷⁰. La négation de la subsidiarité *du* droit pénal conduit la Cour à s'inscrire en faux contre sa propre jurisprudence : « spécialement lorsqu'il s'agit de prendre des mesures qui peuvent limiter la liberté d'expression, l'État doit éviter de recourir à des mesures pénales lorsque d'autres mesures, telles que des sanctions civiles, permettent d'atteindre l'objectif poursuivi (voy. dans ce sens, entre autres, Cour européenne des droits de l'homme, *Incal c. Turquie*, 9 juin 1998, § 54 ; arrêt *Sürek n° 2 c. Turquie*, 8 juillet 1999, § 34) »⁷¹.

⁶⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 février 2005, §§ 83 et 84.

⁶⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Yaşar Kaplan c. Turquie*, 24 janvier 2006, § 44.

⁶⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Ileana Constantinescu*, 11 décembre 2012, §§ 37 et 49.

⁶⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Vajnai c. Hongrie*, 8 juillet 2008, § 58.

⁶⁹ C. const. (b.), arrêt n° 145/2012, 6 décembre 2012, B.26.

⁷⁰ *Ibid.*, B.28.

⁷¹ C. const. (b.), arrêt n° 157/2004, 6 octobre 2004, B.18 ; J. VRIELINK, « De Grondwet aan het gezicht onttrokken – Het Grondwettelijk Hof en het 'boerkaverbod' », *op. cit.*, pp. 258 et 259.

Si la loi querellée n'a pas été contrôlée à l'aune de la subsidiarité *du* droit pénal, la Cour semble avoir voulu ménager la subsidiarité *en* droit pénal⁷². En effet, à ses yeux, «en ce qu'elle s'adresse aux personnes qui, librement et volontairement, dissimulent leur visage dans les lieux accessibles au public, la mesure attaquée n'a pas d'effets disproportionnés par rapport aux objectifs poursuivis, dès lors que le législateur a opté pour la sanction pénale la plus légère»⁷³. S'il est vrai que le législateur n'a pas sanctionné la dissimulation du visage par la peine la plus lourde, il est incorrect d'affirmer qu'il a opté pour la sanction pénale la plus légère. D'une part, l'amende se situe, hors décimes additionnels, dans une fourchette de quinze à vingt-cinq euros. Elle aurait été plus légère si elle avait pu atteindre un montant inférieur à quinze euros. D'autre part, une peine d'emprisonnement d'un à sept jours peut être prononcée en plus ou à la place de l'amende. À nouveau, le législateur n'était pas tenu de prévoir cette possibilité d'emprisonnement, qui a pour effet d'alourdir la peine. L'emprisonnement distingue la loi belge de la loi française, qui érige comme peine l'amende prévue pour les contraventions de deuxième classe, soit cent cinquante euros, que le juge peut remplacer ou à laquelle il peut ajouter l'obligation d'accomplir un stage de citoyenneté.

Sur le plan de la subsidiarité en droit pénal, cette peine d'emprisonnement n'a rien d'anodin. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme se montre particulièrement sévère à l'encontre des mesures restrictives à la liberté d'expression qui ont recours à une peine d'emprisonnement : «Si la fixation des peines est en principe l'apanage des juridictions nationales, la Cour considère qu'une peine de prison infligée pour une infraction commise dans le domaine de la presse n'est compatible avec la liberté d'expression journalistique garantie par l'article 10 de la Convention que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque d'autres droits fondamentaux ont été gravement atteints, comme dans l'hypothèse, par exemple, de la diffusion d'un discours de haine ou d'incitation à la violence»⁷⁴. La Cour européenne des droits de l'homme estime que, «par sa nature même», une telle sanction produit inmanquablement un effet dissuasif. Ce considérant fut réitéré à plusieurs reprises, en ce

⁷² Notons que la Cour européenne des droits de l'homme a plusieurs fois rejeté le raisonnement consistant à prouver la proportionnalité d'une restriction pénale de la liberté d'expression à l'aune de la seule subsidiarité *en* droit pénal. À son estime, «ce qui compte n'est pas le caractère mineur de la peine infligée au requérant, mais le fait même de la condamnation» (Cour eur. dr. h., arrêt *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, § 35; arrêt *Lopez Gomez da Silva c. Portugal*, 28 septembre 2000, § 36; *Urbino Rodrigues c. Portugal*, 29 novembre 2005, § 35). C'est pourtant le raisonnement contraire qu'implicitement la Cour constitutionnelle fait ici sien.

⁷³ C. const. (b.), arrêt n° 145/2012, 6 décembre 2012, B.29.1.

⁷⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie*, 17 décembre 2004, §§ 113 à 116.

compris dans des affaires qui concernaient la liberté d'expression de non-journalistes⁷⁵. Il rejoint les recommandations émises par le Comité des ministres⁷⁶ et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe⁷⁷.

Compte tenu de cette jurisprudence, la Cour constitutionnelle n'aurait pu valider la peine d'emprisonnement prévue par la loi que s'il avait été démontré que la dissimulation du visage véhicule un message de haine ou incite à la violence. Elle a cependant passé sous silence cette jurisprudence.

V. L'exception culturelle

Malgré des motifs fort différents, les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour constitutionnelle coïncident quant à leur dispositif : l'interdiction de la dissimulation du visage ne peut concerner les lieux de culte. D'un côté comme de l'autre, c'est la proportionnalité qui justifie cette limite⁷⁸.

Cette application de la proportionnalité sembler viser avant tout à prouver que «le contrôle de constitutionnalité, eût-il les apparences d'un contrôle *minimum*, est bien de proportionnalité»⁷⁹. En effet, en dehors de cette réserve, les raisonnements des juges constitutionnels, particulièrement celui – plus disert – de la Cour constitutionnelle, n'ont pas fait une application généreuse de la proportionna-

⁷⁵ Voy. not. Cour eur. dr. h., arrêt *Bingöl c. Turquie*, 22 juin 2010; arrêt *Otegi Mondragon c. Espagne*, 15 mars 2011.

⁷⁶ Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias, adoptée le 12 février 2004.

⁷⁷ Résolution n° 1577 du 25 juin 2007, intitulée «Vers une dépenalisation de la diffamation».

⁷⁸ «Considérant qu'eu égard aux objectifs qu'il s'est assignés et compte tenu de la nature de la peine instituée en cas de méconnaissance de la règle fixée par lui, le législateur a adopté des dispositions qui assurent, entre la sauvegarde de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée; que, toutefois, l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public ne saurait, sans porter une atteinte excessive à l'article 10 de la Déclaration de 1789, restreindre l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte ouverts au public» (Conseil constitutionnel (fr.), décision du 7 octobre 2010, n° 2010-613 DC, cons. 5); «La loi attaquée prévoit une sanction pénale à l'égard de toute personne qui, sauf dispositions légales contraires, se présente le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie de manière telle qu'elle ne soit pas identifiable, dès lors qu'il s'agit de lieux accessibles au public. Il serait manifestement déraisonnable de considérer que ces lieux doivent s'entendre comme incluant les lieux destinés au culte. Le port de vêtements correspondant à l'expression d'un choix religieux, tels que le voile qui couvre intégralement le visage dans de tels lieux, ne pourrait faire l'objet de restrictions sans que cela porte atteinte de manière disproportionnée à la liberté de manifester ses convictions religieuses» (C. const. (b.), arrêt n° 145/2012, 6 décembre 2012, B.30).

⁷⁹ A. LEVADE, *op. cit.*, p. 1981, italique de l'auteur. *Adde*: F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *op. cit.*, p. 81; D. HEDARY, «Dissimulation du visage, service public et liberté religieuse», *A.J.D.A.*, 2012, p. 22.

lité. Plusieurs éléments ont battu en brèche cette exigence : affirmation d'un droit indérogable à percevoir le visage d'autrui, évaluation de la menace sur la sécurité publique à partir non de la réalité, mais de la conjecture d'une multiplication de la pratique du voile intégral, impossibilité abstraite de renoncer au droit à l'égalité femme/homme et prise en compte insuffisante de la subsidiarité du droit pénal.

Ce retour à la proportionnalité s'avère peu motivé, y compris dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle. Nous formulerons l'hypothèse que celle-ci a cherché à s'inscrire dans le sillage du Conseil constitutionnel alors que ce dernier s'est laissé influencer sur cet unique aspect par le rapport du Conseil d'État de France. Tout en exprimant de nettes réserves quant à une interdiction généralisée de la dissimulation du visage fondée sur une conception renouvelée de l'ordre public matériel, le Conseil d'État a attiré l'attention sur les exceptions qui devraient être apportées à une prohibition générale dans les lieux publics, exceptions « dont il apparaît qu'elles peuvent difficilement rendre compte de la totalité des hypothèses où la dissimulation du visage peut ou doit être autorisée, soit qu'elles soient trop étroites, soit qu'elles donnent, par leur amplitude, des occasions de contourner l'interdiction ». Et le Conseil d'État d'évoquer cinq grandes catégories de considérations justifiant l'établissement d'exceptions : la protection de la santé publique, la sécurité personnelle, la pérennité de manifestations culturelles et festives, la protection de la vie privée et le respect du lieu de culte.

À propos de cette dernière catégorie, le Conseil d'État considérait qu'une interdiction dans les lieux de culte « constituerait probablement, sur le plan juridique, une ingérence disproportionnée au regard des buts poursuivis. Le public qui pénètre dans les lieux de culte ne peut exiger des fidèles qu'ils se plient à une mesure conçue comme une garantie de cohésion sociale dans l'espace public. Une telle interdiction serait d'ailleurs délicate, sinon impossible, à faire respecter, sauf à troubler plus gravement encore l'ordre public. En revanche, cette exception ne vaudrait pas pour les abords des lieux de culte, qui relèvent de l'espace public et peuvent être fréquentés par toute personne, indépendamment de la présence du lieu de culte »⁸⁰.

Le législateur français a repris plusieurs des exceptions préconisées. L'interdiction ne s'applique pas « si la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée par des raisons de santé ou des motifs professionnels, ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles ». Le législateur belge s'est montré plus restrictif, puisqu'il a uniquement exclu du champ de l'interdiction la dissimulation justifiée par des dispositions légales contraires,

⁸⁰ « Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral », *op. cit.*, p. 29.

des règlements de travail ou d'une ordonnance de police à l'occasion de manifestations festives⁸¹. L'exception pour les lieux de cultes n'a en revanche pas été retenue par le législateur français, au motif que, conformément au principe de la séparation de l'Église et de l'État, la police des édifices du culte incombe aux autorités religieuses qui sont seules habilitées à faire appel aux forces de l'ordre⁸². Son homologue belge ne s'en est pas préoccupé⁸³.

La réserve d'interprétation des juges constitutionnels n'est pas sans poser de question. Faut-il en comprendre que seules les restrictions à la liberté religieuse intervenant dans les lieux de culte bénéficient des garanties classiques du droit des libertés publiques⁸⁴? L'effectivité de cette exception est-elle réellement garantie si elle ne s'étend pas au chemin entre le domicile de l'intéressée et le lieu de culte⁸⁵? Pourquoi les juges constitutionnels admettent-ils qu'à l'intérieur des lieux de culte l'individualisation par le visage, condition fondamentale liée à l'essence même de l'individu, et l'égalité entre les genres soient bafouées alors qu'ils ont précédemment jugé ces principes à ce point fondamentaux qu'ils échappent à toute balance des intérêts?

*

* *

Au terme de l'examen critique de ces décisions de jurisprudence, nous ne cacherons pas notre malaise face aux carences multiples de la motivation des juges constitutionnels.

⁸¹ Cette définition des exceptions est à ce point étroite qu'elle ne couvre pas le port du casque par les motards, obligatoire en vertu d'un arrêté royal et non d'une loi (voy. X. DELGRANGE, « Quand la *burqa* passe à l'ouest, la Belgique perd-elle le nord? », *op. cit.*, pp. 225 et 226).

⁸² Voy. not. la réponse de la garde des Sceaux, Michèle Alliot-Marie, rapport de la Commission parlementaire de l'Assemblée nationale du 23 juin 2010, n° 2648, pp. 42 et 51, www.assemblee-nationale.fr. Voy. P.-H. PRÉLOT, « Les signes religieux et la loi de 1905 – Essai d'interprétation de la loi portant interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public à la lumière du droit français des activités religieuses », *Société, droit & religion*, n° 2, Paris, CNRS, 2011, p. 41.

⁸³ X. DELGRANGE, « Quand la *burqa*... », *op. cit.*, p. 225.

⁸⁴ Et ce, alors que le constituant belge a refusé de consacrer un régime différencié pour la liberté de culte selon qu'elle s'exerce à l'intérieur ou à l'extérieur des temples (voy. M. EL BERHOUMI, « Foulard à l'école: le Conseil d'État clôt la saga carolorégienne », *Adm. publ.*, 2013, p. 400).

⁸⁵ On rappellera à cet égard qu'au sein de l'arrêt *Ahmet Arslan* précité de la Cour européenne des droits de l'homme était en cause non l'habillement au sein d'un lieu de culte, mais aux abords d'une mosquée.

Le processus ayant abouti à l'adoption des lois dissimulant le visage dans l'espace public peut être appréhendé sous l'angle de la notion de «panique morale»⁸⁶. Ce concept, que l'on doit aux sociologues constructivistes anglo-saxons, rend compte de l'émergence soudaine d'une émotion collective à l'encontre d'un comportement défini comme une menace pour les valeurs, les intérêts, les modes de vie de la société⁸⁷. Un comportement adopté par un groupe minoritaire est ainsi jugé dangereux pour l'ensemble de la société. La peur est déclenchée ou attisée par les discours et images que véhiculent les médias, le monde politique et d'autres entrepreneurs de morale. Leur action combinée facilite la création d'un consensus autour de la dangerosité de ce phénomène. Pour répondre à une panique morale, il faut urgemment adopter un traitement de choc qui s'avérera sans proportion au regard de la nature et de l'ampleur de ce comportement.

L'interdiction du voile intégral correspond à ces différents traits. Ce n'est pas la première fois qu'une pratique associée à l'islam fait l'objet d'une panique morale⁸⁸. La prohibition du *niqab* et de la *burqa* s'ajoute à d'autres «délits culturels» qui concernent les musulmans ou une fraction d'entre eux⁸⁹. Si l'on savait la presse et plusieurs courants politiques sensibles aux paniques morales, il est plus inquiétant de constater la porosité des prétoires à l'égard de tels mouvements de peur collective.

Les juges ont accepté l'érection en infraction d'un comportement marginal dont le risque sur la sécurité publique ne pouvait être démontré. Ils ont approuvé des mesures sanctionnant les victimes de cette pratique et ont consi-

⁸⁶ Voy. not. G. MORGAN et S. POYNTING, «The Transnational Folk Devil», in G. Morgan et S. Poynting (éd.) *Global Islamophobia: Muslims and Moral Panic in the West*, Farnham, Ashgate, 2012, pp. 1-15; V. AMIRAU, «The 'illegal covering' saga: what's next? Sociological perspectives», *Social Identities*, vol. 19, n° 6, pp. 794-806; A. LACASSAGNE, «Moral Panic around the Burqa in France: An Eliasian Perspective», in Ch. CRISTER e.a. (éd.), *Moral Panics in the Contemporary World*, New York, Bloomsbury Academic, 2013.

⁸⁷ Voy. not. E. GOODE et N. BEN-YEHUDA, «Moral Panics: Culture, Politics, and Social Construction», *Annual Review of Sociology*, 1994, pp. 149 à 171.1.

⁸⁸ Voy. à propos de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, l'analyse de F. LORCERIE, «La 'loi sur le voile': une entreprise politique», *Droit et société*, 2008, pp. 53 à 74.

⁸⁹ Le délit culturel peut être défini comme un «acte ayant pour auteur le membre d'une minorité culturelle, [...] érigé en infraction par la loi de l'État sur le territoire duquel il se trouve, mais qui est soit prescrit ou recommandé par son code culturel, soit permis ou toléré dans certaines circonstances par les autres membres de la minorité culturelle» (F. BRION, «User du genre pour faire la différence? La doctrine des délits culturels et de la défense culturelle», in J. Ringelheim (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 847 et s.).

déré que le voile intégral remettait à ce point en question les valeurs de la société qu'aucun moyen pour le combattre ne pouvait être disproportionné.

Cette jurisprudence est regrettable. Dans de tels processus de panique, les juges constitutionnels ont un rôle crucial à jouer : ils constituent les dernières digues protégeant les droits des individus. Au sensationnalisme médiatique et aux calculs politiques, les juges constitutionnels doivent opposer la raison juridique. Ils doivent refuser qu'au nom d'une panique morale, une loi consacre des remèdes qui, davantage que le comportement prohibé, menacent les valeurs fondamentales de la société, au rang desquelles les libertés publiques occupent une place de choix.

La circonstance que la loi belge a été adoptée à une quasi-unanimité ne dispensait pas ces juges d'en contrôler strictement la validité. Depuis la Seconde Guerre mondiale, à chaque fois qu'un État se libère du totalitarisme, il se dote d'une Cour constitutionnelle ayant la redoutable tâche de garantir la modération de la majorité et ainsi protéger la minorité.

Les États européens se sont dotés d'un autre système de garantie du respect de la démocratie et de l'État de droit, appelé à pallier les défaillances de leurs propres institutions : la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci se prononcera très prochainement sur la validité de la loi française. L'affaire *S.A.S. c. France* a été portée devant sa Grande Chambre⁹⁰, preuve de l'importance de la question débattue. Le gouvernement belge est intervenu dans les débats afin de défendre la validité de la loi belge⁹¹. Le droit sera-t-il enfin dit au terme d'une motivation étayée d'une manière apte à emporter la conviction de ses destinataires⁹²?



Le site internet de la *revue* propose à ses lecteurs un dossier permettant d'accéder rapidement aux principaux actes et documents renseignés dans l'article qui précède (www.rtdh.eu, onglet «Sommaires», «n° 99 juillet 2014», cliquer ensuite sur le titre de l'article).

⁹⁰ Requête n° 43835/11. L'audience s'est tenue le 27 novembre 2013.

⁹¹ Voy. à cet égard les observations soumises à la Cour par le Human Rights Centre of Ghent University, www.ugent.be/re/publiekrecht/en/departement/human-rights/publications/sas.pdf.

⁹² Marc Verdussen insiste sur cette condition de la légitimité du juge constitutionnel : les arrêts «doivent être motivés avec la clarté et la précision que requièrent les règles de la pédagogie, reflétant par là le caractère délibéré et argumenté de la décision [...]. Elle doit aussi révéler les choix herméneutiques et axiologiques qui ont nourri le raisonnement des juges. C'est au cœur de leurs discussions, de leurs options et de leurs réflexions que les juges doivent nous mener» (M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 395).