

Le Conseil d'État français suspend l'interdiction du port du « burkini »

(obs. sous C.E. (fr.),
ordonnance *Ligue des droits de l'homme e.a.*, 26 août 2016)

PAR

Stéphanie WATTIER

*Chargée d'enseignement et chercheuse postdoctorale à l'Université de Namur
Chargée de recherche honoraire du F.R.S.-FNRS à l'Université catholique de Louvain*

Résumé

Par une ordonnance rendue le 26 août 2016, le Conseil d'État français a suspendu l'arrêté municipal adopté par le maire de Villeneuve-Loubet le 5 août 2016 en vue d'interdire le port du « burkini » sur les plages de la commune.

Après quelques précisions terminologiques liminaires et un bref rappel des faits, le présent article analyse l'ordonnance rendue par le Conseil d'État et propose un parallèle avec la situation en Belgique.

Abstract

On November 26th, 2016 the French Council of State suspended the municipal decree adopted by the mayor of Villeneuve-Loubet on August 5th, 2016 to ban the wearing of “burkini” on the beaches in the municipality.

After a few terminological clarifications and a brief recall of the facts, this paper analyses the decision of the Council of State and proposes a parallel with the Belgian situation.

I. Précisions terminologiques liminaires

L'invention de la tenue dénommée « burkini » est généralement attribuée à Aheda Zanetti, une Australienne originaire du Liban. En 2003, interpellée

par les difficultés éprouvées par sa nièce lorsqu'elle joue au netball habillée en hijab, Zanetti imagine un nouveau vêtement, le «hijood» (contraction de «hijab» et de «hood», qui signifie «capuche», en anglais)¹. Dans la foulée, puisqu'elle habite dans un pays où les sports aquatiques occupent une place de premier rang, Aheda Zanetti crée le «burkini» (contraction de «burqa» et de «bikini») à destination des femmes se baignant voilées et commence à le commercialiser en 2004. En 2006, elle fonde sa société et dépose les marques «Burkini™» et «Burqini™»² en Australie et dans plusieurs autres pays du monde.

En ce qui concerne la burqa – qui constitue le vêtement traditionnel des tribus pachtounes d'Afghanistan –, bien que la datation exacte de son apparition reste controversée, elle a originairement été créée pour permettre aux femmes riches de sortir des palais dans lesquels elles étaient cloîtrées. La burqa couvre l'entièreté du corps et du visage, en ce compris les yeux qui sont dissimulés derrière un grillage. À la différence de la burqa, le niqab, lui, laisse entrevoir les yeux. Le niqab est souvent de couleur noire et est plutôt porté par les croyants rigoristes comme les salafistes notamment. La burqa, quant à elle, est généralement de couleur bleue. Selon les travaux de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national mis en place en France préalablement à l'adoption de la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, «si l'on pouvait conclure à la quasi-inexistence du phénomène au début des années 2000, on observe aujourd'hui une multiplication du nombre des femmes voilées intégralement sur le territoire national»³.

II. Bref rappel des faits présidant à l'ordonnance du Conseil d'État français du 26 août 2016

À la fin du mois de juillet 2016, le maire de Cannes adoptait un arrêté municipal en vue d'interdire le port du «burkini» sur les plages de sa commune.

¹ Aheda Zanetti explique son histoire sur son site internet. Voy. <http://burqini.com> et <http://ahiida.com>.

² Voy. <http://burqini.com>. Voy. aussi A. SÉNÉCAT, «Petite histoire du 'burkini', des origines aux polémiques», *Le Monde*, 16 août 2016, disponible sur http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2016/08/16/petite-histoire-du-burkini-des-origines-aux-polemiques_4983599_4355770.html#mDSEa3xU8wMuKOjE.99.

³ Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national n° 2262 déposé le 26 janvier 2010, p. 28. Selon ce rapport, environ 1 900 femmes porteraient le voile intégral en France. En Belgique, la Sûreté de l'État évalue à 200 le nombre de femmes portant la burqa et/ou le niqab.

L'on rappellera que c'est en vertu de l'article L. 2212-1 du Code général des collectivités territoriales que le maire est chargé, sous le contrôle du représentant de l'État compétent – en l'occurrence le préfet –, de la police municipale, laquelle a pour objet « d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques »⁴. S'agissant plus particulièrement de la police des baignades, l'article L. 2213-23 du même code dispose que « [...] [l]e maire délimite une ou plusieurs zones surveillées dans les parties du littoral présentant une garantie suffisante pour la sécurité des baignades » et que « [l]e maire est tenu d'informer le public par une publicité appropriée, en mairie et sur les lieux où elles se pratiquent, des conditions dans lesquelles les baignades et les activités nautiques sont réglementées ».

Dans la foulée de l'arrêté cannois, semblable interdiction dudit « burkini » fut consacrée par environ une trentaine de communes françaises, parmi lesquelles celle de Villeneuve-Loubet.

Plus précisément, c'est le 5 août 2016 que le maire de Villeneuve-Loubet – commune située, comme celle de Cannes, dans le département des Alpes-Maritimes en région Provence-Alpes-Côte d'Azur – adopta un arrêté portant règlement de police, de sécurité et d'exploitation des plages concédées par l'État à sa commune. Cet arrêté – qui remplacerait désormais les arrêtés du 20 juin 2014 et du 18 juillet 2016 – disposait en son article 4.3 que « [s]ur l'ensemble des secteurs de plage de la commune, l'accès à la baignade est interdit, du 15 juin au 15 septembre inclus, à toute personne ne disposant pas d'une tenue correcte, respectueuse des bonnes mœurs et du principe de laïcité, et respectant les règles d'hygiène et de sécurité des baignades adaptées au domaine public maritime. Le port de vêtements, pendant la baignade, ayant une connotation contraire aux principes mentionnés ci-avant est strictement interdit sur les plages de la commune ».

Sur le fondement de l'article L.521-2 du Code de justice administrative, la Ligue des droits de l'homme, l'Association de défense des droits de l'homme, le Collectif contre l'islamophobie en France et deux requérants avaient introduit une demande auprès du juge des référés du Tribunal administratif de Nice en vue d'obtenir la suspension de cet article. Par une ordonnance du 22 août 2016, le juge des référés rejeta leur demande, estimant que l'interdiction se justifiait par des motifs de maintien et de protection de l'ordre public.

Ces mêmes requérants saisirent alors le Conseil d'État en appel, en réclamant d'annuler l'ordonnance du juge des référés du Tribunal administratif de Nice,

⁴ Art. L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales.

de faire droit à leur demande de première instance et de mettre 5 000 EUR à charge de l'État au titre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative.

III. L'ordonnance du Conseil d'État français du 26 août 2016

Par une ordonnance datée du 26 août 2016 ayant fait grand bruit dans les médias, le Conseil d'État français – réuni exceptionnellement en formation de trois juges – s'est prononcé en référé sur la validité de l'arrêté du maire de Villeneuve-Loubet concernant l'interdiction du port du « burkini » sur les plages de sa commune.

Selon la Haute juridiction, aucun élément de l'instruction ne permet de démontrer que le port de la tenue visée par ledit article 4.3 sur les plages ait pu causer un trouble à l'ordre public.

À la lecture de cette décision, l'on saluera particulièrement la sagesse du Conseil d'État qui, reconnaissant le climat d'émotion et d'inquiétude engendré par les attentats – et notamment par celui survenu à Nice le 14 juillet 2016 –, a toutefois indiqué qu'ils ne sauraient, en l'absence de risque de trouble avéré à l'ordre public, suffire à justifier semblable interdiction. En tant que l'interdiction ne repose ni sur des risques avérés de troubles à l'ordre public ni sur des motifs d'hygiène ou de décence, le Conseil d'État a estimé que l'arrêté a « porté une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales que sont la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience et la liberté personnelle »⁵. Par conséquent, le Conseil d'État a annulé l'ordonnance du juge des référés du Tribunal de Nice et a suspendu l'exécution de l'article 4.3 de l'arrêté du maire de Villeneuve-Loubet.

Ce faisant, le Conseil d'État opte pour une « appréciation divergente de la notion de risque d'atteinte à l'ordre public » de celle posée par le Tribunal de Nice, puisque selon ce dernier le port du « burkini » constituait « une atteinte aux valeurs de la République »⁶. Le Conseil d'État reste donc fidèle à sa jurisprudence classique d'interprétation stricte du risque qui doit, selon lui, être « immédiat »⁷.

⁵ C.E. (fr.), ordonnance n^{os} 402742 et 402777, 26 août 2016, cons. 6.

⁶ C. GOBERVILLE, « C'est l'été : coquillages et burkini – Protection de l'ordre public ou nouvelle définition de l'ordre social ? », note sous C.E. (fr.), ordonnance *Ligue des droits de l'homme e.a.*, 26 août 2016, n^o 402.742, *Revue générale du droit on line*, 2016, n^o 24463 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=24463).

⁷ *Ibid.*, citant C.E. (fr.), *Naud*, 23 janvier 1953, *Rec. C.E.*, 1953, p. 32. Cette jurisprudence est constante depuis plus d'un siècle, le Conseil d'État citant d'ailleurs des passages de l'arrêt

→

En rejetant l'argument lié au climat d'inquiétude résultant notamment de l'attentat de Nice, la Haute juridiction « n'a pas souhaité créer une nouvelle dimension de l'ordre public – l'ordre public spécifique à la période de l'état d'urgence – comme il a préféré privilégier une conception stricte de l'ordre public matériel et extérieur »⁸. Autrement dit, en excluant qu'il y ait un « ordre public de l'exception »⁹, le Conseil d'État refuse que l'équilibre prévalant entre l'ordre public et les libertés depuis plus d'un siècle en France soit perturbé par les circonstances d'émotion et d'inquiétude engendrées par les attentats terroristes¹⁰.

Sans préjuger des prochaines décisions qui pourraient être prises si d'autres communes venaient, à l'avenir, à adopter un arrêté d'interdiction du port du « burkini », l'on relèvera, avec Stéphanie Hennette-Vauchez, « la grande netteté de la décision » du Conseil d'État, « et notamment de la définition de l'ordre public qui en constitue le cœur », permettant « sans aucun doute d'y voir une décision majeure, dont on voit mal comment les tribunaux administratifs et les autorités municipales pourraient s'éloigner »¹¹. Un mois plus tard, la Haute juridiction a d'ailleurs confirmé sa solution en suspendant un arrêté municipal similaire¹².

Outre ces arrêtés municipaux, se pose la question de savoir si une loi pourrait prochainement être adoptée par le législateur français pour interdire de manière générale le port du « burkini », comme il l'a fait en 2010 en interdisant le port du voile intégral dans l'espace public¹³. Il faut cependant ne pas perdre de vue qu'une telle loi, en raison de son caractère général et abstrait ainsi qu'au regard de la jurisprudence *Vajnai c. Hongrie* de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴, risque d'être censurée par le Conseil constitutionnel. En l'occurrence, l'arrêt *Vajnai* concernait l'interdiction du port de l'« étoile rouge » qui découlait de l'article 269/B du Code pénal hongrois, lequel interdit l'« uti-

←

Abbé Olivier c. Marie de Sens du début du XX^e siècle (voy. C.E. (fr.), 19 février 1909, n° 27355, *Rec. C.E.*, 1909, p. 181). À ce sujet, voy. aussi P. GERVIER, « Concilier l'ordre public et les libertés : un combat continu », obs. sous C.E. (fr.), *Ligue des droits de l'homme e.a.*, préc., *A.J.D.A.*, 2016, pp. 2122-2127.

⁸ N. HERVIEU, « Burkini : entretien croisé des professeurs Stéphanie Hennette-Vauchez et Joël Andriantsimbazovina sur la décision du Conseil d'État », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, 31 août 2016, <http://revdh.revues.org/2514>.

⁹ P. GERVIER, « Concilier l'ordre public et les libertés : un combat continu », *op. cit.*, p. 2125.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² C.E. (fr.), décision n° 403578, 26 septembre 2016.

¹³ Sur cette loi, voy. aussi *infra*, point V.

¹⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Vajnai c. Hongrie*, 8 juillet 2008.

lisation d’emblèmes du totalitarisme» et sur la base duquel le requérant avait été condamné en raison de ce qu’il arborait une étoile rouge à cinq branches de 5 cm de diamètre, comme emblème du mouvement ouvrier international. Dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l’homme a conclu à la violation de l’article 10 de la Convention par l’État hongrois en raison de ce que «l’interdiction en cause est trop générale eu égard aux multiples significations que revêt l’étoile rouge»¹⁵. Tout en reconnaissant la terreur des événements auxquels peut renvoyer la vue de l’étoile rouge, la Cour souligne que «la seule exhibition de ce symbole est en principe assimilée à de la propagande, sauf si elle poursuit un but scientifique, artistique, informatif ou éducatif» et estime que «cette absence de nuance *confirme le caractère bien trop général de l’interdiction*»¹⁶.

S’agissant d’une éventuelle interdiction générale et abstraite du port du «burkini», elle risque d’autant de poser question en termes de constitutionnalité et de conventionnalité que le législateur français serait, en réalité, «amené à interdire un vêtement dissimulant le corps ce qui reviendrait à interdire dans l’espace public le port du voile islamique dans toutes ses formes, y compris le hidjab»¹⁷.

IV. Et en Belgique?

L’agitation populaire et médiatique ayant entouré le débat relatif à l’interdiction du port du «burkini» en France n’a pas épargné la Belgique, tant s’en faut. À cet égard, il faut d’abord rappeler qu’un certain nombre de piscines communales belges interdisent, pour des motifs d’hygiène, le port du maillot couvrant entièrement le corps ; par contre, aucun bourgmestre n’a finalement suivi l’exemple des maires français s’agissant de l’interdiction d’un tel maillot sur les plages de la mer du Nord. En Belgique, c’est davantage autour d’une éventuelle interdiction semblable à la loi surnommée «anti-burqa» adoptée en 2011 – et donc d’une interdiction par le biais d’une loi fédérale – que s’est cristallisé le débat.

¹⁵ *Ibid.*, § 54.

¹⁶ *Ibid.*, § 56 (souligné par nos soins).

¹⁷ Ph. COSSALTER, «Montrez ce sein que je ne saurais ne pas voir: Tartuffe et le Burkini», obs. sous C.E. (fr.), *Ligue des droits de l’homme e.a.*, préc., *Revue générale du droit on line*, 2016, n° 24250 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=24250). Ce point de vue est, à tort selon nous, contesté par certains auteurs minoritaires (voy. notamment N. LENOIR, «Droit et valeurs fondamentales. À propos de l’ordonnance du Conseil d’État du 26 août 2016 sur le burkini», *La semaine juridique*, septembre 2016, pp. 1561-1562).

À l'occasion d'une émission radiophonique, le Secrétaire d'État à l'Asile et à la migration Théo Francken (Nieuw-Vlaamse Alliantie, en abrégé «N-VA») affirmait être «opposé au burkini au nom de l'égalité homme/femme» et être «en faveur de l'interdiction du burkini sur les plages», tout en reconnaissant que «juridiquement, ce n'est pas simple»¹⁸. Plusieurs membres du parti N-VA ont alors plaidé pour l'interdiction du «burkini», qu'ils ont proposé de définir comme «une combinaison de bain qui recouvre l'ensemble du corps, des cheveux jusqu'aux chevilles pour des motifs religieux»¹⁹. Les deux derniers termes de cette définition sont évidemment cruciaux puisque, sans eux, l'on ne saurait distinguer ledit «burkini» d'autres combinaisons qui se trouvent régulièrement sur les plages telles les combinaisons de surfeur, de plongeur, etc.

Depuis lors, avec le retour du temps maussade belge, le débat relatif à l'interdiction du port du «burkini» s'est estompé et l'idée de suivre l'exemple des maires français semble, pour l'heure, avoir été abandonnée. Il reste que l'«affaire du burkini» montre, une fois encore, combien la tentation de suivre l'exemple français est patente dans le débat politique et dans les médias belges. Pourtant, sur le plan juridique, les relations entretenues par l'État et les religions diffèrent fondamentalement. En effet, la Constitution française énonce, dès le stade de l'article 1^{er}, que «la France est une République indivisible, *laïque*, démocratique et sociale», hissant la laïcité au rang de principe constitutionnel. Par contre, en Belgique, la «laïcité» – dénomination abrégée de la «laïcité organisée» – n'est aucunement un principe, mais désigne seulement une communauté, reconnue et organisée par la loi, s'adressant à ceux qui ne veulent pas établir, dans leur conception de la vie, de lien privilégié avec une divinité²⁰. Depuis la révision constitutionnelle intervenue en 1993, l'article 181 de la Constitution belge s'est vu complété d'un second paragraphe ouvrant désormais, aux côtés des cultes, la possibilité pour les organisations philosophiques non confessionnelles d'être reconnues par la loi et, partant, pour leurs délégués de voir leurs traitements et pensions financés par l'État au même titre que les ministres des cultes reconnus. Actuellement, la «laïcité organisée» est

¹⁸ Voy. l'article du quotidien *Le Soir* du 25 août 2017, disponible sur: <http://www.lesoir.be/1300409/article/actualite/belgique/politique/2016-08-25/theo-francken-n-va-je-suis-pour-l-interdiction-du-burkini>.

¹⁹ F. CHARDON, «Le MR est prêt à débattre de l'interdiction du 'burkini'», *La Libre*, 26 août 2016, disponible sur: <http://www.lalibre.be/actu/belgique/le-mr-est-pret-a-debattre-de-l-interdiction-du-burkini-57b4849535704fe6c1da4b8b>.

²⁰ Voy. notamment: projet de loi du 10 décembre 2001 relatif au Conseil central des communautés philosophiques non confessionnelles de Belgique, aux délégués et aux établissements chargés de la gestion des intérêts matériels et financiers des communautés philosophiques non confessionnelles reconnues, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2001-2002, n° 1556/001, p. 4.

la seule organisation²¹ dont les délégués bénéficient du financement prévu par l'article 181, § 2, de la Constitution, et ce depuis la reconnaissance intervenue à l'occasion de l'adoption de la loi du 21 juin 2002 relative au Conseil central des communautés philosophiques non confessionnelles de Belgique, aux délégués et aux établissements chargés de la gestion des intérêts matériels et financiers des communautés philosophiques non confessionnelles reconnues²².

Cette forme de reconnaissance « positive » induit que plutôt qu'un régime de *séparation* pure entre les religions et l'État, c'est pour un modèle de « neutralité bienveillante »²³ ou de « séparation mitigée »²⁴ que la Belgique a opté. Cette bienveillance à l'égard des cultes est spécialement traduite par le financement des traitements et des pensions des ministres des cultes reconnus, lequel n'existe aucunement en France, à l'exception des départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle qui continuent à être soumis au régime concordataire. À ce sujet, il importe de rappeler que le financement des ministres des cultes a pour justification – outre les confiscations des biens de l'Église intervenue aux XVII^e et XVIII^e siècles²⁵ en ce qui concerne le culte catholique – le service

²¹ Les bouddhistes sont, depuis 2006, en attente de leur reconnaissance par le législateur comme organisation philosophique non confessionnelle. À l'occasion d'une réponse à une question parlementaire, le ministre de la Justice a indiqué que l'Union bouddhique belge (U.B.B.) a « introduit une demande de reconnaissance le 25 mars 2006. Le 24 avril 2007, la ministre de la Justice de l'époque a déclaré que son administration avait proposé un projet de loi reconnaissant le bouddhisme, dans un premier temps, comme une communauté non confessionnelle, cette reconnaissance prenant la forme d'une subvention de l'U.B.B. visant à organiser sa structure. Une loi devrait être élaborée ultérieurement pour organiser la structure complète du bouddhisme en Belgique. Jusqu'à nouvel ordre, cette subvention est toujours octroyée. L'U.B.B. a introduit une demande de reconnaissance formelle au cours de cette législature, mais cette démarche ne peut actuellement aboutir pour des raisons budgétaires. Le gouvernement fédéral tend à instaurer un régime légal général pour les critères de reconnaissance des cultes. Un tel régime devra fournir pour les critères actuels une base légale plus stable qui pourra être confrontée aux normes juridiques supérieures. Tant que ce régime juridique n'aura pas été instauré, la reconnaissance de nouveaux cultes ne sera pas facile » (question n° 20779 de Reinilde Van Moer au ministre de la Justice Turtelboom sur la reconnaissance du bouddhisme, *Bull. Q. et R.*, Chambre, 19 novembre 2013, sess. ord. 2013-2014, pp. 25-26). Au sujet de la création d'un éventuel régime formel de reconnaissance des cultes et des organisations philosophiques non confessionnelles, voy. S. WATTIER, *Le financement public des cultes et des organisations philosophiques non confessionnelles – Analyse de constitutionnalité et de conventionnalité*, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit et de criminologie de l'UCL, Bruylant, Bruxelles, 2016.

²² *M.B.*, 22 octobre 2002.

²³ L.-L. CHRISTIANS, « Le financement des cultes en droit belge – Bilan et perspectives », *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 2006, p. 83.

²⁴ V. VANDERMOERE et J. DUJARDIN, *Fabriques d'église*, la Charte, Bruges, 1991, p. 1.

²⁵ La lecture des travaux du Congrès national belge révèle que « les corps ecclésiastiques ont été dépouillés de biens immeubles d'une valeur immense; la cour de Rome a ratifié l'aliénation de

→

social rendu par les ministres des cultes à l'égard des individus à l'occasion des différentes étapes de leur existence (baptême, mariage, etc.)²⁶. À cet égard, l'exception prévalant en Alsace-Moselle peut surprendre quant à sa conformité au principe constitutionnel de laïcité. Elle a d'ailleurs fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité («QPC») il y a quelques années. En l'espèce, le Conseil constitutionnel avait été saisi par le Conseil d'État le 19 décembre 2012 et devait se prononcer sur la compatibilité de la loi du 18 germinal an X relative à l'organisation des cultes qui prévoit le financement des traitements des cultes dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle avec le principe de laïcité contenu dans l'article 1^{er} de la Constitution française. Par une décision du 21 février 2013, le Conseil constitutionnel a précisé que «la loi du 1^{er} juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle a expressément maintenu en vigueur dans ces départements à titre provisoire l'ensemble de la législation locale sur les cultes et les congrégations religieuses»²⁷ et qu'il en résulte notamment que la loi du 9 décembre 1905 qui dispose notamment en son article 2 que «[l]a République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte» n'a pas été rendue applicable à ces trois départements. La juridiction constitutionnelle a, par ailleurs, souligné qu'il ressort des travaux préparatoires de la Constitution de 1946 qu'«en proclamant que la France est une 'République [...] laïque', la Constitution n'a pas pour autant entendu remettre en cause les dispositions législatives ou réglementaires particulières applicables dans plusieurs parties du territoire de la République lors de l'entrée en vigueur de la Constitution et relatives à l'organisation de certains cultes et, notamment, à la rémunération de ministres du culte»²⁸. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel écarte donc le grief tiré de ce que les articles de la loi du 18 germinal an X relative à l'organisation des cultes consacrant le financement des ministres des cultes en Alsace-Moselle seraient contraires au principe de laïcité et estime que ces articles sont conformes à la Constitution.

←

ces biens, sous la condition que l'État, qui en avait profité, se chargerait des frais du culte et de l'indemnité due aux ministres. Cette indemnité est donc une dette de l'État, dette dont il a reçu le capital» (E. HUYTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique*, t. I, Bruxelles, Société typographique belge, 1844, p. 576).

²⁶ À ce sujet, voy. S. WATTIER, *Le financement public des cultes et des organisations philosophiques non confessionnelles...*, *op. cit.*, spéc. pp. 74-80.

²⁷ Cons. const. (fr.), décision n° 2012-297 QPC, 21 février 2013, cons. 3.

²⁸ *Ibid.*, cons. 6.

V. Interdire le port de la « burqa »/du « burkini » : quelles justifications légitimes ?

Si la « préoccupation religieuse » n'était – outre l'invocation du principe de laïcité – pas directement affirmée dans l'arrêté de la commune de Villeneuve-Loubet, les débats qui se sont tenus lors de l'audience publique au Conseil d'État de France ont confirmé que l'objectif poursuivi était d'« interdire le port de tenues qui manifestent de manière ostensible une appartenance religieuse lors de la baignade et, en conséquence, sur les plages qui donnent accès à celle-ci »²⁹.

Cette absence d'évocation directe du vêtement religieux musulman dans le texte de l'arrêté rappelle indubitablement les lois française et belge, respectivement adoptées en 2010 et 2011, qui, sans l'indiquer expressément dans leur texte, avaient pour but d'interdire le port de la burqa et du niqab dans l'espace public.

L'on se souviendra qu'en Belgique, la loi du 1^{er} juin 2011 « visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage » a été validée par la Cour constitutionnelle à l'occasion de l'arrêt 145/2012 rendu le 6 décembre 2012. La lecture des travaux préparatoires de la loi révèle qu'un triple objectif était poursuivi par la loi : la sécurité publique, l'égalité entre l'homme et la femme et une certaine conception du « vivre ensemble » dans la société³⁰. Semblables motivations se trouvaient également à l'origine de la loi française du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

À cet égard, l'on relèvera que la récente décision du Conseil d'État de France a maintenu ses considérations au niveau des motifs d'ordre et de sécurité publics, sans s'enfoncer dans la brèche tendue par l'arrêté municipal qui évoquait le « principe de laïcité » pour justifier l'interdiction du « burkini ». Sur ce point, la décision du Conseil d'État contraste avec les arrêts rendus par les juridictions française et belge ainsi que par la Cour européenne des droits de l'homme concernant la loi dite « anti-burqa » qui, plutôt que de s'en tenir à des motifs légitimes liés à la nécessité de pouvoir identifier son interlocuteur dans l'espace public pour des raisons de sécurité, se sont empêtrées dans des justifications liées au « vivre ensemble », certes suggérées par les travaux préparatoires de la loi. Comme on le sait, l'article 9, § 2, de la Convention européenne

²⁹ C.E. (fr.), ordonnance nos 402742 et 402777, 26 août 2016, cons. 2.

³⁰ Proposition de loi visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2009-2010, n° 52-2289/001, p. 5.

des droits de l'homme prévoit que des ingérences dans la liberté de religion sont autorisées si elles poursuivent l'un des buts légitimes énumérés, à savoir la sécurité publique, la protection de l'ordre, la santé ou la morale publiques, ou la protection des droits et libertés d'autrui. Or les lois française et belge fondaient leur interdiction sur trois valeurs, à savoir le respect de l'égalité entre les hommes et les femmes, le respect de la dignité des personnes et le respect des exigences minimales de la vie en société.

À l'occasion de son arrêt *S.A.S c. France* rendu le 1^{er} juillet 2014, la Cour européenne des droits de l'homme a indiqué qu'« aucune de ces trois valeurs ne correspond explicitement aux buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 et à celui de l'article 9. Parmi ceux-ci, les seuls susceptibles d'être pertinents en l'espèce, au regard de ces valeurs, sont l'« ordre public » et la « protection des droits et libertés d'autrui »³¹. Sans être convaincue par l'argument lié au respect de l'égalité entre les hommes et les femmes (§ 117), ni par celui lié à la dignité des personnes aussi essentielle soit-elle (§ 120), la Cour a en revanche estimé que « dans certaines conditions, ce que le gouvernement qualifie de « respect des exigences minimales de la vie en société » – le « vivre ensemble », dans l'exposé des motifs du projet de loi [...] – peut se rattacher au but légitime que constitue la « protection des droits et libertés d'autrui »³². C'est ainsi que la Cour strasbourgeoise a pu considérer que l'interdiction posée par les lois française et belge de dissimuler son visage dans l'espace public pouvait passer pour proportionnée au but poursuivi, à savoir non seulement la sûreté et la sécurité publiques³³, mais également « la préservation des conditions du « vivre ensemble » en tant qu'élément de la « protection des droits et libertés d'autrui »³⁴.

S'en tenant aux motifs sécuritaires et en n'évoquant à aucun moment le principe de laïcité, le Conseil d'État français a estimé que l'interdiction du « burkini » ne reposait ni sur des risques avérés de troubles à l'ordre public ni sur des motifs d'hygiène ou de décence. Comme le Conseil d'État, il nous semble difficilement défendable de transposer au « burkini » l'interdiction fondée sur des motifs de sécurité comme dans le cas du port de la burqa qui rend impossible de reconnaître son interlocuteur dans l'espace public. En effet, le « burkini » laisse apparaître le visage et il n'est donc, sur le plan purement sécuritaire, pas différent de la situation des surfeurs, des plongeurs, ou des personnes fragiles de la peau qui, eux aussi, fréquentent les plages entièrement vêtus.

³¹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *S.A.S. c. France*, 1^{er} juillet 2014, § 117.

³² *Ibid.*, § 121.

³³ *Ibid.*, § 139.

³⁴ *Ibid.*, § 157.

VI. En guise de conclusion

La virulence de certains propos tenus au sein du débat public par rapport à l'interdiction du port du « burkini » emporte – de la même manière qu'en ce qui concerne le port du niqab ou de la burqa – un danger de jugement de valeur par rapport à la légitimité des croyances religieuses (ou non-religieuses) dont le juriste doit, à notre sens, se garder avec circonspection. L'on se souviendra d'ailleurs que, dans sa jurisprudence constante, la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'« en tout état de cause, [...] le devoir de neutralité et d'impartialité de l'Etat, tel que défini dans sa jurisprudence, est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de l'Etat quant à la légitimité des croyances religieuses [...] »³⁵.

Si l'agitation entourant l'« affaire du burkini » telle qu'elle a secoué la France et la Belgique durant l'été 2016 est, depuis lors, retombée d'autant que la chute des températures, l'on voudrait tout de même, en prévision des prochains étés, rappeler l'enseignement de l'arrêt *Gough c. Royaume-Uni*, qui a été rendu par la Cour de Strasbourg le 28 octobre 2014, soit quelques mois après l'arrêt *S.A.S. c. France* concernant l'interdiction du port du voile intégral. Ces affaires touchent en effet, toutes deux, à la manifestation d'une conviction par le choix d'apparence vestimentaire. Même s'il en va de choix drastiquement opposés, ces deux situations concernent une ingérence dans la liberté de religion et dans la liberté d'expression, ainsi que dans le droit au respect de la vie privée³⁶, en interdisant à la personne d'apparaître en public en étant vêtue selon ses convictions. En l'occurrence, dans l'affaire *Gough c. Royaume-Uni*, le requérant – surnommé le « randonneur nu » (*naked rambler*) –, qui croyait fermement au caractère inoffensif du corps humain, se montrait régulièrement nu en public et avait, depuis 2003, commencé à faire des randonnées dévêtu. Son comportement lui avait valu d'être plusieurs fois arrêté et condamné, ce qui avait abouti à une période totale d'emprisonnement de plus de sept ans entre 2003 et 2012 dont il passa une partie en isolement, car il refusait systématiquement de s'habiller, même en prison. Monsieur Gough avait donc saisi la Cour de Strasbourg, en invoquant notamment la violation des articles 8,

³⁵ Voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Magyar Keresztény Mennonita Egyház e.a. c. Hongrie*, 8 avril 2014, § 76; arrêt *Bayatyan c. Arménie*, 7 juillet 2011, § 120; arrêt *Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani e.a. c. Géorgie*, 3 mai 2007, § 131; arrêt *Branche de Moscou de l'Armée du Salut c. Russie*, 5 octobre 2006, § 56; arrêt *Leyla Şahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, § 107; arrêt *Église métropolitaine de Bessarabie e.a. c. Moldova*, 13 décembre 2001, § 123; arrêt *Cha'are Shalom V^e Tsedek c. France*, 27 juin 2000, § 84.

³⁶ Dans chacune des deux affaires, les requérants invoquaient la violation des articles 8, 9 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

9 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, estimant que la nudité en public était une forme d'expression protégée par cette même Convention. Dans son appréciation, la Cour, s'en référant à l'arrêt *S.A.S. c. France*, a indiqué que, de manière analogue à ce qui prévaut par rapport à l'article 9 de la Convention, l'article 8 ne peut être compris comme protégeant toute forme de choix personnel d'apparence: il convient qu'il y ait un minimum de sérieux dans l'apparence choisie. À cet égard, la Cour estime que, même si le degré de sérieux était atteint dans le choix du requérant d'apparaître nu en public, il faut constater qu'aucune société démocratique connue dans le monde ne se rallie à un tel choix d'apparence (§ 184). Partant, la Cour de Strasbourg donne tort au requérant et juge que les peines prononcées à son encontre en raison de son choix d'apparaître nu en public ne sont pas constitutives d'une violation de la Convention européenne des droits de l'homme.

