

Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral

*Rapport adopté par
l'assemblée générale plénière
du Conseil d'Etat
le jeudi 25 mars 2010*



SOMMAIRE

SOMMAIRE	3
GLOSSAIRE	5
INTRODUCTION.....	7
I- L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT EST CARACTÉRISÉ PAR UN ENSEMBLE HÉTÉROGÈNE DE PRESCRIPTIONS OU D'INTERDICTIONS, À L'INSTAR DE LA SITUATION PRÉVALANT DANS LES DÉMOCRATIES COMPARABLES, OU N'EXISTE AUCUNE LEGISLATION NATIONALE SPÉCIFIQUE.....	9
1. DE NOMBREUSES LEGISLATIONS, RÉGLEMENTATIONS ET INSTRUCTIONS CONDUISENT D'ORES ET DÉJÀ À PROHIBER OU À DISSUADER, DANS CERTAINS CAS, DES PRATIQUES DE PORT DU VOILE INTÉGRAL, VOIRE, PLUS GÉNÉRALEMENT, DE DISSIMULATION DU VISAGE	9
1.1. Le port du voile intégral en tant que tel est d'ores et déjà prohibé ou pris en compte pour l'application de certaines dispositions.....	9
1.2. De nombreux dispositifs interdisent, plus généralement, la dissimulation volontaire du visage dans des circonstances ou des lieux déterminés.	10
1.3. Le fait de contraindre ou d'inviter autrui à se dissimuler le visage, s'il ne peut être sanctionné directement, peut être appréhendé indirectement.....	13
2. SI NOMBRE D'ÉTATS COMPARABLES À LA FRANCE ONT ENCADRÉ LE PORT DU VOILE INTÉGRAL OU LA DISSIMULATION DU VISAGE, AUCUN D'EUX N'A OPTÉ POUR UNE INTERDICTION GÉNÉRALE.....	14
2.1. Des restrictions diverses et de portée variable	14
2.2. L'absence d'interdiction générale de ces pratiques dans l'espace public.....	15
II- UNE INTERDICTION GÉNÉRALE DU PORT DU VOILE INTÉGRAL EN TANT QUE TEL OU DE TOUT MODE DE DISSIMULATION DU VISAGE DANS L'ESPACE PUBLIC SERAIT TRÈS FRAGILE JURIDIQUEMENT	17
1. UNE INTERDICTION GÉNÉRALE DU SEUL VOILE INTÉGRAL NE SAURAIT ÊTRE RECOMMANDÉE.	17
1.1. Aucun fondement juridique n'apparaît suffisamment solide pour justifier une interdiction générale du voile intégral en tant que tel.	17
1.2. L'effectivité d'une interdiction générale du seul voile intégral serait d'ailleurs incertaine....	21
2. L'INTERDICTION SOUS TOUTES SES FORMES DE LA DISSIMULATION VOLONTAIRE DU VISAGE DANS L'ENSEMBLE DE L'ESPACE PUBLIC NE PEUT ELLE-MÊME ÊTRE ENVISAGÉE SANS RISQUE JURIDIQUE.	22
2.1. Une prohibition de la dissimulation du visage porterait une atteinte moins large mais néanmoins réelle à certains droits et libertés fondamentaux.	22
2.1.1. Une mise en cause de la liberté personnelle, pouvant toucher au respect de la vie privée.....	22
2.1.2. Une mise en cause indirecte d'autres droits et libertés constitutionnellement et conventionnellement garantis	22
2.1.3. Des justifications admises par la jurisprudence constitutionnelle et conventionnelle....	24

2.2. L'ordre public non matériel ne peut à lui seul constituer un fondement suffisant pour une interdiction générale.	25
2.3. Une interdiction générale de dissimulation du visage dans les lieux publics ne pourrait reposer que sur une conception renouvelée de l'ordre public, étrangère à la jurisprudence actuelle du Conseil constitutionnel et donc juridiquement fragile.	26
2.3.1. Une conception sans précédent en droit.....	26
2.3.2. Un champ d'interdiction large, des exceptions nombreuses et délicates à définir.....	28
2.4. La sécurité publique, composante de l'ordre public matériel, constituerait un fondement très solide pour une interdiction de la dissimulation du visage, mais seulement dans des circonstances particulières.	30
2.4.1. Un fondement à concilier avec certaines exigences juridiques.....	30
2.4.2. Un champ d'application nécessairement restreint s'agissant des lieux concernés.....	33
 III- PLUSIEURS MESURES PEUVENT CEPENDANT ETRE ENVISAGEES POUR HARMONISER ET, LE CAS ECHEANT, RENFORCER LE CHAMP DE L'INTERDICTION DE LA DISSIMULATION DU VISAGE, QUELLES QUE SOIENT SES FORMES.....	37
1. UNE LOI POURRAIT PREVOIR L'OBLIGATION DE MAINTENIR A DECOUVERT SON VISAGE DANS CERTAINS LIEUX OUVERTS AU PUBLIC LORSQUE LES CIRCONSTANCES OU LA NATURE DES LIEUX LE JUSTIFIENT.....	37
2. LES SANCTIONS POURRAIENT PORTER TOUT PARTICULIEREMENT SUR LES AUTEURS DE CONTRAINTES OU D'INCITATION A LA DISSIMULATION DU VISAGE.....	39
2.1 Le non-respect de l'interdiction de la dissimulation du visage pourrait donner lieu à un nouveau type de sanction.	39
2.2. Le fait de contraindre autrui à se dissimuler le visage pourrait être plus durement sanctionné.	40
3. MODALITES DE MISE EN OEUVRE	41
 ANNEXES	43
ANNEXE 1 : LETTRE DE MISSION	43
ANNEXE 2 : SOLUTIONS JURIDIQUES ENVISAGEABLES.....	45

GLOSSAIRE

CA : Cour d'appel

CAA : Cour administrative d'appel

Cass. crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

Cass. X civ. : X^{ème} chambre civile de la Cour de cassation

Cass. soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation

CC : Conseil constitutionnel

CE : Conseil d'Etat

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CJCE : Cour de justice des communautés européennes

Com. EDH : Commission européenne des droits de l'homme

TA : Tribunal administratif

TC : Tribunal des conflits

INTRODUCTION

Par lettre de mission du 29 janvier 2010, le Premier ministre a demandé au Conseil d'Etat d'étudier « les solutions juridiques permettant de parvenir à une interdiction du port du voile intégral », qui soit « la plus large et la plus effective possible », dans la perspective du « dépôt d'un projet de loi au Parlement sur ce sujet », tout en rappelant la nécessité de « ne pas blesser nos compatriotes de confession musulmane ». Cette demande s'inscrit dans le contexte de débats publics sur le port du voile intégral en France, qui ont notamment conduit l'Assemblée nationale à créer une mission d'information dont le rapport, rendu public le 26 janvier 2010, présente une grande richesse d'observations et de réflexions.

C'est dans le strict cadre de cette demande, et par conséquent en dehors de toute considération sur l'opportunité de légiférer en ce sens, que le Conseil d'Etat a conduit la présente étude.

Dans cette perspective étroitement circonscrite, relative en outre à **un phénomène spécifique tout à fait nouveau en France**, les solutions juridiques présentées dans la présente étude visent principalement à satisfaire à une double exigence juridique :

- **assurer la plus grande sécurité juridique** d'une mesure d'interdiction, au regard tant des normes constitutionnelles que du droit de l'Union européenne et de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tels qu'éclairés par la jurisprudence des juridictions compétentes ;
- **veiller à l'intelligibilité** des dispositifs envisagés, tant par les personnes concernées que par les autorités qui seront plus particulièrement chargées de leur application, ce qui suppose une certaine **simplicité**.

Le choix des modalités d'une mesure d'interdiction a par ailleurs été guidé par la préoccupation d'en **garantir l'effectivité**, aussi bien juridique que pratique, notamment au regard du contrôle et des sanctions.

Enfin, le Conseil d'Etat a tenu compte de deux considérations complémentaires qui peuvent influencer sur les décisions ultérieures des pouvoirs publics :

- **prévenir tout risque d'interprétation** qui pourrait blesser, au-delà de pratiques particulières, une catégorie de personnes, quelle qu'elle soit ;
- **éviter d'éventuelles conséquences non maîtrisées**, qu'il s'agisse de réactions de refus ou de rejet qui aboutiraient paradoxalement à l'amplification des pratiques concernées ou de risques de pressions tendant à des interdictions qui excèderaient les considérations et finalités visées par la lettre du Premier ministre.

A la lumière de ces différentes exigences, se pose la question de la signification et donc de l'objet d'une éventuelle interdiction. La pratique du port du voile intégral peut en effet être appréhendée sous deux angles distincts, susceptibles d'aboutir à des mesures de portée

sensiblement différente. Le voile intégral (*burqa* ou *niqab*) constitue, d'abord, une tenue dont les origines culturelles et religieuses sont discutées mais qui témoigne, d'une manière générale, d'une conception profondément inégalitaire du rapport entre les hommes et les femmes. Il est aussi l'une des nombreuses formes de dissimulation du visage ayant pour effet et, le cas échéant, pour objet d'empêcher toute reconnaissance de la personne. Au-delà de la signification qu'on lui prête, ce dernier comportement soulève des difficultés pratiques, au regard notamment de considérations de sécurité et, plus généralement, de l'appréhension par autrui. A cet égard, on ne peut ignorer que la pratique de la dissimulation du visage, sous toutes ses formes, tend à se développer dans notre pays.

Dans ces conditions, la question posée au Conseil d'Etat se présente de la manière suivante : **peut-on juridiquement envisager, pour quels motifs et avec quelles limites, d'interdire le port du voile intégral en tant que tel, ou est-on conduit, de manière plus générale, à discuter de l'interdiction de la dissimulation du visage dont cette tenue est une des formes ?**

Le Conseil d'Etat a tout d'abord constaté que l'ordonnement juridique existant apportait d'ores et déjà plusieurs réponses à cette préoccupation, qu'il s'agisse des dispositifs ayant pour effet d'interdire le port du voile intégral lui-même par certaines personnes et en certaines circonstances, des restrictions ponctuellement apportées à la dissimulation du visage pour des motifs d'ordre public ou de la répression pénale visant les instigateurs de ces pratiques. Il a toutefois relevé le caractère extrêmement hétérogène de ces dispositions et observé que, pas plus que la France, les démocraties comparables ne se sont dotées d'une législation nationale prohibant de manière générale ces pratiques dans l'espace public (I).

Sur la base de ce constat, le Conseil d'Etat s'est interrogé sur la viabilité juridique et pratique d'une interdiction du port du voile intégral dans l'espace public au regard des droits et libertés garantis par la Constitution, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le droit de l'Union européenne. Il lui est apparu impossible de recommander une interdiction du seul voile intégral, en tant que tenue porteuse de valeurs incompatibles avec la République, qu'il a estimée très fragile juridiquement et difficilement applicable en pratique. Il a en outre considéré qu'une interdiction, moins spécifique, de la dissimulation volontaire du visage reposant notamment sur des considérations d'ordre public, interprétées de manière plus ou moins large, ne pourrait juridiquement porter sans distinction sur l'ensemble de l'espace public, en l'état des jurisprudences constitutionnelle et conventionnelle (II).

En revanche, il a semblé au Conseil d'Etat qu'en l'état actuel du droit, pourrait être adopté un dispositif contraignant et restrictif plus cohérent, qui comporterait deux types de mesures : d'une part, l'affirmation de la règle selon laquelle est interdit le port de toute tenue ou accessoire ayant pour effet de dissimuler le visage d'une manière telle qu'elle rend impossible une identification, soit en vue de la sauvegarde de l'ordre public lorsque celui-ci est menacé, soit lorsqu'une identification apparaît nécessaire pour l'accès ou la circulation dans certains lieux et pour l'accomplissement de certaines démarches ; d'autre part, le renforcement de l'arsenal répressif visant en particulier les personnes qui en contraignent d'autres à dissimuler leur visage, donc à effacer leur identité, dans l'espace public (III).

I- L'ETAT ACTUEL DU DROIT EST CARACTERISE PAR UN ENSEMBLE HETEROGENE DE PRESCRIPTIONS OU D'INTERDICTIONS, A L'INSTAR DE LA SITUATION PREVALANT DANS LES DEMOCRATIES COMPARABLES, OU N'EXISTE AUCUNE LEGISLATION NATIONALE SPECIFIQUE.

L'analyse de l'ordonnancement juridique existant révèle que le port du voile intégral, qu'il soit conçu en tant que tel ou comme un mode de dissimulation du visage parmi d'autres, est d'ores et déjà limité, selon les circonstances de temps, de lieux et de personnes, par de nombreux dispositifs de nature et de portée très diverses (1.). La France ne présente toutefois aucun particularisme de ce point de vue (2.)

1. DE NOMBREUSES LEGISLATIONS, REGLEMENTATIONS ET INSTRUCTIONS CONDUISENT D'ORES ET DEJA A PROHIBER OU A DISSUADER, DANS CERTAINS CAS, DES PRATIQUES DE PORT DU VOILE INTEGRAL, VOIRE, PLUS GENERALEMENT, DE DISSIMULATION DU VISAGE

Il convient à cet égard de distinguer les dispositions qui limitent le port du voile intégral en tant que tenue (1.1.), celles qui se rapportent plus largement à la dissimulation du visage (1.2), et celles qui visent les personnes qui en contraignent d'autres à se livrer à ces pratiques (1.3).

1.1. LE PORT DU VOILE INTEGRAL EN TANT QUE TEL EST D'ORES ET DEJA PROHIBE OU PRIS EN COMPTE POUR L'APPLICATION DE CERTAINES DISPOSITIONS.

Les principes de laïcité et de neutralité des services publics s'opposent assurément, en premier lieu, à ce que les **agents publics** manifestent leurs croyances religieuses dans le cadre de leurs fonctions, notamment par le port de signes religieux (Avis du Conseil d'Etat du 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*, n° 217017). Cette jurisprudence, constante, fait donc obstacle au port du voile intégral par des agents publics dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions. La Cour européenne des droits de l'homme a également reconnu ce principe de neutralité des agents publics, sous réserve qu' « *un juste équilibre ait été respecté entre le droit fondamental de l'individu à la liberté d'expression et l'intérêt légitime d'un Etat démocratique à veiller à ce que sa fonction publique oeuvre aux fins énoncées à l'article 10 paragraphe 2* » (cf. CEDH, 26 septembre 1995, *Vogt c./ Allemagne*, § 53, Série A n° 323)

S'agissant des **usagers du service public**, l'article 1^{er} de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 (codifié à l'article L. 141-5-1 du code de l'éducation) interdit, dans les écoles, collèges et lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse. La conformité de cette disposition à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été reconnue à la fois par le Conseil d'Etat statuant au contentieux (CE, 8 octobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, n° 269077) et par la Cour européenne des droits de l'homme (cf. CEDH, 30 juin 2009, n° 43563/08 et autres, décisions d'irrecevabilité). Dans les établissements privés, il a été jugé que le règlement intérieur des établissements d'enseignement privé peut prohiber le port de

tout signe religieux, sans violer les stipulations de l'article 9 de la convention européenne (Cass. 1ère civ., 21 juin 2005, *Benmehania*, n° 02-19831). Toutefois, aucun autre service public n'a fait l'objet d'une telle mesure générale.

En outre, la jurisprudence judiciaire admet de manière souple, sous réserve de respecter les principes de finalité et de proportionnalité prévus à l'article L. 1121-1 du code du travail, que l'employeur interdise à un salarié de porter une tenue incompatible avec l'exercice de son activité professionnelle, sans qu'y fassent obstacle ses convictions (Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44738 ; CA Saint-Denis de la Réunion, 9 septembre 1997 : une vendeuse de magasin de vêtements féminins ne peut adopter « *un type de vêtement la recouvrant de la tête aux pieds, dont le style est en totale opposition avec l'image de la marque du magasin* » ; CA Paris, 16 mars 2001, n° 99/31302 : une vendeuse peut se voir interdire de porter un « *foulard dissimulant totalement le cou et une partie du visage* »).

Par ailleurs, sans que cela ait pour objet ou pour effet de conduire à une interdiction du port du voile intégral, le juge administratif a admis que le ministre de l'intérieur puisse se fonder sur un comportement incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française et notamment avec le principe d'égalité des sexes, qui incluait en l'espèce le port de la *burqa*, pour caractériser un défaut d'assimilation et justifier légalement un refus d'acquisition de la nationalité française par mariage sur le fondement de l'article 21-4 du code civil (CE, 27 juin 2008, *Mme M.*, n° 286798), ce qui devrait s'appliquer *a fortiori* à un refus de naturalisation. Cette décision concerne un comportement par lequel une femme a manifesté à plusieurs reprises son opposition radicale aux valeurs de la République.

Enfin, sur le plan civil, le juge judiciaire tient compte, dans les jugements de divorce, des excès touchant à la pratique de la religion, dont témoigne notamment l'obligation du port du voile islamique. Ceux-ci peuvent, s'ils rendent la poursuite de la vie commune intolérable, conduire à un divorce aux torts de son auteur sur le fondement de l'article 242 du code civil (par exemple : CA Versailles, 27 juin 2006, cité par la mission parlementaire)

1.2. DE NOMBREUX DISPOSITIFS INTERDISENT, PLUS GÉNÉRALEMENT, LA DISSIMULATION VOLONTAIRE DU VISAGE DANS DES CIRCONSTANCES OU DES LIEUX DÉTERMINÉS.

Pour des motifs touchant principalement à la sécurité publique et à la nécessité d'identifier les individus, le législateur, le pouvoir réglementaire et, plus largement, les autorités administratives ont fait le choix de limiter, voire d'interdire ponctuellement la dissimulation volontaire du visage, y compris, dans certains cas, dans l'espace public¹. Tel est le cas :

¹ Il convient à l'inverse de signaler que le port d'un masque ou d'un casque dissimulant le visage peut être rendu obligatoire en certaines circonstances. Tel est le cas des salariés exposés à des risques professionnels le justifiant, en vertu de l'article L. 4122-1 du code du travail et des règlements intérieurs d'entreprises pris pour son application (cf. CE, 9 décembre 1994, *Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle*, n° 118107) ou, éventuellement, d'arrêtés que le ministre chargé de la santé est susceptible de prendre sur le fondement de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique « *en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie* ».

- **En matière de contrôles d'identité** : le second alinéa de l'article 78-1 du code de procédure pénale pose la règle selon laquelle « toute personne se trouvant sur le territoire national doit accepter de se prêter à un contrôle d'identité effectué dans les conditions et par les autorités de police visées aux articles suivants ». L'article 78-2 du même code permet aux officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ces derniers, aux agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints, de procéder à de tels contrôles dans les circonstances qu'il prévoit. Par ailleurs, l'article 78-6 du même code ouvre la possibilité aux agents de police municipale et aux adjoints de sécurité de relever l'identité des contrevenants pour dresser les procès-verbaux concernant des contraventions aux arrêtés de police du maire, des contraventions au code de la route que la loi et les règlements les autorisent à verbaliser ou des contraventions qu'ils peuvent constater en vertu d'une disposition législative expresse.
- **En matière de documents d'identité** : un texte législatif ou réglementaire peut exiger l'apposition sur un document officiel d'une photographie tête nue (pour la carte nationale d'identité : CE, 27 juillet 2001, Fonds de défense des musulmans en justice, n° 216903, relevant les « risques de falsification et d'usurpation d'identité » ; pour le passeport : CE, 2 juin 2003, *Mlle R. A.*, n° 245321 et CE, 24 octobre 2003, *Mme B.*, n° 250084 ; pour le permis de conduire : CE, 15 décembre 2006, *Association United Sikhs et M. S.*, n° 289946, relevant le « caractère ponctuel de l'obligation de se découvrir », confirmé par la décision d'irrecevabilité de la CEDH, 13 novembre 2008, *M. S.*, n° 24479/07 ; même solution pour la délivrance d'un diplôme d'université : Com. EDH, 3 mai 1993, *Karaduman c./ Turquie*, n° 16278/90).
- **Pour l'accès à certains lieux publics, la réalisation ou l'authenticité de certaines démarches** :
 - Le retrait temporaire d'un accessoire ou d'une tenue dissimulant le visage peut être exigé à l'entrée d'un *consulat*, pour des motifs de sécurité (CE, 7 décembre 2005, *El M.*, n° 264464, confirmé par une décision d'irrecevabilité de la CEDH, 4 mars 2008, *El M. c./ France*, n° 15585/06, relevant le caractère limité dans le temps de l'exposition du visage).
 - Il en va de même pour les *contrôles aéroportuaires* (CEDH, 11 janvier 2005, *P. c./ France*, n° 35753/03, décision d'irrecevabilité).
 - La circulaire du 20 décembre 2007 relative au déroulement des opérations électorales lors des élections au suffrage universel direct prescrit de refuser le vote aux personnes portant un « voile masquant la bouche et le nez » qu'elles refusent de retirer. Elle n'a pas été contestée sur ce point au contentieux.
 - La note du 24 novembre 2008 du ministre de l'éducation nationale prescrit de ne pas remettre un enfant à une personne dont l'identité ne peut être vérifiée.
 - La remise d'un pli recommandé à La Poste est subordonnée à la possibilité de vérifier l'identité du destinataire.
 - L'officier d'état civil doit pouvoir s'assurer de l'identité et du consentement des époux, ce qui implique de voir leur visage au cours de la cérémonie de mariage (réponse du 3 avril 2007 à la question écrite du député A. Marleix).
- Il paraît résulter de l'ensemble de ces éléments qu'en principe, une personne ne peut dissimuler son visage lorsque son identification est nécessaire pour garantir la sécurité des biens et des personnes, prévenir ou réprimer les infractions, mais aussi, plus généralement, assurer le

respect des dispositions législatives et réglementaires qui subordonnent l'accès à des biens ou des services à des conditions liées à la personne (identité, âge, sexe...). Il est probable que la jurisprudence admettrait, par exemple, que l'exploitant d'un débit de boissons refuse de servir une personne dont le visage est dissimulé, faisant ainsi obstacle à ce qu'il puisse s'assurer, sur la base de la pièce d'identité qui lui est présentée, que celle-ci n'est pas mineure. De la même façon, on peut penser que l'accès à un transport public pourrait être refusé aux titulaires de titres nominatifs qui refusent de faire apparaître leur visage à la demande de l'autorité de contrôle². Ou encore que l'accès à une salle de cinéma dans laquelle est projeté un film interdit à certains publics en raison de leur âge soit refusé aux personnes qui refusent de montrer leur visage lors de l'achat du ticket.

On notera que, récemment et en raison de considérations d'ordre public, les pouvoirs législatif et réglementaire ont respectivement entrepris, de manière circonscrite, de réprimer spécifiquement la dissimulation volontaire du visage dans l'espace public, en-dehors de tout accès à un service ou une prestation donnée ou de toute demande d'une autorité compétente :

- L'article 3 de la loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public fait de cette pratique une circonstance aggravante de certaines infractions³ ;
- Le décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique punit d'une amende de 1500 euros « *le fait pour une personne, au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique, de dissimuler volontairement son visage afin de ne pas être identifiée dans des circonstances faisant craindre des atteintes à l'ordre public* », hormis le cas où les manifestations sont conformes aux usages locaux ou lorsque la dissimulation du visage est justifiée par un motif légitime. Ce décret fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir pendant devant le Conseil d'Etat, statuant au contentieux.

Par ailleurs, sur le fondement de leurs pouvoirs de police administrative générale, le maire, sur le fondement de l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, et le préfet, sur celui de l'article L. 2215-1 du même code, pourraient, le cas échéant et sous le contrôle du juge administratif, être fondés à interdire la dissimulation volontaire du visage dans certains lieux publics exposés à des risques avérés pour la sécurité publique, en fonction de circonstances locales particulières dûment justifiées et sous réserve que la mesure soit proportionnée à ces risques.

² La dématérialisation des procédures administratives et des services commerciaux conduit toutefois à relativiser l'importance de la vérification d'identité sur la base du visage de l'utilisateur ou du client.

³ Le port d'un masque constitue également, de plus longue date, une circonstance aggravante à des infractions aux dispositions pénales relatives à la chasse (article L. 428-5 du code de l'environnement).

1.3. LE FAIT DE CONTRAINDRE OU D'INVITER AUTRUI A SE DISSIMULER LE VISAGE, S'IL NE PEUT ETRE SANCTIONNE DIRECTEMENT, PEUT ETRE APPREHENDED INDIRECTEMENT.

En l'état actuel, le droit pénal ne connaît pas d'incrimination portant spécifiquement sur le fait de contraindre autrui à dissimuler son visage. Ces agissements ne peuvent, le cas échéant, qu'être appréhendés indirectement, à travers les incriminations suivantes :

- la violence (article 222-13 du code pénal) : le délit de violences peut être constitué, en dehors de tout contact matériel avec le corps de la victime, par tout acte ou comportement de nature à causer sur la personne de celle-ci une atteinte à son intégrité physique ou psychique caractérisée par un choc émotif ou une perturbation psychologique (Cass. crim., 2 septembre 2005, n° 04-87046 ; Cass. crim., 18 mars 2008, n° 07-86075). Le I de l'article 17 de la proposition de loi renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes, déposée le 27 novembre 2009, adoptée à l'unanimité par l'Assemblée nationale en première lecture, vise à confirmer que les violences réprimées par ces dispositions peuvent être psychologiques.
- la menace avec ordre de remplir une condition (article 222-18 du code pénal) : la menace de commettre un crime ou un délit (notamment des violences) contre une personne qui ne remplit pas un ordre donné est punie de 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.
- le « délit de violences psychologiques » : Le II de l'article 17 de la proposition de loi mentionnée ci-dessus prévoit, en l'état du texte, que le fait de soumettre son conjoint, partenaire de pacte civil de solidarité, concubin ou ancien conjoint à des « *agissements ou des paroles répétées ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie susceptibles d'entraîner une altération de sa santé physique ou mentale* » est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

En outre, s'agissant plus précisément des **mineurs**, le fait de les contraindre à se masquer le visage a pu, selon la jurisprudence judiciaire, fonder, en lien avec d'autres faits :

- la suspension du droit de visite d'un parent en raison des pressions morales et psychologiques qu'il fait peser sur ses enfants, en exigeant notamment le port du voile islamique et le respect de prescriptions religieuses déterminées (Cass. 1ère civ., 24 octobre 2000, n° 98-14386).
- une mesure d'assistance éducative, en application de l'article 375 du code civil : la jurisprudence judiciaire a déjà admis cette possibilité en vue d'éloigner l'enfant d'un parent qui le contraint à adopter une pratique religieuse déterminée (CA Aix en Provence, 1er juillet 2008, cité dans le rapport de la mission parlementaire).

A cet égard, il convient de rappeler que les organes de contrôle de la convention européenne font primer l'intérêt de l'enfant sur le droit des parents, protégé par l'article 2 du protocole additionnel n° 1, d'assurer l'éducation et l'enseignement en harmonie avec leurs convictions philosophiques et religieuses (V. notamment Com. EDH, 8 septembre 1993, *Bernard c./ Luxembourg*).

Le droit positif n'assure ainsi qu'une protection indirecte, dès lors en particulier que sont concernés des instigateurs n'appartenant pas au cercle familial restreint. Ces caractéristiques ne singularisent cependant pas notre pays au regard des autres démocraties comparables.

2. SI NOMBRE D'ÉTATS COMPARABLES A LA FRANCE ONT ENCADRE LE PORT DU VOILE INTEGRAL OU LA DISSIMULATION DU VISAGE, AUCUN D'EUX N'A OPTÉ POUR UNE INTERDICTION GÉNÉRALE.

L'examen du droit applicable dans des pays comparables à la France fait apparaître que le port du voile intégral lui-même et la dissimulation du visage y font également l'objet de restrictions diverses mais souvent moins contraignantes que dans notre pays et ne comportant aucune interdiction de caractère général dans l'espace public.

2.1. DES RESTRICTIONS DIVERSES ET DE PORTEE VARIABLE

Plusieurs pays ont adopté des règles analogues à celles dont la France est d'ores et déjà dotée. Toutefois, la portée des restrictions varie sensiblement d'un Etat à un autre, qu'il s'agisse :

- du port de signes religieux ostentatoires dans les établissements scolaires : interdit de manière générale aux Pays-Bas, leur encadrement est laissé à la discrétion des responsables d'établissements au Royaume-Uni, en Irlande, aux Etats-Unis et dans la région wallonne en Belgique ;
- du port de tels signes par tout ou partie des agents publics : dans de nombreux pays, seuls certains agents publics sont expressément concernés par l'interdiction (officiers de police et magistrats au Danemark, enseignants dans de nombreux Länder allemands et au Luxembourg...). Dans d'autres cas, le port du voile intégral est prohibé pour tous les agents publics (certains Länder allemands comme Berlin et Hesse) ;
- ou encore du port d'une tenue inadaptée sur le lieu de travail (exemple du Danemark).

Lorsqu'elles se déploient dans l'espace public, ces pratiques ne font l'objet que de restrictions ponctuelles ou locales.

Dans de nombreux pays, l'obligation de découvrir son visage est, comme en France, requise sur les documents officiels et en cas de contrôles ou de vérifications d'identité (comme aux Pays-Bas, où l'accès aux transports publics peut être refusé aux personnes qui refusent de révéler leur identité, ou en Italie). Au Royaume-Uni, les agents de police peuvent exiger le retrait d'une cagoule ou d'un masque s'ils pensent raisonnablement que la personne le porte dans le but de dissimuler son identité. Le refus d'enlever son masque constitue une infraction passible d'un mois d'emprisonnement ou d'une amende n'excédant pas 1000 livres.

L'Allemagne et l'Autriche se sont quant à elles dotées d'une législation interdisant aux participants à une manifestation de porter, dans les lieux publics et en certaines circonstances, une tenue de nature à empêcher l'identification de la personne, sauf dans le cadre de messes à ciel ouvert, de processions religieuses, de processions et pèlerinages, de funérailles ordinaires, de mariages et de fêtes traditionnelles. Le port de masques lors de manifestations politiques ou

artistiques n'est pas interdit, sauf s'il a pour objet d'occulter l'identité de la personne (Cour const. allemande, 25 octobre 2007). Ce régime juridique est proche de celui qui découle du décret du 19 juin 2009 mentionné ci-dessus.

En Belgique, une vingtaine de communes (dont Anvers et Gand) ont interdit le port du voile intégral en public par voie de règlements de police, dont la méconnaissance est parfois assortie d'une amende ou de « sanctions » plus pédagogiques (rappel à la loi, accompagnement de la personne à son domicile...). Aux Pays-Bas, la dissimulation volontaire du visage est prohibée, pour des raisons de sécurité publique, dans certaines villes (Maastricht par exemple).

Aux Etats-Unis, enfin, la jurisprudence de la Cour suprême fait en principe obstacle à l'édiction d'une mesure d'interdiction portant sur un mode d'expression de convictions politiques ou religieuses, sauf « intérêt gouvernemental substantiel ». Plusieurs Etats se sont toutefois dotés de « lois anti-masques » proscrivant des pratiques de dissimulation du visage visant à rendre impossible l'identification dans les lieux publics, soit de manière quasi-générale (Virginie occidentale, Virginie et Caroline du Nord, qui n'exceptent que les personnes de moins de 16 ans et les cas dans lesquels le port d'un masque ou d'un casque est justifié par des considérations de santé ou de sécurité personnelle), soit dans certaines circonstances (en cas de rassemblement dans l'Etat de New-York, en cas d'infractions en Californie ou en cas d'intimidation, menace ou harcèlement en Floride et à Washington DC). Nombre d'entre elles ont été adoptées au XIXème siècle dans un contexte historique particulier (insurrections dans la vallée d'Hudson par des fermiers grimés en Indiens pour New-York, lutte contre le Ku Klux Klan...). Bien que la constitutionnalité de certaines d'entre elles ait pu être admise (cas de New-York), ces lois semblent susciter aujourd'hui d'importantes contestations.

A cette aune, et si l'on excepte les initiatives locales belges et néerlandaises, la France fait d'ores et déjà partie des Etats les plus restrictifs à l'égard de ces pratiques.

2.2. L'ABSENCE D'INTERDICTION GENERALE DE CES PRATIQUES DANS L'ESPACE PUBLIC

Si, à travers le monde, de rares pays ont opté pour une interdiction générale du port du voile intégral (Tunisie, Singapour...), aucune initiative nationale n'a à ce jour, dans les Etats comparables à la France, débouché sur des dispositions générales contraignantes interdisant cette pratique dans l'espace public.

En Italie, la « Charte des valeurs de la citoyenneté et de l'intégration », dépourvue d'effet normatif, indique que « *les vêtements qui couvrent le visage ne sont pas acceptables car ils interdisent la reconnaissance de la personne et gênent celle-ci pour entrer en rapport avec les autres* ». Mais le Conseil d'Etat italien a estimé qu'en l'état de la législation, le port de la *burqa* dans les lieux publics ne pouvait être prohibé de manière générale, seul le refus de se dévoiler lorsque l'identification est nécessaire pouvant donner lieu à sanction. Il n'a toutefois pas exclu la

possibilité d'interdire le port de cette tenue « pourvu que ces règles reposent sur une justification raisonnable et légitime au regard de nécessités particulières »⁴.

Outre des déclarations publiques, différentes propositions de loi, non examinées ou non adoptées à ce jour, ont été déposées en Belgique et en Italie, afin d'encadrer plus strictement le port du voile intégral, voire d'interdire de circuler dans l'espace public à visage masqué ou dissimulé. Au Danemark, où un rapport publié en mars 2010 n'a dénombré que trois cas de port du voile intégral, le Gouvernement a condamné cette pratique mais s'est montré réservé à l'idée de l'interdire, pour des raisons notamment juridiques, tandis que les autorités helvétiques ont déclaré ne pas envisager d'adopter une telle mesure. Enfin, aux Pays-Bas, les députés ont adopté en 2005 une résolution appelant le Gouvernement à interdire la burqa dans les lieux publics. Le comité d'experts mis en place par ce dernier a toutefois recommandé, en novembre 2006, de circonscrire cette interdiction à certains lieux (établissements scolaires en particulier) ou certaines situations, et de ne recourir à une législation d'interdiction générale qu'à titre subsidiaire, en cas d'échec des mesures sectorielles.

⁴ Source : Les documents de travail du Sénat, *Le port de la burqa dans les lieux publics*. Série législation comparée, n° LC 201, octobre 2009

II- UNE INTERDICTION GENERALE DU PORT DU VOILE INTEGRAL EN TANT QUE TEL OU DE TOUT MODE DE DISSIMULATION DU VISAGE DANS L'ESPACE PUBLIC SERAIT TRES FRAGILE JURIDIQUEMENT

Ainsi qu'il a été dit, le Conseil d'Etat a écarté de sa réflexion toute considération d'opportunité, et a examiné les différents fondements envisageables d'une interdiction effective, respectée et assortie de sanctions adaptées.

Le Conseil d'Etat a constaté qu'aucun fondement juridique incontestable ne peut être invoqué à l'appui d'une prohibition du port du voile intégral en tant que tel, dont l'effectivité serait de surcroît sujette à caution (1.). Il a donc été conduit à examiner, même si la lettre de mission n'y fait pas explicitement référence, l'éventualité d'une interdiction de la dissimulation volontaire du visage, qui lui a paru heurter moins frontalement les droits et libertés constitutionnellement et conventionnellement garantis. Il lui est apparu qu'une interdiction générale de la dissimulation du visage dans les lieux publics ne pourrait reposer que sur une conception de l'ordre public défini, plus largement, comme le socle d'exigences réciproques et de garanties fondamentales de la vie en société. Mais une telle conception, juridiquement sans précédent, serait exposée à un sérieux risque de censure constitutionnelle ou conventionnelle, ce qui interdit de la recommander. De même, l'ordre public, limité à ses composantes traditionnelles, ne pourrait pas davantage autoriser une interdiction générale, mais constituerait un fondement solide à une interdiction partielle (2.).

1. UNE INTERDICTION GENERALE DU SEUL VOILE INTEGRAL NE SAURAIT ETRE RECOMMANDEE.

1.1. AUCUN FONDEMENT JURIDIQUE N'APPARAIT SUFFISAMMENT SOLIDE POUR JUSTIFIER UNE INTERDICTION GENERALE DU VOILE INTEGRAL EN TANT QUE TEL.

L'interdiction du voile intégral mettrait en cause différents droits et libertés fondamentaux : liberté individuelle, liberté personnelle, droit au respect de la vie privée, liberté d'expression et de manifestation de ses opinions, notamment religieuses, prohibition de toute discrimination.

1/ Au regard de ces droits et libertés, l'interdiction du seul voile intégral ne pourrait être fondée sur le principe de laïcité.

Même si le port du voile intégral peut être regardé par ceux qui s'y livrent comme ayant une connotation ou une finalité religieuse, il ressort des travaux menés par la mission de l'Assemblée nationale sur la pratique du port du voile intégral que la question des justifications religieuses de cette tenue ne fait pas l'objet d'un consensus. Cette incertitude conduit, en l'espèce, à envisager l'invocation du principe de laïcité avec précaution.

Le principe de laïcité, qui irrigue notre tradition juridique depuis plus d'un siècle, trouve un fondement constitutionnel solide (article 1^{er} de la Constitution) et a été reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme (cf., notamment, CEDH, 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c./ Turquie*, n° 44774/98). Comme l'a rappelé le Conseil d'État, dans les considérations générales de son Rapport public pour 2004 – *Un siècle de laïcité* – la laïcité doit « *se décliner en trois principes : ceux de neutralité de l'État, de liberté religieuse et de respect du pluralisme* ». Elle est, en effet, en droit public français, inséparable de la liberté de conscience et de religion, et de la liberté pour toute personne d'exprimer sa religion ou ses convictions, libertés qui sont protégées à la fois par la Constitution et par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le principe de laïcité impose ainsi la stricte neutralité de l'Etat et des collectivités publiques vis-à-vis des pratiques religieuses, et réciproquement, avec une double conséquence. D'une part, il implique la protection de la liberté de conscience et d'opinion de chaque citoyen, ce qui fonde le principe de neutralité du service public et des agents publics, déjà évoqué. D'autre part, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 novembre 2004 (CC., n° 2004-505 DC Traité établissant une Constitution pour l'Europe), il interdit « *à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers* ».

Mais la laïcité ne saurait fonder une restriction générale à l'expression des convictions religieuses dans l'espace public, comme la Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs eu l'occasion de le juger récemment (cf. 23 février 2010, *M. Arslan et autres c./ Turquie*, n° 41135/98), et ne peut donc justifier une prohibition absolue du voile intégral dans l'ensemble de l'espace public. Elle s'applique principalement, en effet, dans la relation entre les collectivités publiques et les religions ou les personnes qui s'en réclament. Elle s'impose directement aux institutions publiques, ce qui justifie une obligation de neutralité pour les représentants de collectivités publiques dans l'exercice de leurs missions. En revanche, elle ne peut s'imposer directement à la société ou aux individus qu'en raison des exigences propres à certains services publics (comme c'est le cas des établissements scolaires).

De surcroît, une interdiction portant spécifiquement sur le voile intégral pourrait être interprétée comme une ingérence de la puissance publique dans le bien-fondé des pratiques religieuses. Or, si la Cour européenne des droits de l'homme peut être sensible à la signification de telles pratiques, en particulier en termes d'égalité des sexes (V. par exemple le § 98 de l'arrêt *Leyla Sahin* et CEDH, 13 février 2003, *Refah Partisi*, n° 41340/98 admettant la dissolution d'une organisation politique prônant l'instauration de la « charia », incompatible avec les objectifs de la convention européenne, « *notamment eu égard (...) à la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique (...)* »), elle rappelle de manière constante que « *sauf dans des cas très exceptionnels, le droit à la liberté de religion exclut toute appréciation étatique sur la légitimité des croyances religieuses* » (CEDH, 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c./ Bulgarie*, n° 30985/96, § 78)

Le principe de laïcité ne pourrait donc, à lui seul, fonder une interdiction générale du port du voile intégral.

2/ L’invocation des principes fondamentaux de protection de la dignité et de l’égalité entre les hommes et les femmes, isolément ou combinés, ne trouverait pas aisément à s’appliquer en la matière.

Le Conseil d’Etat a examiné si ces deux principes, qui peuvent être rapprochés ou conçus de manière autonome, pourraient fonder une interdiction du port du voile intégral. Ils justifieraient en effet la sanction de l’atteinte à la dignité de la femme que constitue sa dissimulation totale dans l’espace public et la conception inégalitaire de la relation entre les sexes que cette tenue manifeste.

Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine trouve des bases jurisprudentielles solides dans notre droit interne comme en droit international. Le Conseil constitutionnel a ainsi fait de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine un principe à valeur constitutionnelle qui trouve son fondement dans le Préambule de la Constitution de 1946 (CC, n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 et n° 94-359 DC du 19 janvier 1995), tandis que le Conseil d’Etat, statuant au contentieux, a fait de la dignité de la personne humaine une composante de l’ordre public dans son arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge* du 27 octobre 1995 (n° 136727). Le même principe a également été consacré par la Cour européenne des droits de l’homme, qui a fait de la sauvegarde de la dignité humaine, avec la liberté, l’un des fondements de la convention (CEDH, 22 novembre 1995, *CR et SW c./ Royaume-Uni*, série A n° 335-B et 335-C). Les travaux conduits par le comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, présidé par Mme Veil, ont bien montré à la fois l’extrême importance de ce principe qu’il avait été proposé d’insérer sous forme d’une disposition additionnelle spécifique dans la Constitution, et la variété des acceptions que ce concept juridique recouvre inévitablement.

Ainsi, en l’espèce, l’invocation de la sauvegarde de la dignité comme fondement d’une interdiction du port du voile intégral – qui ne pourrait, dès lors, qu’être une interdiction générale dans l’espace public – est affectée de très sérieuses incertitudes. Outre que la jurisprudence des juges nationaux et européens est assez peu abondante sur ce point, le principe de dignité implique par nature le respect de la liberté individuelle. Il en résulte deux conceptions de la dignité qui peuvent potentiellement s’opposer ou se limiter mutuellement : celle de l’exigence morale collective de la sauvegarde de la dignité, le cas échéant, aux dépens du libre-arbitre de la personne (qui trouve une traduction jurisprudentielle dans la décision *Commune de Morsang-sur-Orge*) et celle de la protection du libre arbitre comme élément consubstantiel de la personne humaine. Or, la Cour européenne des droits de l’homme a très largement fait sienne cette seconde acception en protégeant, sur le fondement du droit au respect de la vie privée, un principe d’autonomie personnelle selon lequel chacun peut mener sa vie selon ses convictions et ses choix personnels, y compris en se mettant physiquement ou moralement en danger, dès lors que cette attitude ne porte pas atteinte à autrui. Tel est le sens de son arrêt *KA et AD c./ Belgique* du 17 février 2005 (n° 42758/98), par lequel elle a très clairement affirmé le primat du principe d’autonomie sur la sauvegarde de la dignité « subie ».

Dans le même sens, il peut aussi être relevé, cette fois en droit interne, que, même s’il n’existe pas de jurisprudence constitutionnelle en faisant directement et spécifiquement application dans cette perspective, **la Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen énonce, dans son**

article 4, que « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » et, dans son article 5, que « La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société ».

Précisons en outre que l'appréciation de ce qui porte ou non atteinte à la dignité de la personne est, au moins potentiellement, relativement subjective, comme en témoigne le fait que le port du voile intégral serait, selon les données fournies par le ministre de l'intérieur à la mission parlementaire, « volontaire » dans une majorité des cas. Il apparaît à cet égard difficile de fonder un régime d'interdiction sur un fondement susceptible d'acceptions aussi variées et marqué, dans la pratique, d'une inévitable subjectivité tenant notamment aux circonstances de temps et de lieux, comme en témoignent les perceptions divergentes de l'image projetée du corps féminin, souvent dénudé, dans notre société.

Le fondement de la sauvegarde de la dignité est donc discutable juridiquement eu égard à la variété des circonstances prises en compte, en particulier dans le cas où le port du voile intégral résulte de la volonté délibérée d'une personne majeure.

Quant au principe d'égalité des hommes et des femmes, il trouve également un fondement constitutionnel (article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et 2^{ème} alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution pour l'égal accès des hommes et des femmes aux fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales). Son importance, qui n'a cessé d'être plus fortement et concrètement soulignée, se traduit, dans notre société, par des actions volontaristes qui se veulent à la mesure des obstacles et des retards qui subsistent. Deux révisions constitutionnelles, l'une du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes pour l'accès aux mandats électoraux et fonctions électives, et l'autre, du 23 juillet 2008, concernant les responsabilités professionnelles et sociales, ont traduit, au plus haut niveau des normes juridiques, cet attachement fondamental à une valeur essentielle.

Toutefois, il convient de relever que ce principe est invoqué soit directement à l'encontre des discriminations, soit pour obtenir qu'un traitement égal soit effectivement assuré aux hommes et aux femmes. Opposable à autrui, il 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.

En dépit de leur forte assise juridique, ces fondements, qu'ils soient combinés ou pris isolément, n'apparaissent pas, en l'espèce, adaptés faute de pouvoir s'appliquer à des personnes qui ont choisi délibérément le port du voile intégral. Ils ne peuvent donc être recommandés pour fonder une interdiction générale.

3/ La sécurité publique, qui constitue la principale composante de l'ordre public matériel, ne pourrait pas non plus fonder une interdiction générale du seul voile intégral. Le voile intégral n'a pas en effet, en tant que tel et à ce jour, soulevé de problèmes de sécurité publique particuliers, de troubles à l'ordre public ou de réactions violentes de nature à justifier une interdiction générale de son port pour ce motif.

4/ Enfin, relevons que, plus généralement, **une interdiction du seul voile intégral, quel que soit son champ, serait juridiquement fragile au regard du principe, posé notamment par le droit de l'Union européenne, de non discrimination** (cf., notamment, la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, ou encore la proposition de directive du Conseil du 2 juillet 2008 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle). L'opposabilité juridique, depuis le 1er décembre 2009, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui stipule, dans son article 21, qu' « *est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* », accentue la fragilité, au regard de ce principe, de la prohibition du seul voile intégral.

1.2. L'EFFECTIVITE D'UNE INTERDICTION GENERALE DU SEUL VOILE INTEGRAL SERAIT D'AILLEURS INCERTAINE.

S'il était procédé à une interdiction du port du voile intégral sur le fondement du principe de dignité, éventuellement combiné avec le principe d'égalité entre les hommes et les femmes, celle-ci ne pourrait s'appliquer, compte tenu des incertitudes juridiques exposées précédemment, qu'aux seules personnes mineures ou contraintes de porter le voile intégral. Or, outre qu'on peut douter de l'effectivité d'une mesure de sanction à l'encontre de personnes contraintes de méconnaître une interdiction, le contrôle effectif du champ de cette interdiction serait, concrètement, délicat. L'identification des personnes mineures donnerait ainsi lieu à des contrôles difficiles à mettre en œuvre en pratique et sources de tensions, au regard des caractéristiques particulières de cette tenue.

Une prohibition du seul port du voile intégral risquerait également de soulever des difficultés d'interprétation par les personnes de confession musulmane, dans notre pays et encore plus à l'étranger, et pourrait avoir pour conséquence paradoxale d'amplifier le phénomène ou d'exacerber certaines tensions. En outre, une interdiction limitée au seul voile intégral serait difficile à appréhender juridiquement et pourrait donner lieu à des stratégies de contournement, notamment par le port d'accessoires ou de tenues de « substitution » (cagoules, masques, etc.), qui affaibliraient considérablement l'utilité et l'effectivité de la mesure au regard du but poursuivi.

Les fortes incertitudes qui entourent la portée des fondements envisageables et les risques juridiques qui en découlent, ainsi que le risque de stigmatiser les personnes de confession musulmane vivant en France, conduisent donc à écarter une interdiction du seul voile intégral et à examiner la question posée sous l'angle, plus large, de la dissimulation du visage, à l'instar d'autres tenues ou accessoires.

2. L'INTERDICTION SOUS TOUTES SES FORMES DE LA DISSIMULATION VOLONTAIRE DU VISAGE DANS L'ENSEMBLE DE L'ESPACE PUBLIC NE PEUT ELLE-MEME ETRE ENVISAGEE SANS RISQUE JURIDIQUE.

Le voile intégral, quelle que soit la signification qu'on lui prête par ailleurs, constitue un acte de dissimulation du visage parmi d'autres. Indépendamment de sa signification propre et des valeurs qu'il prétend véhiculer, sa fonction « dissimulatrice » et le caractère intentionnel de la dissimulation soulèvent ainsi la question de la licéité du port, dans l'espace public, de tout vêtement ou accessoire ayant pour objet de soustraire le visage d'une personne au regard des autres (casques, masques, cagoules, tenues diverses...).

2.1. UNE PROHIBITION DE LA DISSIMULATION DU VISAGE PORTERAIT UNE ATTEINTE MOINS LARGE MAIS NEANMOINS REELLE A CERTAINS DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX.

Il convient d'emblée d'observer que la restriction aux droits et libertés serait circonscrite au port d'un vêtement ou d'un accessoire, quel qu'il soit, portant uniquement sur une partie du corps qui n'est pas normalement couverte dans notre société, un tel port pouvant être, notamment s'il est imposé à la personne, lui-même attentatoire aux libertés.

2.1.1. Une mise en cause de la liberté personnelle, pouvant toucher au respect de la vie privée

En l'absence de « *liberté de se vêtir à sa guise* »⁵ protégée par des dispositions constitutionnelles ou conventionnelles, une telle interdiction se heurterait à la **liberté personnelle**, protégée par l'article 4 de la Déclaration de 1789 au même titre que d'autres libertés qui ne comportent pas de fondements textuels particuliers (liberté contractuelle : CC., n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000 ; liberté d'entreprendre : CC., n° 81-132 DC du 16 janvier 1982...).

En outre, pourrait être invoqué le **droit au respect de la vie privée**, qui résulte tant de l'article 2 de cette Déclaration que de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Mais sa mise en cause reste limitée, pour autant que l'interdiction ne porte pas sur le domicile et les lieux privés.

2.1.2. Une mise en cause indirecte d'autres droits et libertés constitutionnellement et conventionnellement garantis

Une mesure d'interdiction portant sur tout vêtement ou accessoire dissimulant le visage ne serait pas à l'abri de critiques fondées sur d'autres droits et libertés garantis par la Constitution, la convention européenne et le droit de l'Union européenne.

Il en va ainsi, en particulier, de la **liberté d'aller et venir**, dans la mesure où l'interdiction limiterait les possibilités de déplacement des personnes souhaitant rester intégralement

⁵ La Cour de cassation l'a clairement affirmé, mais dans un domaine particulier (Cass. soc., 18 février 1998, n° 9543491 ; Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40273 : « *la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales* »).

masquées, de la **liberté du commerce et de l'industrie**, lorsque la dissimulation du visage est nécessaire à l'exercice d'une activité professionnelle, voire, dans certains cas, de la liberté de manifester ses opinions sur la voie publique, ainsi que de l'ensemble des **droits sociaux garantis par le Préambule de 1946** et du **principe d'accessibilité du service universel** garanti par le droit de l'Union européenne, dès lors que cette mesure aurait pour effet d'empêcher ces dernières d'accéder à certains services ou certaines prestations. Pour autant, l'atteinte serait indirecte, limitée à une modalité particulière de circulation et d'accès et susceptible d'être considérablement atténuée par des exceptions adéquates.

La **liberté de manifester ses convictions, notamment religieuses**, protégée par l'article 10 de la Déclaration de 1789 et l'article 9 de la convention européenne⁶, le cas échéant combiné avec l'article 14 relatif aux discriminations, pourrait également être invoquée à l'appui d'une contestation de l'interdiction, lorsque la dissimulation du visage constitue un mode d'expression de convictions religieuses ou philosophiques (V. en droit conventionnel : CEDH, 23 février 2010, *Ahmet Arslan c./ Turquie*, n° 41135/98 ; la Cour conclut à l'absence d'ingérence dans la liberté religieuse du fait que le port d'une barbe par le requérant n'était pas revendiqué comme l'expression d'une conviction religieuse : CEDH, 24 mai 2005, *Tig c./ Turquie*, n° 8165/03). En outre, l'article 2 du protocole additionnel n° 1 protège le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants en harmonie avec leurs convictions philosophiques ou religieuses, ce qui pourrait, le cas échéant, viser des comportements vestimentaires, même si, ainsi qu'il a été dit précédemment, l'intérêt supérieur de l'enfant peut être opposé aux abus de cette liberté.

Toutefois, là encore, l'atteinte serait indirecte. L'article 9 de la convention européenne « *ne garantit pas toujours le droit de se comporter d'une manière dictée par une conviction* » (CEDH, 2 octobre 2001, *Pichon et Sajous c./ France*, n° 49853/99) et il ne confère pas aux individus le droit de se soustraire à des règles générales qui se sont révélées justifiées (CEDH, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin*, n° 44774/98). La Cour procède à un contrôle plus souple lorsqu'elle est confrontée à une « loi *prima facie* neutre », en examinant s'il existe un besoin social avéré justifiant que la règle générale cède devant la liberté religieuse (CEDH, 24 septembre 2004, *Vergos c./ Grèce*, n° 65501/01, § 60). La Cour admet même que des législations puissent être imperméables aux considérations religieuses (CEDH, 12 décembre 2002, *Sofianopoulos c./ Grèce*, n° 1977/02 : « *la carte d'identité ne peut pas être considérée comme un moyen d'assurer aux fidèles, de quelque religion ou confession qu'ils soient, le droit d'exercer ou de manifester leur religion* »). **En outre,**

⁶ Au demeurant, ces stipulations ne sont pas applicables du seul fait que le requérant présente le mode de dissimulation du visage qu'il a choisi comme l'expression de ses convictions. La Cour exclut de la liberté protégée par ces stipulations les actes ou agissements qui sont seulement inspirés par des convictions, sans réellement en constituer la « manifestation » (CEDH, 1^{er} juillet 1997, *Kalaç c./ Turquie*, Rec. 1997-IV). Il faut donc qu'il existe un lien suffisamment étroit entre la tenue ou l'accessoire porté et des convictions philosophiques, politiques ou religieuses déterminées. Par ailleurs, les « convictions » supposent l'existence de « *vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance* », ce qui n'est pas le cas de toute idée ou opinion (CEDH, 25 février 1982, *Campbell et Cosans*, Séries A n° 48, § 36). Par suite, il est peu probable que la Cour admettrait que tout masque (satirique...) ou tout déguisement puisse traduire la manifestation de convictions.

même si elle peut avoir des incidences sur les pratiques religieuses, une règle applicable à tous prête moins le flanc à la critique tirée de ces stipulations⁷.

Ces atteintes indirectes doivent être conciliées avec les objectifs d'une mesure d'interdiction de la dissimulation volontaire du visage.

2.1.3. Des justifications admises par la jurisprudence constitutionnelle et conventionnelle

Le Conseil constitutionnel admet que des limitations soient apportées à la liberté (au sens large) pour des raisons d'« intérêt public » ou d'« intérêt général » (« *il résulte des dispositions de l'article 4 de la Déclaration de 1789, rapprochées de celles des articles 34 et 66 de la Constitution, qu'il revient au législateur de déterminer, compte tenu de l'intérêt public, les conditions d'exercice de la liberté* » : CC., n° 86-216 DC du 3 septembre 1986 ; « *le législateur peut à des fins d'intérêt général déroger au principe de la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789* » : CC., n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006). Dans le même esprit, alors que l'article 5 de la Déclaration de 1789 dispose que « *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société* », le Conseil a estimé que la limitation du cumul des mandats se justifiait par le seul fait qu'il « *ne permettait pas à leur titulaire de les exercer de façon satisfaisante* » (CC., n° 2000-426 du 30 mars 2000).

Toutefois, s'agissant de la liberté de manifester ses convictions, l'article 10 de la Déclaration de 1789 s'avère plus strict, au moins formellement. Il ne permet d'y porter atteinte que lorsque cette manifestation troublerait « *l'ordre public établi par la loi* ». Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme est particulièrement sensible aux considérations liées à l'ordre public, comme en témoigne l'arrêt du 23 février 2010 précité (« *Il ne ressort pas du dossier que les requérants représentaient une menace pour l'ordre public ou qu'ils aient fait acte de prosélytisme en exerçant des pressions abusives sur les passants lors de leur rassemblement* », cette dernière considération pouvant être rattachée à la tranquillité publique).

Le seul fondement possible serait donc l'**ordre public**, dont on peut néanmoins retenir une conception plus ou moins large.

L'ordre public revêt en effet une dimension « matérielle » qui regroupe les trois composantes traditionnelles que sont la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques. Ce triptyque, consacré tant par le juge administratif que par le juge constitutionnel (CC., n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, loi pour la sécurité intérieure, Cons. 61) sur la base des pouvoirs de police municipale aujourd'hui définis à l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, résulte également de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, dont les articles 8 à 10 retiennent, au titre des motifs susceptibles de justifier des atteintes aux droits et libertés qu'ils protègent, la sécurité nationale, la sûreté publique, la défense de l'ordre et la protection de la santé.

⁷ cf. également en ce sens Cass. 3^{ème} civ., 8 juin 2006, n° 05-14774 : « *la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne [peut] avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété* ».

Il comporte aussi, en vertu de la jurisprudence constitutionnelle, une finalité particulière qui est celle de la lutte contre la fraude, laquelle peut impliquer la lutte contre la dissimulation des personnes voire l'exigence de leur identification (cf. CC., n° 2007-557 DC, 15 novembre 2007).

L'ordre public revêt également une dimension « non matérielle », qui regroupe pour l'essentiel :

- la moralité publique – parfois qualifiée de « bon ordre » -, prise en compte non de façon générale, mais en fonction de circonstances locales particulières⁸ ;
- et le respect de la dignité de la personne humaine, cette dernière ayant été dégagée comme telle par la jurisprudence.

Enfin, l'ordre public pourrait être regardé comme une notion présentant une certaine autonomie et un contenu propre, à savoir le socle minimal d'exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société.

Il convient d'examiner successivement si l'ordre public, pris en chacune de ces acceptions, est susceptible de fonder une mesure d'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public.

2.2. L'ORDRE PUBLIC NON MATERIEL NE PEUT A LUI SEUL CONSTITUER UN FONDEMENT SUFFISANT POUR UNE INTERDICTION GENERALE.

L'ordre public non matériel (moralité publique et respect de la dignité de la personne humaine), s'il a un contenu spécifique consacré par la jurisprudence, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, ne jouit pas de la même assise juridique que l'ordre public matériel, et ne saurait justifier une mesure d'interdiction de toute dissimulation volontaire du visage, dès lors que celle-ci ne présente, dans son principe, aucun caractère « immoral » au sens donné à ce terme par la jurisprudence. Quant à l'hypothèse selon laquelle cette dissimulation serait en elle-même attentatoire à la dignité de la personne humaine, elle est discutée et soulève la difficile question de savoir si une personne peut légalement, de son propre gré, adopter un comportement contraire à sa propre dignité dans une société comme la nôtre. Ainsi qu'il a été précédemment souligné, cette question a reçu des réponses jurisprudentielles variées, tant au regard des normes juridiques nationales qu'au regard des principes conventionnels protégés par la CEDH.

De ce point de vue, la dissimulation du visage n'est pas un acte de même portée que l'exhibition sexuelle réprimée par l'article 222-32 du code pénal⁹, comportement qui est regardé comme agressant par nature les personnes qui y sont exposées, notamment les mineurs. Au demeurant, la jurisprudence administrative semble se montrer plus stricte à l'égard des autorités de police qui entendent réglementer les tenues vestimentaires pour des motifs de bon ordre. La décision du Conseil d'Etat admettant l'interdiction des tenues de bain en centre-ville comme contraires à

⁸ Cf. CE, section, 18 décembre 1959, *Société Les films Lutétia*, n° 36385.

⁹ L'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende. Ce délit suppose que le corps ou la partie du corps volontairement exposé à la vue d'autrui soit ou paraisse dénudé (Cass. crim., 4 janvier 2006, n° 05-80960).

la « décence » est fort ancienne (CE, Sect., 30 mai 1930, *Beaugé*) et n'a donné lieu à aucune confirmation récente (V. pour l'une des illustrations les plus récentes : CE, 30 septembre 1960, *Jauffret*, à propos des « lieux de débauche portant atteinte à la moralité publique et par là générateurs d'un (...) trouble [à l'ordre public] »). Elle a même été explicitement infirmée par une décision, certes isolée à ce stade, de tribunal administratif, témoignant par là même d'une certaine évolution des mœurs (cf. TA Montpellier, 18 décembre 2007, *Bauer*, n° 053863, jugeant « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le port d'une tenue de bain ou le torse nu sur la voie publique ait été susceptible de provoquer dans la commune de la Grande Motte des troubles matériels sérieux ; qu'en l'absence de circonstances locales particulières, qui ne résultent pas des éléments produits par la commune, le seul caractère immoral allégué desdites tenues, à le supposer même établi, ne peut fonder légalement leur interdiction, nonobstant le caractère limité dans le temps de celles-ci »).

En revanche, l'ordre public non matériel peut venir conforter une interdiction principalement fondée sur les troubles à l'ordre public matériel (V. *infra*). En témoigne l'ordonnance du juge des référés du Conseil d'Etat du 5 janvier 2007, *Ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c./ Association « Solidarité des français »* (n° 300311), dans l'affaire dite de la « soupe au cochon » (« l'arrêté contesté prend en considération les risques de réactions à ce qui est conçu comme une démonstration susceptible de porter atteinte à la dignité des personnes privées du secours proposé et de causer ainsi des troubles à l'ordre public »), confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 16 juin 2009, *Association Solidarité des Français*, n° 26787/07, décision d'irrecevabilité).

2.3. UNE INTERDICTION GENERALE DE DISSIMULATION DU VISAGE DANS LES LIEUX PUBLICS NE POURRAIT REPOSER QUE SUR UNE CONCEPTION RENOUVELEE DE L'ORDRE PUBLIC, ETRANGERE A LA JURISPRUDENCE ACTUELLE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET DONC JURIDIQUEMENT FRAGILE.

2.3.1. Une conception sans précédent en droit

▪ **Une définition juridiquement inédite de l'ordre public**

Les différentes composantes traditionnelles énumérées ci-dessus n'épuisent pas nécessairement la notion d'ordre public dans toutes ses acceptions juridiques, laquelle n'a jamais fait l'objet d'une définition à la fois consacrée et partagée. Il peut ainsi apparaître que cette notion, jusqu'à présent définie au sein d'un ensemble de droits et d'obligations concrètement mesurés, avec un contenu différent selon le champ juridique dans lequel elle s'insère (droit public, droit civil, droit social, droit international public, droit international privé...), a une essence autonome, dont les différentes composantes ne sont de nature à être révélées et consacrées par le juge qu'à l'occasion des atteintes qui y sont portées.

Dans cette perspective, on pourrait soutenir que l'ordre public répond à un **socle minimal d'exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société**, qui, comme par exemple 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. Or, ces exigences fondamentales du contrat social,

implicites et permanentes, pourraient impliquer, dans notre République, que, dès lors que l'individu est dans un lieu public au sens large, c'est-à-dire dans lequel il est susceptible de croiser autrui de manière fortuite, il ne peut ni renier son appartenance à la société, ni se la voir déniée, en dissimulant son visage au regard d'autrui au point d'empêcher toute **reconnaissance**. En outre, ces mêmes exigences impliquent, plus généralement, l'interdiction des marques de différenciation inégalitaires et reconnues comme telles.

S'il comporte aujourd'hui des acceptions différentes selon les branches du droit dont il relève, il apparaît ainsi que l'ordre public touche à des traits fondamentaux de la vie en société et, par suite, à un socle commun d'exigences et de garanties. Cette conception juridiquement inédite de l'ordre public pourrait paraître trouver un écho à la fois dans l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui dispose que « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* », et dans la notion de « fraternité » qui figure dans la devise républicaine mais n'a jamais fait l'objet d'aucune consécration juridique. C'est également en ce sens que pourraient être lues les décisions du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993 sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France et n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 relative à la loi sur le pacte civil de solidarité. Dans la première, après avoir rappelé que le droit des étrangers dont la résidence en France est stable et régulière de mener une vie familiale normale, « *comporte en particulier la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs sous réserve de restrictions tenant à la sauvegarde de l'ordre public et à la protection de la santé publique, lesquelles revêtent le caractère d'objectifs de valeur constitutionnelle* », le Conseil constitutionnel a jugé que « *les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie* ». Par la seconde décision, le Conseil constitutionnel a jugé que l'article 515-3 nouveau du code civil « *vise à assurer le respect des règles d'ordre public régissant le droit des personnes, au nombre desquelles figure, en particulier, la prohibition de l'inceste* ». Il convient toutefois d'observer que les pratiques en cause ne sont pas de même nature que la dissimulation du visage dans l'espace public, dès lors qu'elles touchent aux relations intimes entre personnes, et par là, à l'ordre même de la société.

Par ailleurs, la jurisprudence du Conseil constitutionnel fait régulièrement référence à l'intérêt général, dont on trouve un écho dans la définition de l'ordre public ici envisagée. On pourrait donc y déceler la référence implicite à un socle commun et minimal d'exigences de la vie en société.

Une telle conception, formalisée, aboutirait ainsi, de manière inédite, à retenir une définition « positive » de l'ordre public non plus seulement comme « rempart » contre les abus procédant de l'exercice sans limites des libertés mais comme le socle d'exigences fondamentales garantissant leur libre exercice. Elle constituerait le seul fondement susceptible de justifier une interdiction de la dissimulation du visage ayant pour objet d'empêcher toute reconnaissance de la personne. Celle-ci procéderait alors de l'affirmation d'un droit et d'une égale appartenance de tout un chacun au corps social.

▪ **Une solution risquée en l'état actuel du droit.**

Il faut néanmoins souligner que cette conception de l'ordre public, qui a retenu l'attention de la mission de l'Assemblée nationale, n'a jamais été élaborée ni par la doctrine juridique, ni par les juges, et qu'elle ne semble pas rencontrer d'échos dans les systèmes juridiques de nos voisins européens. Elle serait donc soumise à des risques importants de censure constitutionnelle et d'aléas conventionnels. Les occurrences de l'ordre public dans la jurisprudence constitutionnelle renvoient en effet quasi-systématiquement aux composantes traditionnelles.

On peut notamment souligner que, tout récemment, par une décision du 25 février 2010, le Conseil constitutionnel, saisi de la loi relative aux violences en groupe, s'est prononcé sur l'articulation entre ordre public et respect de la vie privée, en énonçant, que le législateur « doit, en particulier, assurer la conciliation entre le respect de la vie privée et d'autres exigences constitutionnelles, telles que la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle ». En l'espèce, il a jugé que celui-ci avait « omis d'opérer entre les exigences constitutionnelles précitées la conciliation qui lui incombe » et « que, dès lors, il [avait] méconnu l'étendue de sa compétence ».

Le Conseil constitutionnel a ainsi confirmé, encore tout récemment, sa conception traditionnelle de l'ordre public.

Le Conseil d'Etat ne peut donc 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.

Ces exigences fondamentales de la vie en société pourraient en revanche, comme cela a été notamment préconisé par la mission parlementaire, être proclamées dans le cadre **d'une résolution solennelle en vertu de l'article 34-1 de la Constitution issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, qui mettrait en valeur les éléments constitutifs du contrat social tels qu'ils apparaîtraient à la représentation nationale.**

2.3.2. Un champ d'interdiction large, des exceptions nombreuses et délicates à définir

Si un tel fondement était néanmoins retenu, il **ne pourrait conduire qu'à une interdiction générale de la dissimulation du visage, dans tous les lieux publics**, que l'on peut soit définir positivement – tous les lieux accessibles au public, dans lesquels, par conséquent, une personne est susceptible de croiser fortuitement autrui – soit négativement – les lieux autres que le domicile privé au sens strict. Le même fondement pourrait être retenu pour sanctionner les auteurs de contraintes ou d'incitation à la dissimulation du visage. S'agissant de son effectivité, une telle interdiction semblerait **a priori** plus simple à contrôler qu'une interdiction locale ou partielle.

Mais une prohibition générale dans les lieux publics soulève la question des exceptions qui devraient y être apportées, 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.

Les grandes catégories d'exceptions suivantes – notamment justifiées par d'autres considérations d'ordre public, ayant trait à ses composantes matérielles, voire au respect de la liberté de religion – devraient être envisagées :

- Des motifs de santé publique : ils recouvriraient notamment les masques de protection (pour certains malades ou grands brûlés, pour les personnels de santé, pour les personnes à protéger d'un risque viral...), les cache-nez larges et autres accessoires destinés à se protéger du froid.
- Des motifs de sécurité personnelle : ils viseraient notamment les casques de moto (aussi longtemps que la personne en a besoin au titre de la protection et de la sécurité routières), les casques intégraux de protection (ouvriers de chantiers, compagnies républicaines de sécurité...), mais aussi les cagoules des forces de police et de gendarmerie (GIGN...) ou encore les équipements nécessaires à la pratique de certains sports.
- La pérennité de manifestations culturelles et festives correspondant à des usages locaux ou nationaux : cette catégorie regrouperait les déguisements liés à des carnivals et à des festivités collectives, à des lieux (parcs d'attraction...) ou à des représentations (théâtre, opéra...).
- Des motifs qui pourraient apparaître déterminants pour la protection de la vie privée (personnalités publiques ou médiatiques poursuivies par des chasseurs d'images...) ;
- Enfin, le respect des lieux de culte : interdire le port des accessoires dissimulant le visage dans ces lieux, quel que soit le culte concerné, 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.

Mais au-delà de ces interrogations, ainsi qu'il a été dit, le choix d'une telle conception de l'ordre public ne peut être recommandé en l'état de la jurisprudence constitutionnelle, sous peine de soumettre une prohibition générale de la dissimulation du visage dans les lieux publics à un très sérieux risque de censure, laquelle aurait pour effet de renforcer la position des personnes qui se livrent à ces pratiques.

2.4. LA SECURITE PUBLIQUE, COMPOSANTE DE L'ORDRE PUBLIC MATERIEL, CONSTITUERAIT UN FONDEMENT TRES SOLIDE POUR UNE INTERDICTION DE LA DISSIMULATION DU VISAGE, MAIS SEULEMENT DANS DES CIRCONSTANCES PARTICULIERES.

Deux des composantes traditionnelles de l'ordre public matériel ne peuvent manifestement pas fonder une mesure d'interdiction : la **salubrité publique**, en général, et même la **tranquillité publique**. Cette dernière pourrait certes ne pas apparaître hors de propos, dans la mesure où la dissimulation du visage peut susciter une gêne dans la société et troubler la sérénité des rapports entre individus. Mais cette notion vise, dans notre tradition juridique, à prévenir les nuisances sonores et autres troubles ayant directement et concrètement pour effet de perturber la quiétude des lieux environnants, ce qui n'est pas le cas du port d'un masque qui ne s'accompagne pas de pressions ou d'un prosélytisme excessif. Recourir à une acception toute subjective de la tranquillité publique pour interdire une pratique de dissimulation du visage traduirait une vision de la société porteuse d'incertitudes qui peuvent inquiéter et ne répondrait pas à un impératif de cohérence juridique.

Par conséquent, et d'ailleurs dans l'esprit des dispositifs existants (cf. I. 1.2.), seules des considérations de **sécurité publique**, incluant, ainsi qu'il a déjà été observé, selon la jurisprudence constitutionnelle, la **recherche des auteurs d'infractions** et la **lutte contre la fraude** (CC., n° 2007-557 DC, 15 novembre 2007), seraient susceptibles d'asseoir une telle mesure d'interdiction.

2.4.1. Un fondement à concilier avec certaines exigences juridiques

La dissimulation du visage constitue un risque potentiel pour la sécurité dans la mesure où elle rend plus difficile la prévention des atteintes matérielles à l'ordre public et la répression immédiate des agissements qui le troublent, notamment en flagrant délit.

Pour autant, la sauvegarde de l'ordre public, y compris dans sa composante de sécurité publique, ne peut justifier toute restriction aux droits et libertés constitutionnellement et conventionnellement garantis. Un équilibre doit être assuré entre ces différentes exigences, sous le contrôle des juges garants de la constitutionnalité et de la conventionalité des actes qui leur sont soumis. **Quatre exigences doivent nécessairement être prises en compte.**

1/ En premier lieu, les restrictions aux droits et libertés doivent être justifiées par l'existence de troubles à l'ordre public ou une probabilité suffisamment forte qu'ils surviennent. On décèle une réticence du juge administratif à admettre qu'un risque virtuel ou non démontré, voire le « principe de précaution », puisse justifier une interdiction (V. sur l'appréciation de la légalité des décrets déclarant l'état d'urgence au regard des troubles effectivement constatés : CE, Assemblée, 24 mars 2006, Rolin et Boisvert, n° 286834 ; à propos des antennes relais de téléphonie mobile : CE, 29 octobre 2003, *Commune de Saint-Cyr-L'Ecole*, n° 258245 : confirmation d'une ordonnance de référé suspendant une mesure de police municipale ; CE, 2 juillet 2008, *Société française du radiotéléphone*, n° 310548, en référé : suspension d'un arrêté municipal encadrant l'installation d'antennes relais dès lors que le maire ne pouvait invoquer ni ses pouvoirs de police générale, en l'absence de risques graves et avérés pour la santé publique, ni le principe de précaution). Le juge constitutionnel se montre également attentif à la réalité ou

à la probabilité des troubles à l'ordre public qu'il s'agit de prévenir. Saisi de la disposition de l'article 78-2 du code de procédure pénale permettant aux officiers de police judiciaire de procéder à un contrôle d'identité pour prévenir « *une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens* », quel que soit le comportement de la personne contrôlée, le Conseil constitutionnel en a admis la conformité à la Constitution sous réserve que le contrôle soit motivé par des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public (CC., n° 93-323 DC du 5 août 1993, loi relative aux contrôles et vérifications d'identité). Il a, à cette occasion, rappelé que « *la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté individuelle* ». Le Conseil a également validé la disposition permettant au préfet d'interdire le port ou le transport d'objets pouvant constituer une arme en relevant que cette faculté était limitée au cas où les circonstances font craindre des troubles graves à l'ordre public et en l'interprétant comme étant circonscrite aux manifestations et à leur proximité immédiate, « *sauf circonstances exceptionnelles* » (CC., n° 94-352 DC du 18 janvier 1995).

La Cour européenne des droits de l'homme tient également le plus grand compte de l'existence ou de la probabilité de troubles à l'ordre public (CEDH, 23 février 2010, *Ahmet Arslan c./ Turquie*). Elle s'attache en particulier à vérifier que l'ingérence de l'autorité publique est « *nécessaire dans une société démocratique* » et « *répond à un besoin social impérieux* ». Si elle indique laisser des marges importantes d'appréciation aux Etats à cet égard, son contrôle s'avère parfois particulièrement poussé (V. par ex. CEDH, 29 juin 2006, *Öllinger c./ Autriche*, n° 76900/01, § 49, dans lequel la Cour se livre à une pesée minutieuse des intérêts en présence, avant de conclure à la violation de l'article 11 du fait de l'interdiction d'une contre-manifestation en réaction à un rassemblement d'anciens officiers SS dans un cimetière le jour de la Toussaint).

Enfin, la Cour de justice de l'Union européenne exige également que les restrictions apportées aux libertés prévues par le traité au nom de l'ordre public soient justifiées par « *l'existence d'une menace réelle et d'une certaine gravité affectant un intérêt fondamental de la société* » (CJCE, 27 octobre 1977, *Bouchereau*, n° 30/77, pts 33-35, confirmé par l'arrêt *Commission contre Allemagne* du 21 janvier 2010 C-546/07).

2/ En deuxième lieu, le juge exige que l'atteinte que portent les mesures de police aux droits et libertés soit proportionnée à ce qui est nécessaire pour assurer la sauvegarde de l'ordre public, **compte tenu des circonstances locales**. Les mesures ne doivent pas être excessives dans leur champ d'application matériel, personnel et géographique, et dans leurs effets. Le Conseil constitutionnel, pour sa part, rappelle traditionnellement qu'il « *appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, l'exercice de libertés constitutionnellement garanties et d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et notamment des atteintes à la sécurité des personnes et des biens qui répond à des objectifs de valeur constitutionnelle* » (CC, n° 94-352 DC, 18 janvier 1995), la loi devant assurer à cet égard une conciliation qui n'est pas « *manifestement déséquilibrée* » entre ces différentes exigences (n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, loi pour la sécurité intérieure). La Cour européenne des droits de l'homme examine également si l'ingérence des autorités publiques dans les droits et libertés conventionnellement protégés n'est pas disproportionnée au regard des impératifs d'ordre public énumérés par la convention

européenne¹⁰. La Cour a ainsi pu énoncer que l'Etat peut « limiter la liberté de manifester une religion, par exemple, le port du foulard islamique, si l'usage de cette liberté porte atteinte à l'objectif visé de protection des droits et libertés d'autrui, de l'ordre et de la sécurité » (CEDH, 13 février 2003, *Refah Partisi et al. c./ Turquie*, n° 41340/98, § 92).

La sécurité publique ne peut donc justifier que soit imposé à toute personne d'avoir le visage découvert en tout temps et en tous lieux¹¹. Le champ d'application géographique de l'interdiction de la dissimulation volontaire du visage ne peut donc inclure des lieux, comme les zones isolées, où la sécurité publique n'est pas réellement en jeu. Au-delà de ces cas qui ne paraissent pas soulever de difficulté, il n'est pas aisé de déterminer *a priori* les secteurs ou les circonstances dans lesquels le visage devrait être impérativement découvert à peine de sanction. Le décret du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique, actuellement soumis à la Section du contentieux du Conseil d'Etat, traduit cette problématique.

3/ En troisième lieu, le juge, en particulier constitutionnel, attache une importance constante aux garanties dont sont assorties les mesures d'interdiction. La décision du 25 février 2010 relative à la loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public en est une très récente illustration : la transmission aux services de police et de gendarmerie nationales ainsi qu'à la police municipale d'images captées par des systèmes de vidéosurveillance dans des parties non ouvertes au public d'immeubles d'habitation méconnaît la Constitution, dès lors qu'elle n'est pas assortie des garanties nécessaires à la protection de la vie privée des personnes qui se rendent dans ces lieux, contrairement au cadre juridique de la vidéosurveillance prévu par l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995.

4/ Enfin, il convient d'être attentif aux spécificités du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme. Outre qu'elle procède à une interprétation autonome des termes de la convention européenne, ce qui peut l'amener à ne pas partager l'analyse des juridictions nationales, elle enrichit traditionnellement son contrôle en recourant à des éléments de contexte étrangers à l'office du juge national, en particulier l'existence d'engagements internationaux témoignant d'une protection particulière du droit ou de la liberté concerné, même non ratifiés par l'Etat en cause, et l'existence éventuelle d'un « consensus européen » sur la question qui lui est posée. Par ailleurs, comme le montre le précédent *Leyla Sahin*, elle attache une importance particulière aux spécificités de chaque Etat (au regard de ses traditions, de sa culture et des valeurs fondamentales sur lesquelles repose la société comme, en Turquie, une laïcité confrontée à des mises en cause récurrentes).

¹⁰ Par ailleurs, il résulte de l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, d'une part, que le maintien de l'ordre public est au nombre des motifs susceptibles de justifier une ingérence dans les droits et libertés qu'elle protège (V. la décision CC., n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004) et, d'autre part, que les droits protégés simultanément par la Charte et par la Convention ont la même portée.

¹¹ Il est vrai que la dissimulation du visage fait échec aux témoignages oculaires, lesquels peuvent être utiles à tout moment si une infraction survient. Cette seule circonstance apparaît toutefois insuffisante pour justifier une mesure générale d'interdiction dans l'espace public.

2.4.2. Un champ d'application nécessairement restreint s'agissant des lieux concernés

1/ A l'aune des différentes exigences énumérées ci-dessus, il apparaît qu'une règle prohibant la dissimulation du visage **dans l'ensemble de l'espace public** serait très fragile.

En premier lieu, 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.

En deuxième lieu, il n'est pas aisé d'identifier des **garanties** dont l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'ensemble de l'espace public pourrait être assortie afin de limiter l'atteinte portée à la liberté personnelle.

En troisième lieu, s'agissant du risque contentieux européen, **il n'existe pas à ce jour de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe sur ce point**, ainsi qu'il a été dit ci-dessus (cf. I. 2.). En outre, la France ne présente aucune particularité qui justifierait que la Cour procède à un contrôle plus souple.

Enfin, se pose la question d'éventuelles exceptions susceptibles d'être apportées à une interdiction fondée sur la sécurité publique. Compte tenu du caractère restrictif et impérieux de ce motif, seules des considérations fortes tenant à la santé personnelle ou la sécurité professionnelle pourraient être admises. Le risque est alors, si l'interdiction porte sur l'ensemble de l'espace public, de porter une atteinte excessive aux libertés, notamment à la liberté d'aller et venir, de ceux dont le visage est légitimement dissimulé. Le Conseil d'Etat estime par conséquent que, si la sécurité publique peut constituer l'un des fondements d'une mesure d'interdiction, elle ne peut justifier une mesure portant sur l'ensemble de l'espace public.

2/ A défaut d'une interdiction aussi large, le Conseil d'Etat s'est interrogé sur la possibilité de s'appuyer sur le cadre juridique de la **vidéosurveillance** (articles 10 et 10-1 de la loi du 21 janvier 1995 et les textes réglementaires pris pour leur application¹²), pour instituer une mesure d'interdiction de la dissimulation du visage dans les zones couvertes par de tels dispositifs.

En effet, l'installation de caméras de vidéosurveillance est subordonnée à la délivrance d'une autorisation préfectorale et ne peut porter que sur des périmètres exposés à des menaces pour la sécurité publique. Or, l'une des conditions d'efficacité de ces systèmes tient précisément à la possibilité, pour les autorités qui les mettent en œuvre et les agents qui en exploitent les images, d'identifier les individus qui y figurent. Les progrès technologiques réalisés en la

12 V. notamment les articles 3 et 4 du décret n° 97-46 du 15 janvier 1997 relatif aux obligations de surveillance ou de gardiennage incombant à certains propriétaires, exploitants ou affectataires de locaux professionnels ou commerciaux et l'article 1er du décret n° 97-47 du 15 janvier 1997 relatif aux obligations de surveillance incombant à certains propriétaires ou exploitants de garages ou de parcs de stationnement.

matière, notamment l'amélioration de la qualité des vidéos, et ceux à venir, en particulier l'intégration de la biométrie dans ces dispositifs, renforcent l'acuité de cette problématique. Dans ces conditions, la dissimulation volontaire du visage pourrait s'analyser comme une pratique ayant pour objet de faire échec aux systèmes de vidéosurveillance. Dès lors que la conformité de cette législation à la Constitution a été admise (CC., n° 94-352 DC, 18 janvier 1995), on peut se demander s'il ne peut en aller de même d'une interdiction de la dissimulation du visage dans toutes les zones « vidéosurveillées », ce qui, sans recouvrir l'espace public, aboutirait à une prohibition très large.

Cette piste se heurte toutefois à d'importants obstacles :

- En premier lieu, il n'est pas satisfaisant de déduire de l'existence d'un simple outil de la politique de sécurité publique une règle générale d'interdiction d'une pratique qui en réduit l'effectivité. Le champ de l'interdiction s'étendrait en effet à mesure que le cadre juridique de la vidéosurveillance s'assouplirait (V. en ce sens le projet de loi pour la sécurité intérieure en cours d'examen par le Parlement) et que les autorités compétentes, publiques ou privées, décideraient (ou se verraient imposer) d'implanter de nouvelles caméras.
- En deuxième lieu, la nature des deux régimes est fondamentalement différente, en particulier quant à leurs effets, ce qui fait obstacle à ce que leurs champs d'application coïncident. D'ailleurs, si le champ de l'interdiction de la dissimulation du visage se superposait à celui des dispositifs de vidéosurveillance, dont le déploiement s'étend fortement, il pourrait en résulter des doutes sur le caractère nécessaire et proportionné d'une telle interdiction.
- En troisième lieu, si les lieux ainsi surveillés doivent être signalés au public dans les conditions prévues par l'article 13-1 du décret n° 96-926 du 17 octobre 1996 relatif à la vidéosurveillance, les modalités de cette signalisation n'apportent pas aux citoyens une information suffisamment précise pour leur garantir une connaissance claire de l'étendue de l'obligation de « dévoilement » qui en découlerait.
- Enfin, il en résulterait une forme de « **pointillisme** » **administratif ou pénal** aux conséquences incertaines. Si la multiplicité des zones d'interdiction ne conduit pas spontanément les personnes qui dissimulent leur visage à y renoncer, pour des raisons d'ordre pratique, la norme risque d'être inapplicable sur le terrain. On peut craindre à cet égard que l'existence et les contours de la zone placée sous surveillance ne donnent lieu à d'importantes contestations contentieuses : le départ entre les zones « sécurisées » et les autres resterait difficile à opérer même pour les agents chargés de faire respecter la législation ou la réglementation.

Il convient par ailleurs d'observer que des lieux ou zones d'affluence peuvent être exposés à des menaces pour la sécurité publique (marchés, trottoirs fréquentés, certains transports publics...) sans faire l'objet d'une vidéosurveillance, soit que l'autorité compétente a décidé de ne pas recourir à ce dispositif, soit que ces emplacements n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995. Pour ces derniers, il est certes possible d'installer un dispositif de vidéosurveillance moyennant, le cas échéant, une déclaration auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés et, s'agissant des « lieux privés », le respect de l'article 226-1 du code pénal. Mais en tout état de cause, il n'est pas juridiquement pertinent de faire dépendre le champ d'une interdiction, *a fortiori* si elle est assortie d'une sanction pénale, de la décision spontanée d'une personne d'installer un tel dispositif.

3/ Le Conseil d'Etat en a déduit que la sécurité publique pourrait seulement autoriser une interdiction de la dissimulation du visage dans des lieux exposés à un risque suffisamment avéré de trouble à l'ordre public. A cet égard, l'échelon de l'autorité préfectorale semble, dans le respect des compétences des autorités communales, devoir être privilégié. Le préfet est en effet en situation à la fois de prendre en compte des lieux ou zones dont le périmètre excède le ressort des limites communales, d'assurer une plus grande cohérence des conditions de l'interdiction et de mieux évaluer les incidences de telles prescriptions grâce à l'analyse des services de l'Etat compétents placés sous son autorité.

En revanche, le Conseil d'Etat a exclu une interdiction uniforme et générale qui trouverait sa justification dans la combinaison des différents fondements examinés. Tout régime d'interdiction doit en effet s'appuyer sur une justification spécifique, ce qui fait obstacle à l'invocation de fondements supposés complémentaires ou partiellement substituables.

III- PLUSIEURS MESURES PEUVENT CEPENDANT ETRE ENVISAGEES POUR HARMONISER ET, LE CAS ECHEANT, RENFORCER LE CHAMP DE L'INTERDICTION DE LA DISSIMULATION DU VISAGE, QUELLES QUE SOIENT SES FORMES.

Le Conseil d'Etat a envisagé différentes mesures qui pourraient fonder des interdictions partielles de la dissimulation du visage sur le fondement de la sécurité publique ou des exigences propres au fonctionnement de certains services. Si une telle démarche était retenue, il conviendrait cependant, au regard des exigences précédemment rappelées, que le cumul de ces interdictions ne confine pas à une interdiction générale, ni par l'effet des dispositions législatives ou réglementaires qui pourraient être adoptées, ni du fait de l'exercice des pouvoirs de police des autorités compétentes.

1. UNE LOI POURRAIT PREVOIR L'OBLIGATION DE MAINTENIR A DECOUVERT SON VISAGE DANS CERTAINS LIEUX OUVERTS AU PUBLIC LORSQUE LES CIRCONSTANCES OU LA NATURE DES LIEUX LE JUSTIFIENT.

Le Conseil d'Etat est finalement d'avis, si le choix était fait de recourir à la loi, que les dispositions les plus larges, les plus effectives possibles et les plus sûres juridiquement devraient consister en un double dispositif.

1/ Le premier type d'interdiction procéderait de l'exigence de sécurité publique précédemment analysée.

D'une part, les autorités de police se verraient reconnaître expressément, dans l'exercice de leurs pouvoirs de police générale, la possibilité d'imposer à toute personne de maintenir son visage découvert, à raison de circonstances déterminées, afin de prévenir un trouble à l'ordre public, notamment à la sécurité des biens et des personnes. Ces dispositions viseraient tant le préfet, dans l'exercice des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales, en particulier pour l'édiction d'une mesure de police dont le champ d'application excède le territoire d'une commune, que le maire, dans l'exercice des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 2212-2 du même code. Sans être novatrice, une telle reconnaissance donnerait un fondement solide et cohérent aux interdictions prises pour ce motif. Toutefois, il convient d'observer que l'exercice par les maires de leurs responsabilités en matière de police générale pourrait donner lieu à des appréciations différentes qui s'appliqueraient à des situations similaires.

D'autre part, dans la mesure où les pouvoirs de police générale n'ont pas vocation à s'exercer en tous lieux ouverts au public, le texte **pourrait ouvrir au préfet la possibilité, dans l'exercice**

d'une police spéciale, d'interdire la dissimulation du visage, dans de tels lieux et dans des circonstances déterminées, au-delà des pouvoirs généraux qu'il tient de l'article L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales. Cette police spéciale viendrait compléter les prérogatives du préfet dans le cadre de ses pouvoirs de police générale, et serait nécessairement prise en compte par les autorités de police municipale. Ce dispositif aurait notamment vocation à s'appliquer à des lieux privés particulièrement exposés à des risques pour la sécurité, comme certains commerces (bijouteries, banques...), ou en cas d'évènements à hauts risques (certaines rencontres sportives, conférences internationales...).

2/ La seconde obligation envisageable, participant de l'objectif à valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude, procéderait de la nécessaire reconnaissance de la personne dans certains lieux, liée notamment aux exigences de certains services publics, ou de l'application de dispositions qui comportent des restrictions ou des distinctions liées à l'identité ou à l'âge.

Il s'agirait de prescrire l'obligation de découvrir son visage :

1. lorsque l'entrée et la circulation dans certains lieux, compte tenu de leur nature ou des exigences attachées au bon fonctionnement des services publics, requerraient des vérifications relatives à l'identité ou à l'âge. Dans ces lieux, qui seraient définis par voie législative ou par voie réglementaire selon le cas, l'obligation serait permanente. On peut notamment songer aux tribunaux, aux bureaux de vote, aux mairies pour les cérémonies de mariage et les démarches relatives à l'état civil, à la remise des enfants à la sortie de l'école, aux lieux où sont délivrées des prestations médicales ou hospitalières, ou encore au déroulement d'examens ou de concours, y compris dans les enceintes universitaires.

2. lorsque la délivrance de certains biens ou services impose l'identification des individus et, par suite, l'obligation pour ceux-ci de découvrir à cette occasion leur visage (achat de produits dont la vente est prohibée en deçà d'un certain âge ou devant donner lieu, en raison des moyens de paiement employés, à une identification).

Une telle mesure invite donc les pouvoirs publics à mener une réflexion plus vaste sur les hypothèses dans lesquelles il apparaît opportun de prévoir une obligation de découvrir son visage, la loi renvoyant à d'autres textes la détermination de lieux ou de situations où s'appliquerait une telle prescription.

Cette législation constituerait ainsi un cadre de référence posé par la représentation nationale elle-même, permettant d'affirmer des principes de comportement clairs à l'attention de nombreux responsables (publics et privés) d'établissements recevant du public (cinémas, établissements nocturnes, débits de boissons et de tabac...), alors que cela résulte actuellement, soit de dispositions éparées, soit de pratiques ou d'instructions (cf. I).

En revanche, il ne paraît pas juridiquement nécessaire d'étendre cette assise législative aux relations de travail dans les locaux professionnels, dès lors que l'employeur dispose d'ores et déjà de moyens juridiques pour prohiber, s'il l'estime nécessaire au fonctionnement de son entreprise ou de son établissement, la dissimulation du visage.

3/ Les dérogations seraient de portée différente selon le fondement de l'interdiction.

Dans tous les cas, s'imposeraient des exceptions étroitement circonscrites, procédant de raisons suffisamment impérieuses de santé et de sécurité personnelles (port d'un masque en cas d'épidémie, d'un casque de protection...) qui résulteraient de dispositions réglementaires générales.

En outre, les arrêtés de police des autorités préfectorales ou municipales pourraient également prendre en compte, au regard des circonstances particulières, des considérations aussi variées que les manifestations culturelles ou festives, notamment celles qui procèdent d'usages locaux.

2. LES SANCTIONS POURRAIENT PORTER TOUT PARTICULIEREMENT SUR LES AUTEURS DE CONTRAINTES OU D'INCITATION A LA DISSIMULATION DU VISAGE

L'instauration d'une interdiction de la dissimulation du visage devrait être assortie d'un mécanisme de sanction. Ces sanctions devraient être plus fortes à l'encontre de la personne qui obligerait autrui, éventuellement sous la contrainte, à se dissimuler le visage. Par ailleurs, s'agissant de ces personnes, il n'y aurait pas de distinctions à faire entre les lieux concernés, dès lors que ce qui est punissable est, non la pratique elle-même, mais la menace, la violence, la contrainte, l'abus de pouvoir ou d'autorité.

Les sanctions envisagées devraient, comme toutes les sanctions pénales, respecter les principes de légalité des délits et des peines, ce qui suppose une définition suffisamment claire et précise des infractions, de nécessité, de proportionnalité et enfin de personnalité et d'individualisation des peines.

2.1 LE NON-RESPECT DE L'INTERDICTION DE LA DISSIMULATION DU VISAGE POURRAIT DONNER LIEU A UN NOUVEAU TYPE DE SANCTION.

Le Conseil d'Etat écarte, compte tenu de la nature de l'interdiction et du but recherché par le législateur, la qualification de délit. Au regard des principes de proportionnalité et de nécessité, une telle qualification serait en effet excessive, et ne répondrait pas à l'exigence pédagogique qui devra accompagner, auprès des personnes concernées, l'instauration de la prohibition.

S'il apparaît donc nécessaire d'instaurer une **peine contraventionnelle**, se pose en revanche la question de sa nature. Deux hypothèses sont envisageables, la seconde semblant préférable :

- La première consiste en l'instauration d'une peine contraventionnelle classique (peine d'amende à laquelle s'ajoute, le cas échéant, une peine complémentaire comme, par exemple, un stage de citoyenneté). On pourrait ainsi envisager, en fonction des exigences de l'identification et de la sécurité, une peine d'amende qu'il appartiendrait au pouvoir réglementaire de fixer dans la limite du plafond légal des contraventions établies par la loi. Il faut toutefois souligner que, en dépit de sa simplicité apparente, une contravention de ce type ne serait pas nécessairement adaptée à la nature de l'infraction et au but poursuivi. Plus stigmatisante, elle serait d'une portée inégale en fonction des revenus des personnes concernées – sévère pour les uns ou quasiment indifférente pour les autres – et aurait une portée pédagogique limitée.

▪ La seconde hypothèse conduirait à l'instauration d'une nouvelle catégorie de peine contraventionnelle, qui **consisterait en une injonction d'avoir un entretien avec un représentant d'un organisme de médiation agréé ou de participer aux actions de cet organisme pour une durée limitée**. Il s'agirait, en d'autres termes, d'une injonction de médiation sociale. Les organismes en cause seraient, notamment, des associations investies, selon la nature de la dissimulation du visage sanctionnée, dans la promotion et la défense des droits des femmes (en cas de port prohibé du voile intégral), ou dans la prévention de la délinquance des mineurs (en cas de dissimulation du visage par un mineur auteur d'infractions pénales). La peine serait une peine complémentaire ou alternative, qu'il appartiendrait au juge de prononcer en fonction des circonstances de chaque espèce.

Une telle peine serait conforme au principe de proportionnalité et permettrait de répondre également à l'impérieuse nécessité de personnaliser la peine au regard des motifs de la dissimulation du visage, de son contexte ou des éventuelles contraintes y ayant conduit. Seul le refus de se plier à cette injonction serait puni d'une peine d'amende contraventionnelle. Son niveau serait aggravé en cas de récidive.

2.2. LE FAIT DE CONTRAINDRE AUTRUI A SE DISSIMULER LE VISAGE POURRAIT ETRE PLUS DUREMENT SANCTIONNE.

Le principe de proportionnalité exigerait que la sanction soit plus sévère lorsque des mineurs sont concernés et en cas de récidive.

Il est apparu nécessaire au Conseil d'Etat de prendre en compte les risques de contrainte de dissimulation du visage au-delà du seul cercle conjugal et parental, et de créer une incrimination spécifique permettant d'appréhender cette contrainte. Précisons à cet égard qu'il existe de nombreuses incriminations qui visent une contrainte ou une incitation spécifique, au-delà des dispositions générales précédemment exposées. Il en va ainsi, par exemple, du harcèlement sexuel (article 222-33 du code pénal), de la provocation à un attroupement armé (article 431-6), de la provocation au suicide (article 223-13) ou de la publicité en faveur de produits, objets ou méthodes préconisés comme moyens de se donner la mort (article 223-14), ou encore de la provocation à la rébellion (article 433-10).

Quelle que soit la portée de l'interdiction de la dissimulation du visage, et même en l'absence d'une telle interdiction, le fait d'imposer ou de tenter d'imposer à une personne ou une catégorie de personnes de se dissimuler le visage dans les lieux publics en raison de son appartenance à une catégorie de personnes déterminée notamment par son sexe, ses mœurs, ses convictions philosophiques, politiques ou religieuses réelles ou supposées, par menace, violence, contrainte, abus de pouvoir ou abus d'autorité pourrait faire l'objet d'une incrimination spécifique délictuelle.

Cette nouvelle infraction permettrait ainsi de sanctionner les personnes qui, sans être directement inquiétées par la pénalisation de la dissimulation du visage, obligent leurs proches ou autrui à adopter un tel comportement, notamment les détenteurs de l'autorité parentale à l'égard des mineurs.

3. MODALITES DE MISE EN OEUVRE

Le recours à la loi serait indispensable pour trois raisons :

- D'une part, la création d'une catégorie particulière de peines alternatives applicables à des contraventions relève du domaine de la loi, même si les éléments constitutifs d'une infraction contraventionnelle déterminée doivent être fixés par décret (cf., par exemple, la décision du CC., n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009, sur la loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet).
- D'autre part, à supposer que la sanction se limite à la création d'une contravention, matière réglementaire par nature, on peut se demander si une prohibition aussi large et prenant des formes aussi diverses de la dissimulation volontaire du visage ne touche pas aux règles relatives aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, et, dans une moindre mesure, au droit de propriété et à la liberté du commerce et de l'industrie, au sens de l'article 34 de la Constitution. En effet, le Conseil constitutionnel considère qu'en vertu de cette disposition, « *il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré* » (CC., n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Cons. 3 ; CC., n° 2003-467 DC du 13 mars 2003).
- Enfin, la sanction des auteurs de contraintes tendant à la dissimulation du visage d'autrui relève elle aussi de la loi, dès lors que la qualification délictuelle serait retenue.

Il en résulte qu'il appartient à la loi de poser la règle de prohibition et les catégories d'exceptions dont elle est assortie ainsi que, le cas échéant, la création d'une catégorie particulière de peines, le régime des peines alternatives envisagées et les peines applicables aux « instigateurs ». Il appartiendrait ensuite au pouvoir réglementaire de définir précisément le type d'infraction et la peine contraventionnelle correspondante.

Par ailleurs, compte tenu de la nature de l'interdiction – qu'elle soit fondée sur la sécurité publique ou sur les exigences de l'identification – et du travail de pédagogie qui devrait l'accompagner, la loi instituant l'interdiction devrait prévoir une entrée en vigueur différée, de trois ou six mois par exemple.

L'adoption préalable d'une résolution parlementaire solennelle serait en outre de nature à la fois à préparer cette interdiction et à en assurer la compréhension collective, notamment par le biais d'une large diffusion.

Enfin, s'agissant de leur application sur le territoire de la République, les dispositions décrites ci-dessus auraient vocation à s'appliquer de plein droit aux départements d'outre-mer et à Mayotte.

Le Conseil d'Etat s'est interrogé sur la légalité de leur application à la Polynésie française et à la Nouvelle-Calédonie au regard de la répartition des compétences entre l'Etat et les autorités locales. Il a toutefois estimé que les règles transversales qui, comme celles qui sont proposées,

touchent aux garanties des libertés publiques, à la sécurité et à l'ordre publics et qui sont assorties de sanctions pénales générales, relèvent par nature de la compétence de l'Etat.

En outre, pour plus de sécurité juridique, s'agissant de dispositions législatives qui ne peuvent se rattacher à une loi de souveraineté, une mesure d'extension spécifique doit être prévue s'agissant de la Polynésie française, de la Nouvelle-Calédonie et de Wallis et Futuna.



Dans le cadre de la lettre de mission du Premier ministre (Annexe 1), le Conseil d'Etat, pour éclairer les considérations qui précèdent, présente des formulations de nature législative correspondant à des solutions juridiques envisageables (Annexe 2). Il observe toutefois que, quelles que soient les précautions d'ordre normatif qu'il a entendu prendre, il ne paraît pas possible d'éviter toutes les difficultés concrètes d'application liées aux conditions du contrôle et aux réactions susceptibles d'être provoquées. Tout au moins, il lui est apparu qu'une détermination claire et largement entendue des obligations et des responsabilités légales incombant à chacun, comme, en pratique, les précautions à prendre pour la mise en œuvre par les autorités responsables de ces contrôles, seraient de nature à minorer ces risques.

ANNEXES

ANNEXE 1 : LETTRE DE MISSION

Le Premier Ministre

Paris, le

29 JAN 2015

4535

Monsieur le Président,

La question du port de la burqa, du niqab ou de toute autre forme de voile intégral fait partie du débat public depuis plusieurs mois.

Cette pratique heurte en effet notre conception républicaine de la vie sociale. Elle pose la question de la possibilité juridique d'empêcher de tels comportements sociaux dans une société démocratique.

La mission d'information de l'Assemblée nationale sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, présidée par M. André Gérin, a conduit pendant plusieurs mois un travail de réflexion d'une grande qualité, à partir d'auditions nombreuses et instructives. Son rapport permet de prendre toute la mesure du phénomène et de réfléchir à sa signification, tout en soulignant la complexité juridique de la question.

Le Gouvernement a la conviction que le port du voile intégral n'est pas acceptable dans notre République, parce que, signe d'un repli communautariste, il est contraire au principe d'égalité entre les hommes et les femmes ainsi qu'à notre conception de la dignité humaine. Cette idée pourrait être affirmée dans le cadre d'une résolution parlementaire. Dans l'esprit du Gouvernement, cela ne permettrait pas de faire l'économie d'une intervention du législateur.

Or, la nature et les enjeux de ce débat rendent souhaitable la recherche d'un consensus républicain sur ce cadre juridique. En outre, il est essentiel de mener la réflexion dans des conditions prévenant tout risque d'interprétation qui blesserait nos compatriotes de confession musulmane.

Monsieur Jean-Marc SAUVE
Vice-Président du Conseil d'Etat
1, place du Palais-Royal
75100 PARIS cédex 01

Les voies et moyens pour traduire dans le droit positif la condamnation de principe du port du voile intégral font actuellement l'objet de différentes propositions. Celles-ci se retrouvent dans les préconisations du rapport de la mission parlementaire, aussi bien que dans une proposition de loi qui pourrait être prochainement déposée à l'Assemblée nationale. La Commission nationale consultative des droits de l'homme a par ailleurs rendu avis sur la question le 21 janvier dernier.

Je souhaite que le Conseil d'Etat apporte son concours au Gouvernement pour lui permettre d'arbitrer la traduction juridique des préoccupations exprimées par la représentation nationale et de soumettre rapidement au Parlement un projet de loi sur ce sujet.

Vous étudierez donc les solutions juridiques permettant de parvenir à une interdiction du port du voile intégral, que je souhaite la plus large et la plus effective possible.

Je souhaiterais que vos conclusions puissent m'être adressées avant la fin du mois de mars.

Je vous prie de croire, Monsieur le Président, à l'assurance de mes sentiments les meilleurs.



François Fillon

ANNEXE 2 : SOLUTIONS JURIDIQUES ENVISAGEABLES

1/ Formulations relatives à des conditions d'interdiction

« Toute personne doit maintenir son visage découvert lorsque cette prescription résulte d'un arrêté du représentant de l'Etat portant sur tout lieu ouvert au public qu'il détermine ou, le cas échéant, d'un arrêté du maire pris en vertu des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, pour prévenir, en raison de circonstances déterminées, une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens. »

« Toute personne doit découvrir son visage :

1°) pour entrer et circuler dans les lieux, définis par des dispositions législatives ou réglementaires, où doivent être effectuées, notamment eu égard aux exigences du service public, des vérifications relatives à l'identité ou à l'âge ;

2°) pour obtenir des biens ou des services dont la délivrance nécessite, en application de prescriptions législatives ou réglementaires, des vérifications de même nature. »

« Des dérogations aux dispositions qui précèdent peuvent être prévues pour des raisons de santé ou de sécurité personnelles dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

« Les contraventions encourues en répression de ces dispositions peuvent comporter le prononcé de la peine prévue à l'article 131-15-2 du code pénal. »

« Les dispositions qui précèdent sont applicables sur l'ensemble du territoire de la République. »

2/ Formulations relatives à des modifications du code pénal

Le code pénal est ainsi modifié :

1° Après l'article 131-5-1 est inséré un article 131-5-2 ainsi rédigé :

« Article 131-5-2 - Lorsque la loi le prévoit, la juridiction peut prononcer, pour un délit puni d'une peine d'emprisonnement, à la place ou en même temps que cette dernière, la peine de l'injonction de se soumettre à une médiation sociale. Il en est de même lorsqu'un délit est puni à titre de peine principale d'une seule peine d'amende.

L'injonction de se soumettre à une médiation sociale consiste dans l'obligation pour le condamné de participer à des actions d'un organisme de médiation agréé dans un délai, qui ne peut excéder six mois, et selon les modalités fixées par la juridiction. Les conditions d'agrément des organismes de médiation sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

Lorsqu'elle prononce la peine de l'injonction de se soumettre à une médiation sociale, la juridiction fixe la durée maximum de l'emprisonnement, qui ne peut excéder X mois, ou le montant maximum de l'amende, qui ne peut excéder X euros, dont le juge de l'application des peines pourra ordonner la mise à exécution en tout ou partie dans les conditions prévues par l'article 712-6 du code de procédure pénale si le condamné ne respecte pas l'obligation fixée. Si le délit n'est puni que d'une peine d'amende, la juridiction ne fixe que le montant de l'amende, laquelle ne peut excéder X euros, qui pourra être mis à exécution. Le président de la juridiction en avertit le condamné après le prononcé de la décision.

2° Après l'article 131-15-1 est inséré un article 131-15-2 ainsi rédigé :

« Article 131-15-2 - Le règlement qui réprime une contravention peut prévoir que la juridiction peut prononcer à la place ou en même temps que la peine d'amende la peine de l'injonction de se soumettre à une médiation sociale selon les modalités prévues par l'article 131-5-2.

Dans ce cas, la juridiction fixe le montant maximum de l'amende, qui ne peut excéder X euros, dont le juge de l'application des peines pourra ordonner la mise à exécution en tout ou partie dans les conditions prévues par l'article 712-6 du code de procédure pénale si le condamné ne respecte pas l'obligation de réparation.

3° Au chapitre II du titre II du livre II, il est créé une section III quater ainsi rédigée :

« Section III quater : De l'instigation à dissimuler son visage en public

« Article 222-33-4 - Le fait par menace, violence ou contrainte, abus de pouvoir ou abus d'autorité d'imposer à autrui de dissimuler son visage en public en raison de son sexe, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, de ses convictions politiques, philosophiques ou religieuses, ou de son apparence physique est puni de X mois d'emprisonnement et de X euros d'amende.

Lorsque le fait est commis au préjudice d'un mineur, les peines prévues à l'alinéa précédent sont de X mois d'emprisonnement et X euros d'amende.

Les personnes coupables des infractions prévues au présent article encourent également la peine complémentaire de l'injonction de se soumettre à une médiation sociale conformément à l'article 131-5-2.