

Le niqab de retour à Strasbourg

Stéphanie Hennette Vauchez

Professeure de droit public

Université Paris Nanterre

Directrice du CREDOF (Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, UMR 7074 CTAD)

L'interdiction du niqab est à la mode. Après que la France ait lancé le mouvement en adoptant la première interdiction législative¹, plusieurs pays ont suivi la même voie, à l'instar de la Suisse, la Bulgarie ou la Belgique. Outre-Quévrain, la loi votée le 1^{er} juin 2011 était précédée d'un débat vigoureux, alimenté par l'adoption de nombreuses ordonnances municipales aux mêmes fins² : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public. Ce « choix de société »³ allait mener la Belgique devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Fouzia Dakir, une ressortissante belge de quarante ans qui indique avoir porter le voile « de sa propre initiative » depuis l'âge de 16 ans, a contesté l'ordonnance municipale de son lieu de résidence (la commune de Dison) devant le juge administratif ; mais le Conseil d'Etat a rejeté son recours⁴. Samia Belcacemi et Yamina Oussar, quant à elles, furent d'abord verbalisées sur le fondement de semblables ordonnances municipales prohibant, dans les communes d'Etterbeek et de Molenbeek-Saint-Jean, le port du voile intégral. Par la suite, après que la loi fédérale de 2011 ait élevé l'interdiction au rang législatif, la première, de nationalité belge, décidait de cesser de porter le niqab en dépit de l'atteinte ainsi causée à ses croyances, par peur de la stigmatisation et de la criminalisation auxquelles sa pratique l'exposait ; la seconde, ressortissante marocaine, optait pour une modification drastique de son style de vie : renonçant à toute vie sociale, elle se terrait à son domicile pour ne plus en sortir qu'au strict minimum. Toutes deux furent parties à une action en suspension et annulation de la loi de 2011 qui fut rejetée par la Cour constitutionnelle belge. Mme Dakir d'une part, et Mmes Belcacemi et Oussar d'autre part portèrent leurs affaires devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, qui constata à l'unanimité, le 11 juillet 2017⁵, une absence de violation des articles 9 (liberté de religion) et 14 (non-discrimination) de la CEDH⁶.

¹ Loi n°2010-1192 du 11 octobre 2010 relative à l'interdiction de la dissimulation dans l'espace public ; v. aussi le dossier coordonné par P.-H. Prélôt in *Revue de droit des religions*, 2016, n°2, ainsi que « Débat autour de la décision 2010-613 DC du 7 octobre 2010 », *Recueil Dalloz*, p. 1166.

² En Italie également, des ordonnances municipales peuvent constituer le fondement de mesures, locales, d'interdiction du niqab ; v. M. Möschel, « La burqa en Italie : d'une politique locale à une législation nationale », in O. Roy, D. Koussens, dir., *Quand la burqa passe à l'Ouest*, Presses universitaires de Rennes, 2014, p. 237.

³ CEDH, 11 juillet 2017, *Dakir c. Belgique*, n°4619/12, §56.

⁴ La Cour Européenne des Droits de l'Homme constate sur ce point une violation de l'article 6§1 : en effet, alors que la requérante a dirigé son recours contre l'article 113bis qui décline au cas du voile intégral la norme d'interdiction figurant à l'article 113 du règlement municipal attaqué, le Conseil d'État a refusé d'examiner ses arguments au fond. La Cour voit là un « formalisme excessif » (§81) constitutif d'une violation du standard du procès équitable.

⁵ CEDH, 11 juillet 2017, *Dakir c. Belgique*, préc. ; CEDH, 11 juillet 2017, *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, n°37798/13.

⁶ D'autres griefs étaient soulevés par les requérantes, qui invoquaient également une violation des articles 3, 5, 8, 10, et 11 ; mais soit la Cour choisit d'examiner les requêtes au prisme essentiel de l'article 9, estimant

A vrai dire, il ne s'agit pas là des arrêts les plus surprenants ou inattendus rendus par la Cour de Strasbourg –ne fût-ce que parce qu'ils font suite à l'arrêt de Grande Chambre du 1^{er} juillet 2014⁷ par lequel la Cour validait la loi française portant elle aussi interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, il y a juste trois ans. La réitération d'un constat de non-violation est néanmoins importante, notamment parce qu'il existait, entre les dispositions belges et françaises attaquées, des différences significatives. En premier lieu, la notion de « vivre ensemble » que la Cour accepte de considérer comme fondement valable de la loi d'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, parvenait cette fois-ci à Strasbourg avec un contenu bien plus précis et riche que cela n'avait été le cas dans l'affaire française jugée en 2014. En second lieu, l'argument de la discrimination indirecte subie par les femmes musulmanes soulevé par Mmes Dakir, Belcacemi et Oussar comme il l'avait été par la requérante à l'origine de l'arrêt *SAS c France*, paraissait relativement consolidé par l'expérience et le recul générés par plusieurs années d'application de la loi. Quant à la question de la proportionnalité de la restriction causée par l'interdiction de la dissimulation du visage à différents droits garantis par la Convention (et notamment, à la liberté religieuse), elle méritait potentiellement d'être repensée à nouveaux frais dès lors que la législation belge prévoit, parmi les sanctions possibles, une peine d'emprisonnement (de 1 à 7 jours). Pourtant, et en dépit de ces différences notables entre l'affaire française de 2014 et les affaires belges de 2017, la Cour aboutit dans les deux cas à un constat de non-violation. On proposera ici un commentaire critique de son raisonnement, en rappelant d'abord les interrogations soulevées par l'affirmation du « vivre ensemble » comme marqueur d'un « modèle de société » (I), pour souligner ensuite la manière tautologique dont la Cour contourne la question de la discrimination indirecte (II), et suggérer enfin que son raisonnement relatif à la proportionnalité interroge la conception même que nous nous faisons des communautés politiques européennes contemporaines (III).

I- Le « vivre ensemble » comme pierre de touche du « modèle [européen] de société »

On se souvient que l'argument du « vivre ensemble » avait joué un rôle déterminant dans l'affaire *SAS c. France*. Si la Cour européenne des droits de l'Homme n'acceptait qu'avec réticence de considérer que la « sécurité publique » était l'un des buts poursuivis par le Gouvernement à l'initiative de la loi du 11 octobre 2010⁸, le cœur de son raisonnement

qu'aucune question distincte de celles ainsi examinées ne se pose au regard des articles 8 ou 10, soit elle rejette comme manifestement infondés les griefs tirés de la violation des articles 3 (seuil de gravité), 5 et 11.

⁷ CEDH, GC, 1^{er} juillet 2014, *SAS c. France*, n°43835/11 ; pour des commentaires, v. P. Ducoulombier, « Tenue correcte exigée », *RTDE*, 2015, p. 95 ; F.-X. Millet, « When the European Court of Human Rights Encounters the Face: A case note on the burqa ban in France », *European Constitutional Law Review*, 2015, vol. 11, p. 408 ; C. Chassang, « La CEDH et la loi du 11 octobre 2010 : une validation en demi-teinte », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1701.

⁸ CEDH, GC, 1^{er} juillet 2014, *SAS c. France*, préc., §115 : « Au vu du dossier, on peut certes se demander si le législateur a accordé un poids significatif à de telles préoccupations ». Cependant, après avoir admis de considérer qu'il s'agissait là d'un but légitime de la mesure, la Cour juge disproportionnée à cet objectif une interdiction générale et permanente hors de tout contexte « révélant une menace générale contre la sécurité publique » (§139). On aurait pu souhaiter que la Cour aie choisi de réfuter cet argument à la première de ces deux occasions où elle l'examine. Si elle avait, en effet, suivi le sentiment de doute sur la sincérité de l'argumentation gouvernementale qu'elle exprime au §115, elle aurait utilement participé à la nécessaire entreprise de 'sincérisation' du débat national sur la question : le débat sur la burqa –et, plus largement, sur la laïcité- gagnerait en qualité si les partisans de son interdiction mettaient fin à l'hypocrisie consistant à affirmer

résidait dans son admission de principe de « ce que le législateur qualifie de ‘respect des exigences minimales de la vie en société –le ‘vivre ensemble’- [pouvait] se rattacher au but légitime que constitue la protection des droits et libertés d’autrui »⁹ et donc, fonder des restrictions à la liberté religieuse en vertu de l’article 9§2 de la Convention. La Cour ne disait cependant presque rien du contenu et de la signification de ce nouveau « concept européen »¹⁰, se bornant à admettre que le port du voile intégral puisse être interprété comme une forme de retrait susceptible de le mettre en cause en obérant la possibilité de relations interpersonnelles¹¹. A vrai dire, elle exprimait même une forme de méfiance à son endroit, soulignant la « flexibilité » de la notion et « le risque d’excès qui en découle », lesquelles commandaient à ses yeux qu’il soit procédé à « un examen attentif de la nécessité de la restriction considérée »¹².

Il serait important de préciser la généalogie exacte de cette notion de “vivre ensemble” et de son vif succès. En France, on la trouve en bonne place dans le rapport Gérin de la mission d’information parlementaire qui joua un rôle important dans la mise à l’agenda politique de la question de la burqa¹³ ; et elle a effectivement été largement reprise par le Gouvernement à l’occasion du contentieux européen. En Belgique aussi, elle a rencontré un vif succès et joue un rôle central dans l’argumentation de la Cour constitutionnelle¹⁴. Mais ce succès est récent ; la notion était même jusqu’il y a peu parfaitement inconnue. *A fortiori* n’était-elle pas reconnue comme concept juridiquement pertinent. Plus encore, ce que véhicule cette notion de « vivre ensemble » (ie. un standard de la vie bonne –ou, tout du moins, de certaines de ses conditions de possibilité) est considéré par de nombreux auteurs et acteurs comme tout à fait antinomique avec les conditions mêmes de légitimité d’une communauté politique libérale¹⁵. Certes, dans le cas français, ce défaut est volontiers considéré comme pallié par une « tradition républicaine » qui, légitimant des formes d’interventions plus substantielles du politique que les théories libérales de l’Etat, viendrait appuyer cette idée d’exigences minimales de la vie en société. Mais non seulement ce paradigme républicain fait lui-même débat¹⁶, il demeure en toute hypothèse assez largement français et ne saurait en tant que tel et à lui seul fonder un standard européen.

que les conducteurs de motos portant casque intégral tombent tout autant sous le coup de la loi que les femmes portant burqa. Il ressort clairement de dix années d’intensification de la régulation juridique du fait religieux en France que de nombreux acteurs juridiques et politiques estiment qu’il y a quelque chose de l’ordre d’une contrariété entre les valeurs républicaines et certaines manifestations religieuses propres à l’Islam. C’est naturellement cette conversation là qu’il importe d’avoir, et le fait qu’elle tende à être dissimulée derrière divers paravents, comme celui de la sécurité publique, ne sert personne.

⁹ CEDH, GC, 1^{er} juillet 2014, SAS c. France, préc., §121.

¹⁰ J.-P. Marguénaud, « Le vivre ensemble et l’interdiction de la dissimulation du visage dans l’espace public, ou le bricolage d’un nouveau concept européen aux fins de sauvegarde d’une incrimination malvenue », *RSC*, 2014, p. 626.

¹¹ CEDH, GC, 1^{er} juillet 2014, SAS c. France, préc., §122.

¹² Ibid.

¹³ http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/voile_integral.asp

¹⁴ V. notamment arrêt n°145/2012 du 6 décembre 2012.

¹⁵ Dans la tradition rawlsienne, la légitimité de la communauté politique libérale tient dans le fait que l’Etat s’y occupe du juste mais non du bien.

¹⁶ V. notamment les travaux de Cécile Laborde et en particulier : *Critical Republicanism. The Hijab Controversy and Political Philosophy*, 2008, Oxford University Press.

Reste qu'en Belgique, c'est une conception substantiellement enrichie du "vivre ensemble" qui a été mise en avant. Les extraits de l'arrêt de la Cour constitutionnelle belge de 2012 cités par la Cour de Strasbourg établissent ainsi que :

- Le vivre ensemble est l'emblème d'un « modèle de société » qui fait prévaloir l'individu sur ses attaches philosophiques, culturelles et religieuses en vue de favoriser l'intégration de tous
- Il exprime un « patrimoine commun de valeurs fondamentales que sont le droit à la vie, le droit à la liberté de conscience, la démocratie, l'égalité de l'homme et de la femme ou encore la séparation de l'Église et de l'État »
- La dissimulation du visage dans l'espace public, dès lors qu'elle empêche l'individualisation de la personne, rend impossible l'établissement des rapports humains indispensables à la vie en société.

L'argumentation est indubitablement plus riche et détaillée que celle du Conseil constitutionnel français¹⁷. Faut-il considérer pour autant que la Cour européenne des droits de l'Homme la reprend à son compte ? Une telle analyse serait probablement excessive. D'ailleurs, ce n'est guère que dans l'exposition des faits puis du droit applicable que l'on trouve ces éléments de substantialisation de la notion de « vivre ensemble ». Lorsqu'elle expose son propre raisonnement, la Cour revient d'ailleurs à l'approche minimaliste qui avait été la sienne dans l'affaire *SAS c. France* et se borne à admettre que la notion puisse correspondre à « la protection des droits et libertés d'autrui » visés par l'article 9§2 comme finalité nécessaire des restrictions apportées à la liberté religieuse garantie par l'article 9§1. Il n'en reste pas moins que le constat de non-violation auquel la Cour aboutit dans ses deux arrêts de juillet 2017 produit bien pour résultat de valider, fût-ce indirectement, cette notion de « vivre ensemble » ici définie comme emblème d'un « modèle de société ». Ce faisant, elle ne fait que renforcer les inquiétudes soulevées par sa consécration de la notion en 2014, exprimées notamment par les juges dissidentes Nussberger et Jäderblom¹⁸ : voilà en effet une notion bien abstraite qui, en tant que telle, tranche singulièrement avec ce qui est généralement requis en matière de restrictions aux droits garantis par la Convention. En cela, la critique que suscite cette consécration de la notion de « vivre ensemble » dans le contentieux européen des droits de l'Homme fait assez largement écho celle que nourrit, en France, la notion d'ordre public immatériel¹⁹.

¹⁷ Le Conseil constitutionnel avait, on s'en souvient, en 2010, « expédié » l'ensemble des questions constitutionnelles potentiellement soulevées par l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public en six petits paragraphes... : CC, 2010-613 DC, 7 octobre 2010, *Dissimulation du visage dans l'espace public*. Le gouvernement français qui avait à son tour repris cette notion à son compte dans le cadre de l'affaire *SAS c. France* n'expliquait que peu la notion, et la définissait sommairement comme renvoyant aux « exigences minimales de la vie en société ».

¹⁸ V. par exemple les extraits suivants de leur opinion dissidente : « Nous ne pouvons néanmoins souscrire à l'avis de la majorité car, pour nous, des droits individuels concrets garantis par la Convention sont ici sacrifiés à des principes abstraits. Nous doutons que l'interdiction totale du voile intégral dans l'espace public poursuive un but légitime », « Il n'y a pas de correspondance directe entre le concept très général du « vivre ensemble » et les droits ou libertés garantis par la Convention », « Il est vrai que le « vivre ensemble » requiert la possibilité d'échanges interpersonnels. Il est également vrai que le visage joue un rôle important dans les interactions humaines. Mais cette idée ne peut pas être détournée pour justifier la conclusion selon laquelle aucune interaction humaine n'est possible si le visage est intégralement dissimulé ».

¹⁹ P. Delvolvé, « L'ordre public immatériel », *RFDA*, 2015, p. 890 ; v. aussi : Nicolas Hervieu, « Burkini : Entretien croisé des Professeurs Stéphanie Hennette-Vauchez et Joël Andriantsimbazovina sur la décision du Conseil d'Etat », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 31 août 2016, consulté le 21 février 2017. URL : <http://revdh.revues.org/2514>.

II- Le contournement tautologique du moyen tiré d'une discrimination indirecte

Dans chacune des affaires, française ou belges, relatives à l'interdiction du voile intégral, la Cour était saisie de moyens tirés de la violation, par les mesures d'interdiction, de l'article 14 de la Convention (interdiction des discriminations). *Prima facie*, la situation des femmes musulmanes qui souhaitent revêtir le voile intégral semble en effet correspondre remarquablement bien à la définition du concept de discrimination indirecte : le droit européen nous enseigne qu'« une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe [par exemple], à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés »²⁰ ; et en France, le législateur a fait sienne cette approche européenne (fût-ce avec réticence), puisqu'on lit dans la loi du 27 mai 2008 que : « constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ». Tant en France qu'en Belgique, les lois de 2010 et 2011 qui ont été mises en cause devant la Cour Européenne des droits de l'Homme sont des lois d'interdiction *générique* –et non pas spécifiques au niqab ou à la burqa : elles interdisent, généralement, le fait de dissimuler son visage au moyen d'un vêtement quel qu'il soit. Pour autant, tant en France qu'en Belgique, il ne fait guère de doute que c'est exclusivement aux femmes musulmanes qui souhaitent se voiler le visage que s'applique l'interdiction –et les sanctions corrélatives. Des études empiriques, menées notamment en France par *Open Society Justice Initiative*²¹ ou, en Europe, par le centre des droits de l'Homme de l'Université de Gand²², fournissent de ce point de vue de précieux éléments ; et il en va de même de différents rapports officiels²³.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme ne semble cependant pas vouloir emprunter la voie de la mesure empirique de l'impact de ces textes. Elle préfère mettre l'accent sur le fait que le concept de discrimination indirecte ne peut trouver à s'appliquer dès lors que la mesure ou la politique en cause bénéficie d'une justification « objective et raisonnable ». Ainsi, explique-t-elle, dès lors qu'elle poursuit un « but légitime » qu'il existe un « rapport raisonnable de proportionnalité » entre les moyens employés et le but visé, le moyen tiré de la violation de l'article 14 ne saurait prospérer²⁴. Un tel raisonnement mène naturellement la Cour, tant dans son arrêt de 2014 que dans ceux de 2017, à déclarer les lois interdisant le voile intégral conformes à la CEDH, puisque l'examen du moyen tiré de la violation de l'article 14 fait précisément suite au raisonnement déployé sur l'article 9 au terme duquel

²⁰ Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997, art. 2§2 ; cette définition est reprise à son compte par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, v. CEDH, GC, 13 novembre 2007, *DH et autres c. République tchèque*, n°57325/00, §82.

²¹ OSJI, *Un voile sur la réalité : 35 femmes expliquent pourquoi elles portent le voile intégral*, 2011 : https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/aa-unveiling-the-truth-french-20110411_0.pdf

²² E. Brems, dir., *The Experiences of Face Veil Wearers in Europe*, Cambridge University Press, 2014.

²³ Observatoire de la laïcité, *Rapport Annuel 2013-14* et notamment : P. Rouault-Chalier, P. Courtade, « Bilan de l'application de la loi du 11 octobre 2010 », p. 80.

²⁴ V. CEDH, GC, 1^{er} juillet 2014, *SAS c. France*, préc., §161 ; et CEDH, 11 juillet 2017, *Dakir c. Belgique*, préc., §65.

elle a établi que l'interdiction est objective, raisonnable, justifiée par référence à l'argument du « vivre ensemble ».

Un tel mode de raisonnement n'est toutefois pas à l'abri de la critique. Il est en effet largement tautologique et soulève la question de la pertinence même du concept de discrimination indirecte dans le contentieux des droits de l'Homme. Le raisonnement déployé par la Cour a en effet pour conséquence de rendre impossible l'hypothèse où une restriction à un droit garanti par la Convention qui serait admissible au regard du strict appareil normatif des droits de l'Homme (ie. au regard, par exemple, des conditions posées par les paragraphes 2 des articles 8, 9, 10, et 11 de la CEDH) serait jugée comme produisant des effets discriminatoires. En d'autres termes, dès lors que la Cour Européenne des Droits de l'Homme a jugé qu'une règle ou une mesure donnée était admissible du point de vue du régime des restrictions aux droits garantis par la Convention, tous les arguments relatifs à son potentiel impact discriminatoire deviennent nuls et non avenus.

Un tel état du droit doit soulève assurément un grand nombre de questions. Des questions théoriques, tout d'abord, relatives à la pertinence même du concept de discrimination indirecte sur le terrain des droits de l'Homme. Des questions plus socio-politiques ensuite, dans la mesure où il constitue une illustration supplémentaire de la position fort malaisée dans laquelle le droit européen place progressivement les croyants musulmans –et singulièrement, les croyantes musulmanes. Ainsi, les derniers développements à la Cour de Justice de l'Union Européenne en matière de discrimination religieuse²⁵ semblent procéder de l'idée que toute restriction à la liberté religieuse n'équivaut pas à une discrimination au sens juridique. En particulier dans l'affaire *Achbita*, la Cour de Luxembourg établit que le choix d'une entreprise d'imposer à ses salariés une règle de neutralité des convictions religieuses, philosophiques ou politiques constitue *a priori* un but légitime au regard de l'article 2§2.b.i) de la directive²⁶ (conforté dès lors par le fait qu'il trouve sa source dans la liberté d'entreprendre garantie par la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne) –et elle rejette, pour ce motif, la qualification de discrimination indirecte²⁷. Parallèlement, aux termes de la jurisprudence strasbourgeoise, une restriction à la liberté religieuse jugée valable aux termes de l'article 9§2 ne saurait en principe être analysée comme discriminatoire –puisqu'elle jouit par hypothèse d'une justification objective et raisonnable. La combinaison de ces deux approches européennes aboutit à une situation où seules des interdictions qui seraient inadmissibles au regard du droit des droits de l'Homme (ie. de l'article 9§2) seraient susceptibles d'être, par ailleurs, jugés discriminatoires. Où l'on voit que non seulement le caractère opératoire de la notion de discrimination indirecte paraît ici singulièrement fragilisé, mais encore que le droit européen semble peiner à

²⁵ CJUE, GC, 14 mars 2017, *Asma Bougnaoui & ADDH v. Micropole SA*, C-188/15 ; CJUE, GC, 14 mars 2017, *Samira Achbita & Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. G4S Secure Solutions NV*, C-157/15.

²⁶ Article 2 : Aux fins du paragraphe 1: (...) b) une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que: i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires » [nous soulignons].

²⁷ Selon la Cour, une discrimination indirecte ne serait alors constituée que si de telles règles internes ne répondaient pas aux critères de nécessité et de caractère approprié. V. C. Wolmark, « Neutralité dans l'entreprise ou neutralisation des travailleurs ? », *Droit Ouvrier*, 2017, n°825, p. 226 ; on se permet aussi de renvoyer à S. Hennette Vauchez, « Equality and the Market : the Unhappy Fate of religious discrimination in Europe », *European Constitutional Law Review*, 2017 à paraître.

apporter quelque protection ou garantie que ce soit aux musulmanes visées par les interdictions du voile intégral.

III- L'enjeu de la proportionnalité

Restait à la Cour à examiner la question de la proportionnalité : l'ingérence dans l'exercice de la liberté de religion que constitue par hypothèse la loi belge du 1^{er} juin 2011 est-elle proportionnée au but recherché ?

La question de l'admissibilité de sanctions pénales en cas de violation de l'interdiction de la dissimulation du visage au regard de la CEDH avait déjà été tranchée en 2014. Examinant le régime de sanctions prévu par la loi française, la Cour avait estimé que l'amende (contravention de 2^{ème} classe) et le stage de citoyenneté comptaient parmi les sanctions les plus légères qu'il était loisible au législateur de retenir, ce qui rendait acceptable la nature pénale de ce régime –au sujet duquel la Cour soulignait tout de même qu'elle était susceptible de causer un « traumatisme » pour les femmes « qui ont fait le choix de porter le voile intégral pour des raisons tenant à leurs convictions »²⁸.

Mais au-delà du principe de sanctions pénales en cas de contravention à l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, la question de leur nature se trouvait posée à nouveau dans les affaires belges jugées en juillet 2017. En effet, la loi belge du 1^{er} juin 2011 prévoit non seulement des peines d'amende, mais aussi une peine d'emprisonnement pouvant aller de 1 à 7 jours²⁹. La Cour européenne des droits de l'Homme indique que la peine d'emprisonnement ne serait possible que dans l'hypothèse de récidive³⁰ ; bien qu'on ne trouve pas trace de cette restriction dans le texte même de la loi, elle est effectivement mentionnée par la Cour constitutionnelle belge³¹. Le Gouvernement belge a en outre fait valoir devant la Cour européenne que, plusieurs années après l'entrée en vigueur de la loi, aucune peine de prison n'avait été prononcée³². Ces arguments semblent avoir pesé sur l'appréciation de la Cour. Affirmant que la question de l'appréciation *in concreto* de la proportionnalité des peines prononcées en application de la loi du 1^{er} juin 2011 revient au juge national, le juge européen semble se contenter, à son niveau, de garanties relatives au fait que la peine d'emprisonnement n'a rien d'automatique³³. Ainsi, non seulement un

²⁸ CEDH, GC, 1^{er} juillet 2014, *SAS c. France*, §152.

²⁹ L'article 2 de la loi dispose : « Dans le Code pénal, il est inséré un article 563bis rédigé comme suit : 'Art. 563bis. Seront punis d'une amende de quinze euros à vingt-cinq euros et d'un emprisonnement d'un jour à sept jours ou d'une de ces peines seulement, ceux qui, sauf dispositions légales contraires, se présentent dans les lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie, de manière telle qu'ils ne soient pas identifiables. Toutefois, ne sont pas visés par l'alinéa 1er, ceux qui circulent dans les lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie de manière telle qu'ils ne soient pas identifiables et ce, en vertu de règlements de travail ou d'une ordonnance de police à l'occasion de manifestations festives' » [souligné par nous].

³⁰ CEDH, 11 juillet 2017, *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, §57.

³¹ Arrêt 145/2012 du 6 décembre 2012, §B.29.1 : « Sous réserve de ce qui est mentionné en B.30, en ce qu'elle s'adresse aux personnes qui, librement et volontairement, dissimulent leur visage dans les lieux accessibles au public, la mesure attaquée n'a pas d'effets disproportionnés par rapport aux objectifs poursuivis dès lors que le législateur a opté pour la sanction pénale la plus légère. *La circonstance que la peine puisse être plus lourde en cas de récidive ne mène pas une autre conclusion.* Le législateur a pu, en effet, estimer que le contrevenant qui est condamné pour un comportement pénalement réprimé ne réitérera pas ce comportement, sous la menace d'une sanction plus lourde » [nous soulignons].

³² CEDH, 11 juillet 2017, *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, préc., §43.

³³ *Ibid.*, §58 : « Des explications fournies par le Gouvernement (voir paragraphe 43, ci-dessus), la Cour constate que l'application de la loi par les juridictions pénales doit se faire dans le respect du principe de proportionnalité et de la Convention et que la lourdeur de la sanction d'emprisonnement à laquelle les

régime de sanctions pénales en cas de dissimulation du visage dans l'espace public est conforme à la Convention, mais encore celui-ci peut aller jusqu'à inclure une peine d'emprisonnement.

Il est notable que les juges Spano et Karakas, qui joignent une opinion concordante aux arrêts de juillet 2017, soulignent pour leur part qu'une « privation de liberté imposée aux fins de faire appliquer cette interdiction, fût-ce en cas de récidive, ferait naître une forte présomption de disproportionnalité s'agissant de l'atteinte aux droits garantis par la Convention »³⁴. Il importe en outre de signaler que l'hypothèse de la récidive n'a, au regard de la pratique incriminée (ie. le port du voile intégral), rien d'un cas d'école : en France, le bilan de l'application de la loi du 11 octobre 2010 met précisément en avant l'importance quantitative des *repeat offenders* parmi les femmes verbalisées³⁵.

En somme, les développements consacrés par la Cour à la question de la proportionnalité de l'ingérence que constitue l'incrimination de la dissimulation du visage dans l'espace public sont tout entiers marqués au sceau de la réserve : rôle subsidiaire de la Convention, respect des choix opérés par les autorités nationales, seules investies d'une légitimité démocratique directe, large marge d'appréciation : toute la grammaire de la retenue judiciaire³⁶ est ici convoquée face à au choix d'un « modèle de société » opéré par le législateur belge. On sait que la Cour est, depuis plusieurs années, dans une situation de fragilité. On sait aussi qu'une nette inflexion jurisprudentielle marque déjà sa production normative, de sorte que le nouveau préambule (qui, suite au protocole n°15, réaffirme la subsidiarité du régime européen des droits de l'Homme et la marge d'appréciation des Etats) produit en quelque sorte déjà des effets³⁷, bien qu'il ne soit formellement pas encore entré en vigueur. Le droit européen des droits de l'Homme est peut-être bien entré, pour le dire avec le juge Spano, dans l'âge de la subsidiarité³⁸.

Il n'en reste pas moins frappant que la Cour Européenne des Droits de l'Homme n'ait rien à redire à une mesure d'interdiction susceptible de mener des femmes musulmanes de stricte observance en prison. Un tel développement du droit européen des droits de l'Homme et par ailleurs relativement inopportun, au regard d'un contexte marqué par la montée en puissance, dans de nombreux pays et notamment en Europe, de mesures qui conduisent à l'exclusion de groupes entiers de la population de l'espace public. Dans un ouvrage remarquable qui examine cette tendance des politiques publiques de l'ordre et de la sécurité de manière à la fois transversale et comparative, le juriste suisse Daniel Moeckli démontre qu'elle fait fond sur, d'une part, la privatisation de l'espace public et d'autre part, sa régulation accrue en relation avec l'émergence et la consolidation d'un paradigme sécuritaire³⁹. Il recense et analyse ainsi toute une série de lois et règlements qui, aux Etats-

requérantes pourraient théoriquement être exposées est tempérée au niveau de sa mise en œuvre par l'absence d'automatisme dans son application ».

³⁴ Opinion concordante, §11.

³⁵ P. Rouault-Chalier, P. Courtade, « Bilan de l'application de la loi du 11 octobre 2010 », in Observatoire de la laïcité, *Rapport Annuel 2013-14*, préc.

³⁶ CEDH, 11 juillet 2017, *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, préc., §51 et suivants ; CEDH, 11 juillet 2017, *Dakir c. Belgique*, préc., §54 et suivants.

³⁷ M. Madsen, "Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?", *Journal of International Dispute Settlement*, à paraître [disponible en ligne: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2993222%20].

³⁸ R. Spano, « Universality or Diversity of Human Rights ? Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Human Rights Law Review*, 2014, vol. 14, p. 487.

³⁹ D. Moeckli, *Exclusion From the Public Space: A Comparative Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, 2016.

Unis, au Royaume-Uni et en Suisse, tendent à expurger l'espace public de toutes celles et ceux qui ternissent son « image » et son apparence –et produisent dès lors un espace public largement aseptisé, sécurisé et confortable. Bien que l'ouvrage ne s'intéresse pas aux mesures d'interdiction du voile intégral qui se sont multipliées depuis près d'une décennie, il paraît tout à fait possible de les lire comme une ramification supplémentaire de ce paradigme de l'exclusion dont l'auteur documente la manière dont il s'est installé dans divers pays occidentaux. Ainsi (re)formulées comme autant de mesures d'exclusion, les lois et ordonnances d'interdiction du voile intégral pourraient mener à réfléchir au sens que revêt, pour nos communautés politiques contemporaines, cette nouvelle production d'une catégorie d'« indésirables ».