

CACHEZ CE VOILE QUE JE NE SAURAI VOIR

Les lois *anti-burqa* : De l'arrêt de la Cour constitutionnelle à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme

Sofia VANDENBOSCH¹

INTRODUCTION

1. La démocratie est une notion aux sens multiples dont la portée exacte s'avère complexe et les contours difficiles à cerner. Quel sens l'expression « vivre ensemble dans une société démocratique » doit-elle dès lors revêtir? La saga des lois dites *anti-burqa* constitue une illustration particulièrement parlante de la quête du juste équilibre entre les valeurs de la majorité et la protection du droit à la différence des minorités, et ce dans un contexte sensible, celui des convictions religieuses.

2. Après un bref exposé des cadres législatifs français et belge qui prohibent la dissimulation du visage dans l'espace public (chapitre 1^{er}), la présente contribution s'attachera à comparer le raisonnement de la Cour constitutionnelle belge et celui de la Cour européenne des droits de l'homme qui ont toutes deux validé ces lois respectivement par un arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012 et par un arrêt *S.A.S c. France*, du 1^{er} juillet 2014, rendu en Grande chambre (chapitre 2). Au terme de cet examen, nous verrons qu'une difficulté majeure réside dans la conciliation entre la volonté populaire et le respect des minorités (chapitre 3).

I. L'INTERVENTION DU LÉGISLATEUR : L'INTERDICTION DU VOILE INTÉGRAL

3. Les femmes de confession musulmane qui expriment leur foi en revêtant une *burqa* ou un *niqab* sont minoritaires au sein d'une religion qui l'est également en Occident. Elles ont cependant suscité l'émoi dans nos sociétés, dans lesquelles il était jusqu'alors pratiquement impensable, sauf dans des circonstances exceptionnelles, d'avancer dans l'espace public à visage couvert. Les législateurs français et belge sont intervenus en adoptant une règle d'interdiction générale, malgré les réticences des instances consultées sur la question quant à la conformité juridique d'une telle mesure au regard du droit international et du droit constitutionnel². Ainsi, la loi française n°

¹ Assistante au Service de droit public et constitutionnel et de droit européen de l'Université de Liège. L'auteur tient particulièrement à remercier Frédéric Bouhon, Chargé de cours à la Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie de Liège et Christian Behrendt, professeur à la même Faculté et à l'École Royale Militaire, et assesseur au Conseil d'État pour leurs patientes relectures et leurs commentaires toujours avisés ainsi que Xavier Miny, assistant et maître de conférence, pour les discussions animées qui ont permis de nourrir sa réflexion.

² Voy., parmi les plus importants, Conseil d'État (fr.), *Études relatives aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, 25 mars 2010 ; la Résolution 1743 (2010) et la Recommandation 1927 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ; T. HAMMERBERG, « Droits de l'homme en Europe : la complaisance n'a pas sa place. Points de vue de Thomas Hammerberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe », éditions du Conseil de l'Europe, 2011, pp. 44-48 ; Observation générale n° 22, relative à l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (liberté de pensée, de religion et de conscience) du 20 juillet 1993 et Observation générale n° 28, relative à l'article 3 (égalité des droits entre hommes et femmes) du 29 mars 2000 ; les diverses ONG de protection des droits de l'homme n'ont pas non plus manqué de contester l'instauration d'une interdiction généralisée du voile intégral, voy. notamment les « Recommandations de Human Rights Watch à l'intention de la Mission d'information de l'Assemblée nationale sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national » de novembre 2009 et le

2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public³ et la loi belge du 1^{er} juin 2011 visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage⁴ ont chacune introduit une nouvelle disposition de droit pénal dans leur ordre juridique respectif: il s'agit des articles 225-4-10 du Code pénal français et 563*bis* du Code pénal belge⁵. Le législateur néerlandais est sur le point de leur emboîter le pas, même si l'interdiction envisagée devrait n'être que partielle⁶.

4. Les lois française et belge, bien qu'inspirées par une même finalité, présentent certaines dissemblances au niveau de leur contenu⁷. Sur le plan des sanctions – pénales dans les deux cas –, la loi française est plus douce; elle prévoit une amende de 150 euros ainsi que l'obligation de suivre un cours de citoyenneté ou une de ces peines seulement, là où la loi belge assortit le comportement incriminé d'une amende de 90 à 150 euros mais aussi, le cas échéant, d'une peine d'emprisonnement de sept jours au plus⁸. On sait que les peines d'emprisonnement d'une durée inférieure à six mois ne sont, en pratique, pas exécutées en Belgique mais elles sont, malgré tout, inscrites au casier judiciaire de la personne concernée⁹.

Pour ce qui est des exceptions à l'interdiction, la loi française est également plus souple que la loi belge. Cette dernière prévoit des dérogations uniquement dans le cas d'une ordonnance de police à l'occasion de manifestations festives ou en vertu d'un règlement de travail. Dans la loi française, en revanche, les exceptions visent, outre les motifs professionnels et les fêtes, les manifestations artistiques ou traditionnelles, les pratiques sportives, les raisons de santé ou, de manière générale, toute exception prévue par des dispositions législatives ou réglementaires. Une exception supplémentaire est à épingle, suite à l'intervention des juridictions constitutionnelles nationales: tant en France qu'en Belgique, il est désormais également permis de porter un vêtement dissimulant le visage dans les lieux publics destinés au culte¹⁰.

Communiqué du 21 avril 2010 d'Amnesty International. Voy. également les avis du Conseil d'État néerlandais du 21 septembre 2007 (Kamerstukken II, 2007/2008, 31108, n° 4); du 6 mai 2008 (W03.08.0028/I 31 108, non encore publié); du 2 décembre 2009, (W05.09.0501/I, non encore publié) et du 28 novembre 2011 (Kamerstukken II 2011/2012 33 165, nr. 4) *Contra*, voy. VERMEULEN et al., « Overwegingen bij een boerqa verbod. Zienswijze van de deskundigen inzake een verbod op gezichtsbedekkende kleding », 2006, spéc. pp. 63-68. Dans ce rapport, commandé par le gouvernement néerlandais en 2006, la validité d'une interdiction générale au regard des motifs de sécurité publique et de protection des libertés d'autrui n'est pas écartée.

³ *Journal officiel de la République française*, 12 octobre 2010.

⁴ *Moniteur belge*, 13 juillet.

⁵ Pour un commentaire des éléments constitutifs de l'infraction en droit belge, voy. F. KUTY, « L'article 563*bis* du Code pénal ou l'interdiction de dissimuler son visage dans les lieux accessibles au public », *J.T.*, 2012, pp. 84 et suiv. et, en droit français, A. LEVADE, « Epilogue d'un débat juridique: l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée ! », *La Semaine juridique*, n° 48, novembre 2010, pp. 35 et suiv.

⁶ Instelling van een gedeeltelijk verbod op het dragen van gezichtsbedekkende kleding in het onderwijs, het openbaar vervoer, overheidsgebouwen en de zorg (Wet gedeeltelijk verbod gezichtsbedekkende kleding), kamerstukken II, 2015-2016, 34 349. L'interdiction de porter le voile intégral devrait concerner les transports publics, les hôpitaux, les édifices gouvernementaux et les écoles. L'amende prévue en cas d'infraction s'élève à 405 euros. D'après une étude, 150 femmes portent régulièrement la *burqa* ou le *niqab* aux Pays-Bas et 400 autres les portent de manière épisodique. Voy. A.R. ESMAN, « Les Néerlandais interdisent à leur tour la burqa », *Courrier international*, n° 1285 du 18 au 24 juin 2015, p. 14.

⁷ Vu ces dissemblances, on ne peut pas affirmer avec certitude que la Cour européenne des droits de l'homme ne trancherait pas dans un sens différent si la loi belge lui était soumise.

⁸ Le montant indiqué ici tient compte des décimes additionnelles.

⁹ Circulaire (interne) du ministre de la Justice n° 1771-EP du 17 janvier 2005 relative à la libération provisoire.

¹⁰ Voy. C. const., arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012, cons. B. 30 et C.C., décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, cons. 5, 2^{ème} phrase. De surcroît, en droit français, une circulaire du 31 mars 2011 relative à la présentation des dispositions relatives à la contravention de dissimulation du visage dans l'espace public reprend cette dérogation établie par le Conseil constitutionnel et recommande « aux forces de sécurité d'éviter toute intervention à proximité immédiate d'un lieu de culte », voy. BOMJL n° 2011-03 du 31 mars 2011, disponible sur http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSD1107187C.pdf (dernière consultation le 13 janvier 2016).

Une comparaison des deux législations est également intéressante sur le plan *ratione personae*. Alors que la loi belge n'instaure de sanction qu'à l'égard de la personne qui se voile intégralement le visage, la loi française va plus loin, en créant des pénalités non seulement pour cette personne mais également pour toute personne qui imposerait à autrui de dissimuler son visage « par menace, violence, contrainte, abus d'autorité ou abus de pouvoir, en raison de [son] sexe ». Les sanctions prévues sont de surcroît plus lourdes dans ce dernier cas¹¹.

Enfin, en droit belge, le fait de se couvrir intégralement le visage est également susceptible d'emporter des sanctions sur le plan administratif. Ainsi, la possibilité est maintenue pour les communes d'imposer des sanctions administratives à l'encontre des personnes qui se déplacent le visage dissimulé dans des lieux publics¹² ; dans les localités où un règlement communal prévoit ce type d'infractions, le principe *ne bis in idem* commande toutefois que le fonctionnaire désigné ne puisse infliger la sanction administrative qu'à défaut d'intervention des autorités pénales¹³.

5. Alors que ce sont principalement la *burqa* et le *niqab* qui ont motivé l'intervention législative, le contenu et les libellés des lois en question demeurent neutres et formulés en termes généraux¹⁴. Comme le démontrent les travaux parlementaires, les législateurs justifient l'adoption de ces lois de manière semblable. Ainsi, pour le Conseil des ministres français, auteur du projet de loi, « [l]e port de tenues destinées à dissimuler le visage, en particulier le voile intégral, remet en cause les règles qui forment le pacte républicain. Compte tenu de l'atteinte qu'elle porte à ces règles qui permettent le 'vivre-ensemble', à la dignité de la personne et à l'égalité entre les sexes, cette pratique, même volontaire, ne peut être tolérée en aucun lieu de l'espace public »¹⁵. Le législateur belge met quant à lui en exergue la nécessité, au-delà des considérations d'ordre public, d'élaborer « un pacte citoyen commun, permettant de représenter la société dans sa composition nouvelle »¹⁶. Des motifs tels que l'égalité entre les hommes et les femmes et la dignité humaine visent spécialement le voile intégral malgré la généralités des termes employés.

¹¹ Article 4 de la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. En Belgique, la Cour constitutionnelle renvoie à l'article 71 du code Pénal dans le cas où une femme serait forcée de porter le voile intégral. Ce dernier prévoit qu'« il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu [...] a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister ». Pour une critique du recours au principe général de la contrainte en ce qu'il ne permet pas d'inquiéter les auteurs de celle-ci, voy. F. KUTY, « l'article 563bis du Code pénal ou l'interdiction de dissimuler son visage dans les lieux accessibles au public », *J.T.*, 2012, pp. 86 et 89 et L.-L. CHRISTIANS, S. MINETTE et S. WATTIER, « Le visage du sujet de droit : la *burqa* entre religion et sécurité », *J.T.*, 2013, p. 242.

¹² Le législateur a en effet considéré qu'il ne fallait pas laisser ces personnes impunies, au cas où le Ministère public décidait de ne pas les poursuivre pénalement, voy. C. const., arrêt n° 145/2012, B. 25.2.

¹³ Dans la mesure où l'article 3 de la loi du 24 juin 2013 érige l'article 563bis en une infraction mixte, les communes peuvent prévoir un règlement afin de sanctionner administrativement les personnes qui dissimulent leur visage dans l'espace public. Dans ces communes, le fonctionnaire désigné pourra infliger une des sanctions prévues à l'article 4 de la loi si le Ministère public n'a pas communiqué au fonctionnaire désigné, dans un délai de deux mois, qu'il a procédé à l'ouverture d'une instruction ou d'une information, qu'il entame les poursuites ou qu'il classe le dossier sans suite, à défaut de charges. Il en est de même si, dans ce délai, le Ministère public informe le fonctionnaire délégué qu'il renonce à poursuivre, sans conclure pour autant à l'absence d'infraction, voy. C. MOLITOR, « À titre liminaire : présentation du système communal des sanctions administratives », in C. GUILLAIN, Y. CARTUYVELS (éds.), *Les sanctions administratives communales*, Bruxelles, LaCharte, 2015, pp. 47 et suiv.

¹⁴ À cet égard, nous remarquons qu'il est fréquent, sinon systématique, que le législateur intervienne pour réguler un phénomène social uniquement après la survenance de celui-ci. Ainsi, alors que la question de la dissimulation du visage dans l'espace public belge ne s'était jamais posée, l'apparition, dans certaines communes, de la *burqa* et du *niqab*, ont permis au législateur de se prononcer sur le phénomène. En l'occurrence, cela l'a conduit à l'adoption d'une norme générale et abstraite d'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public.

¹⁵ Communiqué de presse du Conseil des ministres du 19 mai 2010.

¹⁶ *Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, n° 52-2289/001, p. 7.

6. En définitive, le difficile débat sur la conformité juridique de ces lois aux normes hiérarchiquement supérieures a été tranché par les juridictions constitutionnelles¹⁷, et, en ultime ressort, par la Cour européenne des droits de l'homme. À cet égard, il s'avère intéressant de comparer la solution juridique qu'a retenue la Cour constitutionnelle belge en 2012 à celle adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme qui, en été 2014, s'est prononcée sur la conformité de la loi française à la Convention¹⁸.

7. À titre préliminaire, il importe de constater que la Cour européenne des droits de l'homme a été saisie de l'affaire *S.A.S c. France* – et donc de la question de savoir si la loi française prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public est conforme à la Convention – le 11 avril 2011, soit quelques mois avant l'adoption de la loi belge et, par conséquent, la saisine de la Cour constitutionnelle, intervenue le 27 juillet 2011. Il s'agit donc, pour la Cour constitutionnelle, de traiter d'une problématique juridique nouvelle pour laquelle elle ne disposait d'aucun élément jurisprudentiel émanant des juges de Strasbourg. Or, en vertu de sa jurisprudence constante qui établit la théorie dite de l'« ensemble indissociable », il n'y a plus place pour une interprétation autonome des libertés constitutionnelles¹⁹. Celles-ci s'analysent en effet systématiquement à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH), telle qu'interprétée par la Haute juridiction strasbourgeoise. Nous devons conserver ces quelques éléments à l'esprit lorsque nous procédons à la comparaison des deux arrêts.

II. L'INTERVENTION DU JUGE : LA VALIDATION DES LOIS *ANTI-BURQA*

8. Tant la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour constitutionnelle ont constaté que l'exigence ainsi établie de s'avancer dans l'espace public à visage découvert restreint la liberté d'expression protégée par l'article 10 de la CEDH et par les articles 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après Pacte ONU) et de la Constitution belge ; elle porte aussi atteinte au droit à la vie privée consacré aux articles 8 de la CEDH, 22 de la Constitution et 17 du Pacte ONU²⁰. C'est toutefois autour de la liberté de pensée, de conscience et de religion, garantie par les articles 9 de la CEDH, 18 du Pacte ONU et 19 de la Constitution belge que s'est noué l'essentiel du raisonnement des deux hautes juridictions²¹. Celles-ci ont en effet estimé que

¹⁷ Le Conseil constitutionnel a rendu, sur saisine *a priori* le 7 octobre 2010 une décision n° 2010-613 DC, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, (JO, 12 octobre 2010, p. 18345). La Cour constitutionnelle a rejeté deux recours en suspension avant de rendre l'arrêt sous commentaire dans le cadre du contentieux de l'annulation, voy., C. const. arrêt n° 148/2011 du 5 octobre 2011 et n° 179/2011 du 17 novembre 2011. Pour un commentaire de ces arrêts, voy. X. DELGRANGE, « La désobéissance civile, seul recours effectif contre la loi », *J.T.*, 2011, pp. 710-711 et S. MINETTE, S. WAITIER et L.-L. CHRISTIANS, « Cour constitutionnelle et préjudice religieux : la preuve du caractère absolu des convictions », *C.D.P.K.*, 2011, pp. 447-451.

¹⁸ Alors que la Cour constitutionnelle est chargée de contrôler la conformité de la loi à l'aune de la Constitution belge et, par le truchement des méthodes combinatoire et conciliatoire, à la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme examine la loi française à l'aune de ce dernier texte uniquement.

¹⁹ C. const., arrêt n° 136/2004 du 22 juillet 2004, cons. B.5.3 et C. const., arrêt n° 202/2004, du 21 décembre 2004, cons. B.2.2 ; voy. J. VELAERS, « Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen », *T.B.P.*, 2005, p. 300 et P. MARTENS, « L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour constitutionnelle », *C.D.P.K.*, 2010, pp. 350-358.

²⁰ En effet, selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, « les choix faits quant à l'apparence que l'on souhaite avoir, dans l'espace public comme en privé, relèvent de l'expression de la personnalité de chacun et donc de la vie privée », voy. Cour Eur. D. H., arrêt *S.A.S c. France*, 1^{er} juillet 2014, § 107.

²¹ C. const., arrêt n° 145/2012, cons. B. 34, B. 46.3, B. 51 et B. 61 et Cour eur. D.H., arrêt *S.A.S c. France*, précité, §§ 108-109. Pour le surplus, la Cour constitutionnelle procède, en outre, à l'examen d'une éventuelle violation des principes de légalité des peines et de subsidiarité du droit pénal, visés aux articles 12, alinéa 2 et 14 de la Constitution combinés avec les articles 5 et 7 de la CEDH et les articles 9 et 15 du Pacte ONU. Elle analyse ensuite la mesure d'interdiction au regard du droit à la liberté individuelle, garanti à l'article 12 de la Constitution combiné avec l'article 5 de la CEDH, ainsi qu'au droit de mener une vie conforme à la dignité humaine, garanti aux articles 23 de la Constitution et 3 de la CEDH.

les interdictions belge et française constituaient une ingérence dans ce droit fondamental. Conformément au raisonnement classique de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle²², il appartenait dès lors aux gouvernements concernés de démontrer que l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public répond à un ou à plusieurs des objectifs légitimes qui figurent au second paragraphe de l'article 9 de la Convention, et qu'elle constitue, en outre, une mesure proportionnée au regard desdits objectifs.

9. Pour défendre son point de vue, le gouvernement français a avancé que l'interdiction cherchait à atteindre deux des buts visés au paragraphe 2 de l'article 9 : d'une part, l'objectif de sécurité publique et, d'autre part, celui du respect du socle minimal des valeurs qui existent au sein d'une société démocratique et ouverte, socle qui se rapporterait, d'après lui, à « la protection des droits et libertés d'autrui ». Il comporterait trois valeurs : le respect des exigences minimales de la vie en société, le respect de l'égalité entre hommes et femmes et, enfin, le respect de la dignité des personnes²³.

Quant au législateur belge, il justifie son intervention en se référant à la protection de la sécurité publique, au principe de l'égalité entre l'homme et la femme et à la notion de vivre-ensemble²⁴. On voit donc que les motifs évoqués par les autorités belges et françaises convergent largement. La Cour constitutionnelle reprend successivement ces trois motifs – sécurité publique, égalité des genres et vivre-ensemble – pour procéder à l'examen du caractère nécessaire et proportionné de la loi. Dans la suite de nos développements, nous prendrons appui sur ce raisonnement et analyserons chacun de ces trois éléments. Nous y grefferons, à titre comparatif, les éléments correspondants identifiés dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. Le premier des objectifs invoqués est l'objectif de sécurité publique.

1. L'objectif de sécurité publique

10. Les autorités belges et françaises, en affirmant vouloir assurer la sécurité publique, entendent prévenir la commission d'infractions par des individus cachés sous un voile intégral et assurer l'efficacité des contrôles de police qui pourraient être entravés si une personne au visage dissimulé refusait de se découvrir.

En l'absence de preuves tangibles qui établiraient une corrélation entre le voile intégral et une criminalité de quel qu'ordre que ce soit, la Cour constitutionnelle estime que « ce n'est pas [...] parce qu'un comportement n'aurait pas encore pris une ampleur de nature à mettre l'ordre social ou la sécurité en péril que le législateur ne serait pas autorisé à intervenir »²⁵. Elle estime donc l'objectif de sécurité publique pertinent en l'espèce. En revanche, la Cour ne mentionne aucun élément spécifique susceptible de justifier le caractère proportionné de l'interdiction du port de vêtements dissimulant le visage au regard de ce motif de sécurité publique, au point que l'on est amené à s'interroger sur l'existence d'un tel contrôle dans l'arrêt du 6 décembre 2012. Or, il nous semble qu'une interdiction absolue, dont la transgression est susceptible d'être sanctionnée pénalement et qui porte sur un comportement dont le danger pour l'ordre public n'est que potentiel aurait mérité de plus amples développements quant à l'examen de proportionnalité²⁶.

²² C. const., arrêt n° 145/2012, cons. B. 14.

²³ Cour eur. D.H., arrêt *S.A.S c. France*, précité, § 82.

²⁴ C. const., arrêt n° 145/2012, cons. B. 4.2 à B. 4.5 et B. 17.

²⁵ C. const., arrêt n° 145/2012, cons B. 20.3.

²⁶ La doctrine s'est montrée très critique concernant la validation, par la Cour constitutionnelle, de cet hypothétique objectif de sécurité publique, certains auteurs n'hésitant pas à comparer le raisonnement de la Cour à la trame du

Les juges de Strasbourg quant à eux se montrent plus circonspects face à cet objectif, mais finissent par en admettre la validité²⁷. En revanche, concernant la condition de proportionnalité, ils estiment qu'en raison de son caractère général et absolu, l'interdiction de dissimuler son visage ne saurait être tenue pour « nécessaire, dans une société démocratique, à la sécurité publique ou à la sûreté publique, au sens des articles 8 et 9 de la Convention »²⁸.

Après avoir examiné l'objectif de sécurité publique au titre des justifications pour admettre la constitutionnalité de la loi belge et la conventionalité de la loi française, il nous revient d'analyser la deuxième cause de justification avancée, à savoir celle de la dignité et de l'égalité entre hommes et femmes.

2. L'objectif de dignité et d'égalité entre hommes et femmes

11. Nous nous proposons de traiter d'abord du principe d'égalité avant d'aborder le principe de dignité qui a uniquement été invoqué devant la Cour européenne des droits de l'homme.

12. Pour ce qui est de l'objectif d'égalité entre les hommes et les femmes, la Cour constitutionnelle affirme son attachement à ce principe, crucial dans une société démocratique, et estime qu'il constitue un motif légitime justifiant une limitation, dans le contexte que nous avons décrit, à la liberté de pensée, de conscience et de religion²⁹. Selon les juges constitutionnels belges, le voile intégral véhiculerait des valeurs de soumission et de fermeture incompatibles avec l'égalité des sexes, de sorte que le législateur peut raisonnablement l'interdire, même aux femmes qui le portent par choix³⁰.

Le contrôle de la proportionnalité à l'aune de l'objectif de l'égalité entre les hommes et les femmes s'articule autour de la nature de la peine davantage qu'autour de l'opportunité d'une interdiction à portée générale. La nature pénale de la sanction est ainsi paradoxalement invoquée comme un élément justifiant le caractère proportionné de la loi dans la mesure où le législateur a opté pour la peine la plus légère possible³¹. La haute juridiction invoque en outre le caractère inadéquat d'une sanction administrative qui ne garantirait pas la sécurité juridique des personnes concernées en raison des disparités territoriales qu'elle crée nécessairement³² et des divergences jurisprudentielles nées de précédents litiges qui concernaient précisément des sanctions

roman dystopique de Philip K. DICK, *Minority Report* ; voy. J. FLO et J. VRIELINK, « Belgisch Grondwettelijk Hof acht 'boerkaverbod' grondwettig », *NJBlog*, 18 décembre 2012.

²⁷ Cour Eur. D. H., *arrêt S.A.S c. France, précité*, § 115. La Cour observe notamment que le gouvernement français s'est uniquement concentré sur l'exception que constitue la protection des droits et libertés d'autrui dans ses observations écrites, voy. *Ibidem*, § 117.

²⁸ Cour Eur. D. H., *arrêt S.A.S c. France, précité*, § 139.

²⁹ C. const., arrêt n° 145/2012, cons. B. 23.

³⁰ Il reste que, dans la pratique, ces idées prétendument diffusées par la *burqa* et le *niqab* ne sont pas relayées par les femmes qui choisissent de les porter, ces dernières affirmant se conformer à ce qu'elles considèrent être une pratique religieuse. À cet égard, J. VRIELINK et E. BREMS relèvent que : « Door aan een religieuze praktijk betekenis toe te schrijven die niet door de gelovigen wordt gedeeld, en vervolgens op grond van die betekenis die praktijk te verbieden, schendt men de godsdienstvrijheid », (« Instrumentaliteit en onherkenbaarheid Het 'boerkaverbod' en de rechtsbeschermende werking van het strafrecht » in M. FOGLETS (sous dir.), *Liber Amicorum René Foqué*, 2012, Gand, Larcier, p. 295).

³¹ C. const., arrêt n° 145/2012, cons. B. 29.1.

³² En effet, une personne déambulant dans l'espace public le visage dissimulé serait tour à tour dans la légalité ou en infraction au gré des frontières communales qu'elle traverse, voy. C. const., arrêt n° 145/2012, cons. B. 25.1 et B. 27.

administratives infligées en raison d'infraction à des règlements communaux prohibant le port de la *burqa* dans l'espace public³³.

La Cour européenne des droits de l'homme, pour sa part, s'inscrit dans une perspective différente et rejette cet objectif au motif que l'État ne peut protéger une femme contre l'usage qu'elle choisit de faire de ses droits³⁴. Les juges de Strasbourg se montrent ainsi réceptifs à l'argument de la requérante – une jeune ressortissante française de confession musulmane – selon lequel il est « ironique qu'une idée abstraite d'égalité des sexes aille à l'encontre du choix profondément personnel des femmes qui décident de se voiler »³⁵. De la sorte, la Cour se distancie de la position qu'elle avait prise dans l'arrêt *Dablab c. Suisse*, aux termes duquel « il est difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination »³⁶. Elle refuse, cette fois-ci, d'interpréter les valeurs que sont supposées transmettre la *burqa* et le *niqab*.

13. Nous en arrivons ainsi à l'objectif de la dignité invoqué par le gouvernement français. Un raisonnement similaire à celui que la Cour de Strasbourg a adopté à propos de l'égalité des sexes la conduit à écarter l'argument fondé sur la dignité des personnes auquel le gouvernement français avait recouru à demi-mots³⁷. La haute juridiction estime qu'« aucun élément susceptible de conduire à considérer que les femmes qui portent le voile intégral entendent exprimer une forme de mépris à l'égard de ceux qu'elles croisent »³⁸ n'est invoqué. En rejetant ainsi l'objectif de l'égalité entre l'homme et la femme et celui de la dignité de la personne humaine, la Cour rappelle que ces deux buts ne sont susceptibles de justifier une ingérence au droit à la liberté de religion, consacré à l'article 9 de la Convention qu'en ce qu'ils contribuent à la « protection des droits et libertés d'autrui », visée à l'alinéa 2 du même article. Ce motif de protection des droits et libertés d'autrui vise donc à protéger *les tiers* contre l'exercice abusif d'un droit fondamental reconnu à un autre individu. Il ne vise aucunement à protéger un individu des nuisances qu'il subirait en raison de l'utilisation qu'il a lui-même choisi de faire d'un droit dont il jouit en vertu de la Convention. C'est la raison pour laquelle la Cour refuse l'argument selon lequel les femmes qui choisissent de vêtir la *burqa* porteraient atteinte, de la sorte, à leur propre dignité et déclare l'objectif de la protection d'autrui infondé.

Cette interprétation de la Cour confirme deux éléments : d'une part, la « protection des droits et libertés d'autrui » exige une atteinte aux libertés d'autres individus qui ne se retrouve pas en

³³ Voy. Pol., Tongres (section Masseik), 12 juin 2006 et Pol., Bruxelles, 26 juin 2011.

³⁴ Comp. avec Cour. Eur. D.H., *Leila Sabih c. Turquie*, précité, § 116 et Cour eur. D.H., *Dablab c. Suisse*, 15 février 2001, § 1^{er}.

³⁵ Cour eur. D.H., arrêt *S.A.S c. France*, précité, § 76.

³⁶ Cour eur. D.H., *Dablab c. Suisse*, précité, § 1^{er}. Cet arrêt concerne une institutrice qui portait le *bidjab* en classe. Voy. N. RENUART, « Brevet de conventionnalité pour l'interdiction du port du voile intégral dans l'espace public. Commentaire de l'arrêt de Grande chambre rendu dans l'affaire S.A.S contre France (1^{er} juillet 2014) », *C.D.P.K.*, 2014, p. 443. La Cour constitutionnelle qui rend l'arrêt n° 145/2012 plus de deux ans avant la Cour européenne des droits de l'homme s'inspire largement de la jurisprudence de celle-ci pour juger les affaires qui lui sont soumises, ce qui explique qu'elle n'a pas pu tenir compte des nouveaux enseignements de l'arrêt *S.A.S c. France*, lorsque ceux-ci s'écartent de la jurisprudence antérieure de la juridiction strasbourgeoise.

³⁷ Le gouvernement français doutait lui-même de la validité d'un tel principe en raison du précédent très controversé du Conseil d'État, *Commune de Morsang-sur-Orge*, du 27 octobre 1995, dans lequel la Haute juridiction administrative avait validé un arrêté municipal qui défendait l'organisation d'un tournoi de « lancer de nains » au motif qu'un tel événement était contraire à la dignité humaine de ces personnes. Ainsi, comme l'affirme B. MATHIEU, « la difficulté tenait [dans la problématique du voile intégral] au fait que, juridiquement, le principe de dignité ne peut fonder que des sanctions relatives aux atteintes portées à la dignité d'autrui [...] et non des atteintes portées à sa propre dignité », (« La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur "le voile intégral" : La reconnaissance implicite d'un ordre public "immatériel" », *La semaine juridique- édition générale*, 2010, n° 42, p. 1392).

³⁸ Cour Eur. D.H., arrêt *S.A.S c. France*, précité, § 120.

l'espèce ; d'autre part, la Cour réaffirme la liberté individuelle dont dispose chaque personne dans l'exercice qu'elle souhaite faire de ses droits. À cet égard, elle s'inscrit dans la continuité de sa jurisprudence *KA et AD c. Belgique* selon laquelle la notion d'autonomie personnelle autorise tout individu à opérer des choix considérés comme dommageables ou dangereux pour sa personne concernant son propre corps³⁹.

Après avoir successivement abordé les objectifs de sécurité publique, d'égalité entre les hommes et les femmes et de dignité de la personne humaine, notre attention se tourne à présent sur l'objectif du vivre-ensemble.

3. L'objectif du « vivre-ensemble »

14. La volonté de préserver le « vivre-ensemble », dernier motif invoqué pour justifier la limitation à la liberté de religion constitue assurément la pierre angulaire des deux arrêts étudiés. L'idée soutenue par les législateurs belge et français est la suivante : toute personne qui se meut dans la sphère publique devrait laisser percevoir son visage, car c'est à travers celui-ci que se matérialise l'individualisation de l'être humain, indispensable à l'établissement des rapports qui sous-tendent la vie en société⁴⁰. Il s'agit des premiers arrêts dans lesquels la Cour de Strasbourg et celle de la Place royale ont reconnu la pertinence de ce motif⁴¹, dont la portée est *a priori* plus philosophique que juridique. Alors que la Cour européenne des droits de l'homme déduit ce dernier de la « protection des droits et des libertés d'autrui », la Cour constitutionnelle est moins explicite quant au fondement juridique de l'objectif du « vivre-ensemble »⁴². Pourtant, les États pourront, désormais, à ce dernier titre, adopter des mesures constitutives d'une ingérence à la liberté de conscience. Encore faut-il que ces mesures satisfassent à l'exigence de proportionnalité.

En ce qui concerne cette dernière, la Cour constitutionnelle estime qu'une sanction pénale n'est pas excessive au regard de l'objectif du « vivre-ensemble », dans la mesure où « dissimuler son visage [peut] mettre en péril le fonctionnement de la société [...] et [doit], partant, être socialement réprimé »⁴³. À ce stade de l'exposé, il importe de remarquer que l'examen de proportionnalité ainsi réalisé par la Cour constitutionnelle ne concerne pas l'objectif du « vivre-ensemble » en particulier ni d'ailleurs aucun des trois objectifs envisagés par les travaux parlementaires et à l'aune desquels la Cour apprécie la constitutionnalité de la loi du 1^{er} juin 2011 spécifiquement ; il consiste davantage en une réflexion générale sur l'opportunité d'une sanction pénale⁴⁴. Une telle démarche nous paraît symptomatique de la fragilité du contrôle de proportionnalité exercé par la Cour dans l'arrêt sous commentaire, en ce qu'il n'appréhende pas tous les aspects de la mesure d'interdiction.

La Cour européenne des droits de l'homme procède à un examen plus approfondi sur ce point également, consciente que la notion de « vivre-ensemble », en plus d'être innovante, revêt un caractère assez vague, susceptible de mener à des abus⁴⁵. Finalement, la Haute juridiction invoque la large marge d'appréciation qu'elle accorde aux États dans le domaine de la liberté de

³⁹ Cour Eur. D.H., *KA et AD c. Belgique*, 17 février 2005, §§ 83 à 85.

⁴⁰ J. VRIELINK, « De Grondwet aan het gezicht onttrokken Het Grondwettelijk Hof en het 'boerkaverbod' », *TBP*, 2013/4, pp. 255-257.

⁴¹ Cour Eur. D.H., arrêt *S.A.S c. France*, précité, § 121 et C. const., arrêt n° 145/2012, cons. B. 21.

⁴² Nous pouvons éventuellement conclure, sur base du considérant B. 18, qu'il s'agit d'un objectif visé au titre de la défense de l'ordre, dans sa composante immatérielle, ou au titre de la protection des droits et libertés d'autrui.

⁴³ C. const., arrêt n° 145/2012, cons. B. 28.

⁴⁴ C. const., arrêt n° 145/2012, cons. B. 24 à B. 29.1.

⁴⁵ Cour Eur. D.H., arrêt *S.A.S c. France*, précité, § 122.

conscience et de religion pour laisser au parlement national le soin de déterminer les conditions nécessaires à une cohabitation harmonieuse au sein de la population française⁴⁶ ; elle affirme ainsi que « la question de l'acceptation ou non du port du voile intégral dans l'espace public constitue un choix de société »⁴⁷ qui résulte d'un « arbitrage effectué selon des modalités démocratiques »⁴⁸. La Cour invoque également l'absence de consensus au niveau européen pour justifier sa déférence à l'égard du législateur national⁴⁹. Elle reconnaît que le nombre de femmes concernées est faible⁵⁰ et que l'impact d'une interdiction générale est dommageable pour celles-ci. Par ailleurs, la Cour constate l'opinion défavorable de nombreux acteurs nationaux et internationaux, les propos islamophobes qui ont marqué le débat, le risque de consolidation des stéréotypes et, enfin, l'impact négatif ressenti par la communauté musulmane dans son ensemble. Elle estime cependant que ces griefs doivent céder face au pouvoir souverain des représentants du peuple français de ne pas admettre le voile intégral dans l'espace public⁵¹.

15. Pour les juges de Strasbourg, il restait tout de même à procéder à une dernière vérification avant de pouvoir conclure à la conformité à l'article 9 de l'interdiction du voile intégral dans l'espace public. En effet, dans son arrêt *Arslan et autre c. Turquie*, rendu le 23 février 2010, la Cour avait estimé que le législateur national disposait d'une marge d'appréciation limitée lorsque la restriction à la liberté religieuse s'étendait à l'intégralité de l'espace public. En conséquence, elle avait conclu que l'interdiction faite à un groupe religieux en habits traditionnels de déambuler sur la voie publique violait le droit d'exprimer ses convictions religieuses, garanti par l'article 9 de la Convention. Si la Cour avait suivi le même raisonnement dans l'affaire *S.A.S. c. France*, elle aurait été amenée à exercer un contrôle de proportionnalité plus strict qui l'aurait vraisemblablement conduit à un constat de violation en l'espèce également. Toutefois, selon la Cour, la présente affaire se distingue du cas de M. Arslan et consorts à deux titres : d'une part, la loi française n'incrimine pas le port d'un vêtement religieux mais le fait de dissimuler son visage, quel que soit

⁴⁶ La liberté de conscience telle que protégée par l'article 9 constitue l'une des assises d'une société démocratique car elle est indispensable afin de garantir le pluralisme inhérent à pareille société. Pourtant, la Cour reconnaît généralement une large marge d'appréciation aux États dans le domaine des affaires religieuses, ce qui entraîne un contrôle de proportionnalité plus restreint (voy. Cour eur. D.H., *Leila Sabih c. Turquie*, précité, §§ 104 et 109). Il existe un paradoxe évident entre ces deux prémisses puisque la large marge de manœuvre laissée aux États par la Cour mènera, en règle générale, à la diminution des droits garantis au titre de la Convention.

⁴⁷ Cour eur. D.H., arrêt *S.A.S. c. France*, précité, § 153

⁴⁸ Cour eur. D.H., arrêt *S.A.S. c. France*, précité, § 154. Voy. G. GONZALEZ et G. HAARSCHER, « Consécration jésuitique d'une exigence fondamentale de la civilité démocratique? Le voile intégral sous le regard des juges de la Cour européenne (Cour eur. Dr. H., Gde Ch., *S.A.S. c. France*, 1er juillet 2014) », *Rev. Trim. D.H.*, 2015/101, p. 228.

⁴⁹ Cour eur. D.H., arrêt *S.A.S. c. France*, précité, § 156. À l'inverse, les juges Nussberger et Jäderblom relèvent, dans leur opinion partiellement dissidente que si, en dehors de la France et de la Belgique, aucune loi d'interdiction générale du voile intégral n'a été adoptée malgré de longs débats dans certains États, c'est peut-être parce qu'il existe, contrairement à ce qu'avance la Cour européenne des droits de l'homme, un accord dans ces États également mais davantage autour du rejet d'une interdiction générale (Cour eur. D.H., *S.A.S. c. France*, précité, opinion partiellement dissidente commune aux juges Nussberger et Jäderblom, § 19). G. Gonzalez, quant à lui, relève qu'« il y a consensus sur la réprobation à l'égard d'une pratique empreinte d'une forme d'intolérance et d'obscurantisme [...] et dissensus sur la réaction la plus adéquate, interdiction ou semblant d'indifférence », G. GONZALEZ et G. HAARSCHER, « Consécration jésuitique d'une exigence fondamentale de la civilité démocratique? Le voile intégral sous le regard des juges de la Cour européenne (Cour eur. Dr. H., Gde Ch., *S.A.S. c. France*, 1er juillet 2014) », *Rev. Trim. D.H.*, 2015/101, p. 228.

⁵⁰ Le *Rapport d'information fait en application de l'article 145 du règlement au nom de la mission d'information sur la pratique du voile intégral sur le territoire national* du 26 janvier 2010 évalue à 1630 le nombre de femmes qui portent la *burqa* ou le *niqab* en France métropolitaine (p. 612). Le même rapport estime que ce nombre s'élève à 270 en Belgique (p. 74).

⁵¹ G. van der Schyff et A. Overbeeke estiment que cette réserve dont fait preuve la Cour peut se justifier lorsqu'il est question d'espaces intrinsèquement liés aux prérogatives régaliennes mais qu'elle se comprend plus difficilement lorsqu'une personne fait, dans la sphère publique, usage de son droit fondamental à la liberté de conscience. En effet, l'espace public est le lieu de prédilection où toutes les conceptions philosophiques et leurs modes d'expressions les plus variés peuvent se manifester. À défaut, comment peut-il encore être question de pluralisme ? Se demandent ces auteurs (*op. cit.*, p. 439).

le motif allégué pour ce faire⁵² ; d'autre part, les justifications invoquées ne s'avancent pas sur le terrain de la laïcité et de la neutralité, comme le faisait le législateur turc dans l'affaire susmentionnée, mais se fondent sur le respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte, afin de garantir le vivre-ensemble. Cette approche du législateur français a trouvé davantage de fortune auprès de la juridiction strasbourgeoise qui reconnaît à cette occasion la singularité du voile intégral en tant qu'il « dissimule entièrement le visage à l'exception éventuellement des yeux »⁵³.

Quant, d'autre part, à la Cour constitutionnelle, elle ne mentionne pas la décision strasbourgeoise dans ses développements, bien que les parties requérantes l'y avaient expressément invitée dans leurs mémoires⁵⁴. Elle n'y était juridiquement nullement contrainte dès lors qu'aux termes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les juridictions constitutionnelles ne sont pas tenues d'apporter « une réponse détaillée à chaque argument »⁵⁵ soulevé par les parties au litige. Il suffit dès lors que la Cour constitutionnelle analyse dans son ensemble et de façon précise toute la problématique de l'affaire qui lui est soumise⁵⁶. Il n'en demeure pas moins que la motivation de l'arrêt aurait certainement gagné à rencontrer l'argumentation des requérants à cet égard.

III. VOLONTÉ DÉMOCRATIQUE ET SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE : UNE CONCILIATION PARFOIS DIFFICILE

16. En toile de fond, un autre débat est soulevé, sous-jacent et transversal : celui du caractère souverain de la loi et des limites de son rôle dans une société démocratique fondée sur les droits fondamentaux⁵⁷. En effet, dans la mesure où la détermination politique en faveur d'une interdiction absolue du voile intégral dans l'espace public était particulièrement forte en Belgique comme en France⁵⁸, faudrait-il en déduire que la justice constitutionnelle, dans une perspective rousseauiste de la volonté générale, devrait s'incliner devant l'unanimité des représentants de la Nation ?

Tant la Cour constitutionnelle que la Cour européenne des droits de l'homme ont entériné les lois *anti-burqa*, si controversées philosophiquement et juridiquement. Pourtant, malgré les similitudes quant au mécanisme de contrôle, aux normes de contrôle et à la norme contrôlée, le raisonnement qui les amène à conclure à la validité de cette mesure diffère sensiblement : alors que la Cour constitutionnelle accepte les trois motifs avancés devant elle et n'aperçoit aucune difficulté particulière concernant la proportionnalité de la mesure contestée, la Cour européenne des droits de l'homme n'a reconnu la légitimité que de deux objectifs assignés à la loi française – la protection de la sécurité publique et la préservation du « vivre-ensemble » – et a par ailleurs jugé que la mesure contestée ne satisfaisait aux exigences de proportionnalité que dans le cadre de ce dernier. À la lumière du raisonnement adopté dans les deux arrêts, on peut considérer que la Cour européenne des droits de l'homme et, plus encore, la Cour constitutionnelle, ont fait preuve

⁵² La Cour salue ainsi la tentative du législateur français de minimiser l'effet stigmatisant de sa politique, en adoptant une loi à portée générale, voy. Cour eur. D.H., arrêt *S.A.S c. France*, précité, § 151.

⁵³ Cour eur. D.H., arrêt *S.A.S c. France*, précité, §§ 135-136.

⁵⁴ Voy. C. const., arrêt n° 145/2012, A. 4.2.3.

⁵⁵ Cour eur. D.H., *A.S.B.L. Gerfa c. Belgique*, précité, p. 20.

⁵⁶ Cour eur. D.H., *Maurice Vergauwen et autres c. Belgique*, précité, §§ 101-103.

⁵⁷ G. VAN DER SCHYFF et A. OVERBEEKE, « Exercising Religious Freedom in the Public Space: A Comparative and European Convention Analysis of General Burqa Bans », *EuConst.*, 2011, pp. 424-425.

⁵⁸ La proposition de loi belge a fait l'objet, lorsqu'il a été procédé au vote, de 129 voix pour, une contre et deux abstentions (*Doc. Parl.*, Chambre, 2010-2011, 18 avril 2011, n° 53-219/4, p. 24) et la loi française a été adoptée à l'unanimité, avec une seule abstention.

de prudence face à la volonté du législateur, « habilité à protéger la société contre des comportements individuels qui lui seraient nuisibles »⁵⁹. L'importance ainsi accordée aux choix du législateur se comprend dans une société démocratique. La Cour européenne des droits de l'homme l'admet d'ailleurs dans la plupart des domaines régis par la Convention à travers la « marge d'appréciation » qu'elle laisse aux États. Il reste que c'est principalement la rigueur et la qualité des raisonnements juridiques sur lesquels les cours fondent leurs décisions qui assurent leur légitimité aux yeux des justiciables⁶⁰.

17. En effet, dans l'horlogerie des systèmes institutionnels modernes, un des rôles principaux qui incombe aux juridictions constitutionnelles consiste à veiller à ce que la volonté de la majorité se concilie avec les exigences d'une société fondée sur le respect des libertés individuelles. Le principe de proportionnalité constitue, à cet égard, « la clé de voûte de toute restriction aux droits et libertés »⁶¹. La motivation proposée par la Cour constitutionnelle, dans l'arrêt n° 145/2012, pour vérifier la proportionnalité de la loi belge est pourtant particulièrement sommaire, au point que certains auteurs ont estimé que la Cour avait purement et simplement fait l'économie d'un tel contrôle⁶². Aucune considération, par exemple, n'est réservée au caractère général et permanent de l'interdiction ou à l'opportunité de sanctionner le comportement, potentiellement, par une peine de prison. La Cour européenne des droits de l'homme procède à un contrôle plus fouillé de cette exigence de proportionnalité, mais elle invoque finalement l'ample marge d'appréciation pour laisser la main aux législateurs nationaux qui recouvrent, de la sorte, une grande latitude pour régler la question controversée. Les limites auxquelles s'astreignent les juges lors du contrôle de proportionnalité semblent dès lors confirmer que l'existence d'un large consensus démocratique les conduit à un examen *ad minima* de la conformité des normes.

En particulier, il nous faut constater que la problématique du voile intégral constitue, à bien des égards, un « terrain contentieux particulièrement miné, parce qu'éthiquement et politiquement très peu consensuel »⁶³. À travers la question de l'interdiction du *niqab* et de la *burqa*, ce sont deux modèles de société qui s'affrontent⁶⁴. Les uns estiment que le Parlement, en adoptant les lois en question, ne fait qu'assurer les conditions minimales nécessaires pour permettre une cohabitation

⁵⁹ A. GAILLET, « La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public et les limites du contrôle pratiqué par le Conseil constitutionnel », *Société, droit et religion*, 2012/1, n. 2, p. 67.

⁶⁰ G. VAN DER SCHYFF et A. OVERBEEKE, *op. cit.*, 2011, p. 428.

⁶¹ M. MELCHIOR et C. COURTOY, « La limitation des droits constitutionnels (en ce compris les clauses transversales) », in N. BONBLED et M. VERDUSSEN (sous dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique : les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 286.

⁶² Ainsi, E. BREMS et L. LAVRYSEN, remarquent : « [het is] opvallend bondig in wat het kernstuk van de redenering zou moeten zijn de toetsing van de evenredigheid van het verbod met de ingeroepen doelstellingen ervan. Het Hof besteedt aan elk van de doelstellingen ongeveer 20 regels, waarbij het zich beperkt tot instemming met die doelstelling zelf, maar nalaat de pertinentie en evenredigheid van de maatregel te onderzoeken » (« Redding boerkaverbod leidt tot rare kronkels, commentaar bij GwH, arrest nr. 145/2012, 6 december 2012 », *RRS*, 2013, n° 1, p. 131 et suiv.). Le même reproche a été formulé à l'encontre de l'arrêt du Conseil constitutionnel qui valide la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Celui-ci reprendrait « les arguments avancés dans l'exposé des motifs du projet de loi sans les contester. Il valide sans discuter, ou si peu, une atteinte majeure à l'exercice d'une liberté », voy. M. FATIN-ROUGE STÉFANINI et X. PHILIPPE, « Le Conseil constitutionnel face à la loi anti-*burqa* : entre garantie des droits fondamentaux, sauvegarde de l'ordre public et stratégie politique », *Rev. fr. dr. constit.*, juillet 2011, p. 559.

⁶³ E. BREMS, E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le port de signes religieux dans l'espace public : vérité à Strasbourg, erreur à Genève », *J.T.*, 2012, p. 603, à propos de l'obligation d'apparaître sans certains signes religieux (en l'occurrence un turban sikhe) sur les photos d'identité.

⁶⁴ À cet égard, il est intéressant de remarquer que des juridictions belges alors qu'elles se prononçaient sur la conformité des arrêtés communaux prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public sont parvenues à des conclusions opposées, preuve supplémentaire qu'il n'existe pas de solution juridique univoque à cette problématique, voy. note subpaginale n° 34.

harmonieuse entre les individus dans une société multiculturelle⁶⁵ ; les autres considèrent, au contraire, que l'État impose sa volonté et son projet de société de manière si absolue que les individus sont privés de la possibilité d'exprimer librement leurs convictions⁶⁶. Selon nous, les lois française et belge répugnent à celui qui pense que le fondement des démocraties européennes réside dans la liberté individuelle et dans la conviction, héritée de la pensée de John Stuart Mill, que les débats d'idées sont un remède suffisamment puissant pour contrer les maux qu'ils engendrent⁶⁷. Les parlements français et belge, dans une optique résolument plus *républicaine*, ont toutefois considéré que le voile intégral heurtait des valeurs sociétales d'une telle importance qu'il était impossible de le considérer comme licite malgré le consentement de celle qui l'adopte. Les juridictions suprêmes, face à ce choix politique, ne sont évidemment pas habilitées à imposer leurs préférences. Il leur incombe d'éviter l'écueil de la dictature d'une minorité tout en se prémunissant contre ce qu'Alexandre de Tocqueville appelait la « tyrannie des assemblées »⁶⁸ ; leur rôle réside dès lors davantage dans la préservation du subtil équilibre entre les exigences de la *volonté démocratique*, comprise comme la volonté des électeurs exprimée par leurs représentants et celles d'une *société démocratique*, dans laquelle la minorité aussi détient des droits. Face à cette lourde tâche, les hautes juridictions ont considéré que les législateurs français et belge, en interdisant le port de vêtements dissimulant le visage dans l'espace public, ont joué leur rôle d'« organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances »⁶⁹. En gardant à l'esprit la nécessité, dans une société démocratique plurielle, que des groupes issus d'horizons parfois très différents se tolèrent, les magistrats – très enclins, cette fois-ci, à rester la bouche de la loi – ont estimé que la concession exigée des femmes qui souhaitent porter la *burqa* ou le *niqab* était proportionnée aux buts poursuivis.

CONCLUSION

L'on nous permettra de conclure cette contribution par une brève considération d'ordre procédural. Lorsqu'elle rend l'arrêt n° 145/2012, la Cour constitutionnelle est, bien malgré elle, amenée à faire office de pionnière dans un domaine particulièrement sensible. Pourtant, nous avons le sentiment qu'elle évite de prononcer un arrêt de principe. La retenue dont elle fait preuve s'explique sans doute par les circonstances qui entourent l'affaire. La Cour constitutionnelle est saisie le 27 juin 2011, alors qu'un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme concernant la loi française est déjà pendant depuis quelques mois. La grande

⁶⁵ Voy. notamment P. CHESLER, « Ban the Burqa? The Argument in Favor », *The Middle East Quarterly*, 2010/4, pp. 33-45; G. LEBRETON, « Une limite à la diversité vestimentaire: éloge de la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public », in PUIGELIER (sous dir.), *La diversité du droit : mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, 2012, Bruxelles, Bruylant, p. 699 et s. ; K. LEMMENS, « Larvatus Prodeo ? Why concealing the face can be incompatible with a European conception of human rights », *E.L. Rev.*, 2014, 39(1), pp. 47-71 ; Selon ces auteurs, les critiques à l'encontre de la loi seraient de pure opportunité, le législateur étant habilité à fixer les normes de la vie en société, dans la marge d'appréciation dont il dispose.

⁶⁶ Ainsi, G. NINANE estime que « [d]ans un modèle où la liberté est de principe, l'État n'est pas là pour favoriser une vision de la société aux dépens des autres mais pour permettre à chacun d'exercer cette liberté en évitant les actes de prosélytisme... », voy. G. NINANE, « L'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 145/2012 du 6 décembre 2012 », *J.L.M.B.*, 2013/11, p. 649. Voy. aussi, J. P. FELDMAN, « Burqa : une loi dangereuse et inutile », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 387 ; G. VAN DER SCHYFF et A. OVERBEEKE, *op. cit.*, p. 449 et s. ; M. FATIN-ROUGE STÉFANINI ET X. PHILIPPE, « Le Conseil constitutionnel face à la loi anti-*burqa* : entre garantie des droits fondamentaux, sauvegarde de l'ordre public et stratégie politique », *Rev. fr. dr. constit.*, n° 87, juillet 2011 ; J. VRIELINK et E. BREMS, « Instrumentaliteit en onherkenbaarheid Het 'boerkaverbod' en de rechtsbeschermende werking van het strafrecht » in M. FOLETS (sous dir.), *Liber Amicorum René Foqué*, 2012, Gand, Larcier, p. 285 et s. ; M. CHÉBTI, « Het fundamentele recht van vrouwen op respect voor hun autonomie over lichaam en geest Oost, West, nergens best », *NJB*, 2014, p. 2926 et s.

⁶⁷ J. MILL, *La liberté*, Bibliothèque des sciences morales et politiques, Guillaumin, 1860, Paris, pp. 83-85.

⁶⁸ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (1835), Folio/Histoire, Gallimard, 2000, p. 369.

⁶⁹ Cour eur. D.H., *S.A.S c. France*, précité, § 127.

proximité entre les deux affaires – dont la preuve réside notamment dans l'intervention du gouvernement belge devant la Cour de Strasbourg pour y défendre la loi française – et le caractère innovant et épineux de la question qui leur est déférée compliquent le travail des juges de la Place royale dont l'arrêt est susceptible d'être en porte-à-faux par rapport à un jugement ultérieur en sens contraire de la Cour européenne des droits de l'homme. Or, la Cour constitutionnelle, aux termes de sa propre jurisprudence dite de « l'ensemble indissociable » est tenue par l'interprétation de la Convention que donne la Cour de Strasbourg. Elle ne peut cependant se permettre d'attendre l'arrêt que rendra la Haute juridiction en raison de l'article 109 de la loi spéciale du 16 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle qui lui impose en principe de statuer sur un recours en annulation dans un délai de six mois, prorogeable six mois au plus. Même s'il s'agit d'un délai d'ordre, la Cour n'aurait pas pu attendre la décision rendue trois ans après sa saisine dans l'affaire *S.A.S c. France*.

Dans ce contexte, et en l'absence d'un mécanisme préjudiciel qui permettrait aux juridictions nationales de poser des questions d'interprétation du droit conventionnel à la Haute juridiction strasbourgeoise, il pourrait être opportun d'envisager, dans la loi spéciale du 16 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, une disposition qui permettrait à cette dernière de surseoir à statuer jusqu'à ce que la Cour européenne des droits de l'homme, préalablement saisie dans un domaine très similaire, rende son arrêt. Une telle possibilité permettrait d'éviter que la Cour constitutionnelle belge, prise en tenaille entre la Cour de Strasbourg et les juridictions de l'ordre judiciaire⁷⁰, ne doive se prononcer sans filet, et, en conséquence, rende un arrêt trop en retrait.

⁷⁰ Il nous semble en effet que si la Cour européenne des droits de l'homme avait reconnu une violation de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, les juridictions ordinaires auraient pu écarter *in casu* les règlements communaux qui sanctionnent le port de vêtements dissimulant le visage sur la voie publique en application de l'article 159 de la Constitution alors que la loi du 1er juin 2011, validée par la Cour constitutionnelle, continuerait à déployer ses effets sur le plan pénal jusqu'à ce que la Cour soit éventuellement saisie d'un recours préjudiciel. Il en résulterait potentiellement une véritable cacophonie jurisprudentielle, cacophonie que la Cour constitutionnelle entendait précisément éviter (voy., C. const., arrêt n° 145/2012, cons. B. 27).