

Quand la burqa passe à l'Ouest

Enjeux éthiques, politiques et juridiques

Sous la direction de
David KOUSSENS

Quand la burqa passe à l'Ouest

Enjeux éthiques, politiques et juridiques

Collection « Sciences des Religions »

PRESSES UNIVERSITAIRES DE RENNES

© PRESSES UNIVERSITAIRES DE RENNES
UHB Rennes 2 – Campus de La Harpe
2, rue du Doyen-Denis-Leroy
35044 Rennes Cedex
www.pur-editions.fr

Mise en page : Audrey HANNACHI pour le compte des PUR

ISBN 978-2-7535-2844-4

ISSN 1778-4913

Dépôt légal : 2^e semestre 2013

DAVID KOUSSENS ET OLIVIER ROY
.....

Introduction

Pour en finir avec la « burqa¹ » ?

« Une jupe, ce n'est qu'un bout de tissu », affirmait l'actrice française Isabelle Adjani alors qu'elle recevait en 2010 un prix pour sa prestation dans le film *La journée de la jupe* de Jean-Paul Lilienfeld. Un simple bout de tissu mais, poursuivait-elle, « qu'elle soit courte ou qu'elle soit longue, son symbole peut nous aider à gagner une bataille contre l'obscurantisme et contre la haine des femmes. [...] Cette jupe, c'est justement l'anti-niqab. Cette jupe, c'est justement l'anti-burqa ». Ce qu'Isabelle Adjani qualifie de simple bout de tissu se trouve ici investi d'une symbolique qui dépasse largement la banalité de ce vêtement ordinaire du quotidien. La jupe devient un symbole. Elle devient un rempart. Elle incarne les valeurs d'une société et se trouve opposée à cet autre bout de tissu, un bout de tissu extraordinaire cette fois : le « niqab », la « burqa », ou plus généralement le voile intégral.

Le voile intégral est en effet porteur d'un contenu symbolique qui heurte certains principes moraux des sociétés occidentales. Longtemps associé au régime des talibans en Afghanistan ou à des pratiques radicales de l'islam en vigueur au Moyen-Orient, il représente une condition d'infériorisation insoutenable de la femme. C'est donc un bout de tissu à double épaisseur – culturelle et religieuse – qui suscite non seulement l'émoi mais interroge aussi la capacité des démocraties libérales à trouver des solutions juridiques et politiques à la fois légitimes et efficaces face à l'expression de convictions en porte-à faux avec les valeurs de la majorité.

Dans les débats, le voile intégral prend souvent les traits d'un cheval de Troie introduit dans les sociétés occidentales par l'immigration, et qui véhiculerait plusieurs dangers.

1. Conscients de la charge symbolique du mot « burqa » qui conforte la représentation d'une menace touchant l'occident, et alors même que nous n'adhérons pas à cette représentation, nous restons fidèles à cette terminologie tout au long de l'ouvrage parce que c'est justement ainsi que le port du voile intégral a été construit comme problème public dans les démocraties libérales.

Sous le voile intégral, une forme de religiosité extrême vient s'exprimer dans des sociétés pourtant sécularisées depuis plusieurs décennies. Or il ne s'agit pas d'une forme de religiosité « accommodée » à la modernité, mais bien d'une religiosité inconnue, orientale, une religiosité de l'étranger. C'est donc très souvent à partir d'une interprétation intuitive d'irrationalité que ce système axiologique étranger à la culture occidentale va être jugé et que toutes sortes de maux vont lui être attribués : obscurantisme, totalitarisme...

Sous le voile intégral, se profilent dès lors plusieurs menaces qui ne se cantonneraient plus à l'orient mais toucheraient désormais l'occident. À une menace extérieure associée au terrorisme islamique, s'ajoute une autre menace, intérieure cette fois-ci, qui tendrait à bafouer les principes fondamentaux constituant l'assise des démocraties libérales. Le voile intégral renvoie ainsi à une forme de religiosité véhiculant des valeurs incompatibles avec ces valeurs libérales, voire même « hostiles » aux « valeurs essentielles » de la société, pour reprendre les termes employés par le conseil d'État français dans une décision du 27 juin 2008² par laquelle il refusait l'acquisition de la nationalité française à une Marocaine qui portait le niqab. Exprimant une négation des principes démocratiques et portant atteinte au principe de laïcité, le port du voile intégral traduirait ainsi une montée du communautarisme et un refus d'intégration dans la communauté politique.

La construction sociale du problème de la « burqa », tant par les médias que par les acteurs politiques, a alors légitimé l'entrée de cette question dans le champ politique. Ce qui ne correspond pourtant qu'à un épiphénomène des transformations du religieux contemporain s'est retrouvé appréhendé comme un corps étranger à la nation contre lequel il fallait lutter. Quand le président français Nicolas Sarkozy affirmait en 2009 que « la burqa n'est pas la bienvenue sur le territoire de la République », le premier ministre danois Lars Loekke Rasmussen lui faisait écho en 2010 en indiquant que « la burqa et le niqab n'ont pas leur place dans la société danoise. Ils symbolisent une conception de la femme et de l'humanité [...] que nous voulons combattre ». Ces propos ne sont pas isolés. Des positions similaires ont été formulées en Allemagne, au Canada, aux Pays-Bas ou en Belgique.

Devenue une question d'ordre politique, l'interdiction du port du voile intégral n'a pas été sans interroger les catégories juridiques existantes. Si chaque système juridique s'ancre certainement dans une tradition culturelle qui lui est propre, il est également lié par les conventions internationales qui garantissent notamment la liberté de religion. La gestion de ce qui devient un objet religieux non désiré donne ainsi lieu à des tâtonnements interrogeant l'équilibre entre les libertés individuelles et les exigences du « vivre-ensemble ». Le traitement de la « burqa » s'avère dès lors particulièrement révélateur d'une évolution des paradigmes qui faisaient consensus : la primauté des valeurs communes se substitue aux gardes fous traditionnels qu'étaient les droits fondamentaux ; la laïcité est invoquée en tant que norme politique qui prend le pas sur des aménagements juridiques garants de la liberté

2. CE, 27 juin 2008, *M^{me} Machbour*, n° 286 798.

religieuse ; l'État de droit semble de plus en plus soumis au respect des projets politiques du moment... Et si le voile intégral bouscule à ce point des catégories juridiques qui étaient jusque là prédominantes, c'est aussi parce qu'il est un objet dont le droit peine à se saisir.

Le voile intégral, on le sait, n'est jamais un produit d'importation : si des formes de voile intégral ont existé dans les marges du monde musulman (Afghanistan, Arabie du sud), les modèles qui circulent aujourd'hui en Arabie Saoudite comme en Égypte, sont des « inventions » récentes. Et c'est encore plus vrai de celui que l'on voit en Occident : il est une construction par des converties ou des « *born again* » d'un marqueur religieux total, « englobant » dans tous les sens du terme. Et pourtant le voile intégral est perçu par l'opinion publique occidentale comme la marque paroxystique d'une culture musulmane importée.

Le voile intégral comme *objet culturel* renvoie alors à la question de l'intégration des populations issues de l'immigration. Quand il est considéré comme porteur de valeurs incompatibles avec les valeurs essentielles d'une société démocratique, son port est interprété comme un refus des principes qui se trouvent au fondement de la communauté politique. Face à ce choc des valeurs, le droit peut-il toujours produire du lien social ? Pour pallier ce présumé déficit, l'État peut-il invoquer des valeurs communes générales comme ressources symboliques d'une représentation identitaire dominante ? Quelle dialectique permettrait de concilier la spécificité d'une identité culturelle partagée par tous avec la diversité des authenticités qui se rencontrent dans la sphère publique ?

Mais le voile intégral est *aussi* un vêtement religieux : c'est le sens que lui donnent celles qui le portent et qui ne s'intéressent pas à la tradition culturelle. C'est donc aussi à ce titre qu'il doit être pris en compte par les États laïques. Dans cette optique, le voile intégral comme *objet religieux* questionne les limites que les États laïques peuvent légitimement fixer à l'expression de convictions religieuses dont la visibilité peut heurter certains principes moraux de la société. Quelle place faut-il accorder aux droits fondamentaux face à la radicalisation de certaines pratiques religieuses ? Le droit commun de la laïcité est-il suffisant face au port du voile intégral ? À l'inverse, ce phénomène nécessite-il des législations d'exceptions ?

Il faut en finir avec la burqa ! Par cette affirmation, de nombreux politiciens, tant en France qu'à l'étranger, ont traduit l'émoi que le port – toutefois très marginal encore aujourd'hui – de ce vêtement avait suscité dans leurs sociétés respectives. Depuis 2008, ce phénomène a en effet soulevé la controverse dans de nombreuses démocraties occidentales (France, Belgique, Danemark, Italie, Canada, Australie, Pays-Bas), cela autant dans les médias que dans les travaux d'organes de consultations mis en place pour conseiller le pouvoir politique. Très rares sont toutefois les contributions qui en ont proposé une analyse dépassionnée et c'est bien là une lacune que cet ouvrage souhaite combler.

Faut-il pour autant en finir avec la burqa ? Si indéniablement cet ouvrage s'inscrit dans des débats toujours vifs, il n'a pour autant aucune visée proprement normative. Dans cette optique, la première partie de ce volume propose d'abord de donner des clés de compréhension de ces débats (et peut-être d'en finir avec certains

d'entre eux) à partir des regards de politologues et de sociologues. La seconde partie de ce volume a ensuite pour but de mettre en exergue, en prenant en compte les différentes traditions nationales, les voies de droit pour lesquelles les États ont opté dans le traitement de cet objet social.

L'ouvrage s'ouvre par un texte de Valérie Amiraux questionnant la « texture publique » des débats européens relatifs à l'interdiction du port du voile intégral. L'auteur y discute les répercussions épistémologiques et politiques du recours au droit pour classer comme problématiques, et ultimement interdire et criminaliser, des comportements religieux individuels. Selon l'auteur, ce recours s'appuie sur un processus de publicisation d'une religion – l'islam – difficilement lisible pour les institutions politiques et les populations européennes et contribue, de fait, à pérenniser les frontières ethniques et culturelles en Europe. Les opinions publiques seraient ainsi prisonnières d'une vision binaire des pratiques religieuses, nous dit Valérie Amiraux, ce que tend à confirmer l'analyse de Ben Clements sur l'évolution des opinions publiques sur les musulmans en général, et sur le port du voile intégral en particulier, dans les sociétés occidentales. Analysant des enquêtes d'opinion réalisées de 2004 à 2011 en Grande-Bretagne, en France, en Allemagne, en Espagne et aux États-Unis, Ben Clements retrace les corrélations entre la montée des sentiments anti-musulmans et anti-islam dans les pays concernés avec les controverses relatives à la visibilité de l'expression des convictions religieuses en islam. Ces controverses ont donc certainement des effets sur l'opinion publique, et par conséquent sur l'agenda politique des pouvoirs publics concernés, mais elles ont également celui de transformer les conditions du compromis. À partir d'une étude comparée des controverses américaines relatives à la construction d'une mosquée à *Ground Zero* ou à la place de la charia, et de la controverse française relative à la burqa, Nadia Marzouki analyse la controverse non pas en tant que conséquence d'un problème social de nature religieuse, mais en tant que construction de celui-ci à des fins politiquement stratégiques. Dans cette perspective, la controverse n'est véritablement qu'un jeu de langage, une « stratégie rhétorique » qui n'a pour autre but que de tester dans un contexte spécifique un énoncé politique pour mieux construire un nouvel équilibre des forces en présence. L'analyse que Jean Baubérot propose de son audition et des travaux la Mission d'information parlementaire sur le voile intégral en France ne permet de faire d'autres constats. Il montre que les arguments échangés lors de la controverse ne sont pas rationnels et leur échange ne permet, au final, que de conforter la nécessité d'adopter une loi pour interdire le voile intégral. Débattre de la loi est peut-être une chose, mais débattre de la « burqa » en est pourtant une autre. Et c'est sur cette dernière question que s'arrêtent les chapitres de Dominique Schnapper et Fareen Parvez. Le texte de Dominique Schnapper appréhende le voile intégral comme un vêtement dont le symbolisme remet en cause l'ordre symbolique de la société. Dans cette perspective, le voile intégral est politique par essence en ce qu'il met à l'épreuve un ordre symbolique porteur de valeurs universelles à l'instar de l'égalité de tous les êtres humains. Mais si le vêtement est politique par essence, le comportement des femmes qui le portent l'est-il également ? Ce n'est pas ce que nous montrent les

analyses présentées par Fareen Parvez à partir d'une enquête ethnographique menée dans une mosquée des Minguettes fréquentée par des femmes salafistes portant le voile intégral. À l'inverse même, l'auteur soutient que si les femmes salafistes portant le voile intégral poursuivent un but politique, il s'agit d'une politique du soi, d'un meilleur contrôle de leurs comportements éthiques et de leur foi. Le réveil islamique se caractérise ici par son antipolitisme. Aussi privée soit elle, la pratique religieuse des uns devient pourtant l'affaire publique des autres argumentait Valérie Amiraux, cette politisation de fait n'ayant d'autre conséquence que de bousculer les catégories juridiques traditionnelles dans les États de droit.

La seconde partie de l'ouvrage débute par un chapitre de Ronan McRea qui questionne la compatibilité d'une loi nationale interdisant le port du voile intégral avec l'ordre public européen tel qu'il procède du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme. Après avoir longuement discuté de la validité juridique des arguments favorables à l'interdiction de ce vêtement, l'auteur estime que la pérennité des lois d'interdiction ne saurait être garantie à la lecture des droits européen et communautaire. S'attachant au contexte français, Stéphanie Hennette-Vauchez questionne ce que la loi interdisant le voile intégral fait au droit, c'est-à-dire ce que cette « guerre du droit » qu'a incarné le processus d'adoption de la loi peut révéler, non seulement en terme de déplacement des significations attribuées aux catégories juridiques elles-mêmes, mais aussi et surtout de neutralisation de nombre de garde-fous traditionnellement garants de l'État de droit. Si le débat sur la « burqa » est né en France, il a rapidement trouvé écho à l'étranger. Les mises en récit des peurs nationales se décontextualisent de plus en plus souvent et ce d'autant mieux que la menace islamiste se vend bien à l'exportation. Traversant l'Atlantique, la controverse a ainsi rejailli au Québec, une Belle Province dans laquelle la question des rapports entre droits subjectifs et valeurs communes (identitaires) demeure délicate, ainsi que le souligne le chapitre d'Anne Saris. La controverse française sur le port du voile intégral a également très rapidement contaminé les débats politiques européens, alimentant notamment le discours sécuritaire des membres du *Vlaams Belang* en Belgique, de la *Lega Nord* et du *Popolo della Libertà* de Sergio Berlusconi en Italie, mais aussi du *Partij voor de Vrijheid* de Geert Wilders aux Pays-Bas. Les modalités par lesquelles des partis populistes ont graduellement réussi à imposer la « burqa » dans le débat politique puis dans les arènes juridiques nationales sont enfin présentées dans trois chapitres de Xavier Delgrange sur la situation belge, Mathias Möschel sur le contexte italien et Adriaan Overbeek et Hana van Ooijen concernant les Pays-Bas.

PREMIÈRE PARTIE

.....

LA « BURQA » : UN CHEVAL DE TROIE DANS LES DÉMOCRATIES LIBÉRALES ?

VALÉRIE AMIRAUX
.....

Le port de la « burqa » en Europe : Comment la religion des uns est devenue l'affaire publique des autres

« Les Français sont vraisemblablement plus nombreux à connaître le nombre de minarets en Suisse (quatre) et de “burqas” en France (trois cent soixante-sept) qu’à savoir que le Trésor public a perdu 20 milliards d’euros à la suite d’une décision “technique” de l’exécutif. [...] Le rétablissement électoral du Front national, et plus généralement de l’extrême droite en Europe, n’est pas tout à fait étranger à cette distribution de l’attention publique entre la poutre des polémiques subalternes qu’on enflamme et la paille des sujets prioritaires dont on prétend qu’ils sont trop compliqués pour le commun des mortels. »

Serge HALIMI, « Burqa bla bla »,
Le Monde diplomatique, avril 2010/

Au cours des trente dernières années, l’altérité incarnée par les populations musulmanes et sa visibilité publique dans les États-membres de l’Union européenne (UE) ont déclenché des mouvements de panique transnationaux principalement animés par la crainte de voir s’effondrer les « cohésions nationales » (Morgan, Poynting, 2012 ; Lentin, Titley, 2010). Menace, invasion, barbarie, inadéquation, incompatibilité des valeurs... les terminologies par lesquelles ces paniques se sont exprimées varient bien entendu en fonction des contextes et des circonstances. D’une manière générale pourtant, ces peurs partagées très largement diffusées internationalement se sont faites plus explicites lorsque les femmes en sont les protagonistes, ceci se vérifiant d’ailleurs chez d’autres communautés de croyance que les musulmanes, qu’on pense aux populations mormones, amish, juives. Les vêtements féminins islamiques, quels que soient les vocables pour les désigner : voile, foulard et, plus récemment, « burqa » pour désigner un vêtement couvrant intégralement le corps, s’imposent ainsi comme un problème de plus en plus

délicat, enjeu de batailles juridiques et sujet de controverses politiques virulentes en France, en Belgique, en Allemagne, au Pays-Bas et au Royaume-Uni. Les foulards islamiques et, par extension, les musulmanes qui les portent, en sont ainsi venus à incarner tout le négatif associé à la présence de l'islam en Europe, à l'appui d'une iconographie diabolisante dans laquelle la silhouette sombre de la femme voilée, intégralement ou non, opère désormais comme un *memento mori* globalisé.

Ces épisodes locaux de friction, tensions, désaccords et parfois violences ont vu le jour dans différents contextes, indépendamment des traditions nationales en matière de politique d'immigration, de relations entre les Églises et l'État et plus largement de construction de l'identité nationale¹. Ils s'intègrent dans une configuration racialisante à propos de laquelle nous souhaitons développer trois lignes argumentatives². La première revient sur l'inintelligibilité de certaines des manifestations du croire dans les espaces publics sécularisés européens, dont la faible critique de la catégorie « religion » participe. La deuxième développe une analyse du processus de racialisation des indicateurs de l'appartenance réelle ou supposée qui touche plus spécifiquement les populations musulmanes dans l'UE. La troisième pose *in fine* quelques hypothèses de lecture de l'expérience publique constituée par les différentes crises autour de la visibilité des signes religieux islamiques et au capital de visibilité qui leur est attaché.

Ce chapitre s'intéresse plus spécifiquement à la « texture publique » des discussions entourant l'interdiction récente du port du voile intégral, souvent désigné par le terme « burqa » que nous avons choisi d'employer, dans ce texte, dans les espaces publics européens. Il vise à engager la conversation autour des répercussions épistémologiques et politiques du recours à l'interdiction légale pour évaluer des vécus individuels quotidiens comme problématiques en contextes laïques, voire à les criminaliser. Le terme « public » est ici multidimensionnel. Il désigne en premier lieu la sphère publique dans laquelle controverses, discussions polémiques et délibérations collectives se déploient, et dans laquelle les problèmes publics émergent et se constituent (Gusfield, 1981). De cette acception découle l'idée que le « problème public » ne préexiste pas à l'expérience des « perturbations » qui amènent les individus concitoyens à discuter de ce qui les perturbe (Dewey, 2005). Ainsi « l'islam » n'est-il pas un problème public en soi, *a contrario* des affirmations des droites nationalistes européennes par exemple. Médias, politiciens, associations civiques, avocats, juges et l'ensemble des citoyens prennent tous et toutes part au processus de sa publicisation. Le terme « public » renvoie en second lieu au fait que les expériences vécues par la population cheminent selon des voies directement

1. Outre l'interdiction du port du foulard intégral dans les espaces publics, objet de la présente publication, on citera pour mémoire les caricatures danoises, les lois sur le blasphème, l'affaire Rushdie, les tribunaux religieux et le droit familial, le port du foulard islamique à l'école publique, la construction des minarets, mais aussi, au-delà de la minorité musulmane, la polygamie, les nouveaux mouvements religieux, le financement public des écoles religieuses, les sectes, l'avortement, etc.

2. « *Neither Newsweek calling up Ayaan Hirsi Ali to write yet another silly Islamophobic piece for them, nor Anders Breivik's mass murder in Norway, nor a lonesome pastor in Florida warming up to a copy of the Quran, nor indeed Sam Bacile's imbecility is an isolated event in the US and Europe. They are integral to a pattern* », Dabashi, 2012, p. 6.

liées aux contextes juridiques, politiques et civiques agissant comme un réseau de contraintes et de possibilités d'action qui rendent ce « public » possible. C'est bien plutôt à la faveur d'un ensemble de micro événements, désaccords, expériences, alliances et conflits que l'islam et les musulmans qui l'incarnent pratiquement sont constitués en problème public. Si de nombreux auteurs ont souligné la dimension co-constitutive des identités notamment dans une approche centrée sur les politiques publiques et les contextes nationaux (Fetzer, Soper, 2005), penser le lien entre constitution des problèmes publics et les expériences qui en sont à l'origine reste relativement marginal en l'espèce (Cefai, Terzi, 2012).

◆ LA RELIGION EST-ELLE INTELLIGIBLE DANS UNE EUROPE LAÏQUE ?

En Europe – la France étant le principal exemple dans ce texte – la religion reste largement inintelligible aux politiques et aux imaginaires publics en ce qu'elle est historiquement construite, comme catégorie, sur la conviction qu'à l'opposé de la rationalité moderne de l'espace public se vit l'expérience intime et privée du religieux (Fitzgerald, 2007). C'est de cette affirmation que nous souhaiterions partir. Depuis la fin des années 1980, le virage pris dans les espaces publics sécularisés de l'UE est radical vis-à-vis de la visibilité de certaines expressions de la religiosité des populations musulmanes, assimilées à des pathologies culturelles, sociales et politiques à combattre, notamment par voie juridique³. Le dernier épisode de cette saga s'incarne dans les différents projets d'interdiction du port de vêtements couvrant tout ou partie du visage dans les espaces publics, dont la « burqa » est le principal exemple, dans la foulée du bannissement du foulard dans les institutions scolaires en contexte français (*Cardozo Law Review*, 2009 ; Grillo, Shah, 2012⁴). Dans l'ensemble, les opinions publiques appuient ces interdictions⁵, qui semblent faire autant consensus du côté des responsables politiques. En 2010, D. Cameron, A. Merkel, N. Sarkozy ont tour à tour thématiqué la « crise du multiculturalisme » et explicité le lien entre la présence musulmane en Europe et l'échec de ce modèle (Lentin, Titley, 2011). L'islam, religion minoritaire, est désormais sujet partagé de

3. La controverse sur les circoncisions masculines sur les mineurs en Allemagne est le plus récent avatar de ce mouvement de qualification juridique de pratiques religieuses à proscrire et de potentielle criminalisation de celles-ci. L'affaire au fondement de la décision de la cour régionale de Cologne concerne un jeune garçon musulman âgé de 4 ans (Landgericht, Köln, 7 mai 2012, Wa. 151 Ns 169/11). Les principaux leaders de la communauté juive européenne ont contribué à publiciser la discussion sur les conséquences de l'interdiction, laissant entrevoir la possibilité d'une alliance objective entre minorités concernées (juives et musulmanes) que le foulard et le turban à l'école n'avait pas accompli pour les Sikhs et les musulmans. En septembre 2012, les esprits se calment avec la première version d'un projet de loi explicitant la conformité de la pratique de la circoncision, accomplie dans le respect des règles médicales, avec la loi allemande.

4. Des nuances doivent bien entendu être faites d'un contexte à l'autre. Hors de l'UE, en Suisse, le Conseil national a, le 28 septembre 2012, décidé de ne pas donner suite à une initiative lancée par le canton d'Argovie proposant d'interdire le port de vêtements couvrant en partie ou intégralement le visage.

5. Le 8 juillet 2010, le Pew Research Center publie les résultats d'une enquête (*Global Attitudes Project*) établissant que l'interdiction du voile islamique intégral en Europe occidentale bénéficie d'un appui massif dans la population. Les répondants se déclarent très majoritairement en faveur de cette interdiction dans les espaces publics (écoles, hôpitaux, bâtiments, bureaux gouvernementaux) : en France (82 %), en Allemagne (71 %), en Grande-Bretagne (62 %) et en Espagne (59 %). À l'inverse, la plupart des répondants états-unis (65 %) s'opposeraient à une telle mesure (PEW, 2010).

controverses à travers l'UE, particulièrement en ce qui concerne l'expression visible de certaines formes de religiosité⁶. La prolifération des débats et des contestations juridiques révèle de fait une européanisation qui puise dans le partage du « sectarisme antimusulman » ou de la « musulmanomanie européenne⁷ » (entretenu par la peur de l'islamisation de l'Europe) les moyens de son existence, de son déploiement et de sa cohésion. Ces vêtements portés en lien avec des convictions de croyance et interdits de déambulation dans les espaces publics opèrent très efficacement comme des « synecdoques » transnationales (Jiwani, 2010, 65) qui, simultanément, évoquent l'ubiquité des discours sur l'échec du multiculturalisme et confirment la pertinence de la laïcité comme modalité raisonnable d'organisation de la coexistence pacifique des religions. Leur bannissement atteste également de la « sécuritarisation » des marqueurs culturels, de la mise en cause de la loyauté morale et politique des citoyens européens musulmans (convertis ou non), de l'impact des politiques extérieures sur les espaces nationaux et de l'efficace circulation des discours sur la menace islamique, parfois jusqu'à l'absurde (Croft, 2012).

Du point de vue juridique, la religion bénéficie, d'une part, d'une protection constitutionnelle en vertu du droit à la liberté de religion garanti dans le droit interne de l'ensemble des États-membres de l'Union européenne et, de l'autre, d'une protection en vertu du droit à l'égalité de traitement garanti en droit communautaire⁸. L'appartenance raciale et l'origine ethnique sont quant à elles protégées par plusieurs dispositions relatives à l'égalité, notamment sous l'angle de la protection contre les discriminations à la fois aux niveaux national, communautaire, européen (c'est-à-dire le droit issu de la jurisprudence de la CEDH) et international. Toutefois, alors que la législation communautaire et la législation française considèrent toutes deux la religion comme un motif inacceptable de discrimination, l'essentiel des poursuites en discrimination se fondent en majorité sur la race et l'origine ethnique⁹. La discrimination à raison de la religion présente ceci de particulier qu'elle est à la fois appréhendée par le droit de façon positive, sous l'angle des libertés garanties, et sous forme négative, concernant cette fois la protection des individus et des groupes contre tout traitement discriminant (Calvès, 2011). Il est sur ce point pertinent de pointer le décalage entre l'émergence d'une

6. On pourrait évoquer à titre de comparaison le cas des églises des communautés africaines, dont l'intense activité paroissiale dans les collectivités chrétiennes d'immigration récente contraste avec celle des églises traditionnelles d'Europe.

7. L'expression « sectarisme antimusulman » (*anti-Muslim bigotry*) est tirée de Ford, 2011 ; l'expression « musulmanomanie européenne » (*European Muslimania*) est tirée de Goldberg, 2010.

8. Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

9. Les résultats de l'enquête Trajectoires et Origines (TeO) montrent l'importance de la religion dans la discrimination vécue par les « minorités visibles » en France. Les répercussions de l'origine ethnique sur les trajectoires sociales des migrants et des enfants de migrants sont étayées par des données précises sur l'incidence de la couleur de la peau et celles d'autres marqueurs visibles de la diversité. L'origine ethnique reste la variable la plus déterminante du taux de déclaration volontaire des cas de discrimination ; néanmoins, l'appartenance et les croyances religieuses ne sauraient être évacuées car, indépendamment de leur origine ethnique, les musulmans dénoncent un taux plus élevé d'incidents discriminatoires que les répondants areligieux (agnostiques, athées, non-croyants), chrétiens, bouddhistes ou juifs. Pour l'analyse de la variable religieuse dans la discrimination (Beauchemin *et al.*, 2010, p. 123-128).

jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après CEDH) sur les questions de laïcité, quel que soit le groupe religieux concerné, et le silence de la Cour européenne de justice (ci-après CEDJ). Tandis que la première est le lieu principal d'élaboration d'une interprétation juridique de la laïcité centrée sur l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme plutôt que son article 14¹⁰, la seconde n'est pas encore le site privilégié de la mise en œuvre d'un droit de la discrimination religieuse, ce que l'insertion de la variable discrimination à raison de la religion dans la « Directive Égalité » du 27 novembre 2000 laissait pourtant augurer. Les affaires portées devant la CEDH concernent principalement des questions d'autonomie des communautés religieuses vis-à-vis des États et de neutralité de ceux-ci. Pour cette raison, plusieurs auteurs soulignent le caractère « séculariste » ou « laïciste » des décisions de la CEDH (Cole Durham *et al.*, 2012 ; Langlaude, 2006 ; Garay, 2006) : il faudrait que le religieux reste à l'intérieur, confiné à l'intime et invisible¹¹. Une fois l'interférence constatée (l'État intervient dans la liberté de religion d'un individu), se pose ensuite la question de sa légalité. Juridiquement, c'est la notion de « marge d'appréciation » qui est convoquée, laquelle renvoie à l'idée que l'État est le mieux placé pour décider. La « marge d'appréciation » est une notion développée par la Cour dans sa pratique jurisprudentielle, qui signifie en substance que les États se voient reconnaître, dans certaines situations, une latitude plus ou moins importante pour apprécier le contenu de leurs obligations aux termes de la Convention (Nieuwenhuis, 2005) : les États restent les mieux placés (et les mieux équipés) pour juger certains litiges que ne peut l'être la Cour¹², notamment en raison du caractère « culturellement sensible » d'une affaire dans l'État concerné (Hoffman, Ringelheim, 2004 ; Marshall, 2008¹³).

D'une manière générale en Europe, la religion est envisagée sous l'angle de ses manifestations institutionnelles¹⁴, et non comme une pratique ou une expérience, celle de la « religion de tous les jours » telle que vécue ou exprimée au quotidien (Ammerman, 2007). La religion entendue comme « système formé de croyances et de pratiques orientées vers le sacré ou le surnaturel et donnant un sens et une direction à la vie de groupes humains » (Smith, 1996, 5) recouvre non seulement

10. L'article 9 de la Convention des droits de l'homme traite de la liberté de pensée, de conscience et de religion, l'article 14 de l'interdiction de discrimination.

11. Par exemple, en 1981, dans l'affaire *X. v. United Kingdom appl. N. 8160/78* (décision du 12 mars 1981), la CEDH ne considère pas comme une atteinte à la liberté religieuse le fait de ne pas aménager l'emploi du temps d'un enseignant de manière à lui permettre de se rendre à la mosquée le vendredi.

12. « Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la « nécessité » d'une « restriction » ou « sanction » destinée à y répondre. [...] Dès lors, l'article 10 par. 2 (art. 10-2) réserve aux États contractants une marge d'appréciation » (arrêt *Handyside* cité par Hoffman, Ringelheim, 2004).

13. Dans de nombreux cas, expliquent-ils, elle a admis que, compte tenu des circonstances, les caractéristiques culturelles propres à l'État, à la région ou à une communauté constituaient un élément pertinent à prendre en considération pour apprécier l'existence d'une violation de la Convention.

14. La religion étant alors assimilée aux rites collectifs et à l'existence publique de bâtiments religieux. La situation n'est pas tout à fait la même quand les groupes religieux sont classifiés en tant que groupes ethniques, comme c'est le cas par exemple pour les sikhs et les juifs en Angleterre où le recensement a réintégré une question sur la religion en 2001.

l'observance religieuse, mais aussi la spiritualité (croyances et pratiques) ainsi que la signification sociale de l'incidence d'une religion sur les autres secteurs de la vie en société. Or, pour les cours et les pouvoirs publics, un croyant est essentiellement le pratiquant d'un culte¹⁵. Une définition qui reposerait sur la pratique ou l'expérience imposerait de s'intéresser de plus près aux différentes manières dont les croyants expriment concrètement leurs convictions dans leurs activités quotidiennes ordinaires (Bender, 2003 ; Lichterman, 2005), sans pour autant les reconnaître¹⁶. Cette incapacité générale à considérer la religion hors de l'institution nous semble aussi s'exprimer de manière particulièrement éloquente dans le silence et l'inaction des groupes de lutte contre le racisme dans les discussions sur le foulard et la « burqa », nous y reviendrons dans la deuxième partie. La difficulté d'appréhension du motif « religion » rejoint une incapacité généralisée à faire sens des appartenances religieuses indépendamment de leurs symboliques, dans leurs accomplissements pratiques et non plus exclusivement symboliques (Claverie, 2003 ; Benhabib, 2002¹⁷). C'est sur ce rapport à la dimension non symbolique des vêtements religieux et des gestes qui les accompagnent que nous voudrions revenir à présent car elle nous semble largement sous-évaluée, voire niée, probablement parce qu'elle oblige l'observateur à s'approcher de trop près d'une réalité que les « citoyens laïques, modernes et éclairés » et une figure idéale du sujet libéral préfèrent tenir à bonne distance (OSF, 2011 ; Parvez, ce volume).

Une mise en perspective historique permet de situer plus précisément les enjeux dans le contexte français et de s'éloigner pour un instant des discussions sur la « burqa ». À propos de la décision du Conseil constitutionnel de ne pas censurer la loi d'octobre 2010¹⁸, Saint-Bonnet parle ainsi de la dimension immatérielle de l'ordre public pour désigner les exigences minimales de la vie en société, c'est-à-dire les attentes réciproques qui la garantissent. Revenant sur les arguments concernant les « conséquences juridiques de la volonté libre de se préserver du monde pour vivre de manière pieuse » (en l'espèce la mort civile des religieux catholiques par effet, entre autres, de la claustration volontaire des religieuses), Saint-Bonnet analyse la double dimension de liberté et de libération de ces gestes de retrait du monde : il s'agit bien de s'affranchir d'un monde dans lequel vivre de manière vertueuse est impossible. La claustration soustrait concrètement et intégralement

15. Ce défi épistémologique fait partie intégrante du quotidien des juges, des avocats, des fonctionnaires, des médecins et des travailleurs sociaux appelés à déterminer si les gens ont le droit, ou non, de porter un foulard, de déposer une plainte en discrimination religieuse (et non ethnique), d'obtenir le statut de réfugié, de fermer leurs boutiques certains jours, de divorcer, etc. Définir la religion n'est plus seulement un exercice pédagogique : pour bon nombre d'agents sociaux, en particulier dans les tribunaux, c'est une exigence quotidienne.

16. Différents motifs peuvent mener à la mise en place d'accommodements religieux sans déboucher sur la reconnaissance officielle d'une confession par l'État, notamment la protection de la liberté de religion et de conscience. Cette distinction repose sur la dissociation entre les droits politiques et les convictions religieuses : quelle que soit son appartenance religieuse, un citoyen reste un citoyen.

17. Une réflexion systématique sur la catégorie « religion » reste à développer, notamment dans les réflexions francophones où les *Critical Religious Studies* demeurent marginales (Amiraux, 2012). Il faut par ailleurs rappeler que, si les musulmans sont en Europe une population médiatiquement omniprésente, ils restent statistiquement invisibles dans les recensements nationaux.

18. *Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* ; Conseil Constitutionnel, Décision n° 2010-613 DC du 07 octobre 2010.

les corps et les visages au monde temporel et souligne à quel point la question du contrat social reste liée à celle du droit à porter ou non certains habits religieux : dans l'Ancien Régime « demeure cette idée que ceux qui ont fait le choix de se retirer du monde ne peuvent ni ne doivent être comptés au nombre des citoyens » (Saint-Bonnet, 2011, 12). On ne peut être simultanément hors du monde et dans le monde. D'une certaine façon, le régime de séparation contemporain permet de mieux distinguer les exigences minimales de la vie en société (la laïcité, c'est-à-dire la neutralité pour l'État dans la sphère publique) et l'exercice individuel des libertés dans la sphère privée. La possibilité d'une interprétation libérale de la laïcité (Conseil d'État, 2004) repose principalement quoique pas exclusivement sur l'exercice de la liberté de conscience : chacun peut croire (ou non) en ce qu'il veut dans la sphère privée, sans subir de conséquence. L'espace public est donc vu comme un espace reposant sur un consensus culturel ayant prééminence sur les libertés individuelles – tout en restant cramponné à l'idée que la pratique peut se réduire à des préférences privées et à des choix intimes. Il devient alors un « espace tiers », c'est-à-dire un espace où se concrétise l'appartenance à la communauté politique et la citoyenneté.

La spécificité des symboles religieux et culturels comme les vêtements féminins ramène les publics européens à la nature du lien entre les aspects normatifs simultanément positifs et négatifs des discours sur la justice et l'égalité (empêcher les traitements discriminatoires et garantir les libertés), mais aussi à notre capacité de penser et d'agir de manière raisonnable envers cette dimension religieuse, et aux fondements moraux qui sous-tendent cette capacité de réflexion et d'action raisonnables. Le défi complexe qui se pose, et que les sociétés européennes ne parviennent pas pour l'heure à relever intégralement, consiste donc à élaborer des définitions de l'égalité et de la cohésion sociale qui tiennent *pratiquement* compte des convictions religieuses de chacun. Les discussions publiques sur la question de « l'islam et des musulmans » ajoutent à ce défi en posant la laïcité comme un principe devant être réaffirmé et défendu à titre de valeur européenne fondamentale constituant à la fois un moyen d'intégration et une norme indispensable de régulation de la vie sociale. La laïcité, en ce sens, est de plus en plus assimilée à un fondement de l'identité nationale. En témoignent, entre autres, les déclarations récentes de dirigeants français du Front national et un mouvement général de patrimonialisation de celle-ci, repérable par exemple dans l'argumentation de la CEDH dans le cadre de l'affaire Lautsi¹⁹. Si, dans les sociétés pluriculturelles, les politiques antidiscriminatoires peuvent être considérées comme l'un des piliers de l'organisation d'une coexistence pacifique entre des systèmes d'interprétation concurrents (par exemple, les religions) ou entre des valeurs en tension (par exemple, la neutralité de l'État et la liberté de religion de l'individu), l'impulsion de restreindre la liberté religieuse (la limitation du droit de porter un foulard dans

19. Dans un second arrêt (2011) revenant sur une première décision de 2009, la cour met en avant la notion de « religion majoritaire » pour justifier de la présence plus visible du catholicisme dans l'environnement scolaire sans qu'il ne s'agisse d'une démarche d'endoctrinement (CEDH – *Lautsi c/Italie*, Grande Chambre du 18/03/2011).

certaines circonstances bien précises) exprime le besoin de limiter la visibilité des pratiques religieuses. Par endroit, les parcours de laïcisation des pays membres de l'UE (Église établie, laïcité à la française, Église de type concordataire et relation avec l'État²⁰) et leur corrélation avec l'évolution du contenu du trouble à l'ordre public fournissent les prémisses sur lesquelles se fondent les juges européens pour consentir à des limitations du droit à porter le foulard ou, aujourd'hui, la « burqa » (Mac Goldrick, 2006). La Cour appuie les États membres les plus restrictifs dans ce domaine, en invoquant essentiellement la latitude accordée à l'État pour imposer sa propre interprétation de la situation et ses propres positions en matière de protection de l'ordre public et de perception de ces dispositions dans la population. La principale grille analytique qui sous-tend les interdictions du port du voile et de la « burqa » pourrait par conséquent être résumée ainsi : « Nous tenons à nos valeurs. » En d'autres termes, la protection des valeurs considérées historiquement comme les plus précieuses (liberté de conscience, liberté d'expression, égalité hommes/femmes) peut tolérer que certaines d'entre elles soient restreintes (*Cardozo Law Review*, 2009). Les différentes décisions de la CEDH valident ainsi l'idée que l'espace public comme lieu de la citoyenneté n'est pas soumis à l'exigence de neutralité absolue, mais que les libertés individuelles peuvent être limitées au nom des exigences minimales de la vie en société telles que définies par les États souverains. La marge d'appréciation est l'outil principal de ce processus.

« Quelles sont les conditions de l'intelligibilité qui peuvent rendre certaines positions morales légitimes et d'autres, irrecevables, dans un contexte où le langage de la violence de la rue peut être reçu sous l'angle du racisme, du blasphème ou de la liberté d'expression, mais où [...] la "douleur religieuse" reste insaisissable, sinon incompréhensible? », (Mahmood, 2009, p. 69-70). L'incapacité intellectuelle à appréhender les musulmans d'une manière raisonnable renvoie sans aucun doute aux types de représentations que l'Europe a produits au fil de son histoire vis-à-vis de l'islam et des populations musulmanes (Laurens, Veinstein, 2009; Dakhliya, 2005). Pour Mahmood, qui part des controverses suscitées par les caricatures danoises pour analyser l'encodage normatif de l'incapacité « laïque » à comprendre l'insulte religieuse, l'impasse morale s'explique par la polarisation paradigmatique autour du « conflit entre la nécessité laïque et la menace religieuse » (Mahmood, 2009, p. 65). Cette fracture entre valeurs libérales laïques (liberté d'expression, émancipation du corps des femmes) et formes musulmanes de la religiosité témoigne du regard normatif que l'Europe pose sur la religion : une seule forme spécifique de sujet (et non d'agent) religieux est finalement tolérée. Il n'est par conséquent fait aucune place aux « musulmans en tant que musulmans ». Le modèle binaire laïque/religieux explique également que le voile soit inévitablement compris comme contraire à l'égalité des sexes, à l'émancipation des femmes et à la laïcité. Ainsi, « le voile est devenu en lui-même un signe iconique de la différence, mais un signe réifié dans la mesure où son utilisation stratégique, à l'intérieur des conceptions occiden-

20. Dans l'UE coexistent des régimes de séparation stricte (par exemple la France, l'Irlande, la Belgique et les Pays-Bas), des Églises d'État nationales (Royaume-Uni, Finlande, Norvège, Grèce, Danemark) et des partenariats institutionnalisés entre l'Église et l'État, les « concordats » (Italie, Allemagne, Espagne, Portugal).

tales, dissimule les intentions et les motivations des acteurs qui le définissent » (Jiwani, 2010, p. 66). La réduction du port du foulard à une décision strictement personnelle (il serait choisi) constitue en définitive le seul moyen de l'envisager, en raison précisément de l'inintelligibilité de la religion dans des espaces publics qui ne considèrent pas le religieux comme un choix individuel raisonnable. De fait, en droit, « la dignité et l'égalité des femmes constituent les deux piliers de la plupart des argumentaires de justification de l'interdiction » du vêtement en question (Ford, 2011). Ces interprétations symboliques ou fonctionnelles des gestes religieux ne nous paraissent pas pouvoir tenir, à moins de ne servir qu'à valider la proposition selon laquelle une conviction intime (celle des musulmans se couvrant) peut être métamorphosée en un objet juridiquement déterminé. Les limites de l'imaginaire politique et social européen à propos du religieux se manifestent par ailleurs dans l'incapacité à considérer les pratiques matérielles et corporelles de la piété quotidienne, comme des symboles, mais aussi comme des moyens de l'engagement, perspective occultée par le regard libéral laïque (Bender, 2003 ; Lichterman, 2005 ; Parvez, 2011²¹). Tout aussi critiquable est l'effet de subsomption du terme « culture » employé pour désigner un large éventail d'attitudes, de préférences et de revendications se rapportant au moins en partie à la religion : les exigences de la religion sont affaires de conscience et elles sont vécues comme des engagements éthiques contraignants (Song, 2007). Du point de vue de la modernité européenne, la religion est cependant considérée sous l'angle de choix concrétisant la liberté individuelle, le futur croyant étant invité à choisir parmi un ensemble de propositions établies qu'il ou elle peut librement interpréter. Ainsi que le souligne Mahmood, cette manière de concevoir la religion est maintenant devenue aussi normative que l'attribution de la race à la sphère biologique.

◆ LE PROCESSUS DE RACIALISATION DES MUSULMANS EN EUROPE

Si pendant plusieurs décennies la situation des populations musulmanes a été considérée comme le produit plus ou moins heureux de traditions nationales d'intégration, les attentats du 11 septembre 2001 marquent, d'une part, l'engagement des États européens vers une politique plus active d'encadrement institutionnel de l'islam comme culte (en Allemagne, en Belgique, en France par exemple) et, d'autre part, l'amorce d'une convergence européenne vers la caractérisation des citoyens musulmans comme *personae non gratae*. Pourquoi des régimes de citoyenneté si distincts et des « modèles d'intégration » traditionnellement opposés (interculturalisme, multiculturalisme, républicanisme, assimilationnisme) ont-ils, s'agissant d'islam et des musulmans en Europe, pu induire des discussions publiques similaires ? Ces débats renvoient à des problématiques plus larges (sociales, politiques, idéologiques, économiques) mais relèvent aussi d'une contestation du multiculturalisme comme horizon normatif et de la capacité des démocraties libérales sécularisées à effectivement organiser un pluralisme religieux pacifié en Europe. Une vision

21. Le même raisonnement s'applique à d'autres groupes de croyance, à propos des pratiques polygames ou de certaines dérives sectaires.

dichotomique des concitoyens musulmans en tant que bons ou mauvais, loyaux ou déloyaux, modérés ou extrémistes, etc., européenise une représentation du musulman comme Janus à deux visages – digne de confiance (comme nous) ou indigne de confiance (contrairement à nous). Elle cadre, au sens Goffmanien c'est-à-dire sur un plan primaire puis comme convention, le discours public sur l'islam et les musulmans d'Europe comme enjeux de politiques publiques. Elle s'impose maintenant comme le jalon à l'aune duquel le comportement des musulmans doit être évalué, de manière souvent totalement objectivée par les principaux relais de cette vulgate notamment à l'appui de chiffres ou de témoignages, et favorise l'expression de l'animosité envers ceux et celles qui continuent d'adhérer à des pratiques jugées étrangères et archaïques, entretenue par un fil d'actualité international, comme à propos du film *The Innocence of Muslims* à l'automne 2012 et plus largement des victoires électorales de partis dits « islamistes » dans les contextes tunisiens et égyptiens par exemple. Ce cadrage facilite l'émergence d'un racisme islamophobe enchâssé dans des épreuves de discriminations concrètes. Sur ce plan, la criminalisation du port de la burqa émerge comme la pointe de l'iceberg d'une problématique bien plus ample dont il nous semble que la racialisation constitue l'axe central de publicisation : « élaborée de manière à être sensible et intelligible pour un public indirectement concerné », la situation problématique que crée la présence publique de gestes religieux illégitimes des femmes musulmanes acquiert une « objectivité factuelle et morale » contraignante et permettant de faire émerger des publics à distance de l'expérience directe du trouble causé par la visibilité du religieux (Cefai, Terzi, 2012, p. 21). Nul besoin de croiser des femmes portant la burqa pour s'en défier car « la situation n'est [...] pas une situation de co-présence, mais de co-pertinence entre les acteurs », (*ibid.*, p. 36).

La religion trace donc une ligne de démarcation culturelle entre les différents groupes de population qui procure ensuite un marqueur efficace pour distinguer les citoyens désirables des indésirables (par effet de leurs valeurs et convictions) et explique la manière dont ceux-ci sont appréhendés par ceux-là. À partir de la fin des années 1990, l'islamophobie a pu être considérée un temps comme utile à la compréhension de ces phénomènes. Quinze ans plus tard, le sectarisme antimusulman n'a fait que s'accroître – et les conditions favorables à l'émergence d'un « diable populaire » musulman (Werbner, 2005, p. 6) semblent maintenant à leur point culminant et favorisent, quoique de manière indépendante, le processus de consolidation d'une nouvelle catégorie identitaire regroupant toutes les personnes d'allure « proche-orientale, arabe ou musulmane » qui s'est renforcé après le 11 septembre. L'essor de cette nouvelle catégorie témoigne de toute évidence d'une « racialisation qui assimile les membres de ce groupe à des terroristes et les dépouille de leur identité de citoyens » (Volpp, 2002, p. 1575). On nous rétorquera immédiatement qu'en parallèle, et notamment depuis 2001, plusieurs États européens (Allemagne, Belgique, France) se sont engagés dans le soutien au développement d'un « islam civil » par l'instauration de collaboration avec des fédérations ou associations de musulmans permettant donc à l'islam comme culte d'être soit reconnu soit représenté auprès des pouvoirs publics. Dans

nombre de ces initiatives, la promotion d'une représentation officielle de l'islam a autant été conçue comme un effort concerté de lutte contre la tentation de la radicalisation qui menacerait les musulmans d'Europe que comme une politique visant à assurer la représentation et la protection des intérêts d'une population croyante sous l'angle des libertés publiques, le référentiel partagé et indispensable restant celui de l'institution ecclésiastique de type Église, illustratif du biais de la gouvernance libérale de la diversité religieuse.

En France, la dimension raciale des discussions autour de la criminalisation du port de la « burqa » est jusqu'à récemment restée relativement absente de l'analyse des angoisses sociales soulevées par les interdictions, évitement facilité par le halo d'illégitimité entourant le terme de « race » lui-même. Il nous semble pourtant que l'un des ressorts de la publicisation du débat sur l'islam et les musulmans repose sur cette articulation prolifique de préjugés antireligieux et racistes (Modood, 2005; Mahmood, 2009) permettant ainsi une racialisation de la différence religieuse et, de fait, une « subordination raciale » des musulmans (Wacquant, 1997). Parler de racialisation n'est certes pas totalement satisfaisant. Le terme est souvent strictement descriptif, se contentant de renvoyer à la tonalité raciale de certaines situations sociales (Goldberg, 2010, p. 67). L'hypothèse d'une racialisation des musulmans – c'est-à-dire le fait de leur attribuer des caractéristiques tant physiques que morales les inscrivant dans une hiérarchie – est ici directement liée à la spécificité du contexte racial européen : l'identité européenne, ou « européanité », reste un projet politique reproductible se fondant sur un encodage culturel dans lequel la race est occultée des discours tout en conservant socialement sa fonction constitutive et disciplinaire (Brown, 2006; Razack, 2008). Le principal obstacle aux discussions convoquant la notion de race réside dans « le marchandage permanent entre notions populaires et notions analytiques, dans l'amalgame tous azimuts des lectures sociales et sociologiques du concept de race » (Wacquant, 1997, p. 222). Le fait qu'un groupe se trouve exclu d'une communauté, privé de sa citoyenneté ou freiné dans l'accès à celle-ci parce qu'il ne possède pas certaines qualités valorisées socialement est une conséquence des offensives contre le port du foulard et de la burqa. Ces décisions juridiques s'inscrivent simultanément dans le vécu quotidien des individus mais également dans des dispositions réglementaires mises en œuvre par l'État. À l'instar des effets du cadrage dont nous parlions plus haut et de la matrice de cognition qu'il produit à propos de l'islam et des musulmans, elles traduisent aussi la discordance entre l'imaginaire libéral de la tolérance et l'intensification des pratiques d'exclusion de certains citoyens. Les interdictions du foulard et de la « burqa » permettent une racialisation des musulmans en ceci qu'elles procurent aux populations européennes des appuis physiques d'identification d'un « être-musulman » à l'appui de qualifications juridiques dont les effets spécifient les événements auxquels on peut s'attendre. La criminalisation du port de la burqa joue comme instance sémantique dont les effets ne se limitent pas à l'enceinte juridique mais vont bien au-delà. « Le droit joue [...] un rôle essentiel dans les processus de stabilisation de la réalité. Il contribue à la rendre à la fois intelligible et prévisible, en préformant des chaînes de causalité susceptibles d'être activées

pour interpréter les événements qui se présentent », (Boltanski, 2012, p. 322). Des compétences d'un certain type sont par exemple attribuées aux femmes qui portent la « burqa », illustrant à la fois le processus et les limites d'une extrapolation à partir de certaines tendances du groupe et de leur assimilation à une réalité inévitable, plutôt qu'à un produit des relations sociales (Anthias, 2001).

Si la religion n'est plus considérée ou perçue (au moins dans le discours, sinon dans la pratique) comme un moyen légitime de catégoriser les gens dans les sociétés laïques européennes, la race, biologique ou symbolique, a tout autant perdu ce statut. Goldberg décrit avec justesse les conséquences de la répudiation européenne du concept de race : « L'Europe commence à témoigner de ce qui se passe quand on ne dispose d'aucune catégorie pour nommer un ensemble d'expériences qui sont reliées dans leur émergence, ou à tout le moins dans leur tonalité, à des dispositions et des engagements raciaux d'un point de vue historique et symbolique, concret et politique », (Goldberg, 2010, p. 154). Parler de race à propos des musulmans renvoie à l'idée qu'un ensemble de conditions se traduit par leur stigmatisation et leur dénigrement sociaux²². Fluctuante, polysémique, elle dépend aussi d'autres variables et s'ajuste aux circonstances. Le fait par exemple d'appeler le voile intégral noir une « burqa » illustre la variabilité des signifiants racialisés : l'Afghane voilée de sa « burqa » bleue étant à la fois considérée comme un symbole spécifique de l'oppression exercée par l'islam des Talibans, mais aussi, au niveau transnational, comme la victime d'une culture étrangère (Jiwani, 2010). La force de frappe idéologique de cette imbrication de sens multiples est si grande qu'en Islande, loin de l'UE, des députés minoritaires anticipent en 2010-2011 la possible interdiction de la « burqa » sur l'île avant même qu'elle n'y apparaisse (*Reykjavik Grapevine*, février 2011). L'association de la figure de la musulmane voilée, opprimée par les hommes et nécessitant secours, représentation largement étudiée par les théories post-coloniales, aux Talibans (qui, de fait, se revendiquent de l'observance de l'islam et mettent en œuvre des pratiques misogynes cruelles) accentue une représentation de l'islam dans laquelle qualifications morales et assignations racialisantes s'entremêlent. Le critère moral permet alors aux non-musulmans de placer l'intimité musulmane sous la loupe du regard public. Parler de racialisation de la variable religieuse invite *in fine* à repérer les mécanismes par lesquels elle induit « des répertoires historiques et des systèmes culturels, spatiaux et signifiants qui stigmatisent et dénigrent un groupe de population humaine pour accroître le niveau de santé, de développement, de sécurité, de profit et de plaisir d'un autre », (Arat-Koç, 2010, p. 148 citant *Black is a country* de Nikhil Pal Singh). La criminalisation du port du voile intégral constitue les musulmanes en une catégorie

22. La persistance du poids social de la race se manifeste par exemple dans le profilage des suspects sommés de montrer leurs papiers dans le métro de Paris. Si les policiers se contentent de repérer les suspects à leurs vêtements, les codes vestimentaires clairement reconnaissables des jeunes de la banlieue sont porteurs d'associations symboliques très fortes quand ceux-ci arrivent dans le centre de Paris. La tenue vestimentaire recoupe ici le profilage racial : c'est parce que les pantalons larges et différents types de capuches sont considérés comme caractérisant « les jeunes des banlieues provenant de certains milieux ethnoraciaux » qu'ils attirent l'attention de la police, et même, qu'ils en viennent à constituer des motifs acceptables de contrôle d'identité pour certains passagers des grandes stations du métro parisien (OSF, 2009).

définie par leur incompétence à prendre les bonnes décisions dans un contexte laïque libéral (se couvrir au lieu de se découvrir, se soumettre au lieu de s'émanciper). La paranoïa qui se greffe en réaction à leur présence dans l'espace public, opère comme un automatisme relevant d'une logique du soupçon, notamment corroborée, s'agissant des voiles intégraux, par l'idée que les motifs de l'action (le souhait de porter un vêtement par conviction) n'en sont pas les vraies raisons (islamisation, invasion, soumission) (Boltanski, 2012, p. 313). Le soupçon est ici d'autant plus facile que l'individu concerné est pris dans une entité plus large (islam, islamisme) qui rend les logiques d'action difficilement lisibles et facilite la collusion sans distinction de différentes dimensions de l'altérité (religieuse, raciale, socio-économique) (Casanova, 2008, p. 72). Le port d'un foulard ou d'une « burqa », signes extérieurs d'appartenance à l'islam, facilitent la catégorisation d'êtres humains à partir de propriétés incarnées et d'« incompétences laïques » en vue de les exclure. Associés au discours de la « guerre contre le terrorisme » développé après les attentats du 11 septembre 2001, ils correspondent à ce que Puar appelle un « assemblage terroriste » (2007), une configuration dans laquelle le corps de l'autre, ses vêtements et la menace qu'il représente dans l'imaginaire convergent pour se cristalliser en un signifiant unique particulièrement opérant au-delà du domaine de sa pertinence immédiate. Les interdictions du port du foulard et du voile intégral oscillent sans arrêt entre formes explicite et implicite de racialisation. Elles aliènent à la fois les femmes et les hommes, enfermant les premières dans le rôle de victimes et les seconds, dans celui d'opresseurs. La loi française interdisant de dissimuler son visage en public prévoit une amende pour les deux personnes (articles 3 et 4 de la loi du 11 octobre 2010) – celle qui dissimule son visage et celle qui est réputée la contraindre à le faire. Cette double sanction n'est pas sans faire écho aux discussions entourant les projets de loi sur la prostitution pénalisant les clients et les prostituées. Bien que les comportements et les situations soient radicalement différents, les deux raisonnements juridiques portent clairement en eux une évaluation morale d'actions mises en œuvre par des individus autonomes. Si l'on considère les femmes voilées dans une perspective plus intersectionnelle, elles se révèlent être les cibles conjointes d'un État et d'une nation, mais aussi les parties prenantes d'un réseau de relations sociales qui multiplie la probabilité qu'elles soient considérées comme des acteurs sociaux illégitimes, et ce, quel que soit le rôle qu'elles aspirent à jouer (mère, coresponsable de l'éducation des enfants, citoyenne, artiste, etc.). Le processus de racialisation n'est donc pas seulement teinté par la notion de race, il devient raciste en ceci qu'il touche directement le corps des femmes couvertes, leurs vêtements étant considérés comme faisant partie de leur corps (Puar, 2007).

Alimentée par le discours incendiaire de certains médias, mais aussi de personnages publics, la rhétorique antimusulmane est en cours de normalisation dans toute l'Europe, particulièrement en France. L'expression publique de l'hostilité ou du « malaise » face à la présence des musulmans y gagne en légitimité populaire. Une double dynamique a probablement favorisé ce phénomène : d'une part, l'« euphémisation » de l'islamophobie et de la discrimination vécues

par les musulmans (cela n'existe pas ; cela ne diffère en rien de la discrimination ethnique ; les données nous manquent pour conclure²³) ; et, d'autre part, la diffusion de propos explicitement racistes tenus par des figures politiques de premier plan (Brice Hortefeux, Marine Le Pen, Jean-François Copé en contexte français) ou des personnages médiatiques (Michel Houellebecq et Eric Zemmour, tous deux condamnés).

Dans le double contexte de ce que nous avons appelé plus tôt l'euphémisation de l'islamophobie en France et de la normalisation des expressions publiques d'hostilité contre les musulmans – expressions catalysées notamment, mais pas exclusivement, par les débats publics de septembre 2009-janvier 2010 sur l'identité nationale – il est intéressant de constater que les associations françaises ne se sont pas fédérées pour combattre la discrimination contre les musulmans²⁴. Seuls le Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (MRAP²⁵) et la Ligue des droits de l'Homme (LDH), rejoints par le Collectif de lutte contre l'islamophobie en France (CCIF), ont uni leurs forces en décembre 2010 pour tenter des poursuites pour incitation à la haine raciale contre Marine Le Pen suite à sa comparaison des prières musulmanes dans les rues de certaines villes de France à l'occupation allemande du pays. Le MRAP a également pris clairement position contre l'organisation de rassemblements explicitement racistes, par exemple la rencontre « Apéro saucisson et pinard²⁶ » ou les « Assises sur l'islamisation de nos pays » (pour la protection de l'identité et des valeurs politiques nationales) tenues dans le 12^e arrondissement de Paris le 18 décembre 2010²⁷. Alors que la loi

23. On pourrait citer à titre de contre-exemple les travaux de Laitin, 2010.

24. Lancée par le mouvement des *Indigènes de la République*, la campagne de soutien aux « mères portant le foulard » en est une bonne illustration. Si l'appel à la mobilisation est relativement récent (avril 2011), les mères portant le foulard sont exclues des sorties scolaires et de l'accès aux écoles dès l'entrée en application de la loi de mars 2004, de même que des assistantes maternelles en milieu familial perdent leur agrément. Ces différents cas ont pu être colligés par le CCIF et l'Association 15 mars et libertés. Cette réalité n'a pourtant été rendue publique qu'après que le ministère de l'Éducation a déclaré publiquement que les mères portant le foulard n'avaient pas le droit d'entrer dans les écoles, dans l'indifférence générale pendant près de six années.

25. Le MRAP est l'une des rares associations antiracistes qui considèrent spécifiquement l'islamophobie comme l'un de ses mandats d'action (voir [<http://www.mrap.fr/contre-le-racisme-sous-toutes-ses-formes/lutte-contre-lislamophobie>], site consulté le 15 janvier 2011).

26. Mis sur pied à l'initiative d'organismes de droite, il a finalement rassemblé un public très hétérogène, dont un certain nombre de partisans de la laïcité et de la gauche, tous unis contre l'« islamisation de la France » autour de spécialités gastronomiques (le vin et le saucisson de porc) et de rites (l'apéritif) qu'ils considèrent comme typiquement français.

27. Le rôle de certains mouvements et associations, par exemple Ni Putes Ni Soumises (NPNS, fondé par des femmes d'ascendance musulmane), dans la promotion de l'hostilité et de la méfiance envers les populations musulmanes est clairement énoncé dans des câbles diplomatiques de l'ambassade des États-Unis rendus publics par Wikileaks. Lors des émeutes de novembre 2005, par exemple, plusieurs câbles en provenance de l'ambassade des États-Unis soulignent « un large consensus sur le fait que le chômage et le manque d'instruction, et non l'appartenance religieuse, constituent les principaux facteurs du désespoir et de la colère de la jeunesse urbaine. Ceci étant constaté, des observateurs éclairés de tous horizons – des représentants de l'État chargés de repérer d'éventuels soutiens aux activités terroristes, mais aussi des militants des droits de la personne possédant une longue expérience du travail dans les quartiers en difficulté – considèrent l'appartenance religieuse comme un facteur d'aggravation. » Ce même câble cite les propos de l'une des dirigeantes de NPNS : « Contrairement à ce qu'indiquent la plupart des médias, [Samira] Cadasse a déclaré qu'elle percevait aussi très clairement un élément islamiste derrière certains actes de violence. » Voir *Analyzing the civil unrest – The Islamic Factors* à l'adresse suivante : [<http://213.251.145.96/cable/2005/11/05PARIS7835.html>] (site consulté le 28 janvier 2011).

française interdit l'incitation publique à la haine, l'événement n'a été empêché ni par le ministère de l'Intérieur, ni par la préfecture de Paris.

L'interdiction du port du foulard ou de la « burqa » en contextes européens peut donc être examinée sous divers angles. La plupart des discussions publiques se concentrent sur les polémiques politiques et les préjudices potentiels que le port d'un vêtement religieux (même s'il est librement choisi) pourrait causer à la société, sur le plan de la cohésion sociale et de la fidélité aux valeurs nationales, soulignant la tension entre la protection des droits individuels fondamentaux protégés par la Constitution et la laïcité. À l'opposé, le lien explicite entre une telle interdiction et d'autres politiques « visant à accélérer l'intégration des groupes minoritaires dans le segment dominant et prospère de la société, et adopter une approche utilitaire de la question de l'accommodement » reste marginal (Ford, 2011). L'ambiguïté de la notion d'accommodement des besoins religieux réside dans l'une des hypothèses implicites sur lesquelles elle se fonde : ces accommodements consentis à des membres de groupes minoritaires constitueraient une forme de légitimation de ces pratiques et leur donneraient « une caution juridique les désignant comme essentielles et constitutives du groupe considéré » (Ford, 2011). Ford propose de restreindre la reconnaissance juridique de ces besoins aux caractéristiques d'appartenance au groupe qui exposent particulièrement les individus à la discrimination. Ainsi, l'État ne conférerait ni légitimité ni poids additionnel à une quelconque pratique : l'objectif consisterait simplement à discerner et contrer avec précision les obstacles illégitimes entravant une participation pleine et entière au marché de l'emploi et à la société civile.

◆ TEXTURE PUBLIQUE DE LA « BURQA » ET CAPITAUX DIFFÉRENCIÉS DE VISIBILITÉ

L'interdiction légale des vêtements islamiques féminins s'impose donc dorénavant comme le principal outil d'encadrement des comportements des personnes musulmanes et de protection des cultures et des mœurs nationales. Définir le port de la « burqa » comme une situation problématique au point d'en faire un geste criminel mérite plus qu'une restitution factuelle ou qu'une indignation polémique, qu'elle soit à charge ou à décharge. La panique qui s'empare des opinions publiques européennes se propage par capillarité, indépendamment d'une expérience directe de la rencontre avec la ou les « burqa(s) » qui semblent bien dotées d'un don d'ubiquité. Il est alors facile de dessiner la cartographie de la menace islamique, à l'appui d'une iconographie de la peur représentant différentes figures de la déviance vis-à-vis de l'idéal républicain, figures masculines comme féminines caractérisées par des comportements jugés hostiles aux États européens. Cette stabilisation des représentations, sur laquelle nous sommes revenus jusqu'à présent, contribue à fixer les contours de ce que nous allons à présent thématiser comme un champ de la visibilité. Tout le monde sait à quoi ressemble une « burqa ». Le vêtement est immédiatement reconnu, indépendamment du contexte de son apparition, et reconnaissable, quand bien même vous et moi ne sommes jamais

allés en Afghanistan ou n'en avons quotidiennement rencontrées²⁸. Elles sont, sur ce plan, en tout point comparables aux célébrités dont N. Heinich a récemment proposé l'étude sous l'angle de la visibilité qu'elle désigne comme la capacité à être vu par autrui, « propriété objective des personnes, très inégalement distribuée » (Heinich, 2012, p. 493²⁹). Ce récent ouvrage est particulièrement inspirant pour lire la « burqa » comme phénomène social vers lequel le regard de qui ne la porte pas (musulmans et non-musulmans) est constamment ramené, qui crève les yeux à force d'être en permanence exposé au regard des autres. Nous voudrions, dans la dernière section de ce chapitre, proposer quelques pistes de réflexion sur cette inscription de la « burqa » dans une culture publique de la visibilité, à distance relative des enjeux strictement religieux et raciaux.

La « burqa » apparaît, dans les espaces publics européens sécularisés, comme une expérience multidimensionnelle (politique, religion, race), sensorielle (elle « dégoûte », « offense »), symbolique (rupture et trahison des valeurs de la société majoritaire), esthétique (sa co-présence est incongrue, inattendue) et intime. Reconnaissable et qualifiable par tout un chacun, quoique par une terminologie souvent inadéquate, elle jouit de surcroît d'une visibilité internationale globale. Cette exposition publique tourne à l'exhibition par effet de la dissymétrie qu'elle révèle entre les spectateurs (l'ensemble de la société) et les femmes couvertes regardées : elle contraint à l'hyper-visibilité ce que l'on voudrait tenir caché, sans considération pour l'intimité de celui/celle qui est exposé(e) aux regards des autres. On cancanne à propos des « burqas » comme le feraient des voisins commentant les faits et gestes de nouveaux arrivants dans leur immeuble ou des lecteurs de presse *people* à propos de ceux d'une célébrité en vue dont la situation personnelle ou professionnelle justifie qu'elle occupe la première page des journaux en question. Cette expérience de la visibilité qui se déploie à propos de la burqa partage de fait beaucoup d'éléments avec le phénomène de la visibilité médiatique qui se déploie autour de stars dont on finit, pour certaines, par ne plus les reconnaître que par des signes extérieurs excentriques comme ceux exhibés par Lady Gaga jusqu'à une période récente, avant qu'elle n'opte pour une absence de travestissement radicale et se montre nue. Le point commun le plus saillant tient notamment en ce que cette visibilité se fait principalement à distance, par procuration, mais aussi à l'intersection d'enjeux esthétiques et politiques (Brighenti, 2007). La visibilité dans sa dimension relationnelle, stratégique et processuelle présente deux conséquences principales que sont, d'une part, la reconnaissance, d'autre part, le contrôle. Cette relation de visibilité est dans la plupart des cas asymétrique (voir et être vu ne sont pas des processus identiques), l'intervisibilité restant largement imparfaite³⁰. Ici, à la différence des stars et autres personnages dotés de capital de visibilité dont parle N. Heinich, la « burqa », comme vêtement, et par extension

28. L'usage répandu du terme « burqa » permet par exemple de mettre un nom sur un phénomène immédiatement compréhensible et représentable dans toutes les langues, permettant donc la reconnaissance cognitive.

29. La notion de « capital » renvoie ici à l'idée de la visibilité comme propriété dont certains sont dotés tandis que d'autres ne le sont pas (Heinich, 2012).

30. Faute d'espace, on ne développera pas sur la question du droit à contrôler sa propre image.

les femmes qui la portent, possèdent un capital de visibilité (nous la reconnaissons tous comme « burqa »), à ceci près qu'il est presque exclusivement négativement connoté. Cette dissymétrie dans l'identification dont parle Heinich à propos des célébrités souligne un écart de grandeur considérable. Celui-ci est notamment lié à la différence entre la quantité d'individus capables de connaître et reconnaître (vous et moi) et, par contraste, le faible nombre de ceux et celles que nous reconnaissons (Lady Gaga est unique et les femmes qui portent la « burqa » sont estimées être un très petit nombre, que l'on parle de la France, de la Belgique ou de l'Union européenne dans son ensemble). De fait, tout comme dans le cas de la chanteuse « performeuse publique », la reconnaissance de la « burqa » ne repose que très marginalement sur une connaissance directe et personnelle : notre capacité de reconnaître le vêtement comme tel, c'est-à-dire pour ce qu'il est et ce qu'il fait, ne s'appuie ni sur l'expérience directe (la co-présence), ni sur le lien privilégié entre deux personnes (l'interconnaissance) qui pourraient toutes deux sous entendre ou engager une forme de réciprocité. La « burqa » se reconnaît sans qu'il soit besoin d'en faire directement l'expérience. Comme dans le cas des vedettes ou des icônes, les représentations qui circulent médiatiquement créent la visibilité de la « burqa » et des femmes qui les portent, mais dans leur cas uniquement en négatif. Cette visibilité extrêmement étendue de la « burqa » tient en effet dans les contextes européens de l'anti modèle : il s'agit bien d'un exemple à ne pas suivre. Désincarnée par l'effet de son ubiquité transnationale (défaut de proximité), et de l'absence de réciprocité (toutes les femmes en « burqa » sont reconnaissables mais celles-ci ne (re)connaissent pas tous ceux qui la reconnaissent), la « burqa » semble faire obstacle aux relations personnelles. Elle ne permet pas de se lier. D'ailleurs tout en elle, rappellent les députés membres de la Mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national (en 2009 en France) comme certaines des personnalités auditionnées par celle-ci, fait obstacle à la communication. Dans le même mouvement, elle rend possible la constitution de publics à partir des regards et des jugements portés sur elle : « Un public se constitue quand des personnes perçoivent qu'elles sont indirectement affectées par les conséquences de transactions dans lesquelles elles ne sont pas impliquées et qu'elles s'efforcent de contrôler », (Cefaï, Terzi, 2012, p. 35). La décision de légiférer contre « la dissimulation du visage » offre à la collectivité une prise sur son devenir politique, sans que les conséquences de cette décision, en termes notamment de distribution des droits et des responsabilités entre les parties prenantes de la relation (femmes portant la « burqa » et multitudes de publics engagés), n'aient systématiquement été envisagées en connaissance de la nature du « trouble » initial, soit l'expérience à distance de l'altérité religieuse visible.

Heinich rappelle dans son ouvrage que Goffman associe la visibilité à l'idée de danger : ce qui est normal reste invisible. Il y aurait donc logiquement lieu de s'interroger sur les circonstances temporelles de la transformation des visibilitées réciproques. Pourquoi en 2010 le voile intégral devient-il objet d'interdiction alors qu'il ne l'était pas auparavant ? Mais cette dissymétrie en terme de visibilité interroge également les propriétés du champ au sein duquel les relations sont définies

(Brighenti, 2007, p. 326). À la différence des acteurs et autres stars du système médiatique la dissimulation au regard ou le retrait du monde (pour reprendre les termes de Saint-Bonnet précédemment cités) par le port d'un vêtement dont la co-présence n'enlève rien à l'exotisme les contraint à une hyper visibilité dont elles ne jouissent en rien. Dans les démocraties libérales, l'accès au lieu de la visibilité est de surcroît une question politique centrale qui préfigure la possibilité de se doter d'une « voix » au chapitre. Accéder aux lieux de la visibilité, c'est se faire une place sur les scènes publiques et politiques. Visibilités statutaire et contextuelle fusionnent en fait dans l'interdiction du port de la burqa et poursuivent les jeux de non-équivalence dont nous parlions plus haut dans ce texte à propos de l'inintelligibilité de certaines formes de religiosité dans les contextes sécularisés et de la racialisation des musulmans.

Le processus de criminalisation de la « burqa » tel qu'il intervient en Belgique et en France rend les femmes qui la portent, soit un nombre de personnes insignifiant, visibles aux yeux de la majorité. Véritable singularité esthétique et sensorielle sur les scènes publiques européennes, elle relève d'un univers culturel et politique qui, jusqu'à présent, demeurait absent des territoires de l'UE. La réalité de sa présence physique, que les lois visant à son interdiction reconnaissent en même temps qu'elles la repoussent, incarne des troubles dont les individus ne font pourtant l'expérience que par procuration telle une extrême familiarité avec des personnes (connaissance supposée du sens du vêtement, de la lisibilité des situations des femmes concernées, etc.) avec lesquelles l'on n'est jamais entré en contact laisse entendre qu'il n'est pas besoin de partager un même espace pour entrer en relation avec quelqu'un, d'autant que la « burqa »-synecdoque précède toute expérience de l'altérité incarnée et vécue par les femmes qui la portent.

Ce dernier élément, l'expérience vécue par les femmes sous la « burqa », est certainement le grand absent des controverses. À quelques exceptions près, ces voix sont peu entendues et, lorsqu'elles le sont, subissent les effets du contexte libéral : elles ne deviennent audibles que par effet de leur conformité à la rhétorique du choix rationnel. Dans la requête déposée en 2011 devant la Cour européenne des droits de l'Homme par une ressortissante française portant le niqab contre la France, l'exposé des faits et circonstances relate les conditions de libre choix dans lesquelles la jeune femme porte son niqab, sans subir de contrainte par quiconque. Mais les juges risquent d'avoir la tâche difficile. En effet, la plaignante explique par ailleurs longuement ne pas porter son niqab en tout temps et être tout à fait en mesure d'évaluer la convenance de ces moments, ceci s'appliquant sur des situations publiques comme privées. Le dépôt de la requête est motivée par le souhait de se voir reconnaître cette possibilité de porter le niqab « quand tel est son choix, en particulier lorsque son humeur spirituelle le lui dicte » (*Requête SAS contre France*, n° 4385/11). On voit ici affirmée et concrétisée la liberté de conscience, appuyée sur l'invocation d'une « humeur spirituelle » dont la plaignante explicite l'importance : « Son objectif n'est pas de créer un désagrément pour autrui mais d'être en accord avec elle-même. » Cette intersection entre cadrages juridiques, univers spirituel, intimité et publicisation des enjeux nous ramène au sensoriel et

à l'émotionnel, à l'expérience individuelle privée tout aussi constitutive des publics que le sont les collectifs³¹.

« Une autre difficulté constitutive de l'identité de star est la gestion de la frontière entre espace public et espace privé : nous l'avons vu dans sa dimension juridique, et le reverrons dans sa dimension axiologique, mais il faut l'envisager aussi dans sa dimension psychique, du point de vue du sujet, englobant l'image de soi telle qu'elle est perçue par lui, telle qu'elle est représentée à autrui et telle qu'elle est renvoyée par autrui. Car ce qui est à craindre n'est pas seulement l'intrusion dans l'espace privé, mais aussi la difficulté à trouver une parade qui permette de gérer la situation problématique sans perdre la face », (Heinich, 2012, p. 474). Quelques situations de violence physique contre des femmes en burqa ou niqab dans l'espace public français ont été modérément publicisées, principalement par des collectifs anti-racistes. La discrétion publique autour de ces manifestations violentes de désapprobation de la présence publique d'un individu, par exemple en arrachant son voile, s'inscrivent dans le même silence qui entoure les insultes, les menaces, les attouchements dans les transports publics voire les agressions physiques dont des femmes musulmanes, vêtues ou non de « burqa », rapportent avoir été victimes. Ces agressions physiques passent facilement inaperçues sinon pour anecdotiques en ce qu'elles incarnent des faits dérisoires au regard du drame public que vivraient le principe de laïcité, ses défenseurs, ses institutions phares et, par procuration, l'histoire nationale de France. On ne s'étonnera donc pas du peu d'intérêt porté, toujours dans le même ordre d'événement, aux quelques jeunes filles musulmanes qui, respectant en cela l'application à la lettre de la loi de mars 2004³², avaient à l'époque fait le choix de se raser la tête, endossant radicalement le « masque de la citoyenneté » porteur d'égalité (Bilsky, 2009). Deux paradoxes émergent comme corrélés à ce dernier élément de notre réflexion. En premier lieu, un contexte de démocratie libérale pose la reconnaissance comme étant à la fois la condition du vivre ensemble et la forme d'une certaine visibilité sociale légitimée au détriment d'autres publiquement désavouées. En second lieu, se pose la question des styles d'activisme et d'action publique les plus susceptibles de mettre à jour le lien entre le port du voile intégral dans les rues de France et la situation plus générale des populations musulmanes dans ce pays (Ford, 2011).

◆ CONCLUSION

Comment la religion des uns devient-elle l'affaire publique des autres? Qu'il s'agisse de controverses sur la légitimité du port en public de signes à caractère religieux (turban, hijab, kippa, kirpan, « burqa »), de l'organisation institutionnelle des confessions minoritaires (construction de lieux de culte, formation des ministres du culte, reconnaissance institutionnelle) ou encore d'interactions conflictuelles

31. Goffman s'intéresse ainsi aux micro-phénomènes qui, dit-il, constituent le public comme le fait d'individus seuls mais aussi co-présents d'autres personnes.

32. Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

entre usagers et agents des services publics, les discussions sur la place publique du fait religieux croisent plusieurs niveaux d'analyse, dans l'UE comme ailleurs.

Prenant la généralisation du mouvement d'interdiction et de criminalisation du port de la « burqa » dans différents États-membres de l'Union européenne (UE), ce texte est revenu sur le drame public qui se joue autour de celui-ci et sur le processus de publicisation de la religion des uns telle qu'orchestrée par les autres qui en constitue la trame. Si les opinions publiques européennes sont actuellement prisonnières d'une représentation binaire des pratiques religieuses musulmanes considérées comme inadéquates et menaçantes pour les démocraties libérales occidentales, la force de cette grille de lecture tient dans le fait que la « religion » reste largement inintelligible à des opinions publiques qui en censurent certains éléments de visibilité. Ce faisant, l'europanisation des restrictions en matière de visibilité de signes d'appartenance individuelle à l'islam participe d'un processus de racialisation des musulmans, dont la criminalisation du port du voile intégral dans les espaces publics est l'épisode le plus récent. À l'intersection de plusieurs logiques d'expériences (esthétique, sensorielle, symbolique, politique, intime), la présence sociale du voile intégral devient alors une chose publique dont le capital de visibilité est inversement proportionnel à la reconnaissance de celles qui le portent. Penser la question de l'interdiction du port du voile intégral (communément désignée comme « la burqa ») comme enjeu de publicité et de visibilité permet en quelque sorte de désidéologiser un débat qui, en l'état actuel en France, s'enferme dans une impasse politique.

Du point de vue juridique, les revendications d'égalité formulées par les musulmans de l'UE s'expriment dans un contexte dans lequel la liberté religieuse n'est plus considérée comme un absolu. Les religions sont des variables culturelles et historiques ainsi que des systèmes d'interprétation sociaux et culturels. La méfiance historique persistante vis-à-vis d'expressions particulières de la diversité, même quand elle se déploie dans le strict cadre de la vie privée individuelle, met à nu le nationalisme implicite qui sous-tend les discours de l'identité et trahit les frontières culturelles et ethniques qu'il cherche à pérenniser.

.....

BIBLIOGRAPHIE

- AMIRAUX V., « État de la littérature. L'islam et les musulmans en Europe : un objet périphérique converti en incontournable des sciences sociales », *Critique internationale*, 2012, 56, p. 141-157.
- AMMERMAN N., *Everyday religion: observing modern religious lives*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- ANTHIAS F., « New Hybridities, Old Concepts: The Limits of "Culture" », *Ethnic and Racial Studies*, 2001, 24 : 4, p. 619-641.
- ARAT-KOÇ S., « New Whiteness(es), Beyond the Colour Line? Assessing the Contradictions and Complexities of "Whiteness" in the (Geo) Political Economy of Capitalist Globalism », RAZACK S., SMITH M., THOBANI S. (dir.), *States of Race: Critical Race Feminism for the 21st Century*, Toronto, Between the Lines, 2010, p. 147-168.

- At Home in Europe, Unveiling the Truth: Why 32 Muslim Women Wear the Full-Face Veil in France*, Londres, OSF, 2011.
- BEACHEMIN C., HAMEL C., SIMON P. (dir.), *Documents de travail*, Paris, TeO/INED/INSEE, 168, octobre 2010.
- BENDER C., *Heaven's Kitchen: Living Religion at God's Love We Deliver*, université de Chicago, 2003.
- BENHABIB L., *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, Princeton University Press, 2002.
- BILSKY L., « Muslim headscarves in France and army uniforms in Israel: a comparative study of citizenship as mask », *Patterns of Prejudice*, 2009, 43 : 3, p. 287-311.
- BOLTANSKI L., *Énigmes et complots*, Paris, Gallimard, 2012.
- BRIGHENTI A., « Is visibility a category for the social sciences », *Current sociology*, 2007, 55 : 3, p. 323-342.
- BROWN W., *Regulating Aversion: Tolerance in the Age of Identity and Empire*, Princeton University Press, 2006.
- CALVÈS G., « Les discriminations fondées sur la religion : quelques remarques sceptiques », LAMBERT ABDELGAWAD E., RAMBAUD T., *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, vol. 15, Paris, Société de législation comparée, coll. « Colloques », 2011, p. 9-23.
- CARDOZO LAW REVIEW, « Symposium: Constitutionalism and Secularism in an age of Religious revival: The Challenge of Global and Local Fundamentalisms », numéro spécial, 2009, 30 : 6, p. 2331-2296.
- CASANOVA J., « The problem of religion and the anxieties of European secular democracy », FISCHER Y., MOTZKIN G. (dir.), *Religion and Democracy in Contemporary Europe*, Alliance Publishing Trust Copyright/NEF/Van Leer Jerusalem Institute, 2008.
- CEFAÏ D., TERZI C., « Présentation », *Raisons Pratiques* (22), Paris, EHESS, 2012, coll. « Anthropologie des apparitions », p. 9-47.
- CLAVERIE É., *Les Guerres de la Vierge*, Paris, Gallimard, 2003.
- COLE DURHAM W., TORFS R., KIRKHAM D., SCOTT C. (dir.), *Islam, Europe and Emerging Legal Issues*, Londres, Ashgate, 2012.
- Conseil d'État, *Rapport public du Conseil d'État 2003. Un siècle de laïcité*, Paris, La documentation française, 2004.
- CROFT S., *Securitizing Islam: Identity and the Search for Security*, Cambridge, Cambridge University press, 2012.
- DABASHI H., « Beyond insulting the Prophet: Defying Hypocrisies East and West », AL Jazeera, 20 Septembre 2012.
- DAKHLIA J., *Islamicités*, Paris, PUF, 2005.
- DEWEY J., *Le public et ses problèmes*, Paris, Gallimard, coll. « Folio Essais », 2010.
- FETZER J. S., SOPER J. C., *Muslims and the State in Britain, France, and Germany*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- FITZGERALD T., *Religion and the Secular: Historical and Colonial Formations*, Equinox, Sheffield, 2007.
- FORD R., « Headscarves, hairstyles and culture as a civil right: a critique », Paris, French-American Foundation, 2011 (consultable sur [<http://www.frenchamerican.org/program-reports/headscarves-hairstyles-and-culture-civil-right-critique>]).
- GARAY A., « La laïcité, principe érigé en valeur de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Le Dalloz*, Paris, janvier 2006, 12 : 2, p. 103-110.
- GOFFMAN E., *Relations in public. Microstudies of the Public Order*, NY, Transaction Publishers, 2010 [1971], p. 19.

- GOLDBERG D. T., *The Threat of Race: Reflections on Racial Neoliberalism*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2009.
- GRILLO R., SHAH P., *Reasons to Ban? The Anti-Burqa Movement in Western Europe*, MMG Working Paper, Göttingen, Max Planck Institute, 2012.
- GUSFIELD J., *The Culture of Public Problems. Drinking-Driving and the Symbolic Order*, Chicago, The University of Chicago Press, 1981.
- HEINICH N., *De la visibilité. Excellence et singularité en régime médiatique*, Paris, Gallimard, 2012.
- HOFFMANN F., RINGELHEIM J., « Par-delà l'universalisme et le relativisme : la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2004, 52, p. 109-142.
- JIWANI Y. « Doubling Discourses and the Veiled Other: Mediations of Race and Gender in Canadian Media », RAZACK S., SMITH M., THOBANI S. (dir.), *States of Race: Critical Race Feminism for the 21st Century*, Toronto, Between the lines, p. 59-86.
- LANGLAUDE S., « Indoctrination, Secularism, Religious Liberty and the ECHR », *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, 55 : 4, p. 929-944.
- LAURENS H., TOLAN J. V., VEINSTEIN G., *L'Europe et l'islam : quinze siècles d'histoire*, Paris, Odile Jacob, 2009.
- LENTIN A., TITLEY G., *The Crisis of Multiculturalism. Racism in a Neo-liberal Age*, Dublin, Zed Books, 2010.
- LICHTERMAN P., *Elusive Togetherness: Church Groups Trying to Bridge America's Divisions*, Princeton University Press, 2005.
- MAC GOLDRICK D., *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2006.
- MAHMOOD S., « Religious Reason and Secular Affect: An Incommensurable Divide? », ASAD T., BROWN W., BUTLER J., MAHMOOD S., *Is Critique Secular?: Blasphemy, Injury, and Free Speech*, Berkeley, UC Berkeley, Townsend Papers in the Humanities, Townsend Center for the Humanities, 2009, p. 64-92.
- MARSHALL J., « Conditions for Freedom? European Human Rights Law and the Islamic Headscarf Debate », *Human rights quarterly*, 2008, 30 : 3, p. 631-654.
- MODOOD T., *Multicultural Politics: Racism, Ethnicity, And Muslims In Britain*, University of Minnesota, 2005.
- MORGAN G., POYNTING S. (dir.), *Global Islamophobia: Muslims and Moral Panic in the West*, Aldershot, Ashgate, 2012.
- NIEUWENHUIS A., « European Court of Human Rights: State and Religion, Schools and Scarves. An Analysis of the Margin of Appreciation as Used in the Case of Leyla Sahin v. Turkey, Decision of 29 June 2004, Application Number 44774/98 », *European Constitutional Law Review*, 2005, 1, p. 495-510.
- Open Society Justice Initiative, *Profiling Minorities: A Study of Stop-and-Search Practices in Paris*, New York, OSJI, 2009.
- PARVEZ Z. F., « Debating the Burqa in France: the Antipolitics of Islamic Revival », *Qualitative Sociology*, 2011, 4 : 2, p. 287-312.
- Pew Research Center, « Widespread Support for Banning Full Islamic Veil in Western Europe », *Pew Global Attitudes Project*, juillet 2010.
- PUAR J., *Terrorist Assemblages: Homonationalism in Queer Times*, Durham, Duke University Press, 2007.
- RAZACK S. H., *Casting Out: The Eviction of Muslims from Western Law & Politics*, Toronto, Toronto University Press, 2008.

- SAINT-BONNET F., « La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-burqa. Réflexions sur la mort au monde et l'incarcération volontaire », *Jus Politicum*, 7, 2012 (consultable en ligne : [<http://www.juspoliticum.com/La-citoyennete-fondement.html>]).
- SMITH C., *Disruptive Religion: The Force of Faith in Social-Movement Activism*, Routledge, 1996.
- SONG S., *Justice, Gender, and the Politics of Multiculturalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- VOLPP L., « The Citizen and the Terrorist », *UCLA Law Review*, 2002, 49, p. 1575-1599.
- WACQUANT L., « For an analytic of racial domination », *Political Power and Social Theory*, 2007, 11, p. 221-234.

BEN CLEMENTS

.....

La burqa dans l'opinion publique des sociétés occidentales

Au cours des dernières années, les modalités d'expression de la foi musulmane ont suscité de nombreux débats et controverses dans les sociétés occidentales. Tel a été le cas de la polémique entourant les caricatures du prophète Mahomet parues dans des journaux danois et norvégiens en 2006, du référendum de 2009 interdisant la construction de minarets en Suisse et, plus récemment, du vif débat entourant la construction d'une mosquée près du site de *Ground Zero* à New York. L'une des questions récurrentes dans ces débats est intrinsèquement liée aux enjeux de la définition des valeurs collectives et de la protection des droits individuels en démocratie libérale. Cette question est celle du port du voile par les femmes musulmanes, qu'il s'agisse du hijab, du niqab ou de celui de la burqa. Dans ce contexte, l'adoption de textes législatifs ayant pour but de restreindre ou d'interdire le port de tels vêtements dans l'espace public a occupé la scène politique de plusieurs États européens. L'interdiction de porter le voile intégral est ainsi entrée en vigueur en France en avril 2011 et en juillet de la même année en Belgique. Des législations similaires ont été proposées ou sont actuellement en délibération dans d'autres États, que ce soit au niveau national ou infranational.

L'internationalisation de la problématique du port du voile intégral par des femmes musulmanes justifie désormais l'examen des opinions qu'ont les populations européennes de cette question, ce que propose ce chapitre à partir d'une analyse transnationale. Comparant les études d'opinion réalisées dans plusieurs États, ce chapitre porte une attention particulière à la divergence des positions exprimées par les différents groupes sociaux, cela afin d'identifier ceux qui seraient les plus susceptibles d'appuyer une interdiction du port de la burqa dans l'espace public. Ce texte apporte ainsi une contribution supplémentaire aux nombreuses recherches relatives aux représentations sociales sur les musulmans et sur l'islam dans les démocraties occidentales (Fetzer et Soper, 2003; Field, 2007; Gibbon, 2005; Keeter et Kohut, 2003; Ozan *et al.*, 2009; Penning, 2009; Strabac et Listhaug, 2008; van der Noll, 2010; Wilke et Grim, 2010).

Ce texte s'appuie sur des données recueillies au cours d'enquêtes et sondages d'opinion transnationaux et propose une analyse comparative de l'évolution des positions des populations interrogées sur la question du port du voile intégral. En raison du champ géographique dans lequel ces enquêtes d'opinion ont été réalisées, ce texte se concentre principalement sur cinq États : la Grande-Bretagne, la France, l'Allemagne, l'Espagne ainsi que les États-Unis. Ces cinq contextes nationaux divergent tant dans la part estimée de leur population musulmane, celle-ci allant de 0,8 % aux États-Unis à 7,5 % en France (Pew Research Center's Forum on Religion & Public Life, 2011), que dans le choix des régimes de séparation des Églises et de l'État qu'ils ont adoptés et qui déterminent leurs relations avec le religieux. Ces cinq États partagent néanmoins des défis complexes intrinsèquement liés à la composition multiconfessionnelle et multiethnique de leur société. Dans un premier temps, ce chapitre présente une comparaison des représentations sociales sur les musulmans dans les cinq États étudiés. Dans un second temps, il propose une analyse croisée des enquêtes d'opinion portant spécifiquement sur la question du port de la burqa dans ces cinq États.

◆ L'OPINION PUBLIQUE ET LES MUSULMANS

Avant de nous pencher plus spécifiquement sur la question de la burqa, il importe de dresser le contexte et d'évaluer l'émotion que suscitent les questions relatives aux musulmans dans chaque État étudié. Pour cela, nous analysons des données provenant d'enquêtes d'opinion internationales sur les musulmans. Premièrement, le sondage annuel *Pew GAP* a régulièrement interrogé des répondants de plusieurs États (Grande-Bretagne, France, Allemagne, Espagne et États-Unis) sur leurs opinions concernant trois groupes religieux (les musulmans, les juifs et les chrétiens). Une question leur demande s'ils ont une opinion légèrement favorable, très favorable, légèrement défavorable ou très défavorable de chacun de ces groupes (la formule complète est énoncée dans le tableau 1). Le tableau 1 nous montre la proportion d'opinions favorables à l'égard des musulmans dans chacun de ces États pour la période 2004-2011. On notera ici que des données équivalentes concernant les chrétiens et les juifs démontrent de façon constante que ces deux groupes bénéficient de taux d'opinions favorables plus élevés que les musulmans dans chacun des États concernés (ces données ne sont pas rapportées ici en raison du format du présent texte).

Concernant les musulmans, on constate que les opinions émises en Grande-Bretagne et en France demeurent relativement stables pour la période 2004-2011 et fluctuent moins que dans les autres États. C'est en effet en Espagne et aux États-Unis que l'opinion publique a le plus évolué, et cela notamment au cours des premières années de la période 2004-2011. En comparant les enquêtes réalisées spécifiquement ces deux années, on remarque qu'il n'y a qu'en Allemagne que le taux d'opinion favorable a augmenté sur toute la période. Inversement, l'opinion favorable a chuté, dans des proportions néanmoins variables, en Grande-Bretagne, en Espagne et aux États-Unis. La France, qui a été la scène d'un débat

politique important sur le port du voile intégral, se caractérise pourtant par une vraie constance (64 % d'opinions favorables tant en 2004 qu'en 2011). Au regard des données les plus récentes (2011), on constate ainsi des variations substantielles entre les cinq pays. Bien que près des deux tiers des répondants britanniques et français ont une opinion favorable des musulmans (tous deux à un taux de 64 %), ce taux chute à 45 % de la population en Allemagne et à 37 % en Espagne. Aux États-Unis, plus de la moitié (57 %) des répondants avaient une opinion favorable des musulmans en 2011.

	2004 (%)	2005 (%)	2006 (%)	2008 (%)	2009 (%)	2010 (%)	2011 (%)	Différence : 2004/5-2011
Grande-Bretagne	67	61	64	63	63	60	64	- 3
France	64	64	65	62	64	55	64	0
Allemagne	41	40	36	40	44	44	45	+ 4
Espagne	–	46	29	33	35	39	37	- 9
États-Unis	48	57	55	56	60	54	57	+ 11

TABLEAU 1. – Opinion publique à l'égard des musulmans. Pourcentages d'opinions favorables (par pays).
Source : Sondages Pew GAP. Données pondérées.

Note : La question ne fut pas posée lors du sondage de 2007.

Question : « Dites-moi si vous avez une opinion légèrement favorable, très favorable, légèrement défavorable ou très défavorable de... »

Une seconde enquête internationale sur l'opinion publique à l'égard des musulmans a été réalisée par l'*European Values Study*. Soulignons ici que cette enquête ne fournit pas de données pour chacun des États au cours des trois années durant lesquelles l'étude a été menée (1990, 1998 et 2008) et qu'elle ne fournit aucune donnée relative aux États-Unis. Le tableau 2 présente la proportion de répondants qui, dans divers États européens, ne voudraient pas d'un musulman comme voisin. Généralement, ce taux tend à augmenter au fil du temps pour l'ensemble des pays, mais cette position demeure cependant très minoritaire à l'échelle internationale. Dans le contexte français par exemple, elle ne s'élève qu'à 7 % des répondants. Le taux le plus élevé, légèrement sous le tiers (31 %), est recueilli en Autriche. En ce qui concerne les cinq États étudiés (en italique dans le tableau), la hausse de la proportion des répondants ne voulant pas d'un voisin musulman sur la période 1990-1998 s'articule comme suit : en Grande-Bretagne, de 3 à 12 % ; en France, de 2 à 7 % ; en Allemagne, de 9 à 26 % ; et en Espagne, de 4 à 13 %. Il convient de remarquer que s'il y a dans certains pays une hausse évidente d'année en année, cette proportion a également baissé depuis 1999 dans d'autres États, et notamment en Belgique, en France, au Danemark et en Grèce.

	1990 (%)	1999 (%)	2008 (%)	Différence : 1990/9-2008
Autriche	3	15	31	+28
Belgique	10	22	15	+5
Danemark	2	16	13	+11
Finlande	1	19	23	+22
France	2	16	7	+5
Allemagne	9	11	26	+17
Grèce	-	21	16	-5
Irlande	3	14	23	+20
Italie	4	17	24	+20
Luxembourg	-	14	18	+4
Pays-Bas	2	12	18	+16
Norvège	4	-	14	+10
Portugal	3	8	14	+11
Espagne	4	11	13	+9
Suède	2	9	16	+14
Suisse	-	-	11	-
Grande-Bretagne	3	14	12	+9
Irlande du Nord	1	16	20	+19

TABLEAU 2 : Pourcentage ne voulant pas d'un voisin musulman (par pays).

Source : European Values Surveys. Données pondérées.

Question : « Dans cette liste de groupes, pourriez-vous indiquer ceux que n'aimeriez pas avoir comme voisin ? Musulmans. »

Au regard des données présentées en première partie de ce texte, on observe globalement que l'opinion publique relative aux musulmans était plutôt positive, et cela de façon relativement stable, en Grande-Bretagne et en France pour la période 2004-2011. Par ailleurs, la France est celui des cinq États à l'étude dans lequel la population était la moins susceptible de ne pas vouloir d'un voisin musulman, bien que la proportion de ceux qui ont adopté cette position y a accru avec le temps, tout comme dans tous les autres États européens.

◆ L'OPINION PUBLIQUE ET LA BURQA

Nous proposons désormais de nous pencher sur l'opinion publique, tant nationale qu'au niveau international, sur les questions spécifiquement reliées au port du voile islamique.

Les faits saillants ressortant de l'enquête d'opinion réalisée par Harris/Financial Times

Nous présentons d'abord les tendances de l'opinion publique telles que ressortant de plusieurs sondages *Harris* commandés par le *Financial Times*. Ces sondages ont été réalisés en novembre et décembre 2006, puis en février 2010 dans six États : la Grande-Bretagne, la France, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne et les États-Unis. Réalisés sur internet, ces sondages s'appuient sur plusieurs échantillons d'adultes âgés de 16 à 24 ans. Le sondage *Harris/Financial Times* réalisé en 2006 se basait sur deux questions. La première était relative à l'interdiction du port de symboles ou vêtements religieux par les élèves en milieu scolaire. Les réponses par pays sont présentées au tableau 3. C'est en France que se manifestait l'opposition la plus forte au port de tels vêtements ou accessoires (une majorité écrasante de 83 % le refusait), considérablement au-dessus des niveaux rapportés en l'Allemagne (51 %) et en Espagne (43 %). En Grande-Bretagne, 36 % de la population s'opposait à ce port et ils étaient 29 % à adopter la même position en Italie. L'opposition la plus basse peut être retracée aux États-Unis, où seulement 14 % des répondants s'objectaient au port de symboles ou vêtements religieux à l'école, contre 77 % qui en soutenaient l'autorisation. La proportion d'indécis était généralement faible, atteignant un maximum de 15 % dans l'enquête britannique.

	Grande-Bretagne (%)	France (%)	Allemagne (%)	Italie (%)	Espagne (%)	États- Unis (%)
Oui	48	10	40	61	44	77
Non	36	83	51	29	43	14
Indécis	15	7	10	10	13	8
Base non pondérée	2,090	2,134	2,127	2,087	1,991	2,078

TABLEAU 3. – Opinion publique sur le port de symbole ou vêtement religieux par des enfants à l'école (par pays).

Source : Harris/*Financial Times* poll, 30 novembre/15 décembre 2006 (échantillon constitué d'adultes âgés de 16 à 64 ans).

Question : « Croyez-vous que les enfants devraient pouvoir porter à l'école des symboles ou vêtements représentatifs de leurs croyances religieuses (tel des crucifix ou des foulards) ? »

Une seconde question posée aux répondants est relative au port de la burqa aux Pays-Bas, un État dans lequel le sujet était alors particulièrement controversé. On demandait aux répondants de différents États si le gouvernement hollandais

devait prohiber le port par des femmes musulmanes d'un voile recouvrant le visage et le corps. Les répondants pouvaient choisir entre trois options : une interdiction complète, une interdiction partielle ou la liberté totale des femmes de porter le voile. Les données sont présentées par pays dans le tableau 4. Comme l'on pouvait s'y attendre, c'est aux États-Unis que l'on retrouve la proportion d'appui la plus faible à une interdiction totale ou partielle, seulement 31 % des répondants appuyant une telle mesure. Cet appui était à l'inverse le plus important en France (80 %) et en Grande-Bretagne (79 %), ces deux États étant suivis de l'Allemagne et de l'Italie (60 % et 59 % respectivement). Les répondants espagnols quant à eux se montraient moins favorables à de telles mesures (53 %). Dans cette enquête, la proportion d'indécis était relativement basse, tournant autour de 10 % dans chaque État.

	Grande-Bretagne (%)	France (%)	Allemagne (%)	Italie (%)	Espagne (%)	États-Unis (%)
Oui, le voile intégral devrait être interdit dans tous les espaces publics	39	39	27	35	23	14
Oui, le voile intégral devrait être interdit mais seulement dans certains contextes (par exemple à l'école)	30	41	33	24	30	17
Interdiction complète/partielle	79	80	60	59	53	31
Non, les femmes musulmanes devraient avoir le droit de porter le voile intégral si elles le désirent	23	13	33	34	39	59
Indécis	9	7	7	7	8	11
Base non pondérée	2,090	2,134	2,217	2,087	1,991	2,078

TABLEAU 4. – L'opinion publique sur l'interdiction du voile intégral (par pays).

Source : Harris/*Financial Times* poll, 30 novembre-15 décembre 2006 (échantillon constitué d'adultes âgés de 16 à 64 ans).

Question : « Croyez-vous que le gouvernement néerlandais devrait interdire le voile islamique qui couvre le corps et le visage comme la burqa? »

Concernant le sondage de 2010, deux questions nous intéressent désormais. Premièrement, on demandait aux répondants d'indiquer s'ils souhaiteraient qu'une interdiction semblable à celle du port du voile intégral en France soit instaurée dans leur pays. Deuxièmement, on demandait aux répondants ayant répondu par la négative ou ayant témoigné de leur indécision de faire part de leur point de vue sur une interdiction plus générale visant le port de symboles religieux dans l'espace public. Les réponses à ces deux questions pour les six États à l'étude sont présentées dans les tableaux 5 et 6. Le tableau 5 révèle un écart de positions considérable entre les répondants des différents États. L'appui à ce type d'interdiction est toujours plus

fort en France (70 %), suivi de l'Espagne (65 %) et de l'Italie (63 %). Il est plus faible en Grande-Bretagne (57 %) et en Allemagne (50 %). Il est enfin beaucoup plus bas aux États-Unis, se situant seulement à 33 % des répondants, quoique ceux-ci y soient plus largement indécis qu'ailleurs (23 %). En termes d'attitude envers une interdiction plus large du port ou de l'affichage de symboles religieux, l'appui est généralement moindre. Cette position n'emporte la conviction que d'un cinquième des répondants en France, en Italie et en Espagne et n'est jamais soutenue par plus de 10 % d'entre eux dans les autres États (avec seulement 2 % d'appuis aux États-Unis). La proportion de répondants indécis est généralement plus importante que pour la deuxième question (26 % en France et 28 % en Espagne) notamment.

	Grande-Bretagne (%)	France (%)	Allemagne (%)	Italie (%)	Espagne (%)	États-Unis (%)
Oui	57	70	50	63	65	33
Non	26	18	33	23	21	44
Indécis	17	12	17	14	13	23
Base non pondérée	1,097	1,093	1,016	1,004	1,019	1,006

TABLEAU 5. – *L'opinion publique et l'interdiction de la burqa (par pays).*

Source : Harris/*Financial Times* Poll, 4-10 février 2010 2006 (échantillon constitué d'adultes âgés de 16 à 64 ans).

Question : « En France, une commission gouvernementale a proposé une interdiction de porter la burqa musulmane qui couvre tout le corps de la femme de la tête aux pieds. Voudriez-vous qu'une telle interdiction soit mise en œuvre dans votre pays? »

	Grande-Bretagne (%)	France (%)	Allemagne (%)	Italie (%)	Espagne (%)	États-Unis (%)
Oui	9	22	11	20	19	2
Non	68	52	72	66	52	83
Indécis	23	26	17	14	28	15
Base non pondérée	467	331	508	372	354	669

TABLEAU 6 : L'opinion publique sur une interdiction plus étendue du port des symboles religieux dans l'espace public (par pays)

Source : Harris/*Financial Times* poll, 4-10 février 2010, 2006 (échantillon constitué d'adultes âgés de 16 à 64 ans).

Question : « Est-ce que vous soutiendriez une interdiction du port de la burqa musulmane dans le cadre d'une interdiction plus élargie du port de symboles religieux en public, incluant celle du crucifix chrétien et de la kippa juive? »

Note : Cette question a uniquement été posée aux participants ayant répondu « Non » ou « Indécis » à la question présentée au tableau 5.

En comparant les réponses obtenues par État, on remarquera que c'est bien en France que l'appui aux mesures restrictives était le plus fort dans l'opinion publique, alors qu'il était à l'inverse le plus faible aux États-Unis. Cette tendance est-elle confirmée par les données du *Pew Global Attitude Project* (GAP)?

Les faits saillants ressortant des enquêtes d'opinion réalisées par Pew GAP

Si les études *Pew GAP* ont sondé des échantillons représentatifs des populations de 17 États en 2005 et de 20 États en 2010, les analyses présentées ici ne se penchent que sur la Grande-Bretagne, la France, l'Allemagne, l'Espagne et les États-Unis (les données relatives à l'Italie ne sont pas disponibles). Conduites entre les mois d'avril et de juin 2005, puis entre les mois d'avril et de mai 2010, les entrevues ont été réalisées en personne ou par téléphone.

Le tableau 7 présente des données recueillies dans sept États en 2005. Il était demandé aux sondés si l'interdiction du port du foulard par les femmes musulmanes dans les lieux publics était une « bonne idée » ou une « mauvaise idée ». Les différences entre les positions des répondants sont ici très importantes selon l'État concerné. Les taux d'appui les plus faibles à l'interdiction se retrouvent en Grande-Bretagne (29 %) et aux États-Unis (33 %) suivis de près par le Canada (37 %). En outre, si une telle mesure reçoit l'appui de la majorité de la population aux Pays-Bas (51 %) et en Allemagne (54 %), c'est en France que le taux d'appui est le plus élevé, 78 % des répondants se prononçant en faveur de l'interdiction. Seule une faible proportion de répondants n'a pu émettre d'opinion dans cette enquête, les plus hauts taux d'indécision étant de 9 et 10 % en Grande-Bretagne et aux États-Unis.

	Bonne idée (%)	Mauvaise idée (%)	Ne sais pas/refus (%)	Base non pondérée
Grande-Bretagne	29	62	9	750
France	78	22	0.3	751
Allemagne	54	40	6	750
Pays-Bas	51	46	2	754
Espagne	43	48	9	751
Canada	37	57	6	500
États-Unis	33	58	10	1,001

TABLEAU 7 : Opinion du public sur l'interdiction du port du foulard (par pays).

Source : Sondage Pew GAP 2005. Données pondérées

Question : « Certains pays ont décidé d'interdire le port du foulard par les femmes musulmanes dans les endroits publics, dont les écoles. Pensez-vous qu'il s'agit d'une bonne idée ou d'une mauvaise idée? »

Note : Le Canada et les Pays-Bas n'ont pas été inclus dans le sondage Pew GAP de 2010.

Pour ce qui concerne le sondage *Pew GAP* du printemps 2010, celui-ci demandait aux répondants s'ils étaient d'accord ou en désaccord avec l'interdiction faite aux femmes musulmanes de porter le voile intégral dans l'espace public (incluant les écoles, les hôpitaux et tous les bâtiments publics). On notera ici que la formulation de la question diffère donc de celle du sondage de 2005, mais également qu'une question spécifique a été posée dans le contexte français afin de mieux correspondre à la réalité sociale du moment. Au tableau 8, nous pouvons constater que tout comme dans le cas des résultats présentés dans les tableaux 5, 6 et 7, c'est en France que l'on trouve le plus haut taux d'appui à ces restrictions (82 %), l'opinion publique y ayant sans doute été influencée par le débat politique en cours. L'Allemagne arrive en deuxième position en terme d'appuis à l'interdiction (71 % des répondants). Elle est suivie par la Grande-Bretagne (62 %) et l'Espagne (59 %). Le pourcentage de soutiens à l'interdiction est à nouveau inférieur aux États-Unis (28 %) où deux tiers des Américains seraient en désaccord avec une telle mesure (alors qu'ils seraient moins d'un cinquième dans ce cas en France).

	Approuve (%)	Désapprouve (%)	Ne sait pas/refus (%)	Base non pondérée
Grande-Bretagne	62	32	6	750
France	82	18	0.1	752
Allemagne	71	28	1	750
Espagne	59	37	5	755
États-Unis	28	65	7	1,002

TABLEAU 8 : L'opinion publique et l'interdiction du port du voile intégral (par pays).

Source : Sondage *Pew GAP* du printemps 2010. Données pondérées.

Question : « Certains pays envisagent d'interdire la pratique de certaines femmes musulmanes qui portent le voile intégral recouvrant le visage à l'exception des yeux dans l'espace public (y compris dans les écoles, les hôpitaux et les édifices publics). Approuveriez-vous une telle mesure en (pays du répondant) ? »

France : « Le gouvernement envisage d'interdire la pratique de certaines femmes musulmanes qui portent le voile intégral recouvrant le visage à l'exception des yeux dans l'espace public (y compris dans les écoles, les hôpitaux et les édifices publics). Approuveriez-vous une telle mesure ? »

Au regard des données présentées dans les tableaux 5 à 8, de vraies différences persistent ainsi dans l'opinion que les citoyens des États occidentaux se font sur la question du port du voile et cette différence est particulièrement significative entre citoyens français et américains. Quels sont désormais, dans ces contextes nationaux, les groupes sociaux les plus susceptibles de supporter ou de rejeter une interdiction du port du voile ? À cet égard, l'analyse transversale des données du sondage *Pew GAP* de 2010 est éclairante. Ce sondage s'articule autour de variables tant sociales que religieuses ou comportementales, mais couvre aussi des échantillons nationaux très larges en termes de tranches d'âge.

Le tableau 9 présente par État les pourcentages de citoyens favorables à l'interdiction du voile en fonction de leurs caractéristiques sociales. On observe

ici peu de différences entre les opinions émises par les femmes et par les hommes (quoique ces derniers sont légèrement plus susceptibles d'être d'accord avec ces mesures aux États-Unis). Une tendance claire tend par contre à émerger quand on observe les opinions par groupe d'âge. Dans l'ensemble des États, les groupes d'âges les plus avancés (55-64 ans et 65 ans et plus) sont plus susceptibles d'être d'accord avec l'interdiction du port du voile dans l'espace public. En France, 91 % des répondants âgés de 55 à 64 ans et 92 % de ceux de plus de 65 ans appuieraient une telle interdiction. Aux États-Unis, les personnes âgées de plus de 65 ans sont presque deux fois plus susceptibles d'être d'accord avec cette mesure que les personnes âgées de 18 à 34 ans (43 % contre 23 %). Dans les autres États, l'écart entre le taux d'approbation d'une mesure d'interdiction entre les répondants plus jeunes et les plus âgés est également évident : il est de 24 % pour la Grande-Bretagne, 20 % pour la France, 18 % pour l'Allemagne et 23 % pour l'Espagne. À l'inverse, les deux indicateurs relatifs aux conditions socioéconomiques (emploi et niveau de scolarité) ne fournissent aucune tendance uniforme pour l'ensemble des États. On notera néanmoins qu'en Grande-Bretagne, en France, aux États-Unis et en Allemagne dans une moindre mesure, les répondants bénéficiant d'un emploi et ayant un niveau d'étude postsecondaire seraient un peu moins susceptibles d'être d'accord avec une mesure d'interdiction. L'analyse du niveau de scolarité donne cependant des résultats variables : en France, en Espagne et en Allemagne, la différence entre les deux groupes est minime.

	Grande-Bretagne (%)	France (%)	Allemagne (%)	Espagne (%)	États-Unis (%)
Genre					
Masculin	66	83	70	60	33
Féminin	65	82	73	63	28
Groupe d'âge					
18-34 ans	54	72	59	51	23
35-54 ans	66	82	72	60	30
55-64 ans	72	91	79	69	35
65 ans et plus	77	92	77	74	43
Statut d'emploi					
À l'emploi	64	81	70	62	29
Pas à l'emploi	69	84	75	61	32
Éducation					
Éducation postsecondaire	59	82	66	63	30
Autres ou aucunes qualifications	70	83	73	61	32

TABLEAU 9 : Pourcentage qui « approuve » : critères sociaux (par pays).

Source : Sondage *Pew GAP* du printemps 2010. Réponses « Ne sait pas/refus » exclues. Données pondérées.

Le tableau 10 présente les différentes réponses obtenues à l'enquête au regard de l'affiliation religieuse. L'affiliation religieuse distingue les catégories « protestant », « catholique », « autres dénominations ou religions » et « aucune religion ». Le tableau distingue également les opinions de ceux pour qui la religion est « très importante » et de ceux pour qui la religion ne l'est « pas tellement » ou « pas du tout ». Comparées aux positions émises par les protestants et les catholiques, celles de ceux qui appartiennent à une autre dénomination religieuse sont moins largement d'accord avec une interdiction. Cette catégorie inclut des répondants affiliés à l'une des religions minoritaires (dont l'islam) dont le poids démographique n'est pas suffisant pour qu'elles soient représentées en tant que telles dans l'échantillon. On soulignera ici la particularité des résultats recueillis pour les catholiques : en Grande-Bretagne, en Allemagne et aux États-Unis (où ils sont minoritaires), ces répondants sont moins susceptibles d'être d'accord avec l'interdiction que leurs compatriotes protestants. À l'inverse, en France et en Espagne (où ils sont majoritaires), les catholiques sont plus susceptibles d'être d'accord avec l'interdiction. L'importance de la religion dans la vie des répondants n'est, quant à elle, pas un facteur permettant de distinguer les opinions favorables ou défavorables à une interdiction du voile, et cela quelque soit l'État concerné.

	Grande-Bretagne (%)	France (%)	Allemagne (%)	Espagne (%)	États-Unis (%)
Affiliation					
Protestante	72	84	77	46	32
Catholique	67	86	74	64	36
Autre dénomination/religion	36	62	51	51	26
Aucune religion	65	76	68	65	25
Importance					
Religion – très/un peu importante	66	81	72	61	30
Religion – pas très/pas du tout importante	66	84	72	63	31
Opinion à l'égard des Chrétiens					
Favorable	66	85	70	60	31
Défavorable	67	76	75	61	21
Opinion à l'égard des Juifs					
Favorable	65	83	71	62	30
Défavorable	59	80	70	59	27
Opinion à l'égard des Musulmans					
Favorable	60	80	65	54	25
Défavorable	80	85	77	66	43

TABLEAU 10 : Pourcentage qui « approuve » : facteurs religieux (par pays).

Source : Sondage *Pew GAP* du printemps 2010. Réponses « Ne sait pas/refus » exclus. Données pondérées.

Le tableau 10 présente ensuite les opinions favorables ou défavorables envers les chrétiens, les juifs et les musulmans. Si ces données ne peuvent permettre de mesurer le degré de tolérance (ou le niveau de préjugés) envers ces trois communautés religieuses, elles constituent néanmoins un indicateur général de l'affect général de la population à leur endroit. On relèvera d'abord que les répondants ayant une opinion favorable des chrétiens seraient plus susceptibles d'être d'accord avec l'interdiction du voile en France, à l'inverse de l'Allemagne où ce sont les répondants défavorables aux chrétiens qui soutiendraient le plus une telle interdiction. Concernant les positions sur les juifs, les répondants dont l'opinion leur est favorable seraient plus susceptibles d'appuyer l'interdiction du voile dans chacun des États à l'étude, cela même si la différence entre les positions favorables ou défavorables à l'interdiction du voile sont très minimes.

C'est alors principalement au regard de l'opinion que les répondants ont des musulmans que le clivage entre les positions favorables et défavorables au port du voile se fait le plus important. Dans tous les États, les répondants ayant une opinion défavorable des musulmans seraient plus susceptibles d'être d'accord avec l'interdiction, quoique la différence entre ceux qui approuveraient ou refuseraient l'interdiction n'est que de 5 % dans le cas français. Dans les autres États, l'écart entre le taux d'approbation ou de refus d'une mesure d'interdiction chez les répondants défavorables aux musulmans est très important : 20 % en Grande-Bretagne, 12 % en Allemagne, 12 % en Espagne et 18 % aux États-Unis. On peut donc penser que les réactions sur le port du voile peuvent également être liées à une véritable intolérance envers les musulmans.

	Grande-Bretagne (%)	France (%)	Allemagne (%)	Espagne (%)	États-Unis (%)
Satisfaction générale					
Satisfait de son pays	54	87	65	57	24
Insatisfait de son pays	71	81	77	63	34
Perception économique					
Situation économique : bonne	52	86	75	60	25
Situation économique : mauvaise	70	82	69	62	32
Idéologie					
Gauche/libéral	57	72	60	50	25
Centre/modéré	67	84	73	64	28
Droite/conservateur	72	87	74	60	33

TABLEAU 11 : Pourcentage qui « approuve » : facteurs comportementaux (par pays)

Source : Sondage *Pew GAP* du printemps 2010. Réponses « Ne sait pas/refus » exclues. Données pondérées.

Abordons enfin les différences d'opinion au regard de facteurs comportementaux (tableau 11). On observera d'abord que le taux d'appui à une mesure d'interdiction est plus élevé chez les répondants qui sont insatisfaits de la situation de leur pays. Dans le même ordre d'idées, ceux qui évaluent négativement la situation économique de leur pays sont plus susceptibles d'être également d'accord avec l'interdiction. On relèvera ici que c'est en Grande-Bretagne que la différence d'opinion entre ces deux catégories de la population est la plus perceptible. Des différences substantielles d'opinion sur le port du voile peuvent également être relevées au regard du positionnement idéologique des répondants. En Europe, ce positionnement idéologique a été mesuré à partir de l'auto-positionnement des répondants selon une classification « droite » et « gauche » ; aux États-Unis, il a été mesuré à partir d'une échelle de gradation de cinq niveaux, allant du niveau « très conservateur » à celui « très libéral ». Les résultats obtenus par ces deux outils de mesure ont été compilés et classifiés en trois groupes plus généraux s'appliquant à l'ensemble des répondants : « gauche/libéral », « centre/modéré » et « droite/conservateur ». On constatera que les répondants à l'orientation « gauche/libéral » sont généralement moins susceptibles d'appuyer l'interdiction que ne le sont ceux qui s'auto-situent au « centre » (ou en tant que « modérés ») et ceux de l'orientation « droite/conservateur ». Cette correspondance idéologique se retrouve dans chacun des États à l'étude. En termes de facteurs comportementaux, il semble ainsi relativement clair que les opinions à l'égard du port du voile sont conditionnées par les perceptions à court terme (que ce soit de l'économie ou du contexte national) et par les valeurs portées par les individus (positionnement idéologique).

◆ CONCLUSION

Ce chapitre a dressé un portrait comparatif de l'opinion sur les musulmans et le port du voile dans certaines sociétés occidentales. Les données révèlent que c'est toujours en France que l'on retrouve les opinions les plus favorables à l'interdiction du voile, cela quelque soit la façon dont la question est formulée dans les différentes enquêtes. Cependant, l'attitude générale envers les musulmans en tant que groupe est souvent plus favorable en France que dans les autres États, y compris aux États-Unis. Il s'agit là d'une donnée intéressante qui mériterait probablement une enquête plus poussée sur l'influence de la tradition laïque dans la vie politique française sur les représentations sociales des Français. Une autre conclusion importante a trait au faible appui de l'opinion publique américaine à une mesure d'interdiction du voile. Chacune de ces rapides conclusions doit néanmoins être prise avec précaution : elles sont en effet intimement liées aux conjonctures nationales du moment et dans ce contexte, la controverse publique et son inscription à l'agenda politique peuvent indéniablement influencer ou modifier les représentations et perceptions des populations.

.....

BIBLIOGRAPHIE

- EVS, « European Values Study » (1981-2008), *Longitudinal Data File*, Cologne, Allemagne, GESIS Data Archive, 30 avril 2011, ZA4804 Data File Version 1.0.0, dos : 10.4232/1.4804.
- FETZER J. S et CHRISTOPHER SOPER J., « The roots of public attitudes toward state accommodation of European Muslims religious practices before and after September 11 », *Journal for the Scientific Study of Religion*, 2003, 42 (2), p. 247-258.
- FIELD CLIVE D., « Islamophobia in contemporary Britain: the evidence of the opinion polls, 1988-2006 », *Islam and Christian-Muslim Relations*, 2007, 18 (4), p. 447-477.
- GIBBON J., « Unveiling Islamophobia: American Attitudes Toward Islam », *Working Paper*, Department of Sociology, Princeton University, 2005, [<http://jimgibbon.com/wpcontent/uploads/2006/05/GibbonUnveilingIslamophobia.pdf>].
- HELBLING M., « Islamophobia in Switzerland. A New Phenomenon or a New Name for Xenophobia? », in HUG S. et HANSPETER K. (dir.), *Value Change in Switzerland*, Lanham, MD, Lexington Press, 2010.
- KEETER S. et KOHUT A., « American Public Opinion about Muslims in the U. S. and Abroad », in STRUM P. et TARANTALO D. (dir.), *Muslims in the United States*, Washington, DC, Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2003.
- OZAN K., LAYMAN G. C. et USLANER E. M., « “Bands of others?” Attitudes towards Muslims in contemporary American society », *The Journal of Politics*, 2009, 71 (3), p. 847-862.
- PENNING J. M., « “Americans” Views of Muslims and Mormons: A Social Identity Theory Approach », *Politics and Religion*, 2009, (2) 2, p. 277-302.
- Pew Research Center—Global Attitudes Project, printemps 2010, 22 Nation Survey.
- Pew Research Center—Global Attitudes Project, mai 2005, 17 Nation Survey.
- Pew Research Center’s Forum on Religion & Public Life, *The Future of the Global Muslim Population*, janvier 2011, [<http://pewforum.org/The-Future-of-the-Global-Muslim-Population.aspx>].
- STRABAC Z. et LISTHAUG O., « Anti-Muslim prejudice in Europe: A multilevel analysis of survey data from 30 countries », *Social Science Research*, 2008, 37 (1), p. 268-286.
- WIKE R. et GRIM B. J., « Western views toward Muslims: Evidence from a 2006 cross-national survey », *International Journal of Public Opinion Research*, 2010, 22 (1), p. 4-25.
- VAN DER NOLL J., « Public Support for a Ban on Headscarves: A Cross-National Perspective », *International Journal of Conflict and Violence*, 2010, 4 (2), p. 191-204.

NADIA MARZOUKI
.....

La controverse comme transformation des conditions du compromis

L'analyse des controverses se caractérise par deux tendances essentielles. D'une part, l'examen de l'objet de la querelle tend à remplacer l'étude du fonctionnement de la controverse. On s'efforce ainsi de rechercher la signification profonde de la burqa, du minaret ou du foulard islamique, comme si l'apparition d'un conflit découlait inéluctablement de cette signification. On s'intéresse d'autre part à la controverse comme à un moment de rupture, qui viendrait perturber un équilibre social et détruire un accord préexistant au sein d'une communauté politique. Une telle approche repose sur une définition en trois actes : une situation originelle idéale, définie comme sereine et apaisée ; l'apparition dans la sphère publique d'un phénomène nouveau, qui détruit cette harmonie et *cause* la controverse ; la résolution du conflit par l'établissement d'une nouvelle règle ou norme qui permet d'assimiler et juguler cette nouveauté. Dans cette perspective, la controverse revient *in fine* à une forme – émotionnelle, violente, extrême – de l'exercice de la délibération publique.

À partir d'exemples tirés des récentes polémiques qui ont eu lieu aux États-Unis à propos de la construction de mosquées ou de la place de la charia, et en France au sujet du port de la burqa, ce chapitre analyse la controverse autrement qu'en tant que *conséquence* de l'irruption d'un problème inédit venant perturber l'ordre social et politique. Les affaires récentes relatives à la burqa, aux mosquées ou à la charia ont éclaté alors même que ces objets ne constituaient pas de problème juridique ou sécuritaire avéré. Elles ne se sont pas développées à partir de l'expression d'arguments rationnels, de l'exposé de preuves convaincantes ou d'informations vérifiées. La plupart des énoncés concernant la burqa et la charia relèvent davantage d'une parodie de raison publique que de l'idéal de délibération rationnelle. Une controverse n'est pas la réponse du public à un problème et ne repose pas sur un échange raisonné d'arguments logiques. Les arguments qu'on échange sont souvent absurdes, ils ne sont pas entendus, et ceux qui les prononcent n'y croient pas nécessairement eux-mêmes. Pourtant, de tels arguments produisent des effets réels,

dès lors qu'ils parviennent à apparaître comme plausibles dans le contexte même de la discussion publique. La controverse n'est pas une forme déviante ou passionnelle de l'idéal délibératif. C'est une stratégie rhétorique par laquelle les membres d'une communauté politique se mettent réciproquement à l'épreuve. L'enjeu n'est pas de convaincre l'adversaire afin de trouver un accord sur des principes, mais de tester la recevabilité d'un énoncé dans un contexte précis, afin de changer les conditions de possibilité de la formation d'un compromis. Dialogue de sourd, la controverse produit néanmoins un réajustement mutuel des camps opposés¹.

◆ LA CONTROVERSE COMME CONSTRUCTION D'UN PROBLÈME PUBLIC

Une grande partie de ceux qui se sont opposés, depuis 2008, à la construction de mosquées et de minarets, au port de la burqa, ou à la référence au droit islamique par les tribunaux reconnaissent eux-mêmes que leur campagne avait une valeur essentiellement préventive. Il s'agissait de contenir l'émergence d'un danger à venir, plutôt que de répondre à un problème urgent du présent. Les rapports et enquêtes indiquant le nombre infime de femmes portant la burqa en France ou en Belgique ont été largement cités. On a régulièrement souligné la conformité de l'architecture des minarets avec les normes environnementales et architecturales suisses². Aux États-Unis, le droit des musulmans à construire un lieu de culte, garanti par le *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA³), a été rappelé à maintes reprises dans les discussions sur la construction de mosquées. Les participants au mouvement anti-charia aux États-Unis ont dû admettre eux-mêmes la quasi absence de cas où le droit islamique aurait subverti le droit laïc américain. L'organisation de défense des droits civils *American Civil Liberties Union* (ACLU) décrit ainsi les projets de loi anti-charia comme « une solution à la recherche d'un problème⁴ ».

De même, en France, lorsqu'en juin 2009 le député communiste André Guérin propose la création d'une commission parlementaire sur le port de la burqa, plusieurs associations dénoncent une telle initiative en affirmant qu'il n'existe pas de problème de la burqa. En l'absence de tout recensement officiel, on évalue le nombre de femmes portant la burqa en France à 2000 tout au plus. Des rapports

1. Jean-Noël FERRIÉ, BAUDOIN DUPRET et Vincent LEGRAND, « Comprendre la délibération parlementaire. Une approche praxéologique de la politique en action », *Revue Française de Science Politique*, 2008, 58 (5), p. 795-815; Philippe UREALINO, « La délibération n'est pas une conversation », *Négociations*, n° 4, 2005, p. 99-114; Damien DE BLIC et Cyril LEMIEUX, « Le scandale comme épreuve, éléments de sociologie pragmatique », *Politix*, 2005, 71 (18), p. 9-38.

2. Thierry HERMAN, « Manifestations rhétoriques des frontières idéologiques : le cas des minarets helvétiques », *Semen*, 2011, 30, p. 127-146.

3. Le Religious Land Use and Institutionalized Persons Act (RLUIPA), [<http://www.justice.gov/crt/about/spl/documents/rluipa.php>] a été créé pour remplacer une loi adoptée en 1993, le *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA), que la Cour Suprême invalida en 1996. Le RFRA exigeait en effet du gouvernement qu'il accommode la plupart des demandes faites au nom de la liberté religieuse. Comme tel, il a été jugé contraire à la clause de non établissement. Le RLUIPA rend possible des accommodements à l'égard des revendications en matière de liberté religieuse dans les affaires concernant les prisonniers et la construction de lieux de culte.

4. Forum organisé par l'*American Civil Liberties Union* (ACLU) et le *Muslim Public Affairs Council* (MPAC), «A solution in search of a problem: the impact of Anti-Sharia bills in America», 20 juin 2011, Washington, DC.

« confidentiels » du ministère de l'Intérieur sont cités par les uns et les autres, qui avancent les chiffres de 367, ou de 1900⁵ femmes en burqa. Malgré l'absence de données publiques et officielles, on s'accorde sur le fait que le port de la burqa représente un phénomène très minoritaire. Pour les opposants à une loi, l'initiative d'André Guérin est simplement une entreprise de diversion, visant à détourner l'opinion publique des « vrais » problèmes que représente la montée du chômage, de l'exclusion et de la pauvreté. Déjà en 2004, les adversaires du projet d'interdiction du port du foulard à l'école avaient affirmé que le supposé problème – l'islamisation des banlieues françaises – auquel une telle loi aspirait à répondre n'était pas avéré⁶. Jean Baubérot, sociologue des religions et membre de la Commission Stasi, déplora régulièrement l'absence de fondement empirique de cet argument. « L'idée [de la menace islamiste radicale] n'a pas été construite scientifiquement, elle a été construite pour aboutir à cette proposition [de loi]. Pour moi l'idée a été instrumentalisée par la proposition elle-même. La proposition n'a pas été une conséquence de l'idée, l'idée a été construite telle qu'elle a été présentée pour pouvoir amener à cette proposition⁷. » Une controverse n'est donc pas la réponse d'une partie du public à un phénomène unanimement reconnu comme problématique. Plutôt que de trouver collectivement une solution, il s'agit pour un petit groupe d'experts ou d'activistes d'affirmer l'existence d'un problème⁸.

◆ DES RAISONS AUDIBLES

Les arguments d'une controverse ne produisent pas la conviction, mais provoquent une réaction. Si irrationnelle puisse-t-elle paraître, une raison avancée par un débatteur doit avant tout être audible dans le contexte précis de prise de parole. Si la réalité du problème que représenterait la burqa ou la charia est violemment contestée, la validité des arguments avancés par les partisans de lois d'interdiction est elle aussi remise en cause. Il est vrai que ces arguments ne ressemblent en rien aux raisons publiques idéales que définit la théorie libérale de la délibération. Il ne s'agit pas de raisons publiques de type rawlsien⁹, au sens d'arguments auxquels tout le monde ne peut que rationnellement adhérer, mais plutôt de raisonnements par l'absurde et d'arguments de mauvaise foi. Afin de démontrer la réalité de l'influ-

5. Cécilia GABIZON « Deux mille femmes portent la burqa en France », *Le Figaro*, 9 septembre 2009 ; Flaire GALAUD, « La burqa, un phénomène marginal en France », *Le Figaro*, 30 juillet 2009 ; Isabelle MANDRAUD, « La police estime marginal le port de la burqa », *Le Monde*, 29 juillet 2009 ; Collectif des féministes pour l'égalité, « 577 députés et 367 burqas : où est le problème ? Un communiqué sur l'affaire burqa », *Les mots sont importants*, [<http://lmsi.net/577-deputes-et-367-burqas-ou-est>], mai 2010.

6. Jean BAUBÉROT, « Le dernier des Curiace, Un sociologue dans la Commission Stasi » (in Pauline CÔTÉ et Jeremy GUNN (dir.), *La Nouvelle Question religieuse. Régulation ou ingérence de l'État ? / The New Religious Question. State Regulation or State Interference?*, Bruxelles/Bern/Frankfurt am Main/New York/Oxford/Wien, P. I. E.-Peter Lang, 2006, p. 247-272), p. 247.

7. Entretien avec Jean Baubérot, 4 janvier 2006, Paris, EPHE.

8. Joseph GUSFIELD, *La Culture des problèmes publics. L'alcool au volant : la production d'un ordre symbolique*, Paris, Économica, coll. « Études sociologiques », 2009 [1981] ; Sylvie TISSOT, *L'État et les quartiers. Genèse d'une catégorie de l'action publique*, Paris, Le Seuil, 2007.

9. John RAWLS, « The Idea of Public Reason Revisited », *The University of Chicago Law Review*, été 1997, 64 (3), p. 765-807.

ence croissante du droit islamique sur le droit américain, l'*American Public Policy Alliance* (APPA), un lobby américain d'avocats conservateurs, énumère un certain nombre d'affaires portées devant les tribunaux, concernant la liberté religieuse des musulmans. Or, comme le montre le rapport de l'ACLU, *Nothing to Fear*¹⁰, toutes les affaires citées comme prétendues preuves de la menace islamique démontrent exactement le contraire de ce que les partisans d'une loi anti-charia entendent établir. Il n'y a pas de menace islamique sur le droit américain, et les requêtes et plaintes des musulmans sont traitées exactement de la même façon que celles des autres communautés religieuses. Un cas cité par l'APPA est l'affaire *Shaheed Allah vs Adella Jordan-Luster* (2007) dans laquelle un détenu musulman avait tenté de démontrer que l'absence de repas *halal* dans la prison représentait une violation de son droit à sa liberté religieuse. Pour les avocats de l'APPA, cette affaire prouve l'influence croissante de la charia sur les tribunaux américains. Or l'issue du procès démontre précisément tout le contraire. Car d'une part, la cour refusa de donner raison au prisonnier : on jugea que le règlement de la prison, prévoyant la distribution de repas sans viande de porc, constituait un accommodement suffisant aux besoins religieux du détenu. En outre, quand bien même la cour aurait-elle accepté la requête du détenu musulman, cela n'aurait pas représenté une victoire pour le droit islamique, mais simplement un accommodement semblable à tous les accommodements qui sont mis en place pour respecter les droits des communautés catholiques ou juives¹¹.

En France, les arguments des partisans d'une loi prohibant le port de la burqa sont également apparus comme fragiles et peu convaincants. Toutes les raisons avancées en faveur de la loi – le droit des femmes, l'ordre public, la laïcité – ont été régulièrement contestées. Certains, tels le ministre de l'Éducation Xavier Darcos ou le député UMP Pierre Lellouche, définissaient la burqa comme le signe d'une oppression inacceptable pour les femmes. Mais pour d'autres comme Cécile Dufлот, secrétaire nationale du parti Europe Écologie Les Verts, ou pour de nombreuses militantes d'associations féministes, une telle loi risquait au contraire d'exclure encore davantage les femmes en burqa. L'argument selon lequel une loi d'interdiction représenterait un enjeu capital dans la défense de l'unité nationale¹² a lui aussi été critiqué : en quoi quelques centaines de femmes portant la burqa pouvaient-elles menacer la cohésion nationale, et de quelle cohésion s'agissait-il ? Dans la même perspective, beaucoup ont refusé de voir la question de la burqa en termes de trouble à l'ordre public : car en quoi ce morceau de tissu serait-il un danger plus grave pour la stabilité sociale que l'exclusion et l'aliénation de la jeunesse désœuvrée ? On a également tourné en dérision la différence de traitement entre les riches touristes voilées originaires des pays du Golfe, flânant en paix sur l'avenue des Champs Élysées, et les femmes immigrées pauvres des banlieues françaises.

10. American Civil Liberties Union, *Nothing to Fear, Debunking the Mythical "Shariah Threat" to our judicial System*, Washington, DC, mai 2011.

11. American Public Policy Alliance ("APPA"), *Representative Civil Legal Cases Involving Shariah Law*, [http://publicpolicyalliance.org/wpcontent/uploads/2010/11/Shariah_Cases_11states_11-08-2010.pdf].

12. « Halte à la burqa et au voile, symboles de la soumission des femmes et de l'offensive islamiste », pétition adressée au président de la République, aux députés et aux sénateurs, 20 août 2009, *Riposte laïque*, [http://ripostelaïque.com/Halte-a-la-burqa-et-au-voile.html].

La dénonciation du caractère aberrant ou infondé des arguments et preuves de l'adversaire est donc un élément essentiel de la controverse. Les adversaires des lois d'interdiction de la burqa ou la charia soulignent l'absurdité des raisonnements de leurs interlocuteurs, en les poussant à l'extrême : si on interdit la burqa, pourquoi ne pas interdire le port des capuches ou des tenues gothiques¹³? Aux États-Unis, on a régulièrement tourné en dérision l'incapacité des membres du congrès républicain favorables aux projets de loi anti-charia à donner une définition de la charia ou à étayer leur argumentation par des preuves convaincantes. Sommé de donner des exemples concrets de cas où la charia aurait été utilisée dans les tribunaux américains, Paul Curtman, représentant républicain de l'État du Missouri, et partisan d'une loi anti-charia répondit ceci : « Je n'ai pas les informations précises sur moi maintenant mais si vous allez sur..., j'ai oublié l'adresse Internet... Mais n'importe quelle recherche *Google* sur l'utilisation du droit international dans les tribunaux des États vous donnera des exemples¹⁴. »

En 2004, les débats français sur les critères permettant de distinguer entre un bandana (autorisé en salle de cours) et un foulard, ou entre une grande et petite croix avaient suscité beaucoup de moqueries et commentaires satiriques. À quand une loi pour interdire le port des barbes « trop » longues? La parodie et la dérision ont également joué un rôle central à New York, dans la récente controverse relative à la construction d'un centre culturel islamique à proximité du site de *Ground Zero*. « Pas ici, mais un peu plus loin » disaient les opposants au centre islamique lorsqu'on leur demandait où il fallait construire le bâtiment. Cet argument a été l'un des plus débattus, critiqués, et moqués de la controverse. On s'est ainsi interrogé sur le critère qui permettrait de mesurer la distance appropriée entre « trop près » et « assez loin » du site de *Ground Zero*. On a aussi dressé une liste exhaustive des commerces et lieux de distraction entourant le site pour démontrer que la construction d'un centre culturel islamique ne pouvait en rien perturber le caractère déjà hétéroclite et bigarré du quartier. Interrogé sur ce que représentait une distance convenable de l'ancien *World Trade Center* pour la construction du centre islamique, Carl Paladino, candidat républicain aux élections de mi-mandat de novembre 2010, affirmait ceci : « Pour moi, *Ground Zero*, c'est le site qui correspond à l'espace qu'a recouvert le nuage de poussières contenant des restes humains¹⁵. » Mais comment peut-on faire du « nuage de poussières contenant les cendres des victimes » un critère universellement et rationnellement acceptable de l'action publique, protestèrent les partisans de la construction de la mosquée?

13. « Interdiction de la burqa, pour le carnaval, on fait quoi? », *Rue 89*, 13 avril 2011; Jean François KAHN, « Hier la mini-jupe, aujourd'hui la burqa », 23 avril 2010, Tourner la page, [http://www.jeanfrancoiskahn.com/Hier-la-mini-jupe-aujourd-hui-la-burqa_a117.html] (« Et imaginez qu'un gus s'adresse à la justice, en prétendant que le port de la soutane ou du kilt écossais porte atteinte à la dignité de l'homme »); Cécilia GABIZON, « Tremblay : malaise autour d'une barbe trop longue », *Le Figaro*, 7 septembre 2011.

14. Tim MURPHY, « Breaking: Anti-Shariah Bill Sponsors Are Kind of Clueless », *Mother Jones*, 22 avril 2011, [<http://motherjones.com/mojo/2011/04/anti-sharia-bill-sponsors-clueless-north-carolina>] (« *I don't have the specifics with me right now but if you go to—the web address kind of escapes my mind right now. Any Google search on international law used in the state courts in the U. S. is going to turn up some cases for you* »).

15. Entretien avec Rick Sanchez, 15 septembre 2010, CNN. Voir Nadia MARZOUKI, « Offense morale contre liberté religieuse, la controverse de *Ground Zero* », *Revue française de science politique*, octobre 2011, p. 61-65.

De même en France, les raisons avancées par le conseil d'État¹⁶ pour justifier le refus d'octroi de la nationalité française à madame Machbour (qui portait le voile intégral) ont semblé dérisoires à ceux qui contestèrent une telle décision. « Si madame Machbour parle bien français et si deux de ses enfants sont scolarisés à l'école communale, si elle a été suivie par un gynécologue homme pendant ses grossesses, il reste qu'[...]elle mène une vie presque recluse et retranchée de la société française : elle ne reçoit personne chez elle, le matin elle s'occupe de son ménage, se promène avec son bébé ou ses enfants, l'après-midi elle va chez son père ou son beau-père. Pour les courses, elle indique qu'elle peut faire des achats seule mais admet qu'elle va le plus souvent au supermarché en compagnie de son mari¹⁷. » Le conseil d'État a analysé ce comportement comme la preuve du refus ou de l'incapacité de madame Machbour à s'assimiler à la culture française. Pour la commissaire du gouvernement, il est possible de conclure que « madame Machbour n'a pas fait siennes les valeurs de la République et en particulier celle de l'égalité des sexes. Elle vit dans la soumission totale aux hommes de sa famille, qui se manifeste tant par le port de son vêtement que dans l'organisation de sa vie quotidienne, [...] elle trouve cela normal et l'idée même de contester cette soumission ne l'effleure même pas¹⁸ ». Le raisonnement proposé ici a été souvent dénoncé comme boiteux et partial¹⁹. Car, à bien des égards, la vie quotidienne de madame Machbour ressemble à celles de nombreuses femmes non voilées. Il peut paraître hâtif ou non probant de voir dans le seul fait qu'elle mène une vie de mère au foyer relativement solitaire la preuve de sa soumission absolue à son mari, et partant de l'impossibilité de son intégration à la culture française.

Si absurde ou contestable puisse-t-il paraître, ce type d'arguments ne peut toutefois pas être simplement rejeté comme infondé, incohérent et dérisoire. Car quoi que l'on pense de la rationalité de tels arguments, considérés hors de leur contexte, ces énoncés produisent bel et bien un effet. Certes, nombre des arguments développés pendant les controverses sur les mosquées, le foulard, la burqa ou la charia apparaissent comme une parodie de l'acte même de la production de raisons publiques. Mais ils restent pourtant audibles et sensés pour une grande partie du public. Bien qu'apparemment intenable du point de vue de la seule logique rationnelle, ce type de parodie de raisons a une efficacité dans le contexte de la controverse. Plutôt que de s'interroger abstraitement sur leur capacité à convaincre le camp adverse, il convient de faire apparaître ce que de telles parodies de raisons publiques accomplissent dans le contexte où elles sont énoncées.

16. David KOUSSENS, « Sous l'affaire de la burqa, quel visage de la laïcité française? », *Sociologie et sociétés* (Presses de l'université de Montréal), 2009, vol. 41, n° 2, p. 327-348.

17. Conseil d'État, 27 juin 2008, Madame Machbour, n° 286798, « Conclusions de la commissaire du gouvernement Emmanuelle Prada-Bordenave », p. 4, [www.conseil-etat.fr/ce/jurisprudence/conclusions/conclusions_286798.pdf], consulté le 30 mars 2009.

18. *Ibid.*

19. Valérie AMIRAUX, « From Empire to Republic, the French Muslim dilemma », in A. TRIANDAFYLIDOU (dir.), *Muslims in the 21st Century Europe: Structural and Cultural Perspectives*, Londres, Routledge, p. 137-159. « Pourquoi les Français veulent interdire la burqa? », Entretien avec John Bowen, *Nonfiction*, 28 juillet 2009.

◆ CHANGER LES CONDITIONS DE POSSIBILITÉ DES COMPROMIS FUTURS

Les arguments avancés lors des controverses permettent avant tout aux camps opposés de se réajuster les uns aux autres, en se mettant mutuellement à l'épreuve et en testant leurs limites réciproques. Il ne s'agit pas de convaincre l'autre, mais de savoir jusqu'où on peut aller, de tester le type d'énoncés qui peut désormais être considéré comme publiquement acceptable ou non. Autrement dit, le vote d'une loi ou l'élaboration d'une politique publique spécifique est en réalité secondaire par rapport à l'effet principal de la controverse, qui est de changer les conditions de possibilité des compromis futurs. Discuter de la menace que représenterait la burqa ou la charia pour l'ordre public, la laïcité ou le droit des femmes contribue à rendre encore plus strictes les conditions d'acceptabilité des musulmans dans l'espace public occidental. Après avoir été contraints déjà plusieurs fois de faire amende honorable, de donner des gages de leur capacité à être de bons citoyens pacifiques, qui acceptent les mesures de lutte contre le terrorisme aux États-Unis ou respectent les règles de la laïcité en France, il leur faut désormais donner des preuves supplémentaires en affirmant haut et fort qu'ils rejettent la burqa et la charia.

Un tel processus n'est pas spécifique à la discussion de pratiques et symboles des communautés musulmanes. L'analyse développée par Geneviève Zubrzycki de la controverse relative au couvent des carmélites en Pologne en 1993 et au retrait de la grande croix qui y avait été plantée fait apparaître un processus analogue. Comme le montre G. Zubrzycki, lorsque la controverse des croix commence à s'épuiser, en dépit de l'activisme de toutes sortes d'associations de catholiques polonais de droite et d'extrême droite, et notamment de Kazimierz Switon²⁰, les 300 croix sont retirées, mais la grande croix située dans l'ancien couvent des carmélites demeure. En ce sens, toute l'agitation créée par K. Switon et ses partisans a réussi, puisqu'elle a permis de changer les termes du débat et les conditions de possibilité et d'acceptabilité d'un compromis. « En provoquant l'escalade du conflit et en radicalisant les demandes – du maintien d'une croix au maintien de plusieurs centaines de croix, le groupe de propagande de K. Switon, les défenseurs de la croix, réussit à changer les termes de ce qu'un compromis impliquerait. [...] Si, au début, la présence de la croix du pape n'était pas inévitable et différentes autorités envisageaient l'hypothèse de son retrait et déplacement, au moment de la conclusion du drame, sa présence sur ce site avait été naturalisée et la croix était devenue un monument permanent du périmètre d'Auschwitz²¹. »

De manière analogue, dans le cas de la controverse de la mosquée de Manhattan, la défaite des opposants au centre islamique est compensée largement par le gain que représente pour eux la diffusion inédite d'opinions hostiles à l'islam. De même,

20. Kazimierz Switon (1931-), ancien membre de Solidarité et ancien député du parti d'extrême droite de la Confédération pour une Pologne indépendante, s'installe en juin 1998 près de la croix du pape et entame une grève de la faim qui durera quarante-deux jours. Son action attira toute une série de manifestations et de mouvements en faveur du maintien des croix sur le site.

21. Geneviève Zubrzycki, *The Crosses of Auschwitz, Nationalism and Religion in Post-Communist Poland*, Chicago, University of Chicago Press, 2006, p. 14.

l'essor du mouvement anti-charia dans plus d'une vingtaine d'États américains²², la multiplication des procès intentés par des associations d'habitants de quartier contre des associations musulmanes, ou encore les auditions publiques organisées par le sénat en mars 2011²³ pour débattre spécifiquement de la radicalisation islamique et du manque de coopération attribué aux organisations musulmanes-américaines dans la lutte contre cette violence, toutes ces actions apparaissent comme un effet de la controverse de *Ground Zero*. Les opposants du centre islamique ont certes perdu la bataille de Manhattan. Mais ils ont réussi à modifier les conditions d'acceptabilité des compromis à venir relatifs à l'intégration des musulmans américains, en contribuant à la dramatisation et à la radicalisation des positions de chacun. En France, comme le montre David Koussens²⁴, la controverse de la burqa et la loi d'interdiction qui en a découlé, ont contribué à consolider le modèle d'une laïcité très stricte, anticléricale et liberticide. L'effet de la controverse de la burqa est donc, plus encore que la loi votée en octobre 2010²⁵, le renforcement de cette « laïcité narrative anticléricale » et, par conséquent, le resserrement des conditions de possibilité d'un compromis relatif à la place des musulmans dans la société française.

Le camp offensif, celui par exemple qui milite pour une loi d'interdiction de la charia ou de la burqa, est en un sens toujours certain de gagner. Car même si la controverse ne se traduit pas par une victoire juridique ou politique, elle transforme les conditions de possibilité même d'un débat, en changeant le seuil de ce qu'il est acceptable de dire ou non en public. La partie offensive ne gagne cependant pas tout, inconditionnellement, et elle est parfois contrainte elle aussi de reculer. L'issue de la controverse – la façon précise dont les conditions du compromis sont redéfinies – n'est pas le reflet d'un rapport de domination prédéterminé. Les limites de ce qu'il est possible de dire ou non sont produites en contexte, dans le rapport de pouvoir entre adversaires. Si une controverse se fonde bien toujours sur l'opposition d'une partie offensive et d'une partie défensive, les positionnements au sein de ces deux camps, les arguments produits par les uns et les autres ne sont pas définis d'avance. On assiste au contraire à une forme d'ordonnancement réciproque des parties en conflit.

22. Le 2 novembre 2010, à l'initiative de deux membres du congrès républicains, un projet d'amendement de la constitution de l'État d'Oklahoma fut mis au vote et approuvé par 70 % des voix. L'amendement, intitulé « Save my state », proposait d'interdire aux juges de faire toute référence à la charia dans leurs jugements : « *The courts shall not look to the legal precepts of other nations or cultures. Specifically, the courts shall not consider international law or Sharia Law.* » Au terme d'un procès intenté par la section locale du Council on American Islamic Relations (CAIR), la juge Vicki Miles-Lagrange refusa de valider l'amendement, au motif de son incompatibilité avec le premier amendement. Depuis novembre, de tels projets d'amendement ont été proposés par des membres du congrès dans environ quinze États.

23. Le républicain Peter King (NY), président du Comité pour la sécurité intérieure au sénat, entièrement opposé à la construction du centre islamique, est à l'origine de l'organisation de ces auditions, qui se sont tenues le 10 mars 2011. Voir : « The Extent of Radicalization in the American Muslim Community and that Community's Response », [<http://homeland.house.gov/hearing/hearing-%E2%80%9CExtent-Radicalization-American-Muslim-Community-and-Communitys-Response%E2%80%9D>].

24. David KOUSSENS, art. cit.

25. Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, [http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=F21C06F7086526AA084A26C3F6B46D82.tpdjo08v_2&dateTexte=?cidTexte=JORFTEXT000022911670&categorieLien=cid].

Aux États-Unis, la controverse qui a éclaté en 2010 à Murfreesboro, une petite ville du Tennessee, est de ce point de vue éclairante²⁶. En septembre 2010, les habitants d'un quartier résidentiel de cette ville intentèrent un procès à la commission urbaine de la ville, en lui reprochant d'avoir autorisé la construction d'un centre islamique dans leur quartier. La commission, affirmaient-ils, avait omis de démontrer que l'islam est bien une religion, et non pas une idéologie politique. En définissant les musulmans comme adhérents à une idéologie politique radicale, les habitants de Murfreesboro voulaient les empêcher d'invoquer le premier amendement pour revendiquer leurs droits à la liberté religieuse. L'affirmation selon laquelle l'islam n'est pas une religion attisa la polémique, et contribua à une extension inédite du débat à l'échelle nationale et internationale. Afin de couper court aux spéculations portant sur la question de savoir si l'islam est une religion, le procureur fédéral Jerry E. Martin publia, le 19 octobre, un *amicus brief*²⁷ pour rappeler la position du gouvernement américain : « Les États-Unis reconnaissent et ont toujours reconnu l'islam comme une religion. » L'affirmation des plaignants selon laquelle l'islam n'est pas reconnue comme religion par les États-Unis est fautive et aucune autorité ne soutient cette idée. La liberté d'assemblée et de culte est littéralement le fondement de ce pays²⁸. Le 17 novembre 2010, le juge Robert E. Corlew III décida, au terme du procès, de maintenir l'autorisation de construire le centre islamique : les plaignants n'avaient pas réussi à montrer en quoi la construction de la mosquée constituerait une discrimination contre eux. Les opposants à la mosquée revinrent néanmoins à la charge au printemps 2011. Tout en acceptant la nouvelle plainte, le juge Corlew annonce clairement avant le début du procès qu'il n'autoriserait plus aucune discussion sur la question de savoir si l'islam est une religion. Les opposants de la mosquée eux-mêmes décidèrent de modifier le motif de leur plainte : il s'agirait désormais d'invoquer un vice de procédure, en affirmant que la commission urbaine n'avait pas informé à temps la population locale de la tenue de la réunion pendant laquelle elle discuterait de l'autorisation de construction du centre islamique. La question de savoir si l'islam est ou non une religion, en revanche, ne serait plus mise en débat.

Tirant les leçons de l'échec de l'argumentaire proposé pendant le procès de Murfreesboro, les associations locales qui s'opposèrent par la suite à la construction de mosquées dans leur quartier décidèrent également d'éviter d'utiliser cet argument. Le 26 janvier 2011, le conseil municipal de la ville de Témécula en Californie autorisa l'agrandissement du centre islamique de la ville. Cette décision suscita aussitôt la colère de nombreux habitants de la ville. George Rombach, président et membre fondateur de l'association « *Concern American citizens to promote the separation of Shariah from Spritual Islam* » (CAC²⁹) organisa plusieurs

26. Pasquale ANNICCHINO et Nadia MARZOUKI, « Mosques controversies in the U. S. », *Droit et Religion*, 2012.

27. USDOJ, « Motion for leave for permission of the United States of America to submit a brief as Amicus Curiae », Rutherford County at Murfreesboro, 18 octobre 2010.

28. Associated Press, « Feds file legal brief in support of Tenn. Mosque », *First Amendment Center*, 19 octobre 2010, [<http://www.firstamendmentcenter.org/feds-file-legal-brief-in-support-of-tenn-mosque>].

29. L'association CAC se présente comme une organisation *grassroots* de citoyens qui entendent lutter contre l'infiltration de la menace islamiste dans l'Amérique suburbaine et les communautés locales. L'opposition à

manifestations pour protester contre la décision du conseil municipal. Tirant les leçons de la discussion menée lors de l'affaire de Murfreesboro, le procureur de Témécula, Peter M. Thorson avertit la commission qu'elle ne pourrait fonder sa décision que sur des considérations liées à l'usage de la terre : la question de savoir si l'islam est une religion ne pourrait être mise en débat. George Rombach s'efforça de convaincre ses alliés opposés à la mosquée de ne pas construire leurs arguments autour de considérations relatives à la nature de la religion musulmane. S'il s'opposait à l'agrandissement de la mosquée, expliqua-t-il, c'est simplement parce que celle-ci aurait des conséquences sur l'augmentation de la circulation et du bruit. Les règles définissant ce qu'il est possible de dire ou non, jusqu'où il est possible d'aller, les arguments gagnants ou perdants, sont donc produits au cours du processus même de la controverse. Avant la controverse de Murfreesboro, il est possible de remettre en question le caractère religieux de l'islam. Cet argument n'est plus aussi aisément utilisable au terme de cette controverse. En ce sens, le camp offensif des associations locales opposées à la construction de mosquées ne dicte pas seul les règles du débat, il a été obligé lui aussi de s'ajuster à des contraintes et des limites produites en contexte. S'il y a bien un camp offensif et un camp défensif, le premier ne peut à lui seul imposer de nouveaux termes de débat et de nouvelles conditions d'acceptation des musulmans.

◆ DE LA CITOYENNETÉ À L'HUMANITÉ

Un des effets majeurs de la controverse de la burqa a été de transformer, dans le débat public, les critères d'acceptation des musulmans. De l'affaire du foulard de 2003 à la controverse de la burqa en 2009, on est ainsi passé d'un débat sur la disposition des musulmans à la citoyenneté à une remise en question de leur aptitude à la civilité, voire à l'humanité. Jusqu'en 2004, les affaires du port du foulard à l'école avaient pour enjeu la définition des conditions de l'adhésion des musulmans aux règles de la citoyenneté française. Participer à la vie de la cité, cela suppose d'accepter un certain nombre de règles de comportement dans l'espace public et d'adhérer à des valeurs organisant la vie collective, notamment la laïcité. « L'apprentissage de la citoyenneté dans notre société à cultures et origines diverses suppose qu'on apprenne à vivre ensemble. En articulant unité nationale, neutralité de la République et reconnaissance de la diversité, la laïcité crée par-delà les communautés traditionnelles de chacun la communauté d'affections, cet ensemble d'images, de valeurs, de rêves et de volontés qui fondent la République³⁰. » Depuis la fin de l'affaire du foulard, en revanche, dans un contexte où éclatent de nouvelles polémiques à propos des caricatures de Mohammed, de la construction de mosquées et de minarets ou de l'interdiction des tribunaux islamiques, on assiste

la construction des mosquées, à la visibilité des signes religieux islamiques dans les écoles, et à la charia, sont les trois fers de lance principaux de la bataille menée par le CAC. Mano Bakh est l'un des membres les plus actifs de cette association.

30. Bernard STASI, *Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République : rapport au Président de la République*, décembre 2013, p. 18.

à un glissement de la problématique de la citoyenneté des musulmans à celle de leur humanité.

Plusieurs partisans d'une loi d'interdiction du port de la burqa affirmaient que les femmes ainsi couvertes refusaient une règle fondamentale de l'échange humain : la réciprocité du regard, telle que l'on voit l'autre, à condition d'accepter d'être vu. Le rapport parlementaire français fait référence à la notion d'humanité à plusieurs reprises³¹. La philosophe féministe Elizabeth Badinter joue un rôle essentiel dans la promotion de ce nouveau principe de pertinence de l'humanité. Elle établit une opposition tranchée entre la conception occidentale de la démocratie, qui est cohérente avec le progrès de l'humanité, et la conception obscurantiste, inhumaine et contraire aux droits de la femme³². Les propos du philosophe Emmanuel Lévinas sur le visage comme symbole de l'humanité sont largement cités dans le rapport français :

« Ainsi, Emmanuel Lévinas écrivait : “Ce que je vois d'autrui c'est son visage, non pas entre autres choses à voir de lui, mais ce que je vois d'abord. C'est à son visage que s'adresse ma quête, que se fixe mon regard attentif. Le visage est visible. Mais dans le visible le visage a un statut particulier : il est en même temps expressif. Il ne se laisse pas enfermer dans une forme plastique. Il déborde ses expressions. Il est irréductible à une prise, à une perception prédatrice.” Emmanuel Lévinas a ainsi développé l'idée qu'au-delà du contact social entre deux êtres la rencontre en face à face a une dimension beaucoup plus profonde. L'accès au visage en tant que visage est d'emblée éthique. Comme il l'écrivait dans *Totalité et infini* : “Je ne me contente pas de regarder le visage de l'autre homme ; je me sens responsable de lui, obligé par son dénuement, la nudité essentielle de son visage exposé à toutes les violences.” À travers cela, apparaît l'idée que le visage, animé par des expressions, est un tout qui ne peut être réduit à l'un de ses éléments. Dès lors, ne voir que les yeux d'une femme, le reste de son visage étant entièrement masqué – et parfois même ses yeux sont voilés – c'est être condamné à s'adresser à cette personne humaine comme à un objet. [...] Être réduit à de purs échanges verbaux sans être en mesure de sentir l'émotion de l'autre affaiblit considérablement la portée du dialogue entre êtres humains. La personne contrainte de cacher son visage perd ainsi toute sa spécificité et d'une certaine manière de son humanité³³. »

31. André GUÉRIN, *Rapport d'information fait en application de l'article 145 du règlement au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national*, 2010. Voir p. 71 : Le rapport fait tout d'abord référence aux propos du premier ministre danois, M. Lars Loekke Rasmussen, qui a déclaré le 19 janvier 2010 : « La burqa et le *nigab* n'ont pas leur place dans la société danoise. Ils symbolisent une conception de la femme et de l'humanité à laquelle nous sommes fondamentalement opposés et que nous voulons combattre dans la société danoise. [...] C'est pourquoi nous souhaitons bannir ce vêtement de la société danoise. »

32. *Ibid.*, p. 107 : « J'observe qu'il existe de l'égalité des sexes deux appréhensions opposées. L'une, la nôtre, celle des démocraties, est celle que l'on retrouve dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et que l'on peut résumer en quatre mots : mêmes droits, mêmes devoirs. Ici, la notion abstraite d'humanité l'emporte sur les différences biologiques, notamment sur la différence sexuelle. Puis il y a l'autre, celle des obscurantistes, celle aussi dont ont usé certains démocrates sincères, les naturalistes. Pour eux, droits et devoirs diffèrent selon les sexes ; les sexes sont égaux dans leurs différences. C'est le modèle de la complémentarité des sexes, où l'un est ce que l'autre n'est pas. L'idée fédératrice d'une humanité commune, d'une citoyenneté abstraite, n'a plus cours. Nos droits et nos devoirs sont différents, mais ils seraient équivalents. »

33. Cité dans *Rapport d'information, op. cit.*, p. 115-116.

Ce passage reflète un changement important de perspective par rapport à la discussion qui a eu lieu en 2003 autour des auditions de la Commission Stasi. Il ne s'agit plus de faire référence aux pères fondateurs de la laïcité française tels que Jules Ferry ou Aristide Briand, mais à une conception philosophique de l'échange et de l'interaction humaine. La burqa est rejetée non comme symbole d'un refus de s'intégrer à la société ou de respecter un contrat citoyen. La burqa apparaît désormais comme une négation de l'humanité de la personne qui la porte – qui est transformée en objet – et de la personne qui regarde ou voit la femme en burqa. Être privé de la possibilité de voir le visage de l'autre est désormais défini comme une forme de privation d'humanité. La loi d'interdiction de la burqa répond ainsi à un impératif plus ontologique que la loi d'interdiction du foulard. Il ne s'agit plus simplement de contraindre les musulmans à être de bons citoyens, mais de garantir l'humanité des échanges entre personnes. L'humanité des femmes qui portent la burqa est définie comme vicieuse, déviante. Elizabeth Badinter va jusqu'à parler de perversité : « Dans cette possibilité d'être regardée sans être vue et de regarder l'autre sans qu'il puisse vous voir, M^{me} Élisabeth Badinter considère qu'il existe une forme de jouissance perverse : la jouissance de la toute-puissance sur l'autre, la jouissance de l'exhibitionnisme et la jouissance du voyeurisme³⁴. »

On assiste à un glissement analogue aux États-Unis entre 2001 et 2010. Après les attentats du 11 septembre 2001, on s'interroge essentiellement sur la menace que certains musulmans extrémistes représenteraient pour la sécurité des États-Unis. En 2010, lors de la controverse sur la mosquée de *Ground Zero*, le débat porte en revanche sur l'aptitude des musulmans américains à faire preuve de compassion à l'égard de leurs concitoyens. Les opposants au projet Cordoue inversent en effet l'accusation d'intolérance qui leur était faite, en affirmant que ce sont les musulmans qui font preuve d'intolérance. En refusant de construire un centre islamique ailleurs qu'à *Ground Zero*, les musulmans trahissent leur incapacité à compatir avec la souffrance des familles des victimes. L'absence d'émotion et de considération pour la souffrance des familles des victimes du 11 septembre aux États-Unis, ou l'absence d'égard pour le malaise suscité chez l'autre par le port de la burqa en France, est désormais définie comme une forme d'incompétence, de déficience ou d'incapacité civile. Cette imputation d'insensibilité déclenche tout un processus d'inférences morales : « Si les musulmans ne sont pas capables de comprendre en quoi une mosquée à *Ground Zero* nous offense, ou en quoi le port de la burqa nous gêne, comment peut-on faire confiance en leur capacité de s'engager et à ne pas nous nuire ? » Comme le montre Patricia Paperman³⁵, l'incapacité à montrer une émotion attendue ou conventionnelle – par exemple la tristesse au moment d'un deuil – est, dans de nombreuses circonstances sociales, interprétée comme anormale. De cette anormalité supposée, on infère alors une série de conclusions alarmantes. Dans *L'Étranger* d'Albert Camus, l'incapacité

34. *Ibid.*, p. 117.

35. Patricia PAPERMAN, « L'absence d'émotion comme offense », in Patricia PAPERMAN et Ruwen OGIEN (dir.), *La Couleur des pensées, sentiments, émotions, intentions*, Paris, Éditions de l'EHESS, 1995, p. 175-197.

de Meursault à éprouver, et surtout à montrer de la douleur face au décès de sa mère est analysée rétrospectivement comme signe de sa capacité et prédisposition à tuer. De même, l'absence de sensibilité des musulmans américains à l'égard de la souffrance des familles des victimes du 11 septembre ou le refus des musulmanes françaises du principe de réciprocité – et être vu – sont interprétés comme une preuve de leur capacité à nuire à la société.

Les opposants à la construction de mosquées et les partisans de loi d'interdiction de la burqa utilisent des arguments qui reposent sur une tradition philosophique humaniste, mais dans une perspective très différente de celle adoptée par les philosophes tels que Lévinas. Le principe d'humanité est ici invoqué dans le cadre d'un projet qui vise à codifier strictement les comportements et les émotions. Il s'agit là d'un humanisme polémique, fondé sur une opposition tranchée entre « eux » et « nous ». Cet humanisme est aussi comportementaliste et ritualiste : il a pour enjeu la définition de limites strictes entre ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas. En ce sens, il n'a rien à voir avec la réflexion de Lévinas sur l'acceptation de l'autre comme ouverture à l'infini, à l'inattendu, voire à la contradiction. Cet humanisme comportementaliste somme les musulmans de donner des gages de leur capacité à montrer les émotions adéquates, à faire preuve d'humanité de la façon qui convient, autrement dit d'adhérer à un répertoire d'émotions et de formes de conduite appropriées. En ce sens, on peut parler, plutôt que d'un accord politique fondé sur la raison publique, d'un contractualisme littéraliste et ritualiste.

◆ CONCLUSION

Une controverse n'est pas un échange raisonné d'arguments logiques qui permet d'aboutir à la résolution harmonieuse d'un problème et à la définition d'un nouvel accord. Elle n'est pas pour autant un simple moment de rupture, défini par des échanges passionnels et incohérents. Même si les arguments produits par les camps opposés peuvent paraître absurdes ou irrationnels, le dialogue de sourds en quoi consiste la controverse accomplit néanmoins un ajustement réciproque des camps adverses. Ce qui est en jeu n'est pas la formation d'un accord sur des règles ou d'un consensus sur des valeurs, mais d'un équilibre argumentatif : « Voilà ce qu'il est possible de dire en public aujourd'hui. » La virulence des propos hostiles aux musulmans entendus, depuis 2005, lors des controverses concernant la burqa, la charia, les minarets ou les caricatures du prophète ne reflète pas nécessairement l'intensité de sentiments ou dispositions islamophobes ou la multiplication de convictions hostiles à l'islam dans la population. L'énonciation de tels propos relève plutôt d'un jeu de langage, où il s'agit avant tout de transformer les conditions d'audibilité et d'acceptabilité d'un argument dans la sphère publique. De tels énoncés ne reflètent pas une disposition profonde et cohérente d'une société homogène, hostile à l'islam. Ils expriment plutôt, en un sens, l'impossible réalisation d'un projet politique islamophobe dans les sociétés européennes et américaines. Dénoncer le port de la burqa, c'est aussi, indirectement, une manière d'admettre que le port du foulard islamique dans l'espace public – hors des écoles

publiques – est désormais un fait accompli, qu'on l'approuve ou non. Aux États-Unis, dénoncer la prétendue menace d'imposition de la charia, c'est une manière de reconnaître que depuis plusieurs décennies, les familles musulmanes ont pu revendiquer le respect de certaines obligations islamiques³⁶ dans les tribunaux américains, au même titre que les pratiquants juifs, ou chrétiens, au nom du respect de la liberté religieuse, sans que cela cause le moindre problème. Dénoncer les prières de rue ou critiquer la taille des minarets, c'est une façon d'admettre que l'on ne peut pas fermer toutes les moquées, et que l'on est bien obligé de composer avec la population musulmane installée en Occident. Les imprécations contre l'islam, si virulentes soient-elles, sont aussi un aveu d'impuissance de la part de ceux que l'islam dérange, une façon indirecte de concéder que les musulmans font désormais partie intégrante des sociétés occidentales. Le blâme, voire les accusations islamophobes, ont en un sens une fonction analogue à celle que revêt l'énoncé pornographique tel que l'analyse J. Butler³⁷, une fonction de « fantasme compensatoire ». De tels énoncés offrent davantage l'allégorie de l'impossible réalisation de politiques islamophobes fantasmées et de l'absence de cohésion d'une majorité homogène fictive, que l'expression de la toute-puissance d'une majorité morale bigote et antimusulmane. Le discours accusateur et les paroles islamophobes ne constituent pas le sujet musulman en subalterne, et la construction de mosquées ou le port de la burqa ne constitue pas les personnes offensées comme victimes irrémédiablement blessées. La controverse représente essentiellement un jeu de langage qui produit de façon contingente et contextuelle un réajustement des parties en conflit. Si elle rompt un compromis existant, elle est néanmoins orientée vers la construction d'un nouvel équilibre et de nouvelles conditions de formation de compromis.

36. Nadia MARZOUKI, « Les débats sur le droit islamique aux États-Unis et au Canada, entre égalité formelle et pluralisme », in BAUDOUIN DUPRET (dir.), *La Charia dans le monde*, Paris, La Découverte, à paraître, 2012 ; A. QURAIISHI, « Islamic family law in U.S. Courts », in Lynn WELCHAN (dir.), *Women's Rights and Islamic Family Law*, Londres, Zed Books, 2004.

37. J. BUTLER, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, New York, Routledge, 1997, p. 68.

JEAN BAUBÉROT
.....

Voile intégral et laïcité : la Mission d'information parlementaire sur le voile intégral

Une « Mission d'information [parlementaire] sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national » tient ses travaux, en France, de juillet 2009 à janvier 2010. Son président est un député communiste, André Gerin, à l'origine de la création de la Mission. Son rapporteur est un député UMP, Éric Raoult. Du 8 juillet au 16 décembre 2009, la Mission auditionne de nombreuses personnalités. Dans sa dernière séance, le 26 janvier 2010, les membres présents adoptent le texte rédigé par le rapporteur ainsi que 15 propositions¹. Faute d'accord, l'interdiction du voile intégral n'y figure pas. La Mission demande l'adoption d'une résolution parlementaire « condamnant le port du voile intégral comme contraire aux valeurs de la République² ».

Professeur émérite de la chaire d'Histoire et sociologie de la laïcité à l'École pratique des hautes études, nous avons été auditionné le 21 octobre 2009. La première partie de ce texte reproduit notre intervention et commente le débat qui l'a suivie. En effet, cela constitue un exemple de la façon dont un universitaire tente d'explicitier ses recherches, tout en prenant position, puisque c'est ce qu'on lui demande³. La seconde partie du texte examine d'autres auditions qui concernent la laïcité, et émet l'hypothèse d'une représentation de celle-ci qui la rapproche de la religion civile.

-
1. Le groupe socialiste n'assistait pas à cette séance, non pour marquer un désaccord avec le contenu du rapport, mais parce que le gouvernement avait lancé un débat, piégé à ses yeux, sur l'identité nationale et que le « patron » de l'UMP J.-F. Copé avait pris une initiative, qui court-circuitait en partie le travail de la Mission, pour faire voter une loi interdisant le voile intégral dans l'espace public.
 2. Rapport d'information fait au nom de la Mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national n° 2262 déposé le 26 janvier 2010, p. 203.
 3. Cette situation existe dans de nombreux cas de figure, elle est particulièrement sensible quand on travaille dans des domaines « chauds ». Nous l'avons déjà vécue lors de la Commission Stasi en 2003 (cf. Baubérot, 2011).

◆ UN HISTORIEN-SOCIOLOGUE DE LA LAÏCITÉ FACE AU PROBLÈME SOCIAL DU VOILE INTÉGRAL

Voici donc le texte de notre intervention devant la Mission⁴ :

« Je voudrais d'abord vous remercier de m'avoir invité à m'exprimer devant vous. Comme vous avez pu le lire sur mon curriculum vitae, je suis historien et sociologue de la laïcité et, précision qui ne figure pas sur le cv, j'ai fondé la première (et à ce jour unique) chaire de l'enseignement supérieur consacrée à ce sujet. Cela me conduit à étudier, entre autres, les relations entre politique et religion, les représentations sociales et leurs significations symboliques, dans une perspective sociologique et historique. L'histoire n'étant pas seulement l'étude du passé, mais de l'historicité d'une société, des traces historiques présentes dans l'aujourd'hui et des changements qui s'opèrent dans le temps. L'historien s'intéresse aussi au devenir social. Mon propos consistera donc à vous donner une position citoyenne, fondée sur un savoir universitaire, malheureusement forcément très allusif dans le temps imparti.

Votre Commission travaille sur un sujet complexe, qui met en jeu de nombreux éléments. Le savoir disponible sur le voile intégral montre que celles qui le choisissent le relie à une contestation, une prise de distance maximale, un refus de la société. Une société qui refuserait d'être critiquée ne serait plus démocratique, pour autant le voile intégral n'est certainement pas la bonne manière de mener une mise en question. Partons d'un constat : le port du voile intégral provient de plusieurs raisons, conjointes ou non :

- il peut signifier, explicitement ou implicitement, que la société est ressentie comme une menace, dont il faut se protéger au maximum ;
- il peut constituer une façon d'affirmer, avec une visibilité hypertrophiée, une identité radicale face à ce qui est perçu comme une uniformisation sociale, un primat de la logique de l'équivalence sur des valeurs morales et religieuses ;
- il peut manifester une volonté de « retour aux origines », liée à une lecture littéraliste de textes sacrés, séparer le « pur », c'est-à-dire ceux qui seraient les vrais croyants, et « l'impur », l'ensemble de la société ;
- il peut également être une manière extrême de retourner un stigmate face à des discriminations ressenties ;
- puisque le voile intégral est un vêtement de femmes (des hommes ayant d'autres signes distinctifs), il conteste le fait que, dans les sociétés démocratiques modernes, les rôles masculins et féminins doivent être interchangeables ;
- il refuse radicalement ce qui apparaît comme l'hypersexualisation de la femme liée à la communication de masse, à l'importance de la marchandisation dans les sociétés modernes.

Ces dernières raisons sont sans doute encore plus importantes quand le voile intégral est subi. Mais, même choisi, le voile intégral se fourvoie. Ainsi, un refus du risque d'uniformisation sociale conduit, là, à porter un uniforme intégral. Cela est fort différent du fait de manifester son identité par tel ou tel signe : par le port du voile

4. Publiée dans le Rapport d'information fait au nom de la Mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national (p. 423-426). Elle fut précédée d'une assez longue introduction du député Gerin (*ibid.*, p. 422-423) qui tentait de relativiser à l'avance la position supposée de l'intervenant, en exposant des « dérives attestées dans toutes les sphères de la société » auxquelles la Mission devait « mettre le holà ».

intégral, on englobe sa personne dans une seule identité, on gomme, autant que faire se peut, ses autres caractéristiques personnelles, on efface son individualité.

Plusieurs personnes que vous avez auditionnées ont insisté, à juste titre, sur l'importance du visage. Le visage est une présentation de soi à autrui, une façon de conjuguer l'appartenance à la société, la relation à l'autre et l'individualité. Pour autant le voile intégral n'est pas la seule dérive allant dans ce sens. Ainsi l'addiction au virtuel peut être considérée de manière assez analogue. De même l'hypertrophie accordée par certains aux "racines" permet une séparation symbolique avec d'autres peuples engagés avec nous dans la construction de l'avenir. Par ailleurs, le souci de la pureté se manifeste aujourd'hui de façons multiples, dans diverses croyances religieuses et non religieuses. Une certaine façon de mettre en avant la laïcité participe même de cette logique. Et, vous le savez, le refus d'accorder aux femmes les mêmes possibilités de rôles sociaux qu'aux hommes, est l'objet de nombreuses stratégies souvent implicites et subtiles, d'autant plus efficaces. La recherche souvent exacerbée de l'identité, le désir parfois quasi obsessionnel de purification sont des réponses, qui aboutissent à des impasses, voire à des caricatures de ce que l'on prétend combattre. Il s'agit donc de fausses réponses à des difficultés, voire des souffrances réelles rencontrées par beaucoup de personnes dans la société d'aujourd'hui. Le voile intégral en est un signe particulièrement visible, mais très minoritaire.

La laïcité est régulièrement invoquée face au voile intégral. Les exigences de laïcité sont, en fait, très différentes suivant les secteurs de la société. Permettez-moi d'effectuer brièvement quelques rappels qui, indirectement ou directement, concernent notre sujet.

La première, et la plus forte exigence de laïcité, concerne la République elle-même, qui doit être indépendante des "religions et des convictions" philosophiques particulières, n'en officialiser aucune, assurer la liberté de conscience et l'égalité dans l'exercice du culte. L'application de ces principes connaît toutefois, en France, certaines dérogations. Ainsi, en Alsace-Moselle, malgré l'article 2 de la loi de 1905, il existe trois "cultes reconnus" : catholicisme, judaïsme, protestantisme. Les lois de séparation elles-mêmes, votées de 1905 à 1908, prévoient une mise en pratique accommodante, puisque (entre autres) elles autorisent la mise à disposition gratuite et l'entretien d'édifices du culte existant alors. Mais l'islam n'était pas présent dans l'hexagone à cette époque. Et, sans intention discriminatrice, la République peine pourtant à réaliser l'égalité entre religions, au détriment de l'islam. Malgré certains progrès, elle est encore loin d'y parvenir.

La seconde exigence de laïcité concerne les institutions où des actes de prosélytisme ne sont pas autorisés. Dans son Avis de 1989, le Conseil d'État interdisait un port ostentatoire de signes religieux à l'école publique qui serait lié à des manifestations de prosélytisme, mais tolérait un port ne s'accompagnant pas de comportements perturbateurs⁵. La loi de mars 2004⁶ est allée plus loin, pour l'enseignement primaire et secondaire, mais – significativement – pas pour l'université où les personnes sont majeures. Elle a donc introduit une dérogation, dont les effets se sont avérés ambivalents puisque

5. Conseil d'État, 27 novembre 1989, *Avis portant sur la question de savoir si le port de signes d'appartenance à une communauté religieuse est ou non compatible avec le principe de laïcité*, Assemblée générale (section de l'intérieur), n° 346893.

6. *Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*, JO n° 65 du 17 mars 2004, p. 5190.

cela a notamment induit un processus de création d'écoles privées à "caractère propre" musulman. On peut être attaché à la liberté (républicaine) de l'enseignement et s'interroger sur les conséquences paradoxales d'une loi "de laïcité" dont un des effets consiste à favoriser l'enseignement privé confessionnel. Cela montre en tout cas que les conséquences d'une loi ne sont jamais univoques et que certaines n'ont pas été, sur le moment, forcément totalement prévues.

Un troisième secteur de la société est l'espace public de la société civile, qui est à la fois un prolongement de la sphère privée et un lieu de débat, de pluralisme, de grande diversité d'expressions. Là, l'exigence principale de la laïcité consiste à assurer la liberté. Liberté et pluralisme dont nous avons une conception plus large qu'il y a 50 ans.

Est-ce à dire, pour autant qu'il n'y ait aucune exigence de laïcité dans cet espace public de la société civile, et dans la sphère privée? Je ne le pense pas. Le préambule de la Constitution donne les principes qui forment l'idéal de notre république, parmi lesquels l'égalité des sexes. Chacun sait bien qu'il y a une distance entre réalité idéale et réalité empirique. L'objectif consiste à agir sans cesse pour réduire cette distance. Comment le faire? Il est nécessaire d'opérer une distinction entre l'irréversible et le réversible.

L'irréversible atteint l'individu dans sa chair, dans son être même. Il induit une sorte de destin. La puissance publique doit empêcher, autant que faire se peut, l'irréversible de se produire pour que les individus qui le subiraient ne se trouvent pas marqués à vie, pour qu'ils puissent avoir librement des choix personnels. L'excision constitue un exemple-type d'irréversible. La loi peut contraindre et réprimer. Pour le réversible, le respect de la liberté individuelle est une priorité, priorité limitée seulement par un trouble manifeste à l'ordre public démocratique ou par une atteinte fondamentale aux droits d'autrui. Le réversible, concerne l'extérieur de la personne : ainsi, quelque couverte ou découverte qu'elle soit, il s'agit non pas d'elle-même mais d'une image qu'elle donne à voir à un moment précis. Les vêtements, on les met et on les ôte, ils ne vous collent pas à la peau. On peut changer d'avis et décider de se vêtir autrement si l'on est convaincu que ce changement est souhaitable.

Depuis longtemps, la sagesse des nations a émis un constat d'une portée sociologique indéniable : "L'habit ne fait pas le moine." Cela nous invite à ne pas nous montrer mimétiques : ce n'est pas parce qu'une personne s'enferme dans un uniforme intégral, qu'il s'agisse d'une carmélite ou d'une musulmane, qu'il faut porter sur elle un regard identique, un regard qui dissoudrait son individualité dans son uniforme, sa tenue. Il faut, au contraire, séparer son être et son paraître. Il faut agir avec la conviction que, comme toute personne humaine, elle possède de multiples facettes, et peut activer celles que, pour une raison ou une autre, elle met actuellement sous le boisseau. Et, comme au billard, cet objectif ne s'atteint pas en ligne droite.

Entre le permis et l'interdit, il existe le toléré, où l'on combat par la conviction et l'exemplarité, où l'on agit au cas par cas, pour veiller à ne pas être, à terme, contre-productif. Pour ce qui est réversible, réglementer, quand certaines nécessités de la vie publique l'exigent, est beaucoup plus approprié que légiférer. Améliorer le dispositif social pour lutter contre des tenues subies est également important.

Mais une loi qui conduirait celles qui subissent le port du voile intégral à ne plus pouvoir se déplacer dans l'espace public induirait une situation pire que la situation actuelle. Et, pour le voile intégral choisi, contraindre irait le plus souvent à l'encontre

de convaincre, or il s'agit essentiellement de convaincre. Pour ceux qui veulent convaincre et sont bien placés pour le faire, je pense notamment à l'immense majorité de nos concitoyens musulmans opposés au voile intégral, le pouvoir coercitif de la loi risquerait fort de se révéler un allié désastreux. N'étant pas comprise, s'ajoutant à une situation la plupart du temps difficile, cette coercition augmenterait fortement un ressenti victimaire, dont nous savons qu'il a, par ailleurs, ses raisons.

Ce ressenti victimaire, et c'est là une raison fondamentale d'être à la fois résolument contre le voile intégral et contre une loi, dépasserait très largement le petit nombre de celles et ceux qui sont favorables au port de cette tenue. Il faut se montrer très attentif au fait qu'une éventuelle loi serait la seconde loi qui, au niveau du symbolique, quoique l'on en dise, semblerait viser l'islam, même si ce n'est pas du tout ce que vous souhaitez faire. Une telle dynamique législative créerait un engrenage dont il serait très difficile ensuite de se défaire. L'idée fautive qu'une société laïque est « antimusulmane » se renforcerait auprès de beaucoup de musulmans, et notamment de musulmanes aujourd'hui opposées au port du voile intégral. Inversement, les éléments antimusulmans de la société française ne se priveraient pas d'y voir un encouragement et de donner une interprétation extensive de cette nouvelle loi, comme certains l'ont déjà fait, malheureusement, pour la loi de 2004. La spirale infernale de la stigmatisation, des discriminations au prénom ou au faciès, et de la radicalisation manifesterait que rien n'est résolu, au contraire. Une troisième loi apparaîtrait à ce moment indispensable à certains. Mais cela ne ferait qu'empirer les choses. Alors une quatrième loi serait réclamée...

Un tel scénario catastrophe n'a rien d'invraisemblable. Il s'est déjà produit, juste après l'affaire Dreyfus, avec la lutte anticongréganiste. Radicalisant les positions en présence, chaque mesure en appelait une autre plus forte. Ce combat se prévalait des valeurs de la République, de la défense de la liberté, de l'émancipation citoyenne. Les colloques qui ont eu lieu cent ans après ces événements montrent que le jugement des historiens, quelle que soient leurs orientations par ailleurs, est tout à fait différent. Ce désir de "laïcité intégrale", c'est ainsi qu'on la nommait à l'époque, risquait d'entraîner la République à sa perte et ne pouvait avoir des résultats émancipateurs. Et les historiens ont loué Aristide Briand d'avoir changé le cap, d'avoir rétabli une laïcité "de sang-froid".

La "laïcité roseau" est plus solide qu'il n'y paraît, plus apte à affronter des tempêtes qu'une pseudo "laïcité chêne", qui séduira par son aspect massif, alors que cet aspect constitue précisément sa faiblesse. Déjà, d'après le travail de terrain que j'ai pu effectuer, la nomination d'une Commission, dont le titre cible uniquement le problème du voile intégral, a rendu plus difficile son désaveu par des musulmans. Elle a engendré un effet systémique où se manifeste parfois une solidarité entre victimes. Elle a, enfin, alimenté des craintes de rejet. Certes, votre Commission aura sans doute à cœur de proposer des mesures plus générales mais le précédent de la Commission Stasi, et la déception de certains de ses membres face à la suite unilatérale qui lui a été donnée, peuvent faire redouter une fâcheuse répétition. Certains ne manqueront pas de dire qu'il aurait été plus utile de rechercher la réalisation des propositions de la Commission Stasi que de les oublier et de se focaliser sur la seule question du voile intégral.

Pour renforcer la relation de confiance qui doit exister entre la République et ses citoyens musulmans, pour isoler l'extrémisme et, ainsi mieux le combattre, il

me semble que vous devriez, dès maintenant, prendre l'initiative audacieuse de transformer votre Commission en Commission de réflexion sur l'ensemble des problèmes liés à la diversité de la société française. Si cette diversité n'est pas un fait totalement nouveau, son ampleur est le signe d'une mutation de notre société, comme d'ailleurs d'autres sociétés démocratiques modernes, dans un contexte international troublé. Il n'est pas surprenant que cela s'accompagne de tensions, de tâtonnements, d'incertitudes et même de craintes.
Aux représentants de la Nation de tracer des voies d'avenir. »

Cette intervention tentait d'attirer l'attention de la Mission sur les résultats du « savoir disponible⁷ » sur le port du voile intégral, les interactions qui peuvent exister entre la société globale et les personnes qui la contestent au moyen de cette tenue. Elle visait aussi à distinguer les différences d'exigences qui pouvaient être requises au nom du principe de laïcité dans différents champs sociaux. En particulier, elle ne ratifiait pas l'idée selon laquelle ce principe ne pouvait générer aucun interdit dans l'espace public et dans l'espace privé : une distinction se trouvait faite entre « irréversible » et « réversible ».

La discussion qui suivit cet exposé⁸ n'aborda aucun de ces sujets de façon précise. L'échange s'avéra parfois vif : des parlementaires mirent en cause le « discours » tenu, considéré comme « totalement décalé par rapport à la réalité » (Myard, UMP⁹), exprimant la « vision d'une laïcité de circonstance » au lieu de considérer la laïcité comme un « principe inviolable » (Forgues, PS). Notre réponse insista sur la « démarche de connaissance [...] difficilement acceptée en France » en matière de laïcité » et le « problème qui se pose dans la réalité [...] : déterminer la meilleure stratégie ». À l'adresse indirecte du président de la Mission, il fut déclaré que « les staliniens de naguère » prouvaient que les individus étaient susceptibles de changer : « Il est heureux à cet égard que la France ait refusé toute loi d'inspiration maccarthyste. » Quelques questions de fond furent également posées, comme celle de George Pau-Langevin (PS) sur les « accommodements raisonnables ».

◆ UNE MISSION DANS LA PERSPECTIVE D'UNE RELIGION CIVILE ?

La Mission avait débuté ses travaux en estimant qu'elle allait rédiger une nouvelle loi sur la laïcité, dans la suite de la loi du 15 mars 2004 précitée, dite « loi de laïcité », interdisant aux élèves le port de signes ostensibles à l'école publique. Lors de la première séance (8 juillet 2009), le président Gerin distribue aux membres de la Mission le rapport de la « Commission Stasi », qui a précédé et légitimé la loi de 2004, et affirme qu'il dirigera les travaux « dans le même esprit que l'a été la mission conduite par M. Bernard Stasi¹⁰ ». Cependant, le 9 septembre, alors que

7. Notamment des recherches d'Agnès de Féo et de Maryam Borghée.

8. Rapport d'information fait au nom de la Mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national (p. 427-433).

9. Il précise : « C'est moi qui me sens stigmatisé quand je rencontre des femmes voilées dans la rue. »

10. Rapport d'information fait au nom de la Mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national (p. 271). Voir également STASI, 2004.

les premiers auditionnés ont été des personnes favorables à une loi, Jean Glavany (PS) demande « un éclairage juridique¹¹ ».

Un mois plus tard (7 octobre) la première audition d'un juriste a lieu. Il s'agit, sans doute pas par hasard, du conseiller d'État Rémi Schwartz, ancien rapporteur de la Commission Stasi. Gerin l'invite à relater « l'expérience » de cette Commission, et à comparer les situations. Schwartz indique que celles-ci sont très différentes : en effet, à la différence de l'école, « dans l'espace public [...] la liberté est le principe et la restriction, sans parler de l'interdiction, est l'exception ». Des députés sont déçus : pour eux, le « respect de la laïcité » justifie semblable interdiction. Il s'en suit un vif échange entre Myard et Schwartz. Le premier rappelle que, dans la pièce de Giraudoux, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, le juriconsulte consulté change son interprétation « sous la menace ». Schwartz lui répond en le mettant au défi d'exercer des menaces auprès du Conseil d'État « pour obtenir une décision favorable¹² ».

Quatre autres juristes seront ensuite auditionnés¹³. Les deux premiers estiment que l'on ne peut rédiger une loi interdisant le voile intégral dans l'espace public ; les deux derniers pensent que cela est possible. Tous affirment que la laïcité n'est pas un motif envisageable : « Les individus, le corps social et l'espace public » ne sont pas soumis au « principe de laïcité » déclare Bertrand Mathieu¹⁴, et Anne Levade va même jusqu'à dire : « La laïcité de l'État se justifie par le respect de la liberté de conscience des personnes privées – et on pourrait donc même considérer que le principe de laïcité implique d'autoriser les manifestations de cette liberté¹⁵. » Pour ces juristes, la « dignité de la femme » n'apparaît pas non plus comme un motif légitime. « C'est même plutôt le contraire, affirme Denys de Béchillon, c'est la volonté de la personne qui compte, en dernière analyse¹⁶. » Et Guy Carcassonne confirme : la dignité est « un principe opposable au législateur, mais que le législateur ne peut opposer aux citoyens¹⁷ ».

Fait intéressant, même les deux juristes favorables à une loi d'interdiction doivent affronter des députés qui invoquent la laïcité et/ou la dignité de la femme, et se montrent déçus qu'on leur propose « l'ordre et la sécurité publique » comme seul motif possible. Ainsi, Bertrand Mathieu se voit reprocher d'être « prisonnier des constructions juridiques et juridictionnelles existantes » (Myard), d'être un « intellectuel », proposant « une loi *a minima* », ce qui est un « renoncement » (Forgues), « ne résout rien » (Poletti, UMP), car « une loi à caractère très spécifique (est) souvent une mauvaise loi » (Perruchot, Nouveau Centre). De même Françoise Hostallier (UMP) invoque le « principe de laïcité » et de « dignité », trouvant insuffisante une loi « fondée sur la sécurité publique ». Mathieu s'étonne : « Je ne

11. *Ibid.*, p. 330.

12. *Ibid.*, p. 386-387.

13. D. de Béchillon (14 octobre) ; A. Levade (18 novembre) ; B. Mathieu et G. Carcassonne (25 novembre).

14. Rapport d'information fait au nom de la Mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national (p. 547).

15. *Ibid.*, p. 522.

16. *Ibid.*, p. 416.

17. *Ibid.*, p. 554.

pensais pas être invité devant votre mission pour faire œuvre d'imagination, mais pour donner un point de vue juridique¹⁸. »

Cet étonnement poli s'explique sans doute car, auditionné par une Mission d'information, ce juriste ne s'attendait pas à des propos aussi engagés. La Mission s'était-elle donnée pour objectif d'éprouver, par ses critiques, la validité des exposés de ses interlocuteurs ? La tonalité des débats lors des diverses interventions montre que tel n'a pas été le cas. Ainsi le 9 septembre, l'audition de Sihem Habchi, présidente de l'association *Ni putes ni soumises*, opposant, de façon très militante, la burqa, la République et la laïcité, est suivie d'une série de remerciements¹⁹ : on loue « cet exposé lucide, courageux, éclairant et riche en émotion » (Gerin), ces « prises de position claires et fermes » (Luca, UMP), ces propos qui « nous ont touchés » (Myard), ce « témoignage bouleversant [...] très précieux » (Forgues), etc. Seuls deux des neuf interventions manifestent une orientation différente²⁰ : Pierre Cardo (UMP) estime les propos de certains de ses collègues « excessifs » et se demande s'il n'existe pas certaines situations sociales favorisant les idées « d'acteurs intégristes ». Quant à Sandrine Mazetier²¹ (PS) elle manifeste son désaccord avec l'idée que la circulaire Jospin de 1989 « ait encouragé la propagation des voiles²² ».

L'intervention suivante, celle d'Elisabeth Badinter, également très militante, suscite encore plus de remarques admiratives²³. Ces constats pourraient être généralisés : même si la Mission parlementaire n'adopte pas une position unique, dès le départ elle ne se comporte guère comme une Mission d'information. Ce constat est corroboré par l'examen des auditions de responsables d'organisations laïques, que nous avons déjà étudiées ailleurs (Baubérot et Milot, 2011, p. 301-306). Ceux-ci se montrent divisés sur la nécessité d'une loi²⁴, alors que le rapport peut faire croire qu'ils ont été unanimes. Le choix unilatéral des citations²⁵ permet d'opposer une laïcité philosophique à la laïcité comme dispositif juridique.

Le rapport admet que cette dernière constitue « un fondement inopérant », pour deux raisons. D'abord « le principe de laïcité ne saurait prévaloir dans la totalité de l'espace public [...] : la laïcité est source d'obligation pesant sur l'État [...] et non

18. *Ibid.*, p. 549-553.

19. Sur ces interventions, *ibid.*, p. 324-332.

20. Une dixième intervention est celle du député Glavany demandant l'audition de juristes (cf. *supra*)

21. Mazetier est une des rares membres de la Mission qui exprime, à différentes reprises, un point de vue qui s'écarte du discours dominant. Peu après, elle mettra en cause l'attitude de ses collègues hommes à l'égard des députés femmes : « À l'Assemblée [nationale] règne une forme de paternalisme, d'infantilisation des femmes que je n'avais jamais rencontrée auparavant », *Le Parisien*, 30 mai 2011.

22. Habchi répond à Mazetier que sa position montre sa « méconnaissance de la situation sur le terrain » (Rapport d'information fait au nom de la Mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, p. 328).

23. *Ibid.*, p. 336-340.

24. Mazetier le souligne : elle trouve « intéressant que les associations laïques aient des approches aussi claires et aussi divergentes sur cette question » (*ibid.*, p. 349). À part le Grand Orient, les grandes associations laïques historiques se prononcent contre une loi. À l'opposé les associations qui s'y montrent favorables ont été créées, en général, après 1989 et la première « affaire du foulard ».

25. Ou, plus subtilement, une brève citation est faite de l'audition de Marc Blondel, président de la Fédération nationale de la libre pensée et opposé à une loi, dans le passage concernant la laïcité juridique (*ibid.*, p. 174), alors que les nombreuses citations de représentants d'associations laïques favorables à une loi prennent place dans la partie où le voile intégral est opposé à une laïcité philosophique (*ibid.*, p. 87-95).

pas sur les particuliers ». Ensuite, « légiférer au nom de la laïcité reviendrait à considérer le voile intégral comme un signe religieux. Dans ces conditions l'on voit mal pourquoi, au nom du principe de laïcité, seul le port du voile intégral serait prohibé dans l'espace public ». Logiquement, le premier argument devrait rendre le second inutile. Celui-ci n'en est pas moins très intéressant. D'un côté, la Mission ne considère pas le voile intégral comme un signe religieux. De l'autre, elle estime que le voile intégral est « l'étendard d'un projet [...] porté par la nébuleuse salafiste, [...] mouvement musulman intégriste, œuvrant [...] à la réislamisation des populations d'origine musulmane²⁶ ». Le voile intégral apparaît donc non religieux quand cela arrange la Mission, et religieux le reste du temps²⁷.

Si juridiquement, la laïcité ne peut constituer un motif d'interdiction, pour la Mission le « principe de laïcité » se trouve cependant « en lisière du débat », car il s'agit d'« un principe qui oblige l'État mais aussi les citoyens²⁸ ». Le rapport cite Patrice Billaud, vice-président du Grand Orient de France : « Dans l'espace public, la liberté individuelle doit s'exprimer dans les limites culturelles de la communauté nationale à une période donnée²⁹. » Outre les problèmes épistémologiques liés à une telle affirmation (qui définit ces limites? Comment changent-elles s'il est illégal de les transgresser?), celle-ci s'oppose frontalement aux propos sur la laïcité tenus par les juristes. Selon ces derniers, la laïcité oblige l'État à la neutralité, sans l'imposer aux citoyens évoluant dans l'espace public.

C'est donc au nom d'une « atteinte à la laïcité au sens philosophique du terme plus qu'au sens juridique » que le voile intégral se trouve condamné³⁰, et que la majorité de la Mission voudrait l'interdire. Le rapport cite Hubert Sage, représentant l'Association des libres-penseurs de France³¹ : « L'interdiction du voile intégral ne doit pas seulement relever d'un impératif de sécurité publique [...] mais doit être prononcé au nom de notre ordre public laïc³². » Cela revient à prétendre que le dispositif juridique de la laïcité en France n'est pas fondé sur des théories relevant de la philosophie politique. Telle n'est pas la position du conseil d'État qui situe la juridiction laïque française dans la filiation de John Locke³³, ce que confirment des juristes (Agiar-Cabanes, 2006). D'autre part, il faut rappeler qu'un amendement voulant interdire le port de vêtements ecclésiastiques dans l'espace public

26. *Ibid.*, p. 56.

27. La Mission développe sur plusieurs pages l'aspect religieux du salafisme et prétend ensuite que le Conseil européen de la *fatwa* diffuse « des thèses salafistes en encourageant le port du voile intégral » : est citée comme preuve la *fatwa* n° 6, qui « présente le port du foulard ou du voile simple (*khimâr* ou *hidjab*) comme une obligation religieuse » (*ibid.*, p. 63). Bel exemple d'amalgame alors même que la Mission reconnaît que « le port du foulard islamique et du voile intégral renvoient à des problématiques distinctes » (*ibid.*, p. 90)!

28. *Ibid.*, p. 87 et suivantes.

29. *Ibid.*, p. 89.

30. *Ibid.*, p. 93.

31. Il s'agit d'une petite association nettement moins importante que la Fédération nationale de la Libre pensée. Nous l'avons vue plus haut, la position du représentant de cette dernière est évoquée dans la partie consacrée à la laïcité juridique, alors que ces deux personnalités ont été toutes deux auditionnées dans le cadre d'une « table ronde réunissant les associations laïques » (*ibid.*, p. 341 et suivantes)... qui ne comprenait cependant pas la plus importante d'entre elles, la Ligue de l'enseignement. Celle-ci obtint néanmoins d'être auditionnée plus tard (*ibid.*, p. 440 et suivantes).

32. *Ibid.*, p. 94. À noter que le rapport devrait écrire « laïque » et non « laïc » (Fiala, 1991).

33. Conseil d'État, 2004, p. 393.

fut rejeté lors de l'élaboration de la loi de 1905. Briand avait alors invoqué le lien entre laïcité et liberté (Baubérot, 2012, p. 185 et suivantes). Enfin, de façon plus générale, le professeur de droit Pierre-Henri Prétot (2011, p. 25-46) montre que la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public est contraire aussi bien à l'esprit qu'à la lettre de la loi de séparation de 1905.

La représentation dominante de la laïcité véhiculée par le rapport l'éloigne de la laïcité historique dominante et du dispositif juridique laïque que celle-ci a induit. Les matériaux que nous avons donnés, l'opposition faite entre une laïcité philosophique et une laïcité juridique notamment³⁴, montrent qu'elle se rattache plutôt à la notion de religion civile. Son principal théoricien, Robert Bellah relie celle-ci à l'idéologie républicaine : « Une république doit tenter [...] de susciter l'engagement éthique de ses citoyens. » Elle fait donc « émerger une symbolisation de l'ordre ultime de l'existence dans lequel les valeurs républicaines [...] prennent sens ». Bellah précise qu'il existe deux types de religion civile : « Celle où la symbolisation peut n'être rien de plus que le culte de la république elle-même » ou celle qui entretient « le culte d'une réalité plus haute, qui soutient les normes que la république tente d'incarner » (Bellah, 1980, p. 13). Et Olivier Ihl confirme cette possibilité car, indique-t-il, « le contenu en l'espèce importe moins que la fonction. Il s'agit de sacrifier l'être ensemble collectif, les fondements ultimes de l'ordre social » et d'établir ainsi « un substitut au dispositif religieux » (Ihl, 1996, p. 44 et suivantes).

Être un véritable citoyen, selon Claude Nicolet, analysant « l'idée républicaine » dans l'optique implicite de la religion civile (Baubérot, 2004, p. 68 et suivantes), implique « l'adhésion à un consensus, une profession de foi incompatible avec certains engagements ou certaines doctrines » (Nicolet, 1982, p. 371). Et comme on ne peut sonder les reins et les cœurs, c'est la visibilité de ces doctrines par l'habit, qui est pourchassée³⁵. L'habit devient le symbole d'une allégeance soit citoyenne soit autre que citoyenne. Le titre même du rapport de la Mission : « Voile intégral : le refus de la République » va dans ce sens. Si la république américaine tend à mettre en avant le second type de religion civile, la république française peut emprunter au second, dans la filiation du Jacobinisme révolutionnaire. Pour Ihl, la question de la religion civile se trouve à l'arrière fond de l'établissement de la Troisième République (Ihl, 1996, p. 39-87). Mais des laïques convaincus comme l'antijacobin Jules Ferry l'ont combattue³⁶ et elle ne s'est véritablement reliée à la laïcité que pendant la brève période de 1901-1904, suite à l'Affaire Dreyfus.

La loi de 1905 a rompu avec l'optique de la religion civile. Nous l'avons déjà indiqué (Baubérot et Milot, 2011, p. 259-279) : une perspective (implicite)

34. Le rapport a un raisonnement équivalent dans sa représentation de la « dignité » : une sorte de dignité philosophique (définie par les représentants de l'État?) serait atteinte, alors même que la dignité ne pourrait pas être invoquée juridiquement.

35. Le rapport cite E. Badinter pour qui, le port du voile intégral va contre la « liberté d'habillement » qui « proclame en creux la liberté des droits : le droit à une sexualité libre, le droit de ne pas être vierge quand on arrive au mariage et de n'avoir de comptes à rendre à personne » (Rapport d'information fait au nom de la Mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, p. 97).

36. Cela conduisait Déroulède à prétendre que Ferry « a l'athéisme de la patrie » (IHL, 1996, p. 83).

de religion civile prolongeait indéfiniment le conflit des « Deux France » par l'instauration d'une laïcité exclusive du catholicisme. Or les fondateurs des lois laïques les considéraient comme « destinées à vivre avec le pays [...] à faire partie de son patrimoine³⁷ ». Une laïcité patrimoniale devait inclure les catholiques et prendre ses distances avec la religion civile. Mais aujourd'hui une référence patrimoniale (à des « racines » judéo-chrétienne) et la volonté d'imposer une sorte de religion civile aux immigrés et leurs descendants peuvent aller de pair. C'est peut-être pourquoi la laïcité historique juridiquement dominante fut, selon le titre de l'étude d'Isabelle Agier-Cabanes (2006), « une exception libérale dans le modèle français » alors que Blandine Chelini-Pont peut aujourd'hui poser la question : « *Is laïcité the civil religion of France?* » (Chelini-Pont, 2010).

.....

BIBLIOGRAPHIE

- AGIER-CABANES I., « La laïcité, exception libérale dans le modèle français », *Cosmopolitiques*, 2006, 16, p. 133-144.
- BAUBÉROT J., *Laïcité 1905-2005, entre passion et raison*, Paris, Le Seuil, 2004.
- BAUBÉROT J., « L'acteur et le sociologue. La Commission Stasi », in NAUDIER D. et SIMONET M. (dir.), *Des sociologues sans qualités? Pratiques de recherches et engagements*, Paris, La Découverte, 2011, p. 101-116.
- BAUBÉROT J., *La laïcité falsifiée*, Paris, La Découverte, 2012.
- BAUBÉROT J. et MILOT M., *Laïcités sans frontières*, Paris, Le Seuil, 2011.
- BELLAH R. N., « Religion and the Legitimation of the American Republic », in BELLAH R. N. et HAMMOND Ph. E., *Varieties of Civil Religion*, San Francisco, Harper and Row, 1980.
- CHELINI-PONT B., « *Is laïcité the civil religion of France?* », *The George Washington International Law Review*, avril 2010, p. 765-815.
- Conseil d'État, *Un siècle de laïcité*, Paris, La documentation française, 2004.
- FIALA P., « Les termes de la laïcité. Différenciation morphologique et conflits sémantiques », *Mots. Les langages du politique*, juin 1991, 27, p. 41-57.
- IHL O., *La Fête républicaine*, Paris, Gallimard, 1996.
- NICOLET C., *L'Idée républicaine en France (1789-1924). Essai d'histoire critique*, Paris, Gallimard, 1982.
- PRELOT P.-H., « Les signes religieux et la loi de 1905. Essai d'interprétation de la loi portant interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public à la lumière du droit français des activités religieuses », *Société, Droit et Religion*, Paris, CNRS Éditions, février 2011, p. 25-46.
- STASI B. (dir.), *Laïcité et République*, Paris, La Documentation française, 2004.

37. Selon les termes de la circulaire d'application de la loi du 28 mars 1882 laïcisant l'école publique (cf. BAUBÉROT et MILOT, 2011, p. 259)

DOMINIQUE SCHNAPPER

.....

Le port du voile intégral en France : une épreuve pour l'ordre démocratique

L'apparition du voile intégral, étranger aux Français musulmans d'origine maghrébine, a suscité en France, mais aussi dans d'autres pays européens (Pays-Bas, Suède, Belgique, Italie...) émotion, débat public et, éventuellement, adoption d'une loi d'interdiction. On peut traiter du problème en termes politiques : fallait-il prendre une loi pour interdire la burqa, faut-il la tolérer comme d'autres fantaisies vestimentaires ? Est-elle le signe d'une « poussée » fondamentaliste, d'une « stratégie de grignotage » (témoignage d'Abdelwahab Meddeb devant la Commission d'enquête sur la pratique de la burqa ou du niqab sur le territoire national¹) qui consiste à arracher à la société européenne des revendications constantes conformes aux normes religieuses radicales et étrangères à la majorité de la population musulmane ? Ou est-ce un événement mineur qui sera absorbé par le phénomène progressif de l'intégration des populations d'origine étrangère ? L'interdiction par la loi ne conduira-t-elle pas à renforcer la conscience identitaire des musulmans, même s'ils ne sont pas personnellement favorables au voile intégral, rendant plus difficile cette intégration, en suscitant dans la majorité de la population l'amalgame entre islam et islamisme ?

On laissera de côté les interrogations qui concernent le bien-fondé d'une loi et les difficultés de son application pour analyser ce que la condamnation presque unanime – contrairement au voile islamique – de la burqa révèle des conceptions que nous partageons sur les valeurs et le destin de la démocratie, sur sa capacité à intégrer des populations de traditions lointaines. Qu'affirmons-nous lorsque nous refusons le port de la burqa ? Notre condamnation est-elle un obstacle au processus d'intégration des populations d'origine étrangère ?

Évacuons tout de suite le problème du nombre. De l'avis général, il est faible, un millier selon les estimations officielles, peut-être deux mille. C'est une donnée que

1. L'Assemblée nationale a voté la constitution d'une commission d'enquête sur la pratique de la burqa ou du niqab sur le territoire national qui s'est réunie entre juin 2009 et janvier 2010 et a procédé à l'audition de nombreuses personnalités pour éclairer le débat parlementaire. Les compte-rendus de ces auditions ont été publiés sur le site internet de l'Assemblée nationale : [www.assemblée-nationale.fr.]

les responsables politiques doivent prendre en compte lorsqu'ils adoptent telle ou telle disposition, comme ils doivent aussi prendre en compte la politique menée par certains groupes fondamentalistes dans une stratégie d'« islamisation rampante ». C'est là un problème politique. Je n'en discuterai pas ici, mais je voudrais analyser le sens symbolique de ce « vêtement » chez nous. La burqa nous heurte parce qu'elle remet en cause l'ordre symbolique de notre société.

◆ LE DROIT ET L'ORDRE PUBLIC

Partons du débat juridique, révélateur de notre conception de la démocratie et de nos valeurs communes, cristallisées en termes de droit selon la formule de Durkheim. Légiférer sur le port de la burqa est difficile puisque c'est un fait qui ne s'était jamais présenté auparavant et qu'aucun texte normatif n'avait prévu. On se retrouve pourtant dans une situation classique de conciliation de valeurs antagonistes. Il s'agit, en l'occasion, de concilier la liberté individuelle et notamment la liberté religieuse et la liberté d'aller et venir, d'un côté, le respect de l'ordre public, de l'autre. Sur la question du voile à l'école publique, le Conseil d'État avait apporté, en 1989², une réponse nuancée, si subtile que, de l'avis même de son ancien vice-président, elle n'avait pas permis de résoudre les problèmes tels qu'ils se posaient dans les établissements scolaires. Leurs responsables ont réclamé des instructions claires. Cette demande a conduit à la loi de 2004³ qui a résolu le problème. Ce précédent a sans doute inspiré la décision d'adopter en 2010 une loi d'interdiction du voile intégral⁴. Mais la burqa n'est pas le voile.

Au nom de quels arguments juridiques l'interdire⁵? Le principe de laïcité ne peut par lui-même justifier une interdiction totale. Il oblige les autorités publiques à respecter toutes les religions et à les traiter également en restant religieusement neutre. Mais il n'interdit pas aux personnes de manifester leurs convictions religieuses à partir du moment où ces dernières ne transgressent pas les normes imposées par les nécessités de l'ordre public. La laïcité ne peut donc pas être invoquée pour justifier en droit une interdiction totale de la burqa.

Peut-on, en revanche, la fonder sur l'idée de dignité humaine, non mentionnée par la Constitution, mais que le Conseil constitutionnel, dans sa décision sur la bioéthique de 1994 (DC 94-343 et DC 94-344 du 27 juillet 1994), a « extraite » de la première phrase du préambule de la Constitution de 1946 : « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que

2. Conseil d'État, 27 novembre 1989, *Avis portant sur la question de savoir si le port de signes d'appartenance à une communauté religieuse est ou non compatible avec le principe de laïcité*, Assemblée générale (section de l'intérieur), n° 346893.

3. Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, JO n° 65 du 17 mars 2004, p. 5190.

4. Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, JORF n° 0237 du 12 octobre 2010 p. 18344.

5. Je m'inspire dans ce développement d'un texte de réflexion que Jean-Éric Schoettl, conseiller d'État et ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel m'a transmis. Qu'il en soit ici remercié.

tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés? » Cela impliquerait que le port du voile intégral est toujours subi, que les femmes sont contraintes de le porter. Or, quelle que soit la vérité, quelle que soit la part de contrainte et de choix – ou de l'intériorisation de la contrainte transfigurée en choix –, nombre des femmes en question revendiquent le droit de le porter en arguant de leurs convictions religieuses. Même si nous pouvons penser que c'est là le produit d'une sujétion plus ou moins intériorisée, même si l'on peut penser que la majorité d'entre elles sont effectivement les victimes d'un ordre social tyrannique, à partir du moment où elles disent vouloir « librement » le porter, comment le droit démocratique pourrait-il intervenir? Sans doute la servitude volontaire est-elle encore de la servitude, mais au nom de quoi les juges pourraient-ils l'évaluer? Qu'ils appartiennent à des Cours nationales ou à des Cours européennes, ils répugnent à qualifier d'atteinte à la dignité humaine des conduites si la supposée « victime » se déclare consentante. Ils se refusent, au nom des droits-libertés, à imposer tout ce qui pourrait ressembler à un « ordre moral » qu'ils jugent contraire à la liberté des individus démocratiques.

L'interdiction ne peut donc se fonder que sur la notion d'ordre public au nom de laquelle, depuis la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, on admet des limitations à l'exercice des libertés : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, *pourvu que leur manifestation ne trouble par l'ordre public établi par la loi* » (article 10, mes italiques). Ces limitations ont été précisées à nouveau dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948, dont l'article 29 établit la légitimité de « la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui » et « les justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique ». Au cours de la dernière décennie, la notion juridique de l'« ordre public » assuré par la police administrative ne couvre plus seulement le triptyque classique, à savoir la sécurité, la salubrité et la tranquillité publique. Elle a été étendue à la « moralité publique », au « bon ordre public » à la « décence » ou aux « bonnes mœurs⁶ ». Cet « ordre public » non matériel pourrait être traduit dans le vocabulaire des anthropologues par « l'ordre symbolique ». Selon cet « ordre public », dans nos sociétés, on cache son sexe, on montre son visage... On peut plaider juridiquement que l'ordre public, dans ce sens large, est remis en cause par la dissimulation volontaire du visage des femmes. Les femmes sous la burqa voient les autres sans être vues par eux. Elles ne se donnent pas à voir comme elles-mêmes voient les autres. Le voile intégral interdit la réciprocité des échanges – par le regard ou par les paroles – entre les membres de la société démocratique indépendamment de leur sexe. Le principe de réciprocité qui est au fondement du social en tant que tel est ainsi ostensiblement bafoué.

6. Selon CHAPUS R., *Droit administratif général*, vol. 1, Paris, Montchrestin, 2001 (15^e éd.), la moralité publique serait la quatrième composante de la notion d'ordre public.

◆ LA MIXITÉ

Cela apparaît donc contradictoire avec les valeurs fondamentales de la société démocratique. La plus évidente, qui a été longuement développée par les personnes consultées par la Mission parlementaire, c'est l'égalité des hommes et des femmes. Ce sont les femmes qui sont dissimulées au regard des autres ; l'homme, qu'il s'agisse du père, du frère ou du mari impose réellement et symboliquement son droit sur la conduite de la femme. Les inégalités de fait selon le sexe qui subsistent dans nos sociétés, même si elles diminuent, ne sont pas du même ordre que la différence de statut fondamental qu'affirme le port de la burqa. Il ne s'agit pas d'une différence de degré mais de nature. Le voile intégral manifeste avec violence que les femmes ne peuvent participer à la vie sociale commune telle qu'elle se déroule dans la société ambiante et que tous les hommes sont soupçonnés de vouloir les agresser.

L'égalité entre les hommes et les femmes n'est que l'une des dimensions – même si c'est à la fois la plus immédiatement visible et sans doute la plus significative – d'un principe plus large qui fonde symboliquement l'ordre démocratique, à savoir la possibilité des échanges généralisés et égalitaires entre tous les membres de la société, quelle que soit leur origine, leur sexe ou leur condition sociale : tous peuvent se rencontrer, tous peuvent se parler, tous peuvent s'épouser. C'est un principe fondamental dans la mesure où il transpose dans l'ordre social la vocation universelle de la citoyenneté. Lorsque la citoyenneté est la source de la légitimité politique et du lien social, tous les individus ont un droit égal de participer aux institutions communes et d'entrer en relations avec les autres, avec tous les autres, en entretenant des relations réciproques et égalitaires. L'idée et l'idéal démocratiques impliquent que les diversités concrètes des individus historiques soient transcendées par la communauté des citoyens égaux, il s'ensuit que ces diversités tendent à s'affaiblir et que les individus ont vocation à constituer une société unique, où tous les échanges entre tous deviennent possibles et souhaitables. Cette possibilité – qui se traduit quotidiennement par le style égalitaire des relations interindividuelles – est liée aux fondements mêmes de la société démocratique. Puisque nous sommes tous égaux, la possibilité de toutes les formes d'échanges est inscrite dans les principes mêmes de notre organisation sociale.

Concrètement, relations professionnelles, activités de loisir, échanges quotidiens sont rendus impossibles par le retrait de la vie sociale auquel conduit le port de la burqa. La sociabilité courante est interdite. Les postes de travail impliquant des relations avec le public ou avec des collaborateurs et des collègues sont de plus en plus nombreux. Une femme recouverte d'un voile intégral ne peut pas aller à l'école chercher des enfants qui doivent être remis à des personnes précisément connues, ni partager de repas avec les autres, ni répondre aux divers contrôles d'identité liés à l'État providence et aux nécessités de l'ordre public, ni bénéficier des soins médicaux dans les établissements publics.

Nous savons bien que, dans les faits, nous n'entretenons de véritables échanges qu'avec ceux qui nous sont proches par la condition sociale, au sens large du terme. Les relations suivies ne s'établissent qu'entre ceux qui partagent une même situation

ou une même fidélité historique ou religieuse. Mais la *possibilité* d'échanger avec tous fait à ce point partie des valeurs démocratiques et de l'affirmation de l'égalité de tous ses membres que l'absence de relations qui semble traduire une différence essentielle entre des individus civilement, juridiquement et politiquement égaux suscite le scandale. On peut ne pas entretenir dans les faits des relations avec les autres, mais il est scandaleux que cela ne soit pas *possible*. Le rassemblement des riches dans certains espaces qu'ils choisissent paraît normal, mais la relégation des pauvres dans des quartiers qu'ils n'ont pas les moyens de quitter est indigne.

Ce n'est pas un hasard si la « mixité », sexuelle et sociale, est généralement célébrée. L'intériorisation des idées démocratiques donne de la valeur à l'idée de métissage et d'échange avec les autres. Dans une société qui ignore les différences de statut juridique et politique et proclame l'égalité de tous les individus, la valeur de la mixité fait partie intégrante de l'idéologie, c'est-à-dire du discours normatif qui organise et légitime quotidiennement la vie collective. « Vivre avec ses différences » est devenu un slogan, censé résoudre les difficultés de la vie en commun. Les études et réflexions sur la mixité se multiplient⁷, les vertus du métissage sont célébrées. La mixité de l'espace public est en tant que telle une valeur, la notion même de « ghetto », qu'il soit social, religieux ou géographique, est scandaleuse.

◆ LE VISAGE

Or, le visage est l'instrument premier de la possibilité de ces échanges. C'est par le visage que s'échangent les regards, les sourires, la parole, l'hostilité, les émotions. Même si nous n'échangeons avec les autres qu'un coup d'œil rapide, le visage accessible au regard de l'autre manifeste que nous pourrions prolonger cet échange furtif. Il est d'ailleurs symptomatique que se soit étendue au cours des dernières années l'habitude de se saluer par des « bonjour » avant tout autre forme d'échange, même le plus rapide ou le plus fonctionnel : entre les promeneurs qui se croisent, entre le chauffeur d'autobus et les voyageurs, entre l'employé de la poste ou de l'administration et l'utilisateur, entre le commerçant et son client, entre celui qui demande son chemin ou l'heure à un inconnu et celui qui lui répond... mot qui rappelle à tous moments que la possibilité des échanges entre tous définit la sociabilité démocratique, fondée sur « l'égalité des conditions », pour reprendre le vocabulaire de Tocqueville. Forme d'égalité imaginaire, sans doute, mais l'imaginaire est aussi créateur de liens. Comment dire « bonjour » à quelqu'un dont le visage est totalement dissimulé ?

Le visage n'est pas en effet n'importe quelle partie du corps, c'est celle où s'exprime l'identité personnelle et sociale – et l'identification réciproque –, c'est celle qui permet d'établir la relation à l'autre. Celui qui n'a plus de visage n'a plus ni âge ni sexe, il n'a plus de caractéristiques qui le définissent dans sa singularité absolue, être unique et irremplaçable. Il n'est ni beau ni laid, ni jeune ni vieux,

7. Par exemple, parmi beaucoup d'autres : « Vivre les mixités sexuelles, sociales et culturelles », session de réflexion du centre de recherche et d'action sociale, CERAS, animée par les jésuites, organisée entre janvier et mars 2005.

ni attirant ni repoussant. Il n'est plus vivant mais il n'est pas non plus mort. Il est en marge, une marge absolue. « Perdre son visage psychologiquement et socialement, c'est (en effet) perdre sa position au sein du monde⁸. » C'est d'autant plus vrai que, dans les sociétés démocratiques, les individus ne se définissent pas par leur place héritée dans un clan ou une lignée, mais par l'identité personnelle qu'ils ont construite eux-mêmes : « Plus une société accorde de l'importance à l'individualité, plus grandit la valeur du visage⁹. » Dans la société des individus où chacun est le fils de ses œuvres, le refus de montrer son visage est une transgression de l'ordre symbolique. Le visage et le sexe expriment l'identité de chaque être humain. Notre système symbolique interdit l'exposition du sexe¹⁰ et impose que le visage soit le moyen et le lieu privilégié de l'interaction entre les humains. Emmanuel Lévinas a longuement analysé le rôle du visage dans la relation qui s'établit avec l'Autre.

L'utopie des échanges généralisés est radicalement remise en cause par un vêtement qui assigne la femme à être un pur « objet », au sens concret et abstrait du terme, non discernable des autres, anonyme, réduit à sa seule identité sexuelle. L'égalité de tous et la réciprocité des liens sociaux sont remises en cause. C'est pourquoi la burqa est perçue comme agressive, elle crée le malaise, sinon la peur. C'est ce que montre la formule le plus souvent recueillie dans les enquêtes d'opinion sur le « ressenti » – selon le terme récent – du voile intégral : « Je me sens agressé... » C'est aussi l'un des grands thèmes des intervenants devant la Commission d'enquête sur la pratique de la burqa ou du niqab sur le territoire national. « En me refusant de voir son visage, l'autre oppose une fin de non-recevoir à l'exigence de communication inhérente à l'espace public. À ce titre, je suis fondé à considérer son comportement comme une violence symbolique qui m'est infligée » (témoignage d'Abdenour Bidar). C'est ce sentiment d'agression qui justifie l'argument juridique de trouble à l'ordre public. On ne peut négliger le sens de l'émotion générale suscitée par la présence/absence de ces femmes exclues de la vie sociale.

◆ L'INTÉGRATION

Interdire la burqa risquerait de compromettre le processus d'intégration des populations migrantes ou descendant de migrants? Toute politique comporte un risque d'effet pervers. Il est possible que l'interdiction aboutisse à ce que certaines de ces femmes restent cloîtrées chez elles. Mais est-ce si différent que de sortir recouvertes du voile intégral? Cet argument d'opportunité ne pèse guère face à l'analyse des conditions et des limites de la diversité compatibles avec les exigences de l'ordre démocratique. Les individus de la société démocratique doivent partager certaines valeurs communes faute de quoi ils ne peuvent « faire société ».

Faut-il au nom de l'intégration des populations de tradition musulmane accepter des comportements qui agressent les valeurs communes? Se donne-t-on

8. LE BRETON D., « De la défiguration à la greffe du visage », *Études*, n° 4126, 10 juin 2010, p. 768.

9. *Ibid.*, p. 763.

10. L'exhibition est condamnée en dehors de toute agression sociale.

les meilleures chances en tolérant toutes leurs particularités ou en affirmant les limites qu'imposent les valeurs collectives ?

Il faut rappeler que, si le terme d'intégration concerne dans la vie publique les immigrés, il concerne l'intégration sociale en général¹¹. L'intégration des immigrés n'est qu'une des dimensions de l'intégration sociale dans son ensemble et des formes qu'elle prend dans les sociétés démocratiques d'aujourd'hui. Ce qui est désigné dans la vie publique comme le « problème des immigrés », le « problème de l'immigration » ou « le problème de l'intégration » est avant tout le problème de la société nationale elle-même, de sa capacité à intégrer toutes les populations, y compris les immigrés, et, plus généralement, du rapport que les nationaux entretiennent avec les Autres. C'est sur l'intégration des sociétés providentielles contemporaines que doit porter l'interrogation.

Nombre de caractéristiques rendent cette intégration plus difficile que dans le passé. Outre la fermeture du système politique et la diffusion de la critique à l'égard de toutes les institutions caractéristiques de la démocratie, l'affaiblissement du patriotisme, la permissivité des mœurs familiales et sexuelles et la diffusion d'une culture du relativisme constituent autant d'épreuves pour les populations migrantes ou descendantes de migrants. Plus généralement encore, la « démocratie providentielle », essentiellement concentrée autour de la vie économique et de la redistribution des richesses par l'État providence, ne favorise pas l'intégration sociale, celle des migrants et de leurs descendants comme celle de tous les membres de la société. Elle est moins efficace, de ce point de vue, que la nation politique du passé. Les seules satisfactions matérielles ne suffisent pas à assurer le lien entre les hommes pour constituer une collectivité consciente d'elle-même, de ses valeurs et de la volonté d'avoir un destin commun. Dans l'ordre économique, ce qui est donné aux uns est enlevé aux autres. La concurrence économique divise les hommes, nourrit les rivalités entre les groupes que le projet politique tend à unir. Les « ayants-droit » ne sont pas des citoyens. Des sociétés dépolitisées sont moins intégratrices que des sociétés entretenant une forte conscience d'elle-même, dont les membres partagent des valeurs communes et un projet politique clair. C'est par l'affirmation des valeurs partagées et par la formulation d'un projet politique intelligible que les sociétés démocratiques peuvent intégrer leurs membres, qu'ils soient ou non descendants de migrants.

◆ LES LIMITES DE LA DIVERSITÉ

C'est pourquoi l'affirmation des valeurs communes est, en tant que telle, favorable au processus d'intégration. Les démocraties, plus tolérantes à l'égard des particularismes que toutes les autres sociétés historiques connues, doivent accepter, conformément à leurs valeurs, les diversités culturelles au nom de la liberté des individus, mais cette acceptation comporte des limites.

11. Je me permets de renvoyer sur ce point à mon ouvrage, *Qu'est-ce que l'intégration*, Paris, Gallimard, coll. folio », 2007, ainsi qu'à « L'échec du "modèle républicain" ? Réflexion d'une sociologue », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, juillet-août 2006, p. 759-776.

Diverses par les origines historiques et religieuses des populations qui les composent, ce sont des sociétés ouvertes, économiquement et politiquement, dans lesquelles et entre lesquelles les échanges et les migrations se multiplient. Elles sont sans doute plus diverses que les sociétés du passé. De plus, l'esprit du temps, que nous partageons tous, accorde de la valeur à cette diversité. Le problème que soulevait Claude Lévi-Strauss n'est pas pour autant réglé. « On en vient à se demander si les sociétés humaines ne se définissent pas, eu égard à leurs relations mutuelles, par un certain *optimum* de diversité au-delà duquel elles ne sauraient aller, mais en dessous duquel elles ne peuvent pas non plus descendre sans danger¹². » Il s'agit d'un problème éternel des sociétés humaines. Comment vivre ensemble avec nos différences si l'on ne se satisfait pas de réciter paresseusement les slogans du style « l'unité dans la diversité » ou « s'enrichir de nos différences » ?

Accepter l'Autre dans son authenticité est en tant que tel une valeur démocratique, mais on ne saurait en rester là. Pour vivre ensemble, alors que nous sommes divers, il faut à la fois reconnaître l'altérité de l'autre – le reconnaître comme différent – et le reconnaître comme son égal. Reconnaître l'Autre, ce n'est pas détourner les yeux sur sa différence, c'est, au contraire, pleinement l'admettre, tout en affirmant qu'il n'en est pas moins égal en dignité; qu'en conséquence – parce que le lien social est politique – tout doit être fait pour qu'il dispose effectivement et concrètement de l'égalité des droits civils. C'est la citoyenneté commune qui permet de gérer politiquement, c'est-à-dire de reconnaître, les diversités et pas seulement de les « tolérer ». On sait ce qu'il advint de l'Édit de tolérance par lequel les protestants n'étaient pas reconnus comme les égaux en dignité des catholiques, mais simplement « tolérés » : il fut révoqué un siècle plus tard. Le minoritaire était seulement toléré, il n'était pas reconnu dans sa différence.

Il n'en existe pas moins des limites à cette reconnaissance des particularismes, même dans le privé. La citoyenneté n'implique pas l'absence de valeurs, elle est fondée sur l'idée de l'égalité de tous les hommes, pour être plus précis, de tous les êtres humains. L'inclusion de tous les citoyens ne peut prendre un sens que si les valeurs et les pratiques quotidiennes ne sont pas contradictoires avec les valeurs et les pratiques impliquées par cette idée fondatrice. Le « multiculturalisme » de la société civile – c'est-à-dire la multiplicité des modèles culturels à l'intérieur d'une même société nationale – peut être aussi large et varié que les individus le souhaitent, mais seulement s'il reste compatible avec les valeurs d'égalité et de liberté individuelle qui fondent la légitimité de la citoyenneté, s'il ne remet pas en question le principe de l'unité de l'espace public défini par les institutions et les pratiques de la citoyenneté.

C'est pourquoi les dispositions et les pratiques sociales qui ne reposent pas sur le respect de la dignité de la personne sont contradictoires avec l'ordre démocratique. C'est le cas, en particulier, pour tout ce qui concerne, dans les cultures traditionnelles, l'inégalité statutaire et d'autant plus fondamentale qu'elle apparaît « naturelle », entre l'homme et la femme ou, plutôt, l'infériorité de la femme,

12. LÉVI-STRAUSS C., *Anthropologie structurale deux*, Paris, Éditions du Plon, 1973, p. 381.

renvoyée par nature à sa seule dimension biologique. Sur ces sujets, les juges anglais ont pris le même type de décision que les juges français. Ils ont affirmé que l'acceptation des particularismes culturels devait connaître des limites. Les tribunaux britanniques ne reconnaissent pas les mariages où l'un des conjoints a moins de 16 ans, les mariages forcés, c'est-à-dire imposés aux femmes, les divorces par répudiation de la femme, l'interdiction faite aux femmes musulmanes d'épouser un non-musulman. Les juges français ont également condamné ceux qui participent à l'excision des fillettes. Ces pratiques sont jugées contraires à la liberté individuelle et aux valeurs impliquées par la citoyenneté. La burqa en est un autre exemple.

◆ CONCLUSION

La tolérance qui consisterait à tout accepter en renonçant à affirmer des valeurs à vocation universelle, comme l'égalité de tous les êtres humains, n'est pas un principe d'intégration efficace. C'est au contraire en affirmant les valeurs communes qui nous permettent de « faire société » qu'on peut donner aux populations de traditions lointaines les meilleures chances de participer à la vie collective. Cela n'implique évidemment pas de les faire renoncer à ce qui, dans ces traditions, est compatible avec les pratiques démocratiques. Ce que certains désignent par impérialisme culturel n'est que l'exigence, imposée à tous et pas seulement aux descendants de migrants, de respecter les normes et les valeurs communes qui sont nécessaires pour que tous participent à l'espace commun de la citoyenneté – faute de quoi toute vie collective devient impossible. Certes, il ne s'agit pas de négliger les difficultés d'intervenir dans ce domaine en respectant les exigences juridiques – fallait-il adopter une loi? – ni de sous-estimer les difficultés de l'application de la loi. Au moins faut-il comprendre pourquoi la burqa constitue une épreuve pour l'ordre démocratique.

.....

BIBLIOGRAPHIE

- CHAPUS R., *Droit administratif général*, vol. 1, Paris, Montchrestin, 2001 (15^e éd.).
 LE BRETON D., « De la défiguration à la greffe du visage », *Études*, n° 4126, 10 juin 2010.
 LÉVI-STRAUSS C., *Anthropologie structurale deux*, Paris, Éditions du Plon, 1973.
 SCHNAPPER D., *Qu'est-ce que l'intégration*, Paris, Gallimard, coll. « folio », 2007.
 SCHNAPPER D., « L'échec du "modèle républicain"? Réflexion d'une sociologue », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, juillet-août 2006.

Z. FAREEN PARVEZ
.....

Débattre de la burqa en France : l'antipolitisme du Réveil islamique

Peu d'expressions des croyances provoquent aujourd'hui autant de peur et de haine dans les démocraties plurielles que le port de la « burqa¹ ». La pitié et le dédain que plusieurs ressentent à l'égard des femmes portant ce vêtement sont les réactions les plus spontanées qui s'expriment, sans souci réel pour les individus portant la burqa et croyant en son utilité. La burqa représente maintenant nombre de maux associés à l'islam, dont l'oppression des femmes, le terrorisme et le radicalisme, et est devenue une question particulièrement controversée dans plusieurs États laïcisés, de la Tunisie aux Pays-Bas. En France, elle a été l'objet d'une commission spéciale sur la possibilité d'une interdiction nationale dans certains lieux publics – nonobstant le nombre extrêmement marginal des femmes qui la portent. En 2009, le président Nicolas Sarkozy avait déclaré que la burqa était « un signe d'asservissement » qui n'était pas le bienvenu sur le territoire français. Bérengère Poletti, députée à l'Assemblée nationale, affirmait que « même si seulement cinq ou six femmes étaient concernées, ce serait une question de principe » (Assemblée nationale, auditions du 9 septembre 2009). La burqa, comme le foulard qui avait été banni des écoles publiques françaises en 2004, est perçue comme une atteinte à la laïcité et à l'égalité des droits des femmes, en plus d'être associée au sectarisme – donc de constituer une atteinte à la citoyenneté (Joppke 2009 ; Amiraux 2008 ; Killian 2007 ; Salvatore 2007 ; Scott 2007 ; Bowen 2006 ; Stemann 2006 ; Strieff

1. Le terme « burqa » n'est pas utilisé par les membres de la communauté musulmane qui sont familiers des pratiques du voile féminin. Le mot est couramment utilisé en France pour désigner tant le vêtement recouvrant tout le corps (y compris le visage à l'exception des yeux) que le tissu recouvrant les yeux d'un voile fin. Ces pratiques spécifiquement débattues à l'Assemblée française sont connues des adhérents sous les noms « niqab » et « sitar ». Le sitar (qui recouvre les yeux) est une pratique exceptionnellement rare en France. La plupart des femmes auprès desquelles j'ai réalisé mon travail de terrain portaient le « jilbab », un vêtement long qui recouvre le corps et les cheveux et qui laisse le visage découvert. Certaines d'entre elles portaient également le niqab. Dans ce texte, j'alterne entre les termes jilbab et burqa. La plupart des discours et phénomènes que je décris réfèrent à ces groupes de femmes de façon générale, sans distinction entre celles qui portent seulement le jilbab et celles qui portent également le niqab. Peu de distinctions entre ces pratiques furent établies lors des audiences de la Commission à l'Assemblée nationale.

2005 ; Césari 2005). Par leur fixation sur la pratique des femmes musulmanes, l'État et la société française en général en sont venus à opposer ces femmes au libéralisme républicain et à politiser leur pratique religieuse privée (Joppke 2009). L'islam salafiste ou l'islam pratiqué par la plupart des femmes portant la burqa, est ainsi explicitement associé à d'autres maux à l'instar du « communautarisme » et de l'« islamisme » (Assemblée nationale 2009 ; Delore et Dubois 2004 ; Kaltenbach et Tribalat 2002). Le mouvement salafiste, de plus en plus présent dans les quartiers défavorisés français, réfère généralement à un ensemble de pratiques plutôt qu'à des organisations. Le désir et la tentative de ressembler au prophète Mahomet et de suivre les enseignements des premières générations de musulmans sont au cœur d'un mouvement plus étendu².

La majeure partie de la littérature académique récente qui a tenté de comprendre le Réveil islamique (incluant l'islam salafiste), ou plus spécifiquement les mouvements féminins de piété qui incorporent des standards de voilement plus stricts, a remis en question les hypothèses libérales réductionnistes et les craintes orientalistes sous-jacentes au dédain d'une pratique éthique personnelle telle que le port de la burqa (Mahmood 2005 ; Abu-Lughod 2002 ; Khan 1998). Cependant, plutôt que de problématiser la politisation de la pratique religieuse, la littérature a souligné que cette pratique éthique quotidienne constitue intrinsèquement une forme d'action politique (Hirschkind 2006 ; Mahmood 2005 ; Wenman 2003 ; Warren 1999 ; Connolly 1995), qu'elle représente un imaginaire politique et qu'elle entretient des demandes politiques (Tuğal 2009). Ce texte remet en question, dans un premier temps, la politisation des mouvements du Réveil islamique, en rappelant les enjeux normatifs des différentes définitions du politique – basées soit sur la pratique éthique (couramment abordée) ou sur les formes traditionnelles d'engagement direct avec l'État. Dans le cas des femmes salafistes en France, la prise en considération de la burqa comme action politique soulève l'enjeu des impacts d'une intervention de l'État dans le domaine profondément privé que constitue la pratique religieuse. Au-delà de la question de ces enjeux, aucune perspective politique ne décrit cette forme de Réveil islamique de la classe ouvrière des banlieues³ françaises.

À partir d'une enquête ethnographique réalisée auprès de femmes d'une communauté musulmane située dans la banlieue lyonnaise défavorisée des Minguettes, je soutiens que les femmes salafistes ne pratiquent pas une forme d'action politique, mais plutôt une forme d'action « antipolitique ». Le terme « antipolitisme » fait ici référence au refus de l'engagement politique au profit d'une valorisation de la vie privée en tant que substitut de participation politique démocratique (Renwick

2. Historiquement, le mouvement salafiste désigne un mouvement de réforme au sein de l'islam sunnite qui prône un retour aux enseignements et aux pratiques originelles du prophète Mahomet et du Coran. Ses origines en tant que mouvement sont débattues ; certains l'attribuent aux Arabes du XVIII^e siècle, d'autres aux intellectuels Égyptiens du XIX^e siècle. L'ensemble des groupes, des écoles de pensées et des pratiques pouvant être considérés comme étant salafistes est aussi l'objet d'un débat. Historiquement, le salafisme fut un mouvement piétiste et apolitique jusqu'à ce qu'il soit impliqué dans des politiques étatiques vers la fin de XIX^e et le début du XX^e siècle (Stemman 2006). Voir Euben et Zaman (2009) et Hourani (1983).

3. Le terme « banlieue » désigne les périphéries des centres urbains de France. Pour une analyse de la construction socio-politique du « problème des banlieues » en France, voir Tissot (2006). Voir Wacquant (2008) pour une analyse comparée des banlieues françaises et des ghettos américains.

2006 ; Goven 2000 ; Havel 1985 ; Konrád 1984). Ce concept a été élaboré dans les décennies 1970 et 1980 par des dissidents politiques œuvrant à la constitution de sociétés civiles autonomes en Europe de l'Est. Trois phénomènes majeurs définissent l'antipolitisme du mouvement féminin salafiste. Premièrement, les femmes sont impliquées dans un combat pour défendre, développer et reconfigurer la sphère privée contre les intrusions de l'État. Deuxièmement, elles construisent une communauté morale pour s'encourager mutuellement face à l'ostracisme économique et social dont elles sont victimes. Troisièmement, elles accordent plus d'importance à leurs conditions spirituelles et à leur état de sérénité qu'à leur vie matérielle. Ces trois caractéristiques étaient également centrales dans la conceptualisation originale de l'antipolitisme.

Toutes les femmes que j'ai rencontrées à la mosquée des Minguettes ont choisi librement de porter le jilbab ou le niqab, parfois même à l'encontre de la volonté de leur mari ou de leur famille. L'intention de l'État de prohiber la burqa afin de lutter contre l'oppression des femmes est immédiatement problématique⁴. Jusqu'à un certain point, leur antipolitisme les mène à rejeter *tant l'autorité de l'État que celle de la famille*. Ces femmes reconfigurent leur sphère privée en fonction de leurs propres pratiques en estimant que les enjeux que représenterait toute cession de l'espace privé au politique seraient considérables.

Dans cet article, j'examine la politisation des mouvements du Réveil islamique à partir des discours de l'État et des intellectuels. Je souligne ensuite les différentes conceptions du politique qui ont permis d'expliquer les mouvements islamiques, les enjeux qu'impliquent ces différentes conceptions, et la raison pour laquelle la notion d'antipolitisme correspond mieux à la piété de ces femmes françaises défavorisées. J'aborde enfin les trois principales composantes de l'antipolitisme des femmes salafistes : la reconfiguration de la sphère privée, le repli sur une communauté morale et l'atteinte de la sérénité dans une vie intrinsèquement définie par la souffrance (« la vie *musibah*⁵ »).

Ce texte permet une lecture croisée de l'islam et de la sociologie politique. Il contribue à la recherche en ce qu'il propose une autre façon de caractériser les mouvements sociaux islamiques, au-delà des catégories de réforme morale politique ou apolitique. Il remet également en question la compréhension implicite du politique et du prétendu lien entre les mouvements politiques islamiques et les mouvements de piété. Enfin, il fournit une contribution empirique cruciale en présentant les enseignements et les pratiques d'un groupe de femmes dont il est souvent question sans que leurs voix soient pour autant entendues (Chouder *et al.* 2008). Ce faisant, ce texte prend en considération le contexte du rejet du politique par les plus défavorisés.

4. Par conséquent, ce texte n'a pas pour objectif d'explorer les diverses significations des pratiques de voilement des femmes musulmanes et ne tentera pas de déterminer si la burqa constitue ou non une forme d'oppression de la femme. Pour une vue d'ensemble sur la question, voir El Guindi (1999) ; Ahmed (1992) ; Macleod (1991) ; Abu-Lughod (1986) ; Mernissi (1985).

5. L'expression « la vie *musibah* », constitue un mélange de français et d'arabe et était utilisée par des enseignantes de la mosquée étudiée. Il est possible de traduire cette expression par « vie de souffrance » bien que le terme arabe « *al-musibah* » se traduise généralement par « désastre » ou « catastrophe ».

◆ POLITISER LE RÉVEIL ISLAMIQUE :
DU « COMMUNAUTARISME » À LA POLITIQUE DU SOI

La politisation de la burqa suit une trajectoire plus longue que ce que plusieurs intellectuels ont décrit comme une tentative de la part de l'État français d'exclure et de stigmatiser ses sujets postcoloniaux tout en détournant l'attention de la crise de l'État providence qui affecte disproportionnellement les Arabes des banlieues désindustrialisées (Amiriaux 2008 ; Tissot 2008). De l'Autre colonisé au terroriste potentiel d'aujourd'hui, les musulmans français ont été stigmatisés de nombreuses façons (Bachetta 2008).

Cette trajectoire de stigmatisation est liée au passé colonial et à l'histoire de l'immigration française. Des travailleurs du Maghreb ont commencé à migrer dans les années 1950 et 1960 pour répondre à la demande de main-d'œuvre et aux besoins de reconstruction de l'après-guerre (Laurence et Vaisse 2006). Bien que la France a limité l'immigration et mis fin au recrutement de main-d'œuvre en 1974, la population étrangère a continué d'augmenter à cause des réunifications familiales et de l'immigration illégale facilitée par certains employeurs français.

Depuis, une tendance à limiter l'immigration et l'accès à la citoyenneté des Nord-Africains se maintient. De plus, le déclin depuis les années 1970 du secteur manufacturier français a conforté le sentiment anti-immigrant et limité les possibilités d'intégration et d'assimilation. L'activisme politique qui existait dans les banlieues de la classe ouvrière concernait donc historiquement les droits des immigrants. Il est cependant important de garder à l'esprit que les droits religieux étaient présents dans le débat bien avant les événements du 11 septembre. À titre d'exemple, la question de l'islam avait déjà pris de l'importance dans la politique française au milieu des années 1970, lors d'une série de grèves relatives aux salaires des immigrants et au coût du loyer de leurs résidences. Les demandes des travailleurs, qui incluaient l'aménagement d'espaces de prière, avaient alors été rejetées comme résultant de la manipulation de fondamentalistes religieux (Cohen 1997, p. 110-111).

En raison de la faible mobilité de plusieurs familles d'immigrants qui ne pouvaient quitter leur logement, les quartiers sensibles, qui étaient perçus comme des menaces constantes à la sécurité, devinrent également synonymes de quartiers arabes ou musulmans (Tissot 2008). Le discours sur le communautarisme, péjorativement associé à la pratique musulmane et islamique, devint central dans cette trajectoire de stigmatisation. De façon générale, la conception française du communautarisme réfère à un sectarisme ethnique ou religieux et à la soumission de la volonté individuelle à l'autorité de la communauté (Salvatore 2007). C'est par cette conception du communautarisme que l'État et le peuple français appréhendent la burqa, principalement comme un symbole d'oppression des femmes par les hommes musulmans de leur communauté (Joppke 2009), mais aussi comme une menace à la sécurité dissimulée dans des discours et des normes créées dans les sous-sols des mosquées des quartiers sensibles.

L'interdiction du foulard dans les écoles publiques a précisément correspondu à une tentative de l'État d'asseoir son autorité face à une prétendue vague de

pressions communautaires des musulmans dans une institution conçue pour la formation des citoyens français et la protection de la laïcité (Baubérot 2006). Bien qu'elle avait pour but de protéger la laïcité dans les écoles (tant pour les enseignantes que pour les élèves), l'adoption de la loi a été facilitée par les représentations négatives à l'endroit d'un foulard perçu comme un symbole d'oppression de la femme. Le niqab, un symbole différent et plus « extrême » que le foulard, s'ancre d'autant plus dans cette représentation. En 2008, une femme marocaine mariée à un citoyen français s'est ainsi vue refuser la citoyenneté parce qu'elle portait le niqab, ce symbole représentant l'échec de son assimilation et le rejet par cette femme des valeurs de la République. C'était la première fois qu'une pratique religieuse servait de prétexte au refus de la nationalité.

Qualifié de « prison ambulante, » le niqab est aussi présenté comme une menace à la sécurité et à l'ordre public (Assemblée nationale, septembre 2009). Sans avoir jamais évoqué l'idée d'une « association de terroristes », les audiences tenues à l'Assemblée nationale ont néanmoins clairement et largement discuté du lien du port du voile intégral avec le mouvement salafiste en pleine croissance dans les banlieues. Cette forme de « fondamentalisme » est décrite en terme de projet politique séparatiste radical. Bien que le mouvement salafiste se déclare apolitique, il est accusé de susciter une « haine » sectaire en rejetant les principes aux fondements des démocraties libérales et, par le fait même, de rendre ses membres vulnérables au recrutement terroriste (Stemmann 2006). Le niqab, en particulier, est implicitement associé à cette vulnérabilité du fait qu'il représente le rejet des valeurs françaises – liberté, égalité et fraternité. La femme portant le niqab s'isole des autres et incarne la séparation et l'inégalité avec l'homme. La burqa est donc la cible de ceux qui redoutent le « communautarisme » et « l'islamisme », perçus comme une menace à la stabilité de la République laïque (Gerin, Audiences de l'Assemblée, 16 septembre 2009).

Depuis le début de « l'affaire des foulards », plusieurs intellectuels ont critiqué les fondements de l'interdiction de 2004 en affirmant que le foulard n'est pas un simple « symbole » de l'expression religieuse mais plutôt un élément essentiel du soi (Asad 2005), tout en indiquant que cette pratique n'est pas, dans son essence, plus patriarcale que les normes françaises en matière de genre et de sexe (Scott 2007; Butler 2006). Plus généralement, les travaux de Saba Mahmood (2005) sur le Réveil islamique des femmes ont remis en question les théories féministes libérales qui sous-tendent clairement la rationalisation de l'interdiction du foulard. Ces travaux, effectués en Égypte, présentent l'herméneutique de ces mouvements féminins de piété et contestent les idées issues de la théorie libérale concernant le libre arbitre et la liberté, concepts clés du débat français entourant les femmes musulmanes. Tout en admettant que ces mouvements féminins de piété ne peuvent être compris comme faisant partie du projet libéral (et en questionnant la raison pour laquelle on tient à ce que ces mouvements fassent preuve de leur compatibilité avec la théorie libérale), Mahmood (2005) soutient que les prémisses libérales minent la capacité « d'envisager de précieuses formes de prospérité humaine au-delà des limites de l'imaginaire progressif libéral » (p. 155).

Mahmood et d'autres auteurs dans la même lignée ont travaillé à une meilleure compréhension des pratiques féminines de l'islam qui demeurent occultées par des termes et des concepts tels que la liberté, la résistance et la subordination. De plus, ils insistent sur le fait que les théories politiques libérales ont marginalisé le domaine de l'éthique religieuse pratiquée par les femmes des mouvements de piété. Plutôt que de séparer l'éthique du politique, ils soutiennent que l'éthique doit être envisagée comme une critique de la vie publique et du politique puisqu'elle sous-tend les modes de raisonnement et d'évaluation tout en révélant le « paysage politique » des sociétés musulmanes (Hirschkind 2006). Dans son étude, Mahmood démontre que les rituels de comportement corporel, qui sont au cœur du Réveil islamique, révèlent des visions différentes du soi, de la communauté et de l'autorité, et que ces visions influencent le mouvement islamiste égyptien. Les pratiques corporelles ne sont pas que des symboles utilisés par des mouvements sociaux, mais bien des voies essentielles à l'accomplissement du soi (Mahmood 2003). Dans son travail sur les islamistes turques, Cihan Tuğal (2009) corrobore cette compréhension des mouvements sociaux et de la piété quotidienne. Tuğal affirme que l'État participe intrinsèquement à la formation des sujets et de leurs identités, même en l'absence de formes traditionnelles de protestation politique. L'islamisation de la société à travers les débats religieux, les sermons, l'organisation du temps et de l'espace en fonction des prières quotidiennes et de la ségrégation des sexes, favorisent ultimement l'émergence de sujets qui souhaitent un changement politique en faveur de l'islam et un gouvernement par des dirigeants pieux. L'État, bien entendu, est forcé de réagir à ces changements profonds dans la société civile. « Par conséquent [écrit Mahmood (2003)], il est très facile de sous-estimer les implications politiques des mouvements de piété et de les considérer, comme plusieurs intellectuels l'ont fait, comme des mouvements de réforme morale qui tentent d'apporter des changements aux mœurs sociales, mais qui révèlent peu du paysage politique des sociétés musulmanes contemporaines » (p. 861). La littérature récente relative au Réveil islamique s'appuie sur une conception plus complète du politique qui inclue les pratiques quotidiennes de sociabilité, de comportement et de raisonnement moral plutôt que des formes traditionnelles d'actions centrées sur l'État. En somme, le politique ne se limite plus seulement à l'État. Dans cette tradition, le développement du Réveil islamique des femmes représente un moment politique important.

◆ CONCEPTIONS DU POLITIQUE ET DE L'ANTIPOLITISME

Nous devrions nous entendre sur une conception du politique afin éclairer nos intuitions normatives à propos des pratiques que nous qualifions de « politiques ». La thèse défendue par William Connolly (1983, chap. 1) s'appuie sur les écrits de Warren et Connolly qui soutiennent que toutes les définitions du politique sont contestables et requièrent une clarification de leurs enjeux normatifs. Dans cette section, j'explore les enjeux de deux conceptions majeures du politique utilisées dans la littérature sur l'islam, et j'explique pourquoi le cadre de l'antipolitisme est pertinent pour l'analyse du Réveil islamique salafiste en France.

Il existe deux conceptions du politique généralement utilisées afin d'expliquer les mouvements islamiques. La première, décrite plus haut, est celle du politique en tant que pratique éthique. Cette emphase sur la « politique du soi » émerge de l'intérêt normatif porté à l'exploration d'une coexistence mutuelle et d'une tolérance à la différence dans les démocraties plurielles (Brown 2008 ; Connolly 1999). Avec une telle définition du politique, les motivations et le raisonnement moral des mouvements de piété seraient pris au sérieux dans le débat public, plutôt que d'être perçus comme une invasion de sentiments irrationnels dans la sphère publique laïque⁶. Cette conception correspond historiquement à la notion féministe et postmarxiste du politique qui reconnaît des lieux d'autorités non-étatiques, comme les institutions religieuses et la famille (Warren 1999, p. 213) (comme le dit la maxime féministe « le privé est politique⁷ »). Cependant, je prétends également que cette conception est pervertie et invite à une régulation étatique paternaliste des pratiques éthiques qui sont conséquemment perçues comme influentes et cruciales au fonctionnement du politique. Cette deuxième conception du politique, centrée sur l'État, transparait implicitement dans la littérature sur les partis islamistes et les organisations politiques⁸. Le déclin de l'activité ciblant l'État ainsi que l'implosion de plusieurs partis islamiques à travers le monde ont conduit plusieurs à qualifier « l'islam politique » de projet avorté (Roy 1994). Cette étroite approche wébérienne devrait théoriquement limiter l'intérêt de l'État aux mouvements qui lui réclament quelque chose ou qui en cherchent la transformation. Mais ce faisant, elle privilégie le discours d'institutions formelles, souvent non représentatives, en ignorant les pratiques informelles de ceux qui ont peu d'accès à l'État.

Au regard de la première conception du politique, il est difficile d'affirmer que les femmes salafistes de France ne sont pas engagées dans une forme d'action politique – puisque les pratiques corporelles, individuelles ou incorporées, et les discussions concernant l'éthique sont d'une importance capitale dans l'élaboration des perceptions sociales (Eliasoph 1998 ; Arendt 1958). Je souligne que seule cette politisation est cohérente avec la représentation que se fait l'État de la pratique personnelle (dans ce cas-ci le port de la burqa) comme étant du domaine public, invitant ainsi à une intervention étatique. En utilisant une conception du politique centrée sur l'État, je soutiens que le potentiel du mouvement salafiste français à influencer la sphère politique est très faible et limité ; par conséquent, il peut difficilement être considéré comme une forme d'action politique. Premièrement, toutes les revendications sont systématiquement limitées par le statut des salafistes en tant que minorité (au sein même d'une minorité religieuse) dans un État laïque. La peur de « l'État *sharia* » qu'invoque la droite a peu de bases empiriques puisqu'il n'existe aucune possibilité d'expression d'un parti religieux et qu'il n'y a pas de parti

6. Les intellectuels mettent l'emphase sur la pratique éthique en reconnaissance que les États ont de plus en plus fait de la religion un lieu de régulation, et par le fait même, une question politique (Hirschkind 1997).

7. En accord avec les ouvrages tardifs de Foucault, inspirés par la révolution iranienne, sur « la réalisation de soi comme acte révolutionnaire » (LeVine et Salvatore 2005a, b).

8. Bien que la littérature sur l'islam politique soit embourbée dans les débats sur les définitions, la plupart des intellectuels s'entendent pour dire que « l'islam politique » visait activement l'État. Voir Karam (2004) ; Bargout (2003) ; Nasr (2001) ; Beinun et Stork (1997) ; Esposito (1997) ; Riesebrodt (1993) ; Ayubi (1991).

musulman à l'Assemblée nationale⁹. De plus, les institutions islamiques majeures comme le Conseil Français du Culte Musulman (CFCM) et la Grande Mosquée de Paris sont fortement contrôlées par l'État. Deuxièmement, dans plusieurs banlieues de France, les sociétés civiles islamiques sont faibles, la plupart s'étant effondrées au cours de la dernière décennie (Césari 2005; Levy 1999). La vie des femmes salafistes est également relativement isolée, circonscrite par la structure spatiale des projets de logements et par la politique contre le foulard qui leur bloque l'accès à l'éducation et à l'emploi. Bien que l'implication des femmes salafistes dans les mosquées puisse être appréhendée comme une forme de création d'une société civile (qui pourrait être mobilisée contre l'État), cette société demeure faible puisque son discours n'a pas un caractère public et parce qu'il leur manque un certain degré de confiance sociale (Putnam 2000).

Politiser le Réveil islamique salafiste à partir de l'une ou l'autre des définitions du politique semble dès lors problématique. La première définition ne laisse aucun espace analytique à la sphère privée, et la seconde exagère grossièrement la capacité et le désir des salafistes défavorisés d'accéder à l'État. Je soutiens que, plutôt que de poser un geste intrinsèquement politique, les femmes salafistes portant le niqab ou le jilbab sont engagées dans une forme d'action antipolitique. Bien qu'il existe différentes variantes de l'antipolitisme et de la pensée dissidente en général, je réfère ici à la version radicale du mouvement qui rejette toute forme d'engagement de l'État et toute étiquette politique (Renwick 2006). Il convient de remarquer que l'auteur hongrois George Konrád (1984) distingue l'antipolitisme de « l'apolitisme ». Il affirme ainsi que les individus apolitiques sont tout simplement les « dupes » des politiciens professionnels, les « jeunes gens que l'on peut toujours sortir pour les parades » (p. 227, 231); contrairement à l'antipolitisme qui implique un certain degré d'opposition consciente au domaine politique. Un des principaux théoriciens de l'antipolitisme, Václav Havel, écrivait :

« Je crois que le phénomène de la dissidence émerge d'une conception essentiellement différente du politique qui prévaut aujourd'hui dans le monde. C'est-à-dire que le dissident n'agit pas du tout dans le domaine du pouvoir véritable. Il ne recherche pas le pouvoir. Il ne convoite pas de position et ne courtise pas les électeurs. Il ne tente pas de charmer le public, il n'offre rien et ne promet rien. Il ne peut rien offrir d'autre que sa propre peau – et il l'offre uniquement parce qu'il n'a aucune autre façon d'affirmer la vérité qu'il défend. Ses actions articulent tout simplement sa dignité de citoyen, sans égard au coût », (Wilson 1992, p. 320-21)

Trois phénomènes du mouvement salafiste contemporain aux Minguettes permettent, à mon sens, de caractériser sa dimension antipolitique.

Les femmes salafistes sont engagées dans une lutte pour défendre, accroître et reconfigurer la sphère privée contre un État intrusif qui cherche à « protéger » les femmes musulmanes et la sphère publique. Comme l'a écrit Konrád (1984) à propos de

9. Le Parti des Musulmans de France (PMF) fut créé en 1997 et participe à quelques élections locales. Ses candidats ne recueillent habituellement pas plus de 1 % des votes.

l'antipolitisme, le mouvement cherche premièrement à repousser les frontières de la sphère privée, dans un monde où chaque facette de la vie est considérée comme étant politique (p. 202-204). Dans le présent cas, la burqa fait partie de la sphère privée de chacune, dans le sens que toute affaire de soi et du corps (y compris la famille et les relations intimes) est considérée comme privée (Scott et Keates 2004). Mais l'État soutient que la présence de la burqa dans l'espace public heurte la société de par son caractère antisocial et sectaire. Dans un certain sens, les femmes croient que la burqa relève d'une forme de sphère privée dont le sens ne prend son importance qu'à l'extérieur de la maison. Je soutiens qu'elles promeuvent de la sorte une forme d'inversion de la sphère privée – une conception déterritorialisée qui se définit plus par l'interaction sociale que par l'espace physique (Dupret et Ferrié 2005). La burqa représente leur relation particulière à Dieu, mais elle doit être portée partout où ces femmes partagent un espace physique ou social avec des hommes (autres que leur mari, père, beau-père ou frères).

Les femmes salafistes aux Minguettes priorisent une communauté morale de support mutuel face à l'ostracisme. L'antipolitisme a déjà été présenté comme un repli dans la « vie privée non-organisée », ce qui inclut vraisemblablement les familles et les amis (Konrád 1984, p. 204-206). Cependant, en s'éloignant du portrait hongrois dépeint par Konrád, on remarque que la vie familiale occupe beaucoup plus de place aux Minguettes et la communauté de la mosquée constitue parfois un refuge permettant d'échapper tant à l'État oppressif qu'à la famille. Par conséquent, la relation individuelle à Dieu est plus importante que la communauté ou même la famille.

Les conditions spirituelles et l'accomplissement de la sérénité sont plus importants que les préoccupations économiques, voire que toute autre préoccupation. Les enseignements à la mosquée Hasan s'articulent autour d'une foi intérieure et d'une sérénité comprises comme la clé de la voie islamique. Le concept d'antipolitisme met en valeur ce travail spirituel : la « vérité » et la « dignité » (Konrád 1984, p. 230) sont des états intérieurs qui échappent à la main lourde de l'État.

◆ DONNÉES ET MÉTHODOLOGIE

La recherche présentée dans ce texte s'inscrit dans un projet plus vaste sur la relation entre « l'islam des banlieues » et les associations musulmanes de classe moyenne qui cherchent à investir la sphère publique. Les données présentées sont issues d'un travail de terrain réalisé sur une période 10 mois dans deux mosquées du quartier des Minguettes, situé dans la ville de Vénissieux en banlieue lyonnaise. Historiquement, Vénissieux est une ville industrielle (industrie automobile) composée d'une forte population ouvrière. C'est aux Minguettes qu'éclatèrent les « rodéos », les premières émeutes de la classe défavorisée dans les années 1980 (Dikeç, 2007), cette banlieue devenant alors un symbole du « malaise » des périphéries en déclin des grandes villes françaises.

Les deux mosquées étudiées, largement fréquentées par des hommes et des femmes salafistes, ont été dans la ligne de mire de l'État français après le 11 septembre 2001. La plupart des enseignements et des interactions que je décris

ici ont eu lieu lors des classes hebdomadaires de femmes de la mosquée Hasan¹⁰. Me concentrant principalement sur les femmes fréquentant la mosquée, cette étude exclue dès lors celles qui pratiquent le salafisme (ou toute autre forme d'islam) sans être associée à un lieu de culte.

On dénombre approximativement 50 femmes fréquentant régulièrement la mosquée Hasan. La plupart proviennent de familles d'immigrants nord-africains, mais sont nées et ont grandi en France, et près du quart ou du tiers d'entre elles sont des Françaises converties à l'islam. La majorité de ces femmes vivent dans la banlieue défavorisée de Vénissieux, ou dans une banlieue avoisinante. Elles portent toutes le jilbab et plusieurs d'entre elles portent le niqab. La plupart ont entre 20 et 40 ans, mais on y retrouve également quelques femmes plus âgées ainsi que quelques adolescentes. Les classes de la mosquée Hasan sont interactives, proposant à la fois conférences et échanges entre étudiantes. L'enthousiasme pour la connaissance incite ces femmes à assister chaque semaine aux enseignements.

Il m'a initialement fallu faire face à de nombreux obstacles, dont la méfiance, avant d'entrer dans l'espace religieux de la communauté des Minguettes. Je décris ce contexte d'extrême suspicion envers les étrangers dans la section suivante. Mon informateur lyonnais n'ayant aucun contact, je me suis mise à errer – naïvement et imprudemment – dans le quartier. Après m'être présentée en tant qu'étudiante américaine à un propriétaire de café, je me suis notamment faite insulter par ce dernier qui m'énuméra alors les multiples raisons pour lesquelles je n'étais pas digne de confiance. J'ai persisté pour trouver des individus prêts à me parler et j'ai finalement accédé à l'une des deux mosquées que j'allais étudier. À force d'essais et d'erreurs (et en jouant sur la malléabilité de ma propre identité), les tensions s'estompèrent progressivement et j'ai établi des contacts dans les deux mosquées. Deux de mes caractéristiques me portaient pourtant toujours ombrage : ma citoyenneté américaine et mon statut de chercheur. La stigmatisation rattachée à ma citoyenneté a néanmoins sensiblement diminué après l'élection d'Obama en 2008. De plus, lorsque que les femmes ont appris que le foulard n'était pas interdit aux États-Unis, elles ont été plus favorables aux possibilités que représentent l'identité et la politique américaines.

Trois facteurs jouaient néanmoins en ma faveur : le fait d'être une femme, mes origines sud-asiatiques et mon patrimoine musulman. J'ai dès lors, tout en demeurant honnête, joué sur l'ambiguïté de mon identité et de ma relation personnelle avec les pratiques islamiques. À ma grande surprise, j'ai rencontré beaucoup de Français, musulmans ou non, qui entretenaient un curieux intérêt – proche d'une fascination orientaliste – pour l'Inde. Ils semblaient oublier immédiatement que j'étais une étudiante américaine travaillant sur l'islam en France, préférant me poser des questions sur les films bollywoodiens, la danse et la cuisine indiennes. J'étais donc peut-être une étrangère, mais j'étais la bienvenue. Mes expériences en Inde ont donc contribué à mon accès à la communauté des Minguettes.

Être femme était un pré-requis indispensable pour intégrer le cercle des femmes salafistes dans un monde marqué par une ségrégation sexuelle plutôt rigide.

10. Tous les noms propres ont été changés afin de protéger l'anonymat.

Le partage de l'identité musulmane et la compréhension de leur marginalité sociale étaient également essentielles. J'avais une assez grande connaissance de l'islam pour participer aux prières et aux activités de la mosquée, faire le jeûne du Ramadan et assister aux lectures en arabe. En ce qui concerne ma tenue vestimentaire, je portais une longue robe marocaine et un hijab. Je me démarquais pourtant des autres femmes salafistes parce que je portais des vêtements brun-pâles arborant un motif fleuri, alors qu'elles étaient principalement vêtues de jilbabs noirs ou bleus. Mais personne n'a été prosélyte envers moi, ni n'a remis en question mes choix vestimentaires. J'avais déjà porté le jilbab et le niqab dans d'autres pays et contextes de recherche, mais j'avais choisi de ne pas faire de même en France, tout simplement parce que je pouvais déjà difficilement supporter l'ostracisme social et les mauvais regards que m'attirait le simple port du foulard. Apprendre à ignorer le regard des autres alors que je portais cet uniforme fut un combat continu tout au long de cette ethnographie.

À mesure que ma présence dans les mosquées devenait familière et que je ressemblais de moins en moins à une intruse, j'ai fait la connaissance de plusieurs résidentes des projets de logements qui fréquentaient les mosquées plusieurs fois par semaine. J'enregistrais discrètement le *qhubbas* (sermon) du vendredi et je prenais des notes manuscrites durant les classes aux côtés des autres femmes. J'en suis venue à connaître plus personnellement 10 femmes salafistes avec lesquelles j'ai passé du temps à l'extérieur de la mosquée, que ce soit à leur domicile et dans leurs réunions de famille. De plus, je visitais régulièrement, dans des endroits publics, trois hommes de la mosquée. J'ai eu des conversations avec plusieurs autres personnes à propos de la vie de la classe ouvrière dans ces banlieues en déclin et de leurs expériences de l'islam en France. Tout en colligeant quotidiennement mes notes de terrain, je n'ai cependant pas pu enregistrer toutes les conversations ou entrevues semi-dirigées, cela en raison des préférences de mes répondants.

◆ RECONFIGURER LA SPHÈRE PRIVÉE

L'histoire récente de l'intrusion de l'État aux Minguettes a rendu la majorité des résidents suspicieux des étrangers. Parallèlement à l'intrusion de l'État, la banlieue plus élargie de Vénissieux est devenue associée à l'essor de l'islam salafiste. Mentionnons que le député André Gerin, qui initia la commission nationale sur la burqa, est lui-même l'ancien maire de Vénissieux. Accéder aux mosquées a donc été un processus douloureux et ardu en raison des années de surveillance policière et des mesures de sécurité que ces mosquées subissaient. L'ajustement à ces conditions de vie a été difficile. Je trouvais pénible de supporter l'omniprésence des gardes d'*EuroSécurité* dans les bus et les stations de bus. À plusieurs reprises, un garde se tenait à mes côtés pour toute la durée du trajet, me souriait occasionnellement et marchait quelques pas derrière moi lorsque je quittais l'autobus. Les membres des mosquées ont un vif souvenir des descentes de police, des arrestations et des expulsions de dirigeants de mosquée. Trois incidents majeurs ont en effet marqué les Minguettes dans la dernière décennie. Notons d'abord l'arrestation de deux jeunes

hommes qui furent envoyés au camp de prisonniers de Guantanamo (ils furent rapatriés en France en 2004 et 2005 avant d'être accusés d'association criminelle en 2007, puis d'être finalement libérés en appel en 2009). Il y eut également les arrestations de plusieurs membres des familles qui géraient une mosquée dans le projet de logements. Leurs appartements furent fouillés et ils furent accusés d'entretenir des liens avec des militants Tchéchènes. Leur mosquée, en demeura ébranlée et sa réputation entachée. Enfin, Abdelkader Bouziane, l'ancien imam de la mosquée Hasan, fut expulsé en 2004 pour menace à l'ordre public. Cet événement survint après la publication d'une entrevue conduite auprès de lui par un magazine de Lyon dans lequel il était question du droit des hommes de frapper leurs épouses (« seulement en dessous du visage ») dans les cas d'adultère. Il y mentionnait également qu'il souhaitait que la France devienne un pays islamique. Si l'argumentation de Bouziane pouvait légitimement susciter la critique, on soulignera néanmoins que plusieurs de ses propos, cités hors contexte, avaient été délibérément retenus par le journaliste. L'article provoqua un tollé à travers tout le pays, et Bouziane fut expulsé de France après y avoir vécu 25 ans. Selon Ahmed, ancien militant musulman de longue date du quartier, « toute la communauté était effrayée et démoralisée ». Alors que j'effectuais mon travail de terrain à la mosquée Hasan quelques années après cette expulsion, plusieurs personnes à l'extérieur de la communauté de la mosquée m'ont affirmé qu'elles étaient convaincues que des agents de l'État fréquentaient les classes de femmes sur une base régulière, une affirmation que je peinais à croire initialement, mais qui ne me semblait plus si étonnante après avoir partagé en profondeur l'intimité de ces femmes. En effet, quelque soit le degré d'intimité partagé dans la communauté, nul ne connaissait réellement les détails privés de la vie des autres, ce qui alimentait incertitude et méfiance dans la communauté.

Si ce fond de méfiance a imprégné tant mon entrée initiale sur le terrain que les relations plus générales au sein de la mosquée, cette méfiance produit également des effets sur le rapport à l'État et à l'application de la loi. Une de mes répondantes, une femme syrienne qui enseigne à la mosquée Ennour, se plaignait souvent d'avoir à élever sa fille dans un quartier comme Les Minguettes. Sumaiya se plaignait fréquemment, notamment des incendies hebdomadaires de voitures. « Mais, tu sais, je comprends pourquoi nos jeunes se révoltent », ajoutait-elle. « La police les talonne constamment. On entend tout le temps des histoires, et je l'ai vu moi-même. » Elle rapporta diverses histoires locales de disparitions mystérieuses et même de meurtres de jeunes maghrébins (d'origine nord-africaine). « On ne sait jamais, mais je pense vraiment – comme plusieurs d'entre nous – que c'est la police. »

Les Minguettes sont donc connues pour leur hostilité face aux étrangers, chercheurs et journalistes qui, à l'occasion, ont été la cible des jeunes du quartier qui leurs lançaient des pierres. Le climat de stigmatisation a conduit au ressentiment de résidents considérant leur quartier comme un zoo, où l'on est observé et photographié. Un résident m'a expliqué que les femmes sont peut-être plus méfiantes que les hommes envers les étrangers ou les chercheurs, par crainte de s'attirer des ennuis avec leur mari et leurs fils. Le phénomène de la méfiance découle

ici de l'effondrement de la société civile et de l'intrusion intense de l'État, d'où l'importance de protéger la sphère privée.

Mais il n'en a pas toujours été ainsi aux Minguettes. Bien que le quartier ait souffert de la désindustrialisation des périphéries urbaines depuis plusieurs décennies, il a aussi profité, sous l'administration socialiste du président Mitterrand dans les années 1980 et 1990, d'une intense période d'activisme social et de foisonnement des associations citoyennes. Cette période a vu l'émergence d'associations islamiques et de projets initiés par des associations laïques telles SOS-Racisme et DiverCité, activement engagées dans la défense des droits des immigrants. Les premières et les plus grandes manifestations pour le droit et la justice indépendamment de l'appartenance ethnique ont commencé aux Minguettes en 1983.

Bien que peu de gens s'en souviennent, le nom Les Minguettes demeure d'ailleurs associé à ces événements. « Il y avait tellement d'espoir dans ce temps-là » se rappelle Ahmed. « Aujourd'hui, tout ça a disparu. Il n'y a plus rien. » Avec l'Association populaire pour la jeunesse islamique à Vénissieux, Ahmed organisait autrefois des activités hebdomadaires, incluant des fêtes familiales, du tutorat scolaire, des clubs et des sports pour jeunes, des activités parascolaires et des classes de rhétorique. Selon Ahmed, lorsque les jeunes ont commencé à se sentir conscientisés et habilités sur le plan politique, leur présence a parue plus menaçante aux yeux d'André Gerin, alors maire de Vénissieux. Après le 11 septembre, ce réseau d'activistes musulmans a été attaqué par l'État et placé sous surveillance, provoquant son déclin. Ahmed, comme de nombreux activistes, a été placé sur la liste noire des fondamentalistes et terroristes potentiels de Lyon. Sa prise de position pour défendre deux frères envoyés à Guantanamo a contribué à sa notoriété et a conduit à une confrontation publique avec le maire Gerin. Son association s'est ensuite effonfrée. « J'ai une famille maintenant, » dit-il, « des enfants à charge. Je ne peux pas mettre ma famille en danger. Pour nous tous, il devient trop difficile de trouver du travail ou même d'être respectés. Et je suis fatigué. Je ne peux plus continuer ». Il ajoute : « Que voulions-nous lorsque nous étions jeunes ? Sortir de la banlieue. Être le bon Français, avec la bonne baguette. Maintenant il ne reste plus que deux structures aux Minguettes : les trafiquants de drogues et les mosquées. Et les imams de mosquées sont totalement incompétents et non éduqués. Ils n'ont pas les moyens d'être politiquement actifs ou organisés. »

La trajectoire particulière d'Ahmed reflète bien le déclin des structures de la société civile et des espoirs qui rassemblaient les associations islamiques et laïques aux Minguettes. Son histoire montre également le mécanisme par lequel l'État démoralise et brise les réseaux de jeunes et les leaders musulmans, ne laissant dans son sillage qu'un marché de la drogue et des mosquées désorganisées.

La régulation étatique des mosquées et des activistes musulmans a également coïncidé avec l'interdiction du foulard dans les écoles et la montée du discours sur l'oppression des femmes musulmanes. Les conversations dans les mosquées et le port du voile n'étaient plus considérés comme une affaire privée. La plus récente mesure érodant la sphère privée, c'est-à-dire l'attaque contre la burqa, ne

fut donc pas une surprise pour mes répondantes. « Ça recommence », me dit Sara, une répondante portant le niqab avec qui je travaillais étroitement. Étant donné l'histoire des intrusions étatiques dans les banlieues et la surveillance des pratiques islamiques, la défense de la sphère privée est parmi les seules réponses disponibles aux communautés salafistes. En faisant valoir la burqa comme une pratique privée du soi qu'elles tentent de porter dans l'espace public, les femmes salafistes recherchent une déterritorialisation du concept de la sphère privée. Pour l'État, la présence de la burqa dans l'espace public est nuisible à la population et aux femmes elles-mêmes parce qu'elle fait la promotion du sectarisme, du fondamentalisme et de la violence à l'égard des femmes (Assemblée nationale, 2009). Le seul espace que l'État est prêt à céder à la sphère privée est ce qui se passe (ce que les femmes portent) dans les maisons et appartements.

Outre la déterritorialisation de la sphère privée, on constate également la reconfiguration de celle-ci autour du soi et à l'écart de la vie familiale. Il est possible que ce phénomène découle du contexte de désintégration des familles immigrantes dans les milieux urbains. Alors que l'État est pressé d'entrer dans le domaine de la famille musulmane, en insistant sur le fait que les hommes contraignent les femmes à porter la burqa, les femmes salafistes rejettent à la fois l'État et les hommes (ou tout autre membre de la famille) en tant qu'agents de libération. Leur sphère privée s'articule exclusivement autour de leur relation à Dieu et demande, si nécessaire, l'expulsion de l'État et de la famille¹¹.

Alors même que ce scénario conflictuel ne peut caractériser toutes les femmes de la mosquée Hasan, je me suis aperçue très tôt dans mes recherches que le port du jilbab ou du niqab était effectivement le choix des femmes – parfois même contre la volonté de leurs maris, parents ou frères. Alors que la question de savoir si ce sont bien les femmes qui choisissent de porter la burqa domine le débat national, plusieurs femmes de la mosquée Hasan n'étaient pas mariées (et donc pas contraintes par un mari d'adopter la burqa) et/ou provenaient d'une famille non-religieuse. Ce que j'observais alors dans cette mosquée renvoyait précisément au scénario inverse de celui continuellement évoqué par l'État français et la population. Pour certaines femmes, les préjugés et le dégoût de cette pratique avaient des conséquences personnelles douloureuses, particulièrement lorsqu'ils rejaillissaient dans leur propre famille. L'histoire d'Amina, une femme de 29 ans née et élevée en France, mais issue de l'immigration algérienne, est ainsi remplie de regrets et d'anxiété. Séparée de sa famille et sans emploi, elle vivait seule à Vénissieux. Sa famille ne pratiquait pas l'islam et son frère était violent envers elle. Elle entretenait peu de contacts avec sa mère, qui critiquait son port du jilbab en lui disant : « Tu penses que quelqu'un va vouloir te marier, habillée comme ça ? » Bien que d'origine musulmane, sa famille ridiculisait alors sa pratique religieuse, lui refusant tout support tant matériel que psychologique.

Contrairement aux représentations populaires, il existe un nombre important de femmes qui affirment porter le jilbab ou le niqab à l'encontre de la volonté de leur

11. Contrairement à l'antipolitique de la Hongrie, où, comme l'a indiqué Joanna Goven (1993), le travail domestique des femmes permettait aux hommes de participer à la vie sociale et intellectuelle. Autrement dit, l'antipolitisme était essentiellement au service des hommes.

mari. Ahmed, ancien activiste aux Minguettes, raconte l'histoire d'un bon ami : « Sa femme s'obstine à porter la burqa, et ça le rend fou. Il trouve ça complètement gênant. » Pendant une séance à la mosquée Hasan, une femme se situant dans la mi-trentaine, se mit à pleurer devant une cinquantaine d'étudiantes. Elle portait un foulard attachée à la hâte et une robe marocaine ajustée (au lieu d'un jilbab), une tenue inhabituelle pour les étudiantes de la mosquée Hasan. « Mon mari ne veut pas que je porte le hijab », dit-elle. « Il m'insulte et me critique constamment de vouloir le porter. D'autres s'en moquent aussi. Et j'ai un travail à l'administration municipale [de Vénissieux]. Je dois l'enlever pour travailler, je n'ai pas le choix. Je ne sais pas quoi faire. » Incapable de réconcilier son désir de commencer une pratique religieuse plus rigoureuse avec ses contraintes externes, elle affirmait être de plus en plus déprimée.

Malika, une des enseignantes de la mosquée Hasan, était préoccupée et troublée, mais insistait néanmoins sur le fait que le jilbab (ou au moins le foulard) ne sont pas optionnels mais bien obligatoires. Elle demeurait ferme, mais compatissante, lorsque de telles histoires ou questions se présentaient : « Rappelez-vous, les compagnes du prophète étaient toujours ridiculisées et ostracisées. Elles étaient même torturées. Je ne peux pas être le juge de vos décisions, mais tout ce que je peux dire c'est que ce n'est pas un choix, on ne peut dire non à Allah. Tu dois avoir le courage de faire ce que tu crois. Les gens se moquent de moi tout le temps. Ils me tombent dessus, ils sont agressifs et ils me demandent pourquoi je fais ça. Essaie de leur expliquer, simplement et directement, de façon polie. Mais s'ils sont agressifs ou qu'ils te ridiculisent, laisse tomber. Ne leur adresse pas la parole. Dirige ton attention vers l'intérieur. » Malika donnait alors à la femme en conflit avec son mari les coordonnées d'un Sheikh en Arabie Saoudite pour qu'il puisse parler à celui-ci (La stratégie habituelle lorsque de tels problèmes se présentent est de tenter toutes les avenues possibles pour une réconciliation. Si, ultimement, un mari fait obstacle à la pratique islamique de sa femme, elle a alors le droit de demander le divorce).

Comme en témoignent les conversions de Françaises à l'islam salafiste et les expériences des « *born again* », la reconfiguration salafiste de la sphère privée se détourne de plus en plus de la structure familiale (Roy, 2006). On explique traditionnellement la croissance du salafisme dans les banlieues défavorisées de la classe ouvrière par l'intérêt qu'il représente pour les fils et les filles d'immigrants marginalisés (Césari, 2002). Ayant soufferts de la perte de leur identité culturelle et de l'exclusion de la société française, ces jeunes hommes et jeunes femmes sont attirés par le salafisme pour les nombreuses ruptures qu'il exige et célèbre – dont la rupture des liens familiaux, de la culture de la rue et de la société française non-musulmane (Roy, 2006). Les jeunes marginalisés des banlieues de la classe ouvrière, incluant ceux qui ne sont pas issus de l'immigration, ne se sentent pas intégrés dans la culture ou dans la société et deviennent favorables aux redéfinitions que le salafisme impose à leur existence¹². On a souvent estimé que l'islam salafiste

12. Bien que mes recherches aux Minguettes corroborent largement ce phénomène, je souhaite mettre l'accent sur l'exclusion sociale et l'hostilité de l'État (au-delà du rôle de la mondialisation) en définissant le contexte du succès des salafistes.

en France reflèterait un détachement de l'islam et de l'ethnicité (Roy 2004, 2006). Comme l'a proclamé Mélissa, une des nombreuses jeunes converties rencontrées : « J'ai tout abandonné. J'ai quitté ma famille, tout ce que je connaissais, quand je me suis convertie à l'islam. »

Ce détachement de l'islam et de l'ethnicité est un procédé dynamique qui est explicitement discuté à la mosquée. J'ai ainsi été témoin à la mosquée Hasan de la discussion suivante entre Malika, qui enseignait ce jour là, et les étudiantes :

Étudiante 1 : Qu'en est-il d'une personne arabe, musulmane, mais qui ne prie pas, mais qui jeune pour le Ramadan? Elle va aller en enfer ou au paradis?

Malika : Personne ne peut dire qui va au paradis et qui va en enfer. Mais elle ne croit pas? Elle n'a pas la foi?

Étudiante 1 : Non...

Malika : Alors c'est un *kafir*. Il y a des musulmans avec une foi faible, et puis il y a ceux qui ne croient pas. Si elle ne croit pas, elle est un *kafir*. C'est sans importance si tu es arabe ou si ton nom est Mahomet ou Abdallah.

Étudiante 2 : À une autre mosquée où je vais, l'imam a dit que nous ne devrions pas étiqueter comme « *kafir* » les gens nés musulmans.

Malika : Présentement en France, malheureusement, tu fais ce que tu veux, peu importe la *sunnah* (la voie du prophète). S'il croit mais qu'il pêche quand même, alors nous n'avons pas le droit de l'appeler *kafir*. Mais penses-tu qu'un Arabe qui ne croit pas est plus musulman qu'un musulman pratiquant dont la famille est d'origine catholique ou athée? Je ne le crois pas du tout.

Dans cette discussion, Malika établit clairement sa position par rapport à l'identité ethnique qui, selon elle, n'a rien avoir avec le fait d'être croyant. Ce qui importe, c'est plutôt l'état de sa foi. Comme nous l'a souvent dit Malika durant ses classes, personne ne peut prendre pour acquis son statut de musulman simplement parce qu'il (ou elle) est issu d'une famille nord-africaine. Cette caractéristique distingue le mouvement salafiste de l'islam en général, mais également du discours de la classe moyenne dont la position sur la question de la définition de l'identité musulmane est plus ambiguë. On peut également comprendre ce phénomène à travers la notion de la reconfiguration de la sphère privée. Le statut de musulman, pour les salafistes, n'est pas relié à l'adhésion à un groupe ou à une famille élargie, mais bien à une orientation introspective et à un ensemble de croyances – des caractéristiques intrinsèquement privées. Les familles sont souvent un obstacle à la relation personnelle à Dieu. C'est ainsi que la défense et l'agrandissement de la sphère privée contre un État intrusif et paternaliste sont cruciaux pour l'antipolitisme. Dans le cas présent, les femmes sont impliquées dans un antipolitisme qui va à l'encontre de la puissance de l'État et, parfois, de leur famille.

◆ REPLI SUR LES REPAIRS DE LA COMMUNAUTÉ MORALE

Ironiquement, le jilbab et le niqab sont perçus comme un rejet hostile de la sociabilité de la part de celles qui le portent (Assemblée nationale 2009), alors

que celles-ci sont en réalité exclues de l'éducation secondaire et de l'emploi (pas légalement, mais dans les faits), mais sont aussi fréquemment victimes d'ostracisme social. Comme dans les théories de l'antipolitisme, les femmes salafistes défavorisées se replient sur les repaires (Konrád, 1984, p. 203) d'une communauté privée semi-organisée afin de trouver un support moral et se réfugier dans la politisation de leur pratique et, dans ce cas-ci, des conflits avec les hommes de leur vie. Bien que plusieurs femmes mariées que j'ai rencontrées partagent un lien affectif étroit avec leur mari salafiste, on décelait néanmoins une certaine tension entre les hommes et les femmes de la mosquée Hasan. La présence régulière de nombreuses femmes à la mosquée, alors même qu'on tentait de garder les hommes et les femmes séparés, causait parfois problèmes. À titre d'exemple, le fait que des hommes effectuaient occasionnellement des réparations sur une façade de la mosquée située au niveau de l'entrée des femmes occasionnait un inconfort partagé, cela parce que la séparation des genres était transgressée. On m'a raconté, par personne interposée, que certains hommes éprouvaient du ressentiment à l'égard des organisations et des dirigeantes féminines – trop actives – de la mosquée Hasan.

En tant que forme d'action antipolitique, l'islam salafiste en banlieue lyonnaise opère généralement à travers des réseaux informels d'amis; il est décentralisé et manque de gouvernance claire, s'appuyant plutôt sur les enseignants et les *Sheikhs*. La nature individualisée du salafisme provoque un recul des associations formelles de la société civile chez les musulmans défavorisés alors que les relations personnelles et privées sont privilégiées. Cela renvoie ainsi à l'épuisement de l'antipolitisme des associations publiques qui est survenu à l'époque de Konrád, alors que le temps libre et la vie sociale étaient essentiellement sous le monopole de l'État (Konrád, 1984, p. 204).

Dans une certaine mesure, c'est le contexte de pauvreté et de mécontentement de plusieurs de ces femmes qui les relie et les rend étonnamment très accueillantes. Bien que les femmes étaient isolées de la majeure partie de la société, leurs rencontres fréquentes à la mosquée représentaient une tentative de construire une communauté d'entraide, tout spécialement à la lumière de la marginalisation dont elles font souvent l'objet. L'approche de la pratique religieuse aux mosquées Ennour et Hassn reflète bien cette tension et ce sentiment d'urgence. Pendant les prières, par exemple, il y avait une préoccupation obsessionnelle de se tenir ensemble, épaule contre épaule. J'ai même parfois failli tomber à terre alors que des femmes me prenaient le bras pour me tirer vers elles. J'ai eu l'impression que les membres de la communauté s'entassaient pour mieux se protéger. « Il ne peut y avoir de distance entre nous [selon les enseignements du Prophète] », m'a-t-on dit. « Si nous restons près les unes des autres, *shaitan* [le diable] ne pourra pas passer entre nous. » Cette impression de protection coexistait avec une profonde incertitude et avec le sentiment de méfiance évoqué plus haut. Les femmes s'encourageaient mutuellement sur leurs voies spirituelles, partageaient leurs enseignements et leurs idées à propos de l'islam, et pouvaient sympathiser en partageant leurs sentiments quant à la stigmatisation dont elles étaient victimes; le tout sans qu'il y ait pour autant une ouverture et une confiance complète.

La tendance au repli s'exprimait parfois par la croyance en un phénomène de possession par des esprits, nommés *jinn*s. Un dimanche, Yasmine, une jeune femme qui fréquentait régulièrement la mosquée Hasan, commença soudainement à parler de façon incompréhensible et à trembler. Elle se mit soudainement à crier, à pleurer, à déchirer ses vêtements et de l'écume sortit de sa bouche. Tout le monde était extrêmement effrayé. Malika agrippa Yasmine et la tint en place solidement. Elle récita à voix haute l'*Ayat-ul-Kursi*, un verset important du Coran couramment récité afin d'invoquer une protection ou au cours des bénédictions. La récitation de ce verset est censée pouvoir diminuer les dangers. Alors que Malika la tenait fermement, Yasmine se calma. Malika expliqua que les esprits mauvais existaient bel et bien, sans que l'on sache précisément pourquoi, et insista pour que l'on s'assoie plus proche les unes des autres et que l'on entoure cette jeune femme afin de la protéger. Les femmes se rapprochèrent et formèrent alors un cercle serré. La semaine suivante, Amel, une autre étudiante, s'effondra sur mes genoux en frémissant et en pleurant. Même après avoir réussi à la calmer, elle continuait à gémir pendant deux heures.

L'enseignante nous répétait souvent : « Cette sœur est très malade. Comme Allah a créé les humains, il a aussi créé des esprits que nous ne pouvons voir. Ils viennent ici justement pour nous effrayer, pour vous empêcher de venir ici. Mais, *inshaAllah* (à la volonté de Dieu), vous allez continuer de venir aux classes. N'ayez pas peur de cette sœur et priez pour elle. » J'abordai ce sujet avec Nasreen, une femme qui avait été formée à l'exorcisme (*roqaya*). « Comment pouvons-nous être sûres qu'Amel n'est pas simplement malade dans sa tête ? » « Non, non », me dit Nasreen, « ce n'est pas Amel qui gémit et qui tremble, c'est le *jinn*. Amel n'est pas comme ça dans la vie de tous les jours. Mais pense au courage qu'elle a de continuer à venir ici. J'avais une amie qui venait aux classes l'année passée jusqu'à ce qu'elle soit possédée. Ça l'a tellement effrayée, elle ne pouvait vraiment pas le supporter. Elle est partie et n'est jamais revenue ». Personnellement, j'ai plutôt tendance à croire que ces manifestations physiques avaient pour but d'évacuer le stress de façon acceptable dans ce contexte religieux et d'attirer l'attention et la sympathie. Mais quoi qu'il en soit réellement, ces épisodes ont visiblement resserré les liens entre les membres de la communauté, et nous étions incitées à revenir à la mosquée et à nous tenir assises rapprochées les unes des autres.

Si les femmes donnaient et recevaient un encouragement moral et religieux, elles ne pouvaient que peu partager sur le plan matériel. En raison du port du jilbab, les femmes salafistes des Minguettes faisaient en effet l'objet d'ostracisme économique et social, peu d'employeurs recrutant des femmes portant le hijab, et encore moins celles portant le jilbab. La précarité économique, particulièrement dans le cas des femmes non-mariées, était un obstacle quotidien et une source de stress. La plupart des femmes non-mariées que j'ai rencontrées cherchaient un emploi de domestique, l'un des rares emplois où elles sont parfois autorisées à porter leur vêtement religieux. Amina cherchait du travail et était de plus en plus déprimée par sa situation. Alors même qu'elle me vantait souvent les bienfaits d'une pratique islamique rigoureuse, c'est toutefois avec beaucoup de honte qu'elle m'a

un jour avoué être incapable d'arrêter de fumer à cause de sa dépression. Durant une nuit de Ramadan à la mosquée, elle a ainsi du sortir discrètement pour fumer. (Le statut du tabagisme en islam n'est pas clair : les musulmans en général ne considèrent pas que le fait de fumer soit un péché, mais la communauté salafiste étudiée affirme qu'il en est bien un puisque fumer est du gaspillage en plus d'être néfaste pour la santé.) Je me suis également retrouvée dans une situation incongrue alors que je l'accompagnais la nuit sous la pluie à la recherche d'un endroit où elle pourrait assouvir son envie. Nous devions chuchoter dans l'obscurité d'une entrée d'immeuble, Amina étant vêtue de son jilbab noir, un paquet de cigarettes Marlboro à la main. J'ai dû ensuite vaporiser son jilbab d'une demi-bouteille d'eau de toilette pour masquer l'odeur de cigarette. « Qu'est-ce que je peux dire? » me dit-elle. « Je suis déprimée. Je n'ai pas d'emploi, je suis seule, alors je reste dans l'appartement toute la journée et je fume. Nous avons tous notre propre voie, mais s'il te plait, ne le dis à personne de la mosquée. » Compte tenu de ses problèmes financiers, Amina avait hâte de se marier pour pouvoir dépendre de son époux. Le mariage, encouragé de façon générale par l'islam et plus particulièrement par le salafisme, représente aussi une solution pratique à la difficulté de trouver un emploi quand on porte le foulard. Le fait qu'Amina était une fumeuse invétérée s'avérait ainsi dangereux en ce que l'information, si elle devait se mettre à circuler, aurait pu entacher sa réputation et rendre encore plus difficile la recherche d'un mari.

Après avoir été congédiée par une compagnie téléphonique, Amina subsistait grâce à ses allocations de chômage, mais ses prestations allaient prendre fin dans quelques mois. Elle se préparait alors à vivre de l'assistance sociale, c'est-à-dire avec un montant de 450 euros par mois alors que son loyer lui en coûtait déjà 250. Elle commençait à s'inquiéter à l'approche de cette échéance, « mais je sais qu'Allah me guide et que je ne devrais pas avoir peur. Malika nous dit toujours de ne pas s'inquiéter et de faire confiance à Dieu. C'est ce que j'essaie de faire. Ça fait toujours du bien de l'entendre dire ça ». Amina, comme bien d'autres femmes, en était venue à dépendre de l'encouragement moral et de la routine hebdomadaire de la mosquée Hasan. Lorsque les classes étaient annulées, elle était particulièrement déçue.

L'exclusion économique dont souffrent les femmes salafistes n'est pas sans rapport avec leur retrait du système d'éducation. Un nombre considérable de jeunes femmes rencontrées à la mosquée Hasan avaient abandonné leurs études secondaires après que la loi de 2004 interdisant le port du foulard dans les écoles publiques avait été adoptée. Après une classe, j'ai eu une discussion dans le métro avec Fatima, une Franco-Algérienne qui avait abandonné ses études secondaires après la première année. Nous nous parlions tout bas à l'oreille telles deux parias très sensibles au regard des autres :

Parvez : Je déteste les regards comme ça. Est-ce que tu trouves ça difficile?

Fatima : Bien sûr, mais je ne m'en rends même plus compte. Je ne me sens plus mal ; c'est plutôt quelque chose que les débutantes ressentent. Au début je le voyais très bien qu'ils pensaient que j'étais étrange ou folle. Puis, j'ai réalisé que c'est eux qui sont fous et qui ont un problème.

Parvez : Est-ce que c'était ta décision de quitter l'école ou celle de tes parents ?

Fatima : C'était ma décision. J'étais fatiguée d'enlever tout le temps mon foulard à l'entrée de l'école, et je commençais à me sentir très inconfortable. J'ai expliqué à ma mère que je ne voulais plus y aller. Elle était déçue, mais elle a compris. Tu sais qu'il y a eu une crise autour de cette question depuis les cinq dernières années. J'ai tout simplement lâché. Je me sentais déconnectée du monde de l'école et des étudiants. Et puis j'ai commencé à travailler comme femme de ménage dans un bureau de la banlieue, et je n'ai pas à retirer mon hijab. Je sais comment les choses fonctionnent maintenant et je peux naviguer dans le monde de l'emploi. Ma vie est remplie. J'ai du temps libre, mais je suis occupée avec mes études islamiques.

À 22 ans, Fatima avait déjà vécu plusieurs années de conflits intérieurs en raison de ses décisions et de sa conversion graduelle à une pratique islamique rigoureuse. Elle était fière de gagner de l'argent en tant que femme de ménage, mais même cet emploi présentait sa part d'ennuis : elle se plaignait souvent de la brusquerie des autres femmes avec qui elle travaillait : « Une d'elles est Maghrébine [d'origine algérienne et ne pratiquant pas l'islam]. Parfois ce sont les pires. Elle se moque de moi lorsque je travaille. J'essaye de l'ignorer. J'essaye de me faire transférer à un poste où je pourrais travailler seule et en paix. » Par ses études islamiques, Fatima tentait de compenser pour le sentiment d'aliénation qu'elle éprouvait à l'égard de la société française. Les classes de la mosquée Hasan apportaient une structure et une cohérence à son existence. « Deux fois par semaine, c'est bien. Deux fois par semaine, c'est correct », marmonna-t-elle alors que nous la reconduisions à son appartement : deux séances, c'était juste assez pour supporter le reste de la semaine.

Fatima et sa sœur aînée Sara, qui avait elle aussi quitté l'enseignement secondaire, estimaient que leurs études intensives de l'islam étaient un substitut important et satisfaisant à leur éducation laïque, cela même si elles auraient pourtant souhaité pouvoir terminer leurs études secondaires ou même poursuivre des études universitaires dans un contexte où leur pratique religieuse aurait été tolérée. Pendant un cours à la mosquée Hasan, alors que l'enseignante discutait de la compatibilité de la connaissance scientifique avec l'islam, une étudiante a demandé jusqu'à quel point il était acceptable de se consacrer aux sciences et aux hautes études sans avoir comme objectif de promouvoir l'islam. L'enseignante lui répondit de façon ambiguë, en citant que « *Allahu Alim* seul Allah sait [la relation entre le savoir mondain et le progrès spirituel] ». « Mais nous savons toutes », elle ajouta, « qu'ici pour nous [en France], ce n'est pas possible, c'est clair ».

Outre la marginalisation résultant du chômage et de la pauvreté, les femmes se retrouvent également constamment stigmatisées en raison du port du vêtement religieux. Regards méprisants et railleries font, tant dans la rue que dans les transports en commun, partie de l'expérience de toutes les femmes rencontrées... et elles y étaient accoutumées. J'en ai été témoin à maintes reprises. Alors que je marchais vers l'épicerie avec Sabine, une Française convertie et portant un jilbab brun noyant pratiquement sa silhouette particulièrement svelte, celle-ci affichait une attitude nonchalante alors même qu'elle ne passait pas inaperçue et que de

nombreux regards fusaient vers elle. Nous nous tenions à un passage pour piétons dans Les Minguettes quand je vis deux hommes dans un camion qui la pointaient du doigt en riant. J'étais furieuse, mais elle s'en moquait. À une autre occasion, j'attendais le train avec Amina et Nasreen qui toutes deux portaient le jilbab. Une femme bouscula Amina alors qu'elle s'apprêtait à monter à bord. Je ne compris pas tout de suite ce qui se passait tant j'étais incrédule. « Tu penses vraiment que c'est à cause de ton jilbab ? », lui demandai-je. « Absolument. Il n'y a aucun doute. Elle tente simplement de me provoquer. Elles ont vraiment de la haine. » Amina et Nasreen m'expliquèrent que de telles situations faisaient tout simplement partie de leur vie de tous les jours.

La sœur aînée de Fatima, Sara, était fortement contrariée par l'attitude des Français envers les musulmans. Ayant choisi de porter le niqab, Sara était directement affectée par toute interdiction du port de la burqa. Une semaine après l'avoir rencontrée, une des banques du quartier des Minguettes afficha à sa porte une enseigne représentant une femme en niqab marquée d'un X. Sara remarqua : « Je m'attendais à ça. Mais ce qui est le plus dérangeant, c'est que ce sont d'autres musulmans qui font ça. Ce sont des vendus. Je déteste le fait que ce soit eux qui nous représentent [auprès de l'État], qui parlent pour nous. En fait, ils ne nous représentent pas du tout [nous, les gens de la banlieue]. » Sara critiquait ici les quelques associations musulmanes et les institutions telles que la Grande Mosquée de Paris qui avaient annoncé son soutien à la commission débattant de la burqa à l'Assemblée nationale.

Sara et Fatima se souviennent clairement des attaques contre le hijab, à l'époque où la loi sur le foulard était débattue en 2004. J'ai demandé à Sara ce qu'elle ferait si une interdiction de porter la burqa dans les institutions publiques, ou même ailleurs, devait être adoptée. « Je vais partir d'ici. Mon mari et moi regardons pour trouver une maison en Algérie. On n'en peut plus de la France. J'ai passé une année en Égypte il y a quelques années et j'étais tellement plus heureuse dans un pays musulman. » Avec le temps, j'ai perdu le compte des femmes qui, exaspérées de la stigmatisation dont elles faisaient l'objet, affirmaient qu'elles seraient plus heureuses dans une société musulmane. Comme l'a dit Fatima, « en fin de compte, nous devons retourner dans un pays musulman. Tu vois la façon dont les gens nous regardent et nous détestent. Pourquoi vivre comme ça ? » Alors que je lui demandai si la France lui manquerait, elle réfléchit un moment : « Oui, l'euro va me manquer » me dit-elle. « Mais je n'ai pas besoin de grand-chose pour être heureuse dans la vie. » Elle rit : « Nos parents ont quitté l'Algérie pour la France et, trente ans plus tard, leurs enfants veulent quitter la France pour l'Algérie. » Si plusieurs femmes salafistes émigrent dans d'autres pays comme l'Égypte ou le Yémen, ne serait-ce que temporairement, pour d'autres ce n'est pas réaliste. Fatima avoua que de s'adapter à un pays défavorisé tel que l'Algérie pourrait être trop difficile malgré les conditions de pauvreté et de marginalité auxquelles elle faisait face en France. Fait intéressant : alors qu'elle était en Algérie pour le Ramadan, elle me contactait régulièrement pour prendre des nouvelles du groupe et les classes de la mosquée Hasan qui lui manquaient beaucoup. Les étudiantes comme Fatima en

sont arrivées à dépendre de ces enseignements devenus essentiels à la création de leur communauté morale, et par conséquent au désengagement de l'espace public qui définit leur antipolitisme.

◆ ATTEINDRE LA SÉRÉNITÉ DANS UNE « VIE DE SOUFFRANCE »

Dans cette section, je présente les thèmes marquants de plusieurs mois de classes de femmes à la mosquée Hasan. La plupart des enseignements abordaient le développement de la patience (*sabr*) face à la souffrance, et les moyens permettant de trouver le bonheur dans une vie intrinsèquement définie par la souffrance (la vie *musibah*). Selon mon expérience dans les mosquées de classe moyenne et de l'islam des banlieues de la classe ouvrière, cet accent sur la temporalité de la vie et sur la souffrance est propre à la communauté salafiste des mosquées les plus défavorisées. En l'absence de sociétés civiles islamiques fortes dans les banlieues et face aux obstacles majeurs à la stabilité économique, ainsi qu'à l'éclatement de la famille, le message de patience et de sérénité rejoignait directement plusieurs de ces femmes touchées par des situations affligeantes. Ceci reflète clairement une des principales positions existentielles qui caractérisaient l'antipolitisme de l'Europe de l'Est : des conditions spirituelles décentes et la quête d'une vérité personnelle étaient essentielles afin de conserver sa dignité face à un État corrompu et oppressif (Renwick, 2006). L'antipolitisme était moins un espoir pour le futur qu'un « respect pour le présent » (Konrád, 1984, p. 185), valorisant le privé et « pouss[ant] l'État hors de nos cauchemars afin d'en avoir moins peur » (p. 230). Pour les femmes salafistes, faire confiance à la volonté divine – et donc développer sa sérénité – était présenté comme la clé de la croissance de la foi. Ce principe était couramment employé pour réduire l'anxiété et les regrets des femmes : « Tout est entre les mains d'Allah », disait Malika. « Lorsque tu acceptes ça, que tu appliques ça, et que tu arrêtes de vivre dans le domaine de l'imagination [des peurs imaginaires], alors tu peux dormir tranquille. » Elle affirmait alors : « Tu peux dormir traaaaanquille... »

Afin de parvenir à la foi parfaite, l'on doit continuellement travailler à réformer son cœur et, ce faisant, à privilégier ses états intérieurs privés. En effet, l'accent était mis sur la nature privée et personnelle de la foi : on considère qu'il est interdit de se vanter de ses pratiques islamiques, telle que le jeûne ou la charité, ou même de supposer que son cœur est pur. Porter le jilbab était perçu comme une obligation et non comme une preuve de pureté intérieure de la foi. Contrairement aux stéréotypes locaux qui prétendent que les salafistes sont obsédés par les pratiques extérieures et le port de certains vêtements, Malika affirmait : « Regarde, je ne juge jamais personne pour leurs pratiques. Je ne sais pas pourquoi d'autres pensent que nous sommes obsédées par le jilbab. C'est juste une pratique. Tu peux avoir une pratique extérieure parfaite et aucune foi, et vice versa. »

Le but ultime de réformer et de « nourrir » son cœur, par la prière et la pratique, était de ressentir l'amour de Dieu. Il s'agissait là de la clé pour avoir une foi complète en tant que musulmane. Ce sentiment d'amour est un concept nébuleux dans ce contexte, et les femmes demandaient souvent ce qu'il signifiait.

Les enseignantes mettaient l'accent sur l'idée qu'il ne s'agissait pas d'une simple question de pratique extérieure, mais bien d'un état du cœur que l'on atteint ou dont Dieu nous fait grâce. Une profonde compassion, par exemple, existe dans le cœur et il s'agit d'une vertu religieuse importante qui reflète l'amour de Dieu. Mais personne ne sait réellement l'état dans lequel est son propre cœur ou celui des autres. Dalel, une des enseignantes à la Mosquée Hasan, nous a plusieurs fois raconté l'histoire d'une femme juive prostituée (au temps du Prophète Mahomet). Tel que raconté dans les paroles (*hadith*) du Prophète, cette femme offrit un jour un bol d'eau à un chien malade alors qu'elle souffrait elle-même de la soif. Selon le Prophète, tous ses péchés furent alors pardonnés sur la base de cet unique acte de compassion. « Mais », Dalel nous rappelait alors : « Tout le monde ne glorifie pas Allah à travers la compassion du cœur, comme elle l'a fait sans même le savoir. C'est en fonction de ce qui est dans le cœur de chaque personne. Tout le monde est particulier. Afin d'être pardonné pour un grand péché comme l'adultère, par exemple, il faut regretter (*tawba*) et faire de bonnes actions. Mais les regrets et les actions sont faibles s'ils sont faibles dans ton cœur. »

Les femmes discutaient souvent de ce que signifiait avoir des regrets et sur le fait qu'éprouver des regrets (pour un péché) ne serait reconnu par Dieu que si l'on est sincère. Il existe donc des pratiques, des prières et des réformes dans la vie de tous les jours afin d'exprimer le regret, mais c'est seulement lorsqu'on ressent vraiment des remords que le péché peut être pardonné. Les étudiantes demandaient souvent : comment peut-on réformer son cœur ? La réponse ambiguë présentait un mélange de pratiques physiques, de bonnes actions et de prières – plus spécifiquement la supplication à Dieu afin qu'il renforce la foi. Il y avait en effet des moments où les femmes repassaient en détail la pratique physique avec inquiétude. On reconnaissait cependant qu'une préoccupation excessive à propos des comportements pouvait être nuisible. Dalel a un jour répondu à plusieurs questions spécifiques sur la prostration physique aux fins de pardon. Au bout du compte, elle rejetait les questions : « Écoutez, par-dessus tout, quand tu pries, tu dois être remplie de joie. C'est quelque chose de primordial. Mes sœurs, faites attention de ne pas vous empêtrer dans les détails au point d'oublier ce qui est en fait primordial. »

Le cœur est renforcé par les bonnes actions et la prière, mais aussi par la pratique de la patience (*sabr*) et de la confiance en la volonté divine face aux adversités de la vie et, ultimement, face à la fatalité de la mort. « Ne pas accepter la fatalité de la mort, blâmer Allah est péché et ignorance. C'est comme prendre les caractéristiques du *kafir* [non-croyant] à l'intérieur de nous. Se lamenter de la mort est une contradiction du *sabr*. Le mot *sabr* est dérivé du mot "emprisonné". Imaginez, si quelque chose de tragique se produit, tu peux perdre le contrôle et te comporter en folle, te jeter à terre. Imaginez plutôt que vous ramenez vos bras vers vous, que vous vous tournez vers vous-mêmes, et que vous "emprisonnez" cette partie de vous et restez calme. *Sabr* est comme une médecine amère qui amène pourtant la douceur et la sérénité. Quand quelqu'un meurt – surtout dans les pays arabes – on voit les femmes en colère déchirer leurs vêtements et crier : "Oh malheur à moi!"

Se frapper, se griffer le visage, déchirer ses vêtements, n'est pas permis. Allah seul donne la vie, et Allah seul peut la reprendre. »

L'acquisition de la patience et « l'emprisonnement » de la douleur permettent de conserver sa dignité ce qui, selon moi, s'applique à toutes les situations de souffrance. C'est souvent à travers les tribulations que la patience est mise à l'épreuve et que l'on doit tenter de renforcer son cœur. Une femme a demandé à Malika : « Qu'en est-il si je pense qu'Allah me donne plus d'épreuves que j'en mérite ? Je n'ai pas péché tant que ça, après tout. » Et Malika de répondre : « On n'a pas le droit de dire ça ou de nous autoproclamer, ou de proclamer quiconque, pécheur ou non. Allah teste l'état de nos cœurs, et c'est tout. Pourquoi souffrons-nous de maladie ? Le Prophète dit : "Pour mettre nos cœurs à l'épreuve." Et pourquoi ? "Pour augmenter notre récompense." Malgré l'agonie, notre récompense sera encore plus grande. » Suraiya, une Française convertie, demanda : « Mais comment pratique-t-on *le sabr* [la patience] ? Comment est-ce que je peux l'appliquer ? » « À travers le langage, par exemple », répondit Malika. « Ne vous lamentez pas et ne vous plaignez jamais de votre situation. Dans vos supplications, demandez à Allah qu'il ouvre continuellement votre cœur et vous aide à développer la patience. »

L'idée de ne jamais se plaindre s'inscrit dans un modèle plus vaste d'enseignements à propos de la parole et des interactions sociales. Plus spécifiquement, sur la base de l'étude des enseignements du Prophète, nombre de comportements sont considérés comme des péchés, à l'instar du commérage, des questions indiscreètes, des commentaires embarrassants, des mensonges et du partage d'informations douteuses. « En général », dit Dalel, « ce n'est pas bien de trop parler. Si je parle beaucoup, de tout, de n'importe quoi, j'oublie tout *dhikr* [souvenir] d'Allah ». Ce message relatif à la parole et au comportement social m'a permis de mieux comprendre la culture de cette communauté. Comme la plupart des observateurs, j'avais tendance à voir les femmes en burqa comme des êtres peu sociables. J'ai cependant compris que plusieurs de ces femmes voulaient simplement intégrer ce message à leur comportement dans le but d'atteindre le *sabr* et la dignité. Préserver leur intimité par le silence était essentiel dans leur relation à Dieu. Bien que cela fasse partie de leurs enseignements, il est en même temps difficile de comprendre le phénomène de leur peur de la surveillance et de leur manque de confiance sociale.

Les enseignements donnés dans plusieurs mosquées s'articulaient autour du *sabr* face à l'adversité – voire face à la tragédie –, on ne peut s'empêcher de se demander s'il est possible d'atteindre le bonheur dans la vie *musibah* (la vie de souffrance). Malika a elle-même posé cette question et y a consacré plusieurs séances, en se basant sur les écrits de Sheikh Sa'di dans un petit livre intitulé *Les Clefs pour une Vie Heureuse*. Plusieurs d'entre nous en possédaient une copie. Malika nous a ainsi interpellées :

« Il est possible de trouver le bonheur dans cette vie de souffrance (*musibah*). Dans la peine et dans le malheur, que doivent faire des croyants [musulmans] ? C'est de reconnaître la joie quand elle est là, de la ressentir dans ton cœur.

Seul les vrais croyants reconnaissent que ces bénédictions viennent d'Allah, que nous avons nos yeux et nos oreilles, que nous pouvons manger et boire. On peut espérer autre chose dans cette vie, mais il est *obligatoire* d'être satisfait de tout ce qu'Allah a donné pour la vie, même la malchance, même les grandes catastrophes. Mon père, en Algérie, est un homme vieux et pauvre. Mais il est serein, heureux d'être vivant. On voit des sourires aux visages de tous ces pauvres vieux dans nos pays [du Maghreb]. Pas en France. Même avec les bienfaits, c'est une source de malheur, de soucis. Pour tous les humains, la quête de la paix est innée. Mais nous avons l'aide d'Allah et de la foi. Nous reconnaissons la joie, et cela vient d'Allah. C'est la principale différence entre les croyants [*le mumin*] et les non-croyants [*kafirs*]. »

Selon Malika et d'autres enseignantes, c'est seulement à travers l'amour de Dieu et la patience que l'on peut atteindre le bonheur (*la vie heureuse*) et incarner l'état d'être musulman. Pour cette communauté de femmes, ce principe était particulièrement significatif, compte tenu de la multitude d'obstacles dans leur vie. Malika avait elle-même une fille de 10 ans qui était handicapée physiquement et mentalement. Je la voyais parfois dans sa chaise roulante bon marché; plusieurs d'entre nous l'aidaient affectueusement à faire ses travaux lorsqu'elle venait à la mosquée. L'expérience propre de Malika rendait ses conférences sur la sérénité et la foi plus convaincantes.

Malika, Leila (une autre enseignante) et Dael traitaient de thèmes tels que l'importance de vivre dans le moment présent, l'oubli du passé et l'importance de ne pas s'inquiéter pour l'avenir. Une fois de plus, l'accent était mis sur des thèmes qui correspondaient aux inquiétudes et aux peurs de plusieurs de ces femmes. Dans l'extrait suivant, l'enseignante rappelle aux femmes qu'elles ne peuvent choisir le tracé de leur vie et qu'elles doivent continuellement conserver une discipline afin d'avoir confiance en Dieu, et ainsi être sereines. On y retrouve également l'inventaire des préoccupations des femmes, dont le chômage et le fait d'avoir des enfants. Trouver un mari était également une préoccupation constante.

« Tu dois toujours travailler sur toi-même, réformer ton cœur et ton comportement. Si ton cœur est en paix, alors l'angoisse et la tristesse disparaissent. Tu n'as pas de travail, tu es inquiète par rapport à l'avenir, à ta retraite, à ce que tu feras lorsque tu auras soixante ans? Ou tu n'as pas d'enfant ou de mari et tu t'inquiètes de qui va prendre soin toi quand tu seras vieille. Mais on ne peut connaître l'avenir. Seul Allah le sait – personne d'autre ne peut y avoir accès. Personne ne peut faire quoi que ce soit pour intervenir à part travailler sur soi-même. Et on ne sait même pas – on pourrait bien mourir avant que ces situations se présentent. Alors ne gaspillez pas votre temps à vous inquiéter de ce que vous ne confronterez peut-être jamais. »

Les deux extraits suivants, tirés de deux moments différents, soulignent l'importance de laisser de côté ses douleurs du passé et ses peurs. La peur était souvent présentée comme une tentation du diable, destinée à écarter la personne de sa foi en Dieu et du moment présent afin de l'attirer vers la maladie :

« Le quatrième point dont nous avons discuté à propos de la vie heureuse est d'oublier les choses désagréables du passé. Qu'est-ce que ça veut dire? Ça ne veut

pas dire être amnésique. Être humain signifie être constitué de son passé. Tu ne peux pas *oublier* mais tu ne veux pas que la tristesse remonte à la surface. Tu dois faire un effort dans ton cœur, faire un effort de combat, fermer la porte, quand la tristesse remonte. La foi est un acte du cœur – ne la laisse pas sombrer dans le domaine de l’imagination. Aussitôt qu’un individu tombe dans le domaine de l’illusion, il sombre dans la dépression nerveuse et les maladies du cœur. Généralement, nos peurs n’ont aucune raison d’être. Combien de gens s’imaginent des problèmes? Une mère ne cultive pas la peur de l’obscurité chez son enfant ; elle essaie plutôt de l’amener à comprendre que c’est imaginaire. Tu dors seule la nuit, tu entends un bruit, et ton imagination s’emballe. Ou bien la peur de perdre ton enfant est si forte que tu es trop anxieuse au parc – tu as peur qu’il disparaisse alors qu’il est juste à tes côtés. Dès que l’individu tombe dans le domaine de l’illusion, il va tomber dans la dépression nerveuse et les maladies du cœur, et dans certains cas, l’hypochondrie. Si tu as confiance en Allah, toutes les maladies du cœur ou du corps peuvent disparaître. Il y aura un apaisement dans ta poitrine et une joie indescriptible. Allah est le créateur du soleil, de la lune, de la terre – et c’est pourquoi je lui fais confiance plus qu’à quiconque. Il est suffisant. »

Ce passage démontre tout particulièrement l’extrême importance accordée à la relation personnelle à Dieu. Quand Malika mentionne qu’il faut faire confiance à Dieu par-dessus tout, elle fait explicitement référence aux autres systèmes de croyances, aux autres personnes, aux technologies et à l’État. Étant donné la prévalence de ces thèmes dans les classes de femmes à la mosquée Hasan, il m’apparaît clairement que ces femmes travaillaient à atteindre l’état dit de *foi complète*, et que ceci s’articulait autour de leurs aptitudes à atteindre la sérénité et à vaincre leurs peurs. Ainsi, leurs convictions spirituelles – dont le port du jilbab est une composante importante – étaient toutes d’une plus grande importance que la réalité de leur vie matérielle ou de leur statut politique.

◆ CONCLUSION

Dans ce texte, j’ai montré que les enseignements, le port de la burqa et les pratiques des femmes salafistes défavorisées de Lyon ne constituent pas une forme d’action politique, mais plutôt une forme d’action « antipolitique ». L’État français a ciblé la burqa dans une démarche plus vaste de stigmatisation et de contrôle de ses sujets postcoloniaux. Il prétend que le port de la burqa représente l’autorité traditionnelle, l’érosion de la citoyenneté et l’oppression de la femme. Autrement dit, l’État a transformé le port de la burqa en geste à caractère politique. La littérature présente un autre point de vue de la situation, mais politise néanmoins la burqa. Bien qu’elle insiste sur l’urgence de repenser l’agentivité, la liberté et le soi afin de libérer le Réveil islamique et les activités religieuses des femmes des modalités par lesquelles l’État appréhende la citoyenneté, la littérature suggère néanmoins que l’éthique et les pratiques corporelles ont un caractère politique. Ce faisant, la littérature révèle un imaginaire politique et des formes de raisonnements moraux qui, parfois, transforment indirectement l’État. Ceci est contraire à une définition plus conservatrice du politique qui met strictement l’accent sur l’engagement direct avec l’État.

Aucune de ces conceptions du politique – celle de la pratique éthique ou celle centrée sur l'État – ne décrit convenablement le mouvement des femmes salafistes en France. La première approche nie toute possibilité d'une sphère privée non-politique, alors que c'est ainsi que les femmes font l'expérience de leurs pratiques. La seconde sous-estime la faiblesse structurale des sociétés civiles musulmanes des banlieues défavorisées et leur incapacité à accéder ou à s'impliquer dans l'État. J'ai soutenu que l'antipolitisme, tel que théorisé dans les années 1970 et 1980 afin de décrire le mouvement dissident de l'Europe de l'Est, s'applique à ce cas particulier de trois façons. Les femmes salafistes se battent pour défendre et accroître leur sphère privée à l'encontre d'un État intrusif; elles forment une communauté morale afin de se soutenir mutuellement face à l'ostracisme dont elles sont victimes; elles accordent plus d'importance à leur état spirituel et à la sérénité qu'à la vie matérielle. Ce faisant, elles rejettent toutes conceptions du politique, considérant les accusations de l'État et les possibilités d'investir cet État comme profanes et dangereuses.

Ce rejet du politique de la part des femmes soulève des questions centrales sur la relation entre l'intention et l'antipolitisme, et sur les conditions permettant d'entraîner des changements politiques. Comment envisageons-nous l'importance du fait que des gens se considèrent ou non politiques? Dans ses travaux, Mahmood (2005) a choisi de contredire le déni des sujets et leur dégoût de la politique, en soutenant que leurs actions étaient en fait profondément politiques¹³. Bien que le présent texte ait tenté de remettre en question cette approche, il convient néanmoins de souligner les différences de contexte entre le cas de l'Égypte, un pays majoritairement musulman, et celui de la France, où les musulmans sont minoritaires dans une position structurellement faible. Le Réveil islamique de l'Égypte fut intimement lié aux Frères musulmans, un groupe politique autrefois très puissant qui émergea de la lutte anticoloniale. Comme l'affirme Mahmood (2005), les activités des Frères musulmans ont effectivement joué un rôle crucial dans le Réveil. Les mouvements féminins dans les mosquée émergèrent de cette trajectoire particulière (p. 62-71). Bien que les actuels mouvements de mosquée ne soient pas, selon Mahmood, affiliés avec les Frères, il est possible que l'adoption de la burqa et d'autres types de comportements s'inscrivent dans la lignée d'un mouvement politique ayant un impact plus considérable sur l'État égyptien, compte tenu de sa population majoritairement musulmane. Ainsi, le refus des femmes de s'engager dans le domaine « profane » du politique peut être une position religieuse, mais il n'est pas une conséquence de leur relation historique avec l'État égyptien. On ne peut affirmer la même chose dans le cas de la France, où le salafisme dans les banlieues n'est pas né d'organisations islamiques locales et ne présente aucun intérêt à l'extérieur de la communauté musulmane.

Dans les écrits antipolitiques de l'Europe de l'Est, il y avait bien sûr un double discours quant à l'objectif de l'antipolitisme – qui rejetait toute forme de pouvoir étatique et de pouvoir officiel tout en menant, de façon plus ou moins évidente

13. Dans ses travaux, Eliasoph (1998) explore les complexités de cette question en démontrant les diverses circonstances sous lesquelles ses répondants considéraient qu'il était acceptable de « causer politique ».

selon le cas, la transformation postcommuniste¹⁴. Nonobstant les écrits de Havel (1985), il n'est pas clair que la littérature de l'antipolitisme fut une stratégie politique, par exemple que la dissidence ne fut pas le produit d'une intention consciente (p. 57-60). Comment l'antipolitisme est donc devenue politique? Ce n'est pas survenu avec l'objectif avoué de confronter le régime, mais bien dans l'optique de créer des structures autonomes parallèles et une sphère culturelle sur le fondement de principes moraux (Eyal, 2000). L'antipolitisme devint politique par une conviction morale et spirituelle (Eyal, 2000) possiblement combinée à des moyens autonomes d'enseigner et de publier. Le succès grandissant des publications clandestines et leur circulation ont éventuellement miné la légitimité du régime et établi la supériorité morale des dissidents de la société civile (Falk, 2003; Eyal, 2000). L'antipolitisme a donc nourri les mouvements citoyens et les pourparlers qui ont façonné la transition postcommuniste (Probst, 1997).

Le concept de société civile, basé sur la « vérité », était essentiel à l'antipolitisme de l'Europe de l'Est¹⁵. De façon plus générale, il révèle l'intérêt de l'antipolitisme lors de périodes troubles ou de répressions politiques – alors que la reconstruction de la société civile par la communauté morale constitue le seul espoir de survivre et de conserver la « foi ». Selon les théories de l'antipolitisme, la pratique de l'autonomie face à l'État requiert un travail sur soi et une responsabilité de ses propres choix (Falk, 2003; Eyal, 2000). Le rôle de la foi s'inscrit dans un dialogue moral avec soi-même, que cette foi soit en une vérité personnelle ou en un divin absolu. Pour Havel (1988, lettre # 78), la foi était un « état d'esprit » et un « besoin de faire l'expérience du monde [...] de la façon la plus directe et immédiate possible » (p. 190). Pour les musulmans salafistes, l'élimination des intermédiaires et des rituels publics est au cœur de leur foi et donc, de leur antipolitisme¹⁶.

Certains s'opposeront à cette analogie qui met en rapport la répression du régime communiste, auquel l'antipolitisme fut une réponse, et l'intervention de l'État français, qui est une réponse à une pratique religieuse jugée intrinsèquement antagoniste. Cependant, l'histoire récente du quartier des Minguettes est éloquent. Face à la défaite des activistes politiques musulmans et l'arrivée de nouvelles formes de surveillance, deux événements combinés à l'interdiction du foulard dans les écoles publiques et au discours farouchement opposé au voile, l'antipolitisme s'inscrit en réponse au désespoir résultant de l'effondrement de la société civile. Il ne s'agit peut-être pas d'une stratégie politique réfléchie (malgré l'opposition des femmes à la régulation de la religion), mais plutôt d'une tentative de survie. Est-ce que cet antipolitisme peut devenir un mouvement politique, parti-

14. Cependant, on affirme également que c'est l'incapacité des dissidents à confronter directement l'État et à développer un agenda politique qui mina le développement d'une société civile radicalement démocratique et ouvrit le chemin au néo-libéralisme (Brannan 2003).

15. Selon Eyal (2000), le discours antipolitique de la société civile, dans lequel des gens vivent authentiquement et se gouvernent eux-mêmes avec les « technologies du soi », a des points en commun avec l'utilisation des sociétés civiles dans la doctrine néolibérale contemporaine.

16. Eyal (2000) constate que l'emphase de l'antipolitisme sur la purification de l'individu sur le chemin de la vérité est semblable à l'ascétisme protestant; sa pensée rejoint celle d'Olivier Roy (2006) qui remarque une croissance de la tendance évangélique et de la purification dans toutes les religions, y compris l'islam.

culièrement si les femmes interprètent la burqa comme une obligation strictement religieuse par opposition au message public? On ne peut qu'imaginer la possibilité que l'élan idéologique de l'antipolitisme puisse susciter un changement dans une démocratie laïque, dans ce cas-ci, un changement dans la ferme culture politique de la France et sa relation à la laïcité.

Il existe des différences indéniables entre l'histoire de l'antipolitisme de l'Europe de l'Est et le cas des femmes salafistes, entre le poids moral des intellectuels dissidents et la pratique morale de femmes minoritaires et défavorisées. Malgré ces différences, dans les deux cas, l'État est attentif au potentiel de cette pratique morale dans le soutien de revendications sociétales ou étatiques. Il est aussi guidé par la crainte que la mince ligne entre la pratique éthique et le politique – voire que la distinction arbitraire entre le domaine public et le domaine privé – soit franchie, ne serait-ce qu'en matière d'habillement. Ce que les sujets croient ou choisissent est dès lors peut-être sans importance, puisque l'État interfère invariablement et violemment dans tous les domaines de la vie (Foucault, 1991). Ce qui reste encore, c'est le travail de clarification des enjeux normatifs. Je soutiens que les femmes de la mosquée Hasan rejetaient le politique, non pas parce qu'elles étaient *apolitiques* (Konrad 1984) mais bien parce que leurs expériences dans la périphérie urbaine de Lyon les amenaient à un mouvement antipolitique. L'enjeu pour elles dans ce débat sur la burqa est le contrôle de leur pratique éthique et de leur foi.

.....

BIBLIOGRAPHIE

- ABU-LUGHOD L., *Veiled sentiments: Honor and poetry in a Bedouin society* (1986), Berkeley, University of California Press, 1999.
- ABU-LUGHOD L., « Do Muslim women really need saving? Anthropological reflections on cultural relativism and its others », *American Anthropologist*, 2002, 104 (3), p. 783-790.
- AHMED L., *Women and gender in Islam*. New Haven, Yale University Press, 1992.
- AMIRAUX V., « De l'empire à la République : À propos de "l'Islam de France" », *Cahiers de recherche sociologique*, 2008, 46, p. 45-60.
- ARENDT H., *The human condition*, Chicago, University of Chicago Press, 1958.
- ASAD T., « Reflections on laïcité & the public sphere. Items and Issues », *Social Science Research Council*, 2005, 5 (3), p. 1-11.
- Assemblée nationale, *Mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national*, [<http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr-miburqa/08-09/index.asp>], 2009.
- AYUBI N., *Political Islam: Religion and politics in the Arab world*, New York, Routledge, 1991.
- BACCHETTA P., « A transnational conversation on French colonialism, immigration, violence and sovereignty with Miriam Ticktin and Ruth Marshall », *The Scholar and Feminist Online*, 2008, 6 (3), [http://www.barnard.edu/sfonline/immigration/conversation_01.htm].
- BAUBÉROT J., « Modernité tardive, religion et mutation du public et du privé (à partir de l'exemple français) », *Social Compass*, 2006, 53 (2), p. 155-168.
- BEININ J. et STORK J. (dir.), *Political Islam: Essays from Middle East Report*, Berkeley, University of California Press, 1997.

- BOWEN J., *Why the French don't like headscarves*, Princeton, Princeton University Press, 2006.
- BRANNAN T., *From 'antipolitics' to 'anti-politics': What became of Eastern European civil society?* (Working Paper n° 03-41), LSE Development Studies Institute (DESTIN), 2003.
- BROWN W., *Regulating aversion: Tolerance in the age of identity and empire*, Princeton, Princeton University Press, 2008.
- BURGAT F., *Face to face with political Islam*, Londres, I. B. Tauris, 2003.
- BUTLER J., *Feminism should not resign in the face of such instrumentalization*, IABLIS Jahrbuch für europäische Prozesse, 2006, [http://www.iablis.de/iablis_t/2006/butler06.html], Retrieved November 2, 2009.
- CÉSARI J., « Demande de l'islam en banlieue : Un défi à la citoyenneté », *Cahiers d'études sur la Méditerranée orientale et le monde turco-iranien*, 2002, 33, p. 39-48.
- CÉSARI J., « Ethnicity, Islam, and les banlieues: Confusing the issues », *Social Science Research Council*, 2005, [<http://riotsfrance.ssrc.org/Cesari/>], Retrieved March 26, 2009.
- CHOUDEUR I., LATRÈCHE M. et TEVANIAN P., *Les filles voilées parlent*, Paris, La fabrique éditions, 2008.
- COHEN D., *When quasi-citizenship is not enough: The incorporation of people of Muslim origin in two nation-states in crisis: France and Great Britain*, New York, Department of Sociology, City College of New York, Ph. D. dissertation, 1997.
- CONNOLLY W., *The terms of political discourse* (2nd edition), Princeton, Princeton University Press, 1983.
- CONNOLLY W., *The ethos of pluralization*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1995.
- CONNOLLY W., *Why I am not a secularist*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1999.
- DELORE C. et DUBOIS C., *Les Islamistes sont déjà là*, Paris, Albin Michel, 2004.
- DIKEÇ M., *Badlands of the Republic: Space, politics, and urban policy*, Oxford, Blackwell, 2007.
- DUPRET B. et FERRIÉ J., « Constructing the private/public distinction in Muslim majority societies: A praxological approach », in SALVATORE A. et LE VINE M. (dir.), *Religion, social practice, and contested hegemonies*, New York, Palgrave Macmillan, 2005, p. 135-153.
- EL GUINDI F., *Veil: Modesty, privacy and resistance*, New York, Berg, 1999.
- ELIASOPH N., *Avoiding politics: How Americans produce apathy in everyday life*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- ESPOSITO J. (dir.), *Political Islam: Revolution, radicalism, or reform?* Boulder, Lynne Rienner, 1997.
- EUBEN R. et ZAMAN M., « Introduction », in EUBEN R. et ZAMAN M. (dir.), *Princeton readings in Islamist thought: Texts and contexts from al-Banna to Bin Laden*, Princeton, Princeton University Press, 2009, p. 1-41.
- EYAL G., « Anti-Politics and the spirit of capitalism: Dissidents, monetarists, and the Czech transition to capitalism », *Theory and Society*, 2000, 29 (1), p. 49-92.
- FALK B., *Dilemmas of dissidence in East-Central Europe: Citizen intellectuals and philosopher kings*, New York, Central European University Press, 2003.
- FOUCAULT M., « Governmentality », in BURCHELL G., GORDON C. et MILLER P. (dir.), *The Foucault effect: Studies in governmentality*, Chicago, University of Chicago Press, 1991, p. 87-104. Reprinted from *Aut, Qual Sociol*, 1978, p. 167-168.
- GOVEN J., « Gender politics in Hungary: Autonomy and antifeminism », in FUNK N. et MUELLER M. (dir.), *Gender politics and post-Communism: Reflections from Eastern Europe and the former Soviet Union*, New York, Routledge, 1993, p. 224-240.

- GOVEN J., « New parliament, old discourse? The parental-leave debate in Hungary », in GAL S. et KLIGMAN G. (dir.), *Reproducing gender: Politics, publics, and everyday life after Socialism*, Princeton, NJ, USA, Princeton University Press, 2000, p. 286-06.
- HAVEL V., « The power of the powerless », in KEANE J. (dir.), *The power of the powerless*, Armonk, M. E. Sharpe, 1985, p. 23-97.
- HAVEL V., *Letters to Olga*, New York, Knopf, 1988.
- HIRSCHKIND C., « What is political Islam? », *Middle East Report*, 1997, 27 (4), p. 12-14.
- HIRSCHKIND C., *The ethical soundscape: Cassette sermons and Islamic counterpublics*, New York, Columbia University Press, 2006.
- HOURLANI A., *Arabic thought in the liberal age*, Cambridge, Cambridge University Press, 1962, 1983.
- KALTENBACH J. et TRIBALAT M., *La République et l'Islam : entre crainte et aveuglement*, Paris, Gallimard, 2002.
- KARAM A. (dir.), *Transnational political Islam: Religion, ideology and power*, Londres, Pluto, 2004.
- KHAN S., « Muslim women: Negotiations in the third space », *Signs*, 1998, 23 (2), p. 463-494.
- KILLIAN C., « From a community of believers to an Islam of the heart: "Conspicuous" symbols, Muslim practices, and the privatization of religion in France », *Sociology of Religion*, 2007, 68 (3), p. 305-320.
- JOPPKE C., *Veil: Mirror of identity*, Cambridge, Polity Press, 2009.
- KONRÁD G., *Antipolitics*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1984.
- LAURENCE J. et VAISSE J., *Integrating Islam: Political and religious challenges in contemporary France*, Washington, DC, Brookings Institution Press, 2006.
- LE VINE M. et SALVATORE A., « Introduction: Reconstructing the public sphere in Muslim majority societies », in SALVATORE A. et LE VINE M. (dir.), *Religion, social practice, and contested hegemonies*, New York, Palgrave Macmillan, 2005a, p. 1-25.
- LE VINE M. et SALVATORE A., « Socio-religious movements and the transformation of "common sense" into a politics of "common good" », in SALVATORE A. et LE VINE M. (dir.), *Religion, social practice, and contested hegemonies*, New York, Palgrave Macmillan, 2005b, p. 29-56.
- LEVY J., *Tocqueville's revenge: State, society, and economy in contemporary France*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- MACLEOD A., *Accommodating protest: Working women, the new veiling, and change in Cairo*. New York, Columbia University Press, 1991.
- MAHMOOD S., « Ethical formation and politics of individual autonomy in contemporary Egypt », *Social Research*, 2003, 70 (3), p. 837-866.
- MAHMOOD S., *Politics of piety: The Islamic revival and the feminist subject*, Princeton, Princeton University Press, 2005.
- MERNISSI F., *Beyond the veil: Male female dynamics in modern Muslim society*, Bloomington, Indiana University Press, 1985.
- NASR S., *Islamic leviathan: Islam and the making of state power*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- PROBST L., « What's left? Antipolitics and the decline of the East German citizens' movement in postunification Germany », *New German Critique*, 1997, 72, p. 137-149.
- PUTNAM R., *Bowling alone: The collapse and revival of American community*, New York, Simon and Schuster, 2000.
- RENWICK A., « Antipolitical or just anticommunist? Varieties of Dissidence in East-Central Europe, and their implications for the development of political society », *East European Politics and Societies*, 2006, 20 (2), p. 286-318.

- RIESEBRODT M., *Pious passion: The emergence of modern fundamentalism in the United States and Iran*, Berkeley, University of California Press, 1990, 1993.
- ROY O., *The failure of political Islam* (C. Volk, Trans.), Cambridge, Harvard University Press, 1994.
- ROY O., *Globalized Islam: The search for a new ummah*, New York, Columbia University Press, 2004.
- ROY O., « Islam in Europe: Clash of religions or convergence of religiosities? », in MICHALSKI K. (dir.), *Conditions of European solidarity*, vol. 2, *Religion in the new Europe*, New York, Central European Press, 2006, p. 131-144.
- SALVATORE A., « Authority in question: Secularity, republicanism, and “communitarisme” in the emerging Euro-Islamic public sphere », *Theory, Culture & Society*, 2007, 24 (2), p. 135-160.
- SCOTT J., *The politics of the veil*, Princeton, Princeton University Press, 2007.
- SCOTT J. et KEATES D. (dir.), *Going public: Feminism and the shifting boundaries of the private sphere*, Urbana and Champaign, University of Illinois Press, 2004.
- STEMMANN J., « Middle East Salafism's influence and radicalization of Muslim communities in Europe », *Middle East Review of International Affairs*, Qual Sociol, 2006, 10 (3), p. 1-14.
- STRIEFF D., *Forging a voice in “France’s high-rise hell”*, MSNBC, [<http://www.msnbc.msn.com/id/12812186/page/2/>], 2005. Retrieved July 7, 2006.
- TISSOT S., « Ya-t-il un “problème des Quartiers Sensibles”? Retour sur une catégorie d'action publique », *French Politics, Culture & Society*, 2006, 24 (3), p. 42-57.
- TISSOT S., *“French suburbs”: A new problem or a new approach to social exclusion?* (Working Paper Series # 160), Center for European Studies, 2008.
- TUGAL C., « Transforming everyday life: Islamism and social movement theory », *Theory and Society*, 2009, 38, p. 423-458.
- WACQUANT L., *Urban outcasts: A comparative sociology of advanced marginality*, Cambridge, Polity Press, 2008.
- WARREN M., « What is political? », *Journal of Theoretical Politics*, 1999, 11 (2), p. 207-231.
- WENMAN M., « What is politics? The approach of radical pluralism », *Politics*, 2003, 23 (1), p. 57-65.
- WILSON P. (dir.), *Open letters: Selected writings 1965-1990*, New York, Vintage, 1992.

DEUXIÈME PARTIE

.....

LA « BURQA » : UN CORPS ÉTRANGER DANS LES ÉTATS DE DROIT

RONAN MCCREA

L'interdiction du voile intégral, la liberté de conscience et l'ordre public européen

Le présent chapitre a pour objet d'interroger le droit s'appliquant aux femmes portant volontairement le voile qui recouvre entièrement le visage (la burqa) et de celui laissant les yeux découverts (le niqab). J'utiliserai le terme générique « voile » pour décrire ces vêtements et n'aborderai pas spécifiquement la situation des femmes qui sont forcées de le porter. S'il peut s'agir là d'une vérité dérangeante, le port du voile est pourtant bien un choix pour certaines femmes, et quand bien même plusieurs considéreraient que ce vêtement incarnerait la misogynie et l'oppression, ce n'est pas de cette interprétation – qu'elle soit exacte ou non – dont il sera question dans ce texte. Le droit de s'opposer à sa propre libération est un droit au même titre que tout autre aspect relevant des libertés d'expression et de croyance. Plusieurs exemples de groupes ayant soutenu ou agi en collusion avec des systèmes pourtant considérés comme oppresseurs à leur égard peuvent être retracés dans l'histoire récente. Au début du xx^e siècle, un nombre important de femmes européennes refusa ainsi d'appuyer le mouvement visant pourtant à leur donner le droit de vote. Dans le même sens, aujourd'hui encore plusieurs personnes d'orientation sexuelle *gay* ou lesbienne s'opposent au mouvement favorable aux droits des homosexuels. Certes, une société libérale peut légitimement condamner le port forcé d'un vêtement restreignant la capacité d'interaction avec les autres, cela en se fondant sur la protection de l'autonomie de la personne assujettie à une telle coercition. Toutefois, ce sont bien les positions de celles qui demandent à porter le voile, pour des raisons qu'elles trouvent valables, qui interrogent le plus un ordre public européen qui se veut engagé dans la défense des droits et des valeurs démocratiques, à l'instar de l'égalité, la liberté de religion et la liberté d'expression¹.

Les questions relatives à la religion, dont les relations entre les Églises et l'État et l'encadrement des codes vestimentaires et langagiers, relèvent généralement de

1. Ce chapitre porte sur les questions soulevées par une interdiction du voile affectant le choix d'adultes responsables et n'aborde pas la problématique des enfants mineurs.

la juridiction des États de l'Union européenne. Les institutions européennes ne disposent que d'une compétence directe très limitée en à la matière. Cependant, la décision prise par un État d'interdire le voile dépasse de par ses effets le seul droit interne et touche indirectement l'entièreté du contexte juridique européen : non seulement elle produit un impact sur des domaines relevant de la juridiction de l'Union à l'instar de l'emploi, mais plus encore, elle peut engendrer des conflits potentiels avec les principes qui constituent une partie de l'engagement moral exigé des États membres d'organisations européennes.

La question que pose ce chapitre est donc celle de savoir si une législation nationale interdisant le voile se place en porte-à-faux avec l'ordre juridique européen et les principes (dont l'égalité de traitement, la liberté de religion et la liberté d'expression) dont les institutions européennes demandent le respect aux États membres. Avant de questionner si le caractère outrageux du voile peut légitimer des restrictions aux droits fondamentaux, je présenterai les droits que reconnaît l'Union européenne, et qui pourraient être potentiellement violés par une telle législation. J'examinerai ensuite si les arguments juridiques en faveur de l'interdiction peuvent être plus aisément défendus dans le contexte spécifique de la vie en société. Je me pencherai enfin sur certaines des implications que peut avoir une réglementation vestimentaire dans un contexte plus large, et notamment en ce qui concerne la loi anti-discrimination de l'Union européenne et les dispositions relatives aux immigrants. Je conclurai en postulant que l'avenir de l'interdiction du voile est incertain dans le droit européen, l'engagement de l'Europe pour la liberté d'expression et de religion ne permettant pas une interdiction absolue basée uniquement sur le caractère offensif du voile.

◆ L'ORDRE PUBLIC EUROPÉEN : L'UNION EUROPÉENNE ET LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Construire un avenir commun à l'Europe en attribuant des pouvoirs législatifs aux institutions européennes implique nécessairement que les États s'engagent à respecter certaines valeurs. Accorder à ces institutions le pouvoir de prendre des décisions politiques et juridiques s'appliquant à tous les États membres signifie en effet que chacun de ces États pourra être tenu d'appliquer des décisions prises par leurs partenaires, et cela même s'ils ne sont pas en accord avec celles-ci². Afin de s'assurer que le respect des décisions communes n'amènera pas les États à porter atteinte aux propres valeurs fondamentales qu'ils défendent, les membres de l'Union ont dû s'engager à respecter certains principes. L'État ne peut prendre le risque de se soumettre aux décisions politiques de ses partenaires que s'il est assuré que ceux-ci respectent et partagent ses propres valeurs fondamentales – et que le pouvoir de l'Union ne sera pas utilisé à des fins qu'il estimerait inacceptables. C'est ce besoin de confiance des États envers des partenaires européens auxquels

2. Sur l'importance de la protection des droits fondamentaux et de la confiance mutuelle au sein de l'Union, voir WEILER J., *The Constitution of Europe: Do the New Clothes Have an Emperor? And other essays on European Integration*, Cambridge, CUP, 1999.

ils concèdent certains attributs de leur souveraineté qui a tendu à ce que l'ordre public européen demande progressivement aux États de s'engager moralement, tout particulièrement en ce qui a trait au respect de certains principes fondamentaux, et même dans des domaines de compétence qui ne relèvent pourtant pas des institutions européennes.

Ces engagements moraux sont définis et défendus par deux entités juridiques et institutionnelles distinctes : la *Convention européenne des droits de l'homme* (CEDH) mise en place par le Conseil de l'Europe et les traités et institutions fondateurs de l'Union européenne. La CEDH trouve ses origines dans l'après-guerre et fut rédigée en réaction aux atrocités perpétrées durant la Seconde Guerre mondiale, tout particulièrement par les régimes totalitaires. Marquant son opposition aux États fascistes et communistes, la convention dresse une liste des droits, principalement libéraux, que les États signataires doivent s'engager à respecter, à l'instar de la liberté d'expression, le droit de ne pas être détenu de façon arbitraire, la liberté de religion et la protection de la vie privée. La convention est contrôlée par la Cour européenne des droits de l'Homme qui siège à Strasbourg. Bien que cette procédure soit inhabituelle pour des tribunaux internationaux, les individus ont le droit d'y porter leurs causes s'ils estiment que certains de leurs droits garantis par la CEDH ont été violés par les États dont ils relèvent. Un jugement de la cour sanctionnant un État partie à la convention n'aura pas pour effet le retrait ou l'abrogation de la loi litigieuse, mais l'État concerné se trouvera dans l'obligation de se conformer au jugement en effectuant tout changement légal ou administratif nécessaire pour mettre fin à la discrimination constatée. Au fil des ans, la cour a joué un rôle parfois comparé à celui d'une « cour constitutionnelle de l'Europe », rendant des milliers de jugements et interprétant la convention pour constituer ce que l'on peut qualifier de code européen des droits fondamentaux.

L'Union européenne a une mission bien plus large que celle du Conseil de l'Europe. Bien que sa mission principale fut initialement la création d'un marché commun basé sur la libre circulation des biens, de la main d'œuvre et du capital, l'Union européenne a développé des visées dépassant ce cadre strictement économique. Sa compétence en matière de religion est limitée, les quelques références explicites à la religion dans les traités de l'Union mettant l'accent sur l'intention de ne pas interférer dans les décisions des États membres relatives aux relations entre Églises et États³. Cependant, la compétence de l'Union dans le champ du droit du travail et des lois anti-discrimination peut avoir un impact sur la validité de la loi adoptée par un État membre et visant à interdire le voile, dans la mesure où cette loi peut entrer en conflit avec les normes européennes dans le domaine précité. Par ailleurs, un jugement de l'Union européenne défavorable à une mesure d'interdiction du voile aurait des conséquences plus immédiates et dramatiques pour l'État concerné qu'un jugement rendu en application de la CEDH. En effet, si les États membres ont l'obligation de respecter les décisions

3. Voir chapitre 3, McCREA R., *Religion and the Public Order of the European Union*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010.

de la Cour européenne des droits de l'Homme, il s'agit d'une obligation politique pouvant autant être assortie de délais que faire l'objet de compromis. Dans cette perspective, les États membres ont une certaine marge de manœuvre pour corriger le manquement constaté. En revanche, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), qui interprète et applique les traités de l'Union, a souvent insisté sur le fait que les lois nationales enfreignant les lois de l'Union devaient immédiatement être abandonnées par les juridictions internes, lesquelles devant en effet, en cas de conflit de normes, accorder la suprématie au droit de l'Union.

L'Union européenne dispose de sa propre *Charte des droits fondamentaux*. Fortement inspirée de la CEDH, cette charte a cependant une portée plus large à plusieurs égards⁴. La CJUE a tendance à suivre l'exemple de la cour des droits de l'Homme dans son interprétation qu'elle donne aux droits fondamentaux. Contrairement à la CEDH, la charte ne stipule pas que l'obligation de respecter les droits qu'elle garantit s'applique à toutes les situations : les États membres ne sont en effet tenus d'appliquer la charte que lorsqu'ils agissent dans le cadre du « champ d'application » du droit de l'Union, c'est-à-dire lorsqu'ils le mettent en application ou qu'ils y dérogent⁵. L'Union européenne impose des obligations plus générales en matière de droits fondamentaux. L'Union européenne impose également à ses membres le respect des droits fondamentaux et des normes démocratiques libérales, tout manquement « sérieux et persistant » à ces droits et normes pouvant être sanctionné par le retrait du droit de vote au sein des institutions de l'Union⁶.

Les principes de l'ordre public européen relatifs à l'interdiction du voile

L'ordre public défini par les deux institutions européennes est constitué d'une gamme de droits qui peuvent être affectés par l'interdiction du voile. Autant le droit européen que le droit communautaire exigent un engagement explicite de l'État membre envers la liberté de religion⁷. Par ailleurs, la CEDH et la Charte de l'Union protègent le droit à la vie privée (ce qui inclut le droit de définir sa propre identité) et la liberté d'expression, deux droits également susceptibles d'être restreints par l'interdiction du voile. On soulignera toutefois qu'à l'inverse, l'ordre public européen comprend aussi des éléments de poids pouvant faire pencher la balance en faveur d'une compatibilité de l'interdiction du voile avec les normes constitutionnelles européennes. L'ordre juridique de l'Union européenne est explicitement engagé dans la promotion de l'égalité des sexes ainsi que dans le respect de l'autonomie des États membres dans la protection de leurs traditions culturelles

4. La charte de l'Union comporte certains droits socio-économiques qui ne sont pas mentionnés dans la Convention.

5. Voir la décision C-260/89 *ERT*, ECR [1991], p. 1-2925.

6. Voir les articles 6 et 7 du *Traité sur l'Union européenne*.

7. Voir l'article 9 de la CEDH, l'article 10 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne* et la *directive 2000/78 de l'Union sur la discrimination à l'emploi* qui, en interdisant la discrimination religieuse indirecte sur le marché du travail, protège indirectement le principe de liberté de religion. La *directive du Conseil 2000/78/EC du 27 novembre 2000* établit un cadre général pour le traitement égalitaire en matière d'emploi. (OJ L 303/16 2 décembre 2000)

nationales⁸, ces deux engagements garantissant ainsi une marge de manœuvre aux États dans l'adoption de lois internes pouvant affecter les interactions dans l'espace public.

La CEDH a pu être utilisée par la cour de Strasbourg afin de soutenir ce que l'on qualifie parfois de « démocratie militante ». Il s'agit là d'une doctrine qui permet aux États membres de prendre des mesures non-libérales, telle la suppression de partis politiques dont l'action tendrait à renverser la démocratie libérale. La Cour européenne des droits de l'Homme a ainsi estimé dans la décision *Refah Partisi* que ce droit des États de défendre la démocratie libérale comprenait la possibilité d'adopter toute mesure protégeant la laïcité de l'État et la séparation des Églises et de l'État⁹. Les institutions de l'Union européenne, et plus particulièrement les politiques d'élargissement de l'Union et celles d'intégration des immigrants, ont elles-aussi défendu l'idée que la séparation de la religion et du droit, et en conséquence la restriction du rôle de la religion dans l'espace public, faisait partie intégrale de la nature démocratique et libérale de l'ordre public européen que les États membres peuvent protéger à l'aide de certaines mesures¹⁰.

L'application de ces principes : comment l'interdiction du voile pourrait enfreindre les normes européennes ?

La liberté de religion

La liberté de religion est garantie par l'article 9 de la CEDH et l'article 10.1 de la *Charte des droits de l'Union européenne*. Ces deux articles établissent clairement que cette liberté implique non seulement le droit de croire, mais également celui de « manifester sa religion ou croyance par le culte, l'enseignement ou la pratique, seul ou en communauté avec d'autres, en privé ou en public¹¹ ». Il est évident que le port du voile relève bien d'une pratique religieuse pour certains des individus qui choisissent de le porter. Son interdiction aurait donc pour conséquence de restreindre le droit de l'individu de pratiquer ou de manifester sa foi religieuse, une telle restriction devant dès lors être justifiée par l'État.

La liberté d'expression

L'interdiction du voile pourrait aussi empiéter sur les droits garantis par d'autres articles. Le voile peut être associé à une tradition religieuse et implicitement référer à certaines conceptions que cette tradition entretiendrait quant à la nature des

8. En matière d'égalité des sexes, voir l'article 23 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* et les articles 2 et 3 du *Traité sur l'Union européenne*. Au sujet de l'autonomie culturelle, voir le *Traité sur l'Union européenne*, articles 3.3 et 4.2.

9. *Refah Partisi vs Turquie* (2003), EHRR, 1.

10. Chapitre 6 de MCCREA R., *Religion and the Public Order of the European Union*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010.

11. Article 9 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, article 10.1 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*.

relations entre hommes et femmes. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé dans l'arrêt *Vajnai contre Hongrie* que le droit à la liberté d'expression protégé par l'article 10 de la convention inclut le droit d'exprimer ses croyances¹². Le droit de l'Union reconnaît ce même droit à l'article 11 de la *Charte des droits fondamentaux*, ainsi que dans les « principes généraux de droit » qui sont défendus par la CJUE¹³.

Le droit à la vie privée

La cour de Strasbourg juge que le droit à la vie privée englobe le droit de définir sa propre identité, et cela même si cette identité n'est pas acceptée par la majorité¹⁴. Dans la mesure où l'interdiction du voile porte atteinte au droit de l'individu de définir sa propre identité, une violation du droit à la vie privée pourrait être constatée. Toutefois, les interdictions législatives du voile concernant la dissimulation du visage en public, le respect du droit à la vie privée n'est pas un enjeu clé dans le débat¹⁵.

Le droit à l'égalité de traitement

Alors même que l'interdiction du voile pourrait poursuivre des fins légitimes, elle serait néanmoins invalidée au niveau européen s'il était démontré qu'une telle mesure est discriminatoire. Une mesure peut être directement discriminatoire (lorsqu'elle cible un groupe particulier) ou indirectement discriminatoire (lorsqu'elle s'applique à tous mais qu'elle affecte davantage certains groupes). Contrairement aux mesures directement discriminatoires, les discriminations indirectes peuvent être justifiées si l'on peut démontrer que la mesure litigieuse se justifie par des objectifs légitimes. L'article 14 de la CEDH interdit la discrimination sous plusieurs formes, que ce soit sur la base du sexe, de l'ethnie ou de la religion et garantit une jouissance égale de tous les droits protégés par la Convention. Dès lors, on pourrait estimer qu'il y a violation de l'article 14 à l'endroit d'un individu qui parviendrait à démontrer qu'il fait l'objet d'un traitement moins favorable au regard de l'un des droits garantis par la CEDH. Selon cette lecture, celui qui se trouve affecté par l'interdiction de porter le voile pourrait soutenir que cette mesure contrevient à l'article 14, cela parce qu'elle affecte davantage les musulmans, les femmes et les membres de groupes ethniques principalement musulmans : dans ce contexte, on pourrait estimer qu'il y a discrimination indirecte sur le fondement de la liberté

12. *Vajnai vs Hongrie* (App. 33629/06) 8 juillet 2008.

13. Selon l'article 10.1 de la CEDH : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières. » Ce même droit est protégé dans le cadre de la législation de l'Union par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux. Il fut également reconnu comme faisant partie des principes généraux protégés par la Cour de justice dans la décision *C-260/89 ERT* [1991], *ECR I-2925*.

14. *Dudgeon vs Royaume Uni*, jugement du 22 octobre 1981, séries A n° 45.

15. Pour une critique de la notion de l'espace privé, voir MANTOUVALOU V., « Human Rights and Unfair Dismissal: Private Acts in Public Spaces », 71 (6), *Modern Law Review*, 2008, p. 912-939.

d'expression (art. 10), de la liberté de religion (art. 9) et du droit à la vie privée (art. 8).

L'enjeu que représente le caractère discriminatoire de l'interdiction du voile est particulièrement important dans le cadre du droit de l'Union européenne. Tel que mentionné, le droit communautaire ne s'applique qu'aux domaines relevant de la juridiction de l'Union et ces compétences n'incluent pas les relations entre l'Église et l'État ou la définition du code vestimentaire. Cependant, nombreuses sont les sphères d'activités qui ne peuvent s'émanciper du respect du droit à l'égalité promu par l'Union. Le secteur de l'emploi, qui pourrait être affecté par l'interdiction du voile, en est un exemple marquant. La directive 2000/78¹⁶ oblige ainsi les États membres à légiférer pour prévenir toute discrimination, qu'elle soit directe ou indirecte, sur la base de la religion, du genre ou de l'origine ethnique. En vertu de cette directive, une employée dont le port du voile serait interdit par une loi nationale pourrait donc considérer que son droit à l'égalité de traitement dans le domaine de l'emploi serait violé. Comme l'a affirmé l'avocat général Poiras Maduro dans l'arrêt *Coleman contre Attridge Law*¹⁷, la politique antidiscriminatoire de l'Union a pour objectif de « préserver pour toute personne les conditions propices à la vie autonome¹⁸ » et d'éviter une situation dans laquelle « une partie importante de la vie [de la victime de discrimination] serait influencée, non pas par ses propres choix, mais par les préjugés d'autrui¹⁹ ». Restreignant le droit des individus de choisir et d'exprimer un aspect de leur identité, l'interdiction du port du voile pourrait donc entrer en conflit avec certaines exigences que le droit de l'Union européenne pose dans le domaine de l'emploi.

Le droit communautaire garantit également la libre circulation des travailleurs. La CJUE a toujours soutenu que les mesures nationales restreignant cette liberté devaient être justifiées par des objectifs de politiques publiques, qu'elles devaient être proportionnées et non-discriminatoires²⁰. La personne souhaitant déménager dans un pays où le voile est interdit mais désirant néanmoins le porter pourrait alors invoquer l'atteinte à la libre circulation des citoyens européens.

◆ LES RESTRICTIONS ADMISSIBLES

Aucun des droits précédemment mentionnés n'est absolu. La CEDH établit clairement que l'on peut restreindre la liberté de manifester sa religion, la liberté d'expression et le droit à la vie privée dans la mesure où les restrictions sont « prescrites par la loi et nécessaires à la société démocratique dans l'intérêt de la sécurité publique, pour la protection de l'ordre public, de la santé ou de la morale, ou pour la protection des droits et libertés d'autrui²¹ ». Dans un même ordre

16. Directive du Conseil 2000/78/EC du 27 novembre 2000 établissant un cadre général pour le traitement égalitaire en matière d'emploi, OJ L 303/16, 2 décembre 2000.

17. Décision C-303/06 [2008] All ER (EC) 1105.

18. *Ibid.*, paragraphe 8.

19. *Ibid.*, paragraphe 11.

20. *Gebhard vs Consiglio dell'Ordine deli Avvocati e Procuratori di Milano*, Cause C-55/94 [1995], ECR, I-4165.

21. Voir les articles 8, 9 et 10 de la CEDH.

d'idée, le droit antidiscriminatoire de l'Union européenne précise qu'une mesure discriminatoire peut être justifiée si elle est « établie par une loi nationale qui, en société démocratique, est nécessaire au maintien de l'ordre public et à la prévention des infractions criminelles, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui²² ». Le droit à la libre circulation peut également être restreint pour des raisons de politiques publiques dans la mesure où ces restrictions sont nécessaires et proportionnées²³.

En somme, le droit communautaire et la CEDH contiennent tous deux des principes qui peuvent être potentiellement bafoués par l'interdiction du voile. Ces engagements se rapportent principalement à celui plus large envers l'autonomie individuelle comprise en termes de libre expression, de liberté de religion, de droit à la vie privée et de droit à l'égalité de traitement. À première vue, l'interdiction du voile impliquerait une atteinte à ces principes puisqu'elle restreindrait la capacité des individus d'adhérer et d'exprimer leurs engagements religieux, imposant par ailleurs un fardeau plus lourd aux femmes et aux personnes musulmanes. Quoi qu'il en soit, aucun de ces droits ou principes n'est absolu et les États disposent de moyens afin d'en justifier le non-respect. En effet, l'engagement envers l'autonomie individuelle et l'égalité de traitement n'est pas la seule valeur de l'ordre public européen. L'Union est également engagée envers d'autres principes pouvant être invoqués pour défendre la légitimité de l'interdiction du voile.

Des justifications possibles à l'interdiction du voile au regard de l'ordre public européen

Quelles justifications pourrait-on trouver au sein même de l'ordre public européen afin de légitimer l'atteinte à des droits garantis? J'en identifie quatre : (1) le droit des États de contrecarrer toute menace à la laïcité de l'État et aux principes de démocratie libérale; (2) la limitation de tout discours (symbolique) et de toute pratique religieuse outrageuse ou offensante; (3) le droit de l'État d'imposer ce qu'il convient de qualifier d'« obligations sociales minimales » en matière de comportement en public, cela incluant l'obligation de respecter certaines normes culturelles sur la façon de se présenter en public et de faire preuve d'un minimum d'interaction avec ses semblables; (4) l'obligation de respecter sa propre dignité humaine²⁴.

L'enjeu du sens accordé au symbole

Avant de s'intéresser aux justifications possibles pour limiter les droits fondamentaux, il est nécessaire de revenir sur l'enjeu de la signification accordée au voile. Cette signification est en effet cruciale afin d'en justifier l'interdiction en se

22. La directive 2000/78 EC établit un cadre général pour le traitement égalitaire en matière d'emploi et de profession [2000] OJ L 303/16, article 2 (5).

23. *Supra*, note 16.

24. Ces justifications sont différentes de celles qui appuient les lois interdisant de forcer une femme à porter un voile; celles-ci ne posent pas problème à l'ordre juridique européen.

fondant sur la protection de la laïcité ou sur la nécessité de limiter une pratique religieuse que l'on jugerait outrageuse ou offensante. La validité de ces justifications dépend en effet de la signification que l'on attribuera au symbole, une signification particulière en vertu de laquelle on pourra, ou non, déterminer une atteinte aux droits fondamentaux.

Le voile est un symbole religieux. De plus, c'est un symbole qui interpelle des éléments fondamentaux de l'ordre social : les rapports de genre, les croyances et pratiques religieuses et les modalités par lesquelles ces croyances et pratiques influent sur nos obligations de citoyen. Alors même que chaque personne portant le voile le fait pour des raisons qui lui sont personnelles, les justifications à l'interdiction de ce vêtement dépendent des significations générales que l'on attribuera à ce port, celles-ci incluant l'idée que le voile incarne la ségrégation des genres, une priorisation sans compromis de l'identité religieuse sur toute composante de la vie sociale, y compris les devoirs du citoyen (et les devoirs envers les autres citoyens), voir même – et cela est plus problématique – le rejet de la démocratie libérale laïque.

Bien que certains s'objectent à ce que l'on attribue une signification au voile qui pourrait ne pas être endossée par celles qui le portent, il n'est pas inhabituel que le tribunal adopte la perspective d'un observateur raisonnable pour déterminer le sens du message qu'un symbole envoie. Afin de déterminer la compatibilité de la présence de symboles religieux dans des édifices publics avec, d'une part, la CEDH, et d'autre part, la Constitution américaine, la Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour suprême des États-Unis ont toutes deux moulé leurs analyses sur la position qu'un observateur raisonnable pourrait adopter au regard du symbole et de sa présence dans un endroit déterminé²⁵. De plus, en ce qui a trait aux lois régissant les expressions et comportements offensifs et outrageux, la décision selon laquelle un propos, une action ou une image est jugé de la sorte dépend forcément de la signification particulière que l'observateur raisonnable lui attribuera. Dans cette perspective, les juridictions ne se concentrent donc pas exclusivement sur le sens que la personne, dont les propos ou attitudes sont jugés outrageux, peut leur attribuer²⁶.

Une grande partie de la justification à l'interdiction du voile repose dès lors sur l'idée qu'il a une signification particulière et que cette signification reflète des valeurs allant à l'encontre de la morale de la société démocratique libérale. Tel est le cas de l'argument selon lequel le voile intégral renvoie à une négation de l'égalité hommes-femmes en rendant les femmes invisibles dans la sphère publique. Tel est également le cas de l'interprétation selon laquelle le voile renvoie à l'idée que les femmes sont la propriété des hommes, ce vêtement ayant pour effet de

25. Voir, par exemple, *Lautsi vs Italie* (Application n° 30814/06) (Grande Chambre) jugement du 18 mars 2011, *Stone vs Graham*, 449, *US*, 39 (1980), et *County of Allegheny vs ACLU*, 492, *US*, 573 (1989).

26. Par exemple, dans la cause *Whitehouse vs Lemon* [1979], 2, *WLR*, 281, on rejeta l'argument de l'accusé selon lequel un poème décrivant un centurion romain ayant des rapports sexuels avec Jésus sur la croix demeurerait respectueux de Jésus dans la perspective de l'auteur. Les causes *Otto Preminger Institut vs Autriche* (1994), 19, *EHRR*, 34 et *Wingrove vs Royaume-Uni* (1996), 24, *EHRR*, 1 ont toutes deux mis l'accent sur les réactions des témoins au matériel artistique jugé outrageux à un degré significatif plutôt se sont concentrées exclusivement sur les intentions des artistes en question.

rendre invisible la femme qui le porte aux yeux de tous à l'exception de ses parents masculins, renforçant par là-même le contrôle des hommes sur les femmes de leur famille. Ce sont ces significations qui rendent le port du voile outrageux dans des sociétés engagées envers l'égalité des genres.

Recouvrir son visage correspond au choix de la femme de restreindre les possibilités d'interaction avec les autres. Dans cette perspective, on peut estimer que ce vêtement, tout en cautionnant une certaine forme de ségrégation entre les genres, donne la priorité absolue à l'identité religieuse et à une modestie sexuelle au détriment d'une identité sociale ou citoyenne permettant l'interaction avec les autres membres de la société²⁷. Cette présumée priorisation de l'identité et des exigences religieuses (au détriment de toute autre préoccupation) est centrale dans les questionnements relatifs à l'interprétation du symbole religieux et à leur compatibilité avec les institutions publiques libérales et les conditions de vie en société. Comme l'a souligné Habermas²⁸, plusieurs religions missionnaires, dont le christianisme et l'islam, estimant que le besoin de sauver l'âme immortelle est le plus important objectif, un certain degré de dissonance cognitive serait nécessaire à toute vie en société libérale. Les sociétés libérales s'attendent en effet à ce que les croyants permettent aux autres citoyens d'exercer leur libre arbitre, même s'ils pensent que leurs choix pourraient les priver du salut éternel, et même si le libre arbitre est, dans la logique du croyant, moins important que ne l'est le Salut. Lorsque le voile est appréhendé en tant que priorisation de l'identité religieuse au détriment des exigences de la vie en société, il s'apparente alors à une démarche religieuse incompatible avec la démocratie libérale laïque et refusant le degré de dissonance cognitive que les sociétés plurielles requièrent de tout croyant.

Dans ce contexte, et contrairement à toute intuition première, c'est peut-être parce que le simple fait de porter le voile soulève des questions fondamentales touchant à l'identité religieuse de l'individu et à la façon dont cette identité agira sur ses interactions avec la société, qui légitime autant les raisons de le protéger que de restreindre cette pratique dans l'espace public.

Le voile en tant que forme d'expression **La restriction du port du voile en raison** **de son caractère outrageux et offensant**

Le voile en tant que forme d'expression protégée par l'article 10 de la CEDH

Lorsqu'il est question de justifier l'interdiction du voile parce qu'il constitue une forme d'expression symbolique outrageuse et offensante, la signification qu'on lui attribue est une arme à deux tranchants. Si la décision de porter le voile ne correspondait qu'à un simple choix vestimentaire, son interdiction ne poserait pas

27. Comme la communication s'effectue à travers l'expression faciale, le voile est représenté ou perçu comme un refus de communiquer. Même s'il n'était pas religieux (et donc même s'il avait un autre sens), un engagement envers la modestie sexuelle s'exprimant par le recouvrement du visage pourrait toujours être considéré comme outrageux, ou en violation des normes culturelles en ce qui a trait aux façons acceptables de se présenter en public.

28. HABERMAS J., « Intolerance and Discrimination » (2003), 1 (1), *International Journal of Constitutional Law* 2.

de problèmes. En effet, les démocraties libérales occidentales ne permettent pas à leurs citoyens de porter ce qu'ils veulent dans toutes les circonstances. Se présenter nu en public, par exemple, est le plus souvent interdit (hors de zones désignées et très restreintes²⁹). En outre, dans plusieurs pays, le port de vêtements arborant des images ou des mots obscènes n'est pas toléré. On soulignera également qu'en Italie, il est interdit de se couvrir le visage depuis plusieurs années en vertu des lois anti-terroristes. Nombreux sont donc les exemples permettant de restreindre la liberté d'expression des individus à travers leur habillement. Selon cette perspective, si le voile était perçu comme outrageux et que la décision de le porter n'était appréhendée que comme une simple question de style, l'interdiction de son port serait alors peu susceptible de contrevenir à la Convention.

Interpréter le port du voile comme une affirmation de croyances politiques ou religieuses pourrait, dans une certaine mesure, en accentuer le caractère outrageux et, par le fait même, renforcer l'argument de ceux qui en prônent l'interdiction, comme on le fait parfois pour le port de certains symboles dont les valeurs ou les objectifs offusquent³⁰. D'un autre côté, percevoir le voile de cette manière transforme le fait de le porter en geste symbolique d'expression religieuse ou politique. Dans ce cas, l'interdiction ciblant cette catégorie d'expression, que je qualifierais d'*expression idéologique*, nécessiterait une justification de poids en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. C'est en effet parce que le voile interpelle et représente symboliquement des éléments fondamentaux d'une certaine perception du monde que la décision de le porter se voit accorder le plus haut niveau de protection en fonction de l'article 10 de la CEDH, cet article qui traduit l'engagement de l'ordre public européen envers le droit d'exprimer ses opinions de quelque nature qu'elles soient.

Le droit européen permet certes l'interdiction de certains symboles ou de représentations visuelles outrageux. Le port ou l'affichage de symboles nazis est notamment interdit depuis longtemps en Allemagne et en Autriche³¹. D'autres formes de discours idéologiques – à l'instar des injures racistes, sexistes ou homophobes – sont également prohibées dans plusieurs États européens³². L'interdiction de l'art et de la littérature considérés comme offensants d'un point de vue religieux a également été acceptée à plusieurs reprises par la Cour des droits de l'Homme dans les arrêts *Otto Preminger Institut contre Autriche*³³, *Wingrove contre*

29. Un engagement idéologique envers le nudisme soulève théoriquement des questions semblables à celles soulevées par les individus dont l'expression de leurs croyances religieuses est restreinte par l'encadrement du port du voile. On pourrait par exemple concevoir qu'une personne croit que sa conscience l'oblige de se présenter nue en public pour exécuter ses fonctions quotidiennes afin d'aider le monde à se débarrasser des tabous malsains entourant nos corps et nos organes sexuels. L'existence d'un nombre significatif de ces nudistes est une autre question.

30. Il est interdit d'arborer la *svastika* selon l'article 86a du *Code criminel allemand*.

31. *Otto Preminger Institut vs Austria* (1994), 19, EHRR, 34 et *Wingrove vs Royaume Uni* (1996), 24, EHRR, 1.

32. Voir par exemple le *décret n° 2005-284 du 25 mars 2005 relatif aux contraventions de diffamation, d'injure et de provocation non publiques à caractère discriminatoire* et à la compétence du tribunal de police et de la juridiction de proximité (France); Voir aussi l'article 137c et 137d du *Code pénal néerlandais* et la section 135a du *Code criminel norvégien*.

33. *Otto Preminger Institut vs Autriche* (1994), 19, EHRR, 34

*Royaume Uni*³⁴ et *I. A. contre Turquie*³⁵. Peut-on alors inclure le voile dans cette même catégorie? La Cour européenne des droits de l'homme s'en remet généralement aux autorités nationales afin de juger des faits en l'espèce ainsi que l'état du droit applicable. Elle concède ainsi aux États membres une certaine « marge d'appréciation »³⁶. Il est alors très peu probable qu'elle renverse la décision qu'un État membre aurait fondée sur la base d'une interprétation du voile comme un symbole de ségrégation entre les sexes et d'infériorisation de la femme. Une telle interprétation n'est en effet pas dénuée de sens, et cela même si chaque femme dispose de ses justifications propres pour porter le voile intégral, car ce vêtement limite indéniablement toute interaction sociale entre les hommes et les femmes dans l'espace public.

D'un autre point de vue, tout en admettant que le voile est un symbole islamiste et que le sens qui lui est attribué par les autorités permettrait raisonnablement d'en justifier l'interdiction du port, et même si les femmes qui le portent adhèrent au projet islamiste, la Cour demeure particulièrement vigilante dans le domaine de l'expression des opinions politiques afin de s'assurer que les États ne restreignent bien que minimalement de telles expressions. Dans les arrêts *Giniewski contre France*³⁷ et *Klein contre Slovaquie*³⁸, la Cour a ainsi donné tort à des États membres dont les lois restreignaient l'expression de convictions que l'on estimait offensantes à l'égard de la religion. Par ailleurs, dans l'arrêt *I. A. contre Turquie*³⁹, trois des sept juges ont vigoureusement estimé que la Cour devrait questionner la tolérance dont elle fait preuve à l'endroit des législations nationales sur le blasphème. Dans l'arrêt *Vajnai contre Hongrie*⁴⁰, la Cour a jugé que la Hongrie ne pouvait interdire le port de l'étoile rouge sous prétexte qu'elle représenterait un symbole totalitariste outrageux. En l'espèce, un individu qui avait porté la croix rouge en public, avait été condamné sur le fondement de la législation hongroise interdisant le port de symbole totalitariste. Les autorités hongroises justifiaient la loi ainsi :

« Le vingtième siècle apporta beaucoup de souffrance au peuple hongrois. L'affichage de symboles associés à la dictature suscite un sentiment de malaise, de peur et d'indignation chez plusieurs citoyens, violant parfois même les droits des défunts. Porter le symbole d'une dictature monopartite en public, du point de vue du gouvernement, revient à rejeter la règle de droit, et doit être considéré comme une manifestation allant à l'encontre de la démocratie pluraliste... la mesure en question poursuivait [donc] le but légitime de la prévention du désordre et de la protection des droits d'autrui »⁴¹.

34. *Wingrove vs Royaume Uni* (1996), 24, EHRR, 1.

35. *I. A. vs Turquie*, 2005-VIII, 45, EHRR, 703.

36. *Handyside vs Royaume Uni* (1979-80), 1, EHRR, 737.

37. *Giniewski vs France*, 2006-I, 45, EHRR, 589.

38. *Klein vs Slovaquie* (Application n° 72208/01) du 31 octobre 2006.

39. *I. A. vs Turquie*, 2005-VIII, 45, EHRR, 703.

40. *Vajnai vs Hongrie* (App. 33629/06), 8 juillet 2008.

41. Paragraphe 33.

Tout en reconnaissant que la restriction de la liberté d'expression (garantie par l'article 10) avait pour fondement la protection des droits et les libertés des tiers, la Cour a statué que :

« L'article 10, § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou des questions d'intérêt général. Dans la présente cause, la décision du demandeur de porter une étoile rouge en public doit être considérée comme sa façon d'exprimer ses opinions politiques. Le port de symbole vestimentaire s'inscrit dans le cadre de l'article 10⁴². »

La Cour a alors conclu qu'il y avait violation de l'article 10 de la CEDH. On ne pouvait en effet prétendre que l'interdiction litigieuse servait un « besoin social impérieux » puisqu'elle était « trop générale compte tenu des multiples significations de l'étoile rouge⁴³ », et cela même si « le port d'un symbole qui fut omniprésent à l'époque de ces régimes peut susciter un malaise chez les victimes et leurs familles, et que celles-ci peuvent, à juste titre, trouver de telles manifestations irrespectueuses... de tels sentiments, bien que compréhensibles, ne suffisent pas à eux seuls pour établir les limites de la liberté d'expression⁴⁴ ».

La Cour juge donc clairement que les « symboles vestimentaires », incluant ceux que l'on perçoit comme outrageux et offensants, sont protégés par le droit européen. L'étendue de la protection accordée au voile est alors renforcée par le fait qu'il renvoie potentiellement à une expression idéologique. Il semble dès lors difficile de croire que l'interdiction absolue du port du voile puisse tenir face au raisonnement élaboré dans l'arrêt *Vajnai*. Le fait que beaucoup de citoyens – voire la majorité d'entre eux – estiment que le voile incarne des opinions outrageuses ne peut « à lui seul établir les limites de la liberté d'expression ». En effet, comment pourrait-on interdire la promotion symbolique de l'établissement de la *sharia* ou de l'inégalité entre les sexes alors même que sa promotion verbale n'est pas illégale dans les sociétés occidentales ? De plus, dans l'arrêt *Vajnai*, la Cour avait relevé la diversité des significations que l'étoile rouge pouvait avoir en tant que symbole et avait précisé que toutes ces significations n'équivalent pas à l'approbation du totalitarisme communiste. Dans un même ordre d'idée, le port du voile se prête également à diverses interprétations et celles qui le portent n'approuvent pas nécessairement l'établissement de la *sharia*, ne faisant peut-être que la preuve d'un niveau extrême de modestie sexuelle. Si l'engagement de plusieurs États européens pour l'interdiction du voile peut inciter la Cour à accorder une marge d'appréciation significative aux États membres dans ce domaine, la jurisprudence *Vajnai* laisse néanmoins penser qu'elle associerait une interdiction absolue à une restriction induite de la liberté d'expression⁴⁵.

42. Paragraphe 47.

43. Paragraphe 54.

44. Paragraphe 57.

45. Cela ne veut pas dire qu'une interdiction de porter le voile qui encadrerait le temps, le lieu et la manière dont le voile peut être porté en public ne serait pas justifiable (voir ci-dessous la discussion en lien aux devoirs sociaux).

La liberté de religion et les pratiques religieuses outrageuses et offensantes

L'article 9 de la CEDH établit clairement que les individus ont non seulement le droit d'avoir des croyances religieuses, mais également de les exprimer. Pour autant, la cour de Strasbourg n'exige pas des États signataires qu'ils exemptent ou accommodent automatiquement les croyants de l'application des lois afin de leur permettre l'expression de leurs convictions religieuses dans l'espace public. Dans l'arrêt *Arrowsmith contre Royaume-Uni*, la Cour juge que l'article 9 « ne donne pas aux individus le droit de se comporter en public en pleine conformité avec toutes les exigences de leur croyance ou religion⁴⁶ ». Par ailleurs, la Cour a souvent confirmé la validité de lois nationales qui étaient contestées sur le fondement de l'article 9 en estimant qu'elles étaient « neutres et de portée d'application générale⁴⁷ ». Cette approche s'apparente à celle de la Cour suprême des États-Unis qui, dans la décision *Smith contre Employment Division*⁴⁸, a jugé que les demandes fondées sur la liberté de religion ne pouvaient justifier des exemptions à l'application de lois de portée générale (en l'espèce il s'agissait de l'interdiction de narcotiques). La Cour européenne des droits de l'Homme a également clairement estimé que le droit d'exprimer sa religion ne s'étendait pas nécessairement à tous les aspects de cette religion. Dans l'arrêt *Pichon et Sajous contre France* (procédant de la requête d'un pharmacien qui avait été sanctionné pour avoir refusé de délivrer des médicaments pour des raisons religieuses), la Cour a jugé que « l'article 9 dresse la liste des formes d'expression que peuvent prendre la religion et la croyance, c'est-à-dire : le culte, l'enseignement et la pratique... [l'article] ne garantit pas toujours le droit de se comporter d'une manière dictée par une conviction. Le mot "pratique" utilisé dans l'article 9 (1) ne fait aucunement référence à tout acte ou forme de comportement motivé ou inspiré par une religion ou une croyance⁴⁹ ».

Plusieurs intellectuels musulmans estiment en effet que le port du voile intégral n'est pas une prescription religieuse, mais relève d'un choix personnel. Or, la Cour a pu se montrer sensible à l'interprétation personnelle des individus afin de déterminer ce que leur foi leur commande et, selon cette lecture, elle pourrait être ouverte à associer le souhait de porter le voile à l'expression d'une croyance religieuse au sens de l'article 9⁵⁰. La Cour peut toutefois permettre des restrictions à l'expression des convictions religieuses dans certains contextes. Dans les décisions *Ahmad contre Royaume-Uni*⁵¹ et *Stedman contre Royaume-Uni*⁵², elle juge que des employés devraient simplement démissionner de leur emploi s'ils estiment que les exigences de celui-ci entrent en conflit avec leurs croyances religieuses, le refus de l'employeur de s'accommoder à leurs croyances n'étant pas discriminatoire au regard des stipula-

46. (Application n° 7050/75), (1978), 19, DR, 5; Voir aussi *C vs Royaume-Uni* (Application n° 10358/83), (1983) 83, DR, 142 et *Kalaç vs Turquie*, 1^{er} juillet 1997, Rapports des jugements et décisions IV-1997, 27.

47. *C vs Royaume-Uni* (Application n° 10358/83), (1983), 83, DR, 142.

48. *Division de l'emploi, Département des ressources humaines de l'Oregon vs Smith*, 494, US, 872 (1990).

49. *Pichon et Sajous vs France*, Rapport des jugements et décisions, 2001-X, p. 371.

50. *Karaduman vs Turquie* (Application n° 16278/90), (1993), 74, DR, 74, *Sabin vs Turquie* (2005), 41, EHRR, 8.

51. *Ahmad vs Royaume-Uni* (1982), EHRR, 126.

52. *Stedman vs Royaume-Uni* (Application n° 29107/95), (1997), 23, EHRR, CD, 168.

tions de l'article 9. De même, l'encadrement du port du foulard islamique dans les écoles et les universités a été admis en raison des nécessités de protéger la neutralité des établissements d'enseignement et le caractère laïque de l'État⁵³.

Les justifications aux limitations à l'expression des convictions religieuses que je viens de présenter ne peuvent cependant être transposées à l'interdiction générale du port du voile. La logique des décisions *Ahmad* et *Steadman*, selon lesquelles les plaignants avaient choisi leurs emplois et étaient libres de démissionner ne peut s'appliquer à une interdiction susceptible d'affecter la capacité des individus à se présenter en public afin de remplir leurs fonctions quotidiennes. En outre, les décisions relatives aux écoles et aux universités s'inscrivent dans un contexte particulier où le caractère laïque de l'État et la neutralité du système scolaire étaient en jeu. Il s'agit de contextes spécifiques où la nécessité du contrôle par l'État de l'apparence des travailleurs ou des usagers de certains établissements est importante, ce qui n'est pas le cas dans le contexte de l'espace public en général. Et même si une exemption était accordée pour le port du voile à l'intérieur des lieux de culte ou en cas de participation à des cérémonies religieuses (comme le prévoit d'ailleurs la décision du Conseil constitutionnel français⁵⁴ validant la loi prohibant le port du voile intégral dans l'espace public), une telle interdiction générale implique néanmoins un degré d'ingérence dans la liberté de religion bien plus important que ce qui a été accepté jusqu'à présent. De plus, la Cour a souvent établi de façon claire « qu'en principe, le droit à la liberté de religion au sens de la Convention exclut l'évaluation de l'État de la légitimité des croyances religieuses et des modalités par lesquelles ces croyances s'expriment⁵⁵ ». Une interdiction visant spécifiquement le voile en tant que symbole religieux (plutôt qu'une interdiction plus générale de se couvrir le visage en public comme dans la loi française de 2010) équivaudrait à cibler une pratique religieuse spécifique, pouvant alors violer le principe selon lequel l'État doit s'abstenir d'évaluer la légitimité du mode d'expression des croyances.

Ceci dit, le texte de l'article 9 de la CEDH prévoit aussi expressément certaines limitations fondées sur la « protection de la santé, de la morale et de l'ordre public ou de la protection des droits et libertés d'autrui ». Comme il en sera discuté ci-dessous, un important tabou entourant le port du voile en public subsiste encore dans les sociétés occidentales⁵⁶. À partir du moment où l'expression des convictions religieuses n'est pas spécifiquement invoquée, toute façon outrageuse de se présenter en public (comme le fait de laisser à la vue de tous ses organes génitaux) peut être légalement interdite sur le fondement de la protection de la morale et de l'ordre public. Dans la mesure où l'on peut ainsi empêcher le nudiste convaincu et dont la conscience lui commande de paraître nu en public, d'agir de la sorte parce que sa nudité serait outrageuse, pourquoi ne pourrait-on pas également interdire à une personne religieuse de recouvrir son visage si ce recouvrement est perçu comme

53. Voir la note 50 ci-haut. Voir aussi *Dablab vs Suisse*, (Application n° 42393/98), 15 février 2001.

54. *Conseil Constitutionnel, décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010* (Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public).

55. *Église Métropolitaine de Bessarabie et Autres vs Moldavie*, paragraphe 116, (Application n° 45701/99), 13 décembre 2001.

56. Pour une discussion sur l'interdiction du voile en raison de sa promotion des exigences sociales, voir ici-bas.

offensant? Une société libérale ne peut garantir également la liberté de conscience pour tous si elle accorde un statut privilégié à certaines formes de convictions religieuses mais n'accorde pas la même protection à d'autres types de convictions, peut-être non-religieuses, mais néanmoins profondes des individus.

Il est donc difficile de prédire précisément l'effet qu'aura l'article 9 sur l'interdiction du voile intégral. Si la Cour est disposée à valider la restriction de l'expression publique des convictions religieuses, l'interdiction du voile entre plus largement en conflit avec la liberté de religion et dépasse toutes les limitations à cette liberté que la Cour a acceptées jusqu'à ce jour. L'interdiction du voile nécessiterait que la Cour choisisse entre deux tendances jurisprudentielles : d'une part, elle pourrait considérer que la religion est une activité privée qui doit céder aux exigences de la vie commune dans le contexte public; d'autre part, elle pourrait s'en remettre aux États qui devraient démontrer la nécessité particulière à la restriction de l'expression religieuse, un critère qui a généralement été rempli en prouvant que les limitations s'appliquent dans certains contextes particulièrement sensibles et où l'implication de l'État est importante. Avec le port du voile intégral dans la sphère publique, la pratique religieuse se trouve transposée bien au-delà de la sphère privée et confronte tout citoyen à la piété de celles qui le portent tout en restreignant leur capacité de les voir et d'interagir avec eux. L'interdiction du voile intégral entraîne ainsi l'État au-delà du contexte limité des écoles, des tribunaux et des établissements publics en mettant de l'avant des exigences de citoyenneté qui étaient jusqu'alors perçues comme découlant du domaine non-étatique. Le fait de porter le voile en public est donc à la fois une affaire privée et une affaire publique. Les tentatives de restreindre cette pratique, qui suscitent un choc entre les exigences de la foi et les obligations de la citoyenneté, ont jusqu'à présent été évaluées par la Cour dans des cas où elles étaient circonscrites à des contextes particuliers⁵⁷. Ces décisions doivent par ailleurs être claires dans la délimitation des frontières de la sphère privée et de la sphère publique. La Cour a eu tendance à valider des lois relatives à la morale publique dans la mesure où elles garantissaient le respect de l'autonomie privée. Elle pourrait donc bien décider que l'État est en droit de restreindre le port de vêtements considérés outrageux ou offensants, même si ces vêtements sont de nature religieuse. Pour ce faire, et en raison du contexte politique favorable à l'interdiction du voile intégral, la Cour pourrait notamment accorder une marge d'appréciation relativement importante aux autorités étatiques. Cependant, la CEDH a aussi été adoptée en réaction à la tendance englobante des États totalitaires et il est dès lors possible que la Cour, sensible aux origines de la convention, s'oppose à l'extension du pouvoir des États à contrôler l'apparence des individus dans l'ensemble de la sphère publique. Dans ce contexte, il est donc véritablement difficile de prédire exactement si l'article 9 de la CEDH pourra

57. Il s'agit de l'approche de la législation française de 2010 qui permet le port du voile lorsqu'il est requis à des fins spécifiques, et limité à certaines occasions. Le port du voile dans le cadre de fêtes traditionnelles ou de pratiques sportives est permis. Comme il en sera question plus loin dans le texte, une législation interdisant le port du voile en public en raison de son caractère inapproprié en certains lieux et à certains moments pose relativement moins problème en termes de droit européen.

efficacement servir à contester l'interdiction du port du voile. Si l'interdiction française du signe religieux n'a pas, jusqu'à présent, été jugée contraire aux stipulations de cet article, l'interdiction du voile intégral dépasse aujourd'hui ce qui avait été accepté par la Cour de Strasbourg laquelle pourrait ainsi constater, dans le cas présent, une violation des stipulations précitées.

Le voile en tant que représentation d'une menace à la démocratie libérale

L'article 17 de la CEDH stipule qu'« aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupe ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ». Dans la décision *Refah Partisi contre Turquie*⁵⁸, la Cour a jugé que la volonté d'établir un système juridique basé sur la *sharia* était incompatible avec les valeurs de la Convention : « Un parti politique dont les actions semblent chercher à introduire la *sharia* au sein d'un État membre de la Convention peut difficilement être considéré comme une association conforme à l'idéal démocratique qui sous-tend la Convention entière⁵⁹. » La Cour a également estimé que les règles de la *sharia* relatives au « statut juridique de la femme » sont particulièrement problématiques au regard des valeurs que véhicule la Convention⁶⁰. Pour la Cour, le refus d'un système juridique fondé sur la *sharia* fait donc partie d'un engagement plus large pour un ordre juridique et politique laïque que les États membres sont appelés à garantir. Toujours dans l'affaire *Refah*, la Cour a affirmé que : « Le principe de laïcité est certainement l'un des plus fondamentaux de l'État de droit, du respect des droits humains et de la démocratie. Une attitude qui manque de respect envers ce principe ne sera pas nécessairement reconnue sous le couvert de la liberté d'exprimer sa religion ; elle ne jouira pas de la protection de l'article 9 de la Convention⁶¹. »

La dénonciation d'un tel manque de respect n'est pas limitée au Conseil de l'Europe. L'Union européenne est elle aussi catégorique à ce sujet : le caractère laïque du système politique et juridique est au cœur de l'ordre public et constitue même un pré-requis pour qu'un État devienne membre de l'Union. Celle-ci impose des limites au degré d'ingérence de la religion sur le droit de potentiels États membres. Elle a ainsi exigé que la Roumanie et la Turquie ne cèdent pas aux pressions religieuses visant à criminaliser l'homosexualité et l'adultère. Pour sa part, la Commission a statué que la séparation des Églises et de l'État ainsi que la « laïcité démocratique » étaient, pour les États candidats, des conditions d'admission dans l'Union européenne⁶². Si le port du voile intégral est alors interprété comme faisant

58. (2003), 37, *EHRR*, 1.

59. Paragraphe 123.

60. *Ibid.*, paragraphe 123.

61. *Ibid.*, paragraphe 93.

62. Voir McCREA R., *Religion and the Public Order of the European Union*, Oxford/New York, OUP, 2010, chapitres 5 et 6.

partie d'un programme théocratique et anti-démocratique visant le renversement de l'ordre politique laïque, il est possible que la Cour européenne des droits de l'Homme et le droit de l'Union européenne s'appuient sur leur engagement dans la protection du caractère laïque de l'ordre public, pour en autoriser l'interdiction, et cela nonobstant l'impact qu'une telle mesure aurait sur la liberté de religion.

Protéger le caractère laïque de l'État ou de l'ordre public peut impliquer des restrictions de l'expression religieuse, y compris des mesures encadrant le port de symboles religieux dans des endroits spécifiques où des citoyens de diverses confessions se côtoient, comme c'est le cas de l'école et des édifices publics. De telles restrictions ont souvent été soutenues par la cour de Strasbourg⁶³. Cependant, tel que mentionné précédemment, une interdiction totale du port du voile irait plus loin. La laïcité fait référence à la neutralité religieuse de l'État et l'interdiction française déborde du contexte étatique : la législation visant à interdire le port du voile dans l'espace public tente de réguler la présence de symboles religieux dans la société et non dans l'État. Dans l'ordre public libéral, la société dépasse l'État. Bien que l'intérêt de l'État à interdire les symboles controversés dans les institutions qu'il administre soit clair, son intérêt n'est pas le même quant à la restriction de ces symboles dans les espaces publics non-étatiques. On ne peut concevoir que le port d'un symbole jugé incompatible avec les valeurs de l'État puisse être considéré comme une menace sérieuse au caractère laïque de l'État dans un contexte non-étatique. Le fonctionnement et l'identité de l'État ne sont en effet pas affectés par les symboles et autres expressions qui sont adoptés dans de tels contextes. Pour invoquer l'article 17 de la CEDH afin de soutenir la validité de l'interdiction du voile intégral dans la sphère publique, il devra alors être démontré que cette pratique soulève un problème plus grand qu'une simple incompatibilité avec les valeurs de l'État. Statuer autrement équivaldrait en effet à donner tous les pouvoirs à l'État en le laissant s'immiscer dans toute une gamme d'activités privées, un tel contrôle étatique de la vie privée s'avérant incompatible avec l'inspiration antitotalitaire que la CEDH est sensée protéger.

Quoi qu'il en soit, l'article 17 de la convention permet néanmoins que des mesures soient adoptées afin de défendre le caractère démocratique, libéral et laïque de l'État sans que ces mesures soient limitées à la sphère proprement étatique. Il faudrait, pour ce faire, que l'on démontre que le voile fait partie d'une campagne plus large qui cherche à miner l'ordre politique libéral, démocratique et laïque.

La Cour ne s'est pas prononcée clairement sur les expressions considérées comme incompatibles avec la Convention, c'est-à-dire sur la question de savoir s'il faut qu'elles s'inscrivent dans une démarche impliquant une menace sérieuse et véritable aux systèmes démocratiques pour ne pas être reconnue sous le couvert de l'article 17 – ou s'il suffit qu'elles soient hostiles aux valeurs de la Convention (sans nécessairement faire partie d'un projet plus large) pour qu'elles perdent cette reconnaissance. Dans la décision *Garaudy contre France*, la condamnation

63. Voir *Sahin vs Turquie* (2005), 41, *EHR*, 8, *Dablab vs Suisse*, (Application n° 42393/98), 15 février 2001, *Dogru vs France*, (Application n° 27058/05), 4 décembre 2008.

pour négation de l'holocauste a été confirmée par la Cour car les affirmations du demandeur tentaient « de détourner l'article 10 de la Convention de son objectif réel en utilisant son droit à la libre expression à des fins contraires au texte et à l'esprit de la Convention. De telles fins, si elles sont admises, contribueraient à la destruction des droits et libertés garantis par la Convention⁶⁴ ». La Cour a donc appliqué l'article 17 pour exclure les propos litigieux de la protection accordée par l'article 10, et cela même si la menace d'un renversement de l'État français par les fascistes n'était pas démontrée en l'espèce. Dans la décision *Refah Partisi contre Turquie*, la Cour a plutôt mis l'accent sur le fait que le parti politique qui contestait la décision de l'État turc de le dissoudre, avait remporté le plus grand nombre de voix lors des dernières élections : il pouvait donc être qualifié de menace suffisamment sérieuse pour que les dispositions de l'article 17 l'emportent sur les autres droits reconnus par la Convention⁶⁵. La décision *Vajnai* met encore plus clairement l'accent sur le critère de la menace, en jugeant « qu'il n'y a pas de preuve laissant croire qu'il existe un risque réel qu'un mouvement ou parti politique réinstalle la dictature communiste. Le gouvernement n'a pas démontré l'existence d'une telle menace avant l'entrée en vigueur de l'interdiction en question⁶⁶ ».

Si la Cour interprète le port du voile intégral comme reflétant l'approbation d'un programme islamiste engagé envers le renversement de la démocratie laïque, elle pourrait dès lors en valider l'interdiction. En suivant l'argumentation développée dans la décision *Garaudy*, la Cour pourrait estimer qu'il n'est pas nécessaire de démontrer que les groupes islamistes constituent une menace sérieuse à l'ordre libéral démocrate. Si elle s'inspire plutôt de l'approche des décisions *Refah* et *Vajnai* (ce qui semble plus probable), la Cour pourra demander à ce que des preuves de l'existence d'une telle menace soit présentées avant que le port du voile intégral, dans les contextes non-étatiques, puisse être exclu de la protection de la Convention en vertu de l'article 17. Malgré la présence indéniable de groupes engagés pour l'établissement d'un ordre juridique basé sur la *sharia* en Europe – et bien qu'un tel ordre impliquerait indubitablement de sérieuses violations des valeurs de la Convention dans les domaines tels que le respect de l'autonomie sexuelle, l'égalité des genres et l'interdiction des traitements inhumains et dégradants –, il semble difficile de considérer que ces mouvements constituent un réel danger : leur soutien électoral est négligeable et s'ils constituent peut-être une menace en terme de terrorisme, ils n'ont pas pour autant la capacité de renverser l'ordre constitutionnel des États parties à la Convention. Plaidoyer en faveur de la *sharia* et de l'État théocratique n'est pas un crime dans la plupart des États européens et il serait difficile pour l'État de justifier l'interdiction du symbole exprimant l'approbation de tels objectifs sans avoir préalablement interdit ces objectifs eux-mêmes.

La question de l'interdiction du voile dans le but de protéger la démocratie libérale – ou encore celle de la restriction des expressions outrageuses – fait face à une autre difficulté : celle de la multiplicité des significations du voile. Dans la

64. *Garaudy vs France*, Application n° 65831/01, décision d'admissibilité du 7 juillet 2003.

65. 37, *EHRR* (2003), 1, paragraphes 107-111.

66. Voir la note 40 ci-haut, paragraphe 49.

décision *Vajnai*, la Cour avait jugé « qu'il faut prendre les plus grandes précautions lors de l'application de toute restriction, tout particulièrement lorsque la cause implique des symboles qui ont plusieurs significations⁶⁷ ». L'étoile rouge, selon la Cour, « ne peut être interprétée comme représentant uniquement le régime totalitaire communiste; elle peut aussi symboliser le mouvement international des travailleurs luttant pour une société plus juste, ainsi que des partis politiques légalement actifs dans divers États membres⁶⁸ ».

Tout comme l'étoile rouge, le voile intégral peut donc, comme je l'ai rappelé plus haut, recouvrir plusieurs significations. Certaines femmes peuvent le porter pour affirmer leur engagement envers un système juridique et politique basé sur la *sharia*; d'autres le portent parce que leur conscience leur commande une modestie sexuelle extrême. Dans la mesure où cette seconde justification renvoie elle-même à une ségrégation des genres, le voile intégral pourra toujours être considéré comme outrageux par ceux qui défendent l'ouverture de tout citoyen à la communication avec autrui. Puisque l'expression politique nécessite un haut niveau de protection, il n'est pas certain que la cour de Strasbourg en admette facilement la restriction absolue dans la sphère publique. Si des citoyens peuvent légitimement être empêchés d'exprimer leurs points de vue dans des institutions publiques, ils ont néanmoins le droit, selon la CEDH, de ne pas adhérer au libéralisme politique – et d'exprimer des croyances qui ne sont pas libérales – à moins qu'un besoin urgent d'empêcher une telle expression puisse être identifié. Compte tenu de la faible probabilité que des islamistes s'emparent du pouvoir – et compte tenu de l'obligation de tolérer les expressions politiques même si elles sont outrageuses – il semble donc peu probable que le port du voile puisse subir une interdiction absolue justifiée par l'article 17 de la CEDH ou par le besoin de prévenir les expressions outrageuses.

◆ L'ESPACE PUBLIC NON-ÉTATIQUE : LA GARANTIE DES DROITS DANS LE CONTEXTE DE LA VIE QUOTIDIENNE EN SOCIÉTÉ

Jusqu'à présent, l'analyse a suggéré qu'une interdiction générale du voile intégral passerait difficilement le cap de la garantie des articles 9 et 10 de la CEDH, les exceptions permettant de passer outre ces articles étant trop tenues. Autant le caractère outrageux des croyances que représente le voile que les menaces qu'il incarnerait pour l'État laïque ne sauraient ainsi en justifier l'interdiction. Il est également clair qu'une telle interdiction, qui s'appliquerait donc en toutes circonstances, violerait le droit à la vie privée protégé par l'article 8 de la CEDH. La Cour a confirmé que cet article incluait le droit de définir sa propre personnalité et son identité et elle a protégé les personnes souhaitant ainsi développer en privé une identité désapprouvée par la majorité⁶⁹. Il serait donc difficile de concevoir que l'interdiction du voile puisse s'appliquer aux résidences privées. Le fait que

67. *Ibid.*, paragraphe 51.

68. *Ibid.*, paragraphe 52.

69. Voir ci-haut, la note 14.

des individus se vêtissent en privé d'une façon qui ne serait pas approuvée par les autorités, ou par d'autres membres de la société, ne pourrait en effet être considéré comme un acte à l'encontre duquel la société libérale pourrait légiférer. Statuer autrement détruirait l'essence de l'autonomie privée et constituerait une violation évidente de la CEDH.

Quoi qu'il en soit, ces quelques considérations ne sont pas nécessairement utiles à notre propos. Les interdictions du port du voile intégral adoptées jusqu'à présent ne s'appliquent pas à la sphère du privé (ni aux édifices religieux dans le cadre français). Plus encore, la liberté d'expression et la liberté de religion qui pourraient être invoquées à l'encontre de l'interdiction sont elles-mêmes limitées et ces limites ne se réduisent pas aux intérêts de l'État dont nous avons fait état plus tôt, ces intérêts ne permettant pas de justifier une interdiction. En fait, les limites les plus pertinentes se rapportent aux obligations sociales : le devoir de chacun envers ses concitoyens plutôt qu'envers l'État⁷⁰. Les justifications les plus solides aux lois interdisant le port du voile intégral dans la sphère publique sont basées sur la perception de ce qu'est un individu en société et des devoirs qui lui incombent lorsqu'il se trouve dans un espace qu'il partage avec ses concitoyens.

Le devoir le plus pertinent à cet égard est de nature sociale et découle de la façon dont chacun exerce ses droits fondamentaux en public. Ces justifications se rapportent à notre vie commune et témoignent d'une conception non-libertaire de la société où les individus ne peuvent se présenter en public ou utiliser l'espace public selon leur propre volonté. Ils doivent inévitablement se conformer à certaines normes. Ce devoir fait alors de l'action de se présenter en public un comportement non pas individuel, mais intrinsèquement collectif. Et ce comportement est basé sur le rejet de l'idée selon laquelle l'homme vivrait en vase clos, mais promeut plutôt celle selon laquelle la vie humaine correspond à la vie en société.

Toutefois, alors même que nous vivons en société, comment légitimer pour autant le contrôle social pouvant assujettir notre façon de se vêtir? L'une des principales raisons renvoie à l'idée que la façon dont nous nous présentons et comportons en public peut affecter l'expérience que l'autre aura de l'espace public. Tout comme le droit d'un individu de décorer son commerce ou son logis comme bon lui semble peut être limité en fonction de certaines caractéristiques de l'espace public, le droit d'un individu de se présenter comme il le souhaite peut également faire l'objet d'une réglementation pour mieux préserver les interactions avec ses concitoyens, et ainsi protéger certaines des caractéristiques des espaces sociaux partagés. Il ne s'agit pas là d'une limite que l'on pourrait qualifier de conforme aux stipulations de la CEDH : le choix de ses vêtements est considérablement plus intime et plus fortement relié à son individualité que l'aménagement extérieur d'une maison ou d'un commerce. Cependant, de telles justifications à l'imposition de normes garantissant à chacun une vie sociale ainsi que la jouissance de l'espace commun, ne peuvent être rejetées du revers de la main.

70. Ces devoirs sont qualifiés de « politique publique non-substantive » par le Conseil d'État français dans son « Étude sur la possibilité d'un fondement légal de l'interdiction du voile intégral : rapport adopté par l'Assemblée générale plénière du Conseil d'État, jeudi le 25 mars 2010 », 2010, Conseil d'État, section Rapports et études, p. 28-29.

L'idée de base qui sous-tend les restrictions reposant sur un argument social est que, bien qu'un individu puisse avoir le droit à la liberté d'expression et de religion, le fait que nous vivons en société peut signifier que les individus aient à exercer leurs droits de façon compatible avec nos obligations fondamentales envers nos concitoyens. Certaines de ces obligations sont évidentes : mon devoir de ne pas tuer mon voisin supprime tout droit de suivre une religion qui me commande de le faire. D'autres obligations dépendent du contexte : on peut avoir le droit de sonner les cloches de l'église ou d'appeler les fidèles à la prière, mais ce droit peut être limité par le besoin d'éviter toute nuisance sonore en certains lieux ou moments particuliers.

Les obligations qui pourraient appuyer une mesure d'interdiction du voile intégral sont peut-être moins évidentes : elles impliquent une conception du préjudice plus abstraite que celles renvoyant à la blessure physique ou à la perturbation du sommeil. Toute obligation sociale imposée juridiquement ne se limite pas pour autant aux préjudices concrets. L'interdiction de la nudité en public vise à ne pas choquer ceux qui pourraient être dérangés par la transgression de ce tabou. On pourrait également invoquer des raisons de santé publique afin de justifier une telle loi, mais celles-ci seraient sûrement secondaires : en effet, le nudiste qui ne couvrirait ses organes génitaux que d'un plastique transparent afin de satisfaire aux exigences de santé publique n'échapperait pas pour autant à une poursuite en vertu des lois sur l'indécence.

Dans son avis relatif aux fondements juridiques d'une interdiction de la dissimulation du visage en public, le Conseil d'État français affirmait que : « L'action de se couvrir (le visage) n'est en aucune façon comparable à l'exhibitionnisme sexuel sanctionné par [...] le code pénal, qui est considéré par sa nature même comme étant une forme d'agression envers les personnes qui y sont exposées⁷¹. » Plusieurs États européens interdisent aussi la nudité sans que l'on attribue à cet état de nudité une quelconque connotation sexuelle. Même les nudistes qui ne recherchent pas une activité sexuelle, se voient ainsi refuser le droit d'exposer leur corps en public. L'interdiction repose dès lors sur le fait que, pour des raisons culturelles, la nudité est considérée comme outrageuse. Tout comme l'interdiction de porter le voile intégral en public, les lois prohibant la nudité vont de pair avec une restriction légale de l'autonomie et de l'expression de soi (et, selon la raison motivant la nudité en public, ces restrictions peuvent également faire entrave à la liberté de conscience) afin de prôner certaines normes culturelles de bienséance. Le genre de vêtements (ou d'absence de vêtement) pouvant être considéré comme suffisamment outrageux afin de nécessiter un encadrement légal m'apparaît ainsi être une question à laquelle le législateur, qui représente le peuple souverain, est le mieux placé pour répondre.

Étudier la question du voile en ces termes fait ressortir deux obligations sociales majeures qu'une interdiction cherche à imposer. La première renvoie au devoir de respecter les normes culturelles entourant la dissimulation du visage en public. La seconde renvoie à celui de se comporter dignement.

71. *Ibid.*, p. 28.

*L'obligation de respecter les normes sociales
entourant la dissimulation du visage en public*

Il y a une norme sociale entourant la dissimulation du visage dans les sociétés européennes⁷² rattachée au fait que la communication passe en partie par les expressions faciales, dont le sourire. C'est d'ailleurs particulièrement le cas entre étrangers dans les endroits publics où les possibilités de communication verbale sont plus limitées. Plusieurs systèmes juridiques confèrent ainsi de l'importance à la communication non-verbale, exigeant par exemple que les témoins à un procès comparaissent lors d'audiences publiques afin que leurs expressions non-verbales puissent être également évaluées par les autorités en quête de vérité sur une affaire particulière⁷³. Recouvrir son visage en public empêche donc un individu de communiquer visuellement avec ses concitoyens. Cette pratique permet également à la personne voilée de voir les autres usagers de l'espace public, sans qu'elle ne soit vue en retour. Transgresser cette norme en refusant d'interagir avec ses concitoyens est susceptible de choquer bien des gens. Bien sur, dans une société libérale, les individus n'ont pas pour autant l'obligation d'accommoder leurs actions en fonction de ce qui pourrait, ou non, choquer leurs semblables. Pour autant, chacun demeure néanmoins tenu de limiter toute action ou expression pouvant sembler outrageuse à certains contextes appropriés⁷⁴, cela pour garantir une meilleure harmonie de la vie en société. Il s'agit là de la position défendue par le Conseil constitutionnel français qui, en validant la constitutionnalité de la loi interdisant de dissimuler son visage en public, estima que l'obligation de ne pas recouvrir son visage était légitime car elle permettait de respecter « les exigences minimales de la vie en société⁷⁵ ».

L'approche des institutions juridiques européennes en ce qui a trait à l'imposition de normes sociales s'appuie sur une double position.

D'une part, le droit européen reconnaît la valeur du droit de définir librement sa propre identité. Dans l'arrêt *Dudgeon contre Royaume-Uni*⁷⁶, la Cour estime qu'en vertu du droit à la vie privée, la désapprobation religieuse de l'homosexualité ne peut permettre de justifier la criminalisation de la conduite sexuelle ayant lieu en privé. Dans la décision *Sorensen et Rasmussen contre Danemark*, la Cour a reconnu le droit des individus de ne pas s'associer à certains groupes⁷⁷. L'opinion

72. Il existe des exceptions qui s'appliquent à des activités et à des occasions spécifiques pour un temps limité, comme par exemple lors de festivals, ou encore pour des raisons de sécurité (par exemple le port d'un casque pour circuler à motocyclette).

73. Voir par exemple le 6^e amendement à la Constitution américaine qui garantit le droit d'un accusé de confronter ses témoins à charge. Dans la cause *Mattox vs États-Unis*, 156, US, 237, 242 (1895) la Cour suprême remarqua que cet amendement fut institué principalement pour permettre au jury d'évaluer le comportement des témoins. Dans la cause *R vs NS*, 2010, ONCA, 670, la Cour d'appel ontarienne statua que l'on doit déterminer au cas par cas si un témoin doit retirer ou non son niqab lorsqu'elle fait sa comparution, dépendamment des intérêts de la justice.

74. Par exemple, les spectacles artistiques, les manifestations politiques et tout autre forum dans le cadre duquel il peut être important d'adopter un mode d'expression susceptible de choquer la majorité.

75. Il convient de remarquer que la recommandation du Conseil d'État au gouvernement français spécifiait que cette justification pouvait ne pas être suffisante pour interdire le voile intégral dans tous les lieux publics (p. 28).

76. Voir la note 14 ci-haut.

77. *Sorensen and Rasmussen vs Denmark*, Applications nos 52562/99 et 52620/99, jugement de la Grande Chambre du 11 janvier 2006.

de l'avocat général Maduro dans l'affaire *Coleman contre Attridge Law*⁷⁸ souligne également à quel point l'appareil anti-discrimination du droit de l'Union est fondé sur la reconnaissance de l'ordre juridique communautaire et sur celle du respect de l'autonomie individuelle.

D'autre part, le droit de l'Union permet aux États membres de promouvoir leurs valeurs culturelles au détriment de l'autonomie individuelle et de la libre expression. La Cour des droits de l'homme et la Cour de justice ont toutes deux accordé aux États membres une certaine marge de manœuvre leur permettant de restreindre l'autonomie individuelle afin de promouvoir certains points de vue nationaux relatifs à la moralité publique, aux normes culturelles ou à la conception de l'ordre public. Dans l'arrêt *Her Majesty's Customs and Excise contre Schindler*⁷⁹, la CJUE a permis d'encadrer les jeux d'argent en se fondant notamment sur des normes religieuses, sociales et culturelles. Dans l'arrêt *Torfaen Borough Council contre B & Q plc*, la Cour a confirmé que les activités des commerces pouvaient être limitées le dimanche afin de permettre un régime de travail « qui s'accorde avec les caractéristiques socio-culturelles nationales et régionales⁸⁰ ». Dans la décision la plus célèbre – celle de *SPUC contre Grogan* – la CJUE a accepté que l'Irlande restreigne l'accès à l'information sur l'avortement, en estimant qu'il s'agissait là « d'un choix politique de nature morale et philosophique dont l'évaluation revient aux États membres et en matière duquel ils sont en droit d'invoquer des raisons de politique publique⁸¹ ». La Cour européenne des droits de l'Homme a également été disposée à s'en remettre aux appréciations nationales pour valider des normes juridiques qui revenaient à imposer les normes culturelles de la majorité. Dans une série d'arrêt, dont l'arrêt *Handyside contre Royaume-Uni*, la cour de Strasbourg a ainsi accordé une marge d'appréciation suffisante aux autorités nationales pour valider la pénalisation de la possession d'objet obscène. Celle-ci était jugée nécessaire pour la « protection de la morale » et la Cour estimait « qu'en raison de son contact direct et continu avec les forces vitales de leurs pays, les autorités étatiques sont en principe dans une meilleure position que les juges internationaux pour émettre une opinion sur la teneur exacte des exigences [protégeant la morale] ainsi que sur la “nécessité,” la “restriction” ou la “pénalisation” pertinentes⁸² ». La Cour souligna néanmoins que cette marge d'appréciation n'était pas illimitée et qu'elle demeurerait habilitée à déterminer, en dernier ressort, de la compatibilité de la restriction litigieuse avec la CEDH. Il n'en reste pas moins que la marge de manœuvre accordée aux États reste significative et permet notamment de limiter l'expression de propos considérés comme outrageux pour les membres d'une religion particulière⁸³, ainsi que la diffusion de matériel sexuellement explicite, et cela même s'il s'agit de matériel artistique⁸⁴.

78. C-303/06 (2007), *IRLR*, 88.

79. C-275/92 (1994), *ECR*, I-1039.

80. Case C-145/88 (1989), *ECR*, 3851.

81. Case C-159/90 (1991), *ECR*, I-4685, paragraphe 26 (opinion de l'avocat général Van Gerven).

82. *Handyside vs Royaume-Uni*, A 24 (1976); 1, *EHRR*, 737, *Wingrove vs Royaume-Uni*, 1996-V; *EHRR*, 1, paragraphe 62.

83. *Otto Preminger Institut vs Autriche* (1994), 19, *EHRR*, 34.

84. *Muller vs Suisse* (n° 10737/84), jugement du 24/05/1988 *Perrin vs Royaume-Uni* (n° 5446/03), jugement du 18 octobre 2005.

Ces décisions ne se situent pas pour autant en porte-à-faux avec l'argumentation développée dans l'arrêt *Vajnai* selon lequel l'outrage causé par l'étoile rouge ne représentait pas un motif valable pour en interdire l'affichage. En précisant le temps, le lieu et les modalités de l'expression controversée, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour suprême des États-Unis ont en effet toutes deux tenté limiter le droit des États à promouvoir des normes culturelles et des standards moraux par le biais de lois restreignant la liberté d'expression. À titre d'exemple, dans la décision *Barnes contre Glen Theatre*⁸⁵, la Cour suprême des États-Unis a confirmé l'interdiction de danser nu dans un théâtre pour adultes en se référant à un règlement de l'État de l'Indiana prohibant toute forme de nudité en public. La Cour a jugé que « les statuts sur l'indécence publique, tel celui dont il est question, reflètent la désapprobation morale de la parade d'individus nus devant des étrangers dans un endroit public ». La Cour suprême a ainsi validé la loi litigieuse en déclarant que « l'intérêt du gouvernement que sert le texte d'interdiction correspond à la désapprobation de la nudité en public et entre personnes étrangères. Cette interdiction n'est pas un moyen permettant d'aboutir à une fin, mais est bien une finalité en soi⁸⁶ ». Ce faisant, la Cour se conforme à toute une série de décisions antérieures en précisant que « des restrictions ponctuelles, dans des lieux particuliers et selon des modalités spécifiques sont admissibles pour autant qu'elles aient pour but de servir un intérêt gouvernemental substantiel et qu'elles ne limitent pas de manière déraisonnable toute autre forme de communication⁸⁷ ».

D'après cette analyse, il est donc permis d'être nu dans sa propre demeure, dans des locaux privés ou autres endroits spécifiques, mais les nudistes ont néanmoins une obligation juridique leur imposant d'exprimer leur nudité de façon à respecter des normes socioculturelles. Selon cette logique, une loi d'interdiction qui permettrait néanmoins aux individus de recouvrir leur visage dans les lieux privés, dans les édifices religieux ou lors de manifestations en faveur du voile ou de la *sharia*, pourrait être une limite acceptable de la liberté d'expression dont le but serait de favoriser le respect des normes culturelles et de protéger les intérêts de ceux qui pourraient être exposés involontairement à cette pratique. Une telle approche permet de s'assurer que les devoirs de la vie en société ne puissent devenir étouffants au point de limiter toute dissidence à l'égard des normes culturelles. On soulignera d'ailleurs que de tels paramètres ont également été appliqués dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans l'arrêt *Scherer contre Suisse*⁸⁸, la Cour a estimé que restreindre la possibilité de présenter des films explicitement homosexuels dans des cinémas privés auxquels l'accès nécessitait le paiement d'un droit d'entrée, contrevenait à la Convention dans la mesure où il n'était pas possible qu'une personne soit exposée aux films en question sans y avoir

85. 501, US, 560 (1991).

86. *Ibid.*

87. *Renton vs Playtime Theatres*, 475, US, 41 (1986). Il convient de remarquer que cette logique de restriction de l'expression n'est applicable qu'à une législation qui formulerait une interdiction générale de la dissimulation du visage, non pas une interdiction visant directement le voile islamique.

88. [1994] *ECHR*, 13, n° 17116/90, jugement du 25 mars 1994.

préalablement consenti. Par ailleurs, dans l'arrêt *Muller contre Suisse*, la Cour a validé la confiscation temporaire d'œuvres d'art sexuellement explicites qui étaient présentées dans une exposition ouverte à tous publics, cela parce que des individus auraient pu y être exposés involontairement⁸⁹.

Cette approche est dans la lignée de la position du Conseil constitutionnel français qui jugeait qu'une interdiction de la dissimulation du visage en public n'était constitutionnelle que si elle incluait une exemption s'appliquant aux édifices religieux. Dans la perspective des opposants à la constitutionnalité de telles lois, la possibilité de disposer de formes alternatives d'expression n'amoindrit pas pour autant la gravité de la limitation des droits : en effet, pour certaines des femmes qui choisissent le port du voile intégral, celui-ci ne tend pas à véhiculer un message, mais simplement à remplir une exigence religieuse. Cela dit, la Cour européenne des droits de l'homme a toujours maintenu que l'article 9 de la CEDH ne « donnait pas le droit aux individus de se comporter conformément aux exigences de leur religion ou croyance⁹⁰ » et que la pratique religieuse pouvait avoir à céder la place à d'autres droits et obligations dans un contexte de vie en société. De plus, la Cour a clairement énoncé que toute restriction devait être proportionnelle : le droit en question ne peut être limité qu'au degré minimum nécessaire pour atteindre l'objectif social désiré. Si le respect de certaines normes sociales relatives à la dissimulation du visage et l'interdiction de tenues vestimentaires outrageuses en public peuvent être considérés comme des objectifs légitimes, la simple circonstance que l'interdiction française ne s'applique pas aux édifices religieux pourrait ainsi en garantir la validité au regard des critères de la Convention.

L'argument selon lequel la décision de porter le voile intégral peut équivaloir à celle de se présenter nu en public fait toutefois l'objet de critiques. Il est en réalité probable qu'obliger une musulmane pieuse à retirer le voile qu'elle porte consiste en un fardeau plus lourd que celui que l'on imposerait à des nudistes que l'on forcerait à s'habiller. Toutefois, une société libérale ne devrait accorder plus de valeur à l'autonomie et à la conscience d'un individu en se fondant sur le fait que ses actions sont motivées religieusement, alors que les motifs non-religieux d'un autre individu peuvent également relever de convictions profondes. Même le plus convaincu des nudistes – quelqu'un qui considérerait par exemple que se couvrir en public entretient des attitudes pernicieuses et malsaines par rapport au corps et à la sexualité – ne serait pas exempté de l'obligation de rester vêtu en public. Si l'on convient que la façon de se présenter en public est un domaine légitime de la réglementation par l'État, et qu'un certain encadrement des formes outrageuses de se vêtir (ou de ne pas se vêtir) est admissible, il devient alors difficile de soutenir que le législateur ne serait pas en mesure de déterminer le type de vêtement qui serait suffisamment outrageux pour que son interdiction soit justifiée.

Il est pour le moment difficile de prédire si la Cour européenne estimera que la nature de l'outrage véhiculé par le voile intégral est de nature à en justifier

89. Voir ci-haut la note 84.

90. (n° 7050/75), (1978), 19, DR 5. Voir aussi *C vs Royaume-Uni* (n° 10358/83), (1983), 83, DR, 142. Voir aussi *Kalaç vs Turquie*, 1^{er} juillet 1997, Rapports de jugements et décisions IV-1997, 27.

l'interdiction, et par conséquent l'imposition d'un lourd fardeau pour celles qui associent son port à une exigence religieuse. Mais il serait cependant surprenant, au regard de la jurisprudence de la cour de Strasbourg, que celle-ci invalide la législation française relative à la dissimulation du visage en public.

Une obligation de dignité publique ?

La dignité humaine constitue la deuxième obligation qui peut servir de justification à une éventuelle interdiction du voile dans le droit européen. Les autorités françaises ont souvent fait valoir cet argument lors du débat entourant l'adoption de la loi de 2010⁹¹. Le droit européen établit très clairement que chaque personne a droit au respect de sa dignité⁹². Cependant, on reconnaît également que l'ordre public suppose non seulement que l'individu dispose de ce droit (et ait l'obligation de respecter la dignité des autres), mais qu'il ait également l'obligation de ne pas porter atteinte, même volontairement, à sa propre dignité en public. Cette obligation implique l'adhésion à une conception collective de la dignité qui peut ne pas correspondre, voire même entrer en conflit, avec la conception personnelle qu'un individu se fera de sa propre dignité et des obligations qui lui incombent afin de ne pas y porter atteinte.

On peut aisément comprendre que de tels arguments s'appliquent à l'interdiction du voile intégral. On allègue parfois que ce vêtement abaisse la femme en la rendant invisible et qu'il incarne une conception profondément inégale des relations entre hommes et femmes : il peut donc être perçu comme une atteinte à l'égalité et la dignité des femmes. On soulignera ici le danger qu'il pourrait y avoir à imposer une conception totalisante de ce que serait la dignité de la personne humaine : certaines sociétés considèrent en effet qu'il est dégradant et indigne qu'une femme montre son visage en public ou encore que deux personnes du même sexe aient des relations sexuelles consentantes⁹³. Quoi qu'il en soit, il importe de rappeler que l'ordre public européen est libéral, et non pas libertaire, et qu'il y existe donc un espace limité au sein duquel des lois nationales peuvent définir leur conception de la dignité, ne serait-ce qu'en ce qui concerne les comportements à adopter en public.

L'interdiction de porter le voile intégral renvoie à une conception de la dignité propre à une société libérale et égalitaire où la libre interaction entre les sexes est une conception de la vie bonne privilégiée. Évidemment, une telle loi n'est pas culturellement neutre et ne prétend d'ailleurs pas l'être. Elle entre en effet manifestement en conflit avec des traditions culturelles de ségrégation sexuelle

91. Voir, par exemple, la lettre du Premier ministre Fillon au Conseil d'État demandant son point de vue à propos de la légalité d'une interdiction. Annexe 1, *Étude du fondement légal possible de l'interdiction du voile intégral : rapport adopté par l'Assemblée générale plénière du Conseil d'État*, jeudi 25 mars 2010.

92. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, article 1 et *Convention européenne des droits de l'Homme*, article 13.

93. La Cour européenne des droits de l'Homme a clairement établi que l'autonomie privée inclut le droit de s'adonner en privé à des relations sexuelles librement consenties entre adultes de même sexe. Voir *Dudgeon vs Royaume Uni* dans la note 14 ci-haut.

qui prévalent encore aujourd'hui dans certaines sociétés. La position d'un État qui interdit le port du voile intégral est bien celle d'un État qui affirme son rejet du libéralisme et de normes culturelles qu'il juge incompatibles avec les valeurs d'égalité et de libre interaction entre les sexes en vigueur dans les sociétés occidentales contemporaines, des valeurs que l'on privilégie pour leur contenu intrinsèque et non seulement pour leurs racines culturelles.

L'avis du Conseil d'État au gouvernement français a estimé que le principe de protection de la dignité humaine n'est pas applicable dans ce domaine. Le Conseil d'État est arrivé à cette conclusion en se fondant sur l'idée que « la dignité humaine implique, de par sa nature, le respect de la liberté individuelle⁹⁴ ». Tout en admettant qu'il existe une autre conception de la dignité (l'exigence morale collective de protéger la dignité humaine, peut-être même au détriment de la liberté d'auto-détermination⁹⁵), il conclut néanmoins que la protection de la dignité est un fondement « juridiquement discutable considérant la gamme de circonstances qui doivent être prises en compte, particulièrement lorsqu'une personne ayant atteint l'âge de la majorité choisit délibérément de porter le voile intégral⁹⁶ ». La position du Conseil d'État se fonde en partie sur sa conception de la « confiance au jugement », une conception que l'on retrouve dans la décision *Ka et AD contre Belgique*⁹⁷. En l'espèce, la Cour s'était prononcée sur l'importance de l'autonomie individuelle⁹⁸. La pertinence d'une transposition de l'argumentation développée dans cette décision à l'interdiction du port du voile intégral dans l'espace public est ici discutable. La décision *KA et AD* était relative à des pratiques sexuelles sadomasochistes ayant lieu dans un espace privé. Par ailleurs, la Cour estimait en l'espèce qu'il y avait des doutes sur le consentement de l'une des présumées victimes. La Cour insistait enfin sur l'importance de protéger l'autonomie individuelle en se prononçant sur des comportements qui avaient eu lieu dans un lieu privé. De tels scénarios soulèvent ainsi des questionnements qui diffèrent largement de ceux posés par l'interdiction de comportements dégradants dans l'espace public. La cour de Strasbourg protège certainement le droit des individus d'adopter en privé des comportements choquants pour la majorité⁹⁹, mais il n'est pas pour autant évident qu'elle accorde la même protection à de tels comportements dans l'espace public.

Les tribunaux français et le Comité des Nations unies sur les droits de l'Homme ont notamment imposé le respect d'une conception collective de la dignité de la personne humaine à des individus qui souhaitaient adopter en public un comportement que l'on jugeait contraire à leur propre dignité humaine. Dans les décisions *Commune de Morsang sur Orge*¹⁰⁰, le Conseil d'État français et le Comité

94. *Étude des fondements juridiques possibles de l'interdiction du voile intégral : rapport adopté par l'Assemblée générale plénière du Conseil d'État*, jeudi le 25 mars 2010, p. 21.

95. *Ibid.*

96. *Ibid.*, 22.

97. N° 45558/99, jugement du 17 février 2005.

98. *Ibid.* paragraphes 79-84.

99. Voir *Dudgeon vs Royaume Uni* dans la note 14 ci-haut.

100. *Commune de Morsang-sur-Orge vs Société Fun Production et M. Wackenbeim*, n° 136727, Conseil d'État, 27 octobre 1995, AJDA, 1995, jurisprudence p. 942. Comité des Nations unies sur les droits de l'Homme, *Wackenbeim vs France*, Communication n° 854/1999, 15 juillet 2002, CCPR/C/75/D/854/1999.

onusien rejetèrent ainsi la requête introduite par un nain qui avait perdu son emploi en raison de l'interdiction administrative des pratiques de « lancé de nain » (en l'espèce, le nain gagnait sa vie en participant à des activités de divertissements publics où il était lancé dans les airs par des hommes forts). Ces instances jugèrent qu'une telle interdiction était justifiée par le besoin de protéger la dignité de la personne humaine et que, ce faisant, la France n'avait pas enfreint ses obligations relatives au respect des droits fondamentaux. L'interdiction fut maintenue malgré le plaidoyer du requérant qui soutenait que l'indignité du chômage était plus grave que la présumée indignité du « lancé de nain » auquel il acceptait de participer. Une notion collective de la dignité a ainsi prévalu sur la conception même de l'individu, et cela même si l'imposition de cette dignité impliquait, du point de vue du requérant, une indignité plus grave.

La CJUE – dont la jurisprudence en matière de droits humains a tendance à suivre celle de la Cour de Strasbourg – a également validé des législations nationales limitant les droits individuels afin de protéger une notion collective de dignité de la personne humaine. Dans la décision *Omega*, la CJUE a confirmé une limitation à la libre prestation de service (un droit fondamental selon la législation de l'Union) en interdisant un jeu dans lequel les joueurs simulaient des meurtres en se tirant dessus avec des rayons-lasers. L'interdiction était alors justifiée par le fait que le jeu « était contraire aux valeurs prévalant dans l'opinion public¹⁰¹ », et en particulier celle du respect de la dignité de la personne humaine garantie par la constitution allemande. On soulignera ici que le tribunal s'est d'abord demandé si l'objectif de protection de la dignité humaine était « approprié » et s'il était reconnu par le cadre juridique de l'Union. Concluant que tel était le cas, le tribunal a jugé que la limitation à la libre prestation de service était légitime, cela parce permettait de garantir une valeur fondamentale de l'Union¹⁰².

Si la Cour admettait que l'interdiction du voile intégral visait à protéger la dignité de la personne humaine – et que cet objectif était mis en oeuvre par une mesure proportionnée –, elle pourrait alors estimer qu'une telle mesure relève bien de la compétence des États membres. On ne saurait donc, dans un tel contexte, transposer ici le raisonnement élaboré quant aux comportements adoptés en privé. En effet, l'objectif d'une loi cherchant à protéger la dignité de la personne humaine est significativement plus menacé par des comportements adoptés dans la sphère publique.

◆ AU DELÀ DE LA SPHÈRE DU PRIVÉ, LES DEVOIRS DÉCOULANT DU CARACTÈRE SOCIAL DE LA VIE EN SOCIÉTÉ

L'interdiction du voile intégral peut être perçue comme une norme adoptée par la majorité afin de limiter des formes d'expression pouvant porter atteinte à des valeurs d'ouverture aux autres, d'égalité des sexes et de dignité de la personne

101. Décision C-36/03, *Omega Spielhallen* [2004], ECR, I-9609, paragraphe 7.

102. *Ibid.*, paragraphe 7.

humaine. De telles normes juridiques visent à protéger les traditions culturelles relatives à la façon de se présenter en public en faisant d'une norme culturelle une obligation juridique. Ne mésestimons pas l'importance du fardeau que cela impose aux personnes qui choisissent de porter le voile intégral. Les femmes qui considèrent qu'il est moralement inacceptable de se présenter en public non voilée se trouvent confrontées à un dilemme angoissant¹⁰³. Certes, des concessions, dont la permission de porter le voile dans les édifices religieux, sont d'ores et déjà envisagées. Par ailleurs, les mesures juridiques cherchant à normer le port de vêtements outrageux et offensants en public ne sont pas nouvelles. Les sociétés libérales devraient traiter la liberté de conscience comme étant une liberté dont la valeur est égale pour tous les citoyens, et cela même si la conscience en question est guidée par une quelconque autorité religieuse.

À la lumière des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la CJUE – tant dans le domaine de la restriction des formes d'expression outrageuses (*Muller*) qu'en matière de définition d'une conception collective de la dignité de la personne humaine que chacun devrait respecter en public (*Omega*) – il apparaît que les limitations aux libertés sont possibles pour autant que les normes concernées prévoient des exceptions à leur application (qu'il s'agisse de lieux spécifiques où l'interdiction n'est pas de mise), et de possibles formes alternatives d'expression (peu importe le message que le vêtement concerné est sensé communiquer). Le droit au respect de la vie privée implique également que les individus demeurent libres de porter ce qu'ils veulent dans leur propre domicile et dans tout évènement privé. Si les exemptions à l'interdiction sont donc impératives en ce qui concerne les cérémonies religieuses et les édifices religieux, seront-elles pour autant suffisantes aux yeux des juridictions européennes pour donner aux lois litigieuses une chance de résister aux critiques fondées sur la liberté de religion? L'interdiction du port du voile intégral vise à forcer les individus à cloisonner leur identité religieuse de telle sorte que celle-ci ne porte pas ombrage à leurs autres devoirs. Un tel cloisonnement est effectivement exigé dans toutes les sociétés libérales dans certains contextes particuliers, mais une interdiction générale du port du voile intégral aurait néanmoins pour conséquence d'étendre considérablement cette obligation dans l'espace public. Il ne fait aucun doute qu'un ordre politique libertaire s'opposerait à l'idée que l'État puisse dicter ce que le peuple peut ou ne peut porter. Cependant, nous ne vivons pas dans un tel système, mais bien dans un système politique libéral qui tente de concilier la liberté individuelle avec les exigences de la vie collective.

La cour de Strasbourg a reconnu à maintes reprises la compétence des États à restreindre les libertés afin de défendre des normes culturelles ou promouvoir une conception nationale de la moralité publique. Alors même que l'on pourrait estimer qu'une interdiction du voile intégral poursuit un objectif légitime, une interdiction

103. Bien que la Cour de Strasbourg n'ait pas toujours adopté cette position, ma position dans cet article repose de façon générale sur le point de vue qu'il appartient aux individus de décider ce que leur religion exige et que cette décision n'est pas du ressort de l'État. Lorsqu'une personne affirme qu'elle considère que se voiler en public est une obligation religieuse, on ne peut lui répondre que la religion de la majorité n'émet pas de telles directives.

générale pourrait néanmoins être considérée comme disproportionnée vulnérabilisant par là-même tout autre projet d'interdiction. Mais selon une autre perspective, si de telles lois visent à assurer le respect de la dignité de la personne humaine en prévenant les comportements qui pourraient lui porter atteinte, il semble difficile de concevoir qu'un tel objectif pourrait être atteint par une interdiction limitée. En somme, les mesures d'interdiction du port du voile intégral pourraient procéder à la fois d'une extension significative du champ des exigences de l'État envers les citoyens, et tout particulièrement à l'égard des citoyens religieux, ou de l'adaptation, en fonction des circonstances, des normes existantes en matière de réglementation des comportements en public. La validité des interdictions qui ont d'ores et déjà été adoptées dépendra notamment de la position que les juridictions européennes adopteront sur cette question.

Contextes juridiques spécifiques

Migration et citoyenneté

Jusqu'à présent, j'ai montré qu'il existait des doutes légitimes quant à la compatibilité d'une interdiction générale du port du voile intégral avec l'ordre juridique européen. Bien que le débat juridique se concentre nécessairement sur l'application de principes généraux, on ne peut pour autant passer sous silence l'influence que la question migratoire a sur le droit dans ce domaine. La forte croissance du nombre de musulmans en Europe depuis les dernières décennies est très controversée et aucun débat relatif au port du voile ne peut être complètement dissocié de cet enjeu. Les lois qui ont été adoptées dans ce domaine résultent sans aucun doute d'influences xénophobes, mais elles procèdent aussi d'inquiétudes plus légitimes sur l'impact de l'immigration sur les sociétés d'accueil et sur le degré d'intégration requis afin que les immigrants adoptent les valeurs fondamentales de la société où ils s'établissent. Il convient donc ici de présenter très rapidement les positions de l'ordre juridique européen en matière de port du voile intégral par des immigrants.

À cet égard, le droit applicable aux immigrants est moins complexe que celui qui s'impose aux citoyens. Les États adoptent régulièrement des lois sur l'immigration afin d'imposer aux immigrants des standards plus élevés et plus restrictifs quant à leur comportement. Ces lois favorisent souvent les jeunes, les travailleurs hautement qualifiés, les individus en bonne santé, ceux qui connaissent la langue locale ou qui ont des liens ancestraux dans le pays d'accueil. Il ne devrait donc pas être impossible à l'État de favoriser des immigrants qui ont adopté les valeurs libérales et les valeurs d'égalité sur ceux qui s'y opposent. L'expérience qu'a vécue l'État d'Israël avec l'immigration issue de l'ex-Union Soviétique et la croissance du nombre de religieux ultra-orthodoxes a démontré que les valeurs politiques et culturelles d'une société peuvent en effet être affectées par les questions de démographie et par l'importance des flux migratoires¹⁰⁴. Si les États demeurent ouverts à l'immigration, ils doivent

104. Voir LEVY D., « Same Netanyahu: Different Israel: Demographic Challenges to Peace », *Foreign Affairs*, 24 mai 2011.

aussi être en mesure de rassurer leurs citoyens sur la pérennité des valeurs qu'ils partagent, à l'instar de l'égalité des sexes ou des droits des homosexuels. Plusieurs États européens ont effectivement adopté des mesures qui encouragent ou exigent que les immigrants fassent preuve de leur adhésion aux valeurs libérales, à la laïcité et au principe d'égalité afin d'en obtenir la citoyenneté ou la permission d'y résider. Le Conseil d'État français a confirmé le refus de l'obtention de la citoyenneté à une femme en raison de la « pratique radicale de sa religion » (qui incluait notamment le port du niqab) : on considérerait en l'espèce que l'intéressée n'avait pas réussi à s'intégrer et n'avait pas adopté les valeurs de la République, dont l'égalité des sexes¹⁰⁵. Les politiques et directives de l'Union dans le domaine de l'immigration ont accordé aux États membres une importante marge de manœuvre pour définir les conditions d'intégration des immigrants provenant de l'extérieur de l'Union¹⁰⁶. Le droit de l'Union accepte notamment que les étrangers poursuivant des « visées extrémistes » se voient refuser le droit de résider sur le territoire des États membres¹⁰⁷. La CJEU justifie l'imposition de conditions d'intégration dans sa décision *Parlement vs Conseil* en soutenant que « l'impératif d'intégration découle des nombreux objectifs légitimes mentionnés à l'article 8 (2) de la Convention¹⁰⁸ ». Dans un rapport qui se prononçait pourtant défavorablement sur une interdiction générale du port du voile intégral en France, le Conseil d'État avait néanmoins conclu que les autorités pouvaient légitimement refuser la citoyenneté aux personnes portant le voile intégral. Dans cette perspective, les lois nationales restreignant l'accès à la citoyenneté ou l'obtention d'un permis de résidence sur le territoire de celles qui portent le voile intégral sont donc peu susceptibles de se placer en porte-à-faux avec les normes juridiques européennes.

Citoyens de l'Union et égalité de traitement

Si le traitement différencié des immigrants ne suscite pas de problème au regard des dispositions du droit européen, le droit antidiscriminatoire permet quant à lui de remettre en question les lois nationales relatives au port du voile intégral en raison du traitement différencié des non-ressortissants qu'elles pourraient engendrer. Le droit de l'Union est particulièrement important à ce titre puisqu'il accorde aux ressortissants de l'Union le droit de résider et de travailler dans les autres pays membres. La CJEU a largement défini ce que recouvrent ces droits et a exigé que toute mesure en restreignant l'exercice soit justifiée¹⁰⁹. Les autorités de l'État membre doivent ainsi démontrer que la mesure en question n'est pas discriminatoire et qu'elle cible un objectif de politique publique légitime.

105. Conseil d'État, *Section du contentieux, 2^e et 7^e sous-sections réunies*, Séance du 26 mai 2008, Lecture du 28 juin, M^{me}. M.

106. Directive du Conseil de l'Union européenne EU (EC), 2004/83 sur les exigences minimales pour la qualification et le statut de ressortissant d'un tiers pays ou d'un apatride qui a néanmoins besoin de protection internationale et du contenu de la protection octroyée [2004], OJ L304/12 et directive du Conseil (EC) 2003/86 sur le droit à la réunification familiale [2003], OJ L251/12.

107. Article 6 (1), Directive du Conseil (EC), 2003/86, sur le droit à la réunification familiale [2003], OJ L251/12.

108. Cause C-540/03, *Parlement vs Conseil* [2006], ECR, I-5769, paragraphe 66.

109. Voir C-55/94, *Gebhard* [1995], ECR, I-4165. Voir aussi C-140/03, *Commission vs Grèce* (opticiens) [2005], ECR, I-3177.

Une femme portant le voile intégral pourrait donc invoquer la violation de ses droits reconnus par l'Union par une interdiction nationale dans la mesure où cette interdiction restreindrait l'exercice de son droit à travailler dans l'État membre en question. Cette utilisation du droit communautaire dans le but de contester des normes morales majoritaires n'est pas sans précédent. L'Union a accordé une valeur morale importante au principe de non-discrimination et à celui de l'autonomie¹¹⁰ dans les décisions *R. (Blood) contre l'Autorité de fertilisation humaine et d'embryologie*¹¹¹ et *SPUC contre Grogan*¹¹² : le droit de l'Union a été invoqué pour renverser des lois nationales moulées sur des référents moraux en matière d'information sur la fertilisation *in-vitro* et sur l'avortement. Les normes interdisant de porter le voile intégral sont également problématiques en termes de droit communautaire à cause de leur potentiel discriminatoire. L'égalité de traitement est un principe fondamental du droit de l'Union et la Cour serait ainsi susceptible d'exiger que les autorités des États membres démontrent que leur interdiction vise des objectifs de politiques publiques afin de justifier le fait qu'une telle interdiction affecte inévitablement les femmes et les musulmanes en particulier.

Mais on soulignera également que le droit de l'Union est favorable à la décision des États membres de restreindre les droits afin de préserver les traditions culturelles nationales. La décision *Omega* précitée n'est pas le seul exemple. Dans l'arrêt *Grogan*, l'avocat général a conclu que l'État irlandais était habilité à restreindre la libre prestation de service en matière d'avortement en raison de sa propre conception de la moralité publique. Dans les décisions *Schindler* et *BHS*, des limitations aux activités de jeux d'argent et aux activités de commerce le dimanche ont également été confirmées en vertu du droit des États membres de promouvoir leur conception de la moralité, mais aussi en vertu du respect de leurs traditions nationales. L'arrêt *Omega* indique clairement que l'objectif en question doit être conforme aux standards de l'ordre juridique de l'Union. Dans la mesure où la Cour pourrait être disposée à concevoir l'interdiction du port du voile comme poursuivant des objectifs légitimes, dont la protection de l'égalité des genres et la dignité humaine et non pas comme une discrimination non fondée de la population musulmane, il est peu probable qu'une requête fondée sur la notion de discrimination serait recevable.

On ne contestera pas le fait que les mesures d'interdiction du voile intégral sont souvent suscitées par des inquiétudes spécifiques à l'islam et qu'elles sont promues par des acteurs guidés par un programme xénophobe et islamophobe¹¹³. Cependant, de telles lois sont également soutenues par des acteurs qui ne le sont pas et qui ont, à l'inverse, pour souci sincère la garantie des valeurs d'égalité et de respect mutuel. Le portrait religieux des États européens est en cours de transformation et l'accroissement du nombre d'adhérents à des religions jusque là

110. *Coleman vs Attridge Law*, C-303/06, [2007], IRLR, 88.

111. [1997], 2, All ER, 687.

112. C-159/90, [1991], ECR, I-4685.

113. Le *Front national* en est un exemple notable. Il avait été auparavant peu enthousiaste dans son soutien à l'égalité des sexes alors qu'il la présente maintenant comme un élément essentiel de la vie française.

très minoritaires en Europe suscite de nouvelles questions et de nouveaux défis. Cet environnement religieux peut ainsi nécessiter des transformations du cadre juridique existant. Par exemple, la forte présence musulmane en France métropolitaine est un phénomène relativement nouveau. Dans ce contexte, la question de la conciliation de l'expression de la foi musulmane avec le principe de laïcité de la République soulève des considérations absentes de l'esprit du législateur au début du XIX^e siècle. Par conséquent, de nouvelles lois pourraient être nécessaires afin d'actualiser les normes existantes. Et l'on remarquera que si, dans le cadre français, les transformations du droit ont pu être motivées par des inquiétudes touchant plus à l'islam qu'à d'autres religions, elles l'ont aussi été par un souci de promouvoir les principes et les droits sur lesquels l'État français souhaite fonder son ordre social et public¹¹⁴.

Alors même que l'interdiction du voile intégral a assurément un grand impact sur les musulmans (et qu'elle s'avère ainsi indirectement discriminatoire), la CJEU pourrait cependant estimer qu'une telle mesure vise un objectif national approprié. Après tout, si la Cour est disposée à reconnaître que la libre prestation de service peut être restreinte pour défendre la conception allemande de la dignité humaine ou la conception irlandaise des droits de l'enfant à naître, elle peut tout autant reconnaître que la volonté de promouvoir l'égalité des sexes ou la libre communication en public comme des valeurs nationales, constituent des raisons légitimes pour restreindre la liberté de circuler des citoyens dans l'Union.

Le droit de l'Union européenne en matière de travail¹¹⁵ interdit la discrimination directe et indirecte dans le domaine de l'emploi. Il serait concevable qu'un employeur, interdisant à son employée d'être complètement voilée au travail, puisse être poursuivi par celle-ci sur la base de l'interdiction de la discrimination en fonction de la religion. Cependant, dans la mesure où le droit permet que des mesures indirectement discriminatoires soient justifiées par des objectifs légitimes et que les tribunaux de plusieurs États membres (ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme¹¹⁶) ont statué que des limites sur le port du voile dans les lieux de travail peuvent être justifiées par les besoins de l'employeur, de telles objections sont peu susceptibles d'être retenues.

L'approche de la CEDH en matière de discrimination est plus limitée que celle du droit de l'Union. La Convention ne garantit pas le principe d'égalité de façon autonome, mais l'article 14 protège l'égalité de traitement au regard des droits garantis par la Convention. Dans la mesure où une législation nationale proposerait une interdiction générale de la dissimulation du visage en public sans viser spécifiquement le voile islamique, il serait difficile pour un requérant de prouver qu'il est l'objet de discrimination directe, cela parce qu'un citoyen non-musulman

114. Une grande partie du soutien à ces mesures provient également de personnes motivées par des idées racistes ou inappropriées. Cela ne veut pas dire que la loi elle-même est raciste. L'adoption opportuniste de principes valables par les gens dont les intentions ne sont pas valables est malheureusement un phénomène récurrent dans la vie politique.

115. Voir la note 7.

116. *Vogt vs Allemagne* (Application n° 57325/00), jugement du 2 septembre 1995. *Marteaux*, Conseil d'État, décision 217017 du 3 mai 2000, UK.

souhaitant dissimuler son visage serait en effet affecté de la même façon par une telle législation. Une requête fondée sur l'article 14 et qui soutiendrait que l'interdiction de se voiler est indirectement discriminatoire aurait plus de chance de trouver écho à la Cour¹¹⁷. Pour autant, en règle générale, la cour de Strasbourg est moins disposée à répondre aux questions de discriminations indirectes que ne l'est la cour de Luxembourg. Par ailleurs, si la Cour jugeait que des restrictions à la liberté de religion peuvent être justifiées par des raisons de politiques publiques, il est peu probable qu'elle adopte un raisonnement similaire dans un cas de discrimination indirecte¹¹⁸.

◆ CONCLUSION

Le destin des lois interdisant le port du voile intégral dans l'espace public au sein de l'ordre juridique européen est difficile à prédire. Provoquant des débats passionnés, suscitant de vives émotions, ces lois soulèvent des questions fondamentales autant pour nos systèmes juridiques que pour nos sociétés. Elles ont pour conséquence l'imposition de lourds fardeaux à des personnes qui souffrent déjà de discrimination et d'exclusion considérables. Mais parallèlement, elles concernent aussi un vêtement que l'on peut raisonnablement percevoir comme incompatible avec les valeurs profondes d'égalité des sexes ainsi qu'avec la nécessité de l'ouverture aux autres qu'exige la vie en société. Et il s'agit bien là de valeurs dont la garantie est bien du ressort de la loi elle-même.

Le destin de ces lois est donc difficile à prédire. Toutefois, dans un contexte de méfiance croissante des populations de certains États membres envers les tribunaux et les institutions européennes, il ne serait pas surprenant que l'appareil judiciaire européen mette tout en œuvre afin que ces conflits d'être puissent être résolus au niveau national, évitant ainsi d'impliquer les institutions européennes dans un débat hautement sensible et politisé.

117. *DH vs République Tchèque* (Application n° 57325/00), jugement de la Grande Chambre du 13 novembre 2007.

118. Il convient de remarquer que la loi interdisant le voile spécifiquement plutôt que la pratique plus générale de se couvrir le visage serait bien plus vulnérable à cet égard. Une telle loi n'est pas entièrement exclue. Certains États allemands interdisent le port du foulard par les enseignantes même s'ils permettent aux nonnes de porter leurs habits.

STÉPHANIE HENNETTE-VAUCHEZ
.....

Derrière la burqa, les rapports entre Droit et Laïcité : la subversion de l'État de droit ?

La présente contribution¹ propose une analyse juridique des questions soulevées par l'interdiction de la burqa² en France, où la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdit désormais la « dissimulation du visage dans l'espace public ». On ne cherchera pas ici à réfléchir aux évolutions imprimées par cette nouvelle loi à la compréhension de la notion de laïcité *en droit*; bien plutôt, on proposera une analyse de ce que cette loi, et les évolutions dont elle témoigne, *fait au droit* – pris ici en tant qu'objet de l'étude. Pour ce faire, on s'autorise à regarder à côté et au-delà de la « simple » interdiction de la burqa, car on assiste depuis quelques années à une intensification notable de la judiciarisation de nombreuses autres questions liées au fait religieux et aux modalités de son expression publique qui mérite à notre sens d'être soulignée en tant que telle, dès lors qu'elle informe le contexte dans lequel la loi d'octobre 2010 a surgi.

De nombreuses formes d'expression de la religion sont en effet aujourd'hui en France au cœur de toutes les anxiétés : hier le foulard ou le voile, aujourd'hui la burqa; hier à l'école, aujourd'hui dans l'espace public ou dans l'entreprise... À telle enseigne qu'on s'interroge sur la question de savoir si ce sont pas certaines formes d'expression de la religion musulmane qui sont construites comme « problème », plutôt que la religion en général; y a-t-il une dimension discriminatoire, fut-elle indirecte, dans les raidissements et crispations³ récemment manifestés

-
1. Une version préliminaire de la présente étude a été présentée lors de l'atelier Pluralisme et Radicalisation organisé par Valérie Amiraux à Montréal en janvier 2010; la présente version doit beaucoup à la richesse des échanges qui ont eu lieu à cette occasion. La version finale de la présente contribution date de janvier 2012.
 2. On ne méconnaît pas le caractère partiellement impropre du terme burqa ici, dès lors que c'est en fait essentiellement le niqab qui est concerné et donc visé par l'interdiction législative en France. Il reste que, le débat dont on entend ici faire l'objet de l'étude s'étant déroulé comme portant sur la burqa, on conserve ici cette terminologie.
 3. Le constat de tels raidissements est très largement partagé par les spécialistes du droit des religions. Voir entre autres FIALAIRE J., « Droit et Religions, Carrefour des mutations sociales? », *Annuaire droit et religions*,

par l'évolution des règles de droit en matière de laïcité⁴? Et comment une telle question peut-elle même être posée dans un pays où l'État de droit est réputé à la fois solidement ancré, et de nature, tant substantiellement que formellement, à empêcher toute rupture d'égalité dans l'application des principes fondamentaux de la République? L'hypothèse de départ dans la réflexion proposée consiste en la suggestion qu'il se livre aujourd'hui de véritables « guerres du droit » sur ces questions d'articulation entre liberté religieuse, laïcité et pluralisme. On recourt ici à la notion de « guerre » pour caractériser le fait que, par-delà des tensions, très fortes, qui se donnent à voir sur le sens même à donner à ces catégories et donc sur le *fond* du débat, on voit *sur la forme* s'imposer l'idée que « tous les coups sont permis ». C'est en ce sens que la présente contribution s'attachera à montrer la manière dont nombre de garde-fous procéduraux sont en passe d'être neutralisés; or il s'agit là d'un risque majeur pour qui comprend la notion même d'« État de droit » comme reposant à titre principal sur, précisément, de tels garanties d'abord procédurales et formelles⁵. Pour le dire encore autrement, on espère démontrer ici que la question des formes d'expression de la liberté religieuse n'est pas aujourd'hui seulement un terrain sur lequel on voit se couler dans le discours juridique des désaccords de fond. La traduction dans des termes juridiques de positions axiologiques n'a en effet rien d'exceptionnel et se donne à voir dans bien d'autres domaines, comme par exemple le droit de la bioéthique. On ne nie ni ne feint d'ignorer, en ce sens, qu'il existe bel et bien une axiologie des catégories juridiques. Mais on veut soumettre au débat l'idée selon laquelle il y a aussi, au-delà, de véritables ruptures qui sont sur le point d'opérer quant aux formes et procédures juridiques mêmes.

Cherchant à travailler sur les points de contact entre l'axiologie propre au débat public relatif à la religion d'une part et la normativité juridique d'autre part, on pourrait prendre pour point de départ la distinction proposée par Alessandro Ferrari entre « laïcité narrative » et « laïcité juridique⁶ », la première étant constituée de récits que les États nourrissent sur eux-mêmes, et la seconde de ce qui se voit coulé dans le cadre formel du droit. A. Ferrari insiste sur les liens qui unissent les deux, chacune nourrissant l'autre dans un mouvement de perpétuel va et vient, l'attelage ainsi formé étant bien souvent tiré à hue et à dia⁷. Par-delà l'intérêt de la distinction et de son mode de fonctionnement, le texte d'A. Ferrari retient notre attention en ce qu'il repose sur l'idée que *la laïcité du droit n'est pas que le récepta-*

2009-2010, vol. 4, p. 339; DIEU F., « La pratique religieuse peut-elle être un obstacle à l'acquisition de la nationalité française? », *Annuaire Droit et Religions*, 2009-2010, vol. 4, p. 345; LOCHAR D., « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, n° 123, p. 19-32.

4. Voir pour une interrogation en ce sens : FIALAIRE J., « Droit et Religions, Carrefour des mutations sociales? », *op. cit.*, p. 339, pour qui « la notion de discrimination indirecte transparait derrière le paravent de la neutralité religieuse affirmée dans la norme générale ».

5. Voir notamment, sur la dimension d'abord procédurale et formelle des garanties recelées dans le paradigme de l'État de droit : REDOR-ROCHOT M.-J., *De l'État légal à l'État de droit*, PUAM, 1992; ou encore HEUSCHLING L., *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Dalloz, 2002.

6. FERRARI A., « De la politique à la technique : laïcité narrative et laïcité du droit. Pour une comparaison France-Italie », in BASDEVANT-GAUDEMET B. et JANKOWIAK F. (dir.), *Les droit ecclésiastique en Europe et à ses marges, XVIII-XX^e siècles*, Peeters, Leuven, 2009, p. 333.

7. A. Ferrari explique ainsi que depuis la Seconde Guerre mondiale, la laïcité narrative est volontiers anti-pluraliste alors que la laïcité juridique a pour signification et pour effet de garantir le pluralisme – d'où des tensions fortes.

cle passif de sens qui seraient forgés et évolueraient ailleurs. Au contraire, elle agit et produit elle aussi du sens ; la laïcité juridique n'est pas une simple « coquille vide » qui se verrait, selon les lieux et les périodes, remplie de signification par telle ou telle version de la laïcité narrative. Certes, la laïcité comme principe du droit français n'a guère été définie, ni dans le texte fameux de la loi de 1905 relative à la séparation de l'Église et de l'État (où elle ne figure d'ailleurs pas), ni dans aucun autre texte constitutionnel⁸ ou législatif. Il n'en reste pas moins possible de considérer qu'il y a bien un sens juridique du terme ; et même que ce sens juridique a pu apparaître comme singulièrement et relativement plus stable que dans d'autres domaines. Qu'on en juge par ces propos de Jean Rivero, éminent spécialiste du droit public et des libertés publiques : « Laïcité : le mot sent la poudre ; il éveille des résonances contradictoires... Le seuil du droit franchi, les disputes s'apaisent ; pour le juriste, la définition de la laïcité ne soulève pas de difficulté majeure ; des conceptions fort différentes ont pu être développées par des hommes politiques dans le feu des réunions publiques ; mais une seule a trouvé sa place dans les documents officiels. Les textes législatifs, les rapports parlementaires qui les commentent, les circulaires qui ont accompagné leur mise en application ont toujours entendu la laïcité en un seul et même sens : celui de la neutralité religieuse de l'État⁹. »

Il ressort bien de cette analyse qu'un sens juridique à peu près clair, fixe et, en l'occurrence, simple (neutralité de l'État) a pu prévaloir – en tous cas jusqu'à une période récente.

Indubitablement, cette signification longtemps conférée au principe de laïcité est en pleine mutation ; se multiplient aujourd'hui les instances dans lesquelles il se voit valablement appliqué à bien d'autres que l'État. La présente étude entendra s'interroger, au-delà de ces évolutions elles-mêmes, sur ce qu'elles font au droit – et singulièrement aux formes et procédures dans lesquelles s'incarne traditionnellement le modèle de l'État de droit. On prendra quatre exemples (les signes religieux à l'école, la déclaration acquisitive de nationalité, l'interdiction de la burqa et la question du port de signes religieux dans la sphère privée (notamment, l'entreprise) qui permettent de souligner que, récemment, la question de la régulation juridique du fait religieux (musulman) prend des allures de « guerre du droit », où par-delà l'expression de désaccords de fond, ce sont bien des torsions et ruptures de forme qui se donnent à voir, venant fragiliser le bel édifice de l'État de droit.

◆ EXEMPLE 1 : LE PORT DE SIGNES RELIGIEUX À L'ÉCOLE

Voilà vingt ans, désormais, que la question est d'importance dans le débat public français¹⁰. Ces vingt années ont signé une incontestable modification du sens juridique communément prêté à la laïcité. Mais par-delà cette évolution, que l'on

8. Sans plus d'explication, l'article 1^{er} de la Constitution se borne à énoncer que : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. »

9. RIVERO J., « Le concept de laïcité », *Recueil Dalloz*, 1949, chron. 33.

10. AMIRAUX V., « L'affaire du foulard : retour sur une affaire qui n'en est pas encore une », *Sociologie et Société*, 2009, vol. 41, n° 2, p. 273-298.

peut comprendre comme la transcription, en droit, des déplacements axiologiques du débat public en général, on souhaite donc souligner que, récemment, ce sont également des ruptures de forme qui se donnent à voir : il n'y a pas que le sens des notions juridiques qui évolue, mais leur structure même.

On le sait, depuis la loi du 15 mars 2004, le Code de l'éducation comprend un article L. 141-5-1 aux termes duquel : « Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. » Par cette disposition, la loi signe une extension considérable de la portée utile du principe de laïcité/neutralité religieuse : autrefois applicable aux seuls enseignants¹¹, il l'est désormais aux élèves. Et plus largement, ce texte et les forces qui l'ont porté semblent avoir déclenché un mouvement visant à soumettre à l'obligation de neutralité non plus seulement fonctionnaires et agents publics, mais encore les *usagers* du service public dans leur globalité. C'est en ce sens que fut adoptée, en 2007, la discrète « Charte de la laïcité dans les services publics¹² », présentée par le Premier ministre comme nécessaire pour rappeler aux uns et aux autres (agents comme usagers) leurs droits et leurs devoirs en matière de laïcité. C'est encore dans ce mouvement que se situe le plan de travail des participants au « grand débat national » sur la laïcité rédigé par l'Union pour un Mouvement populaire (UMP), dans lequel figure la proposition consistant à « étendre les exigences de neutralité et de laïcité des agents des services publics aux collaborateurs occasionnels du service public », de sorte que seraient désormais concernés (et obligés), par exemple, « les parents accompagnateurs d'une classe d'école publique¹³ ».

Mais par-delà ce mouvement d'élargissement du sens, du contenu de la notion juridique de laïcité/neutralité, il faut encore évoquer un autre mouvement, parallèle,

-
11. Comp. Conseil d'État, Avis, 27 novembre 1989, n° 346893 : « Il résulte des textes constitutionnels et législatifs et des engagements internationaux de la France... que le principe de la laïcité de l'enseignement public... impose que l'enseignement soit dispensé dans le respect, d'une part, de cette neutralité par les programmes et par les enseignants et, d'autre part, de la liberté de conscience des élèves. [...] *La liberté ainsi reconnue aux élèves comporte pour eux le droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires*, dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui, et sans qu'il soit porté atteinte aux activités d'enseignement, au contenu des programmes et à l'obligation d'assiduité. [...] Il [en] résulte... *que dans les établissements scolaires, le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses*, mais que cette liberté ne saurait permettre aux élèves d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portés individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettraient leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public » (nous soulignons).
 12. Circulaire 5209/SG du 13 avril 2007. Pour un commentaire, voir : BOUET J.-B., « La "Charte de la laïcité dans les services publics" et les établissements de santé : une occasion manquée », *Revue de droit sanitaire et social*, 2007, p. 1023. Voir : [http://www.fonction-publique.gouv.fr/IMG/Circulaire_PM_5209_20070413.pdf].
 13. Cette proposition se sera peut-être inspirée d'un cas réel : voir l'affaire de Montreuil, où une école modifiait en 2010 son règlement intérieur afin d'y inclure la disposition suivante : « Les parents volontaires pour accompagner les sorties scolaires doivent respecter dans leur tenue et dans leurs propos la neutralité de l'école laïque » – suscitant un recours rejeté par le tribunal administratif en novembre 2011. On se permet de renvoyer pour un commentaire à HENNETTE-VAUCHEZ S., « Discrimination indirecte, genre et liberté religieuse : encore un rebondissement dans les affaires du voile », *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2012, à paraître.

dans lequel on croit déceler bien plus que des évolutions issues d'un débat de fond – des atteintes à la stabilité des formes et procédures juridiques qui garantissent les recours et la protection contre l'arbitraire. C'est ainsi qu'on a vu diverses autorités prétendre faire application de l'interdiction consacrée par le Code de l'éducation à des situations clairement situées au-delà du champ d'action du texte. Il en est ainsi allé de tel proviseur prétendant pouvoir opposer la loi de 2004 à une jeune femme fréquentant son établissement en cours du soir au titre d'une formation professionnelle d'anglais suivie dans le cadre d'un GRETA¹⁴. L'affaire, portée devant feu la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE¹⁵), donnait lieu à la délibération du 8 juin 2009 par laquelle la haute autorité déclarait que « le président du GRETA... et le proviseur du lycée ne peuvent refuser, par principe, l'accès à une formation professionnelle se déroulant dans un lycée public à M^{me} X du seul fait qu'elle portait le foulard. Ce refus caractérise une discrimination religieuse¹⁶ ». Mais avant cela, la position du proviseur avait été confirmée par la direction des affaires juridiques du ministère de l'Éducation nationale, dont la position mérite d'être détaillée.

Raisonnement structurant la note de la directrice des affaires juridiques relative à l'applicabilité des dispositions de l'article L. 141-5-1 aux stagiaires des GRETA, ministère de l'Éducation nationale, 10 mars 2009 :

– certes les stagiaires des GRETA « qui sont des salariés d'entreprises privées, des demandeurs d'emploi, des jeunes sortis du système scolaire ou des particuliers *ne peuvent... être assimilés à des élèves* », mais :

– le règlement intérieur des établissements scolaires peut limiter la liberté de manifester sa religion chaque fois que serait menacée la sécurité ou la santé des personnes et chaque fois que l'ordre public et le fonctionnement normal du service public seraient menacés ;
 – le fait qu'un établissement accueille à la fois des élèves soumis aux dispositions du Code de l'éducation et des stagiaires de GRETA est de nature à créer « une différence de traitement qui ne manquerait pas d'entraîner une rupture d'égalité » entre usagers ;
 – de sorte qu'on peut, pour éviter le trouble à l'ordre public et au bon fonctionnement du service public qui résulterait de cette rupture d'égalité, soumettre tous les usagers de l'établissement, élèves et stagiaires confondus, à l'interdiction législative¹⁷.

Intéressant raisonnement juridique que celui qui (i) reconnaît que la loi n'est pas applicable (car les stagiaires ne sont pas des élèves) mais (ii) dévot un rôle supplétif à la notion d'ordre public (iii) sur la base de l'idée (généralement peu développée par ailleurs) selon laquelle une rupture du principe d'égalité constituerait un trouble à l'ordre public¹⁸, (iiii) le tout en donnant à la notion même d'ordre public un sens

14. Pour la définition des GRETA donnée par [www.education.gouv.fr] : « Structures de l'Éducation nationale qui organisent des formations pour adultes dans la plupart des métiers », « groupements d'établissements publics d'enseignement qui mutualisent leurs compétences et leurs moyens pour proposer des formations continues pour adultes ».

15. La HALDE, comme le défenseur des enfants et la Commission nationale de contrôle de la déontologie de la sécurité, a disparu à la faveur de la création du défenseur des droits ; voir loi 2011-334 du 29 mars 2011.

16. HALDE, Délib. 2009-235 du 8 juin 2009.

17. Direction des affaires juridiques du ministère de l'Éducation nationale, note du 10 mars 2009.

18. « Chiche ! », aurait-on ici envie de rétorquer : que toute atteinte au principe d'égalité soit désormais d'ordre public et donc susceptible d'être soulevée d'office par le juge ! Voilà qui devrait singulièrement améliorer les choses sur nombre de fronts.

permanent alors que, classiquement, il échoit aux autorités administratives d'ancrer toute mesure restrictive des libertés dans les circonstances concrètes de chaque espèce. Il faut insister sur ce point car la définition, puis la canalisation de la notion d'ordre public constituent le cœur de cette partie de l'État de droit que forme le « droit des libertés » d'inspiration libérale¹⁹ et traditionnellement entendue comme articulé autour de l'adage « la liberté est la règle, la restriction, l'exception²⁰ ».

◆ EXEMPLE 2 : LA DÉCLARATION ACQUISITIVE DE NATIONALITÉ

Par un arrêt de juillet 2008, le Conseil d'État validait le refus d'acquisition de la nationalité pour pratique radicale de la religion²¹. Il faut expliquer la procédure par laquelle M^{me} Mabchour avait sollicité la nationalité française. La « déclaration acquisitive de nationalité » est un acte juridique par lequel un ressortissant étranger exprime devant le juge d'instance ou l'autorité consulaire compétente sa volonté d'acquérir la nationalité française à raison d'un mariage et d'une durée de vie commune avec un Français d'au moins 4 années. Elle est prévue aux articles 21-2 et 21-3 du Code civil ; l'article 21-4 dispose quant à lui que « le Gouvernement peut s'opposer par décret en Conseil d'État, pour indignité ou défaut d'assimilation, autre que linguistique, à l'acquisition de la nationalité française par le conjoint étranger », – les deux seuls exemples concrets de « défaut d'assimilation » fournis par cet article du Code étant la situation effective de polygamie du conjoint étranger et la condamnation prononcée à son encontre pour violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente lorsque commise sur mineur de quinze ans. Le cas échéant, c'est au cours d'un entretien individuel en préfecture, complété par une enquête sur « la conduite et le loyalisme du postulant²² », que le comportement du déclarant est apprécié et vérifié en tant qu'il ne révèle pas de tel défaut d'assimilation.

La jurisprudence à laquelle donne lieu l'application de ces dispositions n'est pas foisonnante. En fait, il est relativement rare que le Gouvernement s'oppose à la déclaration acquisitive²³ ; et, quand il le fait, c'est généralement du fait de l'activisme politique notoire du conjoint étranger. Il arrive, bien sûr, qu'une telle

19. Dans les mots de la Cour européenne des droits de l'Homme : « Seules des limites regardant l'ordre public, objectivement défini, enserrent l'exercice de la liberté de religion » ; citée par FIALAIRE J., « Droit et Religions, carrefour des mutations sociales ? L'exemple de la France », in *Annuaire Droit et Religions*, 2009-2010, vol. 4, p. 329, p. 335.

20. Selon la célèbre phrase prononcée par le commissaire de gouvernement Corneille dans ses conclusions sur l'arrêt Baldy de 1917, tournée depuis en véritable adage du droit administratif des libertés, comme en témoignent sa position centrale dans l'ensemble des manuels et traités correspondants.

21. Voir de manière générale sur cette affaire : KOUSSENS D., « Sous l'affaire de la burqa, quel visage de la laïcité française ? », *Sociologie et Sociétés*, 2009, vol. 41, n° 2, p. 327-347 ; et aussi DIEU F., « La pratique religieuse peut-elle être un obstacle à l'acquisition de la nationalité française ? Des rapports conflictuels entre l'Islam et la République », *Annuaire Droit et Religions*, 2009-2010, vol. 4, p. 345.

22. Voir décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993, notamment art. 43.

23. Frédéric Dieu indique qu'« en 2006, selon l'INSEE, 27 000 décisions favorables ont été prises... et une quarantaine de décrets d'opposition seulement ont été signés », in « La pratique religieuse peut-elle être un obstacle à l'acquisition de la nationalité française ? Des rapports conflictuels entre l'Islam et la République », *op. cit.*, p. 347.

opposition soit fondée sur des manières de se comporter jugées incompatibles avec les valeurs essentielles de la communauté française ; mais en ce cas, note Philippe Malaurie, « le Conseil d'État exige des faits nettement caractérisés, démontrant sans nul doute, par un faisceau d'indices, que l'intéressé est radicalement hostile aux valeurs essentielles françaises²⁴ ». On lit en effet dans un arrêt de 1997 : « Considérant que si M. X, de nationalité tunisienne, s'affirme comme un musulman croyant et pratiquant de stricte observance et a épousé en 1990 une française qui est elle-même de religion musulmane et porte le voile islamique, il ne ressort des pièces du dossier ni que ces faits et circonstances, ni aucun autre élément invoqué par l'administration et relatif au comportement de l'intéressé ne sont de nature à révéler un défaut d'assimilation²⁵ » : à elle seule, la stricte observance de la religion musulmane ne saurait être interprétée comme valant « défaut d'assimilation ». En fait, il semble que la stricte observance et la sympathie avérée pour un Islam radical aient même pu être protégés par la jurisprudence comme ne signifiant pas *ipso facto* « défaut d'assimilation » tant qu'elles n'empiétaient pas dans la sphère publique et n'y faisaient pas l'objet d'explicitations. On comprend en ce sens l'arrêt *Belhadj*, où le Conseil d'État admet que le conjoint de Français peut avoir entretenu des « relations suivies avec un membre actif d'un réseau islamiste » sans pour autant rejeter les valeurs essentielles de la société française²⁶, tandis que dans une autre affaire, il aura été jugé que lorsque le conjoint déclarant est « membre actif d'un mouvement extrémiste » qui répand ses thèses contraires aux valeurs essentielles de la société française au sein d'une mosquée²⁷, ou lorsqu'il est « l'un des principaux dirigeants d'une fédération à laquelle [sont] affiliés plusieurs mouvements extrémistes prônant le rejet des valeurs essentielles de la société française²⁸ », le défaut d'assimilation est retenu par le juge²⁹. Plus récemment, on constate que le Conseil d'État a pu juger que de « simples propos », non suivis d'actions ou de participation à des mouvements extrémistes mais susceptibles d'encourager la propagation de thèses contraires aux valeurs essentielles de la société française, pouvaient valablement caractériser un défaut d'assimilation³⁰. En dépit de cette sévérité accrue, Frédéric Dieu analyse une permanence du critère principal : « Ici sont sanctionnés l'activisme et le prosélytisme religieux manifestés par une contestation *publique* de ces valeurs essentielles³¹. »

24. MALAURIE Ph., « Une pratique radicale de la religion peut fonder une opposition gouvernementale à l'acquisition par mariage de la nationalité française », *JCP A*, 2008, p. 2205.

25. Conseil d'État, 19 novembre 1997, *Ben Halima*, req. 169368. Voir encore Conseil d'État, 3 février 1999, *El Yahyaoui*, req. 161251 : le fait qu'une Marocaine « s'affirme comme musulmane de stricte observance et porte le voile islamique » ne traduit pas un défaut d'assimilation. Et voir encore Conseil d'État, 23 mars 1994, *Karshenas Najaf Abadi*, req. 116144 : ne présente pas un défaut d'assimilation le conjoint de Français dont l'épouse de nationalité française porte le foulard ou le voile islamique.

26. Conseil d'État, 7 juin 1999, *Belhadj*, req. 187526, tables p. 782.

27. Conseil d'État, 14 octobre 1998, *Amiour*, req. 175186, tables p. 898.

28. Conseil d'État, 7 juin 1999, *Ben Mansour*, req. 178449, tables p. 782.

29. Voir encore : Conseil d'État, 29 juillet 2002, *Bouaffad*, req. 224538, *AJDA*, 2002, p. 1064.

30. Voir notamment CE, 21 décembre 2007, *Naïmi*, req. 297355 (*AJDA*, 2008, p. 372) ; CE, 13 février 2008, *Hacene*, req. 301711 (*AJDA*, 2008, p. 1284) et CE, 13 novembre 2006, *Hamou*, req. 297543 (*AJDA*, 2007, p. 158).

31. DIEU F., « La pratique religieuse peut-elle être un obstacle à l'acquisition de la nationalité française ? Des rapports conflictuels entre l'Islam et la République », *op. cit.*, p. 349 (souligné par nous).

C'est sur ces bases que l'on peut comprendre l'arrêt Mabchour rendu en 2008 comme signalant une évolution de la ligne jurisprudentielle du Conseil d'État en matière de déclaration acquisitive de nationalité. Car en effet, on lit dans l'arrêt que « si M^{me} A possède une bonne maîtrise de la langue française, elle a cependant adopté une pratique radicale de sa religion, incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française, et notamment avec le principe d'égalité des sexes ». Il faut, pour comprendre, lire les conclusions prononcées sur cet arrêt par M^{me} E. Prada-Bordenave – et notamment l'extrait suivant : « M^{me} M. s'est rendue à plusieurs reprises à un entretien en préfecture, à chaque fois elle s'est présentée recouverte du vêtement des femmes de la péninsule arabique : [...] le Niqab. [...] Il ressort des déclarations de M^{me} M. que lorsqu'elle habitait au Maroc, elle n'était pas voilée, elle indique clairement qu'elle n'a adopté ce costume qu'à... la demande de son mari. Elle dit le porter plus par habitude que par conviction... Si M^{me} M. parle bien français et si deux de ses enfants sont scolarisés à l'école communale, si elle a été suivie par un gynécologue homme pendant ses grossesses, il reste que, d'après ses propres déclarations, elle mène une vie presque recluse et retranchée de la société française : elle ne reçoit personne chez elle, le matin elle s'occupe de son ménage, se promène avec son bébé ou ses enfants, l'après-midi elle va chez son père ou son beau-père. Pour les courses, elle indique qu'elle peut faire des achats seule mais admet qu'elle va le plus souvent au supermarché en compagnie de son mari. Dans les entretiens avec les services sociaux... elle a déclaré spontanément qu'elle n'avait aucune idée sur la laïcité ou le droit de vote... De tous ces éléments il ressort que M^{me} M. n'a pas fait siennes les valeurs de la République et en particulier celle de l'égalité des sexes. Elle vit dans la soumission totale aux hommes de sa famille, qui se manifeste tant par le port de son vêtement que dans l'organisation de sa vie quotidienne et les propos qu'elle a tenus aux services montrent qu'elle trouve cela normal et que l'idée même de contester cette soumission ne l'effleure même pas. »

On trouve dans le raisonnement dont on comprend ainsi qu'il sous-tend l'arrêt beaucoup de choses intéressantes. On y trouve, d'abord, une idée de fond qui, en tant que telle, peut être débattue mais qui ne singularise pas l'arrêt *Mabchour*, en ce sens qu'il s'agit simplement de l'expression, sous la forme juridique, de débats et d'options axiologiques. Certains pensent en effet aujourd'hui qu'il est souhaitable que la norme juridique énonce l'incompatibilité entre le *niqab* et la République³². Certains pensent que le principe de laïcité doit demeurer un principe juridique générant des obligations pour l'État, d'autres pensent qu'il est bon que celles-ci pèsent aussi désormais sur les individus (étrangers demandant la nationalité ou même plus simplement des papiers...). Certains pensent, avec M^{me} Bordenave, que le mode de vie de M^{me} Mabchour « ne laisse pas de doute sur le défaut d'assimilation³³ », d'autres pensent que le fait d'avoir des enfants normalement scolarisés à

32. Voir parmi les auteurs s'étant en ce sens félicités de l'arrêt Mabchour : CHRESTIA P., « La burqa est incompatible avec la nationalité française », *AJDA*, 2008, p. 2013 ; ou encore VALLAR C., « Le radicalisme religieux et le refus fondé d'acquisition de la nationalité », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 345.

33. VALLAR C., « Le radicalisme religieux et le refus fondé d'acquisition de la nationalité », *op. cit.*

l'école du secteur, d'avoir eu des gynécologues hommes, de se promener le matin avec son bébé, se rendre l'après-midi dans sa famille et faire parfois les courses seule tout en préférant partager cette tâche avec son mari signale la vie de nombreuses femmes en France plus qu'il ne permet à coup sûr de décrire la situation d'une femme recluse et sauvagement soumise à la domination des hommes de sa famille.

Mais par-delà ces désaccords axiologiques sur le sens à donner à tel ou tel aspect des faits dont est faite l'affaire *Mabchour*, on y trouve surtout – et c'est sur cela que l'on souhaite insister ici – un glissement dans le mode de raisonnement juridictionnel : encore, la forme. Car en effet, ce que le juge se permet de faire ici et qu'il ne se permet normalement pas de faire³⁴, c'est bel et bien d'entrer dans la définition même du fait religieux, et au sein de ce dernier, dans la distinction entre pratique normale et pratique radicale. Comme l'écrit David Koussens : « Désormais, le Conseil d'Etat... se prononçant sur l'incompatibilité d'une "pratique radicale" d'une religion avec l'assimilation à la communauté française, [...] investit l'espace de l'intime³⁵. » Il s'agit bien en effet ici pour le juge qui procède à cette qualification de pratique radicale de la religion, d'« apprécier la nature et la valeur de pratiques religieuses pour en tirer argument juridique³⁶ ». Et Frédéric Dieu de s'interroger : « Faut-il que le juge et l'administration s'immiscent autant dans la vie privée de l'intéressée? [...] Le juge doit-il ainsi sanctionner un mode de vie librement choisi ou consenti par l'intéressée? » Surtout, l'auteur souligne l'évolution qui est ici signée : « Les conclusions indiquent finalement que l'intéressée "n'a pas fait siennes les valeurs de la République et en particulier celle de l'égalité des sexes", ce qui signifie que l'administration et le juge peuvent désormais exiger des personnes voulant acquérir la nationalité française une *adhésion* aux valeurs essentielles de la communauté française alors qu'auparavant il leur était seulement demandé de ne pas contester ou rejeter ces valeurs et surtout de ne pas les faire publiquement en incitant autrui à faire de même³⁷. » Enfin, il insiste sur le curieux paradoxe qui veut que « pour appliquer l'interdiction du port des signes d'appartenance religieuse ou relever le défaut d'assimilation des personnes souhaitant acquérir la nationalité française, l'administration... est conduite à entrer de manière toujours plus profonde dans la connaissance et l'analyse des religions et plus précisément dans l'interprétation des signes, comportements et attitudes religieuses adoptés par les intéressés. En creux, émerge ainsi une véritable vision républicaine de la religion, c'est-à-dire une conception et une définition de la religion compatibles avec les valeurs essentielles de la République ».

On ajoutera qu'en toute hypothèse, si en l'espèce, l'argument juridique qui découle de cette appréciation de « la nature et la valeur » de la pratique religieuse de M^{me} Mabchour est celui de la validité du refus de déclaration acquisitive de

34. Voir en ce sens : FIALAIRE J., « Droit et religions, carrefour des mutations sociales? », *op. cit.*, p. 337 : « L'État laïque s'interdit normalement de pénétrer la vie interne des religions. »

35. KOUSSENS D., « Sous l'affaire de la burqa, quel visage de la laïcité française? », *Sociologie et Sociétés*, 2009, vol. 41, n° 2, p. 327-347, p. 336.

36. ZEGHIB H., « La loi, le juge et les pratiques religieuses », *AJDA*, 2008, p. 1997.

37. DIEU F., « La pratique religieuse peut-elle être un obstacle à l'acquisition de la nationalité française? Des rapports conflictuels entre l'Islam et la République », *op. cit.*, p. 354, souligné par nous.

nationalité, le glissement dans le mode de raisonnement du juge qui se donne à voir ici est susceptible de jouer sur d'autres terrains. On en veut pour preuve le jugement rendu par le tribunal Administratif de Châlons-en-Champagne le 23 septembre 2010 dans une affaire où était contesté le refus de délivrance d'une carte de résident, qui repose en amont sur l'idée, exprimée clairement par le commissaire de gouvernement, que « le port du voile intégral n'est pas une exigence coranique mais bien une coutume et relève donc du culturel et non du religieux³⁸ ». Dès lors, vidée de toute substance ou prétention religieuse, ce signe d'appartenance n'apparaît plus que « comme contraire au respect du principe d'égalité entre les sexes, lequel est au nombre des principes qui régissent la République française³⁹ » – et n'a plus, même, à être concilié avec la liberté religieuse (autre principe régissant la République française). Où l'on voit ce qu'il y a de déterminant dans l'opération qui consiste pour le juge à s'immiscer dans la distinction entre ce qui est de nature religieuse et ce qui est de nature culturelle⁴⁰.

◆ EXEMPLE 3 : L'INTERDICTION DE LA DISSIMULATION DU VISAGE DANS L'ESPACE PUBLIC

La loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 dispose que « nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage ». Ce texte est le point d'orgue d'un débat difficile, non exempt de certains excès⁴¹ qui auront témoigné d'un raidissement assez notoire de l'appréhension de la laïcité dans la société française au début du XXI^e siècle. Sur ce sujet encore, il est aisé de constater une certaine perméabilité de la sphère juridique au débat public; en d'autres termes, chez les juristes comme chez les parlementaires ou les media, la question était incertaine, débattue – et a été tranchée d'une manière qui signe la victoire d'une manière de voir sur les autres. Les désaccords de fond parmi les juristes étaient nombreux. Par exemple, la question de savoir si et comment il serait possible d'interdire, par la loi, des comportements qui – à l'instar du port du niqab – peuvent être volontaires a pu être considérée comme dirimante pour certains – et négligeable pour d'autres. De même, la question de savoir s'il fallait préserver à tout prix une conception matérielle de l'ordre public (c'est à dire attachée aux circonstances concrètes de chaque espèce), ou entériner la conception immatérielle (c'est à dire, valable toujours et partout) que suppose nécessairement le fait de considérer le port du niqab comme juridiquement répréhensible, était débattue⁴².

38. Olivier Nizet, concl. sur TA Chalons en Champagne, *AJDA*, 2010, p. 2378.

39. TA Chalons en Champagne, 23 septembre 2010, req. n° 1000648.

40. Voir ici notamment ROY O., *La Sainte Ignorance; Le temps de la religion sans culture*, Le Seuil, 2008.

41. On se rappelle par exemple qu'il fut un temps sérieusement envisagé par M. le Premier ministre François Fillon de déclarer l'urgence sur ce texte, avant qu'il ne rencontre l'opposition des présidents de chacune des deux assemblées parlementaires (pour mémoire, l'urgence permet la réunion d'une commission mixte paritaire après une seule lecture du texte par chacun des assemblées).

42. Voir par exemple les positions divergentes exprimées sur ce point par DE BÉCHILLON D., « Voile intégral : Éloge du Conseil d'État en théoricien des droits fondamentaux », *Revue Française de Droit Administratif*, 2010, p. 467; LEVADE A., « Le Conseil d'État aux prises avec le voile intégral », *JCP*, 2010, n° 15, p. 754.

Mais une fois encore, on voudrait souligner que par-delà ces désaccords de fond, le vote de la loi sur l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public a été l'occasion pour toute une série de procédures, de garde-fous et même de contrepouvoirs de vaciller – sinon de céder. Emblématique de ce point de vue est le mépris avec lequel les autorités politiques – gouvernement en tête – ont traité l'*Étude du Conseil d'État relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*⁴³. Non seulement la lettre de mission adressée par François Fillon frappait par sa rédaction qui ne laissait aucun doute sur le fait que ce qui était demandé à la haute instance, bien plutôt qu'un avis au sens propre, consistait en un *vademecum* d'un projet politique déjà clairement arrêté⁴⁴, mais encore le Premier ministre n'a eu aucun embarras, suite à la remise du rapport, à déclarer poliment qu'il y avait trouvé de l'intérêt – mais pas son bonheur. Le rapport était pourtant fouillé, et sans appel⁴⁵. Il n'est pas de fondement juridique idoine à l'interdiction générale et absolue du voile intégral⁴⁶. C'est que, dans la tradition libérale qui fait la fierté de la jurisprudence administrative en matière de droits et libertés, l'axiome est extrait des célèbres conclusions du commissaire de gouvernement Corneille sur l'arrêt *Baldy* du 17 août 1917 : « Pour déterminer l'étendue du pouvoir de police dans un cas particulier, il faut tout de suite se rappeler que les pouvoirs de police sont toujours des restrictions aux libertés des particuliers, que le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble les libertés des citoyens, que la Déclaration des droits de l'homme est, implicitement ou explicitement au frontispice des constitutions républicaines, et que toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que *la liberté est la règle et la restriction de police l'exception.* »

43. [http://www.conseil-etat.fr/cde/media/document/avis/etude_vi_30032010.pdf], mars 2010.

44. Extrait de la lettre de mission : « Vous étudiez donc les solutions juridiques permettant de parvenir à une interdiction du port du voile intégral que je souhaite la plus large et la plus effective possible ».

45. Voir l'argumentaire serré de l'étude, notamment p. 17-20. La laïcité apparaissait ne pouvoir valablement fonder l'interdiction du voile intégral, car si elle permet d'imposer des obligations aux collectivités et agents publics, elle ne saurait sans être dénaturée fonder une « restriction générale à l'expression des convictions religieuses dans l'espace public ». L'invocation du principe de la dignité humaine comme fondement à l'interdiction du voile intégral lui paraissait semblablement « affectée de très sérieuses incertitudes » au regard des nombreuses ambivalences qui caractérisent l'interprétation que l'on peut en faire. Quant au principe d'égalité, brandi par ceux qui prétendaient voir dans l'interdiction législative du voile intégral un outil de libération des femmes, le Conseil d'État rappelle à son sujet qu'« opposable à autrui, il n'a pas, en revanche, vocation à être opposé à la personne elle-même, c'est à dire à l'exercice de sa liberté personnelle, laquelle peut, le cas échéant, la conduire à adopter un comportement susceptible d'être interprété comme consacrant son inégale situation, y compris dans l'espace public dès lors que son intégrité physique n'est pas atteinte ». Le Conseil note enfin qu'outre le fait qu'une telle interdiction pourrait en revanche être jugée contraire au principe de non-discrimination, elle ne saurait se justifier sur le fondement de la protection de la sécurité publique, dès lors que « le voile intégral n'a pas en effet, en tant que tel et à ce jour, soulevé de problèmes de sécurité publique particuliers, de troubles à l'ordre public ou de réactions violentes de nature à justifier une interdiction générale de son port pour ce motif ». En somme, son avis est négatif.

46. « Il lui est apparu qu'une interdiction générale de la dissimulation du visage dans les lieux publics ne pourrait reposer que sur une conception de l'ordre public défini, plus largement, comme le socle d'exigences réciproques et de garanties fondamentales de la vie en société. *Mais une telle conception, juridiquement sans précédent, serait exposée à un sérieux risque de censure constitutionnelle* ou conventionnelle, ce qui interdit de la recommander. De même, l'ordre public, limité à ses composantes traditionnelles, ne pourrait pas davantage autoriser une interdiction générale, mais constituerait un fondement solide à une interdiction partielle », *ibid.*, p. 17 (souligné par nous).

Foin de toutes ces considérations (et des héritages intellectuels qui les fondent?), le Gouvernement a résolu d'aller de l'avant : il déposait en mai un projet de loi à l'Assemblée⁴⁷ – et le texte final était promulgué le 11 octobre, non sans avoir été déféré au Conseil constitutionnel. Certains esprits inquiets de la portée d'une loi interdisant le port du voile intégral même rebaptisée loi *portant interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public* (au prix d'un élargissement qui aggrave, au passage, les atteintes légale aux libertés⁴⁸) placèrent – de manière éphémère – leurs espoirs dans le juge constitutionnel : il saurait, lui, calmer les esprits et protéger les droits fondamentaux, historiquement construits sur une compréhension matérielle de l'ordre public⁴⁹. Dans une décision à laquelle même les partisans de l'interdiction ne trouvèrent guère comme qualité que la consécration implicite d'un ordre public immatériel⁵⁰ (nécessaire, on l'a vu, pour penser l'interdiction comme valable juridiquement), le Conseil énonce de manière lapidaire, sans expliquer ni démontrer, que le législateur avait adopté des dispositions « qui assurent, entre la sauvegarde de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée⁵¹ ». Sans compter qu'il donne, au passage, un brevet de constitutionnalité à un des schémas de raisonnement les plus dangereux qui puissent se penser en matière de protection des libertés, puisqu'il a cru devoir indiquer que le législateur pouvait, à bon droit, considérer qu'un comportement volontairement adopté pouvait *en lui-même* contrevenir aux principes constitutionnels de liberté et d'égalité⁵². De là à considérer que l'étendard de l'État de droit, classiquement tissé à partir des fils des notions de Constitution, de contrôle de constitutionnalité et de protection des droits fondamentaux, est ici un peu terni par une manière de faire d'autant plus péremptoire que la question posée était épineuse – et appelait, à tout le moins, un peu de complexité et de délicatesse dans la réponse... La visibilité d'un raisonnement juridictionnel n'est pas en effet qu'un enjeu cosmétique ; il est, au-delà, un

47. Assemblée nationale, 13^e législature, projet de loi n° 2520 du 19 mai 2010 : [<http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/projets/pl2520.pdf>]

48. En particulier, la loi d'interdiction du niqab aggrave sensiblement le régime résultant d'autres textes pris dans des buts et des contextes tout à fait différents, à l'instar du décret anti-cagoules : voir sur ce point les observations de MILLARD É, « Débat autour de la décision du Conseil Constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1166 ; et pour le droit positif : décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de la dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique.

49. L'étude du Conseil d'État faisait d'ailleurs grand cas de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'ordre public, dans laquelle elle trouvait autant de raisons supplémentaires de ne pas recommander l'adoption d'une loi d'interdiction ; voir étude citée, p. 26 et suiv. : « Une interdiction générale de dissimulation du visage dans les lieux publics ne pourrait reposer que sur une conception renouvelée de l'ordre public, étrangère à la jurisprudence actuelle du Conseil constitutionnel et donc juridiquement fragile. »

50. Voir les interventions *in* « Débat autour de la décision du Conseil Constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1166. Voir toutefois, pour un éditorial réellement enthousiaste sur la décision : ROMÉ F., « Voile intégral : d'un Conseil, l'autre », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2353.

51. Conseil constitutionnel, 2010-613 DC, 7 octobre 2010.

52. Considérant n° 4 : « Le législateur a... estimé que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité. » Là encore, voir sur ce point les débats lors de la table-ronde précitée *supra*, note 49, et notamment celles d'Olivier Cayla.

gage de sa disponibilité à la discussion critique. En ce sens, lorsque le Conseil s'y prend de cette manière (*i. e.* en procédant par voie d'affirmations d'autorité largement inexpliquées ou non démontrées), il rend son discours non seulement insaisissable mais encore infalsifiable : il produit un discours qui ne donne aucune prise à la discussion, et moins encore à la critique. Dans ces conditions, prolongeant alors l'interrogation critique relative aux formes dans lesquelles s'incarne l'État de droit, on peut poser l'hypothèse d'une incompatibilité entre cette manière de faire et l'objectif même que le Conseil proclame par ailleurs poursuivre, à savoir la promotion de l'État de droit.

Enfin, et indépendamment du fait que les conseils, garde-fous et autres contrepouvoirs n'auront visiblement ici guère pesé sur l'issue du projet gouvernemental qui était donc d'interdire le port du voile intégral, on peut s'interroger sur le texte de loi lui-même – et ce qu'il révèle des torsions ou arrangements qui ont eu lieu avec une compréhension traditionnelle de ce que légiférer veut dire. Car c'est bien dans son existence même que la loi peut être questionnée. Rappelons que, d'après les statistiques du ministère de l'Intérieur lui-même, le chiffre de 1 900 femmes portant niqab en France était mentionné comme la fourchette haute de l'estimation. La loi du 11 octobre 2010 est donc une loi qui aura mobilisé une mission d'information parlementaire, la section du rapport et des études du Conseil d'État, quelques 800 députés et sénateurs, le Conseil constitutionnel pour traiter un problème incarné par moins de deux mille femmes sur le territoire⁵³. Mais c'est aussi dans son détail que la loi portant interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public suscite l'interrogation sur l'adaptation même de la forme « loi » à l'objectif de résolution du problème.

D'abord parce que, fait inédit, elle prévoit que le cœur même du dispositif qu'elle institue (l'interdiction de la dissimulation du visage) n'entrera en vigueur « qu'à l'expiration d'un délai de 6 mois à compter de [sa] promulgation ». Mais encore parce que le dispositif de sanction est, lui aussi, des plus étranges : le texte prévoit, en cas de méconnaissance de l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, une peine d'amende mais aussi, alternativement, un stage de citoyenneté. Le fait que la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, dont les débats l'ayant précédé ont été si tendus, qui ne concerne au mieux que 2 000 personnes, qui n'entrera en vigueur qu'après six mois que les pouvoirs publics étaient censés mettre à profit pour mener de grandes campagnes de sensibilisation des femmes musulmanes à l'égalité entre les sexes, ne soit le cas échéant sanctionnée que par un stage de citoyenneté – peine symboliquement forte⁵⁴ mais techniquement minimale – paraît emblématique de la dimension tragiquement shakespearienne⁵⁵ de l'entreprise dans sa globalité : *Much ado about nothing*. Une

53. Il faudrait ici faire un parallèle avec d'autres instances d'invention de problèmes « qui n'existent pas » ; résonne ainsi encore de ce point de vue de manière assez vibrante l'écho du référendum anti-minarets en Suisse.

54. En particulier du point de vue de ce qu'elle révèle de l'assignation du contrevenant à la catégorie d'« étranger », qu'il convient alors d'éduquer à la « citoyenneté ».

55. Dimension au mieux tragiquement shakespearienne ; une lecture plus sévère ou plus pessimiste insisterait sur la dimension éminemment problématique de ce que révèle cette sanction par le stage de citoyenneté. Car en effet, par hypothèse, c'est le non-citoyen, l'étranger, que l'on peut éduquer à la citoyenneté. Beau lapsus ici du

telle conclusion n'a été en outre que renforcée, depuis, par la publication de la circulaire d'application de la loi : le texte du 2 mars 2011 précise en effet que nul ne pourra être contraint par la force à faire cesser la dissimulation de son visage, car « l'exercice d'une telle contrainte constituerait une voie de fait et exposerait son auteur à des poursuites pénales⁵⁶ ». Voilà clairement ramassées en une seule phrase toutes les ambiguïtés de la loi de 2011, qui charge concrètement les forces de police d'une mission impossible. On ne dispose pas pour l'heure d'un recul suffisant sur l'application effective du texte pour en tirer quelque conclusion que ce soit⁵⁷ ; mais gageons qu'il y a là un matériau en voie de formation qui pourra donner lieu à des études intéressantes dans un futur proche.

◆ EXEMPLE 4 : L'AFFAIRE DE LA CRÈCHE BABY LOUP

L'affaire de la crèche Baby Loup, qui commence à exister au plan juridique dans le courant de 2010 et fait l'objet d'un jugement du conseil des prud'hommes de Mantes la Jolie substantiellement confirmé en appel en octobre 2011, avant d'être cassé en mars 2013⁵⁸, soulève la question de savoir si un employeur peut valablement, au plan juridique, exiger l'absence de port de signes d'appartenance religieuse de la part des salariés d'une crèche où sont gardés de jeunes enfants. À ceci près qu'ici encore, les signes religieux dont il s'agit sont en fait ceux prescrits aux femmes par la religion musulmane – et en l'espèce le hijab. De nouveau, il ne fait guère de doute que la question de ce qui peut valablement être imposé ou interdit en matière de tenue vestimentaire et signes religieux dans le cadre de telle ou telle profession et de tel ou tel emploi est une question pertinente, qui mérite d'être posée et vis-à-vis de laquelle on peut raisonnablement parier que les réponses manichéennes et catégoriques ne sauraient être données – car il en va de

législateur qui confesse, sans peut être le vouloir, qu'il raisonne sur la base d'une équation niqab = musulman = étranger. Ce qui d'une part est une forte torsion du réel (ne lit-on pas ici que 75 % des 1 900 femmes recensées comme portant le niqab sont françaises? Voir notamment Rapport d'information au nom de la mission d'information sur le port du voile intégral sur le territoire national, MM. Gérin et Raoult, 2010, voir : [<http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2262.pdf>]) et d'autre part jette une âpre lumière sur certains relents xénophobes qui n'ont pas manqué d'affleurer dans le débat. Il est bon sur ce point de lire l'analyse que propose P. Dumouchel du débat semblable qui anima la Belgique au même moment : « C'est le 29 avril [2010], alors que la Belgique est en pleine crise politique sans gouvernement, que le Parlement belge a adopté à l'unanimité une loi interdisant le port du voile intégral dans les lieux publics. Il est toujours possible de se réconcilier contre les autres », in « Interdire la burqa? Vu d'ailleurs, vu de loin », *Esprit*, octobre 2010, p. 14.

56. Circ. du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 oct. 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

57. À suivre le débat dans la presse, on constate deux choses. La première, c'est qu'il semble bien que quelques femmes musulmanes portant niqab entendent bien provoquer l'application du texte à leur encontre afin, disent-elles, de traduire le législateur français devant la Cour européenne des droits de l'Homme. La seconde, c'est que les forces de police ne manifestent pas un très grand zèle dans l'application du texte; c'est ce que traduit l'expérience menée récemment par une journaliste qui a insisté en le fait de revêtir un niqab et déambuler sur la voie publique sans être inquiétée. Toutefois, lire Claire Guéant, entretien in *Le Monde*, 3 janvier 2012 : « La loi s'applique sereinement, en dépit d'incidents en petit nombre... Depuis le mois d'avril, 286 contrôles ont été effectués, qui ont donné lieu à 237 verbalisations. Ces procédures ont débouché sur six jugements, entraînant six condamnations à une amende. Pour l'instant, aucun stage de citoyenneté n'a été mis en œuvre. »

58. Cass. soc. le 19 mars 2013, n° 11-28845 : la cour juge que le principe de laïcité ne saurait être appliqué tel quel au contrat de travail de droit privé. Pour un commentaire : DOCKÈS E., « Liberté, laïcité, Baby Loup », *Droit social*, 2013, p. 389.

la conciliation, nécessairement délicate entre règles collectives et liberté individuelle, entre exigences de l'emploi et liberté religieuse⁵⁹. Il n'en reste pas moins que dans les argumentaires et raisonnements juridiques qui ont été sollicités dans le cadre de l'affaire Baby Loup, c'est le plus grand manque de rigueur qui a régné pour l'essentiel, donnant une nouvelle illustration de l'idée que l'on cherche ici à suggérer – savoir : que les exigences, même minimales, de forme dans la rigueur et la cohérence du raisonnement juridique et des catégories qui le véhiculent n'ont pas été respectées. Qu'on en juge.

On a tout d'abord prétendu réquisitionner le concept juridique de laïcité pour soutenir la validité, au plan juridique, du licenciement prononcé par la crèche, personne morale de droit privé (association loi de 1901) à l'encontre de M^{me} Afif au motif de son refus d'ôter le hijab pendant ses heures travaillées. Autrement dit : *whatever works!* C'est bien que tous les moyens sont bons s'il devient possible de faire pénétrer le principe de laïcité, traditionnellement entendu jusque-là, on l'a vu comme faisant peser des obligations à la charge des autorités publiques mais nullement destiné à jouer *dans les relations entre particuliers en général* ou dans les relations de travail en particulier⁶⁰. D'aucuns ont alors cherché à faire émerger la personne publique dans cette affaire, en indiquant, pêle-mêle, que la mission remplie par la crèche en cause (implantée dans un quartier « difficile », fonctionnant en horaires décalés (24h/24h), la crèche était réputée œuvrer particulièrement en faveur des femmes immigrées, isolées voire précarisées) ou encore le fait qu'elle percevait des subventions publiques permettrait de la considérer comme exerçant une mission de service public – et, dès lors, de soumettre les personnes y travaillant à une obligation de neutralité religieuse. Mais de tels raisonnements blessent le bât en plusieurs endroits.

Ils méconnaissent en premier lieu de longues décennies de jurisprudence administrative sur les critères permettant de déterminer les conditions auxquelles

59. Pour quelques références, voir FARNOCCHIA S., « Liberté religieuse du salarié et intérêt de l'entreprise », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 546. Pour des exemples, voir notamment CA Paris, 19 juin 2003 (confirmation du caractère discriminatoire du licenciement frappant une salariée qui, embauchée comme téléopératrice à l'issue d'un entretien auquel elle s'était présentée avec un voile, se voit demander de ne plus le revêtir suite à sa mutation au sein de l'entreprise; *Recueil Dalloz*, 2004, p. 175); CA Saint Denis de la Réunion (« la circonstance qu'un gérant de société... exige d'une vendeuse en contact permanent avec la clientèle d'un magasin de mode d'articles féminins d'adopter à nouveau, comme l'ensemble du personnel, une tenue vestimentaire correspondant à ce type d'établissement n'est pas de nature à constituer un excès ou un détournement de pouvoirs de direction et de discipline... lorsqu'il aboutit au licenciement de la salariée ayant refusé de modifier sa tenue »); ou Cass. Soc. 24 mars 1998 (les convictions religieuses n'entrent pas dans le contrat de travail, sauf clause expresse : validité du licenciement d'un salarié musulman affecté depuis deux ans au rayon boucherie d'un magasin, qui demande une mutation après s'être aperçu qu'il manipule de la viande de porc).

60. En ce sens, il importe de comprendre que, dans les affaires qui ont trait à la conciliation entre droit du travail et liberté religieuse, ce n'est pas le principe juridique de laïcité qui est mobilisé – mais d'autres fondements possibles à la restriction à la liberté d'expression des croyances religieuses (intérêt de l'entreprise sous réserve de l'absence d'intention discriminatoire) – ce qui n'est pas cependant sans faire disparaître toutes les difficultés; voir ainsi Cyril Wolmark : « À pousser cette logique [de l'intérêt de l'entreprise] à son terme, ses dérivés seraient patentes : à quand le licenciement d'un salarié à raison de sa couleur de peau, de son origine, de son activité politique ou militante au motif que les clients ou ses collègues supportent mal sa présence? », *in* « Convient-il d'interdire le port de signes religieux en entreprise? », *op. cit.* Voir encore la conclusion d'un auteur au terme d'une analyse de la jurisprudence applicable en matière de licenciement et liberté religieuse : « Quant au principe de laïcité, il ne trouvait dans les joutes prud'homales aucun écho », ADAM P., « L'entreprise, sans foi ni... voile? », *Revue de droit du travail*, 2011, p. 182.

une personne privée peut être réputée participer à une mission de service public. Structure organisationnelle de la personne privée, mode et règles de financement sont utilisés par le juge comme des critères sur la base desquels il entend voir se dégager un faisceau d'indices qui pourra le cas échéant, le mener à considérer qu'il y a participation au service public⁶¹. Mais à appliquer la jurisprudence qu'il a développée sur ce point, on doute qu'il parviendrait au sujet de la crèche Baby Loup à une réponse positive. Le statut d'association de droit privé et la nature exclusivement privée des forces à l'initiative de la création de la crèche⁶² ne font pas de doute; les ressources sont en effet constituées pour une large part de subventions publiques mais elles émanent d'une pluralité d'autorité (commune d'implantation, communes avoisinantes, État, Conseil général, Caisse d'Allocations familiales...) de sorte qu'on ne saurait bien voir à quel service public (municipal, départemental, national?) il s'agirait de participer, et en tout état de cause, il n'y a là rien de bien exceptionnel pour une crèche : quelle que soit leur nature, elles dépendent toujours de larges subventions publiques. Quant au mode de fonctionnement, il ressort des statuts que loin de signifier un rapprochement avec les autorités municipales, ces dernières ont vu leur part décroître dans l'organigramme de la crèche, structurée comme toute association de droit privé en conseil d'administration et assemblée générale. Rien là qui permette de conclure que Baby Loup était une personne privée participant à une mission de service public! Il est d'ailleurs significatif à nos yeux que toute cette part du raisonnement ait finalement disparu de l'arrêt d'appel⁶³, qui ne recourt pas aux termes de service public ou de laïcité. C'est qu'en réalité, toute solution juridictionnelle qui aurait pris l'initiative d'étendre au cas d'espèce la portée du principe de laïcité l'aurait fait en dehors de tout cadre légal – et aurait alors encouru la censure⁶⁴.

Et c'est encore, par-delà le fond, pour des motifs procéduraux qu'on peut considérer que certains fondamentaux que l'on associe volontiers au paradigme

61. Voir notamment : CE, Sect., 13 janvier 1961, *Magnier*; CE Sect., 28 juin 1963, *Narcy* : mission d'intérêt général, prérogatives de puissance publique, droit de regard de l'administration sur les modalités d'exécution de la mission.

62. Il faut noter que ce critère est d'autant plus important que la structure privée en cause procède bien d'une initiative privée : si la jurisprudence n'exclut pas la possibilité qu'une activité créée par une personne privée et assumée par elle (comme c'était le cas dans l'espèce Baby Loup) puisse être considérée comme « de service public », elle exige alors généralement que la personne publique exerce une certaine forme de contrôle sur ladite mission, « en exerçant un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, en lui accordant des financements » (voir CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix en Provence, Actualité Juridique Droit Administratif*, 2007, p. 1020).

63. On lit dans l'arrêt : « Considérant que les statuts de l'association précisent que celle-ci a pour but de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes du quartier; qu'elle s'efforce de répondre à l'ensemble des besoins collectifs émanant des familles, avec comme objectif la revalorisation de la vie locale, sur le plan professionnel, social et culturel sans distinction d'opinion politique ou confessionnelle; considérant que conformément à ces dispositions la crèche doit assurer une neutralité du personnel dès lors qu'elle a pour vocation d'accueillir tous les enfants du quartier quelle que soit leur appartenance culturelle ou religieuse; que ces enfants, compte tenu de leur jeune âge, n'ont pas à être confrontés à des manifestations ostentatoires d'appartenance religieuse; considérant que tel est le sens des dispositions du règlement intérieur entré en vigueur le 15 juillet 2003... »; voir CA Versailles, 27 oct. 2011, arrêt 619.

64. Voir par ex. en ce sens : DREYFUS J.-D., « Aujourd'hui les écoles, demain les crèches », in *La République*, [http://blog.dalloz.fr].

de l'État de droit vacillent ces temps-ci bien souvent lorsque des questions de pluralisme religieux sont posées. Car il faut se souvenir, par-delà le bruit et la fureur de la campagne médiatique qui a entouré l'affaire à l'autonome 2010, de la présence, à l'audience du conseil des prud'hommes de Mantes la Jolie, non seulement de M^{me} Elisabeth Badinter mais aussi de M^{me} Jeannette Bougrab, qui présidait alors la HALDE qui avait, à cette époque, rendu une première délibération défavorable à la crèche sur laquelle la nouvelle présidente avait souhaité revenir dès son installation – causant alors un des nombreux troubles dont son mandat à la tête de l'autorité a été ponctué. La loi de 2004 qui l'avait créée donnait pour mission à la HALDE « d'aider la victime de discrimination à identifier les procédures adaptées à son cas » ; singulière exécution de cette mission que celle qui consiste pour la présidente de l'institution à témoigner à charge (et à quel titre?) contre la personne qui l'a saisie d'une discrimination alléguée!

Il faut conclure. On le fera en cherchant à ramasser les fils tissés par l'entrecroisement de ces quatre exemples ; car derrière eux, quel est le mouvement de fond qui affecte les catégories juridiques en cause – et surtout celle de laïcité? Il paraît défendable de suggérer que c'est un véritable renversement, une réorganisation des principes qui se produit. De principe, la liberté religieuse n'est-elle pas en passe de devenir l'exception? N'est-ce pas une signification de la laïcité comme norme d'ordre public, comme norme venant valablement fonder la restriction à la liberté religieuse, qui est en train de s'imposer? Si tel était le cas, il faudrait concéder qu'il en irait là d'une subversion complète de la compréhension juridique classique que l'on en avait eue jusque-là, où au contraire la laïcité se définissait comme englobant la liberté de culte.

ANNE SARIS
.....

La burqa au Québec : Entre droit et valeurs, qui élabore le droit commun ?

Le voile intégral porté dans l'espace public en vertu de l'exercice de droits fondamentaux (liberté de religion, liberté d'expression) interpelle les pouvoirs publics. Les forums et les registres de réponses publiques à cette extériorisation nouvelle de la religiosité (expulsion de deux étudiantes de cours de francisation par les fonctionnaires du ministère de l'Immigration du Québec, décision du gouvernement de Stephen Harper d'interdire le port du niqab et de la burqa lors des cérémonies d'assermentation pour l'obtention de la citoyenneté canadienne sur le fondement de la vérification de l'identité¹) en disent long sur les différentes normes mises à contribution. Le Québec à cet égard est tout particulièrement intéressant car il s'agit d'une juridiction de droit mixte (tradition de droit civil pour le droit privé et de *common law* pour le droit public), et d'une province qui revendique un État social dans un continent marqué par le néolibéralisme, ouverte à l'immigration, et dont l'histoire reste marquée par la place très importante de l'Église catholique.

Dans ces conditions, la question de déterminer qui est en charge d'élaborer le droit commun au Québec, le « législateur » (canadien ou québécois) ou les tribunaux, devient cruciale. La notion de droit commun représente ici un concept clef. Elle est particulière tant par son contenu que son rôle. En effet, son contenu dépasse la lettre des textes légiférés pour se référer à des principes qui peuvent avoir préséance comme les valeurs – les dogmes. Pour ce qui est de son rôle, il peut être celui d'un droit commun subsidiaire agissant en complémentarité avec des

1. [<http://www.radio-canada.ca/regions/Montreal/2010/04/13/004-Niqab-expulsion-PteClaire.shtml>] ; et [http://www.radio-canada.ca/emissions/24_heures_en_60_minutes/2009-2010/Entrevue.asp?idDoc=105250] et [<http://fr.canoe.ca/infos/quebecanada/politiquefederale/archives/2011/12/20111212-181823.html>]. Sur les questions d'identité voir la Cour d'appel de l'Ontario annule une décision d'un juge qui avait forcé une musulmane, victime d'agression sexuelle, à témoigner sans son niqab pour que les avocats des deux accusés puissent observer son visage au procès.

lois spéciales, qui peuvent en diverger ou, au contraire, celui d'un droit commun unificateur à l'aune duquel les lois spéciales seront interprétées.

Enfin, la notion même de droit et de ses agents, dont la doctrine, est aussi mise en exergue par le phénomène de l'appréhension par le droit de la burqa. Certains juristes renvoient ainsi le droit à une dimension technique, la question en droit étant avant dans ce cas savoir si l'on se trouve dans une situation où telle ou telle législation peut s'appliquer, alors que d'autres ont une lecture du droit comme comprenant, certes des dispositions expresses, mais aussi des principes implicites qui peuvent renvoyer à des valeurs, la question étant alors la définition et l'interaction de ces valeurs avec d'autres normes. La reconnaissance ou non d'une juridicité des valeurs est donc centrale. Commentant un avis de la Commission des droits de la personne et de la jeunesse du Québec (CDPDJ) relatif aux mesures d'accommodement à octroyer à une cliente portant le niqab, Lucie Lamarche mettrait l'accent sur la distinction entre conflits de droits subjectifs (droits fondamentaux) et conflits de valeurs², approuvant le fait que la CDPDJ avait bien délimité le champ du jeu des normes juridiques. Point de valeurs donc en droit? Ou plutôt, point de jugement de valeur en droit? Quoiqu'il en soit, des principes politiques, que l'on pourrait qualifier de méta-principes d'interprétation du droit, ont été repris par les juges et sont ainsi entrés dans le monde juridique : il en va notamment des principes de laïcité et de neutralité.

La laïcité, selon Micheline Milot, est « un aménagement (progressif) du politique en vertu duquel la liberté de religion et de conscience se trouvent, conformément à une volonté d'égalité pour tous, garanties par un État neutre à l'égard des différentes conceptions de la vie bonne qui coexistent dans la société³ ». D'après la Cour suprême du Canada, ce principe de laïcité se serait « formé [...] graduellement dans la jurisprudence constitutionnelle⁴ ». Pour Charles Taylor et Jocelyn Maclure, « la laïcité est l'une des modalités de gouvernance permettant aux États démocratiques et libéraux d'accorder un respect égal à des individus ayant des visions du monde et des schèmes de valeurs différents⁵ ». Cette laïcité peut être mise en œuvre, selon eux, à travers deux principes : la séparation des Églises et de l'État et le principe de neutralité de l'État, ce dernier primant sur le premier. Par ailleurs, selon la Cour suprême du Canada, la mise en œuvre de ce principe va « de pair avec une sensibilité croissante à la composition multiculturelle du Canada et avec la protection des minorités⁶ ».

C'est ce regard sur le droit incarné par les tribunaux et les analyses de la CDPDJ, dont le mandat est d'assurer la promotion et le respect des principes énoncés dans la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, que nous souhaitons présenter

2. Du conflit de droits vers un conflit de valeurs – Entrevue avec Lucie Lamarche, professeure à l'université d'Ottawa et titulaire de la chaire de recherche Henderson sur les droits de la personne – *Le Devoir* (opinions) – samedi 20 mars 2010 – [<http://www.vigile.net/Du-conflit-de-droits-vers-un>].

3. MILOT M., *Laïcité dans le Nouveau monde. Le cas du Québec*, Turnhout, Brepols Publishers, coll. « Bibliothèque de l'École des hautes études, Section des sciences religieuses », n° 115, 2002, aux p. 32-33.

4. S. L. c., *Commission scolaire des Chênes*, 2012, CSC 7 par 53.

5. MACLURE J. et TAYLOR C., *Laïcité et liberté de conscience*, Québec, Boréal, 2010, p. 29.

6. *Supra*, note 4, paragraphe 21.

dans ce texte. Nous porterons notamment notre attention sur deux questions : qui est en charge de définir le droit commun et quelle doit être la teneur de ce dernier ?

◆ UN DROIT PRÉTORIEN

Le port du voile (intégral ou non) est construit en droit comme étant notamment l'expression d'une croyance religieuse qui se réalise dans le cadre de la liberté de religion. Cette liberté est un droit fondamental prévu dans les Chartes québécoise et canadienne⁷ qui s'applique à la fois dans le cadre des relations entre les individus et l'État (Chartes québécoise et canadienne) et entre les personnes privées (Charte québécoise et préambule du *Code civil du Québec*).

Notons d'emblée qu'en vertu de la construction contextualisée du voile (intégral ou non) par les agents du droit, et du choix d'appréhender le port de signes religieux hors de tout stéréotype, l'idée même qu'un agent de l'État ne serait pas neutre en raison du port d'un signe religieux est disqualifiée dans le discours juridique canadien. Le raisonnement suivi dans l'affaire *Grant* en est une belle illustration⁸. Face à la peur exprimée par les demandeurs opposés au port du turban sikh par un gendarme sikh de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) parce que, selon eux, le fait de permettre « qu'un symbole religieux fasse partie de l'uniforme [minait] l'apparence d'impartialité⁹ », le juge de la Cour fédérale estima bien au contraire que « la déclaration voulant que la manifestation de la foi religieuse d'un agent sikh, à cause d'une partie de son uniforme, susciterait une crainte raisonnable de partialité ne se fondait sur aucun élément de preuve concret et réel¹⁰ ». Il refusa ainsi de voir dans le seul port du turban un prosélytisme attentatoire à la liberté de religion d'autrui. Quant à l'allégation de l'existence d'« une convention constitutionnelle essentielle dans notre régime gouvernemental [qui] exige[rait] que les agents de police de l'État agissent non seulement de manière impartiale, mais qu'ils donnent une apparence d'impartialité lorsqu'ils appliquent la loi », le juge précisa qu'il s'agissait d'une convention souple et évolutive non fondée dans la loi et certainement pas dans la Constitution.

Cette décision était ainsi dans la droite ligne des décisions des Commissions des droits de la personne de l'Alberta et de l'Ontario qui avaient estimé que l'interdiction faite à des employés de porter le turban au travail était discriminatoire¹¹. Le même raisonnement a été repris par la CDPDJ concernant le port du hijab. La Commission estima en effet que le port de ce vêtement, qu'il soit

7. Voir l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec* (la « Charte québécoise »), LRQ, ch. C-12.

8. *Grant vs Canada* [1995], FCR, 158, (FCA) (« L'action visait à interdire au commissaire de la GRC d'autoriser le port de symboles religieux comme éléments de l'uniforme – Le règlement de la Gendarmerie royale du Canada a été modifié en 1990 de façon à permettre la mise en œuvre de mesures visant à encourager le recrutement de minorités visibles – Il fut jugé qu'aucun obstacle constitutionnel empêchait le commissaire d'autoriser les Sikhs du Khalsa à porter le turban au lieu du feutre »).

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*

11. *Khalsa vs Co-op Cabs* [1988], 1 CHRR D/167 (Ont. Bd. Inq); *Grewal vs Checker Cabs Ltd* (1988), 9 CHRR D/4855 (Alta. Bd. Inq).

considéré comme un signe religieux ou non, ne pouvait en soi constituer un indice que l'employée rendrait un service qui serait affecté par ses croyances religieuses, ou encore imposerait à son client des pratiques ou normes allant à l'encontre de sa liberté de conscience¹². Quant aux relations entre les agents publics et les usagés, deux cas de figure peuvent se présenter : soit le justiciable demande un traitement différentiel car il s'estime discriminé sur le fondement de sa religion, et l'on se situe alors dans le contexte de l'accommodement raisonnable; soit le justiciable estime que la loi en cause est contraire à sa liberté de religion et doit être modifiée en raison de son inconstitutionnalité.

De part et d'autre, le jeu du droit est différent. En effet, dans le cadre de l'accommodement raisonnable, les deux parties doivent négocier un accommodement tandis que dans le deuxième cas, une fois l'atteinte aux droits fondamentaux prouvée par le justiciable, la balle est dans le camp de l'État. Ce sera à lui de démontrer que cette atteinte est légale car elle est minimale ou justifiée. S'il ne parvient pas à faire cette démonstration, la loi (ou ses dispositions problématiques) sera déclarée inopérante par le juge, c'est-à-dire sans effet juridique et l'État devra en tirer les conséquences (amender la loi ou en passer une nouvelle). Il est important de noter ici que tandis que l'accommodement est une entente qui ne lie que les parties en cause, la modification d'une loi a un impact sur l'ensemble des citoyens. La portée de ces deux mécanismes est donc bien différente. En effet, dans le cadre de l'analyse constitutionnelle, cela revient à modifier l'organisation du service offert au public, non sur la base d'un accommodement nécessaire pour respecter le droit à l'égalité, mais sur la base d'une présomption fondée sur un signe ou symbole religieux appliquée systématiquement à tous ceux qui le portent. Pour autant il semble que la lecture de la Cour suprême vise à rendre ces frontières plus ténues.

La conciliation *ad hoc* : l'accommodement raisonnable et le jeu de la contrainte excessive

L'accommodement raisonnable est une création prétorienne. Selon la Cour suprême du Canada, il s'agit de « l'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance [qui] consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive : en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs¹³ ». Cette définition a été reprise par les différents acteurs du monde juridique canadien dont la CDPDJ au Québec¹⁴.

12. CDPDJ, BOSSET P., « Limites de l'accommodement : le droit a-t-il tout dit?, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse », (Cat. 2.500.130), 2007, (article publié initialement [2007] 8 : 3 *Éthique publique*, p. 165-168), à la p. 167.

13. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpson-Sears Ltd.* (CS Can., 1985-12-17), SOQUIJ AZ-86111012, J. E. 86-88, DTE 86T-39, [1986] DLQ 89, [1985] 2 RCS 536 par. 23.

14. CDPDJ, BOSSET P., « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », in *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*, (Cat. 2.500.128),

Cette obligation part du constat qu'en raison de l'histoire, les institutions ne sont pas neutres et peuvent donc désavantager certains croyants en imposant une « tyrannie de la majorité¹⁵ », une loi *a priori* neutre pouvant ainsi aboutir à une situation de discrimination contre certaines personnes¹⁶. Cette obligation trouve son double fondement dans le « droit à l'égalité et à la liberté de religion, reconnus à la fois par les lois relatives aux droits de la personne et par les deux Chartes en vigueur. Elle peut donc s'appliquer [...] au législateur et à l'autorité réglementaire¹⁷ ». Autrement formulé, c'est le droit à l'égalité et son corollaire, l'interdiction de toute discrimination fondée sur la religion, qui sont analysés, « ce droit à l'égalité garantissant essentiellement la dimension négative de la liberté religieuse, à savoir de ne pas se voir imposer une pratique ou une norme contraire à ses croyances¹⁸ ». L'égalité visée ici est conçue de façon réelle et concrète, c'est-à-dire selon une conception qui permet de s'assurer qu'en bout de course tous les individus, pris dans leur concrétude¹⁹, bénéficient également des droits et libertés fondamentaux.

L'accommodement raisonnable donne ainsi lieu à un véritable dialogue entre les deux parties en cause. D'un point de vue procédural, il reviendra en effet à la partie demanderesse de démontrer que la norme ou la pratique litigieuse l'empêche de bénéficier de la reconnaissance et de l'exercice, en pleine égalité des droits et libertés de la personne visés par la Charte québécoise (art. 10)²⁰ dont la liberté de religion et par la Charte canadienne²¹ (art 15.(1) pour l'égalité et 2(a) pour la liberté de religion). Plus précisément, il lui faudra établir la sincérité de sa croyance religieuse (test subjectif, les tribunaux se refusent notamment à déterminer le sens d'une pratique telle que le port du hijab²²), et surtout démontrer de façon objective que les actes de l'État portent atteinte de manière apprê-

2007, à la p. 4 (« Une obligation juridique, applicable dans une situation de discrimination, et consistant à aménager une norme ou une pratique de portée universelle dans les limites du raisonnable, en accordant un traitement différentiel à une personne qui, autrement, serait pénalisée par l'application d'une telle norme »).

15. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985], 1, RCS, 295.

16. Dans cette affaire, il s'agissait de juifs qui ne pouvaient travailler le dimanche en raison de la loi alors que leur jour religieux de congé n'était pas le dimanche, ce qui fait qu'ils perdaient deux jours de travail dans la semaine, contrairement aux chrétiens ou athées et agnostiques qui n'en perdaient qu'un.

17. Conseil des relations interculturelles. *Laïcité et diversité religieuse : l'approche Québécoise*. Avis présenté à la ministre des relations avec les citoyens et de l'immigration, 26 mars 2004, à la p. 52. Voir aussi *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985], 2 RCS, 536, 554.

18. CDPDJ, *Le pluralisme religieux au Québec : un défi d'éthique sociale*, (Cat. 7.113-2.1.1), 1995, aux p. 12-13.

19. L'analyse juridique est avant tout contextuelle. Elle laisse une part très importante à l'analyse des faits concernant les particularités propres du justiciable et du contexte social dans lequel il se trouve. Pour une analyse en matière de discrimination due à des handicaps qui pose qu'il faut changer de perspective en adaptant l'environnement du travail à la personne plutôt que l'inverse, voir POTHIER D., « Tackling discrimination at work: toward a systemic approach » (2010), 4, *Revue droit de la santé de McGill*, 17, p. 21.

20. Le même principe existe pour la Charte Canadienne qui protège ainsi le droit à l'égalité sous quatre formes : 1) égalité devant la loi, 2) égalité lors de l'application de la loi, 3) égalité de protection par la loi et, 4) égal bénéfice de la loi. La notion d'égal bénéfice de la loi est centrale car elle vise à contrer une conception formelle de l'égalité et prend en considération le fait qu'un traitement identique de tous par la loi peut provoquer une inégalité d'où il ressort que le respect d'une véritable égalité exige souvent que des distinctions soient faites.

21. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c. 1, cf. note 7.

22. CDPDJ, *Document de réflexion : La Charte et la prise en compte de la religion dans l'espace public*, Eid P. et BOSSET M. P., (Cat. 2.113-2.11), juin 2008, p. 9.

cialable, non négligeable à cette croyance²³ : « Le demandeur qui prétend qu'on a porté atteinte à sa liberté de religion doit démontrer que la disposition législative ou contractuelle (ou la conduite) contestée entrave d'une manière plus que négligeable ou insignifiante sa capacité d'agir en conformité avec ses croyances religieuses²⁴. » Pour ne donner qu'un exemple, dans le cadre d'une affaire concernant le port du voile intégral par une cliente de la Régie d'assurance maladie du Québec (RAMQ²⁵), la question a ainsi été formulée par la CDPDJ : « Est-ce que la règle générale de la RAMQ, voulant que les demandes nécessitant l'identification et l'authentification des documents d'identité d'une personne aux fins d'émettre une carte d'assurance maladie avec photo soient effectuées par l'agent disponible au moment où le client est appelé, porte atteinte de façon plus que négligeable à la liberté de religion d'une femme qui porte un voile intégral lorsqu'il s'agit d'un agent de sexe masculin qui doit constater visuellement l'identité de cette personne²⁶? » Notons ici que l'atteinte à la liberté religieuse a été estimée négligeable et que la CDPDJ a considéré dans son avis qu'en conséquence, il n'y avait pas eu d'atteinte au droit à l'égalité et qu'il n'y avait donc pas « d'obligation d'accorder un accommodement²⁷ ».

De son côté, l'entreprise ou l'institution devra démontrer qu'elle a négocié de bonne foi avec le demandeur, c'est-à-dire qu'elle s'est efforcée de trouver une solution négociée avec ce dernier, sachant que cette négociation trouve ses limites dans la contrainte excessive. En d'autres mots, « il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs²⁸ ». Les facteurs pris en considération seront notamment : le coût financier (peu invocable dans la fonction publique) ; l'entrave induite à l'exploitation de l'entreprise ou au bon fonctionnement du service (il s'agira bien souvent ici du cas de petites entreprises dans lesquelles les demandes formulées par des employés croyants et tendant à obtenir des horaires de travail adaptés à leur pratique religieuse imposent des contraintes directes aux autres employés de l'entreprise) ; l'atteinte aux droits d'autrui, c'est-à-dire les atteintes aux droits des co-employés (pas d'acceptation de la discrimination à rebours²⁹), et selon une certaine doctrine, dans le cadre de

23. Voir aussi sur l'article 3 de la Charte québécoise, l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004, CSC 47, [2004] 2, RCS, 551 et au par. de l'al. 2a) de la Charte canadienne, les arrêts *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006, CSC 6, [2006], 1, RCS, 256, par. 34 ; et *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009, CSC 37, [2009], 2, RCS, 567, par. 32.

24. *Syndicat Northcrest c. Amselem*, *supra*, note 24, par. 59.

25. Au Québec, la *Loi sur l'assurance médicaments* prévoit une couverture d'assurance obligatoire pour tous les Québécois. Il existe deux types non complémentaires de régime d'assurance : le régime privé et le régime public. Le régime privé concerne les personnes dont l'employeur, l'ex-employeur ou l'association professionnelle « offrent » un régime d'assurance collectif. Elles ont l'obligation de souscrire à ce dernier et versent les primes à différentes compagnies d'assurance qui gèrent ces régimes. Le régime public concerne toutes les autres personnes. Il est géré par la Régie de l'assurance maladie du Québec, un organisme public.

26. CDPDJ, Avis sur les directives de la régie de l'assurance maladie du Québec en matière d'accommodement raisonnable, (Cat. 2.119-1.1.), mars 2010, à la p. 12.

27. *Supra*, note 17.

28. O'MALLEY, *supra* note 18, à la p. 555.

29. *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994], 2, RCS, 525.

fourniture de services et de l'accès aux lieux publics, les atteintes aux droits des autres usagers (préambule de la Charte québécoise³⁰).

Concernant les demandes d'accommodement raisonnable imposées par des usagers à des gestionnaires de services publics, il semblerait que cela soit surtout le critère de l'atteinte aux droits d'autrui qui soit le plus pertinent. Ce critère ne permet toutefois pas d'appréhender la question de savoir si une demande d'accommodement raisonnable pourrait aller à l'encontre du mandat de l'institution gérée par ledit gestionnaire (telle qu'une école par exemple). Il en résulte que certains juristes à l'instar de Pierre Bosset, anciennement directeur de la recherche et de la planification à la CDPDJ, estimaient qu'il faudrait distinguer entre les limites « fonctionnelles » ou « internes » propres à la dynamique de la contrainte excessive et les limites « sociales » ou « externes » plus larges³¹. Ces dernières renvoient à une analyse plus axiologique que l'on pourra retrouver en partie dans l'analyse des limites apportées de façon acceptable aux garanties constitutionnelles.

Du cas particulier au cas général : le jeu du droit constitutionnel et la notion d'atteinte minimale et son intrusion dans la mise en œuvre de l'accommodement raisonnable

Qualifiée à tort d'affaire portant sur l'accommodement raisonnable, puisque la majorité des juges de la Cour suprême y a opté pour un raisonnement de droit constitutionnel et non de droit administratif³², l'affaire *Multani* touche en fait la question de l'atteinte à la liberté de religion et au droit d'en jouir en pleine égalité sans être discriminé. Si les articles qui constituent aux fondements de l'action sont les mêmes que dans le cadre de l'accommodement raisonnable, le raisonnement diffère ainsi que le fardeau de la preuve.

Dans cette affaire datant de 2002, la Cour supérieure du Québec³³ avait invalidé la décision des commissaires d'une commission scolaire qui permettait le port du kirpan dans une école publique par un élève sikh, sous réserve de cinq conditions : 1) il devait être porté sous les vêtements ; 2) le fourreau dans lequel il se trouvait

30. Voir le quatrième paragraphe de son préambule « que les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général ». Concernant l'interprétation à donner aux dispositions de la *Charte canadienne*, voir l'affaire *R. c. Drug Mart Ltd.*, par. 123, dans laquelle le juge Dickson a posé que : « Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lésent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. »

31. BOSSET P., « Introduction, les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », in JÉZÉQUEL M. (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*, 2007, Cowansville, Yvon Blais, p. 18 et suiv.

32. Dans cette affaire, le juge Charron, écrivant pour la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie et Fish a choisi la voie du droit constitutionnel. Seuls deux juges ont opté pour un raisonnement fondé sur le droit administratif (ce qui comprend l'usage du recours au mécanisme de l'accommodement raisonnable avec son corollaire la contrainte excessive) : les juges Deschamps et Abella. Pour une analyse de cet arrêt voir BERNATCHEZ S., « Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel? » (2010), 55, RD McGill, 641 notamment aux p. 649-650.

33. *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, JE, 2002-1111 (C.S.) ; [2002], QCCS, 17 mai. 2002, CSM, 500-05-071462-020.

devait être en bois et non en métal; 3) le kirpan devait être placé dans son fourreau, enveloppé et cousu de façon sécuritaire; 4) le personnel de l'école devait pouvoir vérifier que les conditions précédentes étaient respectées; 5) le jeune Sikh ne devait en aucun temps se départir de son kirpan et devait en signaler la disparition aux autorités de l'école. Près de deux ans plus tard, le 4 mars 2004, la Cour d'appel du Québec renversa cette décision³⁴. Elle fut par la suite cassée en 2006 par la Cour suprême du Canada³⁵. Plus précisément, la Cour annula la décision des commissaires parce que « la prohibition absolue de porter le kirpan port[ait] atteinte à la liberté de religion garantie à l'élève concerné par le paragraphe 2a) de la Charte canadienne³⁶ » et que « cette atteinte ne [pouvait] être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte [...], car il n'[avait] pas été démontré qu'une telle prohibition constitu[ait] une atteinte minimale aux droits de cet élève³⁷ », ni qu'il y aurait « une dangerosité inhérente du kirpan³⁸ », un probable « effet d'entraînement » ou que « le kirpan représent[ait] un symbole de violence, envo[yait] le message que le recours à la force était le moyen de faire valoir ses droits et régler les conflits, dimin[ua]it la perception de sécurité dans les écoles³⁹ ».

De façon éclatante, cette jurisprudence démontre le refus d'essentialisation d'une pratique religieuse et le souci d'analyse contextuelle de la notion d'atteinte à une liberté fondamentale⁴⁰. Ce mode d'analyse pose que le juge doit prendre connaissance d'office du « passé de discrimination dont ont souffert les groupes défavorisés de la société canadienne que protègent les dispositions de la Charte relatives au droit à l'égalité⁴¹ ».

L'on peut trouver une mise en œuvre de ce type d'analyse dans un arrêt de la Cour suprême du Canada en date du 17 février 2012⁴². Dans cette affaire, en réponse à l'affirmation par des parents catholiques que le programme québécois d'éthique et de culture religieuse n'était pas neutre et entravait leur capacité de transmettre leur foi à leurs enfants, elle avait souligné qu'aucun droit n'est absolu⁴³, qu'il n'existait pas de neutralité absolue en droit et qu'il fallait recourir à une

34. *Multani (tuteur de) c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2004], JQ, n° 1904.

35. *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006], 1, RCS, 256, 2006, CSC, 6.

36. *Ibid.*, par. 2.

37. *Ibid.*

38. *Ibid.*, par. 67.

39. Cette prétention des intimés (par. 70) fut rejetée (par. 71).

40. Les juges L'heureux-Dubé et McLachlin, de la Cour suprême du Canada, écrivent : « La personne raisonnable dont parle le juge de Grandpré dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty*, précité, est un membre informé et sensé de la collectivité qui, au Canada, souscrit aux principes constitutionnalisés par la Charte. Ces principes fondamentaux embrassent les principes d'égalité prévus à l'art. 15 de la Charte et consacrés au pays par les lois quasi constitutionnelles fédérales et provinciales sur les droits de la personne. La personne raisonnable est censée connaître le passé de discrimination dont ont souffert les groupes défavorisés de la société canadienne que protègent les dispositions de la Charte relatives aux droits à l'égalité. Il s'agit de facteurs dont le juge peut prendre connaissance d'office. » R. c. S. (RD), [1997], CanLII, 324 (CSC), [1997], 3, RCS, 484 au par. 46. Pour un exemple de la prise en considération de la situation contextuelle voir *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Systématix Technologies de l'information inc.*, [2010], QCTDR, 18 (CanLII), [<http://canlii.ca/t/2f34>], consulté le 2012-04-28.

41. R. c. S., (RD), [1997], 3, RCS, 484.

42. S. L. c. *Commission scolaire des Chênes*, [2012], CSC, 7, (17 février 2012).

43. *Ibid.*, par. 25 et 31.

analyse contextuelle, suivant une « approche réaliste et non absolutiste⁴⁴ ». Toujours selon elle, la notion de tolérance étant une valeur mise de l'avant par ailleurs⁴⁵, le respect de la laïcité consisterait dans le fait de ne pas favoriser la foi religieuse ou de la décourager⁴⁶.

C'est ainsi que des impressions ou des généralisations fondées sur des hypothèses éventuelles, des idées préconçues, des préjugés ou stéréotypes de l'employeur (ou de ses employés ou clients, selon le cas) ne sauraient satisfaire à l'obligation de ce dernier de démontrer des faits réels, concrets, vérifiables, précis, et visant à établir la nature exacte des besoins invoqués à l'appui de la mesure discriminatoire⁴⁷. Le lien rationnel doit être mis de l'avant de façon bien plus fondée. Les jugements de valeur ne sont donc pas admis.

Rappelons en effet, qu'une fois que la partie a démontré qu'il y avait une atteinte à sa liberté de religion, l'État peut justifier cette limitation législative en satisfaisant trois niveaux d'exigence concernant la finalité, la rationalité et la proportionnalité de la restriction apportée à l'exercice d'un droit ou d'une liberté protégés⁴⁸. Il lui faut ainsi prouver que l'application complète de la norme constitue un moyen rationnel d'atteindre l'objectif législatif (légitime et important); qu'il n'existe pas de moyen d'y parvenir qui soit moins attentatoire aux droits en cause (critère de l'atteinte minimale); enfin, qu'il y a proportionnalité entre les effets bénéfiques de la mesure et ses effets restrictifs. Le principe est donc clair : lorsque la restriction externe répond aux critères des articles pertinents des Chartes (article 1 pour la Charte canadienne et 9.1 pour la Charte québécoise⁴⁹) à savoir : 1) être posée par la loi; 2) être raisonnable et proportionnelle et 3) être légitime, c'est-à-dire justifiable « dans le cadre d'une société libre et démocratique⁵⁰ », l'antinomie avérée entre la liberté de religion, d'une part, et d'autres droits fondamentaux ou des principes d'ordre public, d'autre part, sera estimée licite.

44. *Ibid.*, par. 32. Par conséquent, suivant une approche réaliste et non absolutiste, la neutralité de l'État est assurée lorsque celui-ci ne favorise ni ne défavorise aucune conviction religieuse; en d'autres termes, lorsqu'il respecte toutes les positions à l'égard de la religion, y compris celle de n'en avoir aucune, tout en prenant en considération les droits constitutionnels concurrents des personnes affectées.

45. Suggérer que le fait même d'exposer des enfants à différents faits religieux porte atteinte à la liberté de religion de ceux-ci ou de leurs parents revient à rejeter la réalité multiculturelle de la société canadienne et méconnaître les obligations de l'État québécois en matière d'éducation publique. Bien qu'une telle exposition puisse être source de frictions, elle ne constitue pas en soi une atteinte au paragraphe 2a) de la Charte canadienne et à l'art. 3 de la Charte québécoise.

46. WOEHLING J., « Les principes régissant la place de la religion dans les écoles publiques du Québec », in JÉZÉQUEL M. (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous* Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, 215, à la p. 222.

47. *Gallardo c. Bergeron*, 2010, QCTDP, 5, (CanLII), [<http://canlii.ca/t/29fpx>].

48. *R. c. Oakes*, [1986], 1, RCS, 103.

49. En effet, la Cour suprême, dans les arrêts *Ford*, *Devine* et *Irwin Toy*, a estimé que l'article 9.1 était une disposition justificative analogue à l'article premier de la Charte canadienne et que, par conséquent, son application était soumise aux critères développés dans l'arrêt *Oakes*, c'est-à-dire : 1) l'importance de l'objectif législatif poursuivi, la rationalité, 2) l'atteinte minimale et 3) la proportionnalité. *Ford c. Québec* (PG), 768-771 (*per curiam*); *Devine c. Québec* (PG), 814-816 (*per curiam*) et *Irwin Toy Ltd. c. Québec* (PG), [1989], 1, RCS, 927, 986.

50. Charte canadienne des droits et libertés, article 1 (« La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »).

Pour illustrer notre propos, il est utile de préciser que dans l'affaire dite *Multani* (affaire du kirpan précitée), la Cour suprême avait estimé que l'atteinte n'était pas minimale et que les effets préjudiciables de l'interdiction totale surpassaient ses effets bénéfiques. Le raisonnement tenu par la Cour s'est donc fait par pondération. Il se situe en dehors de la logique de monopole qui conduit à l'éviction d'une norme par une autre⁵¹. Quant à l'appréciation de la légitimité de l'objectif poursuivi, on peut l'illustrer par le renvoi à une autre affaire, la décision *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony* de 2009, dans laquelle le recours d'une communauté huttérite qui contestait l'obligation de détenir un permis de conduire avec photographie d'identité en invoquant la liberté de religion a été rejeté par la Cour suprême. Cette dernière a certes reconnu la violation de ladite liberté, mais elle a estimé que cette violation était justifiée en vertu de l'article 1 de la *Charte canadienne*, c'est à dire en vertu d'un motif d'ordre public. En effet, selon elle, l'exigence de s'identifier au moyen d'une carte avec photo était prévue par la loi (objectif législatif) et poursuivait un objectif légitime : celui d'éviter la fraude dans l'accès aux services assurés, ou d'éviter le vol d'identité. De plus, le caractère obligatoire de la photographie avait un lien avec cet objectif et ne restreignait pas la liberté de religion plus qu'il n'était pas nécessaire pour atteindre cet objectif. À cette fin, elle précisa que les effets préjudiciables de cette mesure sur la liberté de religion des membres de la colonie qui désiraient obtenir un permis ne l'emportaient pas sur les effets bénéfiques de l'universalisation de la photographie obligatoire⁵².

Ces deux affaires sont emblématiques en ce qu'elles opèrent un glissement entre accommodement raisonnable et analyse des limites législatives des garanties constitutionnelles⁵³.

En effet, dans l'affaire *Multani*, la majorité des juges de la Cour suprême a incorporé la notion d'accommodement raisonnable au chapitre du critère de l'atteinte minimale⁵⁴. Pourtant, selon les juges dissidents Abella et Deschamps,

51. Pour une présentation de ce type de raisonnement, voir CDPDJ, *supra* note 23 à la p. 13 : « Porter atteinte à un autre droit ou liberté, la méthode retenue par les tribunaux, quel que soit le droit applicable, consistera en général à rechercher un juste équilibre qui permette la préservation optimale des droits de chacun. La Cour suprême a rappelé à plusieurs reprises la pertinence d'adopter cette méthode d'équilibrage a posteriori afin de privilégier la solution qui permette, en fonction des faits propres à chaque affaire, de respecter pleinement les deux catégories de droits en conflit. »

52. *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37.

53. Voir BERNATCHEZ S., *Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel?* (2010), 55, RD, McGill, 641.

54. Voir la juge Charron qui écrit au nom de la majorité : « [e]n considérant cet aspect de l'analyse de la proportionnalité, la juge Lemelin a exprimé l'avis que « [l']obligation d'offrir un accommodement à cet élève est un corollaire du critère de l'atteinte minimale à ses droits » (par. 92). En d'autres mots, elle ne pouvait concevoir qu'il puisse exister une justification suffisante au sens de l'article premier s'il existe une mesure d'accommodement raisonnable (par. 75). Ce rapprochement des principes juridiques entre la notion d'accommodement raisonnable et l'analyse de la proportionnalité n'est d'ailleurs pas sans précédent. En effet, dans *Eldridge*, par. 79, notre Cour a indiqué que, dans les affaires concernant le par. 15 (1) de la *Charte canadienne*, la notion d'accommodement raisonnable équivaut à celle de « limites raisonnables » prévue par l'article premier de la *Charte canadienne*. De plus, ce rapprochement des principes juridiques me paraît logique. Il ressort de la jurisprudence en matière de discrimination qu'il existe une obligation de prendre des mesures d'accommodement raisonnables en faveur des individus qui subissent les effets préjudiciables d'une politique ou d'une règle neutre en apparence, et ce, jusqu'au point où le respect de cette obligation entraîne des contraintes excessives pour la partie qui est tenue d'instaurer les mesures d'accommodement. Sans qu'il soit pour autant nécessaire d'intégrer toute la

« [L]es deux niveaux d'évaluation, public et individuel, devraient demeurer distincts. L'incohérence de la démarche ne peut qu'agir au détriment de l'exercice des droits de la personne. L'accommodement raisonnable et la contrainte excessive appartiennent au domaine du droit administratif et des lois sur les droits de la personne, alors que l'évaluation de l'atteinte minimale fait partie de l'analyse constitutionnelle et comporte des conséquences sociales plus importantes⁵⁵ ». La Cour suprême s'est penchée de nouveau sur cette question dans l'affaire *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony* de 2009. En effet, sous la plume de la juge en chef McLachlin, la Cour y a précisé l'approche avancée dans l'arrêt *Multani*, en excluant son application à des mesures législatives : « [À] mon avis, il faut maintenir la distinction entre l'analyse fondée sur la notion d'accommodement raisonnable pour l'application de la législation sur les droits de la personne et la justification en application de l'article premier d'une mesure législative contraire à la Charte. Quand la validité d'une mesure législative est en cause, il faut procéder à l'analyse requise par l'article premier décrite dans *Oakes*. [...] Une analyse différente s'applique lorsque le plaignant fait valoir qu'un acte gouvernemental ou une pratique administrative porte atteinte à un droit que lui garantit la Charte. [...] Le cas échéant, la jurisprudence concernant l'obligation d'accommodement, qui s'applique également aux parties privées et aux gouvernements, peut être utile pour bien saisir le fardeau qu'impose le critère de l'atteinte minimale vis-à-vis d'un individu en particulier⁵⁶. »

Il en ressort, selon l'honorable juge Michel Robert, ancien juge en chef de la Cour d'appel du Québec, que la « notion d'accommodement raisonnable fait maintenant partie de l'analyse de l'article premier lorsqu'il s'agit d'un acte ou d'une pratique de l'exécutif, c'est-à-dire lorsque l'État est engagé dans un rapport direct avec un particulier. Au contraire, elle est exclue en ce qui a trait à sa fonction législative⁵⁷ ». La question, selon lui, revient à déterminer si « l'analyse de l'intérêt général de la société et la prise en compte de faits sociaux en vertu de l'article premier s'avéreront profitables lors de confrontations entre des lois du Parlement et la liberté de religion, et si l'analyse davantage casuistique de l'accommodement raisonnable du conflit entre actions du gouvernement et liberté de religion saura réellement tenir compte des contraintes réelles propres à chaque cas⁵⁸ ».

Quoiqu'il en soit dans les deux cas, ce sont bien les tribunaux qui dans une analyse casuistique ou contextuelle établissent le canevas du droit commun, de

jurisprudence s'y rapportant, l'analogie avec l'obligation d'accommodement raisonnable me paraît utile pour bien saisir le fardeau qu'impose le critère de l'atteinte minimale vis-à-vis d'un individu en particulier, comme c'est le cas en l'espèce », par. 52-53.

55. *Ibid.*, par. 134.

56. Notons que trois juges sont dissidents quant à la légitimité de l'atteinte à la liberté de religion en l'espèce et auraient répondu par la négative au test de l'article premier. Pour les juges Abella, LeBel et Fish, l'atteinte aux droits des huttrites est excessive et disproportionnée au regard de l'objectif législatif poursuivi. L'arrêt *R. C. Oakes* [1986] 1 R.C.S. 103, 26 D.L.R. (4e) 200 est un arrêt central en droit constitutionnel. Il propose une analyse appelée depuis « test de Oakes » de l'article 1^{er} de la *Charte canadienne*, cf. note 48.

57. Honorable, MICHEL ROBERT J. J., « Liberté de conscience et de religion : entre protection individuelle et intérêt du public », Conférence annuelle sur les droits humains, comité de la diversité ethnoculturelle du barreau de Montréal, 2010, [http://www.tribunaux.qc.ca/c-appel/Apropos/Discours/docs/Robert_Michel/Liberte_conscience_15062010.pdf].

58. *Ibid.*

ses normes et principes et... de ses valeurs. En effet, ces dernières ne sont pas absentes du jeu des Chartes puisqu'elles renvoient aux « valeurs démocratiques⁵⁹ ». Néanmoins, elles ne peuvent être invoquées que dans le cadre du jeu des Chartes, c'est-à-dire lorsque les droits fondamentaux visés par ces dernières sont en cause, plus précisément, selon la CDPDJ, lorsque le « respect » des valeurs démocratiques est compromis par « l'exercice » d'une liberté ou d'un droit fondamental⁶⁰ ». Enfin, il faut bien distinguer la question des conflits de valeurs et de celle du jugement de valeur.

◆ CONFLITS DE DROITS FONDAMENTAUX ET CONFLITS DE VALEURS

Vrai et faux conflit de droits fondamentaux

Au Québec, le droit à la liberté de religion est opposable *erga omnes*, ce qui fait qu'une personne peut demander au nom de la dimension négative de sa liberté de religion (le droit de ne pas se voir imposer une pratique ou une norme contraire à ses croyances religieuses⁶¹) l'éviction d'une règle de droit qui porterait atteinte de façon non négligeable à cette dernière. L'on peut ainsi opposer la liberté de religion au droit fondamental de propriété, au principe général constitué par l'intérêt de l'enfant, ou encore au droit à l'égalité et plus particulièrement au droit à la non-discrimination fondée sur le sexe que ce soit dans les rapports privés ou publics. Ces conflits peuvent se produire soit sur un plan formel, ce qui rend difficile la recherche de solution puisque l'on se trouve face à un conflit de normes, toutes deux générales et occupant le même niveau dans la hiérarchie des normes. La résolution d'une antinomie peut ainsi suivre deux logiques : la logique d'éviction ou celle de la pondération selon le type d'analyse, formelle ou contextuelle, dans lequel on se trouve. Par ailleurs, la résolution du conflit sera souvent liée à la conception de l'antinomie qui est prônée par le système juridique en cause. L'antinomie restrictive aura tendance à mettre en opposition des règles de droit, et rejettera ainsi tout faux conflit. L'antinomie extensive par contre, mettra l'accent sur les intérêts en cause. Dans le premier cas, une tendance à l'éviction de la norme contraire verra le jour. Dans le second cas, il y aura plutôt pondération des normes : le juge s'assurera de la compatibilité des normes en présence et les enchevêtrera, opérant alors une pondération des intérêts en présence et se comportant comme arbitre.

La voie choisie par la Cour suprême est médiane. En effet, lorsqu'elle se trouve face à des conflits de rationalité axiologique portée par des normes dont la place dans la hiérarchie des normes est équivalente, elle refuse de procéder par voie d'évic-

59. Voir l'article 1 de la Charte canadienne, qui pose que « [l]a Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » et l'article 9.1 de la Charte québécoise qui pose que « [l]es libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ».

60. *Supra* note 23, p. 52 et suiv.

61. WÖEHLING J., « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998), 43, RD, McGill, 325, p. 371.

tion, car cela sous-entendrait de hiérarchiser les normes en question et viendrait nier l'interdépendance et l'indivisibilité de l'édifice des droits fondamentaux. Ainsi, en 2001, les juges Iacobucci et Bastarache ont estimé dans l'affaire *University Trinity c. British Columbia College of Teachers* que « la Charte doit s'interpréter comme un tout, de manière à éviter de privilégier un droit au détriment d'un autre⁶² ». Ils citaient alors le juge Lamer qui, dans la décision *Dagenais c. Société Radio Canada*, avait écrit : « Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la Charte que dans l'élaboration de la *common law*. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, [. . .] les principes de la Charte commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits⁶³. » Ce raisonnement réflexif implique une pondération des intérêts en cause par le juge qui s'efforcera d'harmoniser les champs d'application respectif des normes antinomiques pour les ajuster l'une à l'autre⁶⁴ (en ce cas estimant qu'il y a faux conflit) ou évinçant la norme problématique en cas d'antinomie insoluble (vrai conflit). Le juge a ainsi un rôle d'arbitre qui pondère les intérêts collectifs et les intérêts privés⁶⁵. La conciliation est opérée de façon pragmatique par la délimitation du champ d'application respectif des droits en cause⁶⁶, « une bonne délimitation de la portée des droits permet[tant] d'éviter [le] conflit⁶⁷ ».

Or, à partir du moment où il n'y a pas de conflit de droits, l'affaire s'arrête là. Ainsi dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem* précité, les incidences du conflit entre la liberté de religion et le droit à la jouissance paisible et à la libre disposition des biens ayant été estimés minimales, le conflit de droits fondamentaux (liberté de religion *vs* propriété) ne fut pas reconnu. En effet, les juges ne tranchent pas dans l'abstrait, mais dans un cadre factuel précis, dans un contexte donné, ce qui leur permet de mettre en application une approche contextualisée de la conciliation, voire de l'arbitrage. Ce qui prime alors n'est pas tant le droit que les faits. Il s'agit d'un raisonnement qui ne suit pas un syllogisme fondé sur la déduction de la solution d'une règle de droit essentialiste et déconnectée de son régime/de ses effets, mais d'un raisonnement plutôt par abduction, d'un raisonnement réflexif,

62. *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772 par. 31.
63. Voir le juge en chef Lamer au nom de la majorité, dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994], 3, RCS, 835, p. 877.

64. MORAND C.-A., « Pesée d'intérêts et décisions complexes », en ligne : [reds. msh-paris.fr], [http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/morand01.htm].

65. BOUDON R., « La "rationalité axiologique" : une notion essentielle pour l'analyse des phénomènes normatifs » (1999), 31, *Sociologie et société*, 103.

66. (« [À] notre avis, nous sommes en présence d'une situation dans laquelle il y a lieu de régler tout conflit éventuel en délimitant correctement les droits et valeurs en cause. Essentiellement, une bonne délimitation de la portée des droits permet d'éviter un conflit en l'espèce. Ni la liberté de religion ni la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne sont absolues. ») *University Trinity Western c. British Columbia College of Teachers* [2001], 1, RCS, 772 au par. 29.

67. *Ibid.*, par. 29 et 36. Étaient opposés la liberté religieuse et le droit de ne pas être discriminé pour des motifs fondés sur l'orientation sexuelle, une université n'ayant pas été agréée en raison d'un programme chrétien qui demandait aux étudiants de signer un document défavorable aux activités homosexuelles. En l'espèce, la Cour distingua la croyance de la conduite, et posa que la croyance n'avait pas donné lieu à un comportement discriminatoire à l'égard de personnes homosexuelles.

en raison de l'absence de contenu fixe des droits posés au préalable. Ces droits ne sont en effet pertinents qu'à partir du moment où ils sont violés.

Au contraire, une fois l'antinomie avérée, le conflit entre droits fondamentaux est avéré. Ce sont alors les dispositions d'ordre public qui seront mobilisées, mais encore une fois de façon concrète, la Cour suprême ayant énoncé que « l'article 9.1 confirme le principe selon lequel la revendication du droit à la liberté de religion doit être conciliée avec les droits, les valeurs et le préjudice opposés⁶⁸ ». Il s'agit d'une analyse de type conséquentialiste, qui se fait essentiellement en termes de balance des coûts et bénéfices pour les parties dont les droits suivants s'opposaient : le droit à l'égalité sans discrimination fondée sur le sexe et le droit à l'égalité sans discrimination fondée sur la religion.

La règle du faux conflit, que ce soit dans l'accommodement raisonnable (atteinte non négligeable) ou dans le cadre des limites aux garanties constitutionnelles (atteinte minimale), vise à faire dépendre la caractérisation de vrai conflit d'une analyse factuelle et contextuelle c'est-à-dire *in concreto*⁶⁹. Il semble qu'au Québec, ce soit cette logique *in concreto* qui pose problème pour le grand public qui préférerait un débat en termes abstraits, voire, selon certains, en termes identitaires.

Conflits de valeurs vs conflits de droits ou distinguer le champ politique du champ juridique

En 2008, dans son document de réflexion, *la charte et la prise en compte de la religion dans l'espace public*, la CDPDJ sous la plume de Pierre Bosset et de Paul Eid, reprenant les acquis de la jurisprudence canadienne et insistant sur l'interdépendance des droits fondamentaux, soulignait que la tension entre le principe de l'égalité des sexes et le droit d'exercer sa liberté religieuse posait la problématique de « l'équilibre, de la conciliation et (si nécessaire) de l'arbitrage entre des droits qui coexistent sans hiérarchie, mais qui sont néanmoins suscepi-

68. *Bruker c Markovitz*, 2007, CSC, 54 (14 décembre 2007), par. 77.

69. Pour un exemple en droit pénal, la Cour d'appel de l'Ontario dans un arrêt en date du 13 octobre 2010, n'a pas accédé à la demande d'une femme musulmane qui voulait porter le niqab lors de son témoignage (alors que cette dernière l'avait enlevé pour la prise de photographie pour son permis de conduire), *R. v. N. S.*, 2010, ONCA 670 (CanLII) – 2010-10-13. Les juges Doherty, Moldaver et Sharpe estimèrent que « *an order directing a witness to remove her niqab that offended her right to exercise freely her religious beliefs would, absent adequate justification for that order, offend Charter principles and constitute an error of law on the face of the record* », par. 24. Pour analyser la question de l'impact du port du niqab sur la possibilité d'être contre-interrogée de façon effective, les juges renvoient à des éléments contextuels tels que le ton de la voix, le mouvement des yeux, le langage corporel estimant qu'il n'interfère pas avec ces derniers (par. 73). Ils estiment que le port du niqab s'il n'est pas problématique au stade préliminaire (renversant ainsi la décision du juge de première instance qui avait ordonné au témoin d'enlever le niqab à ce stade de la procédure par. 95), ce port peut le devenir lors de la phase du procès devant jury (par. 99). Ils concluent que la témoin devra retirer son niqab si c'est la seule façon de respecter le droit de l'accusé à un procès équitable (par. 102) tout en insistant sur le fait que NS appartient à une minorité et que ne pas prendre sérieusement en compte ses croyances religieuses pourrait légitimer d'une certaine façon les stéréotypes négatifs qui ont cours sur cette minorité. Ajoutant que le niqab pourrait être accepté au nom du multiculturalisme et que l'acceptation du port du niqab pourrait aussi améliorer l'accès à la justice démontrant qu'il n'est pas besoin de compromettre ses croyances pour y participer (par. 79).

bles d'entrer en conflit dans des circonstances particulières⁷⁰ ». Étaient alors distingués conflits de valeurs (valeurs démocratiques par ex.⁷¹) et conflits de droits.

Précisons ici qu'au Canada, le droit et ses concepts sont analysés de façon fonctionnelle (la nature d'une notion étant automatiquement liée à son régime) et non essentialiste⁷², le renvoi à la philosophie, voire à la métaphysique dans les définitions de ces concepts suivant une logique aristotélicienne étant peu pratiqué contrairement à la tendance existante en France par exemple. Il en résulte que, selon bon nombre de juristes canadiens, les valeurs en droit ne rentrent en jeu que si elles sont remises en cause par l'exercice d'une liberté ou d'un droit fondamental prévu par les Chartes, comme la liberté de religion puisqu'elles ne sont invocables que dans le cadre des articles 1 et 9.1 des chartes canadienne et québécoise respectivement. Allant plus loin, Pierre Bosset et Paul Eid écrivent à ce sujet que le droit n'existe que dans son exercice, « ([il] n'est pas un exercice philosophique, ni un positionnement politique⁷³ ». Le droit se lit, d'après eux, selon une analyse fonctionnelle et « son objet est d'aménager concrètement l'exercice des droits et libertés, de façon à éviter que d'autres droits ou libertés soient enfreints⁷⁴ ». Il y va de « sa nature » et ce sont donc d'autres « disciplines normatives » qui géreront ces situations dans lesquelles les valeurs s'entrechoqueront sans pour autant que cela résulte en une atteinte concrète à des droits.

Abondant en ce sens, Lucie Lamarche estime que le principal intérêt de l'avis de la CDPDJ de 2010 concernant trois cas de demande « d'accommodements raisonnables » à la Régie de l'assurance-maladie du Québec (RAMQ⁷⁵) serait de distinguer les conflits de valeurs des conflits de droits fondamentaux (en l'occurrence le droit à l'égalité sur la base du sexe et la liberté de religion). La Commission, concernant l'exigence de clientes portant le *niqab* d'être servies par un agent de sexe féminin⁷⁶, avait jugé cette demande inacceptable car elle témoignait d'un comportement discriminatoire de la part de la clientèle. Elle ne

70. *Supra* note 23.

71. Les valeurs démocratiques ont été définies par la Cour suprême dans l'affaire *Oakes* comme comprenant « le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société », *R. c. Oakes* par. 64, cf. note 48.

72. Voir *CDP c Centre d'accueil Villa Plaisance* TPDQ Gaspé, 1995, CANLII, 2814 (QC TDP) (J. Rivet) et *Dagenais c. Société Radio-Canada* (1994), 3, RCS, 835 à la p. 877. Selon ces cas, l'analyse intersectionnelle s'efforce de pallier au danger de placer les motifs de discrimination en catégories étanches en raison de leur congruence dans les faits.

73. *Supra* note 13, p. 4.

74. *Supra* note 67, p. 12.

75. CDPDJ, *supra* note 36.

76. Voir CDPDJ, Commentaires sur la politique d'accommodement appliquée par de la Société de l'assurance automobile du Québec (SAAQ) lors de l'évaluation de conduite, Cat. 2., 120-4.23, janvier 2009. La Commission a jugé raisonnable que l'on permette à une personne de choisir, pour des motifs religieux, le sexe de son évaluateur lors d'un examen de conduite. L'usager doit attendre qu'un évaluateur du sexe qui lui convient soit disponible ou prendre un autre rendez-vous, explique la Commission et cette préférence quant au sexe de l'évaluateur n'a pas entraîné une « quelconque forme de sexualisation des postes » ou l'augmentation de la charge de travail de certains évaluateurs ou évaluatrices (p. 7). La mesure ne porte pas atteinte à la « dignité » des évaluateurs et des évaluatrices puisque la demande ne leur est pas faite directement et qu'ils n'ont pas à subir un rejet de la part de l'usager (aux p. 7-8).

constituait donc pas une atteinte au droit à l'égalité du client. Bien au contraire, selon la Commission, cette préférence portait en fait atteinte au droit à l'égalité de l'employé en cause. Elle proposa comme solution que, tout comme dans le cas de la SAAQ, l'usager refasse la queue⁷⁷. Pour la Commission, « l'expression de cette préférence par un client de la RAMQ relèv[ait] plus... de la question de ce que l'on a appelé "conflits de valeurs" que d'une question de conflits de droits⁷⁸ ». Point d'accommodement en l'espèce.

Il nous semble ici important de distinguer les valeurs que peuvent véhiculer les Chartes et la notion de jugement de valeur qui témoigne d'une idéologie, c'est-à-dire d'une prise de position fondée sur un système de jugements de valeur qui influencent la perception de la réalité. Cette dernière renvoie à la question de l'argument de l'offense aux valeurs. Selon Jean-François Gaudreault-Desbiens⁷⁹, cet argument consiste à soutenir que certains signes associés à l'inégalité des sexes devraient être interdits parce qu'ils sont « intrinsèquement » offensants. Or ceci est triplement problématique selon lui. La CDPDJ reprenant ses arguments estime ainsi que premièrement, « l'argument méconnaît le caractère polysémique du signe religieux [; deuxièmement,] l'"offense" dépend de celui qui reçoit ou perçoit le signe en question, [et a donc] un caractère avant tout subjectif⁸⁰ » ; troisièmement, l'ouverture à ce type d'argument a un effet boomerang, des personnes religieuses pouvant l'opposer à ceux qui l'ont invoqué dans le passé en estimant que cette fois-ci ce sont leurs valeurs religieuses qui sont atteintes. Mais surtout ce type d'argument se fait dans l'abstrait et remet en cause toute l'approche contextuelle prônée par la Cour suprême qui met l'accent sur la tolérance et le dialogue.

Sur ce dernier point, l'on peut se rappeler que suite à deux affaires concernant le hijab (renvoi d'une jeune fille d'une école publique parce qu'elle portait le hijab et exigence par une école privée musulmane du port du hijab par les enseignantes) la CDPDJ avait diffusé un « document soumis à la réflexion publique » sur le pluralisme religieux. Dans ce document en date de 1995⁸¹, la Commission avait notamment répondu aux arguments féministes de l'égalité, de l'émancipation et de la non-oppression, que l'interdiction du foulard chaque fois que la sécurité des personnes n'était pas en cause était contraire à la liberté de religion et au droit à l'éducation. Elle y posait aussi, qu'à moins de prouver qu'une fille en particulier portait le foulard contre son gré, l'interdiction absolue du foulard ferait injure à l'indépendance des musulmanes.

Concernant cette fois-ci les valeurs, qui sont sous-jacentes à l'ordre public québécois et canadien, un certain malaise subsiste que l'on peut apercevoir notamment dans

77. *Ibid.*

78. *Supra* note 27 à la p. 5.

79. GAUDREAU-DESBIENS J.-F., « Quelques angles morts du débat sur l'accommodement raisonnable à la lumière de la question du port de signes religieux à l'école publique : réflexions en forme de points d'interrogation », in JÉZÉQUEL M. (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 241-287.

80. *Supra* note 23, p. 54.

81. CDPDJ, *Le pluralisme religieux au Québec : un défi d'éthique sociale – document soumis à la réflexion publique*, (Cat. 7.113-2.1.1), février 1995.

la critique constante qui est faite au gouvernement des juges⁸². Il est certes possible d'essayer de limiter le débat en considérant que ces dernières ne sont invocables que dans les cas bien particuliers posés par les Chartes, cela n'empêche toutefois par leur existence. Alors le droit commun doit-il être le produit d'une interprétation par les tribunaux des Chartes ou doit-il être élaboré dans des lois spéciales avec le danger que ces dernières soient une réponse électoraliste de certains gouvernements voguant sur une vague populiste ? La question reste entière. Elle se complexifie encore par l'inconfort de certains citoyens face à un raisonnement juridique mettant de l'avant l'équité.

En effet, les notions de pondération des intérêts, de délimitation des champs d'application des droits fondamentaux qui peuvent conduire à l'aménagement des normes renvoient à la notion d'équité, voie qui semble aventureuse pour certains⁸³, le juriste publiciste français Guy Braibant soulignant ainsi « les dangers qu'il y aurait à substituer, à la règle de droit édictée selon des procédures officielles et connues de tous, un sentiment de justice, relatif et contingent, empreint de subjectivité et risquant de conduire à l'imprévisibilité et à l'insécurité⁸⁴ ». Ces arguments selon nous trouvent leur écho au Québec. Dans cette province, le débat prend une tournure particulière selon Lucie Lamarche qui annonçait qu'un « équilibre (allait devoir être atteint) entre (les) droits de(s) Québécois de souche et les droits positifs culturels des immigrants, soit un Québécois sur cinq (et qu'en) raison de la loi du nombre, (la société québécoise allait) arriver tôt ou tard à l'enjeu des identités culturelles⁸⁵ ». Elle ajoutait qu'au Québec, on n'avait pas réglé des questions fondamentales d'intégration des membres des communautés minoritaires.

À titre d'exemple de cette difficulté, on peut mentionner différents projets de lois québécois qui ont eu pour but de hiérarchiser les droits fondamentaux et d'assigner une essence aux signes religieux alors que le principe d'une hiérarchisation des droits avec le droit à l'égalité avait été clairement refusé par le rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements reliées aux différences culturelles, dite Commission Bouchard Taylor⁸⁶.

82. Expression du comparatiste Édouard Lambert (le gouvernement des juges et la lutte pour la législation sociale aux États-Unis), elle sous-entend que les juges constitutionnels ont un pouvoir d'interprétation qui frise la législation. Au Canada, elle est dénoncée par ceux qui y voient une atteinte à la souveraineté. Pour eux, en effet, l'invalidation de lois par les juges de la Cour suprême du Canada au motif qu'elles sont inconstitutionnelles est une atteinte à la souveraineté des gouvernements provinciaux qui ont voté démocratiquement ces lois.

83. Après avoir noté que le droit à la différence n'existe pas dans l'ordre juridique français (citant *Cons. d'Etat Ass. 28 mars 1997, Société Baxter* (1997), RFDA, 450, Concl. Bonnichot, note Melin-Soucramanien), Jean-Louis Autin écrit : « Il serait aventureux de s'engager sur la voie de l'équité – notion éminemment philosophique – pour résoudre des problèmes de droit positif. On ne saurait acquiescer au propos d'Alain Minc suggérant de promouvoir l'équité au détriment de l'égalitarisme républicain », (MINC A., *La France de l'an 2000, rapport au Premier ministre de la Commission présidée par A. Minc*, Commissariat général au plan, Paris, Odile Jacob, 1994). AUTIN J.-L., « Les discriminations compensatoires entre le principe d'égalité et le droit à la différence – une contradiction de normes ? » in DE DECKKER P. et FABERON J.-Y. (dir.), *L'État pluriculturel et les droits aux différences, colloque organisé à Nouméa du 3 au 5 juillet 2002*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 107, p. 117.

84. *Ibid.*, qui renvoie ainsi à Guy Braibant, « le droit et l'équité dans la protection du citoyen à l'égard de l'administration », in *Mélanges Léo Hamon*, Économica, 1982, p. 999 et « Nouvelles réflexions sur les rapports du droit et de l'équité » (1992), 64, RFAP, 68.

85. *Supra* note 3.

86. Fonder l'avenir, le temps de la conciliation, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, Rapport de Gérard Bouchard et de Charles Taylor, Gouvernement du Québec,

Le premier projet de loi, intitulé projet de loi 63 et adopté le 10 juin 2008, avait pour but d'amender le préambule de la Charte québécoise et d'y ajouter un article selon lequel « [l]es droits et libertés énoncés dans la présente Charte sont garantis également aux femmes et aux hommes ». Ce projet selon la CDPDJ, avait surtout une portée symbolique pouvant favoriser des initiatives pro-égalité. Elle ajoutait que lui donner une plus grande portée pourrait menacer la logique sur laquelle sont construits nos instruments de protection de droits fondamentaux.

Par contre, le dépôt du projet de loi n° 94 intitulé *Loi établissant les balises encadrant les demandes d'accommodement dans l'Administration gouvernementale et dans certains établissements*⁸⁷, dans un contexte où « le débat sur l'identité nationale québécoise et l'adoption d'une charte de la laïcité ne cesse de resurgir dans l'espace public⁸⁸ » a suscité plus d'inquiétudes de la part de la CDPDJ⁸⁹. Ce projet, qui ne concernait que les services publics dans l'administration et dans les établissements sous l'autorité du gouvernement québécois (le domaine municipal n'est pas concerné par ce projet de loi ni le secteur privé), « subordonne tout accommodement au respect de la Charte des droits et libertés de la personne, notamment du droit à l'égalité entre les femmes et les hommes et du principe de la neutralité religieuse de l'État, et prévoit qu'un accommodement ne peut être accordé que s'il est raisonnable, c'est-à-dire s'il n'impose aucune contrainte excessive⁹⁰ ». La CDPDJ s'interrogea notamment sur le choix du recours à une loi générale. Elle indiqua aussi la possibilité d'effets « sociopolitiques néfastes⁹¹ » sur les femmes musulmanes portant le niqab. En effet, la Commission estimait qu'en les stigmatisant, la loi pourrait compromettre *de facto* leur accès « aux canaux habituels d'intégration citoyenne⁹² » et corrélativement renforcer et justifier les pressions communautaires visant à les tenir à l'écart d'un monde extérieur présumé hostile.

Ce refus de la reconnaissance de la différence, viendrait en effet remettre en cause les mécanismes d'intégration qui ne peuvent, selon Marie McAndrew, avoir pour indicateurs l'athéisme ou à l'inverse la pratique religieuse. Elle note toutefois que les années 1970-1980 ont vu naître au Québec l'émergence d'une politique

2008, à la p. 107. Rappelons que cette commission fut créée le 8 février 2007 dans le but de répondre aux expressions de mécontentement manifestées par la population sur le sujet des « accommodements raisonnables ».

87. Le projet a été présenté pour la première fois en mars 2010. Pour prendre connaissance des discussions sur le projet de loi, consulter <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-94-39-1.html>.

88. Ligue des droits et libertés, *Le projet de loi 94 : un projet de loi qui dénature la notion d'accommodement raisonnable et qui nuit à l'intégration*, Mémoire présenté devant la Commission des institutions dans le cadre des consultations sur le projet de loi 94 à la p. 2 : (« Le projet de loi 94 a été mis de l'avant par le gouvernement québécois, alors que le débat sur l'identité nationale et l'adoption d'une charte de la laïcité ne cesse de resurgir dans l'espace public à la faveur de certains événements fortement médiatisés : avis de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse portant sur la politique d'accommodement appliquée par la SAAQ lors de l'évaluation de conduite, consultations particulières qui ont porté sur le projet de loi n°16, Loi favorisant l'action de l'Administration à l'égard de la diversité culturelle, expulsion d'un cours de francisation d'une étudiante portant le niqab. »)

89. CDPDJ, *Mémoire à la commission des institutions de l'assemblée nationale, projet de loi n° 94, loi établissant les balises encadrant les demandes d'accommodement dans l'administration gouvernementale et dans certains établissements*, Cat. 2.412.113, mai 2010.

90. *Supra* note 88, « notes explicatives ».

91. *Ibid.*, p. 2

92. *Ibid.*

d'intégration de type interculturelle, distincte du multiculturalisme canadien mettant l'accent sur une convergence culturelle⁹³ et, en 1990, d'un contrat moral⁹⁴ qui repose sur trois principes où la reconnaissance de la différence est balisée par une perspective d'intégration à la démocratie libérale québécoise : 1) une société dont le français est la langue commune de la vie publique (le principe de la langue commune) ; 2) une société démocratique où la participation et la contribution de tous sont attendues et favorisées (le principe de participation) ; 3) une société pluraliste ouverte aux multiples apports dans les limites qu'imposent le respect des valeurs démocratiques fondamentales et la nécessité de l'échange intercommunautaire (le principe du pluralisme). Selon elle, « chacun [de ces] trois volets de ce contrat moral comprend des droits et des responsabilités tant pour les immigrants que pour la société d'accueil », l'intégration se jouant à deux.

Mais dans une vision de la société fondée sur le contractualisme et sur la notion de réciprocité, de reconnaissance mutuelle (principe de l'altérité)⁹⁵, la revendication des droits et libertés par certains a pu paraître comme l'indice d'un ultra-individualisme, d'un refus de s'intégrer⁹⁶. En 1995, la CDPDJ avait d'ailleurs utilisé le terme de « responsabilité personnelle », qui correspondait à une sorte d'autorégulation visant à ne pas réclamer à tout prix ses droits et libertés⁹⁷ et à « négocier entre partenaires responsables et soucieux de favoriser la cohésion sociale les conditions d'exercice des droits de chacun dans des milieux confrontés au défi de concilier un ensemble de particularismes⁹⁸ ».

Le dilemme est grand ici où l'invocation de la logique d'éviction, de ses droits contre ceux des autres peut paraître mettre en danger la cohésion sociale (lorsque l'on appréhende la question sous l'angle de la liberté de religion), ou au contraire faire figure de garde-fou de cette dernière (lorsque l'on se place du point de vue du droit à la non-discrimination fondée sur le sexe). Sans doute la CDPDJ avait-elle raison en mettant de l'avant l'équité. Pourtant, cette solution n'est pas sans risque. En effet, dans un contexte de tension identitaire, l'absence de sécurité juridique qu'entraîne ce mode de gouvernance pourrait susciter le désir d'un retour à une loi qui favorise l'identité d'un groupe particulier.

93. JUTEAU D., MCANDREW M. et PIETRANTONIO L., « Multiculturalism à la Canadian and Intégration à la Québécoise. Transcending their Limits », in BAUBÖCK R. et RUNDELL J. (dir.), *Blurred Boundaries*, Viennal Brookfield, European Centre Vienna/Ashgate Publishing, 1998, vol. 23, p. 95-110.

94. L'Énoncé de politique en matière d'immigration et d'intégration de 1990 du ministère des Communautés culturelles et de l'Immigration, Au Québec pour bâtir ensemble, Montréal, Gouvernement du Québec, 1990, p. 15-18 et son analyse par D. Helly, *Le Québec face à la pluralité culturelle 1977-1994. Un bilan documentaire des politiques*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1996, p. 44-45.

95. Voir le titre « L'indispensable lien social de réciprocité », in *Le pluralisme religieux au Québec : un défi d'éthique sociale, document soumis à la réflexion publique*, fév. 1995 à la p. 14. Le contrat social est caractérisé ainsi : il stipule que « les libertés et droits individuels doivent être garantis par la volonté collective et, en contrepartie, s'exercer dans le respect des valeurs démocratiques de l'ordre public et du bien-être général ».

96. Il est à noter que selon une étude de la CDPDJ, les demandes d'accommodement raisonnable proviennent avant tout de chrétiens établis de longue date au Québec. EID P., *La ferveur religieuse et les demandes d'accommodement religieux : une comparaison intergroupe*, décembre 2007, Cat. 2.120-4.21

97. « [L]es limites des choix privés et les exigences du lien social de réciprocité ne sont pas affirmées, pratiquées, gérées par des citoyens et des institutions capables de consentir à des aménagements du quotidien sans s'abîmer dans d'interminables procès », *ibid.*, p. 14.

98. *Ibid.*

Quand la burqa passe à l'Ouest, la Belgique perd-elle le Nord ?

Dans sa livraison du 13 juillet 2011, le *Moniteur* – journal officiel – belge publiait la loi du 1^{er} juin 2011 visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage. Cette loi insère notamment dans le Code pénal un article 563 bis rédigé comme suit :

« 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 1^{er}, 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 festives². »

En adoptant ce texte très général, le législateur visait une cible sinon exclusive, du moins très prioritaire : la burqa³.

1. Cet article a fait l'objet de vifs débats au sein du Centre interdisciplinaire de recherche en droit constitutionnel (CIRC) des facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles) et a bénéficié des réflexions, notamment, de Sébastien Van Drooghenbroeck, Mathias El Berhoumi, Christine Horevoets, Nicolas Lagasse, Koen Muyllé et Marc Van der Hulst ainsi que d'Emmanuelle Bribosia et Isabelle Rorive (université libre de Bruxelles) et Patrick Charlier (Centre pour l'égalité des chances). Les propos qui suivent sont néanmoins bien évidemment de ma seule responsabilité et n'engagent aucunement les institutions auxquelles j'appartiens.

2. Cette loi a fait l'objet d'un premier commentaire pris en compte dans le présent article : VRIELINK J., OUAL CHAIB S. et BREMS E., « Boerkaverbod. Juridische aspecten van lokale en algemene verboden op gezichtsverhulping in België », *Nieuw Juridisch Weekblad*, n° 244, 2011, p. 398-414. La législation belge peut être consultée sur [www.droitbelge.be].

3. La loi est désignée comme « anti-burqa ». Cette dénomination générique pour désigner le voile intégral est symptomatique de l'approximation avec laquelle le phénomène est approché. En effet, cette étoffe d'origine afghane et pakistanaise couvrant l'ensemble du visage et assortie d'une grille permettant à la femme de percevoir le monde extérieur, demeure très largement exotique en Belgique. Les quelques exemplaires de voile intégral sont en fait des niqabs, originaires du Moyen-Orient, qui ne couvrent pas les yeux. Dans les pages qui suivent, le terme « voile intégral » sera privilégié, la simple coiffe étant désignée sous le vocable « foulard ».

Fidèle aux textes que la France révolutionnaire lui imposa, la Belgique a confié aux communes (les municipalités) le soin d'adopter des règlements de police en vue notamment de maintenir l'ordre et la tranquillité publique ainsi que de lutter contre les nuisances⁴. Une loi de 1999 a permis aux communes de substituer aux peines pénales, dont l'efficacité est aléatoire puisqu'elle dépend de la machine judiciaire, des sanctions administratives dont elles ont la totale maîtrise⁵.

La plupart des communes interdisent de longue date le masque ou tout autre vêtement dissimulant son identité sur la voie publique, en dehors de la période carnavalesque. À partir de 2004, plusieurs communes, un peu partout dans le pays, ont ajouté une interdiction portant sur les tenues vestimentaires dissimulant le visage, indépendamment de toute intention de cacher son identité. Le voile intégral est clairement dans la ligne de mire. À la même époque, le Gouvernement de la Communauté flamande, par la voix de son ministre libéral de l'Intégration, Marino Keulen, a mis à la disposition des communes un modèle de règlement interdisant la burqa, estimant que ce vêtement ne constituait pas un symbole religieux mais qu'il compromettrait des relations sociales harmonieuses et contribuait à générer un sentiment d'insécurité⁶. Le Gouvernement de la région de Bruxelles-Capitale a suivi cette initiative, au contraire de celui de la région wallonne⁷. Selon des criminologues de l'université flamande de Bruxelles, « on est cependant en droit de se demander s'il est bien nécessaire, pour garantir la sécurité publique ou combattre les nuisances publiques, d'interdire de façon générale, les burqas, qu'on ne rencontre encore que très peu à Bruxelles. Il semble qu'on soit là en présence d'une réaction disproportionnée à un problème marginal. Certaines actions récentes menées dans divers pays occidentaux, contre le port de la burqa dans les lieux publics sont liées, à n'en pas douter, au climat défavorable qui règne actuellement à l'égard de l'islam et qui associe, plus que jamais, la burqa à l'extrémisme islamiste et à la menace terroriste⁸ ».

Jusqu'à ce que le Parlement s'en saisisse, le voile intégral a suscité relativement peu de contentieux. En principe, les juridictions belges, comme leurs homologues françaises, censurent les restrictions générales et permanentes aux libertés qui ne sont pas justifiées par une menace concrète pesant sur l'ordre public et qui ne satisfont pas aux strictes exigences de la proportionnalité⁹. Si, au précédent millénaire, un juge de police a néanmoins considéré qu'une pratique religieuse

4. FAVRESSE J.-M., « Le pouvoir général de police du Roi », *Administration publique*, 2011/1, p. 1-48.

5. MOLITOR C. et SIMONART H., « Réflexions sur les sanctions administratives communales », et BOUVIER J., « sanctions administratives communales : la saveur d'une justice de proximité », in ANDERSEN R., DÉOM D. et RENDERS D., *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 299-329, 331-338.

6. Voir la réponse du ministre à une interpellation parlementaire le 27 septembre 2004, [www.vlaamsparlament.be]; Voir aussi DUMONT H. et DELGRANGE X., « Le principe de pluralisme face à la question du voile islamique en Belgique », *Droit et Société*, 68/2008, p. 95-106.

7. Voir l'article 31 du modèle de règlement général de police établi par l'association de la Ville et des communes de la région de Bruxelles-capitale, [www.avcb-vsgb.be].

8. MEERSCHAUT K., DE HERT P., GURTWIRTH S. et VANDER STEENE A., « L'utilisation des sanctions administratives communales par les communes bruxelloises », *Brussels Studies*, n° 18, 2008, p. 4-5, [www.brusselsstudies.be].

9. Voir la jurisprudence citée dans DELGRANGE X., « Mixité sociale, mixité religieuse : le droit de l'enseignement face à la diversité », in RINGELHEIM J., *Le droit belge face à la mixité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 437-500, sp. p. 493.

devait se conformer à la réglementation et dès lors validé un règlement anti-burqa sans s'interroger plus avant¹⁰, le juge de police d'une commune bruxelloise en est très récemment revenu à la jurisprudence traditionnelle : considérant que le voile intégral peut être l'expression d'une manifestation religieuse garantie par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme¹¹, il s'inquiète de la proportionnalité de la restriction apportée à cette liberté. Il constate que pareille interdiction générale revient à empêcher la personne de circuler en tout temps sur tout le territoire de la commune. Or la commune justifie la mesure par un souci de sécurité publique sans toutefois démontrer en l'espèce un quelconque trouble à l'ordre public¹². Il annule dès lors la sanction administrative infligée à une dame déambulant en niqab¹³. D'autres femmes, parfois mineures, ont été pareillement verbalisées mais n'ont pas porté l'affaire en justice¹⁴.

Le Conseil d'État était tout dernièrement invité à se prononcer sur le sujet à l'occasion d'un recours déposé contre une modification d'un règlement de police, dirigé clairement contre le voile intégral, même si sa rédaction n'est pas des plus explicites. Le nouveau texte prohibe « le port de tenues vestimentaires (casques, cagoules, couvre-chef...), ayant pour effet d'empêcher toute identification ». L'ancien texte n'interdisait que « le port du masque et l'emploi d'un stratagème quelconque dissimulant l'identité des personnes ». L'intention dissimulatrice est donc écartée. L'adaptation est justifiée par le fait que « quelques cas de port de la burqa sont constatés sur la voie publique et dans divers lieux publics. Ces agissements semblent choquer voire insécuriser la population ». Le Conseil d'État a refusé d'examiner le recours, estimant que le nouveau texte ne fait que reproduire l'ancienne interdiction¹⁵. Il considère donc que la burqa est stratagème permettant à une personne de dissimuler son identité, sans lui reconnaître aucune portée religieuse.

Dans cet article, après avoir évoqué la procédure parlementaire, révélatrice de la position des différents partis politiques, l'on se placera dans la perspective du contrôle de la validité de la loi du 1^{er} juin 2011 dans le cadre du contentieux constitutionnel.

10. Police Maaseik, 12 juin 2006, *Journal des juges de police*, 2006/3, p. 180. Voir GEUDENS G., « Politierechter spreekt zich uit over sluierkwestie », *De Juristenkrant*, 2006, n° 137, p. 17.

11. « Le fait que le port du voile dit intégral, et non simplement du tchador, ne soit pas une pratique unanimement suivie ou rendue obligatoire dans l'ensemble du monde musulman, est totalement irrelevant, et n'a nullement pour conséquence que (le) règlement communal ne devrait pas être examiné à l'aune de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. »

12. Le juge rappelle à cet égard que la loi sur la fonction de police ne requiert pas qu'un individu puisse être identifié au premier regard (article 34 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police).

13. Police Bruxelles, 26 janvier 2011, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2011/12, pp. 1066-1074 et les observations de NINANE G., « Le voile intégral et le pouvoir de police des autorités locales ». Voir MATHIEU C. et DE HERT P., « L'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public mise en cause par le tribunal de police de Bruxelles », *Vigiles*, 2011/3, p. 92-99. La commune d'Etterbeek a introduit un recours en cassation contre cette décision. À ce jour, celui-ci est toujours pendant.

14. Aïnsi, Rachid Nekkaz, porte-parole d'une association française, « Touche pas à ma Constitution », s'est-il rendu dans la commune bruxelloise de Saint-Josse-ten-Noode pour payer l'amende de 50 euros infligée à deux jeunes filles de 16 et 17 ans (DORZÉE H., « Robin des bois, l'amende et le niqab », *Le Soir*, 18 août 2011, p. 8). Voir aussi MEERSCHAUT K., DE HERT P., GURTWIRTH S. et VANDER STEENE A., *op. cit.*, p. 5.

15. C. E., arrêt n° 213.849 du 15 juin 2011. La jurisprudence du Conseil d'État est disponible sur son site [www.raadvst-consetat.be].

◆ LE PARCOURS PARLEMENTAIRE

Dès 2004, c'est-à-dire lorsque les règlements communaux anti-burqa ont commencé à proliférer, exploitant l'invitation faite aux communes par le Ministre Keulen d'interdire la burqa, le *Vlaams Blok*¹⁶ a déposé une proposition visant à compléter le décret (loi adoptée par les Communautés) du 28 février 2003 « relatif à la politique flamande d'intégration civique¹⁷ ». Selon ses auteurs, la Communauté flamande était compétente pour adopter cette disposition au titre de sa compétence en matière de politique d'accueil et d'intégration des immigrés¹⁸, avec pour conséquence que l'interdiction, sous peine de sanction pénale, de porter le voile intégral n'aurait pu frapper que les « immigrés », non autrement définis. Le président du Parlement flamand a soumis le texte à la section de législation du Conseil d'État qui, réunie en assemblée générale, a considéré que l'objectif poursuivi était en réalité le maintien de l'ordre public et de la sécurité, qui demeure l'apanage du législateur fédéral¹⁹. La Communauté flamande n'est donc pas compétente pour interdire le voile intégral sur la voie publique.

Le débat devait donc se tenir au sein du Parlement fédéral. Le *Vlaams Blok* a déposé une proposition de loi visant à sanctionner pénalement les personnes portant une tenue vestimentaire qui masque le visage dans un lieu public²⁰. François-Xavier de Donnea, député du Mouvement Réformateur (le parti libéral francophone), emboîta le pas du *Vlaams Blok* et déposa une proposition de loi similaire, estimant que les règlements communaux n'étaient pas suffisamment appliqués par la police et qu'il était souhaitable que cette question fût réglée de manière uniforme sur l'ensemble du territoire belge²¹. Lors de la législature 2007-2010, le *Vlaams Belang* et le mouvement Réformateur furent rejoints par les partis centristes qui déposèrent à leur tour des propositions de loi tendant à proscrire la dissimulation du visage dans l'espace public²². Ces différentes propositions furent examinées conjointement en commission de l'intérieur de la Chambre, l'extrême droite parvenant à

16. Parti d'extrême droite flamand, condamné pour propos racistes par la Cour d'appel de Gand, le 21 avril 2004. Suite à cet arrêt, pour éviter de perdre sa dotation publique, le *Vlaams Blok* s'est mué en *Vlaams Belang*, d'aspect plus policé (voir CADRANEL B. et LUDMER J., « La législation concernant les partis liberticides », *Courrier hebdomadaire du Crisp*, 2008, n° 2001-2002).

17. *Doc. Vl. P.*, 2004-2005, n° 159/1, [www.vlaamsparlement.be]. Dans sa conquête de respectabilité et pour tenter de se rendre fréquentables, le *Vlaams Blok* a souvent eu recours à cette tactique de reprendre à son compte certaines initiatives des partis démocratiques, qui ne peuvent écarter leur texte en arguant de leur contenu. Un « cordon sanitaire » a été établi qui vise à interdire l'accès du parti extrémiste au pouvoir exécutif (voir GOVAERT S., « *Vlaams blok* : Les raisons d'une quarantaine », *Politique*, n° 29, mai 2003, [http://politique.eu.org]; DEVOS C., « L'avenir de la Belgique et la lutte contre l'extrême droite vue de Flandre », *La Revue Nouvelle*, 2004, n° 12, p. 6-15, [www.revuenouvelle.be]).

18. Article 5, § 1, II, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. À propos de cette compétence et du décret relatif à l'intégration civique (*inburgering* en néerlandais), voir VAN DROOGHENBROECK S., « Fédéralisme, droits fondamentaux et citoyenneté : les certitudes à l'épreuve de l'*inburgering* », in BREMS E. et STOKX R. (dir.), *Recht en minderheden, de ene diversiteit is de andere niet*, Brugge, die Keure, 2006, p. 267-273.

19. Avis 38.278/AG du 16 mai 2006, *Doc. Vl. P.*, 2004-5, n° 159/2, [www.vlaamsparlement.be].

20. *Doc. Parl.*, Chambre, 2003-2004, n° DOC 51-880/1 ; *Doc. Parl.*, Sénat, 2003-04, n° 3-463/1. Les travaux parlementaires sont accessibles sur le site de la Chambre [www.lachambre.be] et du Sénat [www.senate.be].

21. *Doc. Parl.*, Chambre, 2004-2005, n° DOC 51-1625/1.

22. Il s'agit, du Centre démocrate humaniste, (parti centriste francophone), du Christen-Democratisch en Vlaams (parti centriste chrétien flamand). Ces différentes propositions sont exposées en introduction du Rapport de

cette occasion à ce que sa proposition soit débattue au même titre que celles des partis démocratiques²³.

Avec une conviction et une impatience variables, tous les partis représentés à la Chambre étaient d'accord pour légiférer. Seuls les verts²⁴ expriment des scrupules juridiques, s'interrogeant notamment sur la nécessité d'adopter une loi spécifique, qui plus est au champ d'application très large²⁵. Les autres partis politiques écartèrent leur suggestion de consulter le Conseil d'État²⁶ ou d'auditionner des experts, excipant de l'urgence à légiférer et se retranchant derrière les auditions effectuées par l'Assemblée nationale française²⁷. Faute de pouvoir saisir le Conseil d'État belge, les verts se référèrent alors à l'étude de son homologue français²⁸. Nouveau refus : il en va de l'autonomie de l'État belge et de la responsabilité du Parlement²⁹. L'explication de ces positions contradictoires se trouve peut-être dans l'affirmation de ce député, selon laquelle un examen de la conformité du texte en projet avec le droit international des droits de l'homme risquerait de déboucher sur une invalidation, « auquel cas ceux qui sont en faveur de la burqa pourraient gagner ce combat »³⁰. La crainte était donc bien celle là : un examen approfondi du texte risquait de conduire à son abandon, faute de trouver une voie législative respectueuse des droits fondamentaux.

Ces divergences de vue n'empêchèrent pas que, le 29 avril 2010, le texte soit adopté à l'unanimité, sous réserve de deux abstentions de socialistes flamands, soucieux de ne restreindre la liberté d'expression que dans des cas très exceptionnels tels que l'incitation à la violence, ce qui n'était pas invoqué en l'occurrence³¹. Alors que le libéral francophone Ducarme se félicitait de voir la Belgique se poser en modèle de l'occident dans la lutte contre la burqa³², le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme – le pendant belge de la Halde –, tout

la commission de l'intérieur de la Chambre, *Doc. Parl.*, Chambre, 2009-2010, n° DOC 52-2289/5 (ci-après rapport 2010).

23. Lors des débats parlementaires, les membres du *Vlaams Belang* se sont réjouis à plusieurs reprises que les autres formations politiques se joignent à leur initiative.

24. Il s'agit du parti francophone *Ecolo* et de son homologue flamand *Groen!*, qui forment un groupe parlementaire unique au Parlement fédéral.

25. Rapport 2010, p. 14-16.

26. Rapport 2010, p. 4, 14, 16, 18-19.

27. Rapport 2010, p. 17. Il était fait allusion aux auditions tenues dans le cadre de la Mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national qui a fait l'objet d'un rapport d'information du 26 janvier 2010, Assemblée nationale, 13^e législature, n° 2262, [www.assemblee-nationale.fr].

28. Voir l'intervention de la députée Zoé Genot (Rapport 2010, pp. 22-24), qui expose l'Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégrale, adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État de France le 25 mars 2010, [www.conseil-etat.fr].

29. Rapport 2010, p. 22, 26, 29. Notons toutefois qu'en séance plénière, le président de la Chambre, Patrick Dewael, libéral flamand, a entrepris de situer le texte adopté au regard de l'étude du Conseil d'État français (*Ann.*, Chambre, 2009-2010, n° CRIV, 52, PLEN, 152, ci-après Plénière 2010, p. 26).

30. Déclaration de Bart Somers, ancien président des libéraux flamands (Rapport 2010, p. 20-21).

31. L'un d'eux, Bruno Tuybens, fut président d'Amnesty Vlaanderen de 1999 à 2003, ceci expliquant certainement cela (Plénière 2010, p. 7). Malgré leurs réticences, les verts ont émis un vote positif, exprimant paradoxalement l'espoir de voir le texte amendé par le Sénat afin de davantage garantir la sécurité juridique. Ils étaient néanmoins divisés, ainsi que le révèle notamment l'absence de la députée Zoé Genot lors du vote, alors qu'elle avait longuement exprimé ses réticences lors des débats (*Ann.*, Chambre, 2009-2010, n° CRIV, 52, PLEN, 151, p. 27-28).

32. Plénière, 2010, p. 29.

en affirmant que « le voile intégral n'a pas sa place dans la vie sociale et l'espace public en Belgique³³ », s'efforça de freiner le train parlementaire en se fendant d'un communiqué où il s'interrogeait sur la « validité de l'outil juridique retenu par le législateur » et où il affirmait sa conviction « qu'une telle question nécessite le temps de la réflexion », invitant notamment le Sénat à solliciter l'avis du Conseil d'État³⁴. La *Ligue des droits de l'homme* exhorta également le Sénat à se saisir du texte afin de s'accorder le temps de la réflexion, quitte à le reporter à la prochaine législature puisqu'il n'y a aucune urgence en cette matière³⁵.

En principe, le parlementarisme belge conçoit le Sénat comme une chambre de réflexion où sont débattus les textes traitant des grands enjeux de société³⁶. Le débat ayant été initié à la Chambre des représentants, le Sénat décida de s'en saisir³⁷. Il n'eut toutefois pas le temps de l'examiner, la dissolution des chambres ayant été prononcée le 7 mai 2010. Dans son mémorandum pour les élections fédérales de 2010, le Centre pour l'égalité des chances rappelait ses doutes relatifs à la validité du projet voté et qu'il « conteste la nécessité sociétale de l'adopter dans l'urgence, sans débat ni travail préparatoire, comme ce fut le cas par exemple en France. Cette précipitation risque assurément d'être mal comprise tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de nos frontières³⁸ ».

Dès l'installation des nouvelles chambres, le *Vlaams Belang*, suivi par les libéraux francophones, les centristes francophones et les sociaux-démocrates flamands, déposèrent sous forme de proposition de loi le texte adopté par la Chambre des représentants et tombé en caducité³⁹.

Échaudées par la loi avortée de 2010, plusieurs associations de défense des droits de l'homme ont pris position contre une interdiction générale du voile intégral : *Amnesty international*⁴⁰, *Human Rights Watch*⁴¹, *La Ligue des droits de l'homme*⁴². Elles ont demandé à être entendues par le Parlement⁴³. Sans succès. Le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe a également tenté de dissuader le législateur belge⁴⁴.

33. Voir ci-après, n°

34. Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, « Le port du voile intégral : les difficultés d'une interdiction généralisée », 18 mai 2010, [www.diversite.be].

35. Ligue des droits de l'Homme, « Interdiction du port du voile intégral : une mauvaise solution à un vrai problème », 28 avril 2010, [http://www.liguedh.be].

36. Articles 74 à 84 de la Constitution belge.

37. *Doc. Parl.*, Sénat, 2009-2010, n° 4-1762/1.

38. Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, « Élections législatives 13 juin 2010. Mémorandum à l'attention des partis politiques », p. 10, [www.diversite.be].

39. L'exposé des ces différentes propositions est fait à l'entame du Rapport de la Commission de l'Intérieur de la chambre des Représentants du 18 avril 2011, *Doc. Parl.*, Chambre, 2010-2011, n° DOC 53 219/4 (ci-après Rapport 2011).

40. « Amnesty et la loi interdisant le voile intégral en Belgique », communiqué de presse du 5 mai 2010, [www.amnestyinternational.be].

41. « Questions-réponses sur les restrictions relatives aux symboles religieux en Europe. Contribution au débat sur le rôle de l'État en matière de religion et de pratiques traditionnelles », 21 décembre 2010, [www.hrw.org.].

42. « Interdiction du port du voile intégral : une mauvaise solution à un vrai problème », 28 avril 2010, rappelé suite à l'adoption de la loi, [http://www.liguedh.be].

43. Déclaration de la députée Eva Brems, Rapport 2011, p. 15 ; du député vert Eric Jadot, Rapport 2011, p. 14.

44. HAMMARBERG T., « Obliger les femmes à porter la burqa est condamnable où que ce soit mais le leur interdire chez nous serait une erreur », 8 mars 2010, [www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/100308_fr.asp].

Dans l'enceinte parlementaire, les lignes ne bougèrent cependant guère, seuls les verts persévérant à demander l'audition des organisations de défense des droits de l'homme et les associations féminines ainsi que la consultation du Conseil d'État⁴⁵. Ces demandes furent écartées, essentiellement au motif qu'il était désormais urgent d'aller de l'avant⁴⁶. Le groupe vert avait pourtant été renforcé par l'élection d'Eva Brems, professeure de droits de l'homme à l'université de Gand, internationalement connue pour ses travaux en matière de discrimination, de diversité culturelle et de droit de la femme. Elle était par ailleurs jusqu'à son élection présidente d'*Ammesty Vlaanderen*. Ses objections juridiques longuement étayées ont cependant laissé ses collègues de marbre.

Le texte fut finalement adopté en séance plénière le 28 avril 2011 à l'unanimité moins une voix et deux abstentions vertes⁴⁷. Alors que le texte est identique à celui adopté en 2010, les députés socialistes flamands ont joint leur vote positif sans émettre le moindre commentaire⁴⁸. À part chez les verts qui ne pouvaient dissimuler leurs divisions, la discipline de parti a manifestement été rappelée aux députés. Cette fois, le Sénat renonça à évoquer le projet de loi, si bien que celui-ci devint définitif et fut sanctionné par le Roi le 1^{er} juin 2011.

La loi du 1^{er} juin 2011 a rapidement fait l'objet de recours devant la Cour constitutionnelle, demandant sa suspension et son annulation. Celle-ci a déjà rejeté une première demande de suspension, introduite par deux « femmes de confession musulmane vivant en Belgique » qui « portent le niqab sur la base d'un choix personnel conforme à leurs convictions religieuses ». Les requérantes sont soutenues par la branche flamande de la *Ligue des droits de l'homme*⁴⁹. La Cour a déclaré le recours recevable. Après avoir manifestement hésité, elle a reconnu l'intérêt des requérantes, à savoir l'atteinte à leur liberté religieuse qui résulte du fait qu'il leur est désormais interdit, sous peine de sanctions pénales, de fréquenter les lieux accessibles au public vêtues d'un niqab⁵⁰. Elle a alors entrepris de vérifier si étaient rencontrées les deux conditions nécessaires pour suspendre une loi, à savoir que des moyens sérieux doivent être invoqués et que l'exécution immédiate de la loi risque de causer un préjudice grave et difficilement réparable⁵¹. Elle a estimé que la seconde condition n'était pas rencontrée en l'espèce. Selon la Cour, les requérantes peuvent en effet adopter deux attitudes : soit violer la loi et s'en remettre au juge pénal, soit s'y conformer en attendant l'arrêt au fond.

45. Rapport 2011, p. 12, 14, 17, 21-22.

46. Rapport 2011, p. 4, 20.

47. *Ann*, Chambre, séance plénière du 28 avril 2011, CRIV, 53, PLEN, 030, (ci-après Plénière, 2011), p. 99, 104-105.

48. Ses représentants sont demeurés muets tant en commission qu'en séance plénière.

49. Cour constitutionnelle, arrêt n° 148/2011 du 5 octobre 2011 (les arrêts sont en ligne sur [www.const-court.be]). Pour un premier commentaire de l'arrêt, voir DELGRANGE X., « La désobéissance civile, seul recours effectif contre la loi? », *Journal des tribunaux*, 2011. Un autre recours a été introduit le 14 septembre 2011 par une femme se présentant comme une citoyenne laïque juive, qui conteste le caractère disproportionné et vague de la loi (GUTIERREZ R., « Loi burqa : nouvelles plaintes », *Le Soir*, 3-4 septembre 2011, p. 6).

50. « L'examen limité de la recevabilité du recours en annulation auquel la Cour a pu procéder dans le cadre de la demande de suspension ne fait pas apparaître que le recours en annulation – et donc la demande de suspension – doit être considéré comme irrecevable. »

51. Article 20 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

Dans la première hypothèse, la Cour invite donc les requérantes à violer la loi. Perçue dans un sens positif, cette invitation est un appel à la désobéissance civile. Pourtant, comme cette manifestation vise le changement de la loi en vue de respecter des principes supérieurs, l'on eût pu croire qu'elle n'était plus nécessaire depuis l'avènement de la justice constitutionnelle, en tout cas à partir du moment où ses prétoires ont été ouverts aux citoyens. L'héroïsme était censé s'effacer devant la procédure.

Dans la seconde hypothèse, la Cour considère que le « fait que les parties requérantes se verraient dans ce cas contraintes de renoncer à l'exercice de certaines libertés fondamentales [...] ne pourrait être considéré comme à ce point grave qu'il puisse justifier la suspension de la loi attaquée. Il ressort, en effet, de la requête et de l'audience que si les parties requérantes affirment qu'elles portent le voile intégral par conviction personnelle, elles indiquent que dans certaines circonstances, des dérogations peuvent être apportées à l'expression de leur conviction. Elles restent, à ce stade, en défaut de démontrer pour quel motif elles ne pourraient admettre pareille dérogation durant le temps limité que dure la procédure devant la Cour ».

De difficilement réparable, le préjudice requis pour suspendre devient irrémédiable puisque même une atteinte aux droits fondamentaux ne suffit plus. En outre, la Cour fait tellement peu de cas de l'affirmation des requérantes selon laquelle devoir renoncer à porter ce vêtement serait contraire à leur dignité et constituerait une atteinte excessive à leur liberté religieuse, que l'on peut se demander si ce considérant ne contient pas un préjugé annonciateur de l'arrêt au fond : si le requérant peut supporter temporairement le préjudice, c'est qu'il n'y a pas d'atteinte grave à un droit fondamental et que la liberté religieuse n'est pas en cause. Mais alors, pourquoi avoir reconnu l'intérêt des requérantes ? Si la Cour avait le louable souci de se donner le temps de la réflexion avant de se prononcer au fond dans une affaire délicate, pourquoi ne pas avoir suspendu cette loi, ce qui n'aurait pas confronté la société belge à un péril immédiat ?

Toujours est-il que cette façon d'éluider le fond du dossier rappelle les arrêts rendus par le Conseil d'État en matière de foulard à l'école. La haute juridiction administrative a eu recours à tout l'arsenal procédural pour éviter de se prononcer sur le fond de ces interdictions, déniaient tantôt l'intérêt des requérantes, déclarant tantôt leur recours irrecevable. Lorsque la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État se sont prononcés sur le fond, ce fut pour valider des interdictions prises par des autorités administratives sans habilitation légale explicite, dispensant ainsi le législateur d'intervenir dans ce dossier sensible⁵².

Même si certains parlementaires ont tenté une exégèse du Coran pour déterminer si le port de la burqa pouvait être considéré comme étant imposé

52. Voir DELGRANGE X., « Mixité sociale, mixité religieuse... », *op. cit.*, p. 481-483 ; EL BERHOUMI M. M., « Les juridictions suprêmes contre le voile : commentaire de deux arrêts engagés », in RINGELHEIM J., *Le droit belge face à la mixité culturelle*, *op. cit.*, p. 569-620. Tout dernièrement, le Conseil d'État a considéré qu'un règlement interdisant le port d'un signe convictionnel dans un établissement n'avait pas comme portée d'interdire l'accès à cet établissement à une enseignante voilée, qui a dès lors vu son recours déclaré irrecevable (CE, arrêt n° 215.331 du 26 septembre 2011, X c. commune de Grâce-Hollogne).

par la religion⁵³, un consensus s'est dégagé sur le fait qu'en vertu du principe de la séparation de l'Église et de l'État, il n'appartient pas à l'autorité publique de déterminer quelles sont les rites et pratiques d'une religion⁵⁴ et que la loi est une ingérence dans l'exercice de la liberté religieuse⁵⁵, voire de la liberté de mouvement⁵⁶. Contrairement à ce que semble esquisser la Cour constitutionnelle, le législateur s'inscrit parfaitement dans la logique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui « a souvent mis l'accent sur le rôle de l'État en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances, et indiqué que ce rôle contribue à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique. Elle estime aussi que le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de celui-ci quant à la légitimité des croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci⁵⁷ ».

Si le Conseil constitutionnel français évite généralement de se référer explicitement au droit de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH)⁵⁸, la Cour constitutionnelle belge veille au contraire à conjuguer les textes de la Constitution et de la Convention et à prendre en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. La loi du 1^{er} juin 2011 doit donc satisfaire aux conditions énoncées à l'article 19 de la Constitution⁵⁹, lu en combinaison avec l'article 9 de la CEDH, à savoir que la restriction, prévue par la loi, doit « être nécessaire, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Dès lors :

« Pour que l'ingérence soit compatible avec la liberté de religion et avec la liberté de culte, il est requis que la mesure fasse l'objet d'une réglementation suffisamment accessible et précise, qu'elle poursuive un objectif légitime et qu'elle soit nécessaire dans une société démocratique, ce qui implique que l'ingérence doit répondre à "un besoin social impérieux" et qu'il doit exister un lien raisonnable de proportionnalité entre le but légitime poursuivi, d'une part, et la limitation de ces libertés, d'autre part⁶⁰. »

53. Voir notamment les déclarations du centriste francophone Dallemagne (rapport 2010, p. 7 ; Plénière, 2010, p. 24) ; du socialiste francophone Frédéric (Plénière, 2011, p. 58) ; du libéral francophone Bacquelaine (Plénière, 2011, p. 59-60).

54. Voir notamment la déclaration du libéral flamand Somers : « J'ai trop de respect pour la liberté religieuse et philosophique pour juger de ce que devrait prescrire ou non le Coran ou tout autre livre sacré » (Plénière, 2011, p. 63). Voir également la déclaration du nationaliste flamand Weyts (Rapport 2010, p. 12)

55. Voir notamment l'analyse du libéral francophone Bacquelaine (Plénière, 2011, pp. 60-61) ; de la démocrate chrétienne flamande Dierich (rapport 2011, p. 8-9).

56. Rapport 2010, p. 8 ; rapport 2011, p. 7.

57. CEDH (grande chambre), arrêt du 10 novembre 2005, aff. Leyla Sahin c. Turquie, req. n° 44774/98, § 107. Voir récemment l'arrêt du 7 décembre 2010, *Jakobski c. Pologne*, où la Pologne a été condamnée pour avoir refusé de servir des plats végétariens à un prisonnier bouddhiste, au motif que le végétarisme ne serait pas une composante de cette religion.

58. Voir TAVERNIER P., « Le Conseil constitutionnel français et la Convention européenne des droits de l'Homme », *Droits fondamentaux*, n° 7, 2008-2009, [www.droits-fondamentaux.org].

59. « La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés. »

60. Voir notamment C. C., arrêt n° 93/2010 du 29 juillet 2010, B. 8.

Il convient dès lors d'identifier les buts poursuivis afin de vérifier qu'ils justifient une intervention du législateur avant de mesurer la nécessité d'adopter une loi pénale et d'enfin examiner la mesure prise pour en apprécier la précision et la proportionnalité.

◆ LES MOTIFS JUSTIFIANT L'INTERVENTION DU LÉGISLATEUR

Même si le texte vise de manière générale tout vêtement couvrant tout ou partie du visage et si certains parlementaires affirmèrent ne pas se limiter au voile intégral, les débats portèrent presque exclusivement sur celui-ci, si bien que la justification de l'interdiction ne fut envisagée qu'à l'égard de cette seule tenue. Trois motifs furent essentiellement avancés pour justifier l'interdiction⁶¹ : la sécurité publique (a), la protection des droits des femmes (b) et la défense d'un socle commun de valeurs de nos sociétés fondé sur une certaine conception du « vivre ensemble » (c).

La nécessité de garantir la sécurité publique

Garantir la sécurité publique est le premier objectif affiché par les tenants d'une loi interdisant de se dissimuler le visage⁶². Les arguments peuvent être distingués selon qu'ils visent une approche objective de la sécurité, le sentiment subjectif d'insécurité et accessoirement la sécurité routière.

L'argument de la sécurité objective se fonde sur le fait qu'une personne pourrait utiliser le voile intégral pour commettre des crimes (le cas de l'attaque d'un bureau de poste en France fut invoqué⁶³) et que l'ampleur de ce vêtement permet d'y dissimuler des armes. L'hypothèse du rapt d'enfants fut également évoquée au cas où une personne revêtue d'une burqa se présente à la sortie d'une école pour emmener des élèves. C'est l'amalgame ainsi fait entre le voile intégral la violence qui justifie d'ailleurs l'urgence à légiférer : les députés se rejoignent « sur la nécessité, pour le législateur, d'agir rapidement devant la montée de la violence, car la population attend un signal⁶⁴ ».

Human Rights Watch émet de sérieux doutes quant à la pertinence de l'argument sécuritaire :]

61. Dans son mémoire présenté devant la Cour constitutionnelle dans le cadre de la demande de suspension de la loi, le Conseil des ministres relève que la loi « poursuit un double objectif : d'une part, un objectif relevant à la fois de la sécurité publique et de la sécurité juridique et, d'autre part, un objectif qui ressortit à des considérations sociales tenant au « vivre ensemble dans une société émancipatrice et protectrice des droits de tous et chacun » (C. C., arrêt n° 148/2011 du 5 octobre 2011, A. 7.).

62. Ainsi l'un des auteurs de la proposition initiale, le libéral Ducarme, affirmait-il que « la présente proposition de loi est fondée sur l'ordre et la sécurité publics, vu que le comportement de personnes masquées se rendant dans les lieux accessibles au public ne répond pas à ces exigences ». D'autres motifs tels que le droit des femmes étaient introduits par un « de surcroît » (Rapport 2010, p. 25).

63. Intervention du centriste francophone Dallemagne (Rapport 2010, p. 8) ; de la libérale francophone De Permentier (Rapport 2010, p. 16) ; de la centriste francophone Fonck (Rapport 2011, p. 7).

64. Rapport 2010, p. 19. Sur l'amalgame entre islam et violence, voir TELLER M. et ALBERS Ch., *À l'écoute du sentiment d'insécurité. Rapport général sur le sentiment d'insécurité*, Fondation Roi Baudouin, 2006, note p. 118, [www.kbs-frb.be].

« L'interdiction totale du voile islamique intégral est une réponse disproportionnée à l'exigence concrète et légitime de contrôler l'identité des individus dans une variété de situations. Par exemple, on peut être obligé de prouver son identité aux postes de contrôle d'un aéroport, lorsqu'un parent vient chercher son enfant à l'école, lors de démarches administratives ou même pour encaisser un chèque. Il est possible d'adopter des mesures propres à concilier le respect des sensibilités religieuses individuelles et l'obligation de se soumettre aux demandes de vérification d'identité. Dans toutes les situations mentionnées ci-dessus, une femme portant un voile intégral peut être invitée à montrer son visage à l'écart à une vigile, une enseignante, une fonctionnaire ou une employée de banque. Certains types de vêtements religieux n'empêchant pas d'être identifié, tels que le foulard islamique ou le turban *sikh*, ne doivent pas faire l'objet de restrictions au nom de la sécurité.

Certains partisans des interdictions totales mentionnent la nécessité de préserver l'ordre public et se réfèrent à l'existence, dans certains pays, de lois interdisant à quiconque de sortir masqué, sauf lors de certaines occasions (en période de carnaval par exemple). Il n'a pas été prouvé de manière irréfutable que le port du voile intégral menace davantage l'ordre public que d'autres étoffes couvrant le visage comme les masques de protection sanitaires ou les capoules que l'on porte l'hiver. Il faut également souligner que les lois existantes qui interdisent de dissimuler son visage en public sont en fait rarement appliquées, sauf dans des certaines circonstances, lors des manifestations politiques par exemple. Enfin, il est peu probable que l'interdiction de dissimuler son visage en public dissuade un malfaiteur de couvrir son visage pour ne pas être identifié⁶⁵. »

Par ailleurs, en vertu de l'article 34, § 1^{er}, de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, les policiers « peuvent contrôler l'identité de toute personne s'ils ont des motifs raisonnables de croire, en fonction de son comportement, d'indices matériels ou de circonstances de temps et de lieu, qu'elle est recherchée, qu'elle a tenté de commettre une infraction ou se prépare à la commettre, qu'elle pourrait troubler l'ordre public ou qu'elle l'a troublé ».

Le contrôle d'identité ne peut donc être décidé que pour des motifs objectifs, de telle sorte que, selon la doctrine pénale la plus autorisée, « des contrôles systématiques d'identité qui auraient pour objet de soumettre certaines franges de la population à un contrôle accru » sont interdits par la loi⁶⁶. Les travaux préparatoires de la loi du 1^{er} juin 2011 n'attestent pas de la volonté d'étendre les pouvoirs de la police. Quoi qu'il en soit, affranchir la police de l'obligation de n'utiliser ce pouvoir qu'en présence de motifs objectifs serait une porte ouverte à l'arbitraire et au risque de discrimination⁶⁷. La Cour européenne des droits de l'homme a

65. « Questions-réponses... », *op. cit.*

66. BOSLY H., VANDERMEERSCH D. et BEERNAERT M.-A., *Droit de la procédure pénale*, Bruxelles, la Charte, 2010, 6^e éd., p. 382.

67. Voir en ce sens, à l'égard d'une loi qui, il est vrai, ne visait pas uniquement le contrôle d'identité mais également la fouille, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 12 janvier 2010, 4^e section, *Gillan and Quiton vs United Kingdom*. Selon la Cour, la loi qui confère pareil pouvoir à un policier qui peut l'exercer de manière discrétionnaire entraîne non seulement un risque d'arbitraire (§ 85) mais n'est pas suffisamment circonscrit pour pouvoir être considéré comme « prévu par la loi » au sens de l'article 8 de la Convention (§ 87). Il est à noter qu'en droit belge, il résulte des articles 28 et 34 de la loi sur la fonction de police que

récemment considéré, dans l'affaire *Arslan c. Turquie*, que la condamnation de personnes qui portaient des vêtements religieux leur couvrant la tête dans des lieux publics, sans constituer ou risquer de « constituer une menace pour l'ordre public ou une pression sur autrui », était disproportionnée⁶⁸.

L'argument de la sécurité subjective est fondé sur le fait que le voile intégral suscite un sentiment d'insécurité dans la population⁶⁹. Il n'est pas douteux que de nombreuses personnes éprouvent un malaise, voire de la crainte, lorsqu'elles croisent en rue une personne entièrement dissimulée par son vêtement. La Cour européenne des droits de l'homme a été confrontée à un cas similaire avec la condamnation d'un homme politique hongrois, coupable d'avoir arboré une étoile rouge sur ses vêtements. La Cour « admet que le port d'un tel symbole, omniprésent sous la férule (des régimes communistes), puisse causer un malaise aux victimes de ceux-ci et à leurs familles, qui peuvent légitimement s'en offusquer ». Elle considère toutefois que « la possibilité que soit diffusée cette idéologie, aussi abominable soit-elle, ne peut motiver à elle seule la restriction en question au moyen d'une sanction pénale ». Et de conclure avec force :

« Un régime juridique qui restreint les droits fondamentaux selon ce que lui dictent les sentiments populaires – qu'ils soient raisonnés ou non – ne saurait passer pour répondant aux besoins sociaux impérieux reconnus dans une société démocratique, laquelle doit demeurer raisonnable dans son jugement. Autrement, n'importe quels éléments perturbateurs pourraient faire échec à la liberté d'expression et d'opinion »⁷⁰.

Il faut encore garder à l'esprit cette maxime rappelée par la Cour constitutionnelle, notamment lors de l'examen d'une loi qui permet de sanctionner un parti politique qui aurait un comportement liberticide :

« Il n'est pas de démocratie sans pluralisme. Une des principales caractéristiques de la démocratie réside dans la possibilité qu'elle offre de gérer les problèmes de société par le dialogue et sans recours à la violence. La démocratie ne peut donc être effective que par la liberté d'expression. Pour cette raison, l'article 19 de la Constitution et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme valent non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui choquent, inquiètent ou heurtent l'État ou une fraction quelconque de la population (CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, § 49; CEDH, 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, § 55; arrêt, *Herri*

les conditions d'ouverture d'une fouille ou d'un contrôle d'identité sont strictement parallèles (en ce sens DE VALKENEER Ch., « La fouille de sécurité et quelques réflexions sur l'interprétation du droit policier », note sous Cass., 19 novembre 2008, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2009, p. 706-712).

68. Cour européenne des droits de l'Homme, 2^e section, arrêt du 23 février 2010, *Abmet Arslan et autres c. Turquie*, requête n° 41135/98.

69. Voir notamment la position défendue par les démocrates chrétiens flamands (Plénière, 2011, p. 55), le député vert Lahssaini (rapport 2010), p. 14.

70. Cour européenne des droits de l'Homme, 2^e section, affaire *Vajnai c. Hongrie*, requête n° 33629/06, §§ 56-57. À propos de cet arrêt, voir VAN DROOGHENBROECK S., « Les transformations du concept de neutralité de l'État. Quelques réflexions provocatrices », in RINGELHEIM J., *Le droit belge face à la mixité culturelle*, op. cit., p. 75-120.

Batasuna et Batasuna c. Espagne, § 76). En conséquence, seules des raisons convaincantes et impératives peuvent justifier une ingérence dans la liberté d'expression et la liberté d'association et l'État ne dispose que d'une marge d'appréciation réduite pour prendre des mesures qui restreignent ces libertés (CEDH, 10 juillet 1998, *Sidiropoulos et autres c. Grèce*, § 40⁷¹). »

Il n'est pas sans intérêt de relever que l'article 19 de la Constitution garantit dans un ensemble la liberté d'expression et « la liberté des cultes, celle de leur exercice public ». Enfin, l'argument de la sécurité routière fut également évoqué, semble-t-il en lien avec le cas d'une automobiliste française qui avait été verbalisée pour conduite automobile dangereuse du fait qu'elle portait une niqab⁷². Pourtant, par une décision du 13 décembre 2010, le tribunal de police de Nantes a annulé la sanction, estimant que le champ de vision de l'intéressée n'était pas réduit⁷³. Plutôt que de se focaliser sur un type particulier d'accoutrement, il faut donc appliquer objectivement et concrètement le code de la route.

La promotion des droits des femmes et de la dignité humaine

Notons au préalable que l'argument de la dignité de la femme ne vaut évidemment que pour le voile intégral et non pour tout vêtement qui dissimule tout ou partie du visage. À lui seul, le supposant pertinent, il ne permet donc pas de conclure à la proportionnalité de la loi, vu la généralité des termes employés. Deux hypothèses étaient distinguées par les parlementaires, celle où la femme est contrainte de se voiler intégralement et celle où elle le choisit de son plein gré⁷⁴.

La loi n'apporte au mieux qu'une aide très indirecte aux femmes qui sont obligées par leur entourage de porter la burqa. L'on pourrait en effet espérer que certains, par souci de légalité ou crainte de sanction, renoncent à contraindre ces femmes. Il y a toutefois fort à craindre que, pour certaines d'entre elles, l'accès à l'espace public sera désormais interdit. Elles seront dès lors condamnées à vivre recluses. C'est en tout cas une des raisons avancées par *Amnesty international* pour s'opposer au texte : « Cette loi n'apporte aucune aide, bien au contraire, à celles qui sont obligées de porter le voile complet : elle va les punir (ou les forcer à rester à la maison), tout en consacrant l'impunité de ceux qui obligent ces femmes à se voiler ainsi, puisque les maris qui imposent le port de ces voiles ne sont pas inquiétés. Les femmes sont ainsi doublement victimes⁷⁵. » Le commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, Thomas Hammarberg, *Human Right Watch* et la *Ligue des droits de l'Homme* défendent exactement le même point de vue⁷⁶. Ces positions ont

71. Cour constitutionnelle, arrêt n° 195/2009 du 3 décembre 2009, B.27.1.

72. Voir la proposition du *Vlaams Belang*, *Doc. Parl.*, Chambre, n° DOC 53 85/1.

73. Voir [www.lexpress.fr], 13 décembre 2010.

74. Voir l'intervention du libéral flamand Somers (Rapport 2010, p. 27) ; du libéral francophone Ducarme, qui doute toutefois qu'une femme puisse porter volontairement pareil vêtement (Rapport 2010, p. 30), de la députée verte Almaci (Rapport 2011, p. 12).

75. « Amnesty et la loi interdisant le voile intégral en Belgique », *op. cit.*

76. HAMMARBERG T., « Obliger les femmes à porter la burqa est condamnable où que ce soit mais leur interdire chez nous serait une erreur », *op. cit.* ; RIGHT WATCH H., « Questions-réponses sur les restrictions relatives

été relayées lors des travaux préparatoires par la députée verte Eva Brems : « Il est inacceptable que des femmes soient obligées de couvrir leur visage pour se rendre dans un lieu public. Ces femmes doivent être aidées par tous les moyens. Mais en les punissant, la loi transforme ces victimes en auteurs. Ceux qui les obligent à se voiler restent totalement hors d'atteinte⁷⁷. » Il fut répondu que le Code pénal permet déjà de condamner les personnes qui contraignent des femmes à se voiler⁷⁸. La question de savoir si la législation actuellement en vigueur est suffisamment efficace pour permettre de combattre ce phénomène n'a cependant pas été évoquée, si ce n'est pour reconnaître qu'il « faudra ensuite s'attaquer à l'oppression sous-jacente et à l'isolement. Il y a encore beaucoup de travail à faire au niveau de la protection de la femme contre certains milieux⁷⁹. » Comme le rappelait l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa Résolution 1743 (2010), « Islam, islamisme et islamophobie en Europe », « tout acte d'oppression, de séquestration ou de violence constitue un crime qui doit être puni par la loi. Les femmes victimes de ces crimes doivent être protégées par les États membres, quel que soit leur statut, et bénéficier de mesures de soutien et de réhabilitation⁸⁰ ».

Il est tentant de comparer la réglementation relative au voile intégral avec celle appliquée en matière de prostitution, qui pourrait être considérée comme au moins aussi « dignicide » de la femme que le voile intégral : la loi belge ne pénalise pas la femme qui se prostitue mais toute personne qui, d'une manière ou d'une autre, lui en indique le chemin⁸¹. La loi du 1^{er} juin 2011 sanctionne exclusivement la porteuse du vêtement incriminé. Dans cette hypothèse, n'est-ce pas la seule norme pénale qui sanctionne une victime ?

La loi vise également les femmes qui portent volontairement le voile intégral⁸². Plusieurs députés estiment que cette attitude est radicalement incompatible avec la dignité humaine. Ainsi, la centriste francophone Catherine Fonck estimait-elle que le voile intégral « est une forme de régression choquante des femmes parce qu'un corps sans visage est un corps sans identité humaine. Ce voile intégral prive les femmes de leur statut d'être humain. Il est aussi la manifestation la plus visible d'autres atteintes violentes aux droits humains, comme le droit à l'éducation, le droit de disposer de son corps, le droit d'aller et venir librement sur la voie publique, le droit de la liberté d'expression et d'opinion⁸³ ».

aux symboles religieux en Europe... », *op. cit.* ; Ligue des droits de l'Homme, « Interdiction du port du voile intégral : une mauvaise solution à un vrai problème », *op. cit.*

77. Rapport 2011, p. 16.

78. Déclaration du nationaliste flamand Degroote (Rapport 2011, p. 21).

79. Déclaration du député libéral flamand Somers (Rapport 2011, p. 19).

80. Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1743 (2010), « Islam, islamisme et islamophobie en Europe », [<http://assembly.coe.int>], § 15.

81. Article 380 du Code pénal.

82. Sur les motivations qui poussent certaines femmes à enfiler la burqa, voir BREMS E. et OUALD CHAIB S., « Gender in de multiculturele samenleving. Het genderdiscours in de debatten rond een hoofddoekverbod op Vlaamse scholen en een niqaabverbod op de Belgische straten », in BREMS E. et STEVENS L., *Recht en gender in België*, Brugge, Die Keure, 2011, p. 181-198.

83. Rapport 2011, p. 7. Dans le même sens, notamment, le libéral francophone Ducarme (Rapport 2010, p. 25) ; le libéral flamand Somers (Rapport 2011, p. 19).

Pour le socialiste francophone Thiébaud, « la burqa n'est pas un signe religieux, mais atteste de la soumission de la femme et de son inégalité par rapport à l'homme⁸⁴ ». Selon le libéral francophone Ducarme, « l'adoption de la présente proposition de loi constitue un magnifique message de dignité et de liberté pour la femme et de lumière par rapport aux valeurs⁸⁵ ». Le libéral flamand Somers ajoute : « Le vêtement qui couvre le visage doit également être interdit si certains le portent volontairement. C'est, en effet, une atteinte non seulement à la dignité de la personne, mais également à la dignité de principe, de manière générale. Cela reste une insulte à la conception de la personne humaine et de la femme⁸⁶. »

En première analyse, il apparaît évident à nos yeux occidentaux contemporains que, dans le même mouvement où elle revêt la burqa, la femme se dépouille de son humanité. Il convient toutefois de demeurer circonspect lorsque l'on prétend pénétrer dans l'intimité de la foi ou de la culture. La portée symbolique du foulard islamique fait déjà débat. Dans l'affaire *Leylan Sahin*, la Cour européenne des droits de l'homme, après avoir pourtant rappelé que l'impartialité de l'État s'oppose à ce que celui-ci se mêle d'apprécier la légitimité des croyances religieuses et de leur mode d'expression⁸⁷, a estimé que le foulard semble « être imposé aux femmes par un précepte religieux difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes ». Elle a « noté la difficulté de concilier le port du foulard islamique par une enseignante avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que, dans une démocratie, tout enseignant doit transmettre à ses élèves⁸⁸ ». Ce raisonnement pourrait être appliqué *a fortiori* à la burqa. Il a toutefois déjà été relevé que la Cour européenne des droits de l'homme avait en l'espèce manqué de nuance⁸⁹, la signification du port du voile étant loin d'être univoque. La Commission du dialogue interculturel, pendant belge de la commission Stasi en France⁹⁰, a ainsi jugé « douteux que l'on puisse statuer sur la signification “symbolique” du foulard. Signe d'aliénation de la femme, expression légitime de la liberté religieuse, marque de pudeur, parure esthétique, affirmation identitaire, etc ? Il n'y a aucun sens à trancher de façon péremptoire entre ces diverses significations (nullement exclusives l'une de l'autre d'ailleurs⁹¹) ». Elle constate que telle a été aussi l'attitude de la Cour constitutionnelle allemande dans un arrêt du 24 septembre

84. Rapport 2010, p. 21.

85. Rapport 2011, p. 12.

86. Rapport 2011, p. 19.

87. Voir ci-avant, n° 9.

88. Cour eur. D. H. (Grande chambre), arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, § 111. La Cour y rappelle l'enseignement de son arrêt *Dahlab contre Suisse* du 15 février 2001.

89. Pour Emmanuelle Bribosia et Isabelle Rorive : « Sans prendre la moindre précaution, la Cour entre dans ce délicat débat “chaussée de gros sabots”. [...] L'on est bien en peine de comprendre l'attitude pour le moins indélicate et paternaliste – maternelle ? – de la Cour à l'égard des femmes musulmanes. En tout état de cause, quelle que soit l'opinion de chacun sur cette question, personne ne gagne en crédibilité en passant sous silence l'argument selon lequel le hidjab peut aussi être un facteur d'émancipation des femmes » (« Le voile à l'école : une Europe divisée », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2004, p. 961-962). Dans le même sens encore et surtout, voir l'opinion dissidente de la juge Tulkens dans l'affaire *Sahin*, § 11.

90. Voir DUMONT H. et DELGRANGE X., « Le principe de pluralisme face à la question du voile islamique en Belgique », *op. cit.*, p. 87-95.

91. DELRUELLE É. et TORES R., *Rapport final de la Commission du Dialogue Interculturel*, 2005, p. 113-114, [www.diversite.be].

2003. Cette haute juridiction a souligné, en effet, que « le port du voile n'a pas de signification univoque et qu'il ne symbolise donc pas nécessairement la soumission de la femme à l'homme⁹² ». Plus récemment, la politologue de l'université libre de Bruxelles, Sophie Heine, soulignait que le port du foulard islamique peut, chez certaines femmes musulmanes, être une réaction à l'atmosphère ambiante les contraignant à avoir une apparence sexy. Alors, porter le foulard pourrait être une affirmation « du droit fondamental des femmes à disposer librement de leur corps » et participer dès lors d'une certaine forme de féminisme⁹³.

Certes, du point de vue du statut de la femme, aucune comparaison ne peut être faite entre le foulard et le voile intégral. Le rappel de la polysémie du foulard n'a donc que pour objet de démontrer la difficulté de trancher le débat sur le sens des vêtements religieux en général et du voile intégral en particulier. À cet égard, il est difficile de soutenir à la fois que celui-ci est un signe insupportable de la soumission de la femme et l'expression d'un mépris à l'égard de la société qui l'entoure, argument pourtant avancé au regard des exigences du « vivre ensemble ». Admettons toutefois que le port du voile intégral soit incompatible avec la dignité de la femme et l'égalité des sexes. Faut-il néanmoins interdire aux femmes qui le souhaitent de s'en vêtir? Jusqu'où faut-il protéger les personnes contre elles-mêmes? Si oui, la voie pénale est-elle la plus indiquée?

Faut-il, au nom de la dignité humaine, protéger une personne contre elle-même et donc restreindre sa liberté? Cette question qui fait le miel des philosophes du droit n'a guère été l'objet de discussion lors des débats parlementaires. Le député libéral Bacquelaine a toutefois dressé un parallèle entre l'interdiction de la burqa et celle prononcée par certaines municipalités françaises à l'égard du spectacle du lancer de nain⁹⁴. Comme le relève Paul Martens, président émérite de la Cour constitutionnelle et professeur émérite de sociologie du droit peu suspect d'être un adepte du libéralisme sauvage, « on voit la notion de dignité humaine, qui naguère n'avait aucune densité juridique, devenir une sorte de voiture-balai du contrôle juridictionnel et permettre à des juges d'en tirer des interdictions, des droits subjectifs, des inconstitutionnalités et même d'imposer des obligations positives à l'État. [...] Les arrêts du Conseil d'État (de France) rendus en matière de "lancer de nain" ont surmonté l'objection déduite du droit du nain à la libre disposition de sa personne en désignant comme titulaire du droit au respect de la dignité humaine, non de la personne concernée, mais la communauté humiliée des personnes de petite taille et, en sous-entendant que la dignité des spectateurs était elle aussi en

92. *Rapport final de la Commission du Dialogue Interculturel*, op. cit., p. 121. Sur cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, voir AMIR-MOAZAMI S., « Production discursive et fabrication juridique : le foulard de l'enseignante en Allemagne », *Droit et Société*, 68/2008, p. 109-124.

93. HEINE S., « Femme-objet, femme voilée ou femme émancipée? », *La Revue Nouvelle*, juillet-août 2011, n° 7-8.

94. Rapport 2010, p. 30. Rappelons que par son arrêt n° 143.578 du 27 octobre 1995, le Conseil d'État de France a validé ces interdictions au motif que, « par son objet même, ce spectacle porte atteinte à la dignité de la personne humaine ». Saisi à son tour, le Comité des droits de l'Homme des Nations unies a, le 26 juillet 2002, estimé que l'interdiction ne méconnaissait pas le Pacte international relatif aux droits civils et politique (*Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 55/2003, p. 1017-1042, et les observations de Levinet M., « Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du 'lancer de nains' devant le Comité des droits de l'Homme des Nations unies »).

cause. Cette jurisprudence marque une rupture avec la conception individualiste des droits de l'homme. Il ne s'agit plus de droits reconnus à l'individu mais de droits contre l'individu. Une telle conception rejoint le communautarisme : elle procède d'une logique qui accorde la prééminence du collectif sur l'individuel. Que deviendront les droits individuels – liberté de pensée, d'opinion, d'expression – face à une dignité humaine, proclamée droit solennel et hégémonique ? Ne peut-on y voir l'amorce d'une nouvelle conception holiste et l'apparition d'un bien commun au nom duquel les libertés individuelles peuvent être obscurcies⁹⁵ ?

En matière sexuelle notamment, la Cour européenne des droits de l'Homme s'est bien gardée d'embrasser cette conception holiste pour sauvegarder le pré-carré de l'auto-détermination individuelle : « La faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps⁹⁶. »

Pour autant que la femme doive être protégée contre elle-même, faut-il recourir à l'arme pénale ? Certaines voix se sont fait entendre au sein de l'assemblée parlementaire pour souligner que d'autres dossiers étaient bien plus urgents que la pénalisation de la burqa, notamment un traitement efficace et respectueux de l'asile et de la migration⁹⁷. Leïla El Bachiri, qui a récemment défendu une thèse de doctorat en philosophie à l'université libre de Bruxelles relative à l'influence des discours islamiques fondamentalistes sur les femmes à Bruxelles, tout en regrettant que des symboles religieux tels que le voile ne sont portés que par des femmes, défend cette liberté religieuse et estime que la loi du 1^{er} juin 2011 est une réponse inadéquate à la discrimination subie par les femmes musulmanes : « Les politiques feraient bien mieux d'investir dans l'éducation : instaurer enfin des cours d'histoire des faits religieux et de la philosophie, enseigner la théorie du genre pour promouvoir l'égalité entre l'homme et la femme⁹⁸. »

À cet égard, il est affligeant de constater que l'État belge ne se préoccupe toujours pas de la formation des imams, qui sont pourtant des ministres du culte rétribués par les deniers publics⁹⁹, ou des professeurs de religion islamique, qui officient dans les écoles officielles¹⁰⁰. La Belgique ne dispose toujours pas de centres

95. MARTENS P., *Théorie du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 67-75 ; « Encore la dignité humaine : la réflexion sur la promotion par les juges d'une norme suspecte », in *Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire, Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 569.

96. CEDH, arrêt du 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, § 66, rappelé dans l'arrêt du 17 février 2005, *K. A. et A.D. c. Belgique*, Requêtes n^{os} 42758/98 et 45558/99, § 83. Voir également LANGENAKEN E., « À propos de l'intervention du droit pénal dans les pratiques sexuelles minoritaires par delà le consentement des partenaires », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2003, p. 474-506.

97. Déclaration de la députée socialiste flamande Douifi (Rapport 2010, p. 29).

98. Entretien avec GUTIÉRREZ R., « Comment la jeunesse se réislamise », *Le Soir*, 19 septembre 2011, p. 7.

99. Article 181 de la Constitution.

100. Voir DELGRANGE X., « Plaidoyer pour une étude de droit comparé intrafédéral de l'enseignement, une ébauche sur le thème des cours philosophiques à l'école », *Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid*, 2006-2007, p. 319-335 ; « Le cours de morale entre neutralité et prosélytisme », actes de la table ronde du 25 avril 2009 sur : *Neutralité de l'enseignement de la Communauté française mais engagement du professeur de morale?*, [www.

de formation pour les personnes qui se destinent à devenir imam ou bien professeur de religion islamique dans les écoles officielles, si bien que ceux-ci sont invités à aller se former à l'étranger¹⁰¹, ce qui prive l'État belge de toute possibilité de s'assurer que leur formation est compatible avec les exigences des droits de l'homme et de la démocratie. De même, au nom d'une vision particulièrement rigide de la séparation de l'Église et de l'État, les autorités publiques refusent d'exercer le moindre contrôle sur le contenu des cours de religion donnés pourtant au sein des établissements publics et faisant partie du programme obligatoire. Ce faisant, la Belgique méconnaît ses obligations internationales en vertu desquelles l'État doit s'assurer que l'enseignement dispensé sous son autorité respecte les droits fondamentaux¹⁰².

François Dubuisson et Anne Lagerwall, professeurs à la Faculté de droit de l'université libre de Bruxelles, dénonçaient ce « motif de préservation de la dignité de la femme, qui apparaît de prime abord comme la justification la plus sérieuse mais se révèle à l'analyse l'explication la moins sensée. [...] On peine à comprendre la rationalité de la mesure préconisée, qui consiste à punir pénalement les femmes dont on prétend précisément défendre la dignité et que l'on considère comme victimes. La loi entend ainsi paradoxalement libérer les femmes de leur "prison ambulante", image utilisée par plusieurs parlementaires pour désigner la burqa, en les mettant réellement en prison (la peine prévue est de un à sept jours d'emprisonnement). S'agit-il dès lors de défendre la dignité de la femme ou de sanctionner des femmes "indignes"¹⁰³ ? ».

Dans le même sens, à propos du foulard il est vrai, Bruno Martens relevait que si « la femme affectait de porter de son propre gré le foulard d'origine religieuse, elle perdrait son statut de victime et mériterait désormais de se retrouver assignée au banc des accusé(e)s¹⁰⁴ ».

La promotion du « vivre ensemble »

Le « vivre ensemble », troisième objectif poursuivi par le législateur est à la fois le plus important aux yeux de la plupart des parlementaires¹⁰⁵ et le plus intéressant

entrevues.net/DossiersArticles/tabid/617/articleType/ArticleView/articleId/75/La-question-de-la-neutralite-de-l'enseignement-de-la-Communaute-francaise-et-engagement-du-professeur-de-morale.aspx].

101. Voir EL BATTIUI M. et KANMAZ M., *Mosquées, imams et professeurs de religion islamique en Belgique. État de la question et enjeux*, fondation Roi Baudouin, 2004, [www.kbs-frb.be]; HUSSON J.-F., *Pour une formation des imams en Belgique*, fondation Roi Baudouin, 2006, et *La formation des imams en Europe, état des lieux*, fondation Roi Baudouin, 2007, [www.kbs-frb.be].

102. Voir notamment Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 29 juin 2007, *Folgero c. Norvège*. Sur ces questions, il est renvoyé à DELGRANGE X., « La neutralité de l'enseignement en Communauté française », *Administration publique*, 2007-2008/2, p. 119-160; « Le cours de morale entre neutralité et prosélytisme », *op. cit.*

103. DUBUISSON F. et LAGERWALL A., « Les dangers de la loi "anti-burqa" », *La Libre Belgique*, 12 avril 2011.

104. MARTENS B., *Les guerres puritaines, Signes religieux et vêtements pol(y)sémiq(u)es*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 15.

105. Déjà les développements de la proposition initiale affirmaient-ils que « l'interdiction que nous postulons ne repose pas seulement sur des considérations d'ordre public mais plus fondamentalement sur des considérations sociales, indispensables au "vivre ensemble" dans une société émancipatrice et protectrice des droits de tous et de chacun », (*Doc. Parl.*, Chambre, DOC n° 52 2289/1, p. 5). Dans le même sens l'intervention du libéral flamand Somers : « Même si la sécurité est un élément à prendre en considération, cette interdiction

d'un point de vue doctrinal. Il n'est toutefois pas évident de le distinguer des deux premiers. Il se rapproche en effet de la recherche du sentiment de sécurité en ce qu'il vise à combattre le malaise que peut ressentir la population confrontée à une personne qui soustrait son visage au regard. Il constitue la deuxième face de la médaille de la position de la femme : alors que l'objectif de la dignité humaine dénonce l'enfermement de celle-ci dans un vêtement, le vivre ensemble dénonce l'arrogance et le mépris dont elle fait preuve en toisant ses contemporains sans leur accorder d'être vue.

Le concept de « vivre ensemble » n'a toutefois pas été approfondi lors des travaux préparatoires et les parlementaires n'ont pu s'appuyer sur des études scientifiques qui auraient permis de préciser les contours de la notion¹⁰⁶. Sa seule composante tangible évoquée lors des travaux préparatoires est justement la nécessité de maintenir son visage visible lorsque l'on fréquente l'espace public¹⁰⁷. Deux figures ont été invoquées lors des travaux préparatoires de la loi pour donner corps à ce « vivre ensemble » : celle de Levinas, qui estime que le visage est l'expression de l'humanité¹⁰⁸ et celle d'Elisabeth Badinter et son principe de civilité développé lors des auditions à l'Assemblée nationale française¹⁰⁹. La volonté d'affirmer les exigences du « vivre ensemble » répond à la seule préoccupation de s'opposer à l'irruption du voile intégral dans l'espace public¹¹⁰. La référence aux déclarations d'Elisabeth Badinter confirme ce constat, de même que les développements de la proposition à l'origine de la loi :

« Les problématiques de l'intégration et du choix d'un modèle de société reviennent régulièrement dans l'actualité, à travers différents sujets comme le port du voile à l'école, les violences dans les quartiers en difficulté ou le statut de la femme dans certaines communautés. Ces questions relatives au "vivre ensemble" se posent avec de plus en plus d'insistance et d'acuité. Trop longtemps le débat a été encommissionné. Trop souvent d'aucuns ont vilipendé, au nom du politiquement correct, celles et ceux qui doutaient de la pertinence

concerne, avant tout, les fondements de la société belge, et plus précisément, le socle de valeurs communes permettant de vivre ensemble constitué des droits et libertés fondamentales, dont, plus spécialement, la dignité de chaque individu et le respect qui lui est dû », (Rapport 2010, p. 27). Voir aussi l'intervention de la députée socialiste flamande Douïfi (Rapport 2010, p. 28).

106. Le juriste n'a jusqu'ici croisé la notion de vivre ensemble qu'au détour de textes à la juridicité douteuse, comme cette définition de l'éducation permanente qui « s'exerce essentiellement dans les dimensions sociales (apprentissage du vivre ensemble), culturelles (décodage et expression sur la société) et politiques » (article 2, 6° du décret [loi] de la Communauté française du 26 mars 2009 fixant les conditions d'agrément et d'octroi de subventions aux organisations de jeunesse).

107. Déclarations de la députée libérale francophone De Permentier (Rapport 2010, p. 6), du centriste francophone Dallemagne (Rapport 2010, p. 6).

108. Déclarations de la députée libérale francophone De Permentier (Rapport 2010, p. 6)

109. Déclarations de la députée libérale francophone De Permentier (Rapport 2010, p. 5), du centriste francophone Dallemagne (Rapport 2010, p. 7). Voir le rapport de l'Assemblée nationale française n° 2262 fait au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, janvier 2010, « Voile intégral : le refus de la République », p. 333-340, [<http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2262.pdf>].

110. Déclarations du centriste francophone Dallemagne (Rapport 2010, p. 22, 31), du libéral flamand Somers (Rapport 2010, p. 24), de la libérale francophone De Permentier (Rapport 2011, p. 5, 18), de la centriste francophone Fonck (Rapport 2011, p. 6-7).

des politiques d'intégration menées jusqu'alors. Nous pensons, au contraire, que le politique doit poser un choix clair quant au modèle de société. »

Dans ces développements, après avoir considéré que, « si la diversité culturelle constitue avant tout une chance pour tous, elle se doit d'être accompagnée par les pouvoirs publics vers les chemins d'un "vivre ensemble" respectueux de tous et de chacun », les libéraux francophones opposent deux modèles de société. Il y aurait, d'une part, le multiculturalisme qui « envisage l'individu essentiellement comme le membre d'une communauté caractérisée par une culture, une religion, une origine ethnique. Ce courant se fonde généralement sur le relativisme culturel et les accommodements raisonnables, c'est-à-dire l'affirmation inconditionnelle de l'équivalence des systèmes de pensée et la justification de la différenciation des droits ». Il y aurait, d'autre part, l'interculturalisme, qui « fait prévaloir l'individu sur ses attaches culturelles, philosophiques ou religieuses : les droits et les devoirs du citoyen ne sont pas fonction de ses affinités ni de ses origines ethniques. Ce modèle postulerait également qu'une société ne peut se construire et favoriser au mieux l'intégration de tous que si les citoyens partagent un patrimoine commun de valeurs fondamentales, telles que le droit à la vie, la liberté de conscience, la démocratie, l'égalité de l'homme et de la femme ou encore la séparation des Églises et de l'État¹¹¹ ». Et de conclure : « Nous souscrivons à ce modèle de société. C'est en raison de ce choix clair pour ce modèle que les auteurs de la présente proposition préconisent d'interdire le port, dans l'espace public, de tout vêtement dissimulant totalement ou de manière principale le visage. Il nous paraît important d'insister sur le fait que l'interdiction que nous postulons ne repose pas seulement sur des considérations d'ordre public mais plus fondamentalement sur des considérations sociales, indispensables au "vivre ensemble" dans une société émancipatrice et protectrice des droits de tous et de chacun¹¹². »

Ces mêmes conceptions animaient des propositions visant à interdire le port du foulard notamment par les enseignants. Appelée à examiner celles-ci, l'assemblée générale du Conseil d'État constata que cette conception de la société « peut être considérée d'une manière générale comme conforme aux valeurs de la Constitution belge et de la CEDH, telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme, sans qu'évidemment ceci n'implique qu'elle serait la seule à être conforme à ces valeurs ; d'autres approches, mettant par exemple davantage l'accent sur la diversité des conceptions en présence, pouvant également se concevoir dans ces cadres constitutionnel et conventionnel¹¹³ ». Toutefois, le lien de nécessité unissant cette conception et l'interdiction du foulard n'est pas démontré, si bien que l'Assemblée générale du Conseil d'État considérait que les auteurs de la proposition « gagneront à faire apparaître la nécessité » d'adopter le texte¹¹⁴.

111. Pour une critique de cette approche manichéenne, voir DELRUELLE E., « Droits de l'homme et "choc des civilisations" », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 83/2010, p. 573-589.

112. *Doc. Parl.*, Chambre, n° DOC 52 2289/1.

113. Avis 48.022/AG du 20 avril 2010, *op. cit.*, p. 34-35.

114. Conseil d'État (assemblée générale), avis n° 48.022/AG du 20 avril 2010 sur une proposition de décret « interdisant le port de signes convictionnels par le personnel des établissements d'enseignement officiel

Si elle n'est jamais explicitement citée lors des travaux préparatoires, c'est la notion d'ordre public non matériel qui apparaît derrière la notion de « vivre ensemble ». Selon le Conseil d'État de France, il s'agit d'une « conception renouvelée de l'ordre public », qui se définit comme « un socle minimal d'exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société, qui, comme par exemple le respect du pluralisme, sont à ce point fondamentales qu'elles conditionnent l'exercice des autres libertés, et qu'elles imposent d'écarter, si nécessaire, les effets de certains actes guidés par la volonté individuelle¹¹⁵ ». Si celui-ci relevait que cette définition n'était actuellement pas reçue par les systèmes juridiques occidentaux et mettait en garde contre les conséquences imprévisibles d'un changement aussi profond de notre ordre juridique que provoquerait pareille évolution de la notion d'ordre public¹¹⁶, le Conseil constitutionnel l'a quant à lui consacrée et acceptée comme fondement de la loi française, au côté des impératifs de sécurité public¹¹⁷.

À cet égard, les communes sont déjà chargées de « prendre les mesures nécessaires, y compris les ordonnances de police, afin de combattre toute forme de dérangement public¹¹⁸ ». Or cette notion de dérangement public a été insérée afin d'étendre la notion d'ordre public, jusqu'alors réservé à sa dimension matérielle, à des aspects davantage moraux, rejoignant ainsi l'ordre public immatériel à la française¹¹⁹.

Le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme prône également une définition extensive de l'ordre public, englobant une dimension immatérielle : « Le voile intégral n'a pas sa place dans la vie sociale et l'espace public en Belgique, ni même dans la société moderne en général. Plus encore que l'impératif de sécurité publique, dont la portée est limitée, ce sont les principes d'ordre public et de communication sociale qui doivent être ici convoqués contre cette pratique. La possibilité de voir le visage d'autrui, et ainsi de le reconnaître comme personne et sujet de droit, constitue en effet un fondement de la communication entre les membres de la société¹²⁰. »

S'inspirant du Conseil d'État français, il invitait toutefois le législateur à « mener un réel débat sur les contours de la notion d'ordre public sur laquelle repose l'interdiction. Il s'agit en particulier de s'interroger sur son acception “positive” et sur la possibilité de l'envisager, dans l'ordre juridique belge, non plus seulement comme “rempart” contre les abus procédant de l'exercice sans limites des libertés, mais comme le socle d'exigences fondamentales de reconnaissance garantissant leur libre exercice¹²¹ ».

organisés ou subventionnés par la Communauté française », *Doc. Parlement de la Communauté française*, 2009-2010, n° 84/2, p. 34-37, [www.pcf.be].

115. « Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral », *op. cit.*, p. 23-28, sp p. 26.

116. « Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral », *op. cit.*, p. 23-28.

117. Conseil constitutionnel, décision du 7 octobre 2010, n° 2010-613 DC.

118. Article 135, § 2, alinéa 2, 7°, de la nouvelle loi communale, inséré par la loi du 13 mai 1999.

119. Voir. Les travaux préparatoires de la loi du 13 mai 1999 cités par MATHIEU C. et DE HERT P., « L'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public mise en cause par le tribunal de police de Bruxelles », *op. cit.*, p. 98.

120. *Mémorandum*, *op. cit.*, p. 10.

121. *Mémorandum*, *op. cit.*, p. 10.

Dans son arrêt *Ahmet Arslan* précité, la Cour européenne des droits de l'Homme semble s'en tenir à une approche matérielle de l'ordre public lorsqu'elle relève, pour conclure que l'atteinte portée à la liberté de manifester ses convictions ne se fondait pas sur des motifs suffisants au regard de l'article 9 de la Convention, « qu'il ne ressort pas du dossier que la façon dont les requérants ont manifesté leurs croyances par une tenue spécifique constituait ou risquait de constituer une menace pour l'ordre public ou une pression sur autrui. En effet, les requérants [...] s'étaient réunis devant une mosquée, dans la tenue en cause, dans le seul but de participer à une cérémonie à caractère religieux¹²² ». Pourtant, la Cour avait au préalable reconnu la légitimité du but poursuivi, à savoir « faire respecter les principes laïcs et démocratiques », ce qui revient à poursuivre les buts de « maintien de la sûreté publique, la défense de l'ordre ainsi que la protection des droits et libertés d'autrui » admis par l'article 9.2¹²³ ». Même si, conformément aux articles 9.2 et 10.2 de la Convention, une restriction aux libertés peut être apportée en vue de préserver la morale publique, il n'est pas certain que la Cour se contenterait d'une simple évocation de l'ordre public immatériel pour admettre une interdiction générale de dissimuler son visage dans l'espace public¹²⁴.

◆ LA NÉCESSITÉ D'UNE LOI PÉNALE

Si l'objectif de la sécurité publique comme celui du « vivre ensemble » pourraient conférer à la loi une portée plus large que la lutte contre le voile intégral, la lecture des travaux préparatoires de la loi révèle que les députés en sont constamment revenus à cette unique préoccupation, qui fonde également le troisième objectif, la dignité de la femme. Comme le dénoncent François Dubuisson et Anne Lagerwall, « dénuée de justification cohérente, la loi “anti-burqa” apparaît, en définitive, comme un texte purement idéologique, déconnecté de toute prise en considération concrète de la réalité. L'image de la “femme au niqab” était devenue depuis peu le symbole usité par l'extrême droite dans son discours contre le “péril islamiste”, ornant les affiches de partis comme l'UDC en Suisse ou le FN en France. Il serait alarmant qu'elle ne devienne dans une loi “démocratique” une victime/coupable, sacrifiée sur l'autel de l'affirmation des “valeurs occidentales¹²⁵” ».

Lorsque ces lignes seront publiées, la Cour constitutionnelle aura vraisemblablement rendu ses arrêts au fond. La surprise confinerait à la stupéfaction si, insensible au vote stalinien que le texte a obtenu au Parlement, elle ne validait pas au moins l'un de ces objectifs et de préférence une conjugaison de ceux-ci, s'alignant en quelque sorte sur la décision du Conseil constitutionnel français. La Cour devra alors ensuite, conformément à sa propre jurisprudence, vérifier la nécessité, dans une société démocratique, de restreindre les libertés par la loi.

122. Arrêt *Ahmet Arslan*, *op. cit.*, § 50.

123. Arrêt *Ahmet Arslan*, *op. cit.*, § 43.

124. En ce sens, MATHIEU C. et DE HERT P., « L'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public mise en cause par le tribunal de police de Bruxelles », *op. cit.*, p. 99.

125. DUBUISSON F. et LAGERWALL A., « Les dangers de la loi “anti-burqa” », *op. cit.*

Un argument fut brandi par de nombreux députés : dans notre système constitutionnel, seule la loi peut restreindre les libertés¹²⁶. Ce retour aux principes fondamentaux, oubliés s'agissant de l'interdiction du foulard à l'école¹²⁷, ne peut qu'être salué. Encore fallait-il en l'espèce s'interroger sur l'opportunité d'adopter une loi alors que, là où le besoin s'en fait sentir, les communes ont adopté des règlements locaux. Deux arguments furent avancés. Il fut tout d'abord soutenu que s'en remettre aux communes génère de l'insécurité juridique puisque la réglementation n'est pas uniforme dans l'ensemble du pays¹²⁸. À suivre cette logique, il n'y aurait plus de place pour une réglementation de police adoptée au niveau local. Ensuite, le jugement du tribunal de police de Bruxelles du 26 janvier 2011 est venu semer le trouble en rappelant qu'un règlement de police ne pouvait édicter une interdiction générale déconnectée des réalités de terrain¹²⁹. Seule une loi peut donc prononcer une telle interdiction générale.

Mais pareille mesure était-elle nécessaire? Les parlementaires conviennent que le voile intégral est loin d'avoir envahi les rues des cités belges. Ils ne se sont d'ailleurs guère préoccupés de se procurer des études chiffrées sur l'ampleur du phénomène, se contentant de considérer qu'il y en a quelques centaines mais affirmant que ce nombre est en fort accroissement¹³⁰. Déjà en 2004, la dame condamnée par le juge de Maaseik¹³¹ avait démontré qu'elle avait intégré l'humour surréaliste belge : elle réfuta l'accusation de compromettre la sécurité par sa persistance à se présenter de manière non identifiable sur la voie publique, rétorquant qu'étant la seule à porter la burqa dans la commune, elle était la personne la plus identifiable...

Il s'agit donc d'adopter une loi de principe¹³² qui permettra d'éradiquer le phénomène. Néanmoins, s'ils estimaient cette loi nécessaire, la plupart des députés ne la considéraient pas suffisante. D'autres dossiers appellent en effet l'intervention du législateur afin que ce fameux « vivre ensemble » puisse être organisé harmonieusement. Il était notamment fait référence à l'impossibilité d'intégrer une personne dans la société par « une simple interdiction » mais qu'une mission d'émancipation doit être prise en charge¹³³, à la nécessité d'améliorer la gestion de l'asile et de la migration¹³⁴, à l'aide aux femmes, victimes de leur entourage qui leur impose le voile intégral¹³⁵.

126. Voir notamment les déclarations des centristes francophones Dallemagne (Rapport 2010, p. 17) et Fonck (Rapport 2011, p. 7); de la chrétienne démocrate flamande Dierick (Rapport 2011, p. 8); du libéral francophone Ducarme (Plénière 2011, p. 28-29).

127. Voir ci-avant, n° 3.

128. Déclaration de la libérale francophone De Permentier, Rapport 2010, p. 5-6, 16, Rapport 2011, p. 4; de la démocrate chrétienne flamande Dierick, Rapport 2011, p. 8.

129. Sur ce jugement, voir ci-avant, n° 4. Voir les déclarations de la centriste francophone Fonck (Rapport 2011, p. 7), du libéral francophone Ducarme (Rapport 2011, p. 11), du nationaliste flamand Van Esbroeck (Rapport 2011, p. 13).

130. Déclaration de la centriste francophone Fonck (Rapport 2011, p. 6); du libéral flamand Somers (Rapport 2011, p. 10).

131. Voir ci-avant, n° 3.

132. Déclaration du centriste francophone Dallemagne (Rapport 2010, p. 8); du libéral flamand Somers (Rapport 2011, p. 10).

133. Déclaration du libéral flamand Somers (Rapport 2011, p. 11, 19; Plénière 2011, p. 43), de la députée verte Almaci (Rapport 2011, p. 12).

134. Déclaration de la socialiste flamande Douifi (Rapport 2010, p. 29)

135. Déclaration de la députée verte Almaci (Rapport 2011, p. 12); de la centriste francophone Fonck (Plénière 2011, p. 46).

En outre, les parlementaires se sont constamment retranchés derrière les travaux menés par l'Assemblée nationale française pour justifier l'adoption précipitée du texte, sans notamment procéder à leurs propres auditions ni entendre les organisations de défense des droits de l'homme qui demandaient pourtant audience¹³⁶. Ils ont toutefois eu une lecture partielle et partielle du rapport qui en est résulté. Les conclusions de celui-ci invitaient bien à l'adoption d'une loi, mais « qui assurerait la protection des femmes victimes de contrainte, qui conforterait les agents publics confrontés à ce phénomène et qui ferait reculer cette pratique ». Pour le reste, elles prônaient seulement le vote d'une résolution « réaffirmant les valeurs républicaines et condamnant comme contraire à ces valeurs la pratique du port du voile intégral » et invitaient à une réflexion d'ensemble « sur les phénomènes d'amalgames, de discriminations et de rejet de l'autre en raison de ses origines ou de sa confession et sur les conditions d'une juste représentation de la diversité spirituelle » ainsi qu'à un « renforcement des actions de sensibilisation et d'éducation au respect mutuel et à la mixité et la généralisation des dispositifs de médiation¹³⁷ ». Le sentiment prévaut que les malheurs de la Commission Stasi relative au foulard se répètent, la seule suggestion retenue étant l'adoption d'une loi répressive tandis que les actions positives sont reportées aux calendes grecques¹³⁸.

La députée verte Zoé Genot rappela que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe venait d'adopter, à l'unanimité, une recommandation exhortant les États membres « à ne pas adopter une interdiction générale du port du voile intégral ou d'autres tenues religieuses ou particulières, mais à protéger les femmes contre toute violence physique et psychologique ainsi que leur libre choix de porter ou non une tenue religieuse ou particulière, et de veiller à ce que les femmes musulmanes aient les mêmes possibilités de prendre part à la vie publique et d'exercer des activités éducatives et professionnelles ; les restrictions légales imposées à cette liberté peuvent être justifiées lorsqu'elles s'avèrent nécessaires dans une société démocratique, notamment pour des raisons de sécurité ou lorsque les fonctions publiques ou professionnelles d'une personne lui imposent de faire preuve de neutralité religieuse ou de montrer son visage¹³⁹ ». Elle fut accusée de caricature par le libéral francophone Ducarme. Se fondant sur le fait que la Recommandation admet des restrictions légales, celui-ci considère que la loi en voie d'adoption y est parfaitement conforme¹⁴⁰. Cette analyse tronquée intellectuelle était-elle inspirée par le fait que c'est un membre de son propre parti qui représentait la Belgique lorsque la recommandation fut adoptée à l'unanimité¹⁴¹ ou par la

136. Voir ci-avant, n° 7.

137. Rapport d'information au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, 26 janvier 2010, n° 2262, p. 187, [www.assemblee-nationale.fr].

138. Voir BAUBÉROT J., « Le dernier des Curiace. Un sociologue dans la commission Stasi », in CÔTÉ P. et GUNN T.-J. (dir.), *La nouvelle question religieuse. Régulation ou ingérence de l'État?* Bruxelles, PIE-P. Lang, 2006, p. 247-272 ; WEIL P., « Lever le voile », *Esprit*, 2005, p. 52.

139. Rapport 2011, p. 17-18. La députée donna lecture du point 3.13 de la Recommandation 1743 (2010), « Islam, islamisme et islamophobie en Europe », [http://assembly.coe.int].

140. Rapport 2011, p. 20, 22.

141. Il y eut quatre abstentions mais l'unique représentant belge, le député libéral francophone Philippe Monfils, vota en faveur de la résolution (voir le résultat du vote sur le site de l'Assemblée du Conseil de l'Europe,

nécessité dialectique d'étouffer dans l'œuf un argument particulièrement pertinent ? Toujours est-il qu'elle mit fin aux débats en commission, comme pour mettre en exergue la pauvreté de ceux-ci.

◆ LA PROPORTIONNALITÉ DE LA LOI

Enfin, il faut apprécier si la loi, par les mesures concrètes qu'elle impose, ne porte pas une atteinte disproportionnée aux libertés en regard des objectifs qu'elle poursuit. La Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Arslan*, rappelle en effet qu'il ne suffit pas d'invoquer des motifs tenant de l'ordre public ou d'une autre cause de justification pour valider la mesure mais qu'il faut encore démontrer « en quoi précisément les porteuses de burqa ou de niqab portent atteinte à l'ordre public¹⁴² ».

À cet égard, le Centre pour l'égalité des chances préconisait la consultation du Conseil d'État au motif que, d'une part, il craignait que le texte alors en projet « induise des effets non-désirés, notamment de nombreuses entraves injustifiées aux libertés fondamentales de chacun » et que, d'autre part, « une insécurité juridique pèse sur les concepts de "lieux accessibles au public" et d'obligation "de se rendre identifiable" utilisés dans la proposition de loi¹⁴³ ». D'ailleurs, le deuxième recours en annulation devant la Cour constitutionnelle a été introduit par une femme se présentant comme une citoyenne laïque juive, qui conteste le caractère disproportionné et vague de la loi¹⁴⁴.

Il convient de s'arrêter un instant sur l'objet même de l'interdiction (a), son champ d'application territorial (b), les dérogations admissibles (c) et les peines encourues (d).

L'objet de l'interdiction

L'article 563 bis du Code pénal interdit désormais à une personne de se présenter dans un lieu accessible au public en portant un vêtement qui dissimule en tout ou en partie le visage, de manière telle qu'elle ne soit plus identifiable. Si l'on veut se conformer à la lettre de la loi pénale, il n'est donc plus permis, lorsque vient la bise, de porter une écharpe sur son nez¹⁴⁵.

Le socialiste francophone Frédéric, un des auteurs de l'amendement ayant généré cette rédaction particulièrement extensive de la loi précisait d'ailleurs que son parti « soutiendra de façon très déterminée la présente proposition de loi qui

[http://assembly.coe.int/ASP/Votes/BDVotesParticipants_FR.asp?VoteID=2097 & DocID = 13080]).

142. MARGUÉNAUD J.-P., « La liberté de porter des vêtements religieux dans les lieux publics ouverts à tous », *Recueil Dalloz*, 2010, n° 11, p. 684.

143. Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, « Le port du voile intégral : les difficultés d'une interdiction généralisée », *op. cit.*

144. GUTIERREZ R., « Loi burqa : nouvelles plaintes », *Le Soir*, 3-4 septembre 2011, p. 6.

145. Comme le relèvent Cécile Mathieu et Paul De Hert, « les raisons médicales ou météorologiques » ne sont pas considérées comme des exceptions valables à l'application de l'article 563 bis du Code pénal (« L'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public mise en cause par le tribunal de police de Bruxelles », *op. cit.*, p. 97).

visé de façon précise à interdire le fait que le visage soit dissimulé en tout ou en partie dans les lieux accessibles au public et pas seulement l'espace public. Il est fait très clairement allusion à la burqa mais cela peut également être toute personne qui a le visage dissimulé en tout ou en partie par une cagoule, une écharpe, un casque... La burqa n'est pas exclusivement visée¹⁴⁶ ». Une autre auteure de cet amendement, la démocrate-chrétienne flamande Dierick, précisait également : « La réglementation ne restreint pas la liberté religieuse. L'objet principal de la proposition de loi est au contraire de garantir l'ordre et la sécurité publique. C'est pourquoi, la proposition de loi va au-delà de l'interdiction de la burqa et du niqab¹⁴⁷. »

Selon la députée centriste Catherine Fonck pourtant, « quelqu'un qui porte un casque sur sa moto, un pompier, un soudeur » n'est « évidemment » pas visé par la loi, au contraire du motard qui entrerait casqué dans un magasin¹⁴⁸. Peut-être cette députée consultait-elle encore sa propre proposition, qui admettait des exceptions plus larges¹⁴⁹, et non le texte qu'elle s'apprêtait à voter ? En séance plénière, la députée verte Eva Brems dénonçait ainsi les imprécisions de la loi : « Si cette loi est votée, toute personne se promenant sur la plage avec de grandes lunettes solaires à la mode ou un grand chapeau de soleil pourra se voir infliger une amende, de même que tout cycliste portant un masque à poussières ou quiconque enveloppera sa tête dans une écharpe et sous un bonnet pour se protéger du froid¹⁵⁰. » Selon les Annales parlementaires, ses propos provoquèrent l'hilarité, sans que l'on ne puisse déterminer s'il s'agissait du rire franc de celui qui croit entendre une blague ou du ricanement de celui qui est pris en défaut. Quoi qu'il en soit, aucune déclaration ne vint rectifier ces propos.

Puisque ce qui est légalement interdit est de dissimuler tout ou partie de son visage de manière telle que l'on ne soit plus identifiable, pourrait-on soutenir que la dissimulation ne serait répréhensible que si elle était commise dans l'intention de se rendre non identifiable ? Si un tel élément intentionnel peut incontestablement être accolé au décret du Premier ministre français n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique, qui interdit « de dissimuler volontairement son visage afin de ne pas être identifié dans des circonstances faisant craindre des atteintes à l'ordre public¹⁵¹ », il ne serait pas compatible avec l'objectif poursuivi par le législateur

146. Rapport 2011, p. 9.

147. Rapport 2011, p. 21.

148. Rapport 2011, p. 20.

149. En effet, cette proposition commençait par rappeler le principe de la liberté d'aller et venir et permettait des dérogations par règlement. Ses développements précisaient qu'il était ainsi fait référence notamment au Code de la route, qui pour l'essentiel est un règlement et non une loi (proposition de loi sur l'exercice de la liberté et venir sur la voie publique, *Doc. Parl.*, Chambre, n° DOC 53754/1 ; Rapport 2010, p. 8).

150. Plénière, 2011, p. 49.

151. Voir C. E. France, arrêt n° 329.477 du 23 février 2011, SNES, FSU et SAF. Voir notamment SLAMA S., « Liberté de manifestation et ordre public (article 7, 10 et 11 CEDH et 8 DDHC) : Conformité sous réserve de l'interdiction de dissimulation intentionnelle du visage lors de manifestations publiques », *Credof*, 27 février 2011, [<http://credof.u-paris10.fr>]. Le raisonnement du Conseil d'État de France peut être rapproché de celui tenu par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt Arslan lorsqu'elle prend en considération, pour décider de la disproportion de la mesure, le fait que l'attitude prosélyte des requérants n'est pas démontrée (§ 51).

belge, qui vise essentiellement à prohiber le voile intégral. Or celui-ci est destiné à soustraire la femme au regard d'autrui et non à empêcher son identification.

La loi du 1^{er} juin 2011 s'annonce dès lors difficile, pour ne pas écrire impossible, à mettre en œuvre dans son intégralité. L'on imagine mal en effet les forces de l'ordre dresser procès verbal dès qu'elles rencontrent une personne se dissimulant partiellement le visage pour quelque motif que ce soit. Elles en seront donc réduites soit à renoncer à appliquer la loi, soit à s'approprier un très large pouvoir d'appréciation¹⁵², ce qui serait contraire à un autre objectif poursuivi par le législateur, à savoir une application uniforme de l'interdiction sur tout le territoire belge. Elles se rendront ainsi nécessairement coupable d'une stigmatisation des femmes se voilant intégralement lorsqu'elles interpellent l'une d'elle en laissant déambuler la petite vieille emmitouffée dans son écharpe.

Les travaux préparatoires ne permettent pas d'expliquer pourquoi le « vivre ensemble » requiert que toute personne qui fréquente l'espace public soit à tout moment identifiable. Dans son mémoire devant la Cour constitutionnelle, le Conseil des ministres soutient que « l'identification d'une personne qui a commis une infraction ou en a été le témoin est également le fait d'autres citoyens (victimes, passants) qui, ayant vu le visage de l'auteur du délit, pourraient donner aux autorités judiciaires des informations permettant de confondre ce dernier. Cette identification se réalise également par la lecture d'enregistrements de caméra de vidéosurveillance. Il serait évident que permettre à des personnes de circuler dans des lieux publics le visage dissimulé rendrait inopérants ces deux types d'identification¹⁵³ ».

Au nom de la sécurité, il serait désormais interdit de circuler incognito dans les rues. Il semble que les bornes que tentait de mettre en place la loi du 21 mars 2007 relative à l'installation et à l'utilisation de caméras de surveillance, afin de concilier vie privée et sécurité¹⁵⁴, soient en passe d'être renversées. C'est donc une politique ultra-sécuritaire que le Gouvernement belge entend mettre en place. Politique qui ne porterait pas seulement atteinte à la liberté religieuse de certaines mais à la liberté individuelle de tous¹⁵⁵. Pour éviter ces incertitudes juridiques et de s'en remettre en définitive aux décisions de justice, des amendements furent déposés par le parti populiste LLD¹⁵⁶ qui invitaient à renoncer au politiquement correct pour viser explicitement l'objet de l'interdiction : la burqa et le niqab¹⁵⁷. Ces amendements furent écartés sans justification.

152. En ce sens MATHIEU C. et DE HERT P., « L'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public mise en cause par le tribunal de police de Bruxelles », *op. cit.*, p. 97.

153. Cour constitutionnelle, arrêt n° 148/2011 du 5 octobre 2011, A.7.

154. Moniteur belge, 31 mai 2007. À propos de cette loi, voir DUMORTIER F., « La vidéosurveillance sous l'angle de la proportionnalité », *Revue du droit des Technologies de l'Information*, n° 29/2007, p. 311-350.

155. En ce sens, HANICOTTE R., « Visage caché, œil policier... La dissimulation du visage au regard de l'ordre public », *AJDA*, 2010, p. 417-422, sp. p. 419.

156. Le sigle LLD visait au départ la liste tirée par Jean-Marie Dedecker (Lijst DeDecker). Le parti fut rebaptisé en Libertaire Direct et Démocrate.

157. Voir le Rapport, *op. cit.*, p. 14; Compte rendu intégral, *op. cit.*, p. 75-76.

Le champ d'application territorial

La proposition initiale entendait prohiber le voile intégral « dans l'espace public », qu'elle définissait comme « la voie publique, en ce compris les accotements et les trottoirs, les passages aériens et souterrains pour piétons, les chemins et servitudes de passage, les parcs, les jardins publics ainsi que les terrains de sports, plaines et aires de jeu, les bâtiments à vocation culturelle accessibles au public et bâtiments ou lieux fermés destinés à l'usage du public où des services peuvent lui être rendus ». Le législateur a finalement opté, sans s'en expliquer, pour la notion de « lieu accessible au public », qu'il ne définit pas dans la loi du 1^{er} juin 2011.

La notion de « lieu accessible au public » est toutefois bien connue du droit pénal belge. En vertu de l'article 26 de la loi du 5 août 1992 relative à la fonction de police, « les fonctionnaires de police peuvent toujours pénétrer dans les lieux accessibles au public ainsi que dans les biens immeubles abandonnés, afin de veiller au maintien de l'ordre public et au respect des lois et des règlements de police ». En se fondant sur la jurisprudence de la Cour de cassation, l'on peut considérer qu'un « endroit où tout le monde est admis constitue un lieu public. Il en va ainsi des débits de boissons, des magasins, d'un lieu de culte, etc. Le critère déterminant découle de la possibilité pour tout quiconque d'y pénétrer »¹⁵⁸.

Le législateur s'est même récemment fendu d'une définition de la notion de « lieu accessible au public » lorsqu'il a entrepris d'y interdire de fumer. L'article 2, 3^o de la loi du 22 décembre 2009 instaurant une réglementation générale relative à l'interdiction de fumer dans les lieux fermés accessibles au public et à la protection des travailleurs contre la fumée du tabac, contient la définition suivante :

« Lieu accessible au public :

- a) lieu dont l'accès n'est pas limité à la sphère familiale;
- b) notamment les établissements ou bâtiments suivants : lieux administratifs; gares; aéroports; commerces; lieux dans lesquels des services sont fournis au public à titre gratuit ou moyennant paiement, y compris les lieux dans lesquels des aliments et/ou des boissons sont offerts à la consommation; lieux dans lesquels des malades ou des personnes âgées sont accueillis ou soignés; lieux dans lesquels des soins de santé préventifs ou curatifs sont prodigués; lieux dans lesquels des enfants ou des jeunes en âge scolaire sont accueillis, logés ou soignés; lieux dans lesquels un enseignement et/ou des formations professionnelles sont dispensés; lieux dans lesquels des représentations sont données; lieux dans lesquels des expositions sont organisées; lieux dans lesquels des activités sportives sont exercées. »

Cette définition est certes formatée pour la loi anti-tabac, mais elle confirme que la notion de « lieu accessible au public » est particulièrement large, englobant notamment la chambre d'amis qui, par définition, n'est pas limitée à la sphère familiale¹⁵⁹. Dès lors, le champ d'application territorial de la loi belge semble correspondre au moins à celui de la loi française du 11 octobre 2010 interdisant

158. DE VALKENEER Chr., *Manuel de l'enquête pénale*, Bruxelles, Larcier, 4^e éd., 2011, p. 417.

159. Cette loi, issue d'une proposition, n'a pas été soumise à la section de législation du Conseil d'État.

la dissimulation du visage dans l'espace public, son article 2 définissant cet espace public comme constitué « des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public ».

Les parlementaires belges ne se sont pas souciés de prendre connaissance de la décision du Conseil constitutionnel français, rendue pourtant le 7 octobre 2010 alors que l'examen des textes n'a repris qu'en mars 2011. Même si celle-ci se montrait particulièrement conciliante, elle dut toutefois, au prix d'une réserve d'interprétation, affranchir les lieux de culte ouverts au public de l'interdiction. Les parlementaires ne se sont pas davantage préoccupés de l'arrêt *Arslan* de la Cour européenne des droits de l'homme, rendu pourtant dès le 23 février 2010. Celle-ci, pour conclure au caractère disproportionné de la sanction frappant les participants à une cérémonie religieuse revêtus de vêtements couvrant leur tête, rappelle notamment « son constat selon lequel les requérants ont été sanctionnés pour la tenue vestimentaire qu'ils portaient dans des lieux publics ouverts à tous comme les voies ou places publiques. Il ne s'agit donc pas de la réglementation du port de symboles religieux dans des établissements publics, dans lesquels le respect de la neutralité à l'égard de croyances peut primer sur le libre exercice du droit de manifester sa religion. Il s'ensuit que la jurisprudence de la Cour mettant l'accent sur l'importance particulière du rôle du décideur national quant à l'interdiction du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement public (voir, entre autres, *Leyla Şahin*, précité, § 109) ne trouve pas à s'appliquer dans la présente affaire¹⁶⁰ ».

Il y a fort à parier que la Cour constitutionnelle belge s'inspirera de son confrère français pour censurer partiellement la loi, soit au moyen d'une annulation partielle (la loi est annulée en tant que) soit, selon l'exemple français, au moyen d'une réserve d'interprétation. Considérant que l'argument *a contrario* est d'un manie- ment dangereux et que l'arrêt *Arslan* est encore isolé, l'on doute qu'elle aille jusqu'à restreindre le champ d'application de la loi aux établissements publics.

Les dérogations admissibles

Dans la proposition initiale, la seule exception envisagée à l'interdiction de fréquenter l'espace public vêtu d'une manière qui rend la personne non identifiable était l'autorisation « prévue par un arrêté du bourgmestre à l'occasion de manifestations festives¹⁶¹ ». Un amendement fut déposé par les libéraux francophones et flamands, les centristes francophones et flamands ainsi que le parti socialiste francophone. Il ne contenait pas de justification mais rejoignait la loi française en permettant des exceptions « légales ou réglementaires¹⁶² ». Cette formulation fut toutefois considérée comme conférant trop de latitudes aux communes « d'autoriser d'aller et venir sur la voie publique le visage masqué ou dissimulé en tout en en partie de manière telle qu'elles ne soient pas identifiables. C'est pour cette raison

160. Arrêt *Ahmet Arslan*, *op. cit.*, § 49. Sur la portée de ce considérant et la limitation de la marge nationale d'appréciation qu'il emporte, voir MARGUÉNAUD J. P., *op. cit.*, p. 684.

161. Proposition de loi, *Doc. Parl.*, Chambre, n° DOC 52 2289/1, p. 8.

162. Amendement n° 2, *Doc. Parl.*, Chambre, n° DOC 52 2289/3, p. 3.

qu'il est important de circonscrire les cas et raisons particuliers qui permettraient de circuler sur la voie publique » ainsi vêtus¹⁶³. Cet amendement est à l'origine du texte finalement adopté qui n'envisage que deux catégories de dérogations. L'une est générale et doit être l'œuvre du législateur (article 563 bis, alinéa 1^{er}, du Code pénal, qui précise que l'interdiction vaut « sauf dispositions légales contraires »). L'autre peut émaner de règlements mais pour des objectifs déterminés. Il s'agit des règlements du travail, qui interviennent donc dans le cadre de la sécurité du travail, ou des ordonnances de police, qui ne peuvent être prises qu'à « l'occasion de manifestations festives » (article 563 bis, alinéa 2, du Code pénal). Hors ces deux exceptions très circonscrites, seul le législateur peut donc déroger à la règle.

Manifestement, tout à leur volonté d'éviter de voir l'interdiction détricotée, les auteurs de la loi ne se sont pas préoccupés de l'étroitesse du régime dérogatoire qu'ils mettaient en place. Ainsi, en droit belge, le port du casque n'est pas imposé aux motards par une loi mais par un arrêté royal¹⁶⁴. Cette obligation n'entre donc dans aucune des dérogations admises par la loi, si bien que, désormais, le port du casque, à tout le moins intégral, est prohibé en Belgique¹⁶⁵.

Si le législateur s'était abstenu de prévoir certaines dérogations, la règle générale de l'article 70 du Code pénal, en vertu de laquelle « il n'y a pas d'infraction lorsque le fait était ordonné par la loi et commandé par l'autorité », aurait trouvé à s'appliquer. Dans cette disposition, la loi est comprise dans son sens matériel, si bien que toute la réglementation y est visée¹⁶⁶. Mais, sauf à nier toute portée normative au membre de phrase « sauf dispositions légales contraires », et sauf à écarter les travaux préparatoires qui entendent réduire drastiquement le pouvoir d'appréciation des règlements, il faut considérer que l'article 563 bis du Code pénal déroge à l'article 70 du même Code.

De toute façon, l'article 70 ne pourrait que permettre à l'autorité d'imposer de se couvrir le visage, pas de l'autoriser. Adieu donc les masques anti-pollution pour les cyclistes, les gougoules pour les skieurs, les cache-nez pour les promeneurs...

La sanction encourue

L'article 563 bis est inséré au sein du chapitre IV du titre X du livre 2 du Code pénal, relatif aux contraventions de quatrième classe, qui sanctionnent déjà les bris de clôtures et autres voies de fait légères. La sanction encourue apparaît donc relativement légère : une amende de quinze à vingt-cinq euros et/ou un emprisonnement jusqu'à sept jours. Mais l'article 564 du Code pénal prévoit qu'en cas de récidive l'addition peut grimper jusqu'à un emprisonnement de douze jours ou plus, indépendamment de l'amende.

163. Justification à l'amendement n° 3, *Doc. Parl.*, Chambre, n° DOC 52 2289/4, p. 2.

164. Article 36 de l'arrêté royal du 1^{er} décembre 1975 portant règlement général sur la police de la circulation routière et de l'usage de la voie publique.

165. Le juge pourra toutefois absoudre le motard en écartant la loi au motif que celle-ci viole, notamment l'article 27 de la convention de Vienne sur la circulation routière. Mais celui-ci aura dû passer pour les prétoires pour obtenir le droit de revêtir son casque.

166. Voir TULKENS F., VAN DE KERCHOVE M., CARTUYVELS Y. et GUILAIN Chr., *Introduction au droit pénal, aspects juridiques et criminologiques*, 9^e éd., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 338-339.

La loi du 1^{er} juin 2011 ne se contente pas d'établir une nouvelle infraction pénale. Elle permet également de déroger au principe de l'interdiction de la double incrimination pénale et administrative, posé par l'article 119 bis de la Nouvelle loi communale. En effet, l'article 2 de la loi complète cet article 119 bis de manière à ce que l'incrimination pénale puisse être intégrée par les communes dans leur règlement de police. Dès lors, au cas où les autorités pénales n'interviendraient pas, les autorités communales pourraient les suppléer par une sanction administrative¹⁶⁷. Ce système de sanction en cascade semble avoir été mis en place pour satisfaire le parti socialiste francophone, qui a « toujours privilégié la mise en place de règlements communaux pour régler le problème. Pour expliquer notre position, je tiens à citer en exemple le système en vigueur à la Ville de Bruxelles, c'est-à-dire un système d'amende administrative communale qui, aujourd'hui, fonctionne très bien, nous dit-on, et a démontré son efficacité et sa rapidité¹⁶⁸ ». Il devient cependant difficile d'encore soutenir que la pénalisation de l'interdiction est nécessaire pour garantir son application uniforme sur tout le territoire belge¹⁶⁹.

Un premier cas d'application de la loi démontre les difficultés auxquelles seront confrontées les forces de l'ordre. À Bruxelles, une procédure a été mise en place, qui consiste à emmener la délinquante au commissariat de police de manière à ce qu'une policière puisse procéder au contrôle d'identité. Une patrouille de police a entrepris d'interpeller une femme portant le niqab dans la commune de Saint-Josse-ten-Noode. Celle-ci était accompagnée par son mari qui s'est opposé à ce que sa femme délivre ses papiers d'identité, a menacé les policiers de mort et fini par en blesser un. Profitant de la confusion, celle-ci s'est enfuie tandis que le mari était arrêté. Et le commissaire Thiébault, manifestement perplexe quant à la manière d'appliquer la loi, de préciser que, « normalement, on doit d'ailleurs faire cesser l'infraction et cette personne devrait sortir du commissariat sans sa burqa... ». Un représentant du syndicat de la police se fait plus virulent : « Sur le papier, c'est bien joli, mais dans la pratique, c'est quasiment inapplicable. [...] On est un peu entre le marteau et l'enclume¹⁷⁰. »

167. Le système mis en place est ainsi décrit dans la justification de l'amendement qui l'a inséré : « Le procureur du roi disposera d'un délai de deux mois pour avertir le fonctionnaire qu'une information ou une instruction a été ouverte, que des poursuites ont été engagées, ou bien qu'il a décidé de ne pas donner suite au dossier, en raison de l'absence de charges suffisantes. Cette communication a pour effet de priver le fonctionnaire de la possibilité d'infliger une amende administrative. Avant l'écoulement de ce délai, le fonctionnaire ne peut pas infliger d'amende administrative. Après l'écoulement de ce délai, les faits sont encore uniquement susceptibles de faire l'objet de poursuites administratives. Le fonctionnaire peut toutefois appliquer une amende administrative avant l'écoulement du délai si le procureur du Roi l'a informé que, sans remettre en question l'élément matériel de l'infraction, il a décidé de ne pas donner suite au dossier » (amendement n° 1, *Doc. Parl.*, Chambre, 2009-10, n° DOC 52 2289/3, p. 2). Sur l'article 119 bis de la Nouvelle loi communale, voir MOLTOR C. et SIMONART H., « Réflexions sur les sanctions administratives communales », *op. cit.*, p. 300-306.

168. Plénière, 2010, p. 18-19. Voir déjà Rapport 2010, p. 22.

169. Voir ci-avant, n° 24.

170. HAINE D., « Loi anti-burqa : un policier blessé », *Le Soir*, 29 septembre 2011, p. 19.

◆ CONCLUSION

Certains observateurs politiques ont craint que la Belgique ne perde le nord au sens premier du terme, avec l'hypothèse d'une sécession de la Flandre. Mais pendant que, durant de très longs mois, les présidents de tous les partis démocratiques négociaient une importante réforme de l'État devant permettre aux différentes composantes du pays de continuer à vivre ensemble, pendant que le gouvernement fédéral démissionnaire, avec une voilure réduite par les affaires courantes, tentait de maintenir la barre socio-économique, le Parlement fédéral se découvrait une quasi-unanimité dans l'adoption de la loi « anti-burqa¹⁷¹ ». Le spectre du voile intégral a-t-il fait perdre à la Belgique le nord politique et juridique? Il y a malheureusement lieu de le craindre.

Bien sûr, le voile intégral est plus qu'antipathique et anxiogène. Celles qui le portent volontairement affichent leur rejet de la société occidentale dans laquelle elles vivent et dont elles sont souvent issues, leur mépris pour leurs concitoyens, leur témoignage en faveur d'un islam radical. Mais notre société ne risque-t-elle pas de tomber dans le piège tendu par cette provocation en réagissant de manière disproportionnée? Ne met-elle pas en péril les valeurs qui la fondent en tentant de les protéger d'une façon excessive? Ces valeurs ne supposent-elles pas que l'on accepte d'être confronté aux idées et attitudes qui choquent, inquiètent ou heurtent? Reprenons les trois objectifs que le législateur prétendait poursuivre.

Au nom d'une politique sécuritaire, à quelle peau de chagrin réduira-t-on le droit à la vie privée et les libertés individuelles en général¹⁷²? À l'heure où l'on prend conscience des dérives de la lutte contre le terrorisme¹⁷³, retombera-t-on dans les mêmes dramatiques erreurs pour combattre l'islam radical? Au nom de quoi exiger désormais que chacun soit en tout lieu et en tout temps directement identifiable dans l'espace public? Jusqu'où faut-il défendre la dignité de la femme contre elle-même, sans finalement la considérer indigne d'autonomie? Est-ce finalement un hasard si les deux députées qui ont exprimé le plus de réticences à l'égard de la proposition de loi étaient deux femmes ouvertement féministes, Eva Brems et Zoé Genot?

Qu'est-ce que ce « vivre ensemble »? Quelles contraintes peut-il imposer à l'ensemble des citoyens et plus particulièrement aux minorités suscitant la

171. Entre le 1^{er} janvier et le 31 juillet, seules 55 lois ont été adoptées par le Parlement fédéral. La grande majorité d'entre elles, pour ne pas écrire la totalité, visaient à faire face à la situation économique ou à rencontrer les obligations internationales de l'État belge. La loi du 1^{er} juin 2011 fait donc figure d'exception.

172. Selon la célèbre formule de l'arrêt *Klass c. République fédérale d'Allemagne*, il convient de se garder de saper voire de détruire la démocratie au motif de la défendre (Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 6 septembre 1978, série A, n° 28, § 49).

173. « L'État de droit ne peut se construire sur la base d'un état de guerre où les règles de droit et plus particulièrement, les droits fondamentaux se trouvent gravement réduits ou même disqualifiés. Restons donc vigilants : de totale, la guerre peut devenir totalitaire », (VANDERMEERSCH D., « Le mandat d'arrêt européen et la protection des droits de l'homme », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2005, p. 236). La politique sécuritaire antiterroriste a valu à la Belgique sa première « condamnation » par le Comité des droits de l'Homme des Nations unies dans l'affaire Sayadi, où des innocents ont été frappés d'une véritable mort civile (Voir KRENC F., « La Belgique "condamnée" pour la première fois par le Comité des droits de l'Homme sur fond de lutte contre le terrorisme – Cap sur Genève! », *Journal des tribunaux*, 2009, p. 621-629).

méfiance d'une majorité bien-pensante? Après avoir exigé d'exhiber son visage, justifiera-t-il l'interdiction de la mendicité et l'éviction des clochards des bancs publics, qui perturbent la quiétude des passantes et des passants honnêtes, tous ces gens bien intentionnés qui ont le droit de se promener sans être perturbés par la vue de la misère¹⁷⁴? Comment encore s'opposer demain à une majorité qui estimerait que le « vivre ensemble » est incompatible avec certains comportements tels qu'afficher une relation homosexuelle¹⁷⁵?

Les valeurs occidentales reposent sur deux piliers interdépendants, la démocratie et les droits de l'homme. La Cour constitutionnelle rappelle souvent qu'une restriction à une liberté ne peut être l'œuvre que d'une « assemblée délibérante, démocratiquement élue¹⁷⁶ ». La loi ne peut donc être adoptée qu'au terme d'un débat démocratique. Le droit ne va pas jusqu'à définir la qualité que doit atteindre ce débat et il n'est pas question d'en faire une condition de validité de la loi. Néanmoins, il arrive à la Cour européenne des droits de l'Homme de relever qu'une loi fut « le fruit d'un vaste ensemble de réflexions, de consultations et de débats¹⁷⁷ », ce qui fera pencher la balance des intérêts en faveur du législateur. Pour la sauvegarde de la loi du 1^{er} juin 2011, il est préférable que pareille pondération ne soit pas entreprise. On l'a vu, les débats ont été inexistantes. Les objections formulées par certains députés n'ont jamais été rencontrées; il n'est même pas certain qu'elles aient été entendues. Le Sénat a renoncé à se saisir du projet. Les organisations de défense des droits de l'homme n'ont pas eu accès au Parlement. Le refus de prendre en compte l'avis du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme est particulièrement saisissant, celui-ci ayant précisément été institué par le législateur pour adresser des avis et recommandations aux pouvoirs publics¹⁷⁸. Il est tout aussi singulier que le texte n'ait pas été soumis au Conseil d'État. Ou alors les parlementaires se sont-ils souvenus que, tentant de répondre aux objections de celui-ci à l'encontre de propositions tendant à interdire les signes convictionnels dans la fonction publique, le législateur a fini par renoncer à légiférer¹⁷⁹.

174. Jusqu'ores, le Conseil d'Etat considère qu'une mesure de police consistant en une interdiction générale de la mendicité génère une « disproportion manifeste » par rapport à l'objectif poursuivi, à savoir faire cesser des troubles causés à l'ordre, la sécurité et la tranquillité publics et constitue dès lors, de la part de l'autorité administrative, une « erreur manifeste d'appréciation » (C. E., arrêt 68.735 du 8 octobre 1997, *Revue belge de droit constitutionnel*, 1997/4, p. 407-436, avec le rapport de l'auditeur Michel Quintin et les observations de Sébastien Van Drooghenbroeck, « Mendicité, ordre public et proportionnalité »).

175. La Cour européenne des droits de l'Homme a ainsi dénoncé l'interdiction d'organiser à Moscou des manifestations pour le droit des homosexuels, motivée par le souci de préserver la moralité publique et les sensibilités religieuses majoritaires, en considérant que « la société ne peut se positionner sur des questions aussi complexes que celle soulevée en l'espèce que par un débat équitable et public. Un tel débat, appuyé sur la recherche universitaire, serait bénéfique pour la cohésion sociale, car il permettrait l'expression de tous les points de vue, y compris celui des premiers intéressés » (arrêt *Alekseyev c.*, fédération de Russie du 21 octobre 2010, § 86).

176. Voir par exemple l'arrêt n° 29/2010 du 18 mars 2010, B.16.1.

177. Cour européenne des droits de l'Homme (grande chambre), arrêt du 10 avril 2007, *Evans c.*, Royaume-Uni, § 86. Voir VAN DROOGHENBROECK S., « Conflits entre droits fondamentaux, pondération des intérêts : fausse piste(?) et vrais problèmes », in RENCHON J.-L., *Les droits de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 343.

178. Article 3 de la loi du 15 février 1993 créant un centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme.

179. Voir note sur le rapport de la Commission du Parlement bruxellois, *Doc. P.R.B.C.*, 2010-2011, n° A-46/2. Voir DELGRANGE X., « Mixité sociale... », *op. cit.*, p. 499-500.

En outre, tout en pressant le Parlement de voter le texte séance tenante, plusieurs orateurs ont concédé que la voie pénale ne permettrait pas de résoudre le problème du voile intégral, qu'elle n'était qu'un premier pas qui devrait nécessairement être accompagné de mesures positives en matière d'intégration des personnes d'origine étrangère et d'un renforcement des politiques d'éducation. Étrange retournement du principe selon lequel le droit pénal, ce droit odieux, est la voie ultime qui ne peut être empruntée que lorsqu'aucune autre ne permet d'atteindre le but visé¹⁸⁰. Gageons toutefois que le jour où le Parlement abordera ce dossier, il retrouvera naturellement son train de sénateur et prendra le temps de consulter toutes les instances susceptibles de contribuer à une amélioration de la législation. Même s'il ne s'agira plus cette fois de dispositions pénales, ce sera tout profit pour la sécurité juridique.

La Cour européenne des droits de l'Homme exige que la loi elle-même soit de qualité : « On ne peut [...] considérer comme “une loi” qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences qui peuvent découler d'un acte déterminé¹⁸¹. » Le champ d'application, tant matériel que territorial, du nouvel article 563 bis du Code pénal est à ce point démesuré que la norme ne peut pas être qualifiée de prévisible¹⁸². Le spectre du gouvernement des juges est souvent agité. Ici, c'est d'un gouvernement policier qu'il s'agit : il reviendra en effet aux forces de l'ordre de déterminer l'applicabilité de la loi en distinguant elles-mêmes, sans l'aide d'un quelconque critère légal, les comportements acceptables de ceux incompatibles avec le « vivre ensemble ». La police sera confrontée à l'alternative suivante. Soit elle classe la loi parmi les textes connaissant la désuétude en même temps que la publication, considérant qu'elle n'est pas destinée à être appliquée. Malgré son caractère pénal, elle n'aurait qu'une vocation prescriptive¹⁸³. Mais alors, plutôt que de recourir à la pénalisation, n'eût-il pas été préférable d'adopter une résolution solennelle ? Soit la police tente de dégager une interprétation raisonnable de celle-ci, permettant de l'appliquer. Soucieuse de respecter la volonté du législateur, elle compulsera les travaux préparatoires qui lui permettront d'identifier l'unique objet de la prohibition : le voile intégral. Dans cette dernière hypothèse, il appartiendra en définitive à la maréchaussée de stigmatiser une catégorie de la population. La députée Eva Brems dénonçait ainsi cette hypocrisie ambiante, sans toutefois parvenir à faire réagir ses collègues : « Il n'est bien sûr pas question ici de bonnets ni de lunettes de soleil. Il n'est pas question de nous, ni de nos enfants,

180. Voir VAN DE KERCHOVE M. et VAN DROOGHENBROECK S., « La subsidiarité et le droit pénal : aspects nouveaux d'une question ancienne », in DELPÉRÉE F. (dir.) *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 153-160.

181. Par exemple, Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt *Rekvenyi c. Hongrie* du 20 mai 1999, § 34.

182. Voir en ce sens l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 25 octobre 2011, *Altug Taner Akcam c. Turquie*, § 95, où la Cour a considéré que l'interdiction faite de dénigrer la « nation turque » est excessivement large, ce qui ne permet pas aux individus de prévoir les conséquences de leurs actes (« does not meet the “quality of law” required by the Court's settled case-law, since its unacceptably broad terms result in a lack of foreseeability as to its effects »).

183. Voir en ce sens le philosophe DE SMET F., « Le voile intégral et la névrose de la pureté », [www.francoisdes-met.wordpress.com].

mais bien de ces 200 femmes musulmanes résidant en Belgique qui portent un voile couvrant leur visage – ou portaient, car dès qu'un tel voile est repéré, les autorités locales s'empressent de l'interdire par le biais d'un règlement de police. Ce qui est visé ici, c'est l'autre, cet autre par trop visible¹⁸⁴. »

La loi est inapplicable parce que législateur n'a pas assumé l'unique objectif réellement poursuivi et a voulu tout à la fois éviter d'être taxé d'islamophobie et éviter une annulation fondée sur la discrimination directe à l'égard d'une religion. Mais, à force de surfer sur la vague du politiquement correct, l'on risque de sombrer dans l'hypocritement abject.

Si le législateur français s'est inquiété de la réaction du Conseil constitutionnel, l'hypothèse d'une censure par la Cour constitutionnelle n'a manifestement pas traversé l'esprit de son homologue belge : une loi adoptée à la quasi-unanimité ne peut être que validée, au pire symboliquement écornée¹⁸⁵. C'est oublier que le rôle de la Cour constitutionnelle est justement de protéger la société d'un excès de la majorité parlementaire : la loi n'exprime valablement la volonté de la majorité que dans le respect de la minorité. Si la Cour devait moduler son contrôle en fonction du résultat plus ou moins stalinien du vote, elle perdrait sa raison d'être. Or, le Talmud déjà se méfiait de l'unanimité : une condamnation prononcée à l'unanimité était trop suspecte pour être exécutée¹⁸⁶. Si l'on transpose cela à la délibération d'une assemblée législative, l'unique opposition verte a paradoxalement validé la loi !

Peut-on rêver que la Cour constitutionnelle donne l'occasion au législateur de remettre l'ouvrage sur le métier ? Celui-ci pourrait alors prendre le temps de méditer la méthode prônée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa Résolution « Islam, islamisme et islamophobie en Europe » du 23 juin 2010 :

« Le port du voile par les femmes, et surtout le port du voile intégral sous la forme de la burqa ou du niqab, est souvent perçu comme un symbole de soumission des femmes aux hommes, qui restreint le rôle des femmes au sein de la société, limite leur vie professionnelle et entrave leurs activités sociales et économiques. Ni le port du voile intégral par les femmes ni même celui du foulard ne sont admis comme une obligation religieuse par tous les musulmans, mais nombre d'entre eux voient ces pratiques comme une tradition sociale et culturelle. L'Assemblée estime que cette tradition pourrait représenter une menace pour la dignité et la liberté des femmes. Aucune femme ne devrait être contrainte de porter une tenue religieuse par sa communauté ou par sa famille. Tout acte d'oppression, de séquestration ou de violence constitue un crime qui doit être puni par la loi. Les femmes victimes de ces crimes doivent être protégées par les États membres, quel que soit leur statut, et bénéficier de mesures de soutien et de réhabilitation.

184. Plénière, 2011, p. 73.

185. Quant à l'avertissement lancé par la cour de Strasbourg dans son arrêt Arslan, il n'a manifestement pas retenti jusque Bruxelles.

186. Voir par exemple BERNHEIM G. « La révélation dans la loi juive », in DUPUY D. (dir.), *Juifs et chrétiens : un vis-à-vis permanent*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1988, p. 119.

C'est la raison pour laquelle la possibilité d'interdire le port de la burqa et du niqab est envisagée par les parlements de plusieurs pays d'Europe. L'article 9 de la Convention reconnaît à toute personne le droit de choisir librement de porter ou non une tenue religieuse en privé ou en public. Les restrictions légales imposées à cette liberté peuvent se justifier lorsqu'elles s'avèrent nécessaires dans une société démocratique, notamment pour des raisons de sécurité ou lorsque les fonctions publiques ou professionnelles d'une personne lui imposent de faire preuve de neutralité religieuse ou de montrer son visage. Toutefois, l'interdiction générale du port de la burqa et du niqab dénierait aux femmes qui le souhaitent librement le droit de couvrir leur visage.

De plus, une interdiction générale pourrait avoir un effet contraire, en poussant les familles et la communauté à faire pression sur les femmes musulmanes pour qu'elles restent chez elles et se limitent à entretenir des contacts avec d'autres femmes. Les femmes musulmanes subiraient une exclusion supplémentaire si elles devaient quitter les établissements d'enseignement, se tenir à l'écart des lieux publics et renoncer au travail hors de leur communauté pour ne pas rompre avec leur tradition familiale. L'Assemblée invite, par conséquent, les États membres à élaborer des politiques ciblées, destinées à sensibiliser les femmes musulmanes à leurs droits, à les aider à prendre part à la vie publique, ainsi qu'à leur offrir les mêmes possibilités de mener une vie professionnelle et de parvenir à une indépendance sociale et économique. À cet égard, l'éducation des jeunes femmes musulmanes, de leurs parents et de leur famille est primordiale. Il est en particulier nécessaire de supprimer toute forme de discrimination à l'encontre des filles et de développer l'éducation en matière d'égalité entre les femmes et les hommes, sans stéréotypes et à tous les niveaux du système d'éducation¹⁸⁷. »

◆ POST-SCRIPTUM

Depuis que cet article a été rédigé, en juin 2012, comme attendu, la Cour constitutionnelle a rendu, le 6 décembre 2012, son arrêt relatif aux recours introduits contre la loi visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage¹⁸⁸. Comme attendu, elle a calqué son dispositif sur celui du Conseil constitutionnel français, rejetant les recours sous une réserve d'interprétation : la notion de tous « lieux accessibles au public » peut s'interpréter très largement mais pas au point de viser les lieux de culte. Il serait en effet « manifestement déraisonnable » d'y interdire « le port de vêtements correspondant à l'expression d'un choix religieux », (B.30).

187. Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1743 (2010), « Islam, islamisme et islamophobie », points 15-17, [<http://assembly.coe.int>].

188. Arrêt n° 145/2012 du 6 décembre 2012. L'arrêt peut être consulté sur le site de la Cour constitutionnelle, [www.const-court.be]. Cet arrêt a déjà fait l'objet des commentaires suivants : AGTEN T., « "Boerkaverbod" doorstaat de toets van het Grondwettelijk Hof », *Tijdschrift voor Mensenrechten*, 2013/1, p. 15-16; OUALD CHAIB S., « Belgian Constitutional Court says Ban on Face Coverings does not violate Human Rights », *Strasbourg Observers*, [<http://strasbourgobservers.com>]; CHRISTIANS L.-L., MINETTE S. et WATTIER S., « Le visage du sujet de droit : la burqa entre religion et sécurité », *Journal des tribunaux*, 2013/13, p. 242-245; NINANE G., « Le débat sur la nécessité des restrictions au droit à l'expression dans une société plurielle... lorsque la liberté est la règle », *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2013/11, p. 647-656.

Pour le reste, la loi est entièrement validée et toutes les options du législateur sont approuvées.

La Cour constate que la loi institue une sanction pénale « à l'égard de ceux qui se présenteraient dans les lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en manière telle qu'ils ne sont pas identifiables » (B.13). Elle considère tout d'abord que les expressions « lieux accessibles au public » et « identifiables » relèvent du vocabulaire commun et qu'elles satisfont dès lors à l'exigence de légalité de la loi pénale en ce qu'elles permettent « à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable » (B.7). La Cour ne répond toutefois pas au requérant qui estime qu'il est porté atteinte à la vie privée puisqu'il serait désormais interdit de déambuler en rue affublé, suivant la saison, de lunettes de soleil ou d'une cagoule (A.1.7.1 et B.2.2.2). La Cour se contente simplement de citer des extraits des travaux préparatoires selon lesquels la loi vise non seulement la burqa mais également « toute personne qui a le visage dissimulé en tout ou en partie par une cagoule, une écharpe ou un casque ». De même, elle cite ce parlementaire qui affirme que « sur le plan juridique, à la suite des observations émises, il convenait de rappeler que par rapport à quelqu'un qui porte un casque comme un motocycliste, un pompier, un soudeur, toutes les situations n'étaient évidemment pas visées par la proposition de loi. Par contre, un motocycliste qui entrait casqué dans un magasin et ne pouvait être reconnu, rentrait dans le cadre juridique visé » (B.4.6). Elle ne s'assure toutefois pas que ces exceptions peuvent effectivement se déduire de la lecture du texte et estime ne devoir exprimer aucune réserve à cet égard.

La Cour identifie trois objectifs poursuivis par le législateur : « La sécurité publique, l'égalité entre l'homme et la femme et une certaine conception du 'vivre ensemble' dans la société » (B.17). Elle qualifie logiquement ces objectifs de légitimes (B.18) et annonce alors un contrôle de proportionnalité, rappelant à plusieurs reprises que, confrontée à une législation apportant une restriction aux libertés d'expression et de religion, elle doit examiner si cette ingérence « est nécessaire dans une société démocratique, répond à un besoin social impérieux et est proportionnée par rapport aux buts légitimes poursuivis par le législateur » (B.14 voir encore notamment les considérants B.19, B.24, B.36, B.44.2, B.61). Ce contrôle de proportionnalité prend cependant les atours de Godot. Cependant, le fait qu'il soit évoqué (invoqué?) aussi souvent ne permet pas de l'incarner. La motivation de l'arrêt rappelle au contraire ce proverbe arabe : « L'on ne parle jamais autant d'eau que dans le désert¹⁸⁹. »

Classiquement, le contrôle de proportionnalité se décline en trois étapes, qui amènent le juge à pénétrer toujours plus avant dans le cœur du travail du législateur¹⁹⁰.

La proportionnalité suppose au premier chef que l'on s'assure que la mesure adoptée est adéquate ou appropriée, ce qui signifie qu'elle permet d'atteindre le

189. Cité notamment par VELAERS J., « De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht na de recente herzieneing van de Grondwet », *Limburgs Rechtsleven*, 2000, p. 376.

190. VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Publications université Saint-Louis, 2001, p. 224-423.

but poursuivi. La sécurité publique requerrait l'adoption de la loi au motif que certaines personnes commettent des infractions le visage dissimulé. Il n'est toutefois pas établi que le risque d'une sanction pénale de quatrième classe dissuadera les braqueurs de banques de passer à l'action.

La proportionnalité requiert ensuite que la norme soit nécessaire. Comme le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme, « lorsqu'elles décident de restreindre les droits fondamentaux des intéressés, les autorités doivent choisir les moyens les moins attentatoires aux droits en cause¹⁹¹ ». À le supposer fondé – ce qui nécessiterait une démonstration solidement étayée –, l'argument de la nécessité de protéger la dignité de la femme contre elle-même ne pourrait justifier une loi aussi générale, s'appliquant tous sexes et toute dissimulation confondus. La Cour serait-elle ébranlée par la considération que la loi aurait pour effet de sanctionner la victime lorsque la femme est contrainte de porter la burqa par son entourage? Elle se contente de renvoyer à l'article 71 du Code pénal selon lequel il n'y a pas infraction en cas de contrainte irrésistible (B.29.2). Il convient toutefois de rappeler que cette cause de non-imputabilité doit être appréciée « *in concreto* en tenant compte de la psychologie personnelle » de la personne¹⁹².

La proportionnalité exige enfin une mise en balance des intérêts en présence. Ainsi, saisie par un révisionniste assumé d'un recours contre une loi réprimant la négation du génocide, la Cour constitutionnelle a considéré que le législateur peut intervenir « de manière répressive lorsqu'un droit fondamental est exercé de manière telle que les principes de base de la société démocratique s'en trouvent menacés et qu'il en résulte un dommage inacceptable pour autrui¹⁹³ ». Suivant ce précédant, la Cour n'aurait pu valider la loi « anti-burqa » que si elle avait démontré que dissimuler son visage dans l'espace public menace les fondements de la société belge. La Cour se contente néanmoins d'une pétition de principe : « L'individualité de tout sujet de droit d'une société démocratique ne peut se concevoir sans que l'on puisse percevoir son visage, qui en constitue un élément fondamental. [...] Dès lors que la dissimulation du visage a pour conséquence de priver le sujet de droit, membre de la société, de toute possibilité d'individualisation par le visage alors que cette individualisation constitue une condition fondamentale liée à son essence même, l'interdiction de porter dans les lieux accessibles au public un tel vêtement, fût-il l'expression d'une conviction religieuse, répond à un besoin social impérieux dans une société démocratique » (B.21). Pour la Cour, le droit de reconnaître autrui en toute circonstance est devenu un droit à ce point fondamental qu'il ne souffre aucune exception et ne se prête donc à aucune balance des intérêts¹⁹⁴. L'interdiction de cacher son visage rejoint donc les droits intangibles, tels la prohibition de la

191. Voy. par exemple Cour eur. Dr. h., arrêt du mouvement *Raïlien c. Suisse* du 13 juillet 2012, § 75.

192. Cass., 26 avril 1989, cité par TULKENS F., VAN DE KERCHOVE M., CARTUYVELS Y. et GUILLAIN C., *Introduction au droit pénal*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 428.

193. Cour constitutionnelle, arrêt n° 45/96 du 12 juillet 1996, B.7.15.

194. En ce sens, CHRISTIANS L.-L., MINETTE S. et WATTIER S., « Le visage... », *op. cit.*, p. 243 : « La Cour érige l'individuation du visage en valeur juridique fondamentale, en droit naturel de la démocratie. Cette affirmation solennelle rompt la balance classique des tests de limitabilité des droits fondamentaux en faveur d'un méta-principe ("l'essence du sujet de droit"). »

torture ou des traitements inhumains et dégradants. Mais revient-il au législateur, avec la bénédiction de la Cour constitutionnelle, de proclamer un droit intangible pour priver une personne d'un droit fondamental consacré par la Constitution et le droit international des droits de l'homme¹⁹⁵? Pourquoi l'individualité suppose-t-elle nécessairement l'exhibition du visage? Pourquoi l'individualisation est-elle « une condition fondamentale liée à son essence même » du sujet de droit? Peut-être est-ce à ce point évident qu'aucune démonstration n'est nécessaire.

Ne peut-on trouver dans ce considérant l'aveu implicite que la Cour a renoncé à appliquer effectivement le contrôle de proportionnalité : « Pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus, même le rejet des valeurs fondamentales de notre société démocratique peut être exprimé, mais la manière de l'exprimer est susceptible de restrictions. Il relève de la marge d'appréciation du législateur de déterminer les restrictions aux libertés précitées qui peuvent être réputées nécessaires dans la société démocratique dans laquelle il exerce ses compétences » (B.12)? La Cour abandonne au législateur le soin de « réputer » nécessaires les restrictions à la liberté d'expression et de culte. Il n'est plus question de démontrer la nécessité, encore moins de rechercher la voie la moins dommageable, mais simplement d'avoir la latitude de réputer nécessaire. Et la Cour d'imposer aux adeptes de la burqa un dilemme en forme d'ultimatum : si vos convictions religieuses ou autres ne vous permettent pas de sortir de chez vous sans votre burqa, restez enfermées¹⁹⁶.

Enfin, la dissimulation du visage est prohibée quelle que soit la motivation qui anime le coupable et les conséquences de son acte, étant indépendant de toute atteinte concrète à l'ordre public. Pourtant, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré, dans l'affaire *Arslan c. Turquie*, que la condamnation de personnes qui portaient des vêtements religieux leur couvrant la tête dans des lieux publics, sans constituer ou risquer de « constituer une menace pour l'ordre public ou une pression sur autrui », était disproportionnée¹⁹⁷. Elle relève pour conclure que l'atteinte portée à la liberté de manifester ses convictions ne se fondait pas sur des motifs suffisants au regard de l'article 9 de la Convention, « qu'il ne ressort pas du dossier que la façon dont les requérants ont manifesté leurs croyances par une tenue spécifique constituait ou risquait de constituer une menace pour l'ordre public ou une pression sur autrui. En effet, les requérants [...] s'étaient réunis devant une mosquée, dans la tenue en cause, dans le seul but de participer à

195. Comme l'observe Geoffrey Ninane, « on peut se demander si ce n'est pas dès ce point de départ que le raisonnement du législateur est biaisé. En effet, vouloir favoriser un modèle de société fondé sur la reconnaissance du visage de l'individu est une chose mais, dès lors que ce modèle a pour objet de restreindre certaines libertés publiques, encore faut-il que la restriction soit justifiée par une nécessité de protéger les droits et libertés d'autrui. Dans 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... », (*op. cit.*, p. 649).

196. « La circonstance qu'afin de ne pas circuler le visage non dissimulé pour se conformer à ce qu'elles estiment correspondre à leurs convictions religieuses, les parties requérantes [...] resteraient chez elles résulte de leur choix et non d'une contrainte illégitime qui leur serait imposée par la loi attaquée », (B.40.2).

197. Cour européenne des droits de l'Homme, 2^e section, arrêt du 23 février 2010, Ahmet Arslan et autres c. Turquie, requête n° 41135/98.

une cérémonie à caractère religieux¹⁹⁸ ». Devant la Cour constitutionnelles, les requérantes ont invoqué cet arrêt *Arslan* de 2010, par ailleurs le seul où il est question de la dissimulation du visage dans l'espace public (A.4.2.3). La Cour constitutionnelle l'ignore alors qu'elle se réfère abondamment à la jurisprudence strasbourgeoise (B.16). N'est-ce pas constitutif d'un défaut de motivation qui pourrait irriter Strasbourg ?

En tout cas, les requérantes ont annoncé qu'elles iraient en Alsace¹⁹⁹. L'on ne pourrait que leur suggérer de pousser une pointe jusqu'en Suisse. En effet, le Comité des droits de l'Homme des Nations unies a récemment dénoncé la disproportion de la loi française la loi du 15 mars 2004 interdisant le port de signes religieux ostensibles à l'école publique. Ce Comité rappelle tout d'abord que « l'État peut limiter la liberté de manifester une religion si l'exercice de cette liberté nuit à l'objectif déclaré de protection de la sécurité, de l'ordre, de la santé et de la morale publics, ainsi que des droits fondamentaux et des libertés d'autrui ». Procédant alors à l'analyse des implications concrètes de cette loi, il considère que « l'État partie a appliqué cette sanction préjudiciable à l'auteur, non parce que sa conduite personnelle créait un risque concret, mais simplement parce qu'il a été considéré comme appartenant à une large catégorie de personnes définies par leur conduite motivée par des raisons religieuses. À cet égard, le Comité note que l'État affirme que cette large extension de la catégorie de personnes à qui il est interdit de respecter les préceptes de leur religion simplifie l'administration de la politique restrictive mise en place, mais estime qu'il n'a pas été démontré que le sacrifice des droits de ces personnes était nécessaire ou proportionné aux buts visés²⁰⁰ ».

198. Arrêt Ahmet Arslan, *op. cit.*, § 50.

199. Elles y sont précédées par des ressortissantes françaises qui ont introduit une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme contre la loi française du 11 octobre 2010 « interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public » (requête n° 43835/11 SAS contre la France introduite le 11 avril 2011).

200. Comité des droits de l'Homme des Nations unies, Communication n° 1852/2008 du 1^{er} novembre 2012, *Bikramjit Singh c.*, France, [www.ccrpcentre.org].

La burqa en Italie : d'une politique locale à une législation nationale

Au cours des dix dernières années, l'Italie, comme d'autres États européens, a vu se développer un débat public, politique et juridique sur le port de la burqa¹ et la question de savoir si, et dans quelle mesure, ce vêtement était compatible avec le système constitutionnel et politique italien. Le contexte dans lequel ce débat a émergé en Italie se distingue toutefois de son pendant français.

Contrairement à la France, l'Italie est un État peu centralisé, unifié seulement depuis 1861 et qui demeure attaché à de fortes traditions régionales et locales. Récemment, un mouvement de résistance à la centralisation s'est d'ailleurs inscrit dans cette tradition allant même jusqu'à prôner l'indépendance à l'égard de l'État central. Ce mouvement a vu le jour avec l'essor de la Ligue du Nord (*Lega Nord*), un parti qui a connu un certain succès politique sur la base d'un programme populiste et raciste. En 1994, la *Lega Nord* est ainsi devenue pour la première fois membre de la coalition du premier gouvernement Berlusconi. En 2001, sous l'influence de la *Lega Nord*, la Constitution italienne a été modifiée, transférant de nombreuses compétences nationales aux autorités régionales et locales². Loin de devenir un État fédéral, cette réforme a toutefois régionalisé la structure de l'État italien. Ce changement institutionnel mérite ici d'être rappelé, cela parce que la question de la burqa s'est bien posée en Italie dans le cadre de cette dynamique de décentralisation et non pas dans le contexte d'un État fortement centralisé comme ce fut le cas en France. En effet, comme on le verra, ce sont les maires de certaines villes affiliées à la *Lega Nord* en Italie du Nord qui ont provoqué les premiers débats

1. Tout en étant conscient des différents qualificatifs désignant les vêtements religieux islamiques couvrant le visage des femmes, ainsi que du discours simplificateur et réducteur se cachant derrière les interdictions de la burqa en public, cette contribution utilisera, pour une question de simplicité, l'expression burqa pour indiquer des pièces tant différentes comme : burqa, niqab, ou le pak chador, mais également la possibilité de porter d'autres vêtements qui ne dissimulent pas nécessairement le visage, à l'instar du haik, mais qui peuvent être utilisés à cette fin.

2. La réforme a surtout concerné les articles du V^e titre de la Constitution italienne et en particulier les articles 114, 117 et 119.

autour du port de la burqa. En Italie, ces débats ont donc d'abord été locaux avant de devenir un enjeu national, contrairement au cas français où la question a directement été placée sous l'angle de la définition de l'identité nationale.

L'Italie n'a pas non plus adopté le même modèle de laïcité que la France. La présence et l'influence historique de l'Église ainsi que le poids des autorités du Vatican sur la vie publique et politique italienne ont mené à un encadrement différent de la liberté religieuse dans ce pays, ce qui explique pourquoi, au moins apparemment, la présence de certains symboles religieux dans l'espace public ne suscite pas les mêmes critiques qu'en France où l'apposition d'une croix ou de tout autre symbole religieux dans les institutions publiques serait impensable³. La tolérance envers les symboles religieux dans l'espace public explique également les raisons pour lesquelles le débat sur le port du voile islamique par les enseignantes ou les étudiantes n'a pas eu lieu en Italie alors même qu'il était très présent en France, en Allemagne ou en Suisse.

Cela dit, tant le contexte international que la controverse sur la burqa en France ont cependant eu un écho en Italie, le fait même que d'autres États européens aient adopté des interdictions du port de la burqa dans l'espace public étant en effet invoqué dans les débats parlementaires italiens. Dans cette perspective, on affirme ainsi que l'Italie ne devrait pas rester à la traîne des autres pays civilisés. En outre, à l'exception du discours sur la laïcité, les arguments de sécurité publique, de terrorisme international, de protection de la dignité et d'égalité des femmes, d'intégration sociale et culturelle... qui ont été présentés dans les différentes propositions de loi italiennes visant à interdire la burqa, sont quasiment identiques à ceux qui ont pu être exposés dans d'autres États européens. On observe ainsi une convergence dans les représentations véhiculées sur l'islam, une religion ainsi perçue comme misogyne et dangereuse, incompatible avec les valeurs communes et les systèmes juridiques occidentaux. Et, comme en France ou en Belgique, ces présomptions sont largement partagées. Transcendant le clivage gauche-droite sur l'échiquier politique, l'interdiction du port de la burqa dans l'espace public devient une position quasi unanimement défendue par les représentants italiens.

◆ AUX SOURCES DU DÉBAT : LES MAIRES « SHERIFFS » DU NORD DE L'ITALIE

Contrairement à ce qui s'est passé en France, où la question de la burqa est apparue comme un problème national⁴, l'Italie, comme la Belgique par ailleurs, a profité de laboratoires locaux où le système juridique d'interdiction du port de

3. Cependant, dans l'affaire *Lautsi*, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme, a récemment statué que la croix affichée dans (certaines) écoles publiques en Italie ne violait pas le principe de liberté religieuse. *Lautsi c. Italie* [GC], requête n° 30814/06, 18 mars 2011.

4. *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* (Loi n° 2010-1192, 11 octobre 2010, *JORF* 12 octobre 2010), entrée en vigueur en 2011 suite à la décision du Conseil constitutionnel déclarant sa constitutionnalité quasi-totale (Conseil constitutionnel, décision CC 2010-613 DC, 7 octobre 2010) et malgré l'opinion négative donnée par le Conseil d'État, qui avait retenu qu'une interdiction totale posait problème et suggéré plutôt de renforcer des dispositions existantes (Conseil d'État, « *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral* », 25 mars 2010, [http://www.conseil-etat.fr/cde/media/document/avis/etude_vi_30032010.pdf].)

ce vêtement religieux a été testé : des maires populistes avaient en effet adopté des ordonnances qui invoquaient des raisons d'ordre public et de sécurité pour en interdire le port. Dans ce contexte, ces maires se présentaient régulièrement comme des « *sheriffs* », garant de l'ordre et tout puissant sur le territoire qu'ils avaient à gérer⁵.

Ces maires ont alors fait preuve d'une imagination débordante en adoptant des ordonnances tendant à normer toujours plus les comportements sociaux : interdiction de la prostitution dans les rues ; interdiction du lavage des vitres de voitures aux intersections des carrefours ; interdiction de la consommation d'alcool en public ; imposition de critères et de conditions tels l'utilisation de la langue italienne dans des réunions publiques ; justification d'un salaire minimum pour obtenir l'autorisation de séjourner dans la commune... La plupart de ces ordonnances ont été annulées, tantôt parce qu'elles étaient jugées discriminatoires, tantôt parce qu'en les adoptant, les maires avaient outrepassé le champ de leurs compétences. Dans un cas particulièrement extrême, un maire fut même accusé d'usurpation de fonctions publiques⁶.

En ce qui concerne le port de la burqa, le débat a émergé en 2007⁷ avec l'adoption, par le maire d'Azzano Decimo, un village du Nord-Est de l'Italie, d'une ordonnance par laquelle il ordonnait aux habitants de respecter deux réglementations distinctes : (i) l'article 85 du *Code de la Sécurité Publique*⁸, un vestige fasciste interdisant la dissimulation du visage en public ; (ii) l'article 5 de la *Loi sur l'Ordre Public* (LOP)⁹. Ce dernier article interdit le port non justifié de casques protecteurs ou de tout autre moyen rendant difficile l'identification des personnes en public ou dans les espaces ouverts au public, à l'exception de certains événements sportifs où le port d'un couvre-chef serait requis. Les violations de ces règles sont punies d'une période d'emprisonnement d'un à deux ans et d'une amende de 1 000 à 2 000 €, l'individu contrevenant pouvant même faire l'objet d'une arrestation par les pouvoirs publics en cas de flagrant délit¹⁰. Cette ordonnance contient donc deux types d'interdictions : une interdiction générale pendant les

5. Sur cette expression voir : ITALIA V. et CAMARDA L., « Il sindaco "sceriffo" nei limiti dell'autonomia », *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, n° 23-24, 2008, p. 2305 – 2306.

6. RUGA RIVA C., « Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove atecniche di "diritto penale municipale" », *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n° 1, 2008, p. 142.

7. Comune di Azzano Decimo (PN), *Ordinanza del Sindaco*, n° 24, 27 juillet 2004.

8. *Regio decreto*, n° 773, 18 juin 1931, *Gazzetta Ufficiale (GU)*, n° 146, 26 juin 1931.

9. *Legge*, n° 152, 22 mai 1975, *Gazzetta Ufficiale (GU)*, n° 136, 24 mai 1975. Cette loi est également connue comme « *Legge Reale* », du nom du ministre de Justice qui avait proposé la loi. La LOP fut introduite pendant les « *anni di piombo* » (« *Années de plomb* »), une période de troubles internes violents dans les années 1970 jusqu'au début des années 1980. SCARPARI G., « La legge Reale, il burqa e il "comune sentire del popolo" », *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n° 1, 2006, p. 78. En 1978, la LOP fit l'objet, sans succès, d'un referendum abrogatif.

10. Le texte de l'article 5 de la LOP en langue originale est le suivant :

« 1. È vietato l'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo. È in ogni caso vietato l'uso predetto in occasione di manifestazioni che si svolgano in luogo pubblico o aperto al pubblico, tranne quelle di carattere sportivo che tale uso comportino.

2. Il contravventore è punito con l'arresto da uno a due anni e con l'ammenda da 1 000 a 2 000 euro.

3. Per la contravvenzione di cui al presente articolo è facoltativo l'arresto in flagranza. »

manifestations publiques, à l'exception de certains événements sportifs, et une interdiction plus limitée lorsqu'un individu a l'intention de se dissimuler ou de rendre difficile son identification sans justification. En l'espèce, l'ordonnance du maire interprète l'article 5 de la LOP de façon à inclure le port de la burqa dans le champ de son interdiction.

Cette ordonnance municipale fut annulée administrativement par le supérieur hiérarchique du maire, le *prefetto* (préfet¹¹), suite à un avis du ministère de l'intérieur recommandant son annulation¹². Le maire intenta une action contre ces deux actes auprès de la juridiction administrative du *Tribunale Amministrativo Regionale* (TAR). L'argument principal du maire était qu'il avait agi dans sa fonction et ses compétences de représentant élu local et non sur la base des compétences administratives qui lui sont attribuées en tant qu'officier gouvernemental. En effet, selon la répartition des compétences dans le système italien, l'autorité du préfet sur le maire et la possibilité d'annulation d'une ordonnance ne s'appliquent que dans ce deuxième cas. Le TAR jugea que le préfet avait agi selon ses compétences en annulant l'ordonnance, et qu'une interdiction générale de dissimuler son visage en public avec un vêtement comme la burqa ne résultait que d'une législation spécifique s'inscrivant dans un projet politique qui dépassait le plan local¹³.

Le maire d'Azzano Decimo a interjeté appel de cette décision devant le *Consiglio di Stato* (Conseil d'État italien). Celui-ci a confirmé la décision de première instance¹⁴ dans un arrêt devenu fondamental pour établir la répartition des pouvoirs et compétences entre les maires et l'État italien. Les juges administratifs ont d'abord analysé la nature de la disposition adoptée en observant que l'ordonnance ne s'inscrivait pas dans l'exercice d'un des pouvoirs d'un représentant élu local, mais relevait plutôt d'une compétence générale en matière de sécurité publique. Cette compétence est exercée de manière coordonnée entre les maires et les autorités de l'État. Dans ce cas, le préfet est le supérieur hiérarchique du maire et assure la direction et la coordination des officiers et agents de sécurité publique. Le préfet a compétence pour annuler les textes illégaux – dont les ordonnances – qui auraient été adoptés par l'autorité municipale. En l'espèce, l'annulation de cet acte administratif par le préfet ne constituait donc pas un excès de pouvoir et était légitime.

Le Conseil d'État s'est ensuite prononcé sur les questions substantielles soulevées par le maire, à savoir l'interprétation de l'interdiction de la dissimulation du visage en public par la burqa. Les juges ont alors estimé que loin de constituer une simple application du droit en vigueur, l'ordonnance interprétait plutôt largement la législation pénale. Les références aux articles 85 du *Code de la Sécurité Publique* et 5 de la LOP s'avéraient en effet incorrectes ou non pertinentes. Selon

11. *Decreto del Prefetto della Provincia di Pordenone*, prot. n° 11202/669/Area I, 9 septembre 2004.

12. *Parere del Ministero degli Interni*, n° 11001/65, 23 août 2004.

13. TAR Trieste (*Friuli Venezia Giulia*), arrêt n° 645, 16 octobre 2006, publié dans *Diritto & Giustizia*, n° 44, 2006, p. 111-113; et dans *Giurisprudenza di merito*, n° 9, 2007, avec note de GRECO V., « *Il divieto di indossare il velo islamico : tutela della sicurezza o strumento di lotta politica? Quando il sindaco eccede i suoi poteri* », p. 2423-2431.

14. *Consiglio di Stato*, partie VI, arrêt n° 3076, 19 juin 2008.

le premier de ces articles, il est interdit de se masquer en public alors que la burqa ne peut être associée à un simple masque puisqu'il s'agit bien, comme le rappelle le Conseil d'État, d'un vêtement traditionnel et religieux. Le second article limitait l'interdiction de dissimuler son visage aux manifestations publiques, ne prohibant donc pas la dissimulation du visage dans d'autres circonstances, pourvu que cette dissimulation n'ait pas pour finalité explicite d'empêcher l'identification de l'individu. En appliquant ce raisonnement à une femme portant une burqa, le Conseil d'État a considéré que des arguments religieux et culturels constituaient une justification suffisante pour couvrir son visage en public et n'avaient pas pour intention d'empêcher l'identification de celle qui porte ce vêtement.

Les nécessités de sécurité publique sont satisfaites par l'interdiction de se dissimuler pendant des manifestations et par l'obligation de toute personne de s'identifier et d'enlever la burqa lorsque cela est nécessaire. Toutefois, le Conseil d'État a admis que son interprétation n'empêchait pas que dans certains endroits et dans certains cas, des règles d'usages puissent être imposées administrativement, tant qu'elles sont raisonnables et justifiées sur la base de nécessités spécifiques et spéciales.

Dans une autre affaire, la police locale de Trévise, se fondant sur une ordonnance locale ayant le même contenu que celle décrite plus haut, avait dénoncé une femme d'origine marocaine portant une burqa et dissimulant son visage. Dans ce cas, l'affaire a été traitée par les juridictions pénales. Lors de la phase d'instruction, le procureur a demandé au juge de classer la plainte en estimant que la femme qui portait la burqa ne le faisait pas pour empêcher ou rendre difficile son identification, mais bien pour des raisons liées à son appartenance religieuse. Dans un tel contexte, il estimait que l'un des éléments constitutifs de l'infraction – l'intention délictueuse – était donc absent. Le tribunal a jugé que le port de la burqa, et par conséquent la dissimulation du visage en public pour des raisons religieuses, était licite. On notera par ailleurs qu'en l'espèce les policiers n'avaient pas eu de problème pour identifier la personne en question¹⁵. Le dossier a donc été classé par le juge¹⁶. Cette dernière affaire met en évidence la difficulté de considérer que le port de la burqa présente en tant que tel un risque pour la sécurité publique au terme des dispositions de l'article 5 de la LOP.

Une troisième affaire, concernant l'adoption d'une ordonnance municipale à Drezzo, un autre village situé dans le Nord-Ouest de l'Italie¹⁷, illustre à nouveau à quel point ces textes réglementaires ne sont pas motivés par des soucis de protection de l'ordre et de la sécurité publique, mais visent spécifiquement des

15. *Procura della Repubblica auprès du tribunale di Treviso*, Richiesta di archiviazione, 19 novembre 2004, publié dans *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n° 1, 2006, p. 176-177.

16. *Tribunale di Treviso*, Decreto di archiviazione, 3 mars 2005, *ibid.*, p. 177.

17. Comune di Drezzo (CO), *Ordinanza del Sindaco*, n° 8, 12 juillet 2004. Voir GNES M., « L'annullamento prefettizio delle ordinanze del sindaco quale ufficiale del governo », *Giornale di diritto amministrativo* (2009), n° 1, p. 46 à la note 10. D'autres ordonnances ont été adoptées pendant la même période dans des villages italiens du Nord : Biassono (MI), *Ordinanza del Sindaco*, 10 août 2004 et Calolziocorte (LC), *Ordinanza del Sindaco*, 22 septembre 2004. La première fut annulée par le préfet de Milan. Voir GUASTELLA G., « Il prefetto stoppa il sindaco : non può vietare il velo », *Corriere della Sera*, 4 septembre 2004, p. 12. Sur la deuxième ordonnance voir : PANZERO A., « Velo a Calolziocorte, parola al prefetto », *Corriere della Sera*, 5 octobre 2004, p. 52.

femmes dont le visage n'est pas identifiable dans l'espace public. Cette ordonnance qui invoquait également l'article 85 du *Code de la Sécurité Publique* a été annulée le 9 septembre 2004 par le préfet compétent. Toutefois, avant cette annulation, Sabrina Varroni, résidente à Drezzo, mariée à un citoyen marocain et portant la burqa avait été condamnée au paiement de deux amendes conformément aux dispositions de l'ordonnance. Après avoir reçu des lettres insultantes, elle avait demandé l'assistance d'un avocat et envoyé une lettre ouverte au Président de la République, Carlo Azeglio Ciampi. Ce dernier lui a alors répondu que l'Italie respectait la liberté religieuse et que le préfet avait d'ores et déjà annulé l'ordonnance¹⁸. On soulignera ici que l'intéressée, Sabrina Varroni, était la seule femme voilée de sa commune. Connue de tous les habitants, elle avait même été à l'école avec le policier qui lui avait infligé les amendes en vertu de l'ordonnance municipale.

Ces ordonnances ne sont donc pas guidées par de réelles considérations de sécurité mais constituent plutôt des outils de propagande politique pour les maires. Alors même que d'un point de vue pratique, elles se révèlent souvent inapplicables par manque de moyens et de coordination avec les préfets et les forces de l'ordre, leur aspect symbolique ne doit pas pour autant masquer la gravité de tels textes qui mettent en œuvre une politique de harcèlement officiel de certaines catégories de citoyens et de citoyennes.

Ces ordonnances ont cependant été neutralisées, soit par voie administrative, soit par l'action des tribunaux¹⁹. Pour autant, elles n'ont pas été sans conséquences sur l'avenir du débat. Les obstacles majeurs rencontrés par les maires pour adopter des ordonnances interdisant la dissimulation du visage étaient : d'une part, l'absence de compétence pour réglementer des questions de sécurité publique en dehors de l'argument de la nécessité et de l'urgence, cette compétence demeurant en effet une prérogative de l'État; d'autre part, l'interdiction d'interpréter par analogie ou par extension le droit pénal, cela parce que la constitution italienne contient une réserve de loi, laissant au seul législateur italien le droit d'introduire et de modifier des lois pénales existantes. Par conséquent, une interprétation extensive de l'article 5 de la LOP afin d'y inclure le port de la burqa ne peut se faire que par intervention législative. Cette position a été également confirmée par une autre décision concernant une femme portant la burqa, accusée d'avoir violé l'article 5 de la LOP pour être entrée dans un tribunal afin d'assister au procès de son mari, bien qu'elle ait respecté l'obligation de révéler son identité qui lui avait été formulée par des agents policiers féminins. Le juge l'a partiellement acquittée en jugeant qu'il n'existait pas d'interdiction explicite pénale dans la législation italienne²⁰. La décision du Conseil d'État et les décisions d'acquitter les femmes

18. COLAPRICO P., « Multata per il burqa, ora ho paura », *La Repubblica*, 27 septembre 2004, p. 23 et « Il Quirinale alla donna col burqa : in Italia libertà di culto », *La Repubblica*, 13 octobre 2004, p. 23.

19. À voir également, la réponse du ministère de l'intérieur au commissaire de police municipale affirmant que l'identification d'une femme portant la burqa peut uniquement se faire lors de circonstances justifiées par un risque de délit. En l'absence de ces circonstances, cette identification pourrait paraître harcelante. Cette réponse est mentionnée dans : BINETTI *et al.*, *Proposta di legge*, n° 627, 30 avril 2008.

20. Tribunale di Cremona, Arrêt 27 novembre, 2008, publié dans *Il Corriere del Merito*, n° 3, 2009, avec note par FOLLA N., « L'uso del burqa non integra reato in assenza di una previsione normativa espressa », p. 294-302.

arrêtées pour avoir dissimulé leur visage en public laissent cependant le législateur libre de réglementer le port de la burqa dans le cadre d'une législation restrictive sur la sécurité publique²¹.

◆ UN DÉBAT QUI DEVIENT NATIONAL

Il devenait donc difficile de réglementer le port de la burqa au niveau local et la question a donc rejailli au plan national. En 2007, le ministère de l'Intérieur a élaboré la « Charte des valeurs de la citoyenneté et de l'intégration²² ». En se référant de façon explicite à la question de la burqa, l'article 26 dispose qu'« [e]n Italie, il n'y a aucune restriction quant aux choix vestimentaires des individus, à condition qu'ils soient effectués librement et qu'ils ne portent pas atteinte à leur dignité. Les tenues vestimentaires couvrant le visage ne sont pas acceptables parce qu'elles empêchent l'identification de la personne et font obstacle à l'établissement des rapports avec les autres. »

Cette Charte n'est qu'une directive générale visant à orienter l'action des services du ministère de l'intérieur. Elle n'a donc pas de force contraignante générale. Deux stratégies, aux visées contraignantes, ont néanmoins modifié directement les pouvoirs des maires et le droit pénal afin de contourner les obstacles locaux à l'interdiction du port de la burqa. Il s'agissait, d'une part, d'accroître les pouvoirs des maires lorsqu'ils œuvrent en tant que représentants du gouvernement chargés du maintien de l'ordre et de la sécurité publique même en dehors des situations d'urgence, d'autre part, de proposer des amendements législatifs à l'article 5 de la LOP afin d'intégrer explicitement le port de la burqa dans l'interdiction de dissimulation du visage.

En ce qui concerne le premier point, le gouvernement italien a adopté en 2008, dans le cadre de la législation dite du *pacchetto sicurezza* (paquet de sécurité), un décret-loi élargissant les pouvoirs des maires²³. Ce texte est ensuite devenu une législation ordinaire²⁴. En particulier, l'article 6 du décret-loi concernant la question des pouvoirs des maires en matière d'ordre et de sécurité publique a fourni un fondement juridique à des ordonnances qui n'avaient pas passé le test de légalité jusque-là. Dans cette nouvelle répartition des compétences, les maires conservent des pouvoirs extraordinaires leur permettant d'adopter des ordonnances sur la base de la nécessité et de l'urgence pour toute question relative à la sécurité des citoyens. La modification la plus importante a concerné le fait que leurs pouvoirs d'ordonnance ordinaire – c'est-à-dire en dehors des cas de nécessité

Plus critique sur cette décision : BRACCHI S. P., « La "burqa" nelle aule di giustizia », *Famiglia, Persone e Successioni*, n° 11, 2009, p. 912-914.

21. En ce sens voir MINNITI M. et MINNITI F., « Tra libertà religiosa e ordine pubblico. Sindaco ko alla guerra del velo islamico », *Diritto & Giustizia*, n° 44, 2006, p. 110 et FOLLA N., *op. cit.*, p. 300.

22. « *Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione* », *Decreto Ministero dell'Interno*, 23 avril 2007, accessible en version française sur le site du ministère à l'adresse suivante : [http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/14/0920_Charte_des_valeurs_-_Carta_dei_valori.pdf].

23. *Decreto legge*, n° 92, 23 mai 2008, *Gazzetta Ufficiale (GU)*, n° 122, 26 mai 2008.

24. *Legge*, n° 125, 24 juillet 2008, *Gazzetta Ufficiale (GU)*, n° 173, 25 juillet 2008.

et d'urgence – ont été étendus afin de protéger l'*incolumità pubblica* (intégrité publique) et la *sicurezza urbana* (sécurité urbaine), à condition que le préfet soit préalablement informé de la mesure adoptée. Ces concepts vagues « d'intégrité publique » et de « sécurité urbaine » ont alors été précisés par décret du ministre de l'intérieur²⁵.

L'article 1^{er} du décret indique que l'intégrité publique correspond à l'intégrité physique de la population, alors que la sécurité urbaine est un concept plus large de protection du bien public, intégrant des normes de protection de la vie en société dans les centres urbains, de la vie en communauté et visant à assurer la cohésion sociale. L'article 2 du décret décrit ensuite les situations dans lesquelles le maire peut intervenir. La définition de ces situations reste toutefois imprécise, laissant place à l'interprétation de ce que signifient exactement les termes d'intégrité publique et de sécurité urbaine²⁶. L'importance de cette nouvelle répartition des compétences entre pouvoirs locaux et nationaux n'a pas échappé à d'autres acteurs, qui ont essayé d'en souligner l'inconstitutionnalité. Dans une première décision de la cour de la province autonome de Bözén, la Cour constitutionnelle a rejeté les arguments de non-conformité à la constitution²⁷. Plus récemment, elle a néanmoins estimé que la compétence générale des maires en matière d'intégrité publique et de sécurité urbaine violait effectivement le principe de « réserve de loi » pour l'action administrative, un principe qui est établi par les articles 23 et 97 de la Constitution italienne²⁸.

Cette dernière décision constitutionnelle a depuis mis un frein au développement de ces pratiques mais, durant les trois années où la réforme des compétences et des pouvoirs en matière de sécurité publique des maires était en vigueur, de nombreuses ordonnances ont été adoptées. Entre le mois d'août 2008 (date de l'entrée en vigueur de la réforme) et le mois d'août 2009, quelques 788 ordonnances ont ainsi été adoptées par des maires sur la base de leurs nouveaux pouvoirs²⁹. La prolifération de ces ordonnances semblait être également favorisée par le fait que le ministre de l'intérieur, Roberto Maroni, appartenait au même parti politique que de nombreux maires ayant adopté ces nouveaux textes, et notamment les ordonnances interdisant la burqa. À la différence de la première génération d'ordonnances, celles de la deuxième génération ne sont plus fondées sur une interprétation extensive de l'article 5 de la LOP mais sur la base des nouveaux pouvoirs des maires en matière d'intégrité publique et de sécurité urbaine. Dans ce contexte, la sanction ne peut être qu'une amende administrative d'un montant maximum de 500 €.

Entre fin 2008 et 2010, tentant de profiter d'un climat politique favorable, plusieurs maires de communes d'Italie du Nord, et notamment les maires

25. *Decreto del ministro dell'Interno*, 5 août 2008, *Gazzetta Ufficiale (GU)*, n° 186, 9 août 2008.

26. Pour une évaluation plus détaillée des nouveaux pouvoirs des maires, voir : CALCAGNINI S., « I nuovi poteri del sindaco in materia di sicurezza », *Studium iuris*, n° 5, 2009, p. 502-509.

27. *Corte costituzionale*, Arrêt n° 196, 24 juin 2009.

28. *Corte costituzionale*, Arrêt n° 115, 7 avril 2011.

29. CITTALIA, FONDAZIONE ANCI RICERCA, « Oltre le ordinanze. I sindaci e la sicurezza urbana », 2^e éd., septembre 2009, p. 13, [<http://www.sicurezzaurbana.anci.it/allegati/OltreLeOrdinanze09.pdf>].

d'Alassio³⁰, de Varallo Sesia³¹, de Novara³², de Cossato³³, de Codognè³⁴ et de Fermignano, ont adopté ou tenté d'adopter des ordonnances « anti-burqa ». Dans les cas des ordonnances adoptées à Codognè et Fermignano, des avis étonnamment négatifs ont été émis par les autorités nationales. En ce qui concerne Codognè, le maire avait tenté de justifier l'interdiction en invoquant la protection des mineurs de moins de 14 ans devant le trouble que la burqa pouvait provoquer chez eux. Le ministère de l'Intérieur a estimé que cette motivation ne justifiait pas l'extension de l'interdiction à tout lieu public³⁵. Dans le cas de Fermignano, tout en respectant l'avis négatif du ministère, le maire avait néanmoins donné des instructions à la police locale pour qu'elle contrôle systématiquement les femmes portant la burqa dans l'espace public. Ce harcèlement autorisé a alors poussé les cinq femmes portant la burqa dans le village à quitter l'endroit ou à ne plus sortir de chez elles³⁶.

Mais l'imposition de sanctions pénales n'est sans doute qu'une question de temps. La seconde façon par laquelle le port de la burqa a été réglementé au niveau national a été une intervention directe du législateur sur l'article 5 de la LOP afin d'inclure explicitement l'interdiction de la dissimulation du visage par le port de la burqa en public. Un premier pas dans cette direction a été franchi en 2005 avec l'adoption d'un décret-loi³⁷, devenu loi par la suite, dans le cadre d'un texte plus général portant sur les mesures urgentes permettant de combattre le terrorisme international³⁸. Les représentants de la *Lega Nord* avaient tenté d'y inclure explicitement l'interdiction de la burqa, mais seule la mise en place de sanctions plus strictes fut finalement adoptée³⁹.

Un second pas vers l'interdiction a ensuite été franchi avec l'élaboration d'une proposition de loi visant à modifier l'article 5 de la LOP. Cette proposition a passé le cap de plusieurs commissions parlementaires de la *Camera dei deputati* (chambre des députés), qui ont exprimé des avis essentiellement favorables à son adoption⁴⁰. De façon plus détaillée, la proposition ajoute un alinéa spécifique à l'article 5 de la LOP. Cet alinéa prévoit l'interdiction de porter des vêtements

30. Alassio (SV), *Ordinanza del sindaco*, n° 444, 1^{er} octobre 2008.

31. Varallo Sesia (VC), *Ordinanza del sindaco*, n° 99, 19 août 2009 et *Ordinanza del sindaco*, n° 100, 21 août 2009.

La première ordonnance interdit pour des raisons d'hygiène et le respect des tous et particulièrement des petits baigneurs, le port du *burkini* : une sorte de vêtement de natation pour des femmes musulmanes couvrant pratiquement toutes les parties du corps mais pas le visage. L'ironie et le caractère symbolique d'une pareille ordonnance ne pourra échapper à personne car elle a été prise dans un petit village alpin où le seul endroit pour nager est une rivière qui, quelques kilomètres plus haut, naît d'un des glaciers du Mont Rose (4,634 mètres). La deuxième ordonnance interdit le port de la burqa.

32. Novara, *Ordinanza del sindaco*, n° 917, 15 décembre 2009, substituée ensuite par l'*Ordinanza del sindaco* n° 36, 29 janvier 2010.

33. Cossato (BI), *Ordinanza del sindaco*, n° 77, 26 mai 2010.

34. Codognè (TV), *Ordinanza del sindaco*, n° 6, 19 mars 2010.

35. *Ministero dell'Interno*, Gabinetto del Ministro – N.11001/110 (3) – Ufficio V – Affari Territoriali, 18 mai 2010.

36. Sur cette histoire voir : STEFANINI P., *Avanti Po : la Lega Nord alla riscossa nelle regioni rosse*, Milan, il Saggiatore, 2010, p. 235-236.

37. Art. 10, alinéa 4-bis, *Decreto legge*, n° 144, 27 juillet 2005, *Gazzetta Ufficiale (GU)*, n° 173, 27 juillet 2005.

38. *Legge*, n° 155, 31 juillet 2005, *Gazzetta Ufficiale (GU)*, n° 177, 1^{er} août 2005.

39. SCARPARI G., *op. cit.*, p. 80.

40. CAMERA DEI DEPUTATI (SERVIZIO STUDI, DIPARTIMENTO ISTITUZIONI), « Divieto di indossare gli indumenti denominati *burqa* e *niqab* », A. C., n° 627-A, 24 octobre 2011, [<http://www.camera.it/701?leg=16 & file=AC0378C>].

ou accessoires de toutes sortes, y compris ceux de type ethnique ou culturel tels que la burqa ou le niqab, en toute occasion et même en dehors de manifestations publiques. La peine prévue est une amende de 1 000 à 2 000 € lorsque le fait est considéré comme étant d'importance légère. En outre, la nouvelle proposition vise à introduire une sanction pénale pour ceux qui forcent les personnes à dissimuler leur visage. La peine de prison de quatre à douze mois ou de 10 000 à 30 000 € prévue pour ce nouveau crime est aggravée lorsque la « victime » est un(e) mineure ou une personne handicapée⁴¹. Un troisième article propose de modifier la loi sur la nationalité, en ajoutant un nouvel article dans cette loi établissant qu'une condamnation pour ce crime exclut la possibilité d'obtenir la nationalité italienne.

Cette proposition de loi a été élaborée en s'inspirant de onze propositions de loi antérieures⁴² ayant toutes, à l'exception d'une d'entre elles⁴³, pour objectif ou conséquence d'interdire le port de la burqa ou de vêtements similaires en public ou dans les espaces ouverts au public. Les motivations et les débats autour de ces propositions de lois antérieures illustrent de la meilleure manière les défis juridiques d'une telle interdiction et éclairent les rhétoriques et différences de discours des partis politiques.

D'un point de vue juridique, les points les plus controversés de ces propositions concernent : (i) la référence explicite à la burqa/le niqab et/ou aux vêtements religieux (féminins) et (ii) l'absence ou la présence de justifications pour dissimuler son visage en public. Concernant le premier point, l'interdiction de manière explicite du port de certains vêtements musulmans féminins en public pourrait être considérée comme une violation du principe d'égalité (article 3 de la Constitution) et/ou de la liberté religieuse (article 19 de la Constitution), cela d'autant plus qu'un objectif de sécurité semble difficilement justifiable : aucun cas où la burqa a été utilisée comme un moyen de dissimulation dans le cadre d'objectifs terroristes ne peut en effet être relevé en Occident⁴⁴. Un problème juridique supplémentaire se pose avec ces propositions mentionnant expressément la burqa ou le niqab : des femmes pouvant attribuer un autre qualificatif au vêtement qu'elles portent pour ne pas entrer dans le champ de l'interdiction⁴⁵.

41. Le fait que cette proposition reprend la même échelle de sanctions de la loi française sur la dissimulation du visage ne peut échapper à personne.

42. Toutes ces propositions furent présentées durant la XVI^e législature. De façon chronologique : BINETTI *et al.*, *Proposta di legge*, n° 627, 30 avril 2008 ; SBAI et CONTENTO, *Proposta di legge*, n° 2422, 6 mai 2009 ; COTA *et al.*, *Proposta di legge*, n° 2769, 2 octobre 2009 ; MANTINI et TASSONE, *Proposta di legge*, n° 3018, 3 décembre 2009 ; AMICI *et al.*, *Proposta di legge*, n° 3020, 4 décembre 2009 ; LANZILLOTTA, *Proposta di legge*, n° 3183, 8 février 2010 ; VASSALLO *et al.*, *Proposta di legge*, n° 3205, 11 février 2010 ; VACCARO *et al.*, *Proposta di legge*, n° 3368, 7 avril 2010 ; REGUZZONI *et al.*, *Proposta di legge*, n° 3715, 17 septembre 2010, GARAGNANI, *Proposta di legge*, n° 3719, 21 septembre 2011 et BERTOLINI, *Proposta di legge*, n° 3760, 11 octobre 2011. Toutes ces propositions seront indiquées par l'abréviation Pdl. suivies par leur numéro respectif. Séparément deux propositions ont été présentées au Sénat : BAIO *et al.*, *Disegno di legge*, n° 1543, 8 mai 2007 et SPADONI URBANI, *Disegno di legge*, n° 2343, 20 septembre 2010. Ces propositions seront indiquées par l'abréviation Ddl. suivies par leur numéro respectif.

43. *Pdl.*, 3205.

44. Dans ce sens voir : Roberto Mazzola et Roberta Aluffi, deux professeurs invités en tant qu'experts pour donner leur opinion sur les propositions de loi devant la Commission I de la *Camera dei Deputati*. *Resoconto Stenografico*, 10 novembre 2009, p. 4.11. Expriment les mêmes doutes : RAFFIOTTA E., « La Francia approva il divieto del burqa : e l'Italia? », *Quaderni costituzionali*, 2010, p. 846-849.

45. Voir : ALUFFI R., *Resoconto Stenografico*, 10 novembre 2009, p. 4-5. Dans le même sens, une analyse du service d'études du parlement italien : CAMERA DEI DEPUTATI (SERVIZIO STUDI, DIPARTIMENTO ISTITUZIONI),

À l'exception de deux propositions qui ne font aucune référence explicite aux vêtements ethniques ou religieux, mais qui interdisent cependant le port injustifié de casques protecteurs ou de vêtements rendant difficile la reconnaissance d'une personne en public⁴⁶, les autres propositions mentionnent explicitement la burqa et le niqab ou des vêtements religieux ou ethno-culturels. Les plus restrictives, parmi lesquelles se trouve également la proposition unique élaborée en 2011, interdisent directement et explicitement le port de la « burqa » et du « niqab » par des femmes musulmanes, en modifiant l'article 5, alinéa 1 de la LOP⁴⁷. Ces propositions sont plus exposées au risque d'une déclaration d'inconstitutionnalité. Les autres propositions font plus généralement référence aux vêtements religieux/ethniques ou culturels pour déterminer l'objet de l'interdiction. Parmi celles-ci, les propositions les plus restrictives indiquent que les vêtements et moyens empêchant l'identification d'une personne incluent également les « vêtements manifestant une appartenance religieuse » ou « les vêtements portés à cause de sa propre affiliation religieuse⁴⁸ ». Par contre, les propositions les plus libérales formulent l'interdiction à l'envers, en permettant toujours le port de vêtements religieux, ethniques ou culturels à condition que la personne ne dissimule pas son visage et reste reconnaissable⁴⁹, ou spécifient clairement que le port de vêtements religieux ou ethniques est toujours permis, mais la personne les portant doit permettre l'identification lorsque elle lui est demandée par un officier public pour des raisons de sécurité publique et exclusivement pour identification immédiate⁵⁰.

En ce qui concerne l'absence ou la présence de justifications pour dissimuler son visage en public, le débat se concentre sur la question de savoir quelles seront les exceptions et les justifications et quelle sera, par conséquent, la règle concernant la dissimulation du visage en public. Comme on l'a vu, l'article 5 permet de la dissimuler son visage en public si cette dissimulation est justifiée et qu'elle n'est pas motivée par une intention délictueuse. C'est seulement lors de manifestations publiques (à l'exception de manifestations sportives) qu'une interdiction totale de dissimulation s'applique. Un grand nombre de ces propositions abolissent cette distinction en imposant une interdiction générale de la dissimulation du visage, éliminant la référence aux cas autorisés dans certains événements sportifs où l'utilisation d'un casque est nécessaire ou pour des raisons de sécurité routière⁵¹. Cette formulation signifierait que de nombreux usages pourtant habituels du couvre-chef seraient interdits à l'instar du port de casques de ski, de masques sanitaires ou de masques de carnaval⁵². D'autres propositions maintiennent la distinction et les justifications potentielles mais interdisent explicitement le port de la burqa et du

« Divieto di indossare gli indumenti denominati *burqa* e *niqab* », A. C., n° 2422, 30 septembre 2009, [http://documenti.camera.it/leg16/dossier/Testi/ac0378_0.htm].

46. *Pdl.*, 3183 et 3719.

47. *Pdl.*, 627-A, 2422, 3018, 3760 et *Ddl.*, 2343.

48. *Pdl.*, 2769, 3368 et 3715.

49. *Ddl.*, 1543, *Pdl.*, 627 et 3020.

50. *Pdl.*, 3205.

51. *Pdl.*, 2769.

52. ALUFFI R., *Resoconto Stenografico*, 10 novembre 2009, p. 5.

niqab en public⁵³. La majorité des propositions conservent la distinction entre la dissimulation en public en général et la dissimulation en public pendant les manifestations publiques, mais définissent de façon explicite les raisons valables pour dissimuler le visage, à savoir, les cas autorisés par la loi, les règlements ou les autorités publiques : raisons de santé, raisons professionnelles, événements sportifs, ou célébrations artistiques traditionnelles⁵⁴. La religion notamment ne figure pas parmi les justifications, ce qui explique pourquoi la proposition la plus progressiste mentionne la religion parmi ces justifications comme l'une des raisons justifiant une dissimulation (tout comme l'avait déjà fait le Conseil d'État dans sa décision⁵⁵). Un dernier groupe de propositions laisse la distinction ouverte et ne spécifie aucune justification⁵⁶.

Au delà de leurs différences sémantiques et des questions juridiques qu'elles soulèvent, ces différentes propositions de loi ont plusieurs caractéristiques communes. Elles se concentrent sur la modification d'un article d'une loi relative à l'ordre public et considèrent que le port de la burqa doit être encadré juridiquement comme étant une question de sécurité publique. Le choix de réglementer le port de la burqa par le biais d'une loi pénale sur la sécurité publique n'est certainement pas le meilleur choix pour intervenir sur un sujet au combien sensible, c'est-à-dire un sujet qui couvre dans un contexte historique très précis des éléments aussi variés que la liberté religieuse, l'immigration, l'intégration sociale, le multiculturalisme ou le sexe⁵⁷. Il serait plus judicieux d'accompagner une modification de l'article 5 de la LOP d'autres mesures éliminant les obstacles et les difficultés que rencontrent les minorités religieuses, et en particulier les minorités musulmanes en Italie, pour éviter que cette interdiction ne ressemble trop à une violation de la liberté religieuse ou n'apparaisse comme purement discriminatoire⁵⁸.

Mais, si les propositions s'orientent pratiquement toutes dans le sens d'une interdiction du port de la burqa en public, les arguments et justifications invoqués varient : les plus conservateurs et répressifs sont sans doute ceux avancés par la *Lega Nord* qui justifie cette interdiction par la lutte contre le terrorisme international dans le contexte des attaques jihadistes de Londres des 7 et 21 juillet 2005⁵⁹. Les propositions émanant de ce parti considèrent également que le port de la burqa est incompatible avec les principes de la République italienne et qu'il contrevient à la dignité des femmes⁶⁰. En outre, ces propositions véhiculent un discours islamophobe critiquant l'ouverture sans autorisation de nouvelles mosquées et de centres islamiques en Italie, et invoquant le refus d'intégration de la communauté musulmane aux règles sociales et culturelles italiennes, ainsi que l'absence de respect des lois par cette communauté.

53. *Pdl.*, 2422 et 3018.

54. *Pdl.*, 3368, 3715 et 3760.

55. *Pdl.*, 3205.

56. *Pdl.*, 3183 et 3719.

57. MAZZOLA R., *Resoconto Stenografico*, 10 novembre 2009, p. 12.

58. VENTURA M., *Resoconto Stenografico*, 10 novembre 2009, p. 17-18.

59. *Pdl.*, 2769.

60. *Pdl.*, 3715.

Dans le même sens, les propositions des représentants du *Popolo della Libertà*, *PdL* (Parti du Peuple de la Liberté dirigé par Silvio Berlusconi, droite) justifient l'amendement par des références continues à la lutte contre le terrorisme international et la nécessité de protéger les femmes immigrantes de comportements extrémistes musulmans⁶¹. Ce dernier argument constitue également l'unique justification de la proposition de l'*Unione Democratica Cristiana* (Union Démocrate Chrétienne, centre droit). Le texte proposé par cette formation politique met ainsi en scène les récits de jeunes femmes forcées de porter la burqa... il ajoute même que cette loi aura pour effet de protéger ainsi que d'aider les soldats italiens qui se battent pour la liberté, la dignité et la démocratie. De façon très intéressante, cette proposition indique également que le *Qu'ran* n'impose pas le port de la burqa, ce qui signifie que son interdiction en public ne serait pas incompatible avec la liberté de religion selon la constitution italienne ou la Convention européenne des droits de l'homme⁶². Les autres propositions émanant de l'aile droite du parlement mentionnent également le droit des femmes et la nécessité de protéger les femmes (immigrées) de la radicalisation et de la discrimination. Cela dit, il n'en demeure pas moins que l'argument essentiel de ces propositions est celui de la sécurité publique et collective cela même si ces dernières propositions ne font pas référence au terrorisme international⁶³.

Les propositions des partis de gauche paraissent beaucoup plus modérées et moins orientées vers l'objectif sécuritaire. À la différence de celles des partis de droite, elles font plus largement référence à la liberté religieuse individuelle, à la diversité, au multiculturalisme, à l'intégration civique et à la cohésion sociale. Toutefois, bien que la rhétorique employée soit différente, la finalité de ces textes reste la même : la burqa sera interdite en public à la lumière des exigences de sécurité publique et pour protéger les femmes contre l'extrémisme⁶⁴. L'un des arguments présents dans la plupart des propositions (de droite comme de gauche) est enfin celui selon lequel l'Italie, en adoptant une telle législation, s'inscrirait dans la lignée de nombreux autres États européens dont la France et la Belgique⁶⁵. Le rayonnement symbolique des lois adoptées dans ces derniers États ne doit donc pas être sous-estimé.

La seule proposition parlementaire à vraiment se distinguer, tant par son argumentation que par sa longueur, est celle qui a été émise par quelques députés du *Partito democratico* (Parti Démocrate – centre gauche⁶⁶). L'étude de ce texte est particulièrement utile parce qu'il rejette cliniquement les arguments des autres propositions. En premier lieu, il réfute l'argument selon lequel une telle loi protégerait les femmes de la violence et promouvrait leur intégration. Il indique plutôt qu'elle risquerait d'augmenter la ségrégation et la marginalisation de femmes dont elle est censée protéger la dignité. Le texte préconise donc plutôt la mise en place de programmes sociaux

61. *Ddl.*, 2343 et *Pdl.*, 2422.

62. *Pdl.*, 3018.

63. *Pdl.*, 3719 et 3760. Les deux propositions sont encore du *PdL* de Silvio Berlusconi.

64. *Ddl.*, 1543 ; *Pdl.*, 627, 3020, 3183 et 3368.

65. Voir en particulier les propositions plus récentes : *Pdl.*, 3183, 3368, 3715 et 3760.

66. *Pdl.*, 3205.

permettant d'entrer en contact avec ces femmes probablement contraintes de porter le voile intégral. Il estime qu'en outre, une interdiction risquerait d'être interprétée comme une discrimination religieuse renforçant le poids de certaines composantes extrémistes que la loi veut pourtant combattre et réprimer. Le texte indique en second lieu qu'il n'appartient pas à un système juridique d'évaluer ce qui relève, ou ne relève pas, d'un précepte religieux, ni de contrôler l'interprétation attribuée à un texte religieux. Toute religion a évolué et a intégré différentes pratiques, règles et rites. La loi doit protéger l'exercice *subjectif* de la religion. Si le port de la burqa et du niqab était contraint, certaines sanctions pénales, comme celles de l'article 610 du *Code pénal* sanctionnant la violence privée, pourraient d'ores et déjà être appliquées. Ce texte rejette enfin l'argument de la sécurité publique par un argument très pragmatique : le dernier vêtement que porterait un criminel potentiel souhaitant commettre un délit ou un acte de terrorisme est précisément *le voile intégral*. . . ce vêtement risquant justement d'attirer l'attention de tous sur sa personne.

Toutefois cette dernière proposition reste exceptionnelle dans les débats italiens. En effet la proposition de loi unique élaborée en 2011 a repris les positions les plus restrictives et répressives des partis de droite italiens. Une interrogation demeure sur le devenir de ce texte qui est devenue caduc avec la fin de la XVI^e législature le 22 décembre 2012. Mais devant le large consensus de la classe politique sur l'opportunité et la nécessité d'une interdiction, il est fort possible que l'Italie adoptera également sa propre « loi contre la burqa » si et lorsque le projet sera reproposé devant la nouvelle législature.

◆ CONCLUSION

Si le contexte italien se singularise, on soulignera que c'est essentiellement en ce que le débat a émergé localement pour devenir un enjeu national, porté en cela par quelques maires, souvent membres de la *Lega Nord*, qui bénéficiaient de relais politiques au parlement et au gouvernement. Ce discours régressif et sécuritaire, cantonné jusqu'à présent à certaines villes du nord de l'Italie et quasiment absent des villes du centre et du sud a donc su s'imposer. Et c'est bien un laboratoire local qui a permis de tester les futures mesures nationales ainsi que les potentiels obstacles juridiques qui pouvaient naître de leur application pour mieux préparer les réaménagements législatifs à venir.

On ne doit donc pas s'étonner que les débats publics, politiques et juridiques italiens relatifs au port de la burqa révèlent certainement la prégnance d'un discours sans nuance et connoté d'islamophobie. À l'exception de quelques décisions jurisprudentielles et d'une rare proposition de loi, admettant notamment que les femmes pourraient volontairement porter la burqa et que le système juridique libéral devrait protéger leur choix, les femmes portant la burqa sont à la fois considérées comme des victimes d'une religion extrémiste, violente, opprimante, et également comme intimement liées à l'essor de mouvements terroristes, représentant ainsi un danger pour la sécurité publique. Nul ne s'oppose donc à l'adoption d'une loi italienne interdisant explicitement le port de la burqa.

ADRIAAN OVERBEEKE ET HANA VAN OOIJEN
.....

Les politiques relatives au port de la burqa aux Pays-Bas Tomber de rideau sur une tradition pluraliste¹ ?

En 1636, Anna Maria van Schurman fut la première femme à assister à des cours universitaires à Utrecht. En raison de la présence d'étudiants de sexe masculin dans la salle de cours, elle devait se dissimuler derrière un rideau. Seule cette invisibilité physique lui autorisait alors l'accès à l'éducation dans un contexte où la présence d'une femme au sein de l'université était encore problématique. Si aujourd'hui, les femmes n'ont plus besoin de se couvrir pour participer à la vie en société, qu'advient-il de celles qui décident elles-mêmes de s'imposer cette obligation ? Il s'agit là du débat que suscite, depuis 2005, le port de la burqa aux Pays-Bas. Des démarches politiques ont certes été initiées afin d'interdire la burqa ou toute forme de recouvrement du visage, mais aucune mesure n'a, à ce jour, été mise en œuvre.

Au regard de l'histoire de la place de la religion dans la société néerlandaise, limiter l'expression des convictions religieuses dans l'espace public (l'adoption d'un code vestimentaire religieux n'en étant qu'un exemple) semble atypique. Aujourd'hui encore, les Pays-Bas ne limitent que très faiblement l'exercice de la liberté de religion². Le débat relatif à l'interdiction de la burqa ou de toute forme de voilement s'inscrit toutefois dans un contexte où les relations entre Églises et État ainsi que la place de la religion dans une société multiconfessionnelle sont de plus en plus discutées. Ce débat se nourrit, en outre, des préoccupations croissantes sur l'intégration de la minorité musulmane³.

1. Ce chapitre présente une partie des résultats d'une recherche entreprise dans le cadre du projet RELIGARE (FP7 2007/2013, Grant agreement 244635, Work Package 5 : *The Public Space*)

2. Pew Research Center, *Rising restrictions on Religion. One-third of the world's population experiences an increase*, Washington, 2011. L'index d'encadrement gouvernemental (*Government Restrictions Index*) pour les Pays-Bas était en 2009 de 0.8 ; en Belgique et en France, il était de 3.6 et de 4.3. Voir : [<http://pewforum.org>.]

3. Plusieurs de ces questions sont abordées dans OLDENHUIS F. T. *et al.*, *Schurende relaties tussen recht en religie*, [Les relations conflictuelles entre le droit et la religion] Assen, van Gorcum, 2007, 202 p. (en néerlandais).

Après avoir présenté le contexte historique de la régulation de l'expression religieuse dans l'espace public aux Pays-Bas, cet article retrace l'évolution du débat politique néerlandais relatif au port de la burqa depuis 2005 et présente les deux projets de loi qui en ont découlé. La situation actuelle⁴ sera enfin évaluée à partir des quelques informations disponibles en lien avec les projets gouvernementaux annoncés.

◆ LE CONTEXTE NÉERLANDAIS

La diversité religieuse

Les Pays-Bas sont confrontés à la diversité religieuse depuis le xvi^e siècle, époque à laquelle des conflits religieux ont émergé entre des groupes protestants et catholiques⁵. Alors que l'Église réformée dominait la vie politique, les autres groupes religieux étaient relégués au second rang. De manière générale, alors même qu'ils étaient tolérés et avaient légalement le droit d'avoir des opinions religieuses divergentes (en vertu de l'*Union d'Utrecht* de 1579), ces groupes ne pouvaient toutefois exprimer leurs convictions religieuses en public⁶. Pendant longtemps, l'Église catholique romaine était littéralement invisible⁷ et la condamnation à la peine de mort en 1535 de membres d'un nouveau mouvement anabaptiste pour cause de « *naaktloperij* » (nudisme chrétien) et dont le code vestimentaire était donc particulier, reflète bien l'inégalité que vivaient alors les groupes religieux minoritaires⁸. Ceci dit, le port d'un uniforme religieux, qu'il s'agisse d'un symbole discret⁹ ou d'un vêtement très visible, n'était pourtant pas inhabituel, certains d'entre eux

4. Les analyses présentées dans ce texte ont été produites en novembre 2011. En conséquence d'une crise gouvernementale, des élections parlementaires ont eu lieu en septembre 2012 et un nouveau gouvernement – une coalition libéral-socialiste – est entré en pouvoir en octobre 2012.

5. Voir à ce propos : KAPLAN B. J., *Divided by faith: religious conflict and the practice of toleration in early modern Europe*, Cambridge, 2007, 415 p., p. 251 et suiv.

6. VERMEULEN B. P., « On freedom, equality and citizenship. Changing fundamentals of Dutch minority policy and law (immigration, integration, education and religion) », in FOLETS M. C. et al. (dir.), *The Response of State Law to the Expression of Cultural Diversity*, Brussel, 2010, (45-143) p. 49. Texte intégral de l'Union d'Utrecht (traduit en français, sur Digithèque de matériaux juridiques et politiques, université de Perpignan) : [http://mjp.univ-perp.fr/constit/nl1579.htm.]

7. Voir par exemple l'usage des « *schuilkerken* », des églises semi-clandestines dont l'architecture ne laissait rien transparaître de leur fonction. Ces *schuilkerken* étaient utilisées par toutes les églises non-réformées : l'Église Catholique Romaine, les Églises des Remonstrants, etc. Voir KAPLAN B. J., *o. c.*, p. 172-197.

8. « Les 10 et 11 février 1535, plusieurs Anabaptistes se réunirent au *Zoutsteeg* d'Amsterdam, aux Pays-Bas. Henrick Henricxz Snyder – que l'on considérait comme un prophète – retira ses vêtements et les jeta au feu en ordonnant au gens présents de faire de même. Contaminés par la folie de leur chef, ils obéirent tous et le suivirent nus à travers les rues en clamant : "Malheur, malheur! La colère de Dieu s'abat sur cette ville." [...] Les femmes furent exécutées le 5 mai, les hommes le 25 février 1535, tous par décapitation » (traduction). VAN DER ZIJPP N., « Naaktlopers », *Global Anabaptist Mennonite Encyclopedia Online* (1957), [http://www.gameo.org/encyclopedia/contents/N310.html].

9. Les habits traditionnels non-religieux spécifiques à certaines régions (en néerlandais : « *klederdracht* ») pouvaient servir des fins religieuses, comme pour identifier des membres de différents groupes sectaires – protestants ou catholiques. C'était par exemple le cas dans la province côtière de Zélande, où les protestants et les catholiques vivaient ensemble. Voir : [http://scholierenloket.zeeland.nl/provincie_zeeland/tradities/zeeuwse_klederdracht] (en néerlandais). Lit. : DE LEEUW K. P. C., *Kleding in Nederland 1813-1920. Van een traditioneel bepaald kledingpatroon naar een begin van modern kledingdrag*, Hilversum, Verloren, 1993, 547 p. (en néerlandais). Jusqu'aux années 1930, il y avait aux Pays-Bas des tenues régionales ressemblant à la burqa : la « *huik* », un voile noir recouvrant 90 % du visage, était utilisée par les femmes en deuil lors de funérailles dans la communauté de

étant portés dans les provinces catholiques du sud. Ce n'est alors qu'à partir des années 1960 et 1970 que les symboles religieux devinrent moins visibles dans la sphère publique, cela pour diverses raisons dont les modifications aux codes vestimentaires des nonnes et des prêtres (après le concile de Vatican II¹⁰).

Aux Pays-Bas, la liberté de religion a été garantie graduellement et a d'abord été proclamée dans la constitution, en particulier dans la constitution libérale de 1848. La Constitution de 1917 a ensuite codifié la liberté d'enseignement afin de résoudre le « conflit scolaire » entre protestants, catholiques et libéraux sur les questions du caractère religieux des écoles publiques et du statut des écoles confessionnelles. Ces politiques contribuèrent à la création d'un régime pluraliste de relations entre Églises et État¹¹, offrant à toutes les religions le même droit de se manifester en public et de bénéficier du soutien financier de l'État (lorsqu'un tel soutien est possible¹²)¹³. Aujourd'hui encore, ce régime intègre à la fois des éléments de la *stricte séparation* et du *soutien pluraliste* pour des activités inspirées par la religion dans les domaines de l'école, de la culture, de la radio et de la télévision. Les services gouvernementaux religieusement neutres travaillent côte à côte d'institutions confessionnelles financées par l'État ; il ne s'agit là que d'un des éléments du phénomène que Lijphart qualifie de « pillarisation¹⁴ ».

Bien que le christianisme ait longtemps dominé l'espace religieux¹⁵, la diversité des religions leur permet de bénéficier d'une réelle présence dans la société néerlandaise.

Wieringen, dans la province de la Hollande-Septentrionale – un village situé à seulement 60 kilomètres d'Amsterdam. Voir : [<http://jurgensmit.blogspot.com/2008/09/huik.html>] (en néerlandais).

10. Une autre raison concerne le nombre croissant de démissions de membres du clergé et la diminution générale des vocations dans l'église catholique. Le code vestimentaire spécifique à la population juive néerlandaise (particulièrement les vêtements des diverses communautés orthodoxes) avait déjà disparu au cours de la Seconde Guerre mondiale à cause des judéocides. De nos jours, suite à un certain nombre d'incidents antisémites, les juifs néerlandais ont tendance à cacher leur identité en ne portant pas (ou en dissimulant) leur kippa dans les lieux publics. Voir : STAM J., « Keppeltjes blijven in de jaszak » (Les kippas cachées dans la poche), dans le quotidien *De Volkskrant*, 22 juin 2010, [www.volkskrant.be] (en néerlandais).
11. À propos des relations entre l'Église et l'État aux Pays-Bas, voir : VAN BIJSTERVELD S., « Religion and the Secular State in the Netherlands », in VAN ERP J. H. M. et VAN VLIET L. P. W. (dir.), *Netherlands Reports to the Eighteenth International Congress of Comparative Law, Washington 2010*, Antwerp-Oxford-Portland, 2011, p. 93-112 ; TORFS R., « Church and state in France, Belgium, and the Netherlands: unexpected similarities and hidden differences », *Brigham Young University Law Review* 1996, p. 945-971 ; VAN BIJSTERVELD S. C., « État et Églises aux Pays-Bas » in ROBBERS G. (dir.), *État et églises dans l'Union Européenne* (2^e édition), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, p. 390-416.
12. Lit. KENNEDY J. C. et ZWEMER J. P., « Religion in the modern Netherlands and the Problems of Pluralism », *BMGN—Low Countries Historical Review*, 2010, vol. 125, 2-3, p. 237-267. MAUSSEN M., « The governance of religion in France and the Netherlands. Institutional arrangements, traditions and principles » in MAUSSEN M. (dir.) *Constructing Mosques. The governance of Islam in France and the Netherlands*, Amsterdam, 2009, (43-55), p. 48-49.
13. Cela signifie que, dans certain cas – même lorsque la religion est censée être financièrement autosuffisante – des subventions de l'État demeurent possibles : ces subventions aux salaires des chefs de communautés protestantes, catholiques et juives furent maintenues pour l'île de Bonaire, dans les Caraïbes, lorsque celle-ci fut intégrée aux Pays-Bas en 2010. Voir l'article 4 et l'annexe 8 du décret du ministre de l'Intérieur, 24 février 2011 (sur le niveau de salaire des fonctionnaires de Bonaire, Saint Eustache et Saba, *Staatscourant* nr. 3827, 1 mars 2011).
14. Au sujet de la « pillarisation » : LIJPHART A., *The Politics of Accommodation: Pluralism and Democracy in the Netherlands*, 2nd, rev. éd., Berkeley, 1975, 231p ; VERMEULEN B. P., *loc. cit.*, p. 48-52.
15. La majorité des écoles primaires et secondaires demeurent cependant catholiques ou protestantes (ou chrétienne œcuménique). La politique aussi s'organise en fonction du paysage confessionnel ; cette constellation explique la position historiquement forte du Parti démocratique chrétien au xx^e siècle.

daïse, voire même favorise l'émancipation des nouvelles minorités religieuses¹⁶. En effet, ces minorités ont mis en place leurs propres institutions – de petits « piliers » – dans certains domaines spécifiques¹⁷. À titre d'exemple, il existe ainsi plus de quarante écoles islamiques financées par l'État. Bien que les revendications d'identités religieuses soient généralement légitimes¹⁸, cette ère pourrait bientôt être révolue, non seulement à cause de l'affaiblissement des anciens « piliers » (conséquence de la sécularisation¹⁹), mais aussi en raison du débat entourant la place de la religion dans la société et sa relation au politique.

La burqa : un sujet parmi d'autres dans le débat

La burqa et son interdiction, nommée « *boerkaverbod* » en néerlandais, sont des sujets délicats dans le débat politique²⁰. La burqa serait portée par des jeunes femmes de l'entourage du soi-disant « *Hofstadgroep* », associé au terrorisme²¹. En décembre 2005, le parlement a adopté une résolution visant l'interdiction du port de la burqa en public²² et ce projet avait été proposé par Geert Wilders, un ancien politicien libéral connu pour son discours anti-islamique. Il en a résulté un débat qui prit de l'ampleur en 2010, une année où les élections générales ont conduit au pouvoir un gouvernement minoritaire dont la stabilité dépend du soutien conditionnel²³ du parti *Partij voor de Vrijheid* PVV (Parti pour la Liberté) de Geert Wilders²⁴. En échange de ce soutien, le parti PVV a exigé du gouvernement minoritaire qu'il présente une législation interdisant le recouvrement du visage²⁵. Lorsqu'elle fut rendue publique, cette intention du gouvernement a immédiatement suscité des réactions négatives dans les hauts rangs des forces

16. Voir SCHROVER M., « Pillarization, Multiculturalism and Cultural Freezing », *BMGN—Low Countries Historical Review*, 2010, vol. 125 : 2-3, p. 329-354.

17. VERMEULEN B. P., *loc. cit.*, p. 52. Une prise de position plus critique sur l'institutionnalisation (pillarisation) musulmane : VINK M., « Dutch "Multiculturalism". Beyond the Pillarization Myth », *Political Studies Review* 2007, p. 337-350.

18. Voir LETTINGA D. N., *Framing the hijab. The governance of intersecting religious, ethnic and gender differences in France, the Netherlands and Germany*, Amsterdam, thèse de doctorat VU University Amsterdam, 2011, p. 154.

19. MAUSSEN M., *loc. cit.*, p. 52.

20. Pour un résumé du débat politique, voir VAN SASSE VAN YSSELT P., « Over het verbod op het dragen van een gezichtssluier en van andere gelaatsbedekkende kleding » [À propos d'une interdiction de porter le voile couvrant le visage et autres vêtements couvrant le visage], *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid*, 2010, 3, (5-28) p. 9-12 (en néerlandais).

21. Mohamed Bouyeri, qui fut reconnu coupable de l'assassinat du réalisateur Theo van Gogh, dirigeait le *Hofstadgroup*. MOORS A., *Gezichtssluiers. Draagsters en debatten*, [Voiles couvrant le visage, les femmes voilées, les débats], Amsterdam School for Social Science Research, 2009, p.53 (rapport, annexe des *Documents parlementaires* 2008/09, 31700 XVIII, nr. 91).

22. *Documents parlementaires*, 2005/06, 29754, nr. 41.

23. « *Gedooftsteun* » = soutien au parlement de la part d'un parti politique qui ne fait pas partie de la coalition et qui n'a aucune responsabilité dans l'élaboration de nouvelles politiques. Ce soutien est offert en échange de concessions importantes en matière de politiques publiques, telle que l'interdiction du burqa.

24. Voir DORD O., « Should the full Islamic veil be banned? European States respond in various ways according to their own national rationale », *European Issue*, n° 183, 18 octobre 2010, p. 3.

25. « Le Cabinet formulera une proposition en vue d'une interdiction générale des vêtements recouvrant le visage telle que la burqa », in *Vrijheid en verantwoordelijkheid. Regeerakkoord VVD-CDA*, 30 septembre 2010, p. 26, source : [www.rijksoverheid.nl].

policières²⁶. La pertinence de cette question serait donc avant tout d'ordre politique, d'autant plus qu'un nombre restreint de femmes (environ 400) seraient affectées par une telle interdiction²⁷. De plus, le caractère sensible de cette question peut être relié aux inquiétudes entourant l'islam en général.

L'islam est associé à des tendances radicales et suscite des sentiments d'insécurité. Les sondages révèlent l'opinion négative des non-musulmans à l'égard des musulmans²⁸, ce que semble corroborer l'appui massif des Néerlandais (83 %) à une mesure d'interdiction générale du port de la burqa²⁹. À maintes reprises, les enjeux reliés à l'islam ont occasionné des débats, que ce soit par rapport aux aumôniers musulmans dans l'armée³⁰ ou au financement d'écoles musulmanes³¹. Cela dit, il convient de remarquer que la religion est, de façon générale, un sujet épineux, qu'il soit question des écoles confessionnelles, du statut particulier du congé du dimanche, ou des pratiques religieuses autour de l'abattage rituel³². Dans ce contexte, on pourrait affirmer que les débats soulevés par l'islam concernent également d'autres religions et la complexité de la situation néerlandaise est également étroitement liée au déclin du christianisme et à la diminution de son influence au parlement³³.

Il n'est donc pas surprenant que le parlement néerlandais ait décidé d'initier un *débat plus large* au sujet de la relation entre la religion et l'État, en mettant l'accent sur les principes de *la séparation de l'Église et de l'État* et de *la neutralité de l'État* ou, de façon plus générale, du caractère laïque de la société³⁴. Cette

26. Welten, le chef de la police d'Amsterdam, annonça que son corps de police ne prioriserait pas une interdiction de la burqa. Voir « Korpschef Welten handhaaft boerkaverbod niet » [Chef de police Welten ne ferait pas respecter une interdiction du voile], quotidien *Trouw* 5 janvier 2011 (en néerlandais).

27. MOORS A., *o. c.*, p. 28. MOORS A., « The Dutch and the face-veil: The policies off discomfort », *Social Anthropology*, vol. 17, 2009, p. 393-408. Un maximum de 500 fut dernièrement recensé par le chercheur Doutje Lettinga (VU University Amsterdam) dans LETTINGA D. « Kabinet miskent met nieuwe integratienota historische waarden », article d'opinion dans le quotidien *Reformatisch Dagblad*, 9 juillet 2011. Voir aussi MOORS A., « Fear of small numbers? Debating face-veiling in the Netherlands », in VAKIL A. et SAYYID S. (dir.), *Thinking Through Islamophobia*, Londres, 2011, p. 157-164.

28. Forum, *Factbook The position of muslims in the Netherlands: facts and figures 2008*, p. 14 (voir [www.forum.nl/pdf/factbook-islam-en.pdf]).

29. Source : Opinion Poll de M. de Hond, juin 2011. Quatre ans plus tôt, De Hond calculait le soutien d'une telle interdiction autour de 66 %.

30. *Annales parlementaires*, Tweede Kamer (Deuxième Chambre du parlement), 21 avril 2009, p. 79/6167-6168.

31. Le débat tourne principalement autour de la *qualité* de ces écoles. Une des deux écoles secondaires musulmanes, *Islamitisch College Amsterdam*, dû fermer ses portes à de nouveaux étudiants le 1^{er} aout 2011 puisque ses résultats étaient en deçà de la norme nationale.

32. Le 29 juin 2011, la deuxième Chambre du Parlement (chambre des représentants) adopta un projet de loi restreignant – voire rendant impossible – l'abattage islamique ou juif. Le projet de loi avait été déposé par le parti défendant les droits des animaux *Partij voor de Dieren*, soutenu par la majorité des députés libéraux, sociaux-démocrates, socialistes, verts, et ceux du Parti pour la liberté. Les partis confessionnels votèrent contre la loi. *Documents parlementaires* 2010/11, 31571A (le projet fut accepté par la deuxième Chambre, puis présenté au Sénat; le Sénat a rejeté ce projet de loi en décembre 2011).

33. Lors des élections générales pour la deuxième Chambre du parlement de 2010, les trois partis confessionnels (protestant et démocrate chrétien) obtinrent seulement 19 % des sièges (28 députés sur 150). Le Parti pour la liberté (PVV) obtint 24 sièges.

34. Voir BADER V., *Secularism or Democracy? Associational Governance of Religious Diversity*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 386 p.; CLITEUR P., *The Secular Outlook: In Defense of Moral and Political Secularism*, Oxford, 2010, 328 p. Voir aussi : CLITEUR P., « Religion and violence », in VAN DE BEEK A. *et al.*, *Freedom of Religion*, Leiden, 2010 (p. 235-249), p. 248-249. OLDENHUIS F. T. *et al.*, *o. c.* p. 13-17;

discussion fut suscitée par la prise de position plus ou moins *laïque* de la députée libérale J. Hennis-Plasschaert à propos des tenues religieuses en général : elle plaide pour l'interdiction des symboles religieux pour les fonctionnaires et pour l'exclusion de tous les symboles religieux des hôtels de ville et autres édifices publics³⁵. Ce plaidoyer témoigne de l'incertitude grandissante de la classe politique en ce qui a trait à la définition de la société « laïque », à ce que recouvre la *neutralité* de l'État et aux obligations qui en résultent pour les représentants et les fonctionnaires de l'État. Ces enjeux soulèvent ainsi des tensions avec les droits fondamentaux, ces tensions ayant été clairement mises en évidence lors des débats sur la burqa et les pratiques de voilement³⁶. Avant de discuter des initiatives législatives entourant l'interdiction du port du voile et du débat qui en découle, nous proposons d'en présenter rapidement le contexte juridique.

◆ CONTEXTE JURIDIQUE

À la fin du XVIII^e siècle, la loi constitutionnelle comprenait une interdiction générale des tenues religieuses³⁷. Actuellement, la Constitution ne contient plus de telle interdiction. Bien qu'elle fasse mention des *espaces* soustraits à la régulation de l'expression des convictions religieuses, dont l'encadrement de la tenue religieuse, la Constitution de 1983 n'est pas très explicite en ce qui concerne les libertés religieuses. L'absence de législation soutenant une interdiction générale du voilement du visage n'exclut pas l'adoption d'une loi spécifique dont l'application pourrait aborder la question du port du voile.

La liberté de religion et les limites constitutionnelles

Ce n'est que depuis la Constitution de 1983 (qui a résulté d'importants changements constitutionnels) que la disposition interdisant les processions religieuses a disparu. Cependant, la Constitution divise toujours l'exercice des libertés religieuses en deux catégories : l'expression des convictions religieuses à l'*intérieur* d'édifices clos (espaces privés) et celle qui se tient à l'*extérieur* (espace public). L'article 6 de la

NIEUWENHUIS A., « Tussen Keulen en Parijs. Naar een duidelijker regeling van de verhouding tussen staat en religie in Nederland » [Entre Cologne et Paris : Vers une réglementation plus claire des relations État-religion aux Pays-Bas], *Tijdschrift voor Recht, Religie en Beleid*, 2010, p. 51-67 (en néerlandais).

35. Un point de vue semblable est adopté par le Parti pour la Liberté (PVV). Ce parti a fait de l'interdiction aux fonctionnaires de porter le voile une condition de son support pour le gouvernement. En mai 2011, le parti a plaidé pour l'interdiction du foulard dans tous les édifices de l'Union européenne. Le programme du Parti pour la liberté, *l'Agenda pour l'espoir et l'optimisme* (2010) inclut l'interdiction du foulard dans toutes les institutions financées par l'État. Voir, sur ce sujet, VAN OOIJEN H., *Religious Symbols in Public Functions: Unveiling State Neutrality. A Comparative Analysis of Dutch, English and French Justifications for Limiting the Freedom of Public Officials to Display Religious Symbols*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 338 p.
36. Voir, par exemple, le rapport du débat parlementaire en avril 2008 (avec cinq ministres du gouvernement) à propos du voilement, *Documents parlementaires*, 2007/08, 31200 VII, nr. 67.
37. La *Staatsregeling voor het Bataafsche Volk* (1798). Voir, à propos de l'influence de la France de 1806 à 1810, SCHOON D. J., « Lodewijk Napoleon en de regeling der godsdiensten in Holland » [Louis Napoléon et le régime des cultes en Hollande] in HALLEBEEK J. et SIRKS A. J. B. (dir.), *Nederland in Franse schaduw*, Hilversum, 2006, p. 77-100 (en néerlandais).

Constitution de 1983 se lit comme suit : « (1) Toute personne a le droit de manifester librement sa religion ou ses convictions, individuellement ou en collectivité, et n'est responsable des conditions d'exercice de cette liberté que devant la loi³⁸. (2) En ce qui concerne l'exercice de ce droit en dehors de bâtiments et de lieux fermés, la loi peut fixer des règles en vue de la protection de la santé, dans l'intérêt de la circulation et pour combattre ou prévenir les désordres. »

Les possibilités de restrictions diffèrent. Il y a une sorte de souplesse dans l'article 6 en ce qui concerne les limitations de l'expression religieuse dans l'*espace public*. La restriction de l'expression religieuse à l'extérieur d'édifices (« l'exercice de ce droit en dehors de bâtiments et de lieux fermés ») pourrait même être du ressort des autorités locales, à condition que ces restrictions soient basées sur une loi spécifique du parlement poursuivant l'un des objectifs soulignés précédemment : « La protection de la santé, dans l'intérêt de la circulation et pour combattre ou prévenir les désordres. » C'est la *Loi sur les Églises* de 1988 (WOM³⁹) qui encadre la compétence des autorités locales. Cette loi remplace la *Loi sur les organismes religieux* de 1853⁴⁰. Comment y définit-on l'espace visé par la loi? Le WOM s'applique à toute manifestation dans l'espace public, c'est-à-dire l'*espace librement accessible à tous* (les rues, l'aire principale des gares, etc.), mais non dans les espaces ayant des fonctions particulières dont les stades sportifs, les musées, les commerces, les restaurants, les hôpitaux et les églises. Si le port du voile en public doit être interdit dans des conditions spécifiques, « combattre ou prévenir les désordres » sera probablement la raison invoquée pour légitimer une telle mesure.

La restriction de l'expression des convictions religieuses nécessite une loi spéciale du parlement, mais une loi spéciale n'est pas absolument nécessaire dans tous les cas. Il y a des situations dans lesquelles une législation neutre pourrait être envisagée, c'est-à-dire une législation ne visant pas la restriction d'un droit fondamental spécifique (en l'occurrence la liberté de religion) mais qui, dans certaines situations, aurait tout de même pour *effet* de restreindre la liberté d'un individu⁴¹.

On soulignera ici que les arrangements constitutionnels des Pays-Bas sont ainsi relativement stricts lorsqu'on les compare aux restrictions prévues en droit européen à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

Si une loi spéciale interdisant le recouvrement du visage dans l'espace public était adoptée par le parlement aux Pays-Bas, il n'y aurait pas de possibilité de révision constitutionnelle. Lorsque la loi est appliquée dans le cadre de conflits judiciaires, il n'est pas permis aux juges de procéder à un contrôle de sa constitu-

38. Cette clause « sauf la responsabilité de chacun selon la loi » signifie que seul le pouvoir législatif parlementaire est compétent pour restreindre ce droit garanti. Cela ne donne, cependant, aucune indication claire sur les critères concrets qui doivent alors être réunis. Voir VAN BIJSTERVELD S. C., *loc. cit.* (2008), 395.

39. [*Wet Openbare manifestaties* (1988)].

40. [*Wet op de Kerkgenootschappen* (1853)].

41. Un expert de la commission s'exprima sur la question de la burqa en 2006 et indiqua qu'une interdiction locale du port de déguisements ne pourrait être élaborée à base de la section 6, § 2 de la Constitution (manque de spécificité dans la loi). Voir VERMEULEN B. P. *et al.*, *Overwegingen bij een boerka verbod. Zienswijze van de deskundigen inzake een verbod op gezichtsbedekkende kleding* [Considérations par rapport à l'interdiction de la burqa : points de vue d'experts en matière d'interdiction de dissimulation du visage], 2006, 80 p., p. 54-56. (Ci-après : *Rapport d'experts 2006*.)

tionnalité⁴². Les juges sont néanmoins considérés comme suffisamment compétents pour tenir compte du droit international comme référence (voir l'article 94 de la Constitution⁴³). Dans les affaires où la liberté de religion est en jeu, l'article 9 de la CEDH tient ainsi préséance. En matière de droits de l'Homme, l'absence de révision constitutionnelle est dès lors largement compensée par la révision du traité sous l'article 94 de la Constitution.

Règlements actuels⁴⁴

Lorsqu'un réel besoin d'identification d'une personne se présente, dans des circonstances et des endroits spécifiques, la législation néerlandaise permet de restreindre les possibilités de recouvrement du visage sans égard aux motifs de la personne concernée. Premièrement, la législation sur l'*identification des personnes*⁴⁵ et les règlements policiers⁴⁶ qui s'y rapportent donnent aux forces de l'ordre la possibilité de vérifier l'identité de toute personne (à la condition que ce soit nécessaire dans l'exercice de leurs fonctions et qu'il y ait une raison valable de connaître l'identité de la personne). Cette législation a d'ailleurs été utilisée comme prémisses à l'un des projets de loi interdisant le port du voile. Les inspecteurs œuvrant dans les transports publics sont également investis d'une compétence similaire⁴⁷. D'autres règlements permettent aux autorités de vérifier les *pièces d'identité* avec photo. Par conséquent, vérifier l'identité du détenteur d'une telle carte nécessite le retrait de tout vêtement recouvrant le visage. Les fonctionnaires délivrant des *passesports* doivent vérifier que le demandeur est bien la personne identifiée sur la photo⁴⁸. Afin de contrer le séjour illégal, les *agents frontaliers* ont la compétence d'arrêter une personne afin de vérifier son identité. Lorsque l'identification s'avère impossible, les agents peuvent interroger le voyageur et effectuer une fouille corporelle⁴⁹.

Selon la *Loi sur les manifestations publiques* de 1988 (WOM), le maire d'une commune peut adopter un règlement interdisant le port de déguisements si cette interdiction ne s'applique qu'à des endroits et en des périodes spécifiques⁵⁰. Dans un cas d'urgence, il a le pouvoir d'imposer un *ordre d'urgence*⁵¹ ou un *règlement*

42. Article 120 de la Constitution. Voir VAN DER SCHYFF G., *Judicial Review of Legislation: a comparative study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, Dordrecht, 2010, p. 22-33.

43. Article 94 de la Constitution : « Les dispositions légales en vigueur dans le Royaume ne sont pas appliquées si leur application n'est pas compatible avec des dispositions de traités ou de décisions d'organisations de droit international public. »

44. Cette description n'est pas exhaustive. Pour une présentation et une analyse complètes, voir le *Rapport d'experts 2006*, p. 47-58.

45. Article 2 de la *Loi sur l'identification des personnes* [*Wet op de Identificatieplicht* (1993)]. Cette loi devrait changer advenant l'adoption par le parlement du projet Kamp interdisant tout recouvrement du visage en public.

46. Article 8a de la *Loi sur la police* [*Politiewet* (1993)].

47. Article 92 de la *Loi sur les transports* [*Wet Personenvervoer* (2000)].

48. Article 3, sub.3 de la *Loi sur les passeports* [*Paspoortwet* (1991)].

49. Article 50 de la *Loi sur les ressortissants étrangers* [*Vreemdelingenwet* (2000)].

50. Article 5 (pour le maintien de l'ordre, si se déguiser a pour but d'éviter d'être reconnu dans le contexte d'actes punissables) ou article 6 de la *Loi sur les manifestations publiques* [*Wet Openbare Manifestaties* (1988)]. Voir à propos de ces pouvoirs : A.E. Schilder, *Het recht tot vergadering en betoging* [Le droit à la liberté de rassemblement et de manifestation], Arnhem, 1989, p. 99-100 et p. 266.

51. Un ordre d'urgence (« *noodbevel* »): article 175.1 de la *Loi sur les municipalités* [*Gemeentewet* (1992)].

*d'urgence*⁵² au niveau municipal, ce qui inclut le pouvoir d'interdire de se couvrir le visage à certains endroits, et ce pour un temps déterminé. Un règlement municipal interdisant en tout temps la dissimulation du visage est cependant illégal, quoique des règlements de ce genre existent néanmoins⁵³.

Étude de cas

Bien que le foulard islamique ait été l'objet de plusieurs affaires judiciaires, la burqa et le niqab en particulier sont pratiquement absents de la jurisprudence néerlandaise – ce qui laisse croire que, jusqu'à récemment, ces vêtements ne représentaient pas un réel problème. En 2003, lors d'une affaire de droit de la famille relative à la garde d'un enfant, le juge a statué qu'une femme portant le niqab ne pouvait être admise dans la salle d'audience pour des *raisons de communication*⁵⁴. En juin 2007, la cour jugé qu'une commune avait illégalement dépourvu une femme musulmane de ses prestations familiales car celle-ci n'avait pu trouver un emploi – même après quatre tentatives – car elle portait la burqa⁵⁵. Cette affaire a suscité un important émoi au parlement néerlandais. Elle a alors conduit au dépôt d'une motion, proposée par les parlementaires libéraux, chrétiens démocrates et travaillistes (donc soutenue par la majorité) demandant au gouvernement de permettre aux autorités municipales d'appliquer ces mesures alors contestées par les tribunaux⁵⁶.

Un nombre restreint mais intéressant de litiges fut traité par la Commission sur l'égalité de traitement (*Commissie Gelijke Behandeling*, CGB), un organisme non-judiciaire dont les décisions ont une influence considérable sur le processus législatif en matière d'égalité, particulièrement en ce qui concerne la *Loi générale sur l'égalité de traitement* (AWGB)⁵⁷. La Commission vérifie si les faits relevés par les plaignants constituent effectivement une infraction en vertu de la *Loi sur l'égalité*. Dans quatre affaires (dont trois en milieu scolaire), la Commission a jugé que l'interdiction de porter le voile constituait une forme de discrimination indirecte fondée sur la religion. La discrimination indirecte requière une justification objective et la mesure concernée doit être jugée nécessaire et appropriée.

Dans une première affaire en 2000, la Commission a jugé qu'interdire le voile islamique en milieu scolaire (en l'occurrence dans une faculté de médecine) était une mesure excessive et incompatible avec la *Loi sur l'égalité de traitement*⁵⁸. En 2003, dans un cas similaire, elle arriva néanmoins à une conclusion contraire. Deux maroco-néerlandaises qui s'étaient vues refuser l'accès à une école professionnelle

52. Un règlement/décret d'urgence (« *noodverordening* ») : section 176.1, *Loi sur les municipalités*.

53. ALTHUISUS J., « Witte maskers gediscrimineerd », quotidien *De Pers*, 8 mars 2011, p. 5. Voir le petit nombre de municipalités mentionnées dans le *Rapport d'experts 2006*, p. 55.

54. Cour de Zwolle, 10 octobre 2003, texte intégral : [www.rechtspraak.nl], nr. LJN AL8382 (en néerlandais).

55. Cour d'Amsterdam 24 mai 2007, texte intégral : [www.rechtspraak.nl], nr. LJN BA6917 (en néerlandais).

56. *Documents parlementaires*, 2006/07, 30545, nr.25 (texte de la résolution).

57. [*Algemene Wet Gelijke Behandeling* (1994)]. Toutes les opinions de la Commission sont publiées sur [www.cgb.nl] (en néerlandais). Depuis 2012 la Commission a reçu de nouvelles responsabilités et elle est renommée *College voor de rechten evan de mens* [Collège pour les droits de l'Homme] (décision du Conseil des ministres, 1^{er} avril 2011).

58. Opinion CGB, 2000-63.

pour port du voile avaient porté plainte auprès de la Commission en accusant l'école de discrimination indirecte fondée sur la religion⁵⁹. La Commission a qualifié la situation de discrimination indirecte puisque ces jeunes femmes musulmanes étaient touchées de façon disproportionnée, mais a cependant jugé la mesure acceptable en fonction d'une justification objective, soit l'entrave à la communication et à l'identification qui porte un risque à la sécurité. La Commission ajoutait alors que le port du voile compromettrait également les chances d'employabilité.

En 2004, dans une autre affaire concernant le milieu scolaire, la Commission a de nouveau estimé que l'interdiction générale du recouvrement du visage des élèves et des enseignantes constituait une forme indirecte de discrimination basée sur la religion. Elle a cependant jugé qu'une telle mesure pouvait être justifiée par la nécessité de garantir la *communication*, l'identification des élèves et le respect des obligations juridiques de l'école envers les élèves⁶⁰. La cause d'un élève dont l'école lui avait refusé l'accès en raison de l'impossibilité de communiquer avec sa mère complètement voilée fut au contraire jugée non justifiée (et, par conséquent, discriminatoire⁶¹). Toutefois, au terme d'une décision de la Commission publiée en 2009, il ne serait pas discriminatoire d'interdire à une mère de porter la burqa dans une garderie, cela en raison de nécessités de communications⁶².

◆ INITIATIVES PARLEMENTAIRES ET POLITIQUES GOUVERNEMENTALES

Quatre types de mesures législatives

Les mesures législatives adoptées à l'encontre la burqa peuvent différer en ce qui a trait à leurs caractéristiques et leur portée. Il sera question de mesures spécifiques ou générales selon qu'elles ciblent directement les tenues religieuses (telle la burqa ou le niqab), ou qu'elles cherchent à encadrer de manière globale toute dissimulation du visage. La littérature et les divers rapports publics distinguent les catégories suivantes :

<p>[type A] Une interdiction générale des <i>voiles islamiques</i> (interdiction générale, discriminatoire).</p>	<p>[type B] Une interdiction générale de <i>toute</i> dissimulation du visage (interdiction générale, neutre).</p>
<p>[type C] Une interdiction des <i>voiles islamiques</i>, mais seulement dans un contexte spécifique (un endroit, un emploi) (interdiction spécifique, discriminatoire).</p>	<p>[type D] Une interdiction de <i>toute</i> dissimulation du visage, mais seulement dans un contexte spécifique (un endroit, un emploi) (interdiction spécifique, neutre).</p>

59. Opinion CGB, 2003-40. Elles étaient trois à s'être vues refuser l'accès à l'école mais seule deux d'entre elles ont contesté la décision.

60. Opinion CGB, 2004-138. Dans un même ordre d'idées : Opinion CGB, 2006-239.

61. Opinion CGB, 2004-95.

62. Opinion CGB, 2009-36.

Comme il en sera question dans le survol des initiatives entreprises par le parlement depuis 2005, ce sont les deux premiers types d'interdiction qui se retrouvent au centre du débat néerlandais.

Initiatives parlementaires (depuis 2005)

Tout au long de la controverse, les Pays-Bas ont semblé rejoindre la France (où l'interdiction est en vigueur depuis le 11 avril 2011) et la Belgique (où elle l'est depuis le 23 juillet 2011) dans la volonté d'interdire le port du voile intégral⁶³. Depuis le début du débat, les événements et les mesures adoptées à l'encontre de la burqa dans les États voisins ont influencé les premiers projets de lois et résolutions. À trois reprises, une majorité de parlementaires ont saisi ces opportunités afin d'adopter des *motions* (résolutions) à l'égard des pratiques de recouvrement du visage⁶⁴. Ces résolutions étaient destinées à encourager le gouvernement à s'emparer de la question, sans pour autant qu'il n'y soit contraint. Un autre instrument dote le parlement d'un pouvoir plus grand : la deuxième chambre du parlement a la compétence d'initier une législation⁶⁵. Cette compétence a conduit certains députés à déposer deux projets de loi : le premier vise une interdiction générale de la burqa ; le deuxième vise l'interdiction de porter tout vêtement recouvrant le visage. Bien que les députés en question étaient membres de l'opposition au moment de déposer le projet de loi, ils font maintenant partie de la coalition, ou sont membres du *Partij voor de Vrijheid (PVV)* lequel soutient la coalition.

Geert Wilders, chef du *PVV*, a déposé un projet de loi proposant une *interdiction générale de la burqa*⁶⁶ (type A). Le projet visait l'interdiction de porter en public des vêtements islamiques recouvrant le visage (la burqa, le niqab ou tout autre vêtement qui pourrait être apparenté à la burqa). Porter la burqa deviendrait alors un crime punissable de douze jours d'emprisonnement ou d'une amende de 3 800 euros. Ce projet était défendu à partir de trois arguments : ces vêtements seraient incompatibles avec la modernité, les valeurs et les normes occidentales ; ils empêcheraient l'émancipation et l'intégration ; ils constitueraient un risque à la sécurité. On ajoutait également que l'interdiction amoindrirait la pression sociale exercée sur les femmes musulmanes afin qu'elles portent le voile, favorisant par là même une meilleure communication.

Alors qu'il était député de l'opposition, le libéral Henk Kamp déposa un deuxième projet de loi visant *l'interdiction générale de toute dissimulation du visage*⁶⁷ dans les lieux et établissements publics. La mesure était présentée comme une

63. Voir VRIELINK J., OUALD CHAIB S. et BREMS E., « Boerkaverbod. Juridische aspecten van lokale en algemene verboden op gezichtsverhulling in België », *Nieuw Juridisch Weekblad*, 2011, p. 398-414. [L'interdiction de la burqa : aspects légaux des interdictions générales et locales de la dissimulation du visage en Belgique.]

64. *Documents parlementaires* 2005/06, 29754, nr. 41 (texte de la résolution). *Documents parlementaires*, 2006/07, 29754, nr. 88 (texte de la résolution) ; *Documents parlementaires* 2006/07, 30545, nr. 25 (texte de la résolution ; initiative de députés libéraux, socialistes et chrétiens démocrates).

65. Le droit d'initiative : voir l'article 82, sub. 1 de la Constitution.

66. *Documents parlementaires*, 2007/08, 31108, nr.2 (texte) et nr. 3 (motivation du projet).

67. *Documents parlementaires*, 2007/08, 31331, nr.2 (texte) et nr. 3 (motivation du projet de loi).

interdiction *a priori* neutre (type B). Le député Kamp considérait ainsi que cette interdiction respectait les exigences des Pays-Bas en matière de respect des droits fondamentaux « puisqu'elle est de nature générale et objective, et qu'elle ne cible pas d'expressions religieuses spécifiques⁶⁸ ». Le projet comporte l'interdiction de tout couvre-chef rendant la *vérification de l'identité d'une personne* impossible. Toute infraction serait passible d'une amende de 3 800 euros. Ce deuxième projet de loi, tant dans son contenu que dans sa motivation, diffère de celui déposé par Wilders. La *sécurité* est au centre de son argumentaire; l'interdiction de toute dissimulation du visage est jugée nécessaire afin de garantir la sécurité « objective » et « subjective⁶⁹ ». On soulignera ici qu'aucune des lois proposées n'envisageait de sanctionner les personnes forçant les femmes musulmanes à se voiler⁷⁰.

Ces projets de loi n'ont pas été abandonnés, cela même s'ils ne sont pas débattus au Parlement. Seul le projet de Wilders fut soumis au Conseil d'État⁷¹. La question du voile reste donc d'actualité. Elle n'est ignorée ni du parlement, ni du gouvernement dont la survie dépend du soutien continu de *PVV* de Wilders.

Position du gouvernement (2006 – 2011 et 2012)

Le paragraphe précédent soulignait l'intérêt du parlement à légiférer en matière de voilement. Malgré les annonces faites à cet effet, les gouvernements qui se sont succédés depuis n'ont pas donné suite au projet d'imposer des restrictions sur les pratiques de voilement⁷². En février 2008, le cabinet a jugé qu'une *interdiction générale* serait superflue⁷³. Il annonçait toutefois que des *interdictions spécifiques* seraient mises en place dans les écoles⁷⁴ et les services publics⁷⁵. De telles interdictions restèrent pourtant en suspend et la question fut repoussée à la session parlementaire suivante⁷⁶. Le gouvernement actuel a annoncé « une interdiction générale des vêtements recouvrant le visage dont la burqa »⁷⁷, mais une telle interdiction n'a toujours pas été mise de l'avant. Le ministre de l'Intérieur n'a pas donné de précision quant à la législation en préparation, bien qu'il en ait eu

68. *Documents parlementaires*, 2007/08, 31331, nr. 3, p. 2.

69. *Documents parlementaires*, 2007/08, 31331, nr. 3, p. 1-2.

70. Cf. art. 4 de la loi française n° 2010-1192 du 11 octobre 2010, qui introduit l'article 225-4-10 au Code pénal, condamnant à un an de prison et à une amende de 30.000 € toute personne forçant une autre personne à se voiler, ou encore à deux ans de prison et 60.000 € d'amende lorsque la coercition affecte une personne mineure.

71. Le Conseil d'État a rendu public son avis (critique) en septembre 2007 : *Documents parlementaires*, 2007/08, 31108, nr. 4.

72. Voir par exemple l'annonce du 28 novembre 2006 dans le message ministériel accompagnant le *Rapport d'experts 2006*.

73. Lettre du 8 février 2008, *Documents parlementaires*, 2007/08, 31200 VIII.

74. *Documents parlementaires* 2007/08, 31200 VIII, nr. 48, p. 6. *Documents parlementaires* 2007/08, 31200 VIII, nr. 209.

75. Cette politique s'applique au niveau national. Le cabinet suppose que des règlements semblables seront introduits aux autres niveaux (provincial et municipal). Lettre du 8 février 2008, *Documents parlementaires* 2007/08, 31200 VIII, nr. 48, p. 6.

76. *Documents parlementaires* 2009/10, 32123 VIII, nr. 155. L'avis du Conseil d'État (non publié) est en partie responsable de ce délai.

77. Dans son Pacte de la coalition du 30 septembre 2010.

l'opportunité en décembre 2010 lors du dépôt du budget⁷⁸. Quoi qu'il en soit, on s'attendait alors à ce que fin 2011, soit soumise au parlement une législation relativement neutre dans le sens où il s'agirait d'une interdiction, non seulement des vêtements religieux, mais bien de toute forme de dissimulation du visage – ce qui se rapproche de l'argumentaire et du type de proposition déposée par Henk Kamp en 2007.

En juin 2011, le gouvernement avait donné un aperçu de la question dans le cadre d'un rapport sur les politiques d'intégration⁷⁹. Le rapport soulignait la défense de « l'ouverture dans les relations sociales », ce qui faisait écho au contexte français, plus spécifiquement à « la volonté de vivre ensemble⁸⁰ ». Le rapport avait réitéré les arguments présentés dans les propositions de Wilders et de Kamp : l'interdiction servirait à combattre la discrimination et à lutter contre les *sentiments d'insécurité*. Le gouvernement avançait à la fois qu'il n'y avait pas de place pour « la discrimination fondée sur l'origine ethnique, la nationalité, la religion ou toute autre conception portant atteinte à l'égalité des personnes⁸¹ ». Le ministre de l'Intérieur situait alors l'interdiction de recouvrir son visage dans une longue tradition : « Depuis plusieurs années déjà, nous avons aux Pays-Bas des règles sur l'habillement, tout particulièrement dans le cas où aucun vêtement n'est porté⁸². »

Cette comparaison plutôt inattendue – avec la législation pénale sur l'indécence publique et l'interdiction de la nudité (art. 430a du Code pénal) – situe l'interdiction de porter le voile dans le contexte de la *protection de la morale*, un but légitime de la restriction des libertés religieuses selon l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. En défendant l'interdiction, le cabinet avançait que « [l'habillement qui dissimule le visage en tout ou en partie] porte également atteinte à l'égalité des sexes ». De plus, il considérait que « la restriction du droit à la liberté de religion est nécessaire en matière de protection des caractéristiques et des coutumes de la vie publique aux Pays-Bas⁸³ ». Cet argument – similaire en plusieurs points à ceux présentés afin de défendre les interdictions belge et française – est intéressant dans la mesure où l'on s'attendait à ce que le projet repose principalement sur l'argument de la *sécurité*⁸⁴. Le non respect de l'interdiction du port du voile serait considéré comme une violation de l'article 430a du Code pénal et serait puni d'une amende maximale de 380 euros, ce qui représente un dixième de l'amende suggérée par les projets de loi de Wilders et Kamp. En septembre 2011, le cabinet acceptait le projet du gouvernement intitulé « Loi

78. *Annales parlementaires* (deuxième Chambre), 2 décembre 2010.

79. *Documents parlementaires* 2010/11, 32824, nr.1, p.18.

80. Le ministre Alliot-Marie invoqua « la volonté de vivre ensemble » au Sénat alors que le projet était débattu. Sénat français, *Compte Rendu Intégral*, séance 14 septembre 2010, p. 6731. Cet argument fut également présenté dans le cas de la Belgique : voir VRIELINK J., OUALD CHAIB S. et BREMS E., *loc. cit.*, p. 407.

81. *Documents parlementaires*, 2010/11, 32824, nr. 1, p.18.

82. Voir art. 430a du Code pénal : « Une personne se trouvant déshabillée en dehors d'une zone désignée à cet effet par le conseil municipal, ou encore dans un lieu public non approprié pour ce genre d'activité, est passible d'une amende de la première catégorie. »

83. (Notre traduction) Source : ministère de l'Intérieur et de l'intégration, communiqué de presse du 16 septembre 2011.

84. Le titre annoncé de la loi était : « Interdiction du port d'un vêtement recouvrant le visage » (notre traduction).

interdisant l'habillement recouvrant le visage » (« *Wet houdende een verbod op het dragen van gelaatsbedekkende kleding*⁸⁵ ») qui avait été envoyé pour avis au Conseil d'État⁸⁶. Le gouvernement présentera le projet de loi au parlement vers la fin de 2011⁸⁷, son intention étant que l'interdiction soit effective dès le 1^{er} janvier 2013⁸⁸.

Les problèmes économiques en 2012 ont provoqué une crise politique qui a mis fin à l'existence du gouvernement minoritaire et, en conséquence, à l'influence du parti *PVV* sur l'agenda politique gouvernementale. Le nouveau gouvernement, une coalition du parti libéral et du parti socialiste a changé de priorité législative. Le nouveau programme gouvernemental contient un passage relatif à l'adoption d'une législation proposant une interdiction limitée des vêtements recouvrant le visage (dans les établissements scolaires, les établissements sociaux et médicaux, les transports publics et dans tous les bâtiments des pouvoirs publics). Selon ce projet, ceux qui porteraient de tels vêtements pourraient être exclus des programmes d'allocations de subsistance⁸⁹.

◆ OBJECTIONS À UNE INTERDICTION GÉNÉRALE

Les raisons présentées par le gouvernement afin de justifier l'interdiction générale respectent-elles les dispositions nationales et internationales relatives aux droits de l'Homme? Quels ont été les débats? Les développements politiques ont donné lieu à un rapport d'experts⁹⁰, un avis du Conseil d'État concernant le projet de Wilders⁹¹ et des commentaires d'universitaires⁹². Aucun d'entre eux ne considère que l'interdiction générale de la burqa et du niqab soit sans problème.

Soulignons tout d'abord les points suivants, qui furent identifiés par les recommandations d'une commission d'experts en 2006.

85. Sous-titre du projet : *Verbod op het dragen van gelaatsbedekkende kleding ter bevordering van veiligheid in de publieke ruimte en bescherming van de openbare orde* [Interdiction du port d'un vêtement recouvrant le visage en faveur de la sécurité dans les lieux publics et de la protection de l'ordre public].

86. Ministère de l'Intérieur et de l'intégration, communiqué de presse du 16 septembre 2011. [<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/persberichten/2011/09/16/ministerraad-stemt-in-met-wetsvoorstel-verbod-gelaatsbedekkende-kleding.html>] (en néerlandais).

87. Annexe de la lettre du ministre de l'Intérieur à la deuxième Chambre du parlement, 9 mars 2011 : *Documents parlementaires*, 2010/11, 32500-VII, nr. 87, p. 14.

88. *Documents parlementaires*, 2010/11, 32824, nr. 1, p. 18.

89. Programme de gouvernement de la coalition VVD-PvdA *Bruggen slaan* 29 octobre 2012, p. 30 (voir [<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2012/10/29/regeerakkoord.html>]). Ce genre de restrictions correspond au [type D, interdiction spécifique, neutre] discuté dans ce chapitre (§ 3.1), une interdiction de toute dissimulation du visage, mais seulement dans un contexte spécifique (un endroit, un emploi).

90. Voir *Rapport d'experts 2006* et l'avis consultatif (*Notitie*) sur l'interdiction de la burqa aux Pays-Bas du Comité permanent des experts sur l'immigration internationale, les réfugiés et le droit criminel, 2006 (disponible à l'adresse suivante : [www.commissie-meijers.nl]).

91. *Documents parlementaires* 2007/08, 31108, nr. 4.

92. VAN OOIJEN H., « Boerka of bivakmuts: verbod in de openbare ruimte? Het wetsvoorstel Wilders en Fritsma en het wetsvoorstel Kamp nader onder de loep genomen » [Burqa ou balaclava : l'interdiction dans l'espace public? Analyse du projet de loi de Wilders-Fritsma et du projet de Kamp], *NJCM Bulletin*, 2008, p. 160-176. WITTEVEEN W., « Montesquieu en het boerkaverbod » [Montesquieu et l'interdiction de la burqa], *Nederlands Juristenblad*, 2010, 85, 18, p. 1165-1172. VAN SASSE VAN YSSELT P., *loc. cit.*, p. 9-12. Voir aussi les observations critiques de KORTMANN C. A. J. M., « Een bijzonder schrijven : gelaatsbedekkende kleding » [Une lettre spéciale : les vêtements couvrant le visage], *Nederlands Juristenblad* 2008, 9, p. 513-514.

1. Le problème n'a pas une très grande ampleur dans la société néerlandaise et le nombre de femmes portant la burqa semble très limité⁹³.

2. Rien n'indique que l'interdiction du port de la burqa dans des lieux publics serait une solution *appropriée* aux problèmes de sécurité⁹⁴.

3. Plusieurs *options alternatives* interdisant la dissimulation du visage dans certaines circonstances spécifiques étaient déjà en place⁹⁵.

4. L'interdiction de la burqa ou du recouvrement du visage pourrait avoir pour effet de stigmatiser les musulmanes et nuire aux relations avec les musulmans⁹⁶.

5. L'interdiction pourrait faire en sorte que les femmes portant la burqa demeurent à la maison⁹⁷.

Au regard de la Constitution néerlandaise et du droit international, l'interdiction soulève de nombreuses questions quant à l'obligation de respect par les Pays-Bas des droits fondamentaux. Ces obligations concernent notamment la liberté de religion⁹⁸ et le principe de non-discrimination⁹⁹. L'objection principale est fondée sur l'article 6 de la Constitution néerlandaise (la liberté de religion) et sur l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. La loi ne cible pas exclusivement les tenues islamiques mais affecte tout de même l'expression d'une religion particulière. Le pacte du gouvernement annonçait une mesure adressée à *une seule* forme de dissimulation du visage (la burqa) propre à une religion particulière (l'islam). Lorsque la mesure est considérée comme une restriction de la liberté de religion (ce que le projet de Wilders laissait bien supposer¹⁰⁰), elle doit être justifiée en vertu des exigences de la Constitution néerlandaise et des critères de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰¹.

Les opinions diffèrent en ce qui concerne la « marge d'appréciation » de l'État néerlandais en matière d'application de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰². Le projet de Kamp revendiquait sans hésitation une large marge

93. *Rapport d'experts 2006*, p. 12-13. MOORS A., *o. c.*, p. 28; KORTMANN C. A. J. M., *loc. cit.*, p. 513; VAN OOIJEN H., *loc. cit.*, p. 165; WITTEVEEN W., *loc. cit.*, p. 1169.

94. *Rapport d'experts 2006*, p. 66-67. VAN DER BURG W., « Culturele diversiteit en de democratische rechtsstaat » [Diversité culturelle dans le *Rechtsstaat* démocratique], in *Multiculturaliteit en recht*, Kluwer, Deventer, 2008, (p. 3-61), p. 54.

95. Le comité d'experts n'exclut pas qu'une interdiction globale et neutre puisse être théoriquement légale (en dernier recours), mais il suggère que l'adoption de mesures spécifiques en ce sens serait préférable. *Rapport d'experts 2006*, p. 67. Les experts se servent de l'exemple des transports en commun, où l'identification est nécessaire pour assurer la sécurité; une loi interdisant de se couvrir le visage serait alors justifiée. *Ibid.*, p. 70-72.

96. *Ibid.*, p. 62-63.

97. Conseil d'État, *Documents parlementaires*, 2007/08, 31108, nr. 4, p. 5.

98. D'autres droits fondamentaux sont également pertinents, comme la liberté d'expression : voir le *Rapport d'experts 2006*, p. 32-33; P. van Sasse, *loc. cit.*, p. 13.

99. *Rapport d'experts 2006*, p. 42-43; VAN OOIJEN H., *loc. cit.*, p. 162.

100. *Documents parlementaires*, 2007/08, 31108 nr. 4, p. 5.

101. Pour les Pays-Bas : VAN BJSTERVELD S. C., « The permissible scope of legal limitations on the freedom of religion or belief in the Netherlands », *Emory International Law Review* 2005, 19:2, p. 929-987.

102. Voir G. van der Schyff and A.J. Overbeek, « Exercising Religious Freedom in the Public Space: a comparative and European Convention analysis of general burqa bans », *European Constitutional Law Review*, 2011, p. 424-452.

d'appréciation¹⁰³. Ce détail est important puisque la marge d'appréciation peut indubitablement avoir un impact décisif sur la justification de l'interférence avec un droit fondamental en société démocratique¹⁰⁴. Nous en avons été notamment témoins lors du jugement de la Cour de Strasbourg dans la décision *Lautsi vs Italie*¹⁰⁵, mais également dans plusieurs affaires impliquant les « laïcités » de Turquie et de France¹⁰⁶.

Quant aux tenues religieuses, il convient également de prêter attention à la décision de la Cour dans l'affaire *Arslan vs. Turquie* de 2010¹⁰⁷. Dans le cas de la jurisprudence *Sahin*, la cour avait attribué une importance considérable aux corps décisionnels nationaux. L'affaire *Sahin* mettait en cause le port de symboles religieux dans les établissements publics, y compris les écoles. Cependant, dans l'affaire *Arslan*, c'est l'interdiction du port de vêtements religieux dans l'espace public qui était en cause. Dans ce cas, la marge de manœuvre de la Turquie semblerait donc limitée¹⁰⁸. On pourrait conclure que plus le lien entre l'espace public et l'État est faible, plus la marge d'appréciation est mince¹⁰⁹.

Le modèle français de séparation des Églises et de l'État diffère radicalement du modèle pluraliste en place aux Pays-Bas, où la neutralité n'exige pas que l'État s'abstienne de soutenir les activités religieuses. La Constitution confère à l'État la lourde responsabilité de justifier toute mesure qui tend à restreindre la liberté de religion, et cela même au sein de l'espace public¹¹⁰. Bien qu'il soit difficile

103. *Documents parlementaires*, 2007/08, 31331, nr. 3, p. 5, invoquant le jugement de la Cour européenne des droits de l'Homme *Şahin v. Turkey*, appl. nr. 44774/98, 29 juin 2004. Le projet clame que la législation est d'application générale et neutre (ne ciblant aucune religion particulière). La liberté de religion ne serait donc pas limitée.

104. Au sujet de l'expression religieuse dans le contexte de l'éducation, voir A. Nieuwenhuis, « State and Religion. Schools and Scarves. An analysis of the Margin of Appreciation as Used in the case of Leyla Şahin v. Turkey. Decision of 29 June 2004, Application Number 44774/98 », *European Constitutional Law Review* 2005, p. 495-510.

105. Cour européenne des droits de l'Homme (grande Chambre) *Lautsi vs Italy*, n° 30814/06. La grande Chambre était disposée, comme lors de l'affaire *Sahin*, à reconnaître une large marge d'appréciation autour d'une affaire qui impliquait les enjeux de la tolérance des symboles religieux dans les écoles publiques, annulant ainsi le jugement de la Chambre qui avait préféré une marge d'appréciation très étroite pour la sauvegarde de la neutralité en éducation.

106. Cour européenne des droits de l'Homme, 10 novembre 2005, n° 44774/98, *Şahin vs Turquie*; Cour européenne des droits de l'Homme, 4 décembre 2008, n° 31645/04, *Kervanci vs France*; Cour européenne des droits de l'Homme, 4 décembre 2008, n° 27058/05, *Dogru vs France*; voir également la décision de la Cour du 30 juin 2009, n° 43563/08, *Aktas vs France*; Cour européenne des droits de l'Homme, 30 juin 2009, n° 14308/08, *Bayrak vs France*; Cour européenne des droits de l'Homme, 30 juin 2009, n° 18527/08, *Gamaleddyn vs France*; Cour européenne des droits de l'Homme, 30 juin 2009, n° 29134/08, *Ghazal vs France*; Cour européenne des droits de l'Homme, 30 juin 2009, n° 25463/08, *J. Singh vs France*; Cour européenne des droits de l'Homme, 30 juin 2009, n° 27561/08, *R. Singh vs France*.

107. Cour européenne des droits de l'Homme, 23 février 2010, n° 41135/98 *Arslan vs Turquie*. Voir également le Conseil d'État français, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, 25 mars 2010.

108. Conclusion de la cour : violation de l'article 9, CEDH, voir VAN DER SCHYFF G., et OVERBEEKE A. J., *loc. cit.*, p. 439.

109. CEDH, 23 février 2010, n° 41135/98, *Arslan vs Turquie*, § 49.

110. Le Comité d'experts accepte que théoriquement, une interdiction globale et neutre pourrait être légale dans l'optique de protéger la sécurité publique et les droits et libertés des autres. Cependant, le Comité suggère qu'il pourrait être déterminé qu'une telle interdiction dépasse la marge d'appréciation de la Convention européenne des droits humains. *Rapport d'experts 2006*, p. 63-68.

de prédire l'issue des causes entendues devant la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne l'application de la législation néerlandaise en matière de dissimulation du visage, c'est le gouvernement néerlandais qui portera le fardeau de la preuve : il devra démontrer que les mesures planifiées sont proportionnelles aux objectifs ciblés. Cela est encore plus vrai compte tenu de la valeur symbolique de cette mesure, le nombre de femmes qui portent le voile intégral étant véritablement minime.

Conclusion

Dans la plupart des États européens, les aménagements laïques ont émergé – et le principe de liberté de conscience et de religion a été garanti – dans des systèmes étatiques où certains cultes étaient, tantôt reconnus, tantôt privilégiés en vertu d'accords de collaboration avec les institutions publiques. Et c'est bien en vertu de ces aménagements laïques, et parce que s'imposent à l'État les nécessités de la protection de la liberté de conscience et de religion, que celui-ci est amené à s'immiscer dans le champ religieux dont il va se faire l'interprète. Autrement dit, comme l'a montré le juriste Jean-Marie Woehrling, c'est le principe même de la liberté de conscience et de religion qui implique que l'État laïque n'ignore pas le fait religieux mais, à l'inverse, le prenne en compte afin que les contours de cette liberté soient clairement définis¹. L'État est dès lors amené à déterminer *a priori* les contours de la religion, afin de garantir *a posteriori* la liberté de conscience et de religion de ceux qui s'en réclament. Dans ce cadre, si les lois nationales européennes envisagent bien la protection de la liberté de conscience dans sa dimension individuelle, elles mettent aussi l'accent sur cette liberté dans sa dimension collective afin de permettre aux Églises de s'organiser selon leurs règles propres. En résulte encore aujourd'hui pour les tribunaux européens une difficulté d'appréhender la religion dans sa dimension subjective, et de sanctionner l'atteinte à la liberté de religion dans sa dimension uniquement individuelle.

Pourtant, comme l'ont montré la recherche présentée par Fareen Parvez dans ce volume, ainsi que les travaux de Maryam Borghée en banlieue parisienne², le voile intégral devient bien, lorsqu'il est porté en occident, un symbole religieux par destination car il est construit, par les femmes qui le portent, en tant que symbole de leur religiosité. C'est ce qu'illustre également l'enquête d'Agnès de Féo³ à partir de laquelle Raphaël Liogier distingue trois catégories de femmes européennes portant le voile intégral : des jeunes femmes de moins de 29 ans, célibataires pour

1. WOERLING J. M., « Définition juridique de la religion », in MESSNER F., PRÉLOT P.-H. et WOERLING J. M., *Traité de droit français des religions*, Paris, Litec, 2003, p. 23.
2. BORGHÉE M., *Voile intégral en France. Sociologie d'un paradoxe*, Paris, Éditions Michalon, 2012.
3. DE FÉO A., *Sous la burqa*, Paris, Sasana Productions, 2010.

la plupart, issues de familles musulmanes ni croyantes ni pratiquantes, mais qui s'affirment pourtant en tant qu'« hypermusulmanes⁴ » ; des femmes âgées de 30 à 47 ans, également « reconverties » qui s'imposent une vie ascétique de leur plein gré, souvent en opposition à la volonté leur mari, à des fins rédemptrices et pour retrouver intégralement la voie de l'islam⁵ ; des femmes plus âgées enfin, souvent ménopausées, dont la prise du voile traduirait, à nouveau, un processus de reconversion, cette fois plus tardif, à la religion⁶.

Ces interprétations des femmes qui portent le voile intégral correspondent aux processus d'individualisation du croire décrits par les sociologues des religions depuis plusieurs décennies. Les femmes qui portent le voile intégral dans les sociétés occidentales affirment le faire dans un souci de rapprochement avec Dieu et prêtent à cette éthique personnelle une dimension religieuse. Or, c'est bien ce discours et la sincérité de la croyance de celles qui le professent, qui font foi. La sincérité de la croyance en garantit la protection. Cette lecture subjective a certainement l'avantage d'éviter toute argumentation culturaliste (le radicalisme religieux comme produit d'importation) ou stéréotypée sur le sens à attribuer au voile intégral (le voile intégral comme symbole de domination de la femme) qui n'aurait d'autre effet que d'ethniciser celles qui le portent, de les poser comme altérité au regard d'un système de valeurs occidentales dont la singularité tient essentiellement aujourd'hui à son caractère défensif... car cette lecture subjective du religieux provoque aussi en retour inquiétudes et replis à l'égard d'individus croyants perçus comme marginaux dans nos sociétés sécularisées.

Saisi par le droit, le voile intégral ne fait donc pas l'objet de la même interprétation et du même traitement selon le contexte national dans lequel on s'inscrit. Il est bien un symbole tantôt culturel, tantôt religieux, le curseur permettant de déterminer ce qui relève de la « religion » et ce qui n'en relève pas ne cessant, au gré des débats sociaux, de se déplacer. Et si les contours de ce vêtement ne peuvent, au terme de cet ouvrage, être précisément définis, c'est précisément parce qu'il est un révélateur – peut-être à l'extrême – des attermoissements des États laïques face à un religieux de plus en plus éclaté.

4. LIOGIER R., « Le voile intégral comme *trend* hypermoderne » (2010), 42 Multitudes 16.

5. *Ibid.*, p. 17.

6. *Ibid.*, p. 17.

Les auteurs

- Valérie AMIRAUX Professeure titulaire au département de sociologie de l'université de Montréal et titulaire de la Chaire de recherche du Canada en étude du pluralisme religieux.
- Jean BAUBÉROT Professeur émérite à l'École pratique des hautes études, membre fondateur du Groupe-Sociétés-Religions-Laïcités, ancien titulaire de la Chaire « Histoire et sociologie de la laïcité ».
- Ben CLEMENTS Professeur au Department of Politics and International Relations, University of Leicester.
- Xavier DELGRANGE Premier auditeur chef de section au Conseil d'État belge, Maître de conférence à l'université libre de Bruxelles et chargé d'enseignement aux facultés universitaires de Saint-Louis.
- Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ Professeure agrégée en Droit public, faculté de droit de l'université Paris Ouest Nanterre La Défense.
- David KOUSSENS Professeur adjoint au département d'études religieuses de l'université de Sherbrooke et titulaire de la Chaire de recherche sur les religions en modernité avancée.
- Nadia MARZOUKI Chercheure postdoctorale au Mediterranean Program, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute.
- Ronan MCCREA Professeur à la Faculty of Law, University College London
- Mathias MÖSCHEL Chercheur postdoctoral à la faculté de droit de l'université Paris Ouest Nanterre La Défense.
- Hana van OOIJEN Chercheure postdoctoral, Universiteit Utrecht.
- Adriaan OVERBEEKE Assistant Professor, Faculty of Law, Free University Amsterdam.
- Z. Fareen PARVEZ Assistant Professor, Department of Sociology, University of Massachusetts, Amherst.
- Olivier ROY Professeur au European University Institute, directeur du Mediterranean Programme au Robert Schuman Centre for Advanced Studies et directeur du projet Religiowest.

Anne SARIS

Professeure au département des sciences juridiques de l'université du Québec à Montréal.

Dominique SCHNAPPER

Directrice d'études à l'École des hautes études en sciences sociales et membre du centre d'études sociologiques et politiques Raymond Aron.

.....

Table des matières

David Koussens et Olivier Roy
Introduction : Pour en finir avec la « burqa »? 7

.....
PREMIÈRE PARTIE
.....

La « burqa » : un cheval de Troie dans les démocraties libérales ?

Valérie Amiraux
Le port de la « burqa » en Europe :
Comment la religion des uns est devenue l'affaire publique des autres 15

Ben Clements
La burqa dans l'opinion publique des sociétés occidentales 39

Nadia Marzouki
La controverse comme transformation des conditions du compromis 53

Jean Baubérot
Voile intégral et laïcité :
la Mission d'information parlementaire sur le voile intégral 67

Dominique Schnapper
Le port du voile intégral en France :
une épreuve pour l'ordre démocratique 79

Z. Fareen Parvez
Débattre de la burqa en France : l'antipolitisme du Réveil islamique 89

.....
DEUXIÈME PARTIE
.....

La « burqa » : un corps étranger dans les États de droit

Ronan McCrea
L'interdiction du voile intégral, la liberté de conscience
et l'ordre public européen 123

Stéphanie Hennette-Vauchez Derrière la burqa, les rapports entre Droit et Laïcité : la subversion de l'État de droit?	159
Anne Saris La burqa au Québec : entre droit et valeurs, qui élabore le droit commun?	177
Xavier Delgrange Quand la burqa passe à l'Ouest, la Belgique perd-elle le Nord?	197
Mathias Möschel La burqa en Italie : d'une politique locale à une législation nationale	237
Adriaan Overbeeke et Hana van Ooijen Les politiques relatives au port de la burqa aux Pays-Bas Tomber de rideau sur une tradition pluraliste?	251
Conclusion	269
Les auteurs	271