

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL GARDIEN DES LIBERTÉS PUBLIQUES ?

**6 MAI 2011
AMPHITHÉÂTRE
EISENMANN
FACULTÉ DE DROIT
PLACE D'ATHÈNES
STRASBOURG**

Colloque organisé par l'Institut de Recherches Carré de Malberg
(Université de Strasbourg, Fédération de recherche CNRS/UDS n°3241)
et l'Institut Michel Villey (Université Paris II, Panthéon-Assas)

Responsables scientifiques : Olivier Beaud (Université Paris II) et Patrick Wachsmann
(Université de Strasbourg), professeurs de droit public

Institut de recherches Carré de Malberg
Institut Michel Villey

*La décision sur la loi interdisant la dissimulation du visage
dans l'espace public : réflexions sur la liberté et la citoyenneté*

François Saint-Bonnet
Professeur à l'Université Paris II

Contribution au colloque
Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?

organisé à Strasbourg le 6 mai 2011

Responsables scientifiques
Olivier Beaud et Patrick Wachsmann

La décision sur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public : réflexions sur la liberté et la citoyenneté

François Saint-Bonnet

Version provisoire

L'argument qui a emporté la conviction du conseil constitutionnel est celui de la juste conciliation réalisée par le législateur entre les impératifs contradictoires de respect des certaines libertés (art. 4, 5 et 10 DDHC, 3^e alinéa du Préambule de 1946) et de l'ordre public, y compris dans sa dimension immatérielle¹.

On s'est efforcé de définir cet « ordre public immatériel » que comme « les exigences minimales de la vie en société »² ou comme un « socle minimal d'exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société »³. La difficulté est que cette notion d'ordre public immatériel a tout d'un argument d'autorité qui n'offre pas toute la sécurité juridique requise dans un domaine aussi sensible. En effet, ces exigences minimales de la vie en société, ou plus exactement de la société française actuelle peuvent recouvrir à peu près tout et presque n'importe quoi⁴ et son rattachement à un texte constitutionnel est pour le moins imprécis et incertain (c'est bien d'ailleurs pour cette raison que le Conseil d'Etat a considéré qu'il n'y avait pas de fondement juridique indiscutable à une loi d'interdiction générale et absolue)⁵. Elle recouvre en revanche des convictions politiques actuelles et sans aucun doute profondes qui figurent dans la résolution de l'article 34-1 adoptée à l'unanimité en avril. Mais évidemment, le fait que ces convictions soient celles de l'unanimité des parlementaires français ne laisse pas de leur garder leur caractère de « convictions », elles n'en acquièrent pas soudainement celles de règles juridiques de nature « constitutionnelle ».

Le Conseil d'Etat a en effet bien pointé la difficulté, lui qui s'est jadis hardiment emparé de la notion de dignité humaine, en étant d'avis qu'une conception nouvelle de l'ordre public ainsi conçue est assez fragile juridiquement, parce qu'elle n'a jamais été pensée en doctrine et, en outre, parce qu'elle n'a jamais été consacrée dans des systèmes juridiques voisins de celui de

¹ C'est-à-dire indépendamment de ses composantes « matérielles » que sont la tranquillité, la salubrité ou la sécurité publiques.

² Commentaire aux CCC.

³ Avis du CE, p. 26.

⁴ Pour Denys de Béchillon, « l'ordre public redéfini de la sorte n'a tout simplement pas de contenu ou, si l'on veut être plus exact, [...] il les a tous. Il ne faut pas s'y tromper, la compétence reconnue au législateur pour fixer un ordre des convenances dans la société française - car c'est bien de cela qu'il s'agit - pourrait virtuellement recouvrir toutes les limitations de libertés qu'il pourrait juger bon d'imposer » (RFDA 2010, p. 467).

⁵ Béchillon parle de « magnitude potentielle d'une telle redéfinition de l'ordre public » (ibid.).

la France⁶. Cependant, le fait que d'autres systèmes juridiques ne se soient pas emparés d'une telle notion et que la doctrine juridique ne l'ait pas défendue ne seraient pas déterminant aux yeux du Conseil d'Etat si, au fond, elle ne comportait un germe d'insécurité juridique extrêmement préjudiciable : c'est pourquoi, il s'abstient de « recommander un changement aussi profond de notre ordre normatif, dont les contours sont difficiles à cerner par avance au regard de l'ensemble de ses applications potentielles »⁷.

Le Conseil constitutionnel n'a donc pas fait siens les embarras du Conseil d'Etat en considérant que c'est à bon droit que « le législateur a estimé que [les] pratiques [consistant à dissimuler son visage dans l'espace public] peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissent les exigences minimales de la vie en société », et que, dès lors, il « a 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 disproportionnée »⁸.

Cette communication ne porte pas sur le résultat de cette décision, toujours sujet à appréciations divergentes en fonctions d'inclinations personnelles, mais sur l'argumentation juridique. Les « exigences minimales de la vie en société » dans leur rapport avec certaines pratiques telles que le port d'un voile intégral sont une question qui mérite d'être creusée. Pour ce faire, on peut se servir utilement des réflexions qui ont pu être proposées en d'autres temps. Elles méritent d'être explorées car les nombreux débats qui ont été menés récemment sur les vêtements, costumes ou signes religieux⁹ l'ont été voici deux siècles, dans un contexte bien différent mais en développant des arguments originaux et féconds. En effet, on a jadis tiré des conséquences juridiques de la volonté libre de se préserver du monde pour vivre de manière pieuse, de même que l'on a légiféré en France pour interdire le port de vêtement religieux au nom de la liberté. Même si le dispositif de la loi évite la question du voile intégral pour lui préférer celle de la dissimulation du visage dans l'espace public, il n'est pas absurde de considérer que cela ne dispense pas de s'intéresser à la question de pratiques présentées par ceux qui en sont les auteurs comme de nature religieuse.

⁶ Avis du CE, p. 27.

⁷ Avis CE, p. 28.

⁸ Décision CC

⁹ Voir la loi du 15 mars 2004. Et la jurisprudence récente — et qui en a surpris beaucoup — de la CEDH (Lautsi et autres c. Italie, 18 mars 2011, *Req. n° 30814/06*).

La présente réflexion se propose, dans un premier mouvement, de rappeler les conséquences juridiques tirées, sous l'Ancien Régime, des engagements perpétuels des religieux catholiques, à savoir la mort civile. Une mort civile choisie et non subie – pour peu que l'on admette, mais il faut bien le faire, que ces engagements-là étaient libres jusqu'à preuve du contraire – qui est simplement la suite de la mort au monde. On portera une attention particulière à la volonté exprimée par ces religieux de quitter la société, c'est-à-dire de préférer, aux exigences minimales de la vie en société dans le « siècle » (vie terrestre), les exigences d'une autre société, ni terrestre, ni céleste, mais séparée du monde par une clôture, une séparation matérialisée par une borne matérielle, une incarcération volontaire qui ne peut être distraite que par des parloirs, ponctuels, où ceux qui échangent sont séparés le plus souvent par une grille. Une claustration volontaire vécue et conçue dans son double aspect : un libre choix de quitter le siècle mais aussi une libération par rapport à ce siècle.

Il faut ensuite analyser les motifs qui ont été ceux des Révolutionnaires d'interdire, au nom de leur conception de la liberté individuelle mais aussi au nom de leur conception de la citoyenneté, les vœux perpétuels (c'est-à-dire le fait de s'engager sans pouvoir se « dégager », se « désengager », rompre cet engagement) en 1790, ce qui eut pour conséquence de mettre un terme au régime juridique de la mort civile des religieux (elle demeurera pour les contumaces, certains bannis, tandis qu'elle demeure aujourd'hui sous la forme du « jugement déclaratif d'absence » en vertu de l'article 122 du Code civil¹⁰). Afin de tirer toutes les conséquences de cette interdiction des vœux perpétuels et d'éliminer toute société qui constituerait une corporation, un « Etat dans l'Etat », en marge et en opposition avec la société démocratique qu'elle entend construire, l'Assemblée de 1792 interdit également le port de tout costume pour le clergé, y compris à l'intérieur des monastères, au motif que ce vêtement est un refus de la société et de la citoyenneté. Le grand discours de l'évêque constitutionnel Torné qui s'achève par une séance de déshabillage général des membres du Clergé constitutionnel, pour cocasse qu'elle soit, n'est que la suite d'une réflexion radicale sur les conceptions que se font les Révolutionnaires de 1792 des « exigences minimales de la vie en société ».

Ces deux régimes n'informent pas véritablement la France d'aujourd'hui car dans le cas de la mort civile du religieux, c'est le droit confessionnel qui envahit le droit civil tandis que dans

¹⁰ « Lorsqu'il se sera écoulé dix ans depuis le jugement qui a constaté la présomption d'absence, soit selon les modalités fixées par l'article 112, soit à l'occasion de l'une des procédures judiciaires prévues par les articles 217 et 219, 1426 et 1429, l'absence pourra être déclarée par le tribunal de grande instance à la requête de toute partie intéressée ou du ministère public.

Il en sera de même quand, à défaut d'une telle constatation, la personne aura cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, sans que l'on en ait eu de nouvelles depuis plus de vingt ans. »

le cas de l'interdiction du port du costume religieux y compris à l'intérieur des cloîtres, c'est le droit civil qui ignore la liberté de religion et la notion d'espace privé. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de régimes dans lesquels les religions et l'Etat ne sont pas séparés¹¹. Cependant, ces deux systèmes permettent d'approfondir la réflexion sur la manière dont on peut concilier l'appartenance à la société terrestre, de surcroît une société démocratique avec la liberté laissée à chacun de se retirer du monde pour des raisons de piété. L'acceptation de la société « terrestre », de la « non-mort », de la « vie au monde » dans l'espace public serait regardée comme une composante de la citoyenneté dans une société dans laquelle le peuple est souverain. Cette approche permettrait de justifier l'interdiction du port du voile intégral (ou de dissimuler son visage dans l'espace public) en se fondant sur une conception positive de la citoyenneté dans une société démocratique. Si une communauté politique offre le loisir à chacun de ses membres de voter¹² et de prendre part par ce moyen aux modalités de la vie en commun, on peut suggérer que ceux qui choisissent de mourir à cette société, à cette communauté politique ne puissent le faire que dans l'espace privé et non dans l'espace public. Dès lors, les exigences minimales de la vie en société ne seraient pas rattachées à la notion fragile d'ordre public immatériel, mais sur la notion complétée de citoyenneté résultant de l'article 1^{er} de la constitution.

On présente ici sous la forme d'un simple plan l'articulation du raisonnement :

- I – La « mort au monde » des religieux et la mort civile ou la reconnaissance juridique de la soustraction volontaire à la citoyenneté
- II – L'interdiction générale et absolue des vœux perpétuels et du costume religieux ou la dilatation des exigences de la citoyenneté
- III – L'articulation entre la liberté de « mourir au monde » et la citoyenneté démocratique et l'impossibilité de la claustration volontaire dans l'espace public

¹¹ Dans son *Traité de la mort civile*, Richer écrit : « Avant que Constantin eût mis la religion chrétienne sur le trône, la profession monacale ne pouvait influencer en rien sur les effets civils, et sur la capacité de ceux qui l'embrassaient. La société ne pouvait pas connaître des engagements qui n'étaient contractés qu'en conséquence d'une religion que l'état ne connaissait point. Nous ne reconnaitrions pas les vœux prononcés en France, suivant le rite musulman, par une société de sectateurs de Mahomet » (p. 663).

¹² Elle l'exige parfois comme dans le cas du vote obligatoire (Belgique).

Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? Depuis la décision du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association, la généralisation de la saisine *a priori* du Conseil consécutive à la révision de 1974 et l'ouverture, depuis 2010, d'une possibilité, pour les justiciables par l'intermédiaire de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), de contester la loi promulguée au regard des droits et libertés que la Constitution garantit, l'affirmation semble aller de soi. Le propos de ce colloque est de réexaminer les choses, 40 ans après la décision fondatrice et après un peu plus d'un an de mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité. Qu'implique la protection des libertés ? Le Conseil constitutionnel a-t-il la capacité et la volonté de l'assurer ? Par ailleurs, si la dictature de l'actualité semble conduire la doctrine juridique à une sorte de fascination pour la nouveauté de la QPC, la présente journée entend examiner aussi la jurisprudence du Conseil dans une double perspective de longue et de courte durée. Enfin, rompant avec la manière hagiographique de traiter – ou de ne pas traiter – ces questions, on a voulu interroger le contrôle de constitutionnalité des lois « à la française » en matière de libertés publiques en faisant appel à des universitaires dont les points de vue sont différents, voire opposés.

Les intervenants présenteront durant une dizaine de minutes un texte, qui sera soumis à discussion. Ce texte sera disponible à la fois sur la page dédiée à l'Institut de Recherches Carré de Malberg du site de la Fédération de Recherche n°3241 (<http://europa-cnrs.unistra.fr>) et sur le site de l'Institut Michel Villey (www.institutvilley.com)