

Mission information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national

Mercredi 14 octobre 2009

Séance de 16 heures 30

Compte rendu n° 8

Présidence de M. André Gerin, Président

[...]

Audition de M. Denys de Béchillon, professeur de droit public à l'université de Pau, membre du Club des juristes.

M. André Gerin, président. Chers collègues, nous avons le plaisir d'accueillir M. Denys de Béchillon, professeur de droit public à l'université de Pau, membre fondateur du Club des juristes.

Monsieur de Béchillon, nous souhaitons enrichir notre réflexion sur le port du voile intégral sous l'angle juridique.

La question de l'interdiction par la loi d'une telle pratique se pose-t-elle ? Je rappelle que notre mission n'a pas choisi *a priori* la voie législative : elle en décidera à la fin de ses travaux.

Un premier éclairage nous avait été apporté sur ce point par le rapporteur général de la commission présidée par M. Bernard Stasi sur l'application du principe de laïcité, M. Rémy Schwartz, pour qui une interdiction éventuelle du port du voile intégral dans l'espace public pourrait se fonder sur la notion de dignité de la personne humaine comme composante de l'ordre public. Quel est votre sentiment sur ce point ?

À l'issue de votre exposé introductif, nous vous poserons quelques questions.

M. Denys de Béchillon, professeur de droit public à l'université de Pau, membre du Club des juristes. La réflexion juridique que je vais vous « infliger » vous apparaîtra sans doute quelque peu rébarbative par rapport aux propos tenus précédemment, mais je vais m'efforcer de rendre mon exposé utile, à défaut d'être attrayant.

Vous voulez approfondir votre réflexion sur la faisabilité juridique d'une prohibition du voile intégral.

Je vais seulement aborder le scénario maximal, celui qui fait problème sur le plan juridique, à savoir une interdiction complète du port du voile intégral dans la rue, étant donné que la plupart des scénarios beaucoup moins ambitieux d'une prohibition partielle trouvent aujourd'hui une réponse juridique satisfaisante, en tout cas peu problématique. Je vais en prendre quelques illustrations.

Ainsi les fonctionnaires et agents publics ne peuvent déjà pas, dans l'exercice de leurs fonctions, porter de signes religieux distinctifs, *a fortiori* de cette ampleur.

Conformément à plusieurs décisions de justice, les salariés des entreprises privées peuvent être soumis à des contraintes très fortes en la matière à partir du moment où elles sont justifiées sur le terrain de l'hygiène et de la sécurité ou sur celui de la qualité de la relation avec la clientèle.

Les élèves des écoles, des collèges et des lycées sont déjà visés par une interdiction complète, en application de la loi sur le voile. J'insiste sur le fait que cette loi est destinée aux enfants, aux mineurs, dans un contexte où l'État est porteur du devoir très particulier de les protéger contre les

risques du prosélytisme. L'esprit de cette loi est que l'État est porteur d'une responsabilité singulière à leur égard. Il est donc très logique que cette même loi ne prévoit rien de tel à l'adresse des étudiants des universités, par exemple. On n'y a plus affaire à des enfants présumés malléables, mais à de jeunes adultes dont le discernement est établi ou doit être présumé. Il n'y a donc pas lieu de les protéger. J'y reviendrai.

La situation de personnes placées dans l'exercice de certaines obligations dont la nature justifie une identification immédiate ne pose pas non plus de problème majeur. En l'état actuel de la jurisprudence, il ne fait aucun doute que la réalisation des pièces d'identité, en particulier des photographies, est incompatible avec un vêtement de cette nature. Selon une jurisprudence très importante sur le turban sikh, par exemple, l'obligation d'être photographié tête nue est aujourd'hui considérée comme valable.

Ne pose toujours pas de problème la situation de personnes placées dans des circonstances très particulières où leur identification est également requise. Je pense au décret de 2009, dit « anti-cagoule ». Mais j'y insiste : la prohibition du port d'un vêtement dissimulant le visage est strictement conditionnée à l'apparition de circonstances de lieu et de temps particulières, à savoir la participation à – ou l'immédiate proximité avec – une manifestation, dans laquelle l'ordre public est immédiatement menacé. C'est cela et c'est cela seulement qui nécessite de voir le visage des gens. Là aussi, j'y reviendrai.

Ne pose pas non plus de problème, en l'état actuel du droit, la gestion privée de l'identification des personnes dans les lieux placés sous vidéosurveillance, car les acteurs privés du commerce sont très concernés et très immédiatement agissants. On ne peut pas entrer dans une banque ou une station-service avec un casque intégral, non plus qu'avec une *burqa*. Tous les gérants de lieux clos et pour lesquels existe une justification d'identification des personnes pour des raisons de sécurité apparaissent déjà bien fondés, le cas échéant, à ne pas accueillir les personnes portant la *burqa* s'ils ne le font pas de manière discriminatoire.

En outre, certaines personnes qui sollicitent une prestation singulière de l'État sont également dans la situation de se voir refuser la liberté du port de ce signe distinctif. C'est le cas – classique, mais très problématique – des malades à l'hôpital, qui ne peuvent exiger d'être soignés dans des conditions respectueuses de leurs croyances religieuses si cela contraint abusivement le service. Par exemple, à l'heure actuelle, il est possible de ne pas déférer à l'injonction d'une femme d'être soignée par une femme, *a fortiori* une femme épousant les mêmes croyances religieuses.

Enfin, la jurisprudence a récemment évolué sur le terrain de l'accession à la nationalité française, en posant clairement que le port d'un voile pouvait être considéré comme incompatible avec l'intention de l'acquérir. L'idée est ici qu'un signe distinctif aussi stigmatisant peut être pris comme une preuve d'une mauvaise intégration à la société française, ce qui est évidemment contradictoire dans un contexte où il s'agit, précisément, de s'y intégrer complètement.

Vous le voyez, sur le plan de l'interdiction juridique, seul le cas singulier de la voie publique et de l'espace public général, si j'ose dire, pose un véritable problème juridique nouveau et suscitant une attention poussée.

Peut-on interdire le port de la *burqa* dans la rue ou dans des lieux non spécifiques ?

Avant de chercher à répondre frontalement à cette question, il faut avoir très précisément à l'idée que l'analyse de la faisabilité juridique d'une telle prohibition est entièrement tributaire de trois éléments.

Premièrement, la question qui vous préoccupe aujourd'hui se pose dans un contexte assez nouveau. En effet, les lois françaises vivent aujourd'hui sous le contrôle étroit des juges, et ce contrôle s'appliquerait évidemment à une loi d'interdiction du port de la *burqa*. Le contrôle de conventionnalité internationale et notamment européenne des lois par les juges ordinaires chargés de les appliquer fonctionne très bien depuis maintenant assez longtemps. Et, de fait comme de droit, le juge de Carpentras, par exemple, pourrait parfaitement refuser d'appliquer une loi de

prohibition de la *burqa* s'il estimait qu'elle contrevenait à la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme pourrait aussi être amenée à statuer sur ce même problème dans un second temps.

Par ailleurs, vous votez ces temps-ci, Mesdames et Messieurs les députés, une loi organique qui fait aboutir le processus de mise en œuvre du mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception en France. Ce mécanisme va permettre au Conseil constitutionnel de censurer des textes qu'il n'aurait pas préalablement examinés et déclarés conformes à la Constitution. Ainsi, une loi d'interdiction de la *burqa* serait non seulement soumise à un contrôle de constitutionnalité *a priori*, mais aussi et surtout, si elle ne l'était pas, au contrôle du Conseil constitutionnel au cours de son application. Cela change beaucoup les données du problème. L'atmosphère de fausse sécurité législative qui a existé dans ce pays autour d'un certain nombre de lois que l'on savait à la limite de la constitutionnalité – mais sur lesquelles il existait un consensus politique – n'existe plus. La loi Gayssot, par exemple, a fait l'objet d'un consensus tel qu'elle n'a jamais été discutée par le Conseil constitutionnel, et on s'est satisfait du fait qu'elle ne serait pas contrôlée. Et elle ne l'a effectivement pas été. Mais dans trois mois, toute personne intéressée, qui estimerait inconstitutionnelle une loi de prohibition de la *burqa* serait en droit de diligenter une procédure aux fins de la faire déclarer inconstitutionnelle par le Conseil. Cela doit être gardé à l'esprit, aujourd'hui, au sein du Parlement.

Deuxièmement, on ne doit pas perdre de vue que la prohibition de la *burqa* réaliserait une ingérence forte dans l'existence d'au moins trois droits fondamentaux :

– la liberté de religion, à partir du moment où ce droit comporte intrinsèquement celui de manifester sa religion, et donc, dans une assez large mesure, la liberté de la manifester comme on l'entend ;

– la liberté d'opinion et donc, là encore, la liberté de manifester son opinion, y compris sur la manière dont on doit soi-même se conduire en public ;

– la liberté d'aller et venir, puisqu'une loi visant à empêcher les femmes de se promener en *burqa* dans la rue pourrait s'analyser dans une certaine mesure en une restriction de leurs possibilités de déplacements.

Tout cela n'est ni anodin ni négligeable, et fait entrer de plain-pied dans une vraie problématique constitutionnelle et européenne.

Troisièmement, il faut être très conscient du fait qu'une interdiction de la *burqa* ne serait considérée valable par les juges que si, et seulement si, elle répondait à deux impératifs.

Primo, elle devrait être justifiée par une prescription juridique de même valeur que les règles dont je viens de parler, c'est-à-dire une prescription de type constitutionnel ou européen — la Convention européenne des droits de l'homme, par exemple.

Secundo, et c'est probablement l'élément le plus important, la limitation ne devrait pas apparaître au juge comme disproportionnée. La mission d'un juge moderne est de concilier des droits fondamentaux antagoniques, en examinant le caractère acceptable, car proportionné, de l'atteinte portée à l'un d'entre eux pour un motif réputé d'intérêt public. Ce contrôle de proportionnalité est commun au Conseil constitutionnel et à la Cour européenne des droits de l'homme. Il impose, *in fine*, qu'il soit statué sur le point de savoir si la restriction d'une liberté apparaît véritablement nécessaire dans une société démocratique comme la nôtre, et non déséquilibrée en regard de l'exercice des autres libertés. Autrement dit, on ne peut pas faire n'importe quoi ; en tout cas, on ne peut plus du tout légiférer avec le quantum de liberté dont disposait le législateur il y a quelques années ou décennies.

Ces divers préalables étant versés aux débats, nous avons à nous poser les questions suivantes. Quels impératifs constitutionnels rendraient possible l'interdiction de la *burqa* ? Sont-ils solides, permettent-ils d'envisager une prohibition proportionnée, équilibrée et, comme telle,

acceptable selon les standards en vigueur ? Ou, au contraire, existe-t-il un grand risque juridique à voter une loi de prohibition ?

Pour y répondre, je vous propose de partir de l'idée que les ressources juridiques aujourd'hui disponibles pour envisager une interdiction de la *burqa* sont potentiellement au nombre de trois : le principe de laïcité ; la protection de l'ordre public et de la sécurité publique ; la dignité de la personne humaine et l'égalité des sexes, envisagée sous l'angle de la dignité des femmes. Interrogeons ensemble ces fondements possibles, et demandons-nous s'ils sont à la fois efficaces et suffisants pour justifier l'interdiction qui nous occupe. Nous y verrons plus clair de cette manière.

Premièrement, peut-on se fonder sur l'exigence de laïcité pour interdire le port de la *burqa* ?

C'est tentant, d'autant que la Cour européenne des droits de l'homme a donné quelques signes de disponibilité à l'égard de cette idée, en particulier dans le très célèbre arrêt *Leyla Şahin c. Turquie*. Étudiante d'une vingtaine d'années dans une université en Turquie, Leyla Şahin s'était très violemment opposée à la prohibition, non pas du voile intégral, mais du *hidjab*. La Cour européenne des droits de l'homme, appelée à statuer sur la légitimité de la prohibition de ce voile prononcée par la législation turque, a estimé acceptable d'interdire le port du voile dans les universités turques, au nom de la laïcité et a donné tort à la requérante.

Cela suffit-il pour transposer cette solution au cas qui nous intéresse ici ? Je ne le crois pas. Et ce pour deux raisons.

Dans son arrêt, la Cour insiste lourdement sur la situation tout à fait singulière de la Turquie, la décrivant comme un pays assiégé, très fragilisé par la menace islamique et dont l'existence et l'identité politiques reposent sur la solidité du postulat de laïcité. Or une prohibition du voile intégral ne pourrait pas être considérée comme également valable dans des pays beaucoup moins en situation de péril existentiel jusqu'à plus ample informé.

Secundo dans son arrêt de 2009 *Aktas c. France*, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas condamné la France pour prohibition du port du voile à l'école. Bien au contraire, la Cour a considéré légitime qu'une jeune fille qui refusait de libérer sa chevelure en cours de gymnastique soit exclue de son lycée. Mais de nouveau, cette décision est un faux ami pour les ennemis de la *burqa* dans la rue, car elle concerne le cas d'un lycée, et donc des sujets de droit réputés fragiles, pour lesquels, comme je vous l'ai déjà dit, il existe un devoir très singulier de protection. Rien de tout cela n'est automatiquement transposable dans la rue, *a fortiori* à des personnes majeures.

J'insiste sur un point : l'exigence de laïcité pèse sur l'État et non sur les personnes privées. Elle peut donc difficilement être invoquée pour interdire le port du voile intégral. L'État doit se comporter dans le respect de la laïcité, c'est-à-dire tolérer toutes les religions et n'en préférer aucune. Mais les personnes privées ne peuvent pas être soumises à une obligation de laïcité, car cela leur interdirait d'exercer librement leur liberté religieuse. Imposer aux personnes un devoir de laïcité, c'est leur refuser de manifester leur religion. Cela n'a pas de sens. Il est normal d'imposer cette exigence à un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions parce qu'il incarne l'État, et doit, comme tel, ne manifester aucune préférence. Mais rien de tout cela ne justifie que l'on fasse peser une obligation quelconque sur le sujet de droit banal, saisi en dehors de toute fonction singulière, *a fortiori* publique. Par conséquent, la laïcité me paraît être un mauvais vecteur pour justifier la prohibition de la *burqa*.

Deuxièmement, peut-on se fonder sur l'ordre public et la sécurité publique pour interdire le voile intégral ?

En vérité, cette notion recouvre deux problèmes différents. On peut souhaiter rendre invariablement possible l'*identification* d'une personne. Mais on peut aussi vouloir se prémunir contre le risque de dissimulation, sous un vêtement très ample, d'armes ou d'explosifs. On me dit que dans certains pays, comme l'Inde ou le Pakistan, la *burqa* est regardée avec inquiétude sous ce rapport, parce qu'elle permet assez facilement de commettre des attentats suicides. Reprenons ces deux angles de vue.

Invoquer la nécessité de se protéger contre la dissimulation d'armes ou d'explosifs n'est guère convaincant de prime abord. Un tel message politique donnerait l'image d'une France en danger, en situation de quasi-guerre civile ou en proie à une menace terroriste justifiant des interdictions drastiques. Je ne suis pas persuadé que ce fondement soit très facilement utilisable politiquement, ni qu'il apparaisse proportionné aux yeux du juge en l'état actuel du risque pesant apparemment sur la France. Au moins pour l'instant. En outre, cette mesure apparaîtrait probablement disproportionnée, car discriminatoire. En effet, si l'on veut se prémunir contre tout risque de dissimulation d'une arme ou d'un explosif, il faut interdire le sac à dos, la mallette, le boubou et même la soutane..., qui posent exactement le même problème ! Je ne crois pas que vous souhaiterez en arriver là s'il n'existe pas de nécessité actuelle et avérée. En tout cas, une interdiction sélective de la *burqa* sur ce fondement bien précis me semble relever assez largement de la plaisanterie.

Plusieurs députés. Et le visage ?

M. Denys de Béchillon. Le visage, c'est l'identification. Peut-on fonder une prohibition de la *burqa* sur la nécessité très actuelle de reconnaître les gens, de les voir ? C'est précisément le second point auquel je voulais arriver.

Secundo, donc, peut-on envisager d'interdire la *burqa*, motif pris de l'obligation qui pèserait sur tous de se rendre immédiatement identifiable en toute circonstance ? Je le rappelle : notre problème ne concerne pas des lieux fermés placés sous vidéosurveillance, mais l'espace public au sens large. S'il ne fait aucun doute qu'un agent de police a parfaitement le droit de demander à une femme en *burqa* de dévoiler son identité (et donc son visage) sur le champ, cela ne résout pas la question de savoir si une identification immédiate peut être imposée de manière générale, hors de toute demande cet ordre. Existe-t-il en droit français une obligation d'apparaître tête nue devant tous les dispositifs de vidéosurveillance urbains, à l'effet de montrer son visage et de pouvoir être reconnu ?

Là encore, je doute de la solidité juridique d'une telle interdiction. La jurisprudence actuelle du Conseil constitutionnel n'indique pas que les citoyens sont obligés de dévoiler leur visage en permanence, d'être reconnaissables en tout lieu et en toutes circonstances, alors même qu'aucun officier de police ne procède à un contrôle d'identité.

En outre, une telle justification risque d'être discriminatoire. Faut-il verbaliser les gens qui portent un casque de moto dès qu'ils mettent un pied à terre, ou une casquette à longue visière, car eux aussi cachent leur visage face aux dispositifs de vidéosurveillance ?

Par ailleurs, cette interdiction laisserait entendre que l'État dispose du droit d'exercer une surveillance visuelle active de portée tout à fait générale, assortie d'une conservation longue des données permettant de procéder à toutes les identifications. La Cour européenne des droits de l'homme ne semble pas favorable du tout à ce genre de choses. Le degré de mise en cause de la vie privée lui paraît trop élevé, notamment, dès lors que l'encadrement de la conservation des données, en particulier, n'est pas suffisant. Il faut sans doute se montrer très prudent dans ce registre. En tout cas, de prime abord, la justification d'une prohibition de la *burqa* au motif que le visage doit être invariablement identifiable me paraît franchement mal assurée.

Troisièmement, la dignité de la personne humaine et l'égalité des sexes peuvent-elles justifier la prohibition de la *burqa* ? Je comprends que cette perspective puisse vous apparaître tentante, en particulier au regard de la jurisprudence du Conseil d'État issue de l'arrêt dit de *Morsang-sur-Orge* sur la fameuse affaire dite du « lancer de nain ».

Entrepreneur de spectacles, M. Wackenheim se produisait dans des boîtes de nuit où il se faisait expédier sur des coussins lointains par de gros imbéciles qui trouvaient cela très drôle. Au nom du respect de la dignité de la personne humaine, le Conseil d'État valida l'interdiction de ce spectacle détestable, prononcée par le maire de Morsang-sur-Orge. Autrement dit, il fit prévaloir une conception de la dignité de la personne humaine dans laquelle la collectivité publique a des titres à dire comment les gens doivent se comporter avec leur propre corps, c'est-à-dire disposer d'eux-mêmes. Si l'on poursuit sur cette voie, il n'est pas complètement inconcevable de soutenir qu'une

femme dissimulée sous une *burqa* se dégrade et dégrade sa propre dignité. Faut-il raisonner de la sorte ? Cette justification est-elle satisfaisante et juridiquement solide ? Mon sentiment est que non. Je vais essayer de vous dire pourquoi.

En premier lieu, cette conception de la dignité est loin d'être la plus solide sur le terrain juridique. À dire vrai, seul le Conseil d'État l'a véritablement soutenue sous cette forme et je ne suis même pas sûr qu'il la maintiendrait aujourd'hui. Quoi qu'il en soit, la Cour européenne des droits de l'homme, elle, n'en n'est plus là du tout. Elle avait pourtant adopté la même conception il y a une quinzaine d'années s'agissant du problème des sadomasochistes dans l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*. Un nid de sadomasochistes ayant été découvert par hasard par la police écossaise, l'organisateur de la rencontre fut écroué puis condamné, avec d'autres participants, par les tribunaux britanniques à cinq ans de prison. C'est une condamnation lourde pour des gens qui considéraient exercer librement leur activité sexuelle, car personne ne s'était plaint ni n'avait jamais été hospitalisé ou même soigné. Si j'ose dire, tout le monde s'amusait entre soi. Il n'y avait aucun soupçon de pédophilie, de sévices non consentis, de prosélytisme, etc. Nous étions dans l'exercice d'activités sexuelles bizarres, certes, mais, selon la formule consacrée, exercées entre adultes consentants. La Cour européenne des droits de l'homme jugea pourtant légitime la condamnation des intéressés, estimant en gros que ces sadomasochistes avaient porté une atteinte à leur dignité. Il y avait donc bien une communauté de vues entre cet arrêt et celui de *Morsang sur Orge*.

Mais précisément, la Cour européenne des droits de l'homme a radicalement révisé sa position il y a quelques années. Dans l'affaire *KA et AD c. Belgique*, elle a eu à connaître d'une deuxième affaire de sadomasochistes – de l'ordre du film d'horreur cette fois – où étaient en scène un médecin et un magistrat torturant la femme d'un des deux. Cette femme s'était dite consentante et ne s'était pas plainte non plus. Mais l'enregistrement vidéo des scènes a permis à la Cour de vérifier la réalité et surtout la continuité de ce consentement. Et c'est de cela que la Cour va tirer argument cette fois. Elle va juger qu'il était légitime de mettre ce médecin et ce magistrat en prison, mais sur un fondement totalement différent. Ce qui fonde la condamnation, c'est seulement le fait que le consentement de cette dernière n'était pas certain, notamment parce qu'il n'était pas actualisé en permanence. En effet, les hommes avaient bu, la femme torturée devait prononcer un mot rituel convenu entre eux pour faire arrêter les supplices, et ils ne s'étaient pas arrêtés. Enfin, et peut-être surtout, la femme s'était évanouie à plusieurs reprises. La Cour en a déduit que l'on n'avait plus de moyen objectif de penser que cette femme consentait toujours et continuellement. Partant, La Cour a pensé que l'on n'avait plus de moyen de parler raisonnablement de liberté sexuelle. En quelque sorte, c'est le consentement actualisé qui fait la frontière entre la liberté sexuelle, protégée, et la torture, condamnable.

Le raisonnement suivi dans cette affaire est aux antipodes du précédent. Ce qui compte et mérite la protection du droit, dans l'esprit actuel de la Cour, c'est l'autonomie de cette femme, sa volonté et sa liberté de consentir aux supplices qu'elle avait sollicités ; autrement dit : son libre arbitre. Vous voyez que la dignité n'est plus mise en scène. Et vous voyez surtout que nous ne disposons plus du tout des mêmes outils juridiques pour empêcher une femme de porter la *burqa* si elle le souhaite. C'est même plutôt le contraire : si c'est la volonté de la personne qui compte, en dernière analyse, et mérite la protection, il devient très difficile de l'empêcher de disposer d'elle-même — et *a fortiori* de son vêtement — si telle est sa volonté.

Il me semble donc aventuré, ou pour le moins imprudent, de conclure que le principe de la dignité de la personne humaine permet assurément de fonder une interdiction du port de la *burqa*.

En deuxième lieu, cette conception « paternaliste » de la dignité de la personne humaine, dans laquelle l'État se reconnaît le droit de se substituer aux personnes pour leur dire ce qui est bon pour elles, est loin de me paraître la plus cohérente, ni d'ailleurs la plus souhaitable.

Sur le terrain de la cohérence, je voudrais vous faire observer que, lorsque le Conseil constitutionnel a « découvert » le principe de la dignité de la personne humaine dans la Constitution, il l'a fait en utilisant un raisonnement très convaincant, duquel découle en droite ligne une conception de la dignité qui n'est justement pas celle-là.

Comme vous le savez, le principe de la dignité de la personne humaine n'est pas écrit dans la Constitution. Le Conseil l'a déduit de l'intention du Constituant de 1946, qui, instruit des ravages de la barbarie nazie, avait souhaité écrire un nouveau Préambule à notre Constitution, et le faire, je cite, « *au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine* ». La philosophie humaniste à laquelle renvoie cette intention est sans équivoque : la dignité, c'est le droit dont disposent également tous les hommes de n'être dominés et asservis par personne ; c'est la prérogative de pouvoir refuser l'injonction d'un autre homme. Par voie de conséquence, c'est aussi l'égalité de vouloir et de consentir, c'est-à-dire la libre disposition de soi qui se trouve ainsi consacrée et mise en scène. Au sens de 1946, la dignité associe égalité et liberté, et attribue le plus grand rôle au libre arbitre : chacun a le même libre arbitre, le même droit que son voisin de gouverner son propre corps et son comportement dans la cité. Voilà le legs juridique et philosophique à partir duquel le Conseil constitutionnel a forgé le principe constitutionnel de la dignité. Si l'on en reste à ces solides prémisses, il n'y a rien là qui puisse justifier un gouvernement extérieur des corps et des consciences. Tout au contraire, il y a tout ce qu'il faut pour protéger la liberté de chacun de se comporter comme il l'entend dans le respect de l'égalité de liberté d'autrui.

Sur ces bases, je ne saurais aucunement garantir que, en cohérence, le Conseil constitutionnel ou un juge européen admettraient sans broncher la validité d'une loi de prohibition de la *burqa*. Le cœur de la dignité de la femme, n'est-il pas précisément contenu l'exercice de son libre arbitre, de sa liberté, y compris celle de porter la *burqa* si elle l'entend ?

Mais vous demanderez : qu'en est-il des personnes et notamment des femmes qui ne sont pas vraiment libres ? Je n'ai pas de réponse rassurante et confortable à cette question. Mais j'ai une réponse politique et juridique. Nous savons bien que, bien souvent, la liberté est une fiction ; que beaucoup de gens ne sont pas réellement libres — d'ailleurs pour de multiples raisons, familiales, sociales, économiques, ou autres. Mais cela ne change pas grand-chose à notre problème bien précis. Le lot des démocraties est forcément de vivre dans la fiction du libre arbitre des gens, même si nous savons que cette fiction en est bien une. Et cela, parce nous ne pouvons ni ne savons faire autrement. Nous ne pouvons pas penser l'acte de vote, par exemple, et notamment le suffrage universel, sans présumer le libre arbitre des électeurs. Bien sûr qu'ils subissent des influences importantes, bien sûr que nous le savons. Mais nous ne devons ni ne pouvons en tirer la moindre conséquence sur l'étendue de leurs droits. De la même manière, nous ne pouvons pas penser le contrat de travail autrement que passé dans l'exercice du libre arbitre, alors qu'il est sans doute explicable en fait tout autrement, dans la majeure partie des cas, par la domination économique et la nécessité de vivre.

La liberté est une fiction. Mais c'est une fiction que les démocraties s'honorent : de ne renverser que si elles ont de très bonnes raisons de le faire, et de ne renverser qu'en usant des procédures extrêmement contraignantes, afin de doter la personne intéressée des meilleures garanties de protection, comme dans la mise sous tutelle ou dans l'hospitalisation d'office par exemple. Hors de ces champs étroits, la fiction fonctionne et doit fonctionner toujours. C'est elle qui nous préserve de voir se constituer en droit des classes de sous-hommes. Ou ici, de sous-femmes.

J'ignore combien de femmes sous *burqa* sont effectivement libres de leur décision. Certaines le sont ; d'autres ne le sont pas. Je ne sais pas compter, et sans doute vous non plus. Mais en l'état actuel du droit et probablement de la philosophie politique de nos démocraties, il me semble difficile de décider à leur place si elles sont libres ou non. La démocratie comporte le risque de vivre avec des monstres qui nuisent à eux-mêmes. C'est infiniment triste. Mais nous ne pouvons pas envisager de les priver de leur liberté sans contredire l'un des principes d'organisation les plus importants de nos sociétés modernes.

Ma conclusion est que, en l'état actuel du droit positif, la prohibition générale du port de la *burqa* serait extrêmement fragile, et de nature à poser plus de problèmes qu'elle ne saurait en résoudre. J'ajoute qu'une telle interdiction donnerait le signe d'une évolution paternaliste assez terrible. Paternalisme terrible et profondément contradictoire par-dessus le marché, car il reviendrait, soit à défendre la liberté des femmes désireuses de porter la *burqa* en les privant de leur liberté de le faire, soit à protéger la liberté de choix des spectateurs de ces femmes en *burqa* en postulant qu'ils n'ont ni la liberté ni la capacité de résister à leur prosélytisme. Cela m'effraie.

Je n'aime pas la *burqa*, elle me révolte, mais je crois que nous n'avons ni les outils ni la culture politique pour interdire le port de ce vêtement sur le territoire de la République.

M. le président André Gerin. Il nous faut discuter au fond de la servitude volontaire, mais aussi et surtout des mineures.

En outre, les intervenants ont évoqué à plusieurs reprises l'intégrisme, porté par une idéologie dangereuse et barbare. Nous devons également approfondir cette question, notamment grâce aux exposés que nous ferons des spécialistes du salafisme.

Mme Colette Le Moal. Le visage couvert porte atteinte, me semble-t-il, au troisième pilier de la République, la fraternité. Qu'en pensez-vous ?

Mme Danièle Hoffman-Rispal. Symbole de la République, Marianne ne porte, le plus souvent, rien autour du cou. L'inverse signifierait une privation de liberté.

Les représentants du CFCM ont évoqué l'islamophobie. Aujourd'hui, la société française rejette la *burqa*, et je fais partie de ceux qui pensent qu'elle provoque de réelles violences. Les parlementaires ne veulent pas *a priori* interdire le port du voile intégral, mais cherchent des pistes pour trouver des solutions. C'est difficile, mais c'est cela que nous vous demandons.

M. Jacques Remiller. Monsieur de Béchillon, vous êtes un professeur d'université et un juriste remarquable, mais certains des exemples que vous avez cités dans votre brillant exposé m'ont surpris.

Vous avez parlé du vêtement. Dans notre République, chacun choisit le vêtement qu'il souhaite porter, mais la *burqa* traduit une réelle volonté de se cacher, de repousser le regard des autres, sous la contrainte ou pas.

Quant au casque, il constitue une protection inscrite dans le cadre de la sécurité routière et du code de la route, alors que la *burqa* n'est pas inscrite dans notre Constitution.

J'aimerais donc obtenir des précisions, car vos exemples n'ont rien à voir avec la *burqa*.

Mme Bérengère Poletti. Tout le monde est d'accord : nous avons affaire à un mouvement intégriste, qui met à l'épreuve nos démocraties dont on cherche les limites. Je pense donc utile de chercher une réponse juridique.

Selon vous, la vidéosurveillance pose problème et la justification de l'ordre public ne peut être retenue. Mais en matière de sécurité publique, la vidéosurveillance n'est pas seule à même de prouver la culpabilité des gens, les témoignages des personnes présentes dans la rue, auxquelles il est demandé de faire un portrait-robot, permettent de retrouver l'identité de la personne responsable. L'argument de la vidéosurveillance m'a donc semblé limité.

M. André Gerin. Qu'en est-il de l'égalité, autre valeur constitutionnelle ?

M. Denys de Béchillon. La situation des mineurs est très intéressante car révélatrice des limites d'une prohibition.

La situation est réglée à l'école par la loi sur la voile. Notre préoccupation est donc la situation des mineures dans la rue et, en vérité, à domicile. Si l'on pense qu'il est souhaitable d'agir fermement, il faudrait agir non pas seulement dans la rue, mais aussi au domicile, pour protéger les femmes, pour protéger les enfants contre leurs parents : le bon sens est là. Et cela montre cruellement les limites de toute possibilité d'action juridique utile, parce que nous ne savons pas très bien faire ce genre de choses.

Soit dit par parenthèse, parce que je sors un peu de la sphère juridique en disant cela, je pense aussi que si l'on veut protéger les femmes et les enfants dans ce domaine, il est très important de maintenir toutes les possibilités de leur socialisation. Or en cas de prohibition, les femmes contraintes de porter la *burqa* ne sortiront plus dans la rue. On se priverait donc de l'une des meilleures chances de les voir évoluer...

M. le président André Gerin. Et si nous votions une loi contre ceux qui imposent la *burqa* ?

M. Denys de Béchillon. Une loi du type de celle sur le proxénétisme, qui punit non pas les prostituées mais les souteneurs ? Cela m'irait bien, affectivement et intellectuellement, mais de nouveau, je vois les difficultés juridiques se profiler à l'horizon. Pour prouver l'existence de la contrainte, il faudra entendre la plainte des femmes. Or les plus fragiles ou les plus dominées ne se plaindront pas. Vous ne toucheriez donc que la face émergée de l'iceberg des femmes placées sous une domination masculine épouvantable. Par ailleurs, nous n'avons pas besoin d'une loi nouvelle pour régler la situation des femmes qui se plaignent ou se plaindront : l'arsenal existe déjà.

S'agissant des enfants, l'idée de les protéger contre leurs parents ouvre une perspective compliquée et, de nouveau, assez angoissante. Conformément à l'évolution juridique des dernières décennies, les enfants ne sont plus la propriété de leurs parents. La nécessité de protéger leur corps, en particulier des atteintes susceptibles de leur être portées par leurs parents eux-mêmes, est aujourd'hui très bien admise. Le domicile n'est plus un sanctuaire. Mais comment empêcher les parents de nuire moralement ou intellectuellement à leurs enfants, et avec quels moyens pratiques et juridiques ? Je ne peux imaginer un dispositif efficace qui n'apparaisse disproportionné au regard des intérêts et des droits des uns et des autres. Je vous rappelle que la liberté éducative fait aussi partie des droits fondamentaux. Il fut même un temps lointain où la Cour européenne des droits de l'homme considérait la gifle donnée à l'élève par un maître d'école comme attentatoire au privilège des parents, seuls dépositaires de ce « droit ».

Je pense qu'il y a sur cette terre énormément de parents toxiques, de mauvais parents. Des choses épouvantables se passent dans les familles, en permanence. Malheureusement, il y a un degré de pénétration dans les domiciles que l'État ne peut pas franchir au risque de créer une société dans laquelle il serait le maître des consciences, des univers, des corps, des comportements. Nous ne pouvons pas toucher au problème sans bouleverser l'ensemble du paysage, et c'est cela qui me préoccupe. Comme vous, j'aimerais beaucoup voir les petites filles éduquées autrement, mais je ne vois pas de quel droit et avec quels outils on peut imposer à des parents de renoncer à une forme d'éducation en laquelle ils croient. Malheureusement, je crains que nous ne puissions raisonnablement atteindre que des situations et des cas très sévères, voire les plus apparents : ceux dans lesquels la maltraitance en un sens très strict peut être avérée. L'au-delà de ces limites, au demeurant assez molles, me semble difficilement atteignable dans une société de liberté.

Reprenons un instant le problème de la dignité dont nous parlions tout à l'heure. J'ai défendu devant vous une position tolérante vis-à-vis de la possibilité pour une personne de disposer de son corps. Mais j'admets tout à fait de ne pas verser dans un absolutisme idéologique. Et il me semble que la prise en compte, ou non, d'une atteinte irréversible au corps ouvre des perspectives intéressantes pour se donner des critères d'acceptabilité de la répression. Je ne crois pas illégitime, par exemple, d'empêcher une personne de vendre l'un de ses organes, sur la base d'une distinction de ce type. Mais si vous admettez ce genre de raisonnement — qui n'est déjà pas très assuré au plan juridique, parce que l'on admet bien en droit français d'aujourd'hui, par exemple, qu'une personne puisse refuser des soins vitaux — vous voyez tout de suite que vous placez la frontière de l'inacceptable très loin de celle dont vous auriez besoin pour interdire la *burqa*.

Prenons une comparaison intéressante à ce sujet. Une *burqa*, ça s'enlève, alors qu'un tatouage ça ne s'enlève pas bien du tout. Faut-il interdire à toutes les personnes de se faire tatouer ? Y songeriez-vous seulement ? Dans mon amphithéâtre, je vois des gens tatoués de la tête aux pieds : je pense qu'ils s'en mordront les doigts une fois devenus adultes. Néanmoins, encore une fois, je ne vois pas comment l'État pourrait avoir une légitimité à interdire ces pratiques et désigner

ce qui est digne dans ces usages du corps, à la place de son propriétaire, alors même qu'elles sont nettement plus engageantes, sur la durée, que le port d'un vêtement, même stigmatisant.

J'aimerais beaucoup que les gens qui imposent aux femmes le port de la *burqa* aillent en prison, mais la fiction de la liberté des femmes de porter la *burqa* si elles le souhaitent est un rempart derrière lequel bute jusqu'ici le risque d'une très grande absence de liberté par augmentation du contrôle social.

Je réponds maintenant à votre question sur le casque, M. le député. En utilisant l'argument du casque, je cherchais seulement à expliquer la difficulté de justifier la prohibition de la *burqa* par la nécessité de voir en permanence le visage des personnes. Si on la justifie ainsi, il faut raisonner de la même manière avec le casque à l'instant où la personne descend de sa moto : le coursier qui vous apporte une pizza devient un criminel en puissance s'il n'enlève pas son casque. C'est tout.

L'objection sur le témoignage me paraît de très loin la plus sérieuse. Très honnêtement, je n'y avais pas pensé. Est-elle suffisante pour établir une prohibition proportionnée ? Peut-on dire que pèse sur chaque personne une obligation de se rendre reconnaissable et donc de s'exposer à pouvoir être reconnu par quelqu'un susceptible de témoigner de la commission d'un crime ou d'un délit ? Je n'ai pas connaissance d'une jurisprudence sur ce point. Creusons un instant la question. Dans la balance des coûts et des avantages, votre argument est intéressant, mais il ne suffit pas, me semble-t-il, du point de vue juridique. Je le répète, il me semble que le fait d'interdire sélectivement le port de la *burqa* en invoquant des motifs de sécurité publique me semble objectivement discriminatoire : si l'on voulait bien faire, il faudrait appliquer le même raisonnement à tout ce qui permet de dissimuler l'identité. Et les ennuis commencent là : pourquoi ne faudrait-il pas considérer comme répréhensible une barbe touffue, un bonnet et une paire de lunettes, puisqu'ils permettent de se soustraire à une identification facile dès lors qu'on les enlève, ce qui ne prend guère de temps ? Voilà pourquoi, si j'étais juge, je ne recevrais pas votre objection, même si je la trouve profonde et stimulante.

Je réponds maintenant sur le terrain de la fraternité. La fraternité est une exigence juridique dont personne ne connaît la signification. C'est une des rares normes constitutionnelles avec laquelle on ne sait pas faire grand-chose, si ce n'est – mais le Conseil constitutionnel y a résisté – justifier par exemple le régime des retraites par le principe d'une exigence de solidarité entre les générations. Et encore, la solidarité, c'est autrement plus dense que la fraternité. Vraiment, imposer la fraternité par la prohibition de la *burqa* me laisse dubitatif, car il n'est écrit nulle part dans la Constitution que je dois aimer mon prochain et le reconnaître comme mon frère, encore moins pour nous imposer mutuellement de nous montrer nos visages. Le philosophe Emmanuel Levinas vous aurait peut-être suivi un peu plus que moi sur ce terrain. Mais ce point me paraît ressortir à l'ordre de la philosophie et non du droit. J'imagine mal comment on pourrait aboutir à un dispositif juridiquement solide avec la notion de fraternité.

Mme Colette Le Moal. La philosophie pourrait commencer à entrer dans le droit !

M. Denys de Béchillon. Je vous l'ai déjà dit, la prohibition de la *burqa* me semble fragile. Je ne prétends pas qu'il ne faut rien faire, mais il serait intéressant de rechercher d'autres voies. Cela dit je n'ai pas la compétence pour vous les indiquer.

Permettez-moi, pour finir, de soulever un dernier problème. Si elle était votée, l'interdiction de la *burqa* pourrait être déclarée illégitime par de nombreux juges et il y aurait de multiples contentieux, du tribunal correctionnel à la Cour européenne de Strasbourg en passant par le Conseil constitutionnel. La question qui se pose à vous est donc aussi de savoir si vous voulez cela. Voulez-vous vraiment que cette question, qui ne fait déjà pas l'objet d'un consensus parlementaire, s'expose aussi à un manque de consensus juridique ?

Les juristes s'étripent sur la loi Gayssot : s'il y a de très bons arguments de part et d'autre, le mécontentement est général car jamais aucun juge n'a été mis en situation de dire véritablement ce qu'il en pensait.

La prohibition de la *burqa* déplacerait sur les juges la responsabilité ultime de dire ce qui est acceptable ou pas dans ce domaine, au risque d'ailleurs de la cacophonie. Avez-vous véritablement envie de cette sorte de déresponsabilisation et de cette sorte de désordre là où il s'agit de parler de la Nation française et de son identité ? Avez-vous envie de n'être que les inspireurs de ce qui, durablement, restera en droit une polémique ? Je ne suis pas sûr non plus que cela soit souhaitable. Je comprends votre désir de faire en sorte que le Parlement dise fortement le sentiment de la Nation sur une telle question. Mais je crois vraiment qu'il vaudrait mieux le faire autrement qu'en prononçant une interdiction aussi discutable en droit.

M. le président André Gerin. Merci beaucoup.