

RESPONSABILITÉ CIVILE. — Faute. — Abstention. — Éléments du quasi-délit. — Historien. — Omission volontaire. — Devoirs de l'historien.

La faute prévue par les articles 1382 et 1383 du Code Civil peut consister aussi bien dans une abstention que dans un acte positif.

L'abstention, même non dictée par la malice et l'intention de nuire, engage la responsabilité de son auteur lorsque le fait omis devait être accompli soit en vertu d'une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle, soit aussi, dans l'ordre professionnel, s'il s'agit notamment d'un historien, en vertu des exigences d'une information objective.

27 février 1951.

Cassation.

Sur le premier moyen :

Vu les articles 1382 et 1383 du Code Civil;

Attendu que la faute prévue par les articles 1382 et 1383 peut consister aussi bien dans une abstention que dans un acte positif; que l'abstention, même non dictée par la malice et l'intention de nuire, engage la responsabilité de son auteur lorsque le fait omis devait être accompli soit en vertu d'une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle, soit aussi, dans l'ordre professionnel, s'il s'agit notamment d'un historien, en vertu des exigences d'une information objective;

Attendu qu'il résulte des qualités et des motifs de l'arrêt attaqué, que le professeur Turpain, après avoir, en 1931, contesté la valeur et la portée des travaux scientifiques d'Édouard Branly dans des articles publiés par le journal *L'Antenne* et qui provoquèrent les plus vives controverses, écrivit pour l'*Almanach Populaire* 1939 un nouvel article intitulé : « Historique de la T. S. F. » où, exposant les travaux de Hertz et d'un certain nombre d'autres savants, dont lui-même, ayant joué, selon lui, un rôle dans la réalisation de la T. S. F., il préféra, cette fois, s'abstenir de prononcer le nom du professeur Branly, et de faire la moindre allusion à ses travaux;

Que Branly, actuellement décédé et représenté par ses héritiers, reprocha à Turpain d'avoir, dans l'article susvisé, manqué à son devoir de renseigner exactement les lecteurs et commis à son égard une faute de nature à engager sa responsabilité;

Attendu que l'arrêt infirmatif attaqué, tout en retenant des « éléments de la cause » que « Édouard Branly est reconnu comme étant l'auteur d'expériences déterminantes en la matière par de hautes autorités scientifiques et par Marconi lui-même », a estimé néanmoins que Turpain n'a pas agi de mauvaise foi, en omettant volontairement de citer l'œuvre et le nom de Branly en ce qui concerne les origines de la télégraphie sans fil et qu'il n'a pas davantage agi par malice et avec l'intention de nuire à autrui;

Mais attendu que, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération l'énonciation que l'attitude de Turpain n'avait pas été dictée par la malice ou le désir de nuire, cette énonciation étant inopérante à l'égard du quasi-délit dont se prévalent les demandeurs et qui ne requiert pas cet élément intentionnel, il n'en reste pas moins que l'arrêt attaqué ne pouvait pas légalement dégager Turpain, en sa qualité d'historien, de l'obligation de réparer le préjudice résultant de l'omission incriminée, au seul motif que telle était « son opinion, peut-être erronée, mais paraissant sincère »;

Attendu, en effet, que le Juge, pour sainement apprécier la responsabilité imputable de ce chef à l'auteur du dommage, ne devait pas se borner à faire état exclusivement de l'opinion de Turpain, alors surtout que l'arrêt attaqué lui-même ajoute qu'il est « possible qu'il ait cédé à cette opinion par ambition dans le désir — que la Cour de Poitiers déclare à tort excusable — de surestimer ses propres expériences »; que la Cour devait rechercher si en écrivant une histoire de la T. S. F. dans laquelle les travaux et le nom d'Édouard Branly étaient volontairement omis, Turpain s'était comporté comme un écrivain ou un historien prudent, avisé et conscient des devoirs d'objectivité qui lui incombait;

Que, pour ne l'avoir pas fait, les juges d'appel ont rendu une décision qui manque de base légale;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu d'examiner le second moyen :

CASSE et ANNULE l'arrêt rendu entre les parties par la Cour d'Appel de Poitiers le 2 février 1943; et les renvoie devant Cour d'Appel de Bordeaux.

N° 35.594.

Consorts Branly c/ Turpain.

Premier Président : M. Picard. — Rapporteur : M. Mihura. — Avocat général : M. Rey. — Avocats : MM. Coutard et Beurdeley.

J. P. 195017.

Le silence et la gloire

l'arrêt *Branly C. Turpain* (Civ., sect. civ., févr. 1951, D. 1951. 329, note de M. Desbois) avait été commenté dans un sens uniformément favorable (V. Desbois, *loc. cit.*; Mihura, note J.C.P. II. 6193; H. et L. Mazeaud, chronique *Rev. dr. civ.*, 1951, p. 246), il serait inutile d'y revenir. Mais, dans les sciences juridiques plus que dans les autres, seule la discussion est féconde, parce que seule, elle permet de faire sortir de la loi ou de la sentence, les contraires dont elles ne sont que provisoire repos. La Cour de cassation avait précédemment de fortes raisons morales pour décider comme elle l'a fait. Ce serait, pourtant, manquer aux devoirs que l'on a envers elle, que de lui cacher les critiques et les craintes qui surgissent à la lecture de son arrêt.

Il nous savons bien qu'elle s'est bornée à affirmer les principes de droit, à l'intérieur desquels il serait difficile à la cour de renvoi de reprendre, au fond, l'essentiel de la décision cassée (Poitiers, 2 févr. 1943, *Rev. dr. civ.* 1944. 44, note de M. Desbois). Mais le public non-juristes, en particulier celui des écrivains et des savants, ne voit pas si loin : il voit seulement que le professeur Turpain a été condamné pour avoir pas, dans un article, cité Branly parmi les auteurs de la T.S.F., et il se dit que la liberté d'opinion est bien menacée si un auteur n'a plus à craindre de ses silences, et si, pour les gloires nationales, les dommages-intérêts établissent un culte d'État.

I

Il serait hors de saison de rouvrir le débat sur l'abstention fautive. Contre la négation, exagérément individualiste, du XIX^e siècle, la réaction de notre époque a été légitime. Peu d'esprits refuseront, aujourd'hui, de souscrire aux motifs généraux que l'abstention civile a placés en tête de son arrêt : que l'abstention prévue par les art. 1382 et 1383 peut constituer aussi bien dans une abstention que dans une faute positive, que l'abstention peut engager la responsabilité de son auteur même quand elle n'a pas été provoquée par la malice et l'intention de nuire. Mais de ces motifs généraux à l'application qui suit, le passage n'est guère convaincant.

Il a été mentionné comme un précédent (V. Mihura, *loc. cit.*) qu'une commune ait été rendue responsable de l'abus de langage qui avait mal tourné, parce qu'elle n'avait pas opposé de démenti aux prospectus la présentant mensongèrement comme l'émettrice (Req. 1894, D. P. 94. 1. 340), et l'on aurait pu y puiser toute la jurisprudence sur l'apparence, quand elle sous-entend qu'il y a faute à laisser créer une apparence de soi, sans la démentir, une apparence qui ne correspond pas à la réalité (V. par ex. Req. 20 févr. 1922,

D. P. 1922. 1. 201, note de M. Savatier. Comp. J.-Ch. Laurent, note D. P. 1931. 1. 41). Mais, pour arriver à identifier ce silence-là avec celui de l'historien supprimant une célébrité qui lui déplait, il ne faut rien de moins que la puissance d'abstraction des juristes, — même si nous considérons qu'ils sont, l'un et l'autre, la violation d'un devoir de renseigner autrui (Comp. Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. 1, n^o 46), car les renseignements destinés à l'enrichissement des connaissances ne ressemblent guère à ceux qui sont requis en vue de l'action. Dans un cas, si le silence attire l'attention du droit, c'est parce qu'il est dangereux, dangereux pour ceux qui auraient dû être renseignés et qui ne l'ont pas été; dans l'autre, c'est parce qu'il est offensant, offensant non pas pour le lecteur qui aurait dû être renseigné, mais pour un tiers. Jamais le sens commun ne confondra le silence-piège avec le silence-injure. De l'un à l'autre, il n'y a pas à conclure. Ce que l'on peut critiquer dans l'arrêt de la section civile, ce n'est pas qu'il ait fait du silence un délit, c'est qu'il en ait fait un délit de presse, un délit de la parole.

Notre système de responsabilité civile, fondé sur la *clausula generalis*, on ne peut plus *generalis*, de l'art. 1382, a un don d'ubiquité qui, à nos yeux prévenus, passe pour un incomparable avantage. L'inadaptation humaine qui en est la rançon pourrait bien, cependant, le compenser, et au delà. Un système de délits spéciaux, concrets, fragmentaires, comme en a connu le droit romain, comme en connaît encore le droit anglais, permet de traiter plus exactement les divers types sociologiques et psychologiques de fautes civiles, et se trouve ainsi, malgré son apparent archaïsme, plus proche des préoccupations scientifiques modernes. Il permet, du moins, de ne pas noyer dans une notion générale vague ces délits civils qui, transportés en droit pénal, prennent nom de délits de presse ou de la parole, d'atteintes à l'honneur et à la considération, et de construire pour eux une théorie particulière (*actio injuriarum, libel and slander*), où soit préservée leur originalité certaine, traditionnelle, postulée par la nature des choses. On pourrait se demander, du reste, si les rédacteurs du Code Napoléon ont réellement songé, en écrivant l'art. 1382, à faire disparaître le trésor de solutions équitables auquel l'ancien Droit était parvenu par l'étude des délits spéciaux, et notamment du délit d'injures (V. par ex. le *Traité des injures* de Dareau, 1775). Ce serait aussi une question que de savoir si les lois sur la liberté de la presse (en dernier lieu, la loi du 29 juillet 1881) n'avaient pas entendu instituer, pour toutes les manifestations de la pensée, un système juridique clos, se suffisant à lui-même, arbitrant une fois pour toutes tous les

intérêts en présence, y compris les intérêts civils — et enlevant, du même coup, à l'art. 1382 une portion de sa compétence diffuse. Sans préjudice des indications de certains textes, comme l'ancien art. 58 de la loi de 1881 (1), la considération du but poursuivi par le législateur suggérerait cette interprétation : si la liberté de la presse doit être garantie, ne faut-il pas qu'elle le soit au regard des actions en dommages-intérêts autant que de la répression pénale? La question, pourtant, sans avoir été sérieusement examinée, a été tranchée en faveur du droit commun niveleur : la pratique admet que l'art. 1382 demeure partout sous-jacent à la loi du 29 juillet 1881, et des faits qui ne sont pas, à défaut d'un élément constitutif, pénalement répréhensibles comme diffamations ou injures, peuvent encore être saisis comme délits civils, en vertu des principes généraux de la responsabilité (V. par ex., en l'absence de l'élément de publicité, Req. 2 déc. 1946, D. 1947. 110). Ce qui ne veut pas dire que, dans l'appréciation de ces délits civils, la jurisprudence n'ait pas été fortement influencée par la théorie pénale (Comp. Savatier, *op. cit.*, t. 1, n° 94). Comment aurait-il pu en être autrement? Dans la théorie pénale de la diffamation et de l'injure, elle trouvait une philosophie toute élaborée, le produit de réflexions séculaires sur les bienfaits et les méfaits de la langue des hommes, sur les aveuglements respectifs de l'envie et de l'amour-propre, etc., tandis que l'art. 1382 ne pouvait lui offrir qu'un schéma sec, dépouillé, visiblement conçu pour d'autres hypothèses, pour des blessures, des homicides, des dégâts matériels. Heureusement, il se rencontrait dans cet art. 1382 des parties assez plastiques — et, tout le premier, le concept même de faute — pour que, sans faire violence à la légalité, les tribunaux pussent y accueillir quelques-unes des nuances venues du droit pénal.

Il nous semble que c'est précisément ce que, dans un style trop discret peut-être, la cour de Poitiers avait voulu faire, en relevant que le professeur Turpain n'avait pas agi de *mauvaise foi*, n'avait pas agi *par malice et avec l'intention de nuire*. Certes, confrontées avec les seuls art. 1382 et 1383, de telles constatations étaient inopérantes : partout où la faute intentionnelle est concevable, il y a place pour la faute d'imprudence ou de négligence ; le quasi-délit est l'ombre portée du délit. Mais référons-nous à la loi du 29 juillet 1881 : une jurisprudence constante, et qui n'est pas toute pénale, décide que la diffamation et l'injure supposent essentiellement l'intention de nuire, la malice, la mauvaise foi (V. Req. 8 févr. 1909, D. P. 1909. 1. 535 ; 24 avr. 1914, D. P. 1918. 1. 96 ; Crim. 28 janv. 1916, D. P. 1920. 1. 95 ; 27 oct. 1938, D. P. 1939. 1. 77, note de

M. Mimin ; 7 févr. 1945, D. 1945. 254 ; 1^{er} juill. 1949, D. 1949. 447. Comp. la note de M. Nast sous Trib. civ. Seine, 29 mars 1926, D. P. 1928. 2. 68). C'étaient les propositions mêmes de la cour de Poitiers.

Cette jurisprudence a été contestée (V. G. Le Poittevin, *Traité de la presse*, t. 2, n°s 729 et s.). Elle repose, cependant, sur une donnée très solide de l'expérience : c'est que, pour l'offenseur comme pour l'offensé, l'offense n'est pas dans la matérialité des gestes ou des mots, mais tout entière dans l'intention qui les anime. Le principe, qu'enseignaient nos vieux jurisconsultes, est qu'« il n'y a d'injure qu'autant qu'il y a de l'affectation et un dessein marqué d'injurier » (Dareau, *op. cit.*, p. 94). « Point d'injure sans esprit d'injure », répétait Portalis. L'intention coupable exigée en matière d'injure et de diffamation, ce n'est pas, d'ailleurs, exclusivement cet élément intentionnel par lequel le délit civil se définit, en contraste avec le quasi-délit. La notion est plus vaste, prend une coloration morale, qui explique que les tribunaux parlent également de mauvaise foi. On a pu leur reprocher, à cette occasion, de ne pas séparer intention et mobiles. Mais le vrai est qu'il s'agit toujours, pour eux, de rechercher si l'offense, physiquement réalisée, n'est pas psychologiquement vide de signification offensante, comme ils le font, sans que l'on s'en étonne, pour l'injure grave, cause de divorce. Cette appréciation morale dépend d'une foule de circonstances. Néanmoins, ainsi que le soulignait M. Mimin dans une pénétrante analyse (D. P. 1939. 1. 79), il est trois critères auxquels on peut tout ramener, trois critères de la mauvaise foi dans les délits de presse — ou, plutôt, de la bonne foi, car il sied d'inverser les termes et, puisque l'intention coupable se présume ici (V. Crim. 27 oct. 1938, 7 févr. 1945, 1^{er} juill. 1949, précités), d'énoncer plutôt ce qui pourra justifier le défendeur : sa sincérité, la légitimité de son but, la correction de ses moyens.

La Cour de cassation a voulu ignorer ce particularisme de la matière. Rien de plus caractéristique que sa surprise en voyant la cour de Poitiers attacher des conséquences à la sincérité de l'historien. Surprise qui redouble, à constater que cette sincérité n'était même pas toute pure, puisqu'il pouvait bien s'y mêler un grain d'orgueil ou d'ambition. Il y a de quoi être surpris, en effet, au regard des principes généraux de la responsabilité : nos défauts ne sauraient justifier nos mauvaises actions (Comp. H. et L. Mazeaud, *Rev. trim. dr. civ.*, 1943, p. 111). On conçoit, au contraire, dans l'atmosphère particulière des délits de presse, que la sincérité ne coïncide pas nécessairement avec l'impartialité, et qu'une dose de passion y soit excusable et excusante, que ce soit

(1) Ce texte, qui a disparu depuis l'ordonnance du 13 sept. 1945, avec la compétence de la cour d'assises en matière de délits de presse, disposait que, dans le cas d'acquiescement par le jury, le prévenu devait être renvoyé de la plainte sans dépens ni dommages-intérêts au profit du plaignant (contrairement au droit commun des art. 358 et 366 c. instr. crim.). C'était nier que pût exister, en notre matière, une faute civile distincte de la faute pénale (Comp. G. Le Poittevin, *Traité de la presse*,

t. 2, n° 794.) Au même esprit, nous rattacherions l'art. 6-3° de la loi du 12 juill. 1905 (disposition traditionnelle dans la réglementation de la compétence des juges de paix), dont le langage paraît bien impliquer une unité substantielle entre toutes les diffamations et injures, entre celles qui peuvent être poursuivies par la voie criminelle et celles qui ne peuvent donner lieu qu'à la voie civile.

la passion partisane des luttes électorales (Comp. Crim. 30 juill. 1899, D. P. 1902. 1. 118 ; Req. 24 avr. 1914, précité), ou celle des débats que l'on dit scientifiques.

Mais, pourrait-on objecter, cette question de sincérité n'a pas été décisive dans la cassation ; ce qui a déterminé la section civile, c'est l'*incorrection des moyens* employés envers Branly, motif qui avait tout autant de poids dans le droit spécial de la presse que dans le droit commun de la responsabilité civile. De fait, tout l'arrêt suggère, s'il ne l'exprime formellement, cette idée que la faute a tenu, en l'espèce, à l'emploi du silence comme moyen de critique ; l'historien pouvait contester que Branly fût l'inventeur de la T.S.F., mais à condition de s'en expliquer ; il n'avait pas le droit de le laisser seulement entendre en se taisant. Nous voici de nouveau au silence-injure.

Remarquez que la théorie pénale admet qu'il puisse y avoir des silences injurieux ou diffamatoires. Mais ce sont des silences qualifiés, circonstanciés : des points de suspension habilement semés (Comp. Le Poittevin, *op. cit.*, t. 2, n° 732), des réticences évocatrices (« X... ne fait plus partie de ma maison pour des raisons que je tairai ». Comp. Req. 16 janv. 1914, D. P. 1918. 1. 11. V. cep. Paris, 6 mars 1844, *Jur. gén.*, v° *Presse-outrage*, n° 822), ou encore, ainsi que les appelait l'ancien Droit, des injures obliques (« Moi, je ne suis pas un voleur ». Comp. *Jur. gén.*, *ibid.*, n° 820), — toutes insinuations que la théorie frappe au même titre que l'allégation directe (V. l'art. 29 de la loi de 1881, dans la rédaction de l'ordonnance du 6 mai 1944). Si ces silences sont jugés coupables, ce n'est point, — comme on serait tenté de l'imaginer, dans l'esprit des doctrines générales de la responsabilité, — parce qu'ils constituent des omissions dans l'action ; c'est tout simplement qu'ils ne sont pas de véritables silences. La suspension, la réticence, la prétérition sont des figures classées de rhétorique. Ce sont des façons de parler ; elles font partie du discours, comme, dans un tableau, les ombres font partie de la peinture aussi bien que les couleurs.

À côté de cela, il y a des silences absolus, des silences parfaits. Ils peuvent être éloquents, avoir un sens pour qui sait ou qui conjecture, parce qu'il est toujours possible, avec un minimum de pénétration, de deviner la pensée d'autrui. Mais rien ne les matérialise, et c'est pourquoi ils n'engagent pas la responsabilité. Peu importe qu'une abstention pure, en général, puisse l'engager. La question n'est pas la

responsabilité en général, mais cette responsabilité spéciale que nous assumons pour nos paroles ou nos écrits, et le silence absolu n'est ni parole ni écrit, il est pensée pure. Nous nous faisons scrupule de reprendre contre la solution de la Cour de cassation ce que l'individualisme a trop dit, chaque fois qu'a été sanctionnée une responsabilité pour abstention fautive : que c'est mettre en péril la liberté. La liberté finira par devenir un vocable abusif. Il est beaucoup de libertés, et toutes ne sont pas également précieuses. Même la liberté de communiquer ses pensées ne peut être sans limite. Mais c'est la liberté de la pensée *intérieure* qui est ici en cause, et il n'est pas de valeur qui soit supérieure à celle-là.

Et puis, le silence a des vertus pratiques. La sociabilité est faite de silences. Le silence est respectueux, religieux, charitable. Il procède de la défiance de soi, du doute méthodique. Je suis, par intuition, persuadé qu'une assertion courante est fautive, sans être encore à même de le démontrer ; serai-je forcé, en attendant, de faire semblant d'y croire ? Le silence est l'issue honnête. Il est des mutismes officiels (on en entendra sur Verdun) ; il en est de laïques ; certains interviennent *ad usum Delphini* (1), d'autres *brevitatis causa*. Apparemment, la Cour de cassation consentirait à admettre qu'il y eût ici des buts justificatifs. Mais le silence, par essence, est un vide, où tout, n'importe quel but, peut entrer ; et quelle besogne inquisitoriale, peu digne de ce qu'il y a de positif, d'agnostique dans le droit, si les tribunaux doivent passer les silences au crible de l'art. 1382 !

II

À quoi bon instruire plus avant le procès de tendance fait au silence ? Il n'est pas sûr que l'historien se serait sauvé en parlant. Plus que de certaines armes, c'est peut-être de certaines cibles que la section civile a voulu lui interdire le choix. L'article incriminé n'aurait pas davantage trouvé grâce si, au lieu de se taire complètement sur Branly, il avait lapidairement déclaré : Branly n'a pas inventé la T.S.F. Il y aurait fallu des explications, et d'une ampleur suffisante, et, raisonnablement, pas n'importe lesquelles. De proche en proche, la Cour de cassation ne peut éviter d'instaurer un contrôle judiciaire de la manière d'écrire l'histoire (2).

Ce contrôle serait encore relativement aisé si l'histoire n'était composée que de faits simples, dont l'existence pût se vérifier par oui ou par non. Mais

si faute il y avait, ce ne pouvait être qu'à l'égard des acheteurs du livre. Aussi bien, on n'a jamais entendu dire que la famille Bonaparte ait réclamé des dommages-intérêts.

(2) C'est ce que la cour de Paris avait refusé de faire, au siècle dernier, dans un arrêt rendu au profit d'Alexandre Dumas père (Paris, 26 avr. 1865, *Rec. Sirey*, 65. 2. 289). Les motifs de cet arrêt contrastent vigoureusement avec ceux de l'arrêt *Branly* : « l'histoire n'est pas tenue, lorsqu'elle rencontre un point obscur ou diversement raconté par les relations du temps, de rapporter les différentes versions auxquelles il a donné lieu, mais seulement de choisir avec impartialité celle qui lui paraît la plus sûre, et si ce point vient à soulever une controverse, ce n'est pas devant les tribunaux qu'elle peut trouver ses juges... ».

(1) Nous n'aurions pas osé troubler la mémoire du P. Loriguet, si une allusion n'y avait déjà été faite (V. H. et L. Mazeaud, *Ann. Crim. dr. civ.*, 1951, p. 247). On sait que ce jésuite, qui n'aurait pas dû avoir été, au demeurant, un esprit fort distingué, devint célèbre, sous la Restauration, pour avoir, dans un manuel d'histoire de France, — du moins à ce que l'on raconte, car les historiens de cet historien ne sont point unanimes, — retracé l'histoire de la période de 1800 à 1815 sans mentionner Napoléon (ce qui peut-être, selon une variante, en le présentant comme un général des armées de Louis XVIII). L'exemple, en effet, est frappant, d'une improbabilité intellectuelle par voie de silence. Mais qui peut juger ? Une pédagogie de nos jours très sage aimerait, sans doute, cet éducateur soucieux de ne pas laisser de germes guerriers dans l'âme enfantine. En tout cas,

l'histoire ne se contente plus d'enregistrer les événements ; elle se préoccupe d'en découvrir les causes. Or, les causes sont complexes, enchevêtrées, obscures. Le consensus que l'on peut normalement espérer sur la description des événements ne se retrouve plus dans la reconstitution des causalités. Entre les deux, s'interpose un écran d'interprétation, donc de subjectivité. Ainsi en va-t-il pour la paternité des inventions, si souvent controversée, et pas seulement d'un pays à un autre : c'est qu'elle ne se déduit pas uniquement de la chronologie des expériences qui y ont conduit, point de fait, mais d'une appréciation du rôle respectivement joué par ces expériences dans le résultat final. Les civilistes devraient bien savoir à quoi s'en tenir : s'ils constatent tous que Bonaparte a participé aux travaux du Conseil d'Etat, ils ne sont point d'accord sur la part qu'il convient de lui attribuer dans l'œuvre de codification.

On entrevoit, dès lors, les réserves suscitées par les formules où la section civile, — combinant du reste, avec quelque éclectisme, deux doctrines différentes de la responsabilité, — s'est efforcée de définir la responsabilité de l'historien. Que l'on déclare qu'un historien est en faute pour avoir violé un devoir professionnel d'objectivité, ou pour ne s'être pas comporté comme un historien prudent, avisé et objectif, c'est toujours méconnaître l'existence de tout un secteur immense des sciences historiques où la subjectivité est légitime, parce qu'elle est inévitable. Avec la première formule, on raisonne comme s'il y avait une corporation des historiens, chargée de dresser pour eux un code de déontologie ; avec la seconde, on paraît supposer un type abstrait, là où il serait souhaitable de ne trouver que des individualités irréductibles les unes aux autres. Observons-le, au risque de nous éloigner beaucoup de l'arrêt : plus un historien aura de génie, plus il tombera dans ce péché de subjectivité que la Cour de cassation tend sous ses pas. Michelet y aurait succombé à tous les coups. Veut-on le triomphe de l'histoire plate ? C'est-à-dire de l'histoire conformiste. Car le signe le plus clair de l'objectivité pourrait bien être, aux yeux de la Cour de cassation, une certaine conformité aux opinions assises. L'historien ne serait pas obligé de discuter toutes les versions qui ont pu être proposées d'un même fait ; du moins, il serait tenu de faire un sort à la version que l'on pourrait qualifier de principale, celle-ci se reconnaissant à ce qu'elle a été adoptée par la *major et sanior pars* des historiens antérieurs. Les doctrines consacrées par le succès emporteraient ainsi avec elles une présomption de vérité. Pas irréfragable, il faut le concéder. Mais, même réfragables, les présomptions de vérité sont fort gênantes pour la libre recherche scientifique.

Que la recherche ait pour objet le grandeur d'un

homme, l'importance de son rôle dans un événement et le bénéfice de la présomption va fonctionner pour la conservation des gloires acquises. C'est peut-être la leçon la plus remarquable de l'arrêt *Branly* que cette invitation faite à l'histoire de se montrer circospecte dans la discussion des grands hommes, tout le moins tant que le temps ne les a pas fait sortir, eux et leurs héritiers, de la zone de protection de l'art. 1382. On peut ne pas éprouver beaucoup de sympathie pour cet exercice de virtuosité historique qu'est le « déboulonnage » des statues. Mais dans la réalité, ce ne sont pas les historiens qui réussissent à jeter à bas les statues, pas plus qu'ils les ériger ; c'est l'opinion publique.

Par là jaillit une nouvelle objection contre l'interprétation de l'art. 1382, non plus du côté de la faute, mais à l'autre bout, du côté du préjudice. L'art. 1382 protège incontestablement l'honneur et la considération des individus (Comp. L. 29 juill. 1881, art. 29). Seulement, affirmer, au rebours de la croyance commune, qu'un savant n'est pas l'auteur d'une invention déterminée, ce n'est s'attaquer ni à son honneur ni à sa considération. Certainement pas à son honneur : on ne prétend pas qu'il ait plagié, usurpé. Mais même pas à sa considération : ses talents professionnels ne sont pas déniés, ni ses qualités scientifiques. Ce qui est visé, c'est sa célébrité, sa gloire. Or, la gloire n'est pas un capital que les grands hommes se sont constitué une fois pour toutes sur lequel ils ont désormais un droit acquis. Ce n'est pas davantage une parcelle de leur personnalité qu'ils pourraient défendre *erga omnes*. Leur honneur, leur considération, ils pourraient les défendre ainsi. Ce sont des valeurs qui leur appartiennent, et que tout sentiment coalisé de tous leurs semblables ne saurait leur ravir, tandis que leur gloire, c'est entièrement dans ce sentiment des autres hommes qu'elle se trouve. Ils en sont enveloppés, mais elle est en dehors d'eux (1). On a souvent parlé du soleil de la gloire. Cette image usée a au moins le mérite de faire sentir ce qu'il y a, dans la gloire, de commun, de public, d'inappropriable, et combien est juridiquement vaine la prétention de l'homme célèbre qui se plaint que sa gloire ait été lésée : c'est un préjudice impossible.

Un préjudice impossible, venu d'une faute imputable : à cela se réduisait, sans doute, en termes de droit, cette trop fameuse affaire. Le droit ne gagne rien à s'annexer ces domaines chimériques, l'opinion, autrefois, régnait seule, qui juge mieux plus vite que lui, et plus délicatement, ayant à sa disposition le moyen subtil de l'oubli.

Jean CARBONNIER,

Doyen de la Faculté de droit de Poitiers.

(1) C'est en quoi se justifie, nous semble-t-il, une décision récente (Trib. civ. Chaumont, 13 mai 1946, D. 1947. 53, note critique de M. Lalou), qui n'a pas accepté de garantir ne disons pas la gloire, mais, plus modestement, la célébrité d'un avocat de province contre le silence systématique d'un journal local.

solution aurait dû être différente en l'absence des règlements corporatifs interdisant aux avocats la réclame individuelle. La vérité, c'est que la célébrité, par définition, est un concept spontané, et que nul ne peut être contraint à unir sa voix à un concert.

RESPONSABILITÉ CIVILE, Responsabilité pénale, Historien, Liberté, Obligations, Prudence, Neutralité intellectuelle, Manquements, Génocide des Juifs, Chambres à gaz, Négation.

Les tribunaux, appelés à trancher des litiges avec des matériaux exclusivement fournis par les parties, n'ont ni qualité, ni compétence pour juger l'histoire; démunis de tout pouvoir de recherche inquisitoriale ou d'action d'office, ils n'ont pas reçu de la loi mission de décider comment doit être représenté et caractérisé tel ou tel épisode de l'histoire nationale ou mondiale (1);

L'historien a, par principe, liberté pleine et entière d'exposer, selon ses vues personnelles, les faits, actes et attitudes des hommes ou groupements d'hommes ayant joué un rôle dans les événements qu'il choisit librement de soumettre à sa recherche; s'il n'est pas tenu au conformisme, et si rien ne lui interdit de faire de l'histoire « engagée » en apportant, dans ses travaux, une dose de subjectivité ou d'idéologie supérieure à la moyenne admise (dès lors que les résultats d'une telle démarche intellectuelle et sa sanction restent librement soumis au seul jugement de ses pairs et de l'opinion publique), il reste que, si ses droits peuvent et doivent s'exercer librement, sans la caution et hors de toute surveillance des tribunaux, et si l'expression d'une opinion doit rester libre, l'historien ne saurait cependant échapper à la règle commune liant l'exercice légitime d'une liberté à l'acceptation éclairée d'une responsabilité (2);

Doit être condamné à réparer le préjudice moral subi par des associations de lutte contre le racisme et de protection de la mémoire des déportés, l'historien qui conclut que le génocide des Juifs, tout comme l'existence affirmée des chambres à gaz, ne forment qu'un seul et même mensonge historique ayant permis une gigantesque escroquerie politico-financière, manquant ainsi aux obligations de prudence, de circonspection objective et de neutralité intellectuelle qui s'imposent au chercheur (3).

(Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme et autres C. Faurisson.)

JUGEMENT

LE TRIBUNAL. — *Faits et procédure* : M. Robert Faurisson, maître de conférences à l'Université de Lyon, a entrepris, après 1960, de publier divers écrits pour soutenir la thèse selon laquelle « Hitler n'a jamais ordonné ni admis que quiconque fût tué en raison de sa race ou de sa religion »; plus précisément, il a, dans ces mêmes écrits, affirmé qu'après quatorze ans de réflexion personnelle et quatre ans d'une enquête acharnée, la certitude s'est faite en lui que les « prétendues chambres à gaz », à la réalité desquelles il avait lui-même d'abord cru et qui auraient, « selon la science historique officielle », constitué l'un des moyens d'élimination physique utilisés par le régime allemand nazi, durant la deuxième guerre mondiale, n'ont jamais existé; que, se voulant « porteur d'une bonne nouvelle pour la pauvre humanité » et chargé de la mission de la révéler, M. Faurisson entend proclamer que « les prétendues chambres à gaz hitlériennes et le prétendu génocide des Juifs forment un seul et même mensonge historique »; cette thèse, amalgamant le « problème des chambres à gaz » et celui du « génocide des Juifs », a été exprimée, notamment, au travers d'un article publié par Le Matin de Paris (16 nov. 1978) et de trois autres articles publiés au titre du droit de réponse par Le Monde (16 et 29 déc. 1978 et 16 janv. 1979); à la suite de ces publications, la Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme (L.I.C.R.A.) a entrepris

par diverses associations ... (ayant notamment pour objet la protection de la mémoire des déportés);

Sur la jonction des instances : — (Sans intérêt);

Sur la recevabilité : ... (Sont déclarées recevables les actions des associations dont les intérêts légitimes — lutte contre le racisme et protection de la mémoire des déportés — ont été atteints par les propos de M. Faurisson);

Sur la responsabilité de M. Robert Faurisson : — Attendu que les associations demanderessees — à qui il incombe de fixer l'objet du litige (art. 4, nouv. c. pr. civ.) — entendent rechercher la responsabilité de M. Faurisson, pris en qualité d'historien; — Attendu, certes, que celui-ci conteste avoir jamais pris cette qualité et déclare se contenter de n'être qu'un « spécialiste de critique de textes et de documents »; — Mais attendu que la recherche et la critique des textes écrits constituent le principe fondamental de la démarche de l'historien et qu'au surplus, en fustigeant les idées acquises d'une « histoire officielle » et le conformisme ambiant « imposé » par les « historiens exterminationnistes », M. Faurisson entend sauvegarder son « droit à la recherche de la vérité historique », par opposition à ce qui ne serait qu'une « vérité politique »; qu'acceptant ouvertement de relever d'une école de pensée dite « révisionniste », il ne saurait, quelle que soit sa formation universitaire ou sa spécialité, refuser le débat judiciaire là où ses adversaires ont entendu l'instaurer; — Attendu que les tribunaux, appelés à trancher des litiges avec des matériaux exclusivement fournis par les parties, n'ont ni qualité, ni compétence pour juger l'Histoire; que, démunis de tout pouvoir de recherche inquisitoriale ou d'action d'office, ils n'ont pas reçu de la loi mission de décider comment doit être représenté et caractérisé tel ou tel épisode de l'histoire nationale ou mondiale; — Attendu que la vérité judiciaire, par essence relative, ne peut être que celle d'un moment, appliquée seulement aux parties en cause et que, dans ces conditions, il échappe aux tribunaux d'imposer une thèse historique qui aurait valeur d'histoire officielle ou, même simplement, de marquer une préférence en tentant de départager les tenants de telle ou telle thèse, en fonction d'une idéologie déclarée dont ils seraient les protecteurs ou d'une prétendue objectivité dont ils seraient les détenteurs; — Attendu, cela étant, que l'historien a, par principe, liberté pleine et entière d'exposer, selon ses vues personnelles, les faits, les actes et les attitudes des hommes ou groupements d'hommes ayant joué un rôle dans les événements qu'il choisit librement de soumettre à sa recherche; qu'il n'est pas tenu au conformisme et qu'en sa qualité d'homme de science et de recherche, il lui est loisible de remettre en cause des idées acquises ou des témoignages reçus, nulle période de l'Histoire humaine ne pouvant échapper « à la recherche obstinée de la vérité »; que, bien plus, rien n'interdit au chercheur de faire, s'il le souhaite, de l'histoire dite « engagée » en apportant, dans ses travaux, une dose de subjectivité ou d'idéologie supérieure à la moyenne communément admise, dès lors que les résultats d'une telle démarche intellectuelle et sa sanction restent librement soumis au seul jugement de ses pairs et de l'opinion publique; — Attendu qu'en cet état, il reste que, si les droits de l'historien peuvent et doivent s'exercer librement, sans la caution et hors de toute surveillance des tribunaux, et si l'expression d'une opinion doit rester libre, l'historien ne saurait cependant échapper à la règle commune liant l'exercice légitime d'une liberté à l'acceptation éclairée d'une responsabilité; que, pas plus qu'une autre, la recherche historique ne saurait être tenue, de manière absolue, pour un « jeu intellectuel », faisant bénéficier celui qui s'y livre à un

ses recherches et ses réflexions sur une période récente de l'Histoire douloureuse et tragique des hommes, sur une époque dont les témoins encore vivants et meurtris méritent égards et considération ; qu'alors s'impose un devoir élémentaire de prudence qui fait l'honneur du savant et lui inspire le nécessaire « doute scientifique », dans l'incertitude où il se trouve que tous les documents et tous les témoignages sont bien parvenus au grand jour, sans exception et de quelque source que ce soit ; qu'il est profondément vrai que « l'Histoire se doit d'attendre que le temps permette une étude sans agressivité de certains problèmes d'horreur » (Olga Wormser-Migot, lettre adressée à M. Faurisson le 7 nov. 1977) ; — Attendu que M. Robert Faurisson a fixé, de façon quasi exclusive, son attention sur l'un des moyens d'extermination dont la réalité a été affirmée, dès la fin du deuxième conflit mondial et la découverte du système concentrationnaire ; que ses écrits, et notamment ceux qui lui sont imputés à faute à l'occasion de la présente instance, tendant à écarter, par principe, tous les témoignages rapportant l'existence des chambres à gaz et à leur refuser toute valeur probante pour avoir été recueillis sous la contrainte ou grâce à des promesses ; que, de même, tous documents écrits sont repoussés au terme d'une analyse sémantique toujours orientée dans le sens de la négation ; — Attendu que M. Faurisson affirme, certes, qu'il se contenterait d'un « unique témoignage » pour revenir sur sa thèse, mais que cette concession au « doute scientifique » paraît bien viser, dans l'esprit de son auteur, une preuve impossible (*probatio diabolica*) ; — Attendu que la méthode d'exploration « historique » ainsi adoptée et qu'il appartient aux seuls spécialistes de peser et de juger, n'empêche pas M. Faurisson d'affirmer, sur un ton quasi messianique, être porteur d'une « bonne nouvelle » et d'annoncer de façon définitive que « les chambres à gaz n'ont pas existé » ; — Attendu qu'allant plus avant dans la voie de la « néantisation » des phénomènes historiques qui accaparent son attention, et procédant par un amalgame d'idées qui relève plus du discours politique que de la recherche scientifique, M. Faurisson conclut que « le génocide des juifs », tout comme l'existence affirmée des chambres à gaz, ne forment « qu'un seul et même mensonge historique ayant permis une gigantesque escroquerie politico-financière » ; — Attendu que, sans avoir à rechercher si un tel discours constitue ou non une « falsification de l'Histoire », il reste qu'en rejetant dans le néant des mythes ce qu'il ne peut ou ne veut admettre et en se proclamant définitivement porteur de la « bonne nouvelle » et de la « vérité historique », M. Faurisson, universitaire français, manque aux obligations de prudence, de circonspection objective et de neutralité intellectuelle qui s'imposent au chercheur qu'il veut être ; — Attendu que ce manquement à des obligations incontestables a causé directement un préjudice moral dans la mesure où son auteur apparaît vouloir rejeter globalement, dans le même néant du mythe les souffrances de ceux qui ont subi, par eux-mêmes ou par la disparition de membres de leur famille, les épreuves du régime concentrationnaire — alors qu'ils sont encore vivants pour en témoigner ; que, de même en paraissant faire admettre que les victimes du régime concentrationnaire auraient, de près ou de loin, été les auteurs et les bénéficiaires, volontaires ou involontaires d'une « gigantesque escroquerie politico-financière », et en permettant, avec une légèreté insigne mais avec conscience claire, de laisser prendre en charge, par autrui, son discours dans une intention d'apologie des crimes de guerre

ou d'incitation à la haine raciale, M. Faurisson a causé le préjudice dont les associations demanderesse ont statutairement pris la réparation en charge ; que cette réparation sera assurée ainsi qu'il est dit dans le dispositif du présent jugement ;

Par ces motifs, reçoit la Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme ... (et les autres associations), condamne M. Faurisson à payer entre les mains de la Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme un franc (1 F) à titre de dommages-intérêts, ladite somme constituant la réparation du préjudice moral subi globalement et indivisiblement par chacune des associations demanderesse ou intervenante, dit qu'en réparation de ce même préjudice, la Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme — ou telle association demanderesse qui se substituera à elle — fera publier la partie du présent jugement figurant sous la rubrique *sur la responsabilité de M. Robert Faurisson* et le présent dispositif — sous la rubrique : *Publication judiciaire — Le problème des chambres à gaz*, dans les publications ci-après : *Le Monde*, *Le Matin de Paris*, *Historia*, et ce, aux frais avancés par M. Faurisson, sans que le coût de chaque publication puisse être supérieur à 20 000 F, sous réserve cependant d'une plus juste appréciation au vu de devis ou factures, déboute M. Faurisson de toutes ses demandes, dit n'y avoir lieu à exécution provisoire du présent jugement.

Du 8 juill. 1981. — Trib. grande inst. de Paris. — MM. Caratini, pr. — Draï, 1^{er} v.-pr. — Mme Martzloff, v.-pr. — M. Boittiaux, 1^{er} subst. — S.C.P. Lévy-Korman, MM. Dubarry, Imerglik, Halimi, Klarsfeld, Delcroix, Chottard (ce dernier du barreau de Nantes), Baudelot, Couturon et Berthout, av.

Loi du 13 Juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, dite loi Gaysot

Art. 1er. - Toute **discrimination** fondée sur l'appartenance ou la non appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion est interdite.

L'Etat assure le respect de ce principe dans le cadre des lois en vigueur.

Art. 2. - Le **21 mars** de chaque année, date retenue par l'Organisation des Nations unies pour la **Journée internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale**, la **Commission nationale consultative des droits de l'homme** remet au Gouvernement un rapport sur la lutte contre le racisme. Ce rapport est immédiatement rendu public.

TITRE I / MODIFICATIONS DU CODE PENAL

Art. 3. - Il est inséré, après l'article 51 du code pénal un article 51-1 ainsi rédigé :

"Art. 51-1. - Dans le cas prévu par la loi, le tribunal pourra ordonner, aux frais du condamné, soit la publication intégrale ou partielle de sa décision, soit l'insertion d'un communiqué informant le public des motifs et du dispositif de celle-ci dans le Journal officiel de la République française ou dans un ou plusieurs journaux ou écrits périodiques qu'il désignera.

"Le tribunal déterminera, le cas échéant, les extraits de la décision qui devront être publiés; il fixera les termes du communiqué à insérer".

Art. 4. - Il est inséré, après l'article 187-2 du code pénal, un article 187-3 ainsi rédigé.

"Art. 187-3. -En cas de condamnation prononcée en application des articles 187-1 ou 187-2, le tribunal pourra ordonner :

"1° La privation des droits mentionnés aux 2° et 3° de l'article 42, pour une durée de cinq ans au plus;

"2° L'affichage de sa décision dans les conditions prévues par l'article 51;

"3° La publication de celle-ci ou l'insertion d'un communiqué dans les conditions prévues par l'article 51-1, sans que les frais de publication ou d'insertion puissent excéder la maximum de l'amende encourue."

Art. 5. - Le dernier alinéa de l'article 416 du code pénal est abrogé.

Art. 6. - Il est inséré, après l'article 416-1 du code pénal, un article 416-2 ainsi rédigé :

"Art. 416-2. - En cas de condamnation prononcée en application des articles 416 et 416-1, le tribunal pourra ordonner :

"1° La privation des droits mentionnés aux 2° et 3° de l'article 42, pour une durée de cinq ans au plus;

"2° L'affichage de sa décision dans les conditions prévues par l'article 51;

"3° La publication de celle-ci ou l'insertion d'un communiqué dans les conditions prévues par l'article 51-1, sans que les frais de publication ou d'insertion puissent excéder le maximum de l'amende encourue.

"Toutefois, en cas de condamnation en application des dispositions de l'article 416 relatives à l'état de santé ou au handicap, l'affichage ou la publication de la décision, ou l'insertion d'un communiqué, ne pourront comporter l'identité de la victime qu'avec son accord ou celui de son représentant légal".

TITRE II / MODIFICATIONS DE LA LOI DU 29 JUILLET 1881 SUR LA LIBERTE DE LA PRESSE

Art. 7. - Il est inséré, après l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, un article 13-1 ainsi rédigé :

"Art. 13-1. - Le droit de réponse prévu par l'article 13 pourra être exercé par les associations remplissant les conditions prévues par l'article 48-1, lorsqu'une personne ou un groupe de personnes auront, dans un journal ou écrit périodique, fait l'objet d'imputations susceptibles de porter atteinte à leur honneur ou à leur réputation à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

"Toutefois, quand la mise en cause concernera des personnes considérées individuellement, l'association ne pourra exercer le droit de réponse que si elle justifie avoir reçu leur accord.

"Aucune association ne pourra requérir l'insertion d'une réponse en application du présent article dès lors qu'aura été publiée une réponse à la demande d'une des associations remplissant les conditions prévues par l'article 48-1".

Art. 8. - L'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est complété par les dispositions suivantes :

"En cas de condamnation pour l'un des faits prévus par l'alinéa précédent, le tribunal pourra en outre ordonner :

1° Sauf lorsque la responsabilité de l'auteur de l'infraction est retenue sur le fondement de l'article 42 et du premier alinéa de l'article 43 de la présente loi ou des trois premiers alinéas de l'article 93-3 de la loi n° 82- 652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, la privation des droits énumérés aux 2° et 3° de l'article 42 du code pénal pour une durée de cinq ans au plus ;

"2° L'affichage de la décision dans les conditions prévues par l'article 51 du Code pénal ;

"3° La publication de sa décision ou l'insertion d'un communiqué dans les conditions prévues par l'article 51-1 du code pénal, sans que les frais de publication ou d'insertion puissent excéder le maximum de l'amende encourue."

Art. 9. - Il est inséré, après l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, un article 24 bis ainsi rédigé :

"Art. 24 bis. - Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 **ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité** tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale.

"Le tribunal pourra en outre ordonner :

"1° L'affichage de sa décision dans les conditions prévues par l'article 51 du code pénal;

"2° La publication de celle-ci ou l'insertion d'un communiqué dans les conditions prévues par l'article 51-1 du code pénal, sans que les frais de publication ou d'insertion puissent excéder le maximum de l'amende encourue".

Art. 10. - L'article 32 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est complété par les dispositions suivantes.

"En cas de condamnation pour l'un des faits prévus par l'alinéa précédent, le tribunal pourra en outre ordonner.

"1° L'affichage de sa décision dans les conditions prévues par l'article 51 du Code pénal;

"2° La publication de celle-ci ou l'insertion d'un communiqué dans les conditions prévues par l'article 51-1 du code pénal, sans que les frais de publication ou d'insertion puissent excéder le maximum de l'amende encourue".

Art. 11. - L'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est complété par les dispositions suivantes.

"En cas de condamnation pour l'un des faits prévus par l'alinéa précédent, le tribunal pourra en outre ordonner :

"1° L'affichage de sa décision dans les conditions prévues par l'article 51 du code pénal ;

"2° La publication de celle-ci ou l'insertion d'un communiqué dans les conditions prévues par l'article 51-1 du Code pénal, sans que les frais de publication ou d'insertion puissent excéder le maximum de l'amende encourue".

Art. 12. - Dans le premier alinéa de l'article 48-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, après les mots "de combattre le racisme" sont insérés les mots : "ou d'assister les victimes de discrimination fondée sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse".

Art. 13. - Il est inséré, après l'article 48-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, un article 48-2 ainsi rédigé.

"Art. 48-2. - Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, qui se propose, par ses statuts, de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne **l'apologie des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité** ou des crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi et en ce qui concerne l'infraction prévue par l'article 24 bis".

Le 4 septembre 2011

JORF n°25 du 30 janvier 2001

Texte n°1

LOI

LOI no 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 (1)

NOR: PRMX9803012L

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,
Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article unique

La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915.
La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 29 janvier 2001.

Jacques Chirac
Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
Lionel Jospin

(1) Travaux préparatoires : loi no 2001-70.

Sénat :

Proposition de loi no 60 (2000-2001) ;

Discussion et adoption le 7 novembre 2000.

Assemblée nationale :

Proposition de loi, adoptée par le Sénat, no 2688 ;

Rapport de M. François Rochebloine, au nom de la commission des affaires étrangères,
no 2855 ;

Discussion et adoption le 18 janvier 2001.

Conseil constitutionnel

mardi 31 janvier 2006 - Décision N° 2006-203 L

NOR : CSCX0609059S

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 25 janvier 2006, par le Premier ministre, dans les conditions prévues par le second alinéa de l'article 37 de la Constitution, d'une demande tendant à ce qu'il se prononce sur la nature juridique du deuxième alinéa de l'article 4 de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés ;

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution, notamment ses articles 34 et 37 ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment ses articles 24, 25 et 26 ;

Vu la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 4 de la loi du 23 février 2005 susvisée : " Les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit " ;

2. Considérant que le contenu des programmes scolaires ne relève ni des " principes fondamentaux... de l'enseignement ", que l'article 34 de la Constitution réserve au domaine de la loi, ni d'aucun autre principe ou règle que la Constitution place dans ce domaine ; que, dès lors, le deuxième alinéa de l'article 4 de la loi du 23 février 2005 susvisée a le caractère réglementaire,

Décide :

Article premier. - Le deuxième alinéa de l'article 4 de la loi du 23 février 2005 susvisée a le caractère réglementaire.

Article 2. - La présente décision sera notifiée au Premier ministre et publiée au Journal officiel de la République française.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 31 janvier 2006, où siégeaient : M. Pierre MAZEAUD, Président, MM. Jean-Claude COLLIARD, Olivier DUTHELLET de LAMOTHE, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Pierre JOXE et Jean-Louis PEZANT, Mme Dominique SCHNAPPER et M. Pierre STEINMETZ.

Le 4 septembre 2011

JORF n°40 du 16 février 2006

Texte n°11

DECRET

Décret n° 2006-160 du 15 février 2006 portant abrogation du deuxième alinéa de l'article 4 de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés

NOR: MENX0600027D

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche,

Vu la Constitution, notamment son article 37, alinéa 2 ;

Vu le code de l'éducation ;

Vu la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, notamment son article 4 ;

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 2006-203 L du 31 janvier 2006 ;

Vu l'avis du Conseil supérieur de l'éducation en date du 9 février 2006 ;

Le Conseil d'Etat (section de l'intérieur) entendu,

Décète :

Article 1

Le deuxième alinéa de l'article 4 de la loi du 23 février 2005 susvisée est abrogé.

Article 2

Le ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche est chargé de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le 15 février 2006.

Dominique de Villepin

Par le Premier ministre :

Le ministre de l'éducation nationale,
de l'enseignement supérieur
et de la recherche,
Gilles de Robien

Décision n° 2006–203 L du 31 janvier 2006

Nature juridique d'une disposition de la loi n° 2005–158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 25 janvier 2006, par le Premier ministre, dans les conditions prévues par le second alinéa de l'article 37 de la Constitution, d'une demande tendant à ce qu'il se prononce sur la nature juridique du deuxième alinéa de l'article 4 de la loi n° 2005–158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés ;

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution, notamment ses articles 34 et 37 ;

Vu l'ordonnance n° 58–1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment ses articles 24, 25 et 26 ;

Vu la loi n° 2005–158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 4 de la loi du 23 février 2005 susvisée : " Les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit " ;

2. Considérant que le contenu des programmes scolaires ne relève ni des " principes fondamentaux... de l'enseignement ", que l'article 34 de la Constitution réserve au domaine de la loi, ni d'aucun autre principe ou règle que la Constitution place dans ce domaine ; que, dès lors, le deuxième alinéa de l'article 4 de la loi du 23 février 2005 susvisée a le caractère réglementaire,

Décide :

Article premier. – Le deuxième alinéa de l'article 4 de la loi du 23 février 2005 susvisée a le caractère réglementaire.

Article 2. – La présente décision sera notifiée au Premier ministre et publiée au Journal officiel de la République française.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 31 janvier 2006, où siégeaient : M. Pierre MAZEAUD, Président, MM. Jean-Claude COLLIARD, Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Pierre JOXE et Jean-Louis PEZANT, Mme Dominique SCHNAPPER et M. Pierre STEINMETZ.

Journal officiel du 2 février 2006, p. 1747 (@ 58) Recueil, p. 37

CULTES

Aumônerie militaires. Création

Port par les élèves de signes d'appartenance à une communauté religieuse .- Principe de laïcité.- Organisation et fonctionnement de l'école publique .- Sanctions

DROITS CIVILS ET INDIVIDUELS

Libertés publiques

Liberté d'expression

Port par les élèves de signes d'appartenance à une communauté religieuse .- Principe de laïcité.- Organisation et fonctionnement de l'école publique .- Réglementation intérieure .- Sanctions.

ENSEIGNEMENT

Questions générales

Questions générales concernant les élèves

Port par les élèves de signes d'appartenance à une communauté religieuse .- Principe de laïcité - Organisation et fonctionnement de l'école publique .- Sanctions.

Avis rendus par l'assemblée générale du Conseil d'Etat

**N° 346.893 - Mme LAROQUE, rapporteur
(section de l'Intérieur)**

séance du 27 novembre 1989

Le Conseil d'Etat saisi par le ministre d'Etat, ministre de l'Education nationale, de la Jeunesse et des Sports de la question de savoir :

1 - si, compte tenu des principes posés par la Constitution et les lois de la République et eu égard à l'ensemble des règles d'organisation et de fonctionnement de l'école publique, le port de signes d'appartenance à une communauté religieuse est ou non compatible avec le principe de laïcité ;

2 - en cas de réponse affirmative, à quelles conditions des instructions du ministre, des dispositions du règlement intérieur des écoles, collèges et lycées, des décisions des directeurs d'école et chefs d'établissement pourraient l'admettre ;

3 - si l'inobservation d'une interdiction du port de tels signes ou des conditions prescrites pour celui-ci justifieraient le refus d'accueil dans l'établissement d'un nouvel élève, le refus d'accès opposé à un élève régulièrement inscrit, l'exclusion définitive de l'établissement ou du service public de l'éducation, et quelles procédures et quelles garanties devraient alors être mises en oeuvre ;

Vu la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ;

Vu le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;

Vu la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ;

Vu la convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement du 15 décembre 1960 ;

Vu le pacte international relatif aux droits civils et politiques ouvert à la signature à New York le 19 décembre 1966 ;

Vu le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ouvert à la signature à New York le 19 décembre 1966 ;

Vu la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire ;

Vu la loi du 30 octobre 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire et notamment son article 17 ;

Vu la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat ;

Vu l'ordonnance n° 59-45 du 6 janvier 1959 portant prolongation de la scolarité obligatoire jusqu'à l'âge de seize ans ;

Vu la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 sur les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privés ;

Vu la loi n° 75-620 du 11 juillet 1975 relative à l'éducation ;

Vu la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 portant répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales ;

Vu la loi n° 89-486 du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation ;

Vu la loi n° 89-548 du 2 août 1989 relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France ;

Vu le décret n° 76-1301 du 28 décembre 1976 modifié relatif à l'organisation de la formation dans les écoles maternelles et élémentaires ;

Vu le décret n° 85-895 du 21 août 1985 relatif aux conseils de l'éducation nationale dans les départements et les académies ;

Vu le décret n° 85-924 du 30 août 1985 relatif aux établissements publics locaux d'enseignement ;

Vu le décret n° 85-1284 du 28 novembre 1985 relatif aux conseils de l'éducation nationale dans les régions et départements d'outre-mer ;

Vu le décret n° 85-1348 du 18 décembre 1985 relatif aux procédures disciplinaires dans les collèges, les lycées et les établissements d'éducation spéciale ;

Vu le décret n° 86-164 du 31 janvier 1986 portant organisation administrative et financière des établissements d'enseignement dont la responsabilité et la charge incombent entièrement à l'Etat et portant dispositions diverses applicables aux établissements de second degré municipaux et départementaux ;

Vu le décret n° 89-122 du 24 février 1989 relatif aux directeurs d'école ;

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations ci-après :

1 - Le principe de laïcité trouve l'une de ses premières expressions dans la loi du 28 mars 1882, qui dispose que, dans l'enseignement primaire, l'instruction religieuse est donnée en dehors des édifices et des programmes scolaires et dans l'article 17 de la loi du 30 octobre 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire, aux termes duquel « dans les écoles publiques de tout ordre, l'enseignement est exclusivement confié à un personnel laïque. »

Ce principe a été consacré par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui fait de « l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés un devoir de l'Etat » et par l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, qui proclame que « la France est une république... laïque » et qu'« elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. »

Comme l'indique ce dernier texte, le principe de laïcité implique nécessairement le respect de toutes les croyances, déjà reconnu par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, aux termes duquel « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi. »

La loi du 9 décembre 1905, tout en procédant à la séparation des Eglises et de l'Etat, a confirmé que « la République assure la liberté de conscience. »

Cette liberté, qui doit être regardée comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, s'exerce dans le domaine de l'éducation, dans le cadre des textes législatifs qui définissent la mission du service public et les droits et obligations des élèves et de leurs familles dans les termes suivants :

Article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1959 relative aux rapports entre l'Etat et les établissements de l'enseignement privé «Suivant les principes définis dans la Constitution, l'Etat assure aux enfants et adolescents dans les établissements publics d'enseignement la possibilité de recevoir un enseignement conforme à leurs aptitudes dans un égal respect de toutes les croyances. »

Article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1975 relative à l'éducation :

« Tout enfant a droit à une formation scolaire qui, complétant l'action de sa famille, concourt à son éducation.

Cette formation favorise l'épanouissement de l'enfant, lui permet d'acquérir une culture, le prépare à la vie professionnelle et à l'exercice de ses responsabilités d'homme et de citoyen...

L'Etat garantit le respect de la personnalité de l'enfant et de l'action éducative des familles. »

Article 1^{er} de la loi d'orientation sur l'éducation du 10 juillet 1989 : « Le droit à l'éducation est garanti à chacun afin de lui permettre de développer sa personnalité, d'élever son niveau de formation initiale et continue, de s'insérer dans la vie sociale et professionnelle, d'exercer sa citoyenneté...

Les écoles, les collèges, les lycées et les établissements d'enseignement supérieur... contribuent à favoriser l'égalité entre les hommes et les femmes. Ils dispensent une formation adaptée dans ses contenus et ses méthodes aux évolutions technologiques, sociales et culturelles du pays et de son environnement européen et international. »

Article 1^{er} de la même loi : « Les obligations des élèves consistent dans l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études ; elles incluent l'assiduité et le respect des règles de fonctionnement et de la vie collective des établissements.

Dans les collèges et les lycées, les élèves disposent, dans le respect du pluralisme et du principe de neutralité, de la liberté d'information et de la liberté d'expression. L'exercice de ces libertés ne peut porter atteinte aux activités d'enseignement... »

Article 1^{er} deuxième alinéa de la loi du 2 août 1989 relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France : « Les agissements discriminatoires des détenteurs de l'autorité publique, des groupements ou des personnes privées, la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, la diffamation et l'injure au motif de l'appartenance ou de la non-appartenance à une ethnie, une nation ou une religion sont interdits. »

Article 2 de la même loi :

«... L'école... doit inculquer aux élèves le respect de l'individu, de ses origines et de ses différences. »

Enfin, par les conventions internationales susvisées la République française s'est engagée :

- à garantir à tous les individus se trouvant sur son territoire le droit d'accéder à l'enseignement sans distinction aucune notamment de religion et à prendre les mesures propres à donner effet à un tel droit ;

- à assurer la liberté de pensée, de conscience et de religion, et la liberté de manifester sa religion ou ses convictions individuellement ou collectivement, en public ou en privé, sous la seule réserve des restrictions prévues par la loi et nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publics, de la morale ou des libertés et des droits fondamentaux d'autrui ;

- à respecter, dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, le droit des parents de faire assurer cette éducation conformément à leurs convictions religieuses ;

- à prendre les mesures nécessaires pour que l'éducation favorise la compréhension et la tolérance entre tous les groupes raciaux et religieux.

Il résulte des textes constitutionnels et législatifs et des engagements internationaux de la France susappelés que le principe de la laïcité de l'enseignement public, qui est l'un des éléments de la laïcité de l'Etat et de la neutralité de l'ensemble des services publics, 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. Il interdit conformément aux principes rappelés par les mêmes textes et les engagements internationaux de la France toute discrimination dans l'accès à l'enseignement qui serait fondée sur les convictions ou croyances religieuses 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.

Son exercice peut être limité, dans la mesure où il ferait obstacle à l'accomplissement des missions dévolues par le législateur au service public de l'éducation, lequel doit notamment, outre permettre l'acquisition par l'enfant d'une culture et sa préparation à la vie professionnelle et à ses responsabilités d'homme et de citoyen, contribuer au développement de sa personnalité, lui inculquer le respect de l'individu, de ses origines et de ses différences, garantir et favoriser l'égalité entre les hommes et les femmes.

Il résulte de ce qui vient d'être dit 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.

2 - Le port de signes d'appartenance religieuse dans les établissements scolaires peut, en cas de besoin, faire l'objet d'une réglementation destinée à fixer les modalités d'application des principes qui viennent d'être définis, compte tenu de la situation propre aux établissements et dans les conditions énoncées ci-après :

La réglementation de la discipline dans les écoles et notamment des conditions dans lesquelles pourrait être restreint ou interdit, le port par les élèves de signes d'appartenance à une religion, relève, par application de l'article 14 du décret du 28 décembre 1976 et des articles 7 et 25 du décret du 21 août 1985, de la compétence d'une part de l'inspecteur d'académie, qui arrête le règlement-type du département après consultation du Conseil de l'éducation nationale et d'autre part du conseil d'école, qui vote le règlement intérieur, compte tenu des dispositions du règlement-type du département, conformément à l'article 17 bis du même décret du 28 décembre 1976.

Dans les lycées et collèges, cette réglementation est de la compétence du conseil d'administration de l'établissement qui, en vertu de l'article 3 du décret du 30 août 1985 et de l'article 4 du décret du 31 janvier 1986, adopte, sous réserve du contrôle de légalité, le règlement intérieur de l'établissement, lequel « définit les droits et les devoirs de chacun des membres de la communauté scolaire » et « détermine notamment les modalités selon lesquelles sont mis en application - le respect des principes de laïcité et de pluralisme ;

- le devoir de tolérance et de respect d'autrui dans sa personnalité et dans ses convictions ;

- l'obligation pour chaque élève de participer à toutes les activités correspondant à sa scolarité organisées par l'établissement et d'accomplir les tâches qui en découlent... »

Le ministre auquel il appartient, au titre de ses pouvoirs hiérarchiques ou de tutelle, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous son autorité, peut, par voie d'instructions, définir les orientations ou donner les indications susceptibles de guider les autorités compétentes dans l'élaboration de la réglementation intérieure des établissements scolaires et pour l'application de celle-ci.

3 - Il appartient aux autorités détentrices du pouvoir disciplinaire d'apprécier, sous le contrôle du juge administratif, si le port par un élève, à l'intérieur d'un établissement scolaire public ou dans tout autre lieu où s'exerce l'enseignement, d'un signe d'appartenance religieuse qui méconnaîtrait l'une des conditions énoncées au I du présent avis ou la réglementation intérieure de l'établissement, constitue une faute de

nature à justifier la mise en œuvre de la procédure disciplinaire et l'application, après respect des garanties instituées par cette procédure et des droits de la défense, de l'une des sanctions prévues par les textes applicables, au nombre desquelles peut figurer l'exclusion de l'établissement.

L'exclusion d'une école, d'un collège ou d'un lycée est possible, malgré le caractère obligatoire de l'instruction, dès lors que l'instruction de l'enfant peut être donnée, conformément à l'article 3 de l'ordonnance du 6 janvier 1959 portant prolongation de la scolarité obligatoire jusqu'à l'âge de seize ans « soit dans les établissements ou écoles publics ou libres, soit dans les familles par les parents, ou l'un d'entre eux, ou toute personne de leur choix », et que notamment l'élève peut être inscrit au centre public d'enseignement par correspondance, comme le prévoit d'ailleurs expressément le décret du 18 décembre 1985 relatif aux procédures disciplinaires dans les collèges, les lycées ou les établissements d'éducation spéciale.

Le directeur d'école, conformément à l'article 20 du décret du 28 décembre 1976 et à l'article 2 du décret du 24 février 1989, et le chef d'établissement, conformément aux articles 8 et 9 du décret du 30 août 1985, sont responsables de l'ordre dans l'établissement et de son bon fonctionnement. Ils doivent notamment veiller à l'application du règlement intérieur. Ils peuvent dans la mesure et pour la durée nécessaire au rétablissement du déroulement normal des enseignements et de l'ordre dans l'établissement, refuser l'admission dans l'établissement ou à l'un des enseignements d'un élève régulièrement inscrit dont le comportement perturberait gravement le fonctionnement du service public, ou dont l'attitude a entraîné le déclenchement de poursuites disciplinaires, dans l'attente de la décision de l'autorité compétente. Un refus d'admission d'un élève mineur ne peut être exécuté sans que ses parents ou ses représentants légaux en aient été préalablement avertis.

Un refus d'admission dans une école d'un élève nouvellement inscrit ou un refus d'inscription dans un collège ou un lycée ne serait justifié que par le risque d'une menace pour l'ordre dans l'établissement ou pour le fonctionnement normal du service de l'enseignement.

Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral

*Rapport adopté par
l'assemblée générale plénière
du Conseil d'Etat
le jeudi 25 mars 2010*



SOMMAIRE

SOMMAIRE	3
GLOSSAIRE	5
INTRODUCTION.....	7
I- L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT EST CARACTÉRISÉ PAR UN ENSEMBLE HÉTÉROGÈNE DE PRESCRIPTIONS OU D'INTERDICTIONS, À L'INSTAR DE LA SITUATION PRÉVALANT DANS LES DÉMOCRATIES COMPARABLES, OU N'EXISTE AUCUNE LEGISLATION NATIONALE SPÉCIFIQUE.....	9
1. DE NOMBREUSES LEGISLATIONS, RÉGLEMENTATIONS ET INSTRUCTIONS CONDUISENT D'ORES ET DÉJÀ À PROHIBER OU À DISSUADER, DANS CERTAINS CAS, DES PRATIQUES DE PORT DU VOILE INTÉGRAL, VOIRE, PLUS GÉNÉRALEMENT, DE DISSIMULATION DU VISAGE	9
1.1. Le port du voile intégral en tant que tel est d'ores et déjà prohibé ou pris en compte pour l'application de certaines dispositions.....	9
1.2. De nombreux dispositifs interdisent, plus généralement, la dissimulation volontaire du visage dans des circonstances ou des lieux déterminés.	10
1.3. Le fait de contraindre ou d'inviter autrui à se dissimuler le visage, s'il ne peut être sanctionné directement, peut être appréhendé indirectement.....	13
2. SI NOMBRE D'ÉTATS COMPARABLES À LA FRANCE ONT ENCADRÉ LE PORT DU VOILE INTÉGRAL OU LA DISSIMULATION DU VISAGE, AUCUN D'EUX N'A OPTÉ POUR UNE INTERDICTION GÉNÉRALE.....	14
2.1. Des restrictions diverses et de portée variable	14
2.2. L'absence d'interdiction générale de ces pratiques dans l'espace public.....	15
II- UNE INTERDICTION GÉNÉRALE DU PORT DU VOILE INTÉGRAL EN TANT QUE TEL OU DE TOUT MODE DE DISSIMULATION DU VISAGE DANS L'ESPACE PUBLIC SERAIT TRÈS FRAGILE JURIDIQUEMENT	17
1. UNE INTERDICTION GÉNÉRALE DU SEUL VOILE INTÉGRAL NE SAURAIT ÊTRE RECOMMANDÉE.	17
1.1. Aucun fondement juridique n'apparaît suffisamment solide pour justifier une interdiction générale du voile intégral en tant que tel.	17
1.2. L'effectivité d'une interdiction générale du seul voile intégral serait d'ailleurs incertaine....	21
2. L'INTERDICTION SOUS TOUTES SES FORMES DE LA DISSIMULATION VOLONTAIRE DU VISAGE DANS L'ENSEMBLE DE L'ESPACE PUBLIC NE PEUT ELLE-MÊME ÊTRE ENVISAGÉE SANS RISQUE JURIDIQUE.	22
2.1. Une prohibition de la dissimulation du visage porterait une atteinte moins large mais néanmoins réelle à certains droits et libertés fondamentaux.	22
2.1.1. Une mise en cause de la liberté personnelle, pouvant toucher au respect de la vie privée.....	22
2.1.2. Une mise en cause indirecte d'autres droits et libertés constitutionnellement et conventionnellement garantis	22
2.1.3. Des justifications admises par la jurisprudence constitutionnelle et conventionnelle....	24

2.2. L'ordre public non matériel ne peut à lui seul constituer un fondement suffisant pour une interdiction générale.	25
2.3. 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.	26
2.3.1. Une conception sans précédent en droit.....	26
2.3.2. Un champ d'interdiction large, des exceptions nombreuses et délicates à définir.....	28
2.4. La sécurité publique, composante de l'ordre public matériel, constituerait un fondement très solide pour une interdiction de la dissimulation du visage, mais seulement dans des circonstances particulières.	30
2.4.1. Un fondement à concilier avec certaines exigences juridiques.....	30
2.4.2. Un champ d'application nécessairement restreint s'agissant des lieux concernés.....	33
III- PLUSIEURS MESURES PEUVENT CEPENDANT ETRE ENVISAGEES POUR HARMONISER ET, LE CAS ECHEANT, RENFORCER LE CHAMP DE L'INTERDICTION DE LA DISSIMULATION DU VISAGE, QUELLES QUE SOIENT SES FORMES.....	37
1. UNE LOI POURRAIT PREVOIR L'OBLIGATION DE MAINTENIR A DECOUVERT SON VISAGE DANS CERTAINS LIEUX OUVERTS AU PUBLIC LORSQUE LES CIRCONSTANCES OU LA NATURE DES LIEUX LE JUSTIFIENT.....	37
2. LES SANCTIONS POURRAIENT PORTER TOUT PARTICULIEREMENT SUR LES AUTEURS DE CONTRAINTES OU D'INCITATION A LA DISSIMULATION DU VISAGE.....	39
2.1 Le non-respect de l'interdiction de la dissimulation du visage pourrait donner lieu à un nouveau type de sanction.	39
2.2. Le fait de contraindre autrui à se dissimuler le visage pourrait être plus durement sanctionné.	40
3. MODALITES DE MISE EN OEUVRE	41
ANNEXES	43
ANNEXE 1 : LETTRE DE MISSION	43
ANNEXE 2 : SOLUTIONS JURIDIQUES ENVISAGEABLES.....	45

GLOSSAIRE

CA : Cour d'appel

CAA : Cour administrative d'appel

Cass. crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

Cass. X civ. : X^{ème} chambre civile de la Cour de cassation

Cass. soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation

CC : Conseil constitutionnel

CE : Conseil d'Etat

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CJCE : Cour de justice des communautés européennes

Com. EDH : Commission européenne des droits de l'homme

TA : Tribunal administratif

TC : Tribunal des conflits

INTRODUCTION

Par lettre de mission du 29 janvier 2010, le Premier ministre a demandé au Conseil d'Etat d'étudier « les solutions juridiques permettant de parvenir à une interdiction du port du voile intégral », qui soit « la plus large et la plus effective possible », dans la perspective du « dépôt d'un projet de loi au Parlement sur ce sujet », tout en rappelant la nécessité de « ne pas blesser nos compatriotes de confession musulmane ». Cette demande s'inscrit dans le contexte de débats publics sur le port du voile intégral en France, qui ont notamment conduit l'Assemblée nationale à créer une mission d'information dont le rapport, rendu public le 26 janvier 2010, présente une grande richesse d'observations et de réflexions.

C'est dans le strict cadre de cette demande, et par conséquent en dehors de toute considération sur l'opportunité de légiférer en ce sens, que le Conseil d'Etat a conduit la présente étude.

Dans cette perspective étroitement circonscrite, relative en outre à **un phénomène spécifique tout à fait nouveau en France**, les solutions juridiques présentées dans la présente étude visent principalement à satisfaire à une double exigence juridique :

- **assurer la plus grande sécurité juridique** d'une mesure d'interdiction, au regard tant des normes constitutionnelles que du droit de l'Union européenne et de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tels qu'éclairés par la jurisprudence des juridictions compétentes ;
- **veiller à l'intelligibilité** des dispositifs envisagés, tant par les personnes concernées que par les autorités qui seront plus particulièrement chargées de leur application, ce qui suppose une certaine **simplicité**.

Le choix des modalités d'une mesure d'interdiction a par ailleurs été guidé par la préoccupation d'en **garantir l'effectivité**, aussi bien juridique que pratique, notamment au regard du contrôle et des sanctions.

Enfin, le Conseil d'Etat a tenu compte de deux considérations complémentaires qui peuvent influencer sur les décisions ultérieures des pouvoirs publics :

- **prévenir tout risque d'interprétation** qui pourrait blesser, au-delà de pratiques particulières, une catégorie de personnes, quelle qu'elle soit ;
- **éviter d'éventuelles conséquences non maîtrisées**, qu'il s'agisse de réactions de refus ou de rejet qui aboutiraient paradoxalement à l'amplification des pratiques concernées ou de risques de pressions tendant à des interdictions qui excèderaient les considérations et finalités visées par la lettre du Premier ministre.

A la lumière de ces différentes exigences, se pose la question de la signification et donc de l'objet d'une éventuelle interdiction. La pratique du port du voile intégral peut en effet être appréhendée sous deux angles distincts, susceptibles d'aboutir à des mesures de portée

sensiblement différente. Le voile intégral (*burqa* ou *niqab*) constitue, d'abord, une tenue dont les origines culturelles et religieuses sont discutées mais qui témoigne, d'une manière générale, d'une conception profondément inégalitaire du rapport entre les hommes et les femmes. Il est aussi l'une des nombreuses formes de dissimulation du visage ayant pour effet et, le cas échéant, pour objet d'empêcher toute reconnaissance de la personne. Au-delà de la signification qu'on lui prête, ce dernier comportement soulève des difficultés pratiques, au regard notamment de considérations de sécurité et, plus généralement, de l'appréhension par autrui. A cet égard, on ne peut ignorer que la pratique de la dissimulation du visage, sous toutes ses formes, tend à se développer dans notre pays.

Dans ces conditions, la question posée au Conseil d'Etat se présente de la manière suivante : **peut-on juridiquement envisager, pour quels motifs et avec quelles limites, d'interdire le port du voile intégral en tant que tel, ou est-on conduit, de manière plus générale, à discuter de l'interdiction de la dissimulation du visage dont cette tenue est une des formes ?**

Le Conseil d'Etat a tout d'abord constaté que l'ordonnancement juridique existant apportait d'ores et déjà plusieurs réponses à cette préoccupation, qu'il s'agisse des dispositifs ayant pour effet d'interdire le port du voile intégral lui-même par certaines personnes et en certaines circonstances, des restrictions ponctuellement apportées à la dissimulation du visage pour des motifs d'ordre public ou de la répression pénale visant les instigateurs de ces pratiques. Il a toutefois relevé le caractère extrêmement hétérogène de ces dispositions et observé que, pas plus que la France, les démocraties comparables ne se sont dotées d'une législation nationale prohibant de manière générale ces pratiques dans l'espace public (I).

Sur la base de ce constat, le Conseil d'Etat s'est interrogé sur la viabilité juridique et pratique d'une interdiction du port du voile intégral dans l'espace public au regard des droits et libertés garantis par la Constitution, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le droit de l'Union européenne. Il lui est apparu impossible de recommander une interdiction du seul voile intégral, en tant que tenue porteuse de valeurs incompatibles avec la République, qu'il a estimée très fragile juridiquement et difficilement applicable en pratique. Il a en outre considéré qu'une interdiction, moins spécifique, de la dissimulation volontaire du visage reposant notamment sur des considérations d'ordre public, interprétées de manière plus ou moins large, ne pourrait juridiquement porter sans distinction sur l'ensemble de l'espace public, en l'état des jurisprudences constitutionnelle et conventionnelle (II).

En revanche, il a semblé au Conseil d'Etat qu'en l'état actuel du droit, pourrait être adopté un dispositif contraignant et restrictif plus cohérent, qui comporterait deux types de mesures : d'une part, l'affirmation de la règle selon laquelle est interdit le port de toute tenue ou accessoire ayant pour effet de dissimuler le visage d'une manière telle qu'elle rend impossible une identification, soit en vue de la sauvegarde de l'ordre public lorsque celui-ci est menacé, soit lorsqu'une identification apparaît nécessaire pour l'accès ou la circulation dans certains lieux et pour l'accomplissement de certaines démarches ; d'autre part, le renforcement de l'arsenal répressif visant en particulier les personnes qui en contraignent d'autres à dissimuler leur visage, donc à effacer leur identité, dans l'espace public (III).

I- L'ETAT ACTUEL DU DROIT EST CARACTERISE PAR UN ENSEMBLE HETEROGENE DE PRESCRIPTIONS OU D'INTERDICTIONS, A L'INSTAR DE LA SITUATION PREVALANT DANS LES DEMOCRATIES COMPARABLES, OU N'EXISTE AUCUNE LEGISLATION NATIONALE SPECIFIQUE.

L'analyse de l'ordonnancement juridique existant révèle que le port du voile intégral, qu'il soit conçu en tant que tel ou comme un mode de dissimulation du visage parmi d'autres, est d'ores et déjà limité, selon les circonstances de temps, de lieux et de personnes, par de nombreux dispositifs de nature et de portée très diverses (1.). La France ne présente toutefois aucun particularisme de ce point de vue (2.)

1. DE NOMBREUSES LEGISLATIONS, REGLEMENTATIONS ET INSTRUCTIONS CONDUISENT D'ORES ET DEJA A PROHIBER OU A DISSUADER, DANS CERTAINS CAS, DES PRATIQUES DE PORT DU VOILE INTEGRAL, VOIRE, PLUS GENERALEMENT, DE DISSIMULATION DU VISAGE

Il convient à cet égard de distinguer les dispositions qui limitent le port du voile intégral en tant que tenue (1.1.), celles qui se rapportent plus largement à la dissimulation du visage (1.2), et celles qui visent les personnes qui en contraignent d'autres à se livrer à ces pratiques (1.3).

1.1. LE PORT DU VOILE INTEGRAL EN TANT QUE TEL EST D'ORES ET DEJA PROHIBE OU PRIS EN COMPTE POUR L'APPLICATION DE CERTAINES DISPOSITIONS.

Les principes de laïcité et de neutralité des services publics s'opposent assurément, en premier lieu, à ce que les **agents publics** manifestent leurs croyances religieuses dans le cadre de leurs fonctions, notamment par le port de signes religieux (Avis du Conseil d'Etat du 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*, n° 217017). Cette jurisprudence, constante, fait donc obstacle au port du voile intégral par des agents publics dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions. La Cour européenne des droits de l'homme a également reconnu ce principe de neutralité des agents publics, sous réserve qu' « *un juste équilibre ait été respecté entre le droit fondamental de l'individu à la liberté d'expression et l'intérêt légitime d'un Etat démocratique à veiller à ce que sa fonction publique oeuvre aux fins énoncées à l'article 10 paragraphe 2* » (cf. CEDH, 26 septembre 1995, *Vogt c./ Allemagne*, § 53, Série A n° 323)

S'agissant des **usagers du service public**, l'article 1^{er} de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 (codifié à l'article L. 141-5-1 du code de l'éducation) interdit, dans les écoles, collèges et lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse. La conformité de cette disposition à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été reconnue à la fois par le Conseil d'Etat statuant au contentieux (CE, 8 octobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, n° 269077) et par la Cour européenne des droits de l'homme (cf. CEDH, 30 juin 2009, n° 43563/08 et autres, décisions d'irrecevabilité). Dans les établissements privés, il a été jugé que le règlement intérieur des établissements d'enseignement privé peut prohiber le port de

tout signe religieux, sans violer les stipulations de l'article 9 de la convention européenne (Cass. 1ère civ., 21 juin 2005, *Benmehania*, n° 02-19831). Toutefois, aucun autre service public n'a fait l'objet d'une telle mesure générale.

En outre, la jurisprudence judiciaire admet de manière souple, sous réserve de respecter les principes de finalité et de proportionnalité prévus à l'article L. 1121-1 du code du travail, que l'employeur interdit à un salarié de porter une tenue incompatible avec l'exercice de son activité professionnelle, sans qu'y fassent obstacle ses convictions (Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44738 ; CA Saint-Denis de la Réunion, 9 septembre 1997 : une vendeuse de magasin de vêtements féminins ne peut adopter « *un type de vêtement la recouvrant de la tête aux pieds, dont le style est en totale opposition avec l'image de la marque du magasin* » ; CA Paris, 16 mars 2001, n° 99/31302 : une vendeuse peut se voir interdire de porter un « *foulard dissimulant totalement le cou et une partie du visage* »).

Par ailleurs, sans que cela ait pour objet ou pour effet de conduire à une interdiction du port du voile intégral, le juge administratif a admis que le ministre de l'intérieur puisse se fonder sur un comportement incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française et notamment avec le principe d'égalité des sexes, qui incluait en l'espèce le port de la *burqa*, pour caractériser un défaut d'assimilation et justifier légalement un refus d'acquisition de la nationalité française par mariage sur le fondement de l'article 21-4 du code civil (CE, 27 juin 2008, *Mme M.*, n° 286798), ce qui devrait s'appliquer *a fortiori* à un refus de naturalisation. Cette décision concerne un comportement par lequel une femme a manifesté à plusieurs reprises son opposition radicale aux valeurs de la République.

Enfin, sur le plan civil, le juge judiciaire tient compte, dans les jugements de divorce, des excès touchant à la pratique de la religion, dont témoigne notamment l'obligation du port du voile islamique. Ceux-ci peuvent, s'ils rendent la poursuite de la vie commune intolérable, conduire à un divorce aux torts de son auteur sur le fondement de l'article 242 du code civil (par exemple : CA Versailles, 27 juin 2006, cité par la mission parlementaire)

1.2. DE NOMBREUX DISPOSITIFS INTERDISENT, PLUS GÉNÉRALEMENT, LA DISSIMULATION VOLONTAIRE DU VISAGE DANS DES CIRCONSTANCES OU DES LIEUX DÉTERMINÉS.

Pour des motifs touchant principalement à la sécurité publique et à la nécessité d'identifier les individus, le législateur, le pouvoir réglementaire et, plus largement, les autorités administratives ont fait le choix de limiter, voire d'interdire ponctuellement la dissimulation volontaire du visage, y compris, dans certains cas, dans l'espace public¹. Tel est le cas :

¹ Il convient à l'inverse de signaler que le port d'un masque ou d'un casque dissimulant le visage peut être rendu obligatoire en certaines circonstances. Tel est le cas des salariés exposés à des risques professionnels le justifiant, en vertu de l'article L. 4122-1 du code du travail et des règlements intérieurs d'entreprises pris pour son application (cf. CE, 9 décembre 1994, *Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle*, n° 118107) ou, éventuellement, d'arrêtés que le ministre chargé de la santé est susceptible de prendre sur le fondement de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique « *en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie* ».

- **En matière de contrôles d'identité** : le second alinéa de l'article 78-1 du code de procédure pénale pose la règle selon laquelle « *toute personne se trouvant sur le territoire national doit accepter de se prêter à un contrôle d'identité effectué dans les conditions et par les autorités de police visées aux articles suivants* ». L'article 78-2 du même code permet aux officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ces derniers, aux agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints, de procéder à de tels contrôles dans les circonstances qu'il prévoit. Par ailleurs, l'article 78-6 du même code ouvre la possibilité aux agents de police municipale et aux adjoints de sécurité de relever l'identité des contrevenants pour dresser les procès-verbaux concernant des contraventions aux arrêtés de police du maire, des contraventions au code de la route que la loi et les règlements les autorisent à verbaliser ou des contraventions qu'ils peuvent constater en vertu d'une disposition législative expresse.
- **En matière de documents d'identité** : un texte législatif ou réglementaire peut exiger l'apposition sur un document officiel d'une photographie tête nue (pour la carte nationale d'identité : CE, 27 juillet 2001, Fonds de défense des musulmans en justice, n° 216903, relevant les « *risques de falsification et d'usurpation d'identité* » ; pour le passeport : CE, 2 juin 2003, *Mlle R. A.*, n° 245321 et CE, 24 octobre 2003, *Mme B.*, n° 250084 ; pour le permis de conduire : CE, 15 décembre 2006, *Association United Sikhs et M. S.*, n° 289946, relevant le « *caractère ponctuel de l'obligation de se découvrir* », confirmé par la décision d'irrecevabilité de la CEDH, 13 novembre 2008, *M. S.*, n° 24479/07 ; même solution pour la délivrance d'un diplôme d'université : Com. EDH, 3 mai 1993, *Karaduman c./ Turquie*, n° 16278/90).
- **Pour l'accès à certains lieux publics, la réalisation ou l'authenticité de certaines démarches** :

 - Le retrait temporaire d'un accessoire ou d'une tenue dissimulant le visage peut être exigé à l'entrée d'un *consulat*, pour des motifs de sécurité (CE, 7 décembre 2005, *El M.*, n° 264464, confirmé par une décision d'irrecevabilité de la CEDH, 4 mars 2008, *El M. c./ France*, n° 15585/06, relevant le caractère limité dans le temps de l'exposition du visage).
 - Il en va de même pour les *contrôles aéroportuaires* (CEDH, 11 janvier 2005, *P. c./ France*, n° 35753/03, décision d'irrecevabilité).
 - La circulaire du 20 décembre 2007 relative au déroulement des opérations électorales lors des élections au suffrage universel direct prescrit de refuser le vote aux personnes portant un « voile masquant la bouche et le nez » qu'elles refusent de retirer. Elle n'a pas été contestée sur ce point au contentieux.
 - La note du 24 novembre 2008 du ministre de l'éducation nationale prescrit de ne pas remettre un enfant à une personne dont l'identité ne peut être vérifiée.
 - La remise d'un pli recommandé à La Poste est subordonnée à la possibilité de vérifier l'identité du destinataire.
 - L'officier d'état civil doit pouvoir s'assurer de l'identité et du consentement des époux, ce qui implique de voir leur visage au cours de la cérémonie de mariage (réponse du 3 avril 2007 à la question écrite du député A. Marleix).
- Il paraît résulter de l'ensemble de ces éléments qu'en principe, une personne ne peut dissimuler son visage lorsque son identification est nécessaire pour garantir la sécurité des biens et des personnes, prévenir ou réprimer les infractions, mais aussi, plus généralement, assurer le

respect des dispositions législatives et réglementaires qui subordonnent l'accès à des biens ou des services à des conditions liées à la personne (identité, âge, sexe...). Il est probable que la jurisprudence admettrait, par exemple, que l'exploitant d'un débit de boissons refuse de servir une personne dont le visage est dissimulé, faisant ainsi obstacle à ce qu'il puisse s'assurer, sur la base de la pièce d'identité qui lui est présentée, que celle-ci n'est pas mineure. De la même façon, on peut penser que l'accès à un transport public pourrait être refusé aux titulaires de titres nominatifs qui refusent de faire apparaître leur visage à la demande de l'autorité de contrôle². Ou encore que l'accès à une salle de cinéma dans laquelle est projeté un film interdit à certains publics en raison de leur âge soit refusé aux personnes qui refusent de montrer leur visage lors de l'achat du ticket.

On notera que, récemment et en raison de considérations d'ordre public, les pouvoirs législatif et réglementaire ont respectivement entrepris, de manière circonscrite, de réprimer spécifiquement la dissimulation volontaire du visage dans l'espace public, en-dehors de tout accès à un service ou une prestation donnée ou de toute demande d'une autorité compétente :

- L'article 3 de la loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public fait de cette pratique une circonstance aggravante de certaines infractions³ ;
- Le décret 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 punit d'une amende de 1500 euros « *le fait pour une personne, au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique, de dissimuler volontairement son visage afin de ne pas être identifiée dans des circonstances faisant craindre des atteintes à l'ordre public* », hormis le cas où les manifestations sont conformes aux usages locaux ou lorsque la dissimulation du visage est justifiée par un motif légitime. Ce décret fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir pendant devant le Conseil d'Etat, statuant au contentieux.

Par ailleurs, sur le fondement de leurs pouvoirs de police administrative générale, le maire, sur le fondement de l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, et le préfet, sur celui de l'article L. 2215-1 du même code, pourraient, le cas échéant et sous le contrôle du juge administratif, être fondés à interdire la dissimulation volontaire du visage dans certains lieux publics exposés à des risques avérés pour la sécurité publique, en fonction de circonstances locales particulières dûment justifiées et sous réserve que la mesure soit proportionnée à ces risques.

² La dématérialisation des procédures administratives et des services commerciaux conduit toutefois à relativiser l'importance de la vérification d'identité sur la base du visage de l'utilisateur ou du client.

³ Le port d'un masque constitue également, de plus longue date, une circonstance aggravante à des infractions aux dispositions pénales relatives à la chasse (article L. 428-5 du code de l'environnement).

1.3. LE FAIT DE CONTRAINDRE OU D'INVITER AUTRUI A SE DISSIMULER LE VISAGE, S'IL NE PEUT ETRE SANCTIONNE DIRECTEMENT, PEUT ETRE APPREHENDED INDIRECTEMENT.

En l'état actuel, le droit pénal ne connaît pas d'incrimination portant spécifiquement sur le fait de contraindre autrui à dissimuler son visage. Ces agissements ne peuvent, le cas échéant, qu'être appréhendés indirectement, à travers les incriminations suivantes :

- la violence (article 222-13 du code pénal) : le délit de violences peut être constitué, en dehors de tout contact matériel avec le corps de la victime, par tout acte ou comportement de nature à causer sur la personne de celle-ci une atteinte à son intégrité physique ou psychique caractérisée par un choc émotif ou une perturbation psychologique (Cass. crim., 2 septembre 2005, n° 04-87046 ; Cass. crim., 18 mars 2008, n° 07-86075). Le I de l'article 17 de la proposition de loi renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes, déposée le 27 novembre 2009, adoptée à l'unanimité par l'Assemblée nationale en première lecture, vise à confirmer que les violences réprimées par ces dispositions peuvent être psychologiques.
- la menace avec ordre de remplir une condition (article 222-18 du code pénal) : la menace de commettre un crime ou un délit (notamment des violences) contre une personne qui ne remplit pas un ordre donné est punie de 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.
- le « délit de violences psychologiques » : Le II de l'article 17 de la proposition de loi mentionnée ci-dessus prévoit, en l'état du texte, que le fait de soumettre son conjoint, partenaire de pacte civil de solidarité, concubin ou ancien conjoint à des « *agissements ou des paroles répétées ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie susceptibles d'entraîner une altération de sa santé physique ou mentale* » est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

En outre, s'agissant plus précisément des **mineurs**, le fait de les contraindre à se masquer le visage a pu, selon la jurisprudence judiciaire, fonder, en lien avec d'autres faits :

- la suspension du droit de visite d'un parent en raison des pressions morales et psychologiques qu'il fait peser sur ses enfants, en exigeant notamment le port du voile islamique et le respect de prescriptions religieuses déterminées (Cass. 1ère civ., 24 octobre 2000, n° 98-14386).
- une mesure d'assistance éducative, en application de l'article 375 du code civil : la jurisprudence judiciaire a déjà admis cette possibilité en vue d'éloigner l'enfant d'un parent qui le contraint à adopter une pratique religieuse déterminée (CA Aix en Provence, 1er juillet 2008, cité dans le rapport de la mission parlementaire).

A cet égard, il convient de rappeler que les organes de contrôle de la convention européenne font primer l'intérêt de l'enfant sur le droit des parents, protégé par l'article 2 du protocole additionnel n° 1, d'assurer l'éducation et l'enseignement en harmonie avec leurs convictions philosophiques et religieuses (V. notamment Com. EDH, 8 septembre 1993, *Bernard c./ Luxembourg*).

Le droit positif n'assure ainsi qu'une protection indirecte, dès lors en particulier que sont concernés des instigateurs n'appartenant pas au cercle familial restreint. Ces caractéristiques ne singularisent cependant pas notre pays au regard des autres démocraties comparables.

2. SI NOMBRE D'ÉTATS COMPARABLES A LA FRANCE ONT ENCADRE LE PORT DU VOILE INTEGRAL OU LA DISSIMULATION DU VISAGE, AUCUN D'EUX N'A OPTÉ POUR UNE INTERDICTION GÉNÉRALE.

L'examen du droit applicable dans des pays comparables à la France fait apparaître que le port du voile intégral lui-même et la dissimulation du visage y font également l'objet de restrictions diverses mais souvent moins contraignantes que dans notre pays et ne comportant aucune interdiction de caractère général dans l'espace public.

2.1. DES RESTRICTIONS DIVERSES ET DE PORTEE VARIABLE

Plusieurs pays ont adopté des règles analogues à celles dont la France est d'ores et déjà dotée. Toutefois, la portée des restrictions varie sensiblement d'un Etat à un autre, qu'il s'agisse :

- du port de signes religieux ostentatoires dans les établissements scolaires : interdit de manière générale aux Pays-Bas, leur encadrement est laissé à la discrétion des responsables d'établissements au Royaume-Uni, en Irlande, aux Etats-Unis et dans la région wallonne en Belgique ;
- du port de tels signes par tout ou partie des agents publics : dans de nombreux pays, seuls certains agents publics sont expressément concernés par l'interdiction (officiers de police et magistrats au Danemark, enseignants dans de nombreux Länder allemands et au Luxembourg...). Dans d'autres cas, le port du voile intégral est prohibé pour tous les agents publics (certains Länder allemands comme Berlin et Hesse) ;
- ou encore du port d'une tenue inadaptée sur le lieu de travail (exemple du Danemark).

Lorsqu'elles se déploient dans l'espace public, ces pratiques ne font l'objet que de restrictions ponctuelles ou locales.

Dans de nombreux pays, l'obligation de découvrir son visage est, comme en France, requise sur les documents officiels et en cas de contrôles ou de vérifications d'identité (comme aux Pays-Bas, où l'accès aux transports publics peut être refusé aux personnes qui refusent de révéler leur identité, ou en Italie). Au Royaume-Uni, les agents de police peuvent exiger le retrait d'une cagoule ou d'un masque s'ils pensent raisonnablement que la personne le porte dans le but de dissimuler son identité. Le refus d'enlever son masque constitue une infraction passible d'un mois d'emprisonnement ou d'une amende n'excédant pas 1000 livres.

L'Allemagne et l'Autriche se sont quant à elles dotées d'une législation interdisant aux participants à une manifestation de porter, dans les lieux publics et en certaines circonstances, une tenue de nature à empêcher l'identification de la personne, sauf dans le cadre de messes à ciel ouvert, de processions religieuses, de processions et pèlerinages, de funérailles ordinaires, de mariages et de fêtes traditionnelles. Le port de masques lors de manifestations politiques ou

artistiques n'est pas interdit, sauf s'il a pour objet d'occulter l'identité de la personne (Cour const. allemande, 25 octobre 2007). Ce régime juridique est proche de celui qui découle du décret du 19 juin 2009 mentionné ci-dessus.

En Belgique, une vingtaine de communes (dont Anvers et Gand) ont interdit le port du voile intégral en public par voie de règlements de police, dont la méconnaissance est parfois assortie d'une amende ou de « sanctions » plus pédagogiques (rappel à la loi, accompagnement de la personne à son domicile...). Aux Pays-Bas, la dissimulation volontaire du visage est prohibée, pour des raisons de sécurité publique, dans certaines villes (Maastricht par exemple).

Aux Etats-Unis, enfin, la jurisprudence de la Cour suprême fait en principe obstacle à l'édiction d'une mesure d'interdiction portant sur un mode d'expression de convictions politiques ou religieuses, sauf « intérêt gouvernemental substantiel ». Plusieurs Etats se sont toutefois dotés de « lois anti-masques » proscrivant des pratiques de dissimulation du visage visant à rendre impossible l'identification dans les lieux publics, soit de manière quasi-générale (Virginie occidentale, Virginie et Caroline du Nord, qui n'exceptent que les personnes de moins de 16 ans et les cas dans lesquels le port d'un masque ou d'un casque est justifié par des considérations de santé ou de sécurité personnelle), soit dans certaines circonstances (en cas de rassemblement dans l'Etat de New-York, en cas d'infractions en Californie ou en cas d'intimidation, menace ou harcèlement en Floride et à Washington DC). Nombre d'entre elles ont été adoptées au XIXème siècle dans un contexte historique particulier (insurrections dans la vallée d'Hudson par des fermiers grimés en Indiens pour New-York, lutte contre le Ku Klux Klan...). Bien que la constitutionnalité de certaines d'entre elles ait pu être admise (cas de New-York), ces lois semblent susciter aujourd'hui d'importantes contestations.

A cette aune, et si l'on excepte les initiatives locales belges et néerlandaises, la France fait d'ores et déjà partie des Etats les plus restrictifs à l'égard de ces pratiques.

2.2. L'ABSENCE D'INTERDICTION GENERALE DE CES PRATIQUES DANS L'ESPACE PUBLIC

Si, à travers le monde, de rares pays ont opté pour une interdiction générale du port du voile intégral (Tunisie, Singapour...), aucune initiative nationale n'a à ce jour, dans les Etats comparables à la France, débouché sur des dispositions générales contraignantes interdisant cette pratique dans l'espace public.

En Italie, la « Charte des valeurs de la citoyenneté et de l'intégration », dépourvue d'effet normatif, indique que « *les vêtements qui couvrent le visage ne sont pas acceptables car ils interdisent la reconnaissance de la personne et gênent celle-ci pour entrer en rapport avec les autres* ». Mais le Conseil d'Etat italien a estimé qu'en l'état de la législation, le port de la *burqa* dans les lieux publics ne pouvait être prohibé de manière générale, seul le refus de se dévoiler lorsque l'identification est nécessaire pouvant donner lieu à sanction. Il n'a toutefois pas exclu la

possibilité d'interdire le port de cette tenue « pourvu que ces règles reposent sur une justification raisonnable et légitime au regard de nécessités particulières »⁴.

Outre des déclarations publiques, différentes propositions de loi, non examinées ou non adoptées à ce jour, ont été déposées en Belgique et en Italie, afin d'encadrer plus strictement le port du voile intégral, voire d'interdire de circuler dans l'espace public à visage masqué ou dissimulé. Au Danemark, où un rapport publié en mars 2010 n'a dénombré que trois cas de port du voile intégral, le Gouvernement a condamné cette pratique mais s'est montré réservé à l'idée de l'interdire, pour des raisons notamment juridiques, tandis que les autorités helvétiques ont déclaré ne pas envisager d'adopter une telle mesure. Enfin, aux Pays-Bas, les députés ont adopté en 2005 une résolution appelant le Gouvernement à interdire la burqa dans les lieux publics. Le comité d'experts mis en place par ce dernier a toutefois recommandé, en novembre 2006, de circonscrire cette interdiction à certains lieux (établissements scolaires en particulier) ou certaines situations, et de ne recourir à une législation d'interdiction générale qu'à titre subsidiaire, en cas d'échec des mesures sectorielles.

⁴ Source : Les documents de travail du Sénat, *Le port de la burqa dans les lieux publics*. Série législation comparée, n° LC 201, octobre 2009

II- UNE INTERDICTION GENERALE DU PORT DU VOILE INTEGRAL EN TANT QUE TEL OU DE TOUT MODE DE DISSIMULATION DU VISAGE DANS L'ESPACE PUBLIC SERAIT TRES FRAGILE JURIDIQUEMENT

Ainsi qu'il a été dit, le Conseil d'Etat a écarté de sa réflexion toute considération d'opportunité, et a examiné les différents fondements envisageables d'une interdiction effective, respectée et assortie de sanctions adaptées.

Le Conseil d'Etat a constaté qu'aucun fondement juridique incontestable ne peut être invoqué à l'appui d'une prohibition du port du voile intégral en tant que tel, dont l'effectivité serait de surcroît sujette à caution (1.). Il a donc été conduit à examiner, même si la lettre de mission n'y fait pas explicitement référence, l'éventualité d'une interdiction de la dissimulation volontaire du visage, qui lui a paru heurter moins frontalement les droits et libertés constitutionnellement et conventionnellement garantis. 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 (2.).

1. UNE INTERDICTION GENERALE DU SEUL VOILE INTEGRAL NE SAURAIT ETRE RECOMMANDEE.

1.1. AUCUN FONDEMENT JURIDIQUE N'APPARAIT SUFFISAMMENT SOLIDE POUR JUSTIFIER UNE INTERDICTION GENERALE DU VOILE INTEGRAL EN TANT QUE TEL.

L'interdiction du voile intégral mettrait en cause différents droits et libertés fondamentaux : liberté individuelle, liberté personnelle, droit au respect de la vie privée, liberté d'expression et de manifestation de ses opinions, notamment religieuses, prohibition de toute discrimination.

1/ Au regard de ces droits et libertés, l'interdiction du seul voile intégral ne pourrait être fondée sur le principe de laïcité.

Même si le port du voile intégral peut être regardé par ceux qui s'y livrent comme ayant une connotation ou une finalité religieuse, il ressort des travaux menés par la mission de l'Assemblée nationale sur la pratique du port du voile intégral que la question des justifications religieuses de cette tenue ne fait pas l'objet d'un consensus. Cette incertitude conduit, en l'espèce, à envisager l'invocation du principe de laïcité avec précaution.

Le principe de laïcité, qui irrigue notre tradition juridique depuis plus d'un siècle, trouve un fondement constitutionnel solide (article 1^{er} de la Constitution) et a été reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme (cf., notamment, CEDH, 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c./ Turquie*, n° 44774/98). Comme l'a rappelé le Conseil d'État, dans les considérations générales de son Rapport public pour 2004 – *Un siècle de laïcité* – la laïcité doit « *se décliner en trois principes : ceux de neutralité de l'État, de liberté religieuse et de respect du pluralisme* ». Elle est, en effet, en droit public français, inséparable de la liberté de conscience et de religion, et de la liberté pour toute personne d'exprimer sa religion ou ses convictions, libertés qui sont protégées à la fois par la Constitution et par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Le principe de laïcité impose ainsi la stricte neutralité de l'Etat et des collectivités publiques vis-à-vis des pratiques religieuses, et réciproquement, avec une double conséquence. D'une part, il implique la protection de la liberté de conscience et d'opinion de chaque citoyen, ce qui fonde le principe de neutralité du service public et des agents publics, déjà évoqué. D'autre part, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 novembre 2004 (CC., n° 2004-505 DC Traité établissant une Constitution pour l'Europe), il interdit « *à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers* ».

Mais la laïcité ne saurait fonder une restriction générale à l'expression des convictions religieuses dans l'espace public, comme la Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs eu l'occasion de le juger récemment (cf. 23 février 2010, *M. Arslan et autres c./ Turquie*, n° 41135/98), et ne peut donc justifier une prohibition absolue du voile intégral dans l'ensemble de l'espace public. Elle s'applique principalement, en effet, dans la relation entre les collectivités publiques et les religions ou les personnes qui s'en réclament. Elle s'impose directement aux institutions publiques, ce qui justifie une obligation de neutralité pour les représentants de collectivités publiques dans l'exercice de leurs missions. En revanche, elle ne peut s'imposer directement à la société ou aux individus qu'en raison des exigences propres à certains services publics (comme c'est le cas des établissements scolaires).

De surcroît, une interdiction portant spécifiquement sur le voile intégral pourrait être interprétée comme une ingérence de la puissance publique dans le bien-fondé des pratiques religieuses. Or, si la Cour européenne des droits de l'homme peut être sensible à la signification de telles pratiques, en particulier en termes d'égalité des sexes (V. par exemple le § 98 de l'arrêt *Leyla Sahin* et CEDH, 13 février 2003, *Refah Partisi*, n° 41340/98 admettant la dissolution d'une organisation politique prônant l'instauration de la « charia », incompatible avec les objectifs de la convention européenne, « *notamment eu égard (...) à la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique (...)* »), elle rappelle de manière constante que « *sauf dans des cas très exceptionnels, le droit à la liberté de religion exclut toute appréciation étatique sur la légitimité des croyances religieuses* » (CEDH, 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c./ Bulgarie*, n° 30985/96, § 78)

Le principe de laïcité ne pourrait donc, à lui seul, fonder une interdiction générale du port du voile intégral.

2/ L’invocation des principes fondamentaux de protection de la dignité et de l’égalité entre les hommes et les femmes, isolément ou combinés, ne trouverait pas aisément à s’appliquer en la matière.

Le Conseil d’Etat a examiné si ces deux principes, qui peuvent être rapprochés ou conçus de manière autonome, pourraient fonder une interdiction du port du voile intégral. Ils justifieraient en effet la sanction de l’atteinte à la dignité de la femme que constitue sa dissimulation totale dans l’espace public et la conception inégalitaire de la relation entre les sexes que cette tenue manifeste.

Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine trouve des bases jurisprudentielles solides dans notre droit interne comme en droit international. Le Conseil constitutionnel a ainsi fait de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine un principe à valeur constitutionnelle qui trouve son fondement dans le Préambule de la Constitution de 1946 (CC, n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 et n° 94-359 DC du 19 janvier 1995), tandis que le Conseil d’Etat, statuant au contentieux, a fait de la dignité de la personne humaine une composante de l’ordre public dans son arrêt *Commune de Morsang-sur-Orge* du 27 octobre 1995 (n° 136727). Le même principe a également été consacré par la Cour européenne des droits de l’homme, qui a fait de la sauvegarde de la dignité humaine, avec la liberté, l’un des fondements de la convention (CEDH, 22 novembre 1995, *CR et SW c./ Royaume-Uni*, série A n° 335-B et 335-C). Les travaux conduits par le comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution, présidé par Mme Veil, ont bien montré à la fois l’extrême importance de ce principe qu’il avait été proposé d’insérer sous forme d’une disposition additionnelle spécifique dans la Constitution, et la variété des acceptions que ce concept juridique recouvre inévitablement.

Ainsi, en l’espèce, l’invocation de la sauvegarde de la dignité comme fondement d’une interdiction du port du voile intégral – qui ne pourrait, dès lors, qu’être une interdiction générale dans l’espace public – est affectée de très sérieuses incertitudes. Outre que la jurisprudence des juges nationaux et européens est assez peu abondante sur ce point, le principe de dignité implique par nature le respect de la liberté individuelle. Il en résulte deux conceptions de la dignité qui peuvent potentiellement s’opposer ou se limiter mutuellement : celle de l’exigence morale collective de la sauvegarde de la dignité, le cas échéant, aux dépens du libre-arbitre de la personne (qui trouve une traduction jurisprudentielle dans la décision *Commune de Morsang-sur-Orge*) et celle de la protection du libre arbitre comme élément consubstantiel de la personne humaine. Or, la Cour européenne des droits de l’homme a très largement fait sienne cette seconde acception en protégeant, sur le fondement du droit au respect de la vie privée, un principe d’autonomie personnelle selon lequel chacun peut mener sa vie selon ses convictions et ses choix personnels, y compris en se mettant physiquement ou moralement en danger, dès lors que cette attitude ne porte pas atteinte à autrui. Tel est le sens de son arrêt *KA et AD c./ Belgique* du 17 février 2005 (n° 42758/98), par lequel elle a très clairement affirmé le primat du principe d’autonomie sur la sauvegarde de la dignité « subie ».

Dans le même sens, il peut aussi être relevé, cette fois en droit interne, que, même s’il n’existe pas de jurisprudence constitutionnelle en faisant directement et spécifiquement application dans cette perspective, **la Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen énonce, dans son**

article 4, que « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » et, dans son article 5, que « La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société ».

Précisons en outre que l'appréciation de ce qui porte ou non atteinte à la dignité de la personne est, au moins potentiellement, relativement subjective, comme en témoigne le fait que le port du voile intégral serait, selon les données fournies par le ministre de l'intérieur à la mission parlementaire, « volontaire » dans une majorité des cas. Il apparaît à cet égard difficile de fonder un régime d'interdiction sur un fondement susceptible d'acceptions aussi variées et marqué, dans la pratique, d'une inévitable subjectivité tenant notamment aux circonstances de temps et de lieux, comme en témoignent les perceptions divergentes de l'image projetée du corps féminin, souvent dénudé, dans notre société.

Le fondement de la sauvegarde de la dignité est donc discutable juridiquement eu égard à la variété des circonstances prises en compte, en particulier dans le cas où le port du voile intégral résulte de la volonté délibérée d'une personne majeure.

Quant au principe d'égalité des hommes et des femmes, il trouve également un fondement constitutionnel (article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et 2^{ème} alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution pour l'égal accès des hommes et des femmes aux fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales). Son importance, qui n'a cessé d'être plus fortement et concrètement soulignée, se traduit, dans notre société, par des actions volontaristes qui se veulent à la mesure des obstacles et des retards qui subsistent. Deux révisions constitutionnelles, l'une du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes pour l'accès aux mandats électoraux et fonctions électives, et l'autre, du 23 juillet 2008, concernant les responsabilités professionnelles et sociales, ont traduit, au plus haut niveau des normes juridiques, cet attachement fondamental à une valeur essentielle.

Toutefois, il convient de relever que ce principe est invoqué soit directement à l'encontre des discriminations, soit pour obtenir qu'un traitement égal soit effectivement assuré aux hommes et aux femmes. 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.

En dépit de leur forte assise juridique, ces fondements, qu'ils soient combinés ou pris isolément, n'apparaissent pas, en l'espèce, adaptés faute de pouvoir s'appliquer à des personnes qui ont choisi délibérément le port du voile intégral. Ils ne peuvent donc être recommandés pour fonder une interdiction générale.

3/ La sécurité publique, qui constitue la principale composante de l'ordre public matériel, ne pourrait pas non plus fonder une interdiction générale du seul voile intégral. 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.

4/ Enfin, relevons que, plus généralement, **une interdiction du seul voile intégral, quel que soit son champ, serait juridiquement fragile au regard du principe, posé notamment par le droit de l'Union européenne, de non discrimination** (cf., notamment, la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, ou encore la proposition de directive du Conseil du 2 juillet 2008 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle). L'opposabilité juridique, depuis le 1er décembre 2009, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui stipule, dans son article 21, qu' « *est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* », accentue la fragilité, au regard de ce principe, de la prohibition du seul voile intégral.

1.2. L'EFFECTIVITE D'UNE INTERDICTION GENERALE DU SEUL VOILE INTEGRAL SERAIT D'AILLEURS INCERTAINE.

S'il était procédé à une interdiction du port du voile intégral sur le fondement du principe de dignité, éventuellement combiné avec le principe d'égalité entre les hommes et les femmes, celle-ci ne pourrait s'appliquer, compte tenu des incertitudes juridiques exposées précédemment, qu'aux seules personnes mineures ou contraintes de porter le voile intégral. Or, outre qu'on peut douter de l'effectivité d'une mesure de sanction à l'encontre de personnes contraintes de méconnaître une interdiction, le contrôle effectif du champ de cette interdiction serait, concrètement, délicat. L'identification des personnes mineures donnerait ainsi lieu à des contrôles difficiles à mettre en œuvre en pratique et sources de tensions, au regard des caractéristiques particulières de cette tenue.

Une prohibition du seul port du voile intégral risquerait également de soulever des difficultés d'interprétation par les personnes de confession musulmane, dans notre pays et encore plus à l'étranger, et pourrait avoir pour conséquence paradoxale d'amplifier le phénomène ou d'exacerber certaines tensions. En outre, une interdiction limitée au seul voile intégral serait difficile à appréhender juridiquement et pourrait donner lieu à des stratégies de contournement, notamment par le port d'accessoires ou de tenues de « substitution » (cagoules, masques, etc.), qui affaibliraient considérablement l'utilité et l'effectivité de la mesure au regard du but poursuivi.

Les fortes incertitudes qui entourent la portée des fondements envisageables et les risques juridiques qui en découlent, ainsi que le risque de stigmatiser les personnes de confession musulmane vivant en France, conduisent donc à écarter une interdiction du seul voile intégral et à examiner la question posée sous l'angle, plus large, de la dissimulation du visage, à l'instar d'autres tenues ou accessoires.

2. L'INTERDICTION SOUS TOUTES SES FORMES DE LA DISSIMULATION VOLONTAIRE DU VISAGE DANS L'ENSEMBLE DE L'ESPACE PUBLIC NE PEUT ELLE-MEME ETRE ENVISAGEE SANS RISQUE JURIDIQUE.

Le voile intégral, quelle que soit la signification qu'on lui prête par ailleurs, constitue un acte de dissimulation du visage parmi d'autres. Indépendamment de sa signification propre et des valeurs qu'il prétend véhiculer, sa fonction « dissimulatrice » et le caractère intentionnel de la dissimulation soulèvent ainsi la question de la licéité du port, dans l'espace public, de tout vêtement ou accessoire ayant pour objet de soustraire le visage d'une personne au regard des autres (casques, masques, cagoules, tenues diverses...).

2.1. UNE PROHIBITION DE LA DISSIMULATION DU VISAGE PORTERAIT UNE ATTEINTE MOINS LARGE MAIS NEANMOINS REELLE A CERTAINS DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX.

Il convient d'emblée d'observer que la restriction aux droits et libertés serait circonscrite au port d'un vêtement ou d'un accessoire, quel qu'il soit, portant uniquement sur une partie du corps qui n'est pas normalement couverte dans notre société, un tel port pouvant être, notamment s'il est imposé à la personne, lui-même attentatoire aux libertés.

2.1.1. Une mise en cause de la liberté personnelle, pouvant toucher au respect de la vie privée

En l'absence de « *liberté de se vêtir à sa guise* »⁵ protégée par des dispositions constitutionnelles ou conventionnelles, une telle interdiction se heurterait à la **liberté personnelle**, protégée par l'article 4 de la Déclaration de 1789 au même titre que d'autres libertés qui ne comportent pas de fondements textuels particuliers (liberté contractuelle : CC., n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000 ; liberté d'entreprendre : CC., n° 81-132 DC du 16 janvier 1982...).

En outre, pourrait être invoqué le **droit au respect de la vie privée**, qui résulte tant de l'article 2 de cette Déclaration que de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Mais sa mise en cause reste limitée, pour autant que l'interdiction ne porte pas sur le domicile et les lieux privés.

2.1.2. Une mise en cause indirecte d'autres droits et libertés constitutionnellement et conventionnellement garantis

Une mesure d'interdiction portant sur tout vêtement ou accessoire dissimulant le visage ne serait pas à l'abri de critiques fondées sur d'autres droits et libertés garantis par la Constitution, la convention européenne et le droit de l'Union européenne.

Il en va ainsi, en particulier, de la **liberté d'aller et venir**, dans la mesure où l'interdiction limiterait les possibilités de déplacement des personnes souhaitant rester intégralement

⁵ La Cour de cassation l'a clairement affirmé, mais dans un domaine particulier (Cass. soc., 18 février 1998, n° 9543491 ; Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40273 : « *la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales* »).

masquées, de la **liberté du commerce et de l'industrie**, lorsque la dissimulation du visage est nécessaire à l'exercice d'une activité professionnelle, voire, dans certains cas, de la liberté de manifester ses opinions sur la voie publique, ainsi que de l'ensemble des **droits sociaux garantis par le Préambule de 1946** et du **principe d'accessibilité du service universel** garanti par le droit de l'Union européenne, dès lors que cette mesure aurait pour effet d'empêcher ces dernières d'accéder à certains services ou certaines prestations. Pour autant, l'atteinte serait indirecte, limitée à une modalité particulière de circulation et d'accès et susceptible d'être considérablement atténuée par des exceptions adéquates.

La **liberté de manifester ses convictions, notamment religieuses**, protégée par l'article 10 de la Déclaration de 1789 et l'article 9 de la convention européenne⁶, le cas échéant combiné avec l'article 14 relatif aux discriminations, pourrait également être invoquée à l'appui d'une contestation de l'interdiction, lorsque la dissimulation du visage constitue un mode d'expression de convictions religieuses ou philosophiques (V. en droit conventionnel : CEDH, 23 février 2010, *Ahmet Arslan c./ Turquie*, n° 41135/98 ; la Cour conclut à l'absence d'ingérence dans la liberté religieuse du fait que le port d'une barbe par le requérant n'était pas revendiqué comme l'expression d'une conviction religieuse : CEDH, 24 mai 2005, *Tig c./ Turquie*, n° 8165/03). En outre, l'article 2 du protocole additionnel n° 1 protège le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants en harmonie avec leurs convictions philosophiques ou religieuses, ce qui pourrait, le cas échéant, viser des comportements vestimentaires, même si, ainsi qu'il a été dit précédemment, l'intérêt supérieur de l'enfant peut être opposé aux abus de cette liberté.

Toutefois, là encore, l'atteinte serait indirecte. L'article 9 de la convention européenne « *ne garantit pas toujours le droit de se comporter d'une manière dictée par une conviction* » (CEDH, 2 octobre 2001, *Pichon et Sajous c./ France*, n° 49853/99) et il ne confère pas aux individus le droit de se soustraire à des règles générales qui se sont révélées justifiées (CEDH, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin*, n° 44774/98). La Cour procède à un contrôle plus souple lorsqu'elle est confrontée à une « loi *prima facie* neutre », en examinant s'il existe un besoin social avéré justifiant que la règle générale cède devant la liberté religieuse (CEDH, 24 septembre 2004, *Vergos c./ Grèce*, n° 65501/01, § 60). La Cour admet même que des législations puissent être imperméables aux considérations religieuses (CEDH, 12 décembre 2002, *Sofianopoulos c./ Grèce*, n° 1977/02 : « *la carte d'identité ne peut pas être considérée comme un moyen d'assurer aux fidèles, de quelque religion ou confession qu'ils soient, le droit d'exercer ou de manifester leur religion* »). **En outre,**

⁶ Au demeurant, ces stipulations ne sont pas applicables du seul fait que le requérant présente le mode de dissimulation du visage qu'il a choisi comme l'expression de ses convictions. La Cour exclut de la liberté protégée par ces stipulations les actes ou agissements qui sont seulement inspirés par des convictions, sans réellement en constituer la « manifestation » (CEDH, 1^{er} juillet 1997, *Kalaç c./ Turquie*, Rec. 1997-IV). Il faut donc qu'il existe un lien suffisamment étroit entre la tenue ou l'accessoire porté et des convictions philosophiques, politiques ou religieuses déterminées. Par ailleurs, les « convictions » supposent l'existence de « *vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance* », ce qui n'est pas le cas de toute idée ou opinion (CEDH, 25 février 1982, *Campbell et Cosans*, Séries A n° 48, § 36). Par suite, il est peu probable que la Cour admettrait que tout masque (satirique...) ou tout déguisement puisse traduire la manifestation de convictions.

même si elle peut avoir des incidences sur les pratiques religieuses, une règle applicable à tous prête moins le flanc à la critique tirée de ces stipulations⁷.

Ces atteintes indirectes doivent être conciliées avec les objectifs d'une mesure d'interdiction de la dissimulation volontaire du visage.

2.1.3. Des justifications admises par la jurisprudence constitutionnelle et conventionnelle

Le Conseil constitutionnel admet que des limitations soient apportées à la liberté (au sens large) pour des raisons d'« intérêt public » ou d'« intérêt général » (« *il résulte des dispositions de l'article 4 de la Déclaration de 1789, rapprochées de celles des articles 34 et 66 de la Constitution, qu'il revient au législateur de déterminer, compte tenu de l'intérêt public, les conditions d'exercice de la liberté* » : CC., n° 86-216 DC du 3 septembre 1986 ; « *le législateur peut à des fins d'intérêt général déroger au principe de la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789* » : CC., n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006). Dans le même esprit, alors que l'article 5 de la Déclaration de 1789 dispose que « *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société* », le Conseil a estimé que la limitation du cumul des mandats se justifiait par le seul fait qu'il « *ne permettait pas à leur titulaire de les exercer de façon satisfaisante* » (CC., n° 2000-426 du 30 mars 2000).

Toutefois, s'agissant de la liberté de manifester ses convictions, l'article 10 de la Déclaration de 1789 s'avère plus strict, au moins formellement. Il ne permet d'y porter atteinte que lorsque cette manifestation troublerait « *l'ordre public établi par la loi* ». Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme est particulièrement sensible aux considérations liées à l'ordre public, comme en témoigne l'arrêt du 23 février 2010 précité (« *Il ne ressort pas du dossier que les requérants représentaient une menace pour l'ordre public ou qu'ils aient fait acte de prosélytisme en exerçant des pressions abusives sur les passants lors de leur rassemblement* », cette dernière considération pouvant être rattachée à la tranquillité publique).

Le seul fondement possible serait donc l'**ordre public**, dont on peut néanmoins retenir une conception plus ou moins large.

L'ordre public revêt en effet une dimension « matérielle » qui regroupe les trois composantes traditionnelles que sont la sécurité, la tranquillité et la salubrité publiques. Ce triptyque, consacré tant par le juge administratif que par le juge constitutionnel (CC., n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, loi pour la sécurité intérieure, Cons. 61) sur la base des pouvoirs de police municipale aujourd'hui définis à l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, résulte également de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, dont les articles 8 à 10 retiennent, au titre des motifs susceptibles de justifier des atteintes aux droits et libertés qu'ils protègent, la sécurité nationale, la sûreté publique, la défense de l'ordre et la protection de la santé.

⁷ cf. également en ce sens Cass. 3^{ème} civ., 8 juin 2006, n° 05-14774 : « *la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne [peut] avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété* ».

Il comporte aussi, en vertu de la jurisprudence constitutionnelle, une finalité particulière qui est celle de la lutte contre la fraude, laquelle peut impliquer la lutte contre la dissimulation des personnes voire l'exigence de leur identification (cf. CC., n° 2007-557 DC, 15 novembre 2007).

L'ordre public revêt également une dimension « non matérielle », qui regroupe pour l'essentiel :

- la moralité publique – parfois qualifiée de « bon ordre » -, prise en compte non de façon générale, mais en fonction de circonstances locales particulières⁸ ;
- et le respect de la dignité de la personne humaine, cette dernière ayant été dégagée comme telle par la jurisprudence.

Enfin, l'ordre public pourrait être regardé comme une notion présentant une certaine autonomie et un contenu propre, à savoir le socle minimal d'exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société.

Il convient d'examiner successivement si l'ordre public, pris en chacune de ces acceptions, est susceptible de fonder une mesure d'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public.

2.2. L'ORDRE PUBLIC NON MATERIEL NE PEUT A LUI SEUL CONSTITUER UN FONDEMENT SUFFISANT POUR UNE INTERDICTION GENERALE.

L'ordre public non matériel (moralité publique et respect de la dignité de la personne humaine), s'il a un contenu spécifique consacré par la jurisprudence, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, ne jouit pas de la même assise juridique que l'ordre public matériel, et ne saurait justifier une mesure d'interdiction de toute dissimulation volontaire du visage, dès lors que celle-ci ne présente, dans son principe, aucun caractère « immoral » au sens donné à ce terme par la jurisprudence. Quant à l'hypothèse selon laquelle cette dissimulation serait en elle-même attentatoire à la dignité de la personne humaine, elle est discutée et soulève la difficile question de savoir si une personne peut légalement, de son propre gré, adopter un comportement contraire à sa propre dignité dans une société comme la nôtre. Ainsi qu'il a été précédemment souligné, cette question a reçu des réponses jurisprudentielles variées, tant au regard des normes juridiques nationales qu'au regard des principes conventionnels protégés par la CEDH.

De ce point de vue, la dissimulation du visage n'est pas un acte de même portée que l'exhibition sexuelle réprimée par l'article 222-32 du code pénal⁹, comportement qui est regardé comme agressant par nature les personnes qui y sont exposées, notamment les mineurs. Au demeurant, la jurisprudence administrative semble se montrer plus stricte à l'égard des autorités de police qui entendent réglementer les tenues vestimentaires pour des motifs de bon ordre. La décision du Conseil d'Etat admettant l'interdiction des tenues de bain en centre-ville comme contraires à

⁸ Cf. CE, section, 18 décembre 1959, *Société Les films Lutétia*, n° 36385.

⁹ L'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende. Ce délit suppose que le corps ou la partie du corps volontairement exposé à la vue d'autrui soit ou paraisse dénudé (Cass. crim., 4 janvier 2006, n° 05-80960).

la « décence » est fort ancienne (CE, Sect., 30 mai 1930, *Beaugé*) et n'a donné lieu à aucune confirmation récente (V. pour l'une des illustrations les plus récentes : CE, 30 septembre 1960, *Jauffret*, à propos des « lieux de débauche portant atteinte à la moralité publique et par là générateurs d'un (...) trouble [à l'ordre public] »). Elle a même été explicitement infirmée par une décision, certes isolée à ce stade, de tribunal administratif, témoignant par là même d'une certaine évolution des mœurs (cf. TA Montpellier, 18 décembre 2007, *Bauer*, n° 053863, jugeant « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le port d'une tenue de bain ou le torse nu sur la voie publique ait été susceptible de provoquer dans la commune de la Grande Motte des troubles matériels sérieux ; qu'en l'absence de circonstances locales particulières, qui ne résultent pas des éléments produits par la commune, le seul caractère immoral allégué desdites tenues, à le supposer même établi, ne peut fonder légalement leur interdiction, nonobstant le caractère limité dans le temps de celles-ci »).

En revanche, l'ordre public non matériel peut venir conforter une interdiction principalement fondée sur les troubles à l'ordre public matériel (V. *infra*). En témoigne l'ordonnance du juge des référés du Conseil d'Etat du 5 janvier 2007, *Ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c./ Association « Solidarité des français »* (n° 300311), dans l'affaire dite de la « soupe au cochon » (« l'arrêté contesté prend en considération les risques de réactions à ce qui est conçu comme une démonstration susceptible de porter atteinte à la dignité des personnes privées du secours proposé et de causer ainsi des troubles à l'ordre public »), confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 16 juin 2009, *Association Solidarité des Français*, n° 26787/07, décision d'irrecevabilité).

2.3. UNE INTERDICTION GENERALE DE DISSIMULATION DU VISAGE DANS LES LIEUX PUBLICS NE POURRAIT REPOSER QUE SUR UNE CONCEPTION RENOUVELEE DE L'ORDRE PUBLIC, ETRANGERE A LA JURISPRUDENCE ACTUELLE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET DONC JURIDIQUEMENT FRAGILE.

2.3.1. Une conception sans précédent en droit

▪ **Une définition juridiquement inédite de l'ordre public**

Les différentes composantes traditionnelles énumérées ci-dessus n'épuisent pas nécessairement la notion d'ordre public dans toutes ses acceptions juridiques, laquelle n'a jamais fait l'objet d'une définition à la fois consacrée et partagée. Il peut ainsi apparaître que cette notion, jusqu'à présent définie au sein d'un ensemble de droits et d'obligations concrètement mesurés, avec un contenu différent selon le champ juridique dans lequel elle s'insère (droit public, droit civil, droit social, droit international public, droit international privé...), a une essence autonome, dont les différentes composantes ne sont de nature à être révélées et consacrées par le juge qu'à l'occasion des atteintes qui y sont portées.

Dans cette perspective, on pourrait soutenir que l'ordre public répond à 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 individuelle. Or, ces exigences fondamentales du contrat social,

implicites et permanentes, pourraient impliquer, dans notre République, que, dès lors que l'individu est dans un lieu public au sens large, c'est-à-dire dans lequel il est susceptible de croiser autrui de manière fortuite, il ne peut ni renier son appartenance à la société, ni se la voir déniée, en dissimulant son visage au regard d'autrui au point d'empêcher toute **reconnaissance**. En outre, ces mêmes exigences impliquent, plus généralement, l'interdiction des marques de différenciation inégalitaires et reconnues comme telles.

S'il comporte aujourd'hui des acceptions différentes selon les branches du droit dont il relève, il apparaît ainsi que l'ordre public touche à des traits fondamentaux de la vie en société et, par suite, à un socle commun d'exigences et de garanties. Cette conception juridiquement inédite de l'ordre public pourrait paraître trouver un écho à la fois dans l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui dispose que « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* », et dans la notion de « fraternité » qui figure dans la devise républicaine mais n'a jamais fait l'objet d'aucune consécration juridique. C'est également en ce sens que pourraient être lues les décisions du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993 sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France et n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 relative à la loi sur le pacte civil de solidarité. Dans la première, après avoir rappelé que le droit des étrangers dont la résidence en France est stable et régulière de mener une vie familiale normale, « *comporte en particulier la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs sous réserve de restrictions tenant à la sauvegarde de l'ordre public et à la protection de la santé publique, lesquelles revêtent le caractère d'objectifs de valeur constitutionnelle* », le Conseil constitutionnel a jugé que « *les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie* ». Par la seconde décision, le Conseil constitutionnel a jugé que l'article 515-3 nouveau du code civil « *vise à assurer le respect des règles d'ordre public régissant le droit des personnes, au nombre desquelles figure, en particulier, la prohibition de l'inceste* ». Il convient toutefois d'observer que les pratiques en cause ne sont pas de même nature que la dissimulation du visage dans l'espace public, dès lors qu'elles touchent aux relations intimes entre personnes, et par là, à l'ordre même de la société.

Par ailleurs, la jurisprudence du Conseil constitutionnel fait régulièrement référence à l'intérêt général, dont on trouve un écho dans la définition de l'ordre public ici envisagée. On pourrait donc y déceler la référence implicite à un socle commun et minimal d'exigences de la vie en société.

Une telle conception, formalisée, aboutirait ainsi, de manière inédite, à retenir une définition « positive » de l'ordre public non plus seulement comme « rempart » contre les abus procédant de l'exercice sans limites des libertés mais comme le socle d'exigences fondamentales garantissant leur libre exercice. Elle constituerait le seul fondement susceptible de justifier une interdiction de la dissimulation du visage ayant pour objet d'empêcher toute reconnaissance de la personne. Celle-ci procéderait alors de l'affirmation d'un droit et d'une égale appartenance de tout un chacun au corps social.

▪ **Une solution risquée en l'état actuel du droit.**

Il faut néanmoins souligner que cette conception de l'ordre public, qui a retenu l'attention de la mission de l'Assemblée nationale, n'a jamais été élaborée ni par la doctrine juridique, ni par les juges, et qu'elle ne semble pas rencontrer d'échos dans les systèmes juridiques de nos voisins européens. Elle serait donc soumise à des risques importants de censure constitutionnelle et d'aléas conventionnels. Les occurrences de l'ordre public dans la jurisprudence constitutionnelle renvoient en effet quasi-systématiquement aux composantes traditionnelles.

On peut notamment souligner que, tout récemment, par une décision du 25 février 2010, le Conseil constitutionnel, saisi de la loi relative aux violences en groupe, s'est prononcé sur l'articulation entre ordre public et respect de la vie privée, en énonçant, que le législateur « doit, en particulier, assurer la conciliation entre le respect de la vie privée et d'autres exigences constitutionnelles, telles que la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle ». En l'espèce, il a jugé que celui-ci avait « omis d'opérer entre les exigences constitutionnelles précitées la conciliation qui lui incombe » et « que, dès lors, il [avait] méconnu l'étendue de sa compétence ».

Le Conseil constitutionnel a ainsi confirmé, encore tout récemment, sa conception traditionnelle de l'ordre public.

Le Conseil d'Etat ne peut donc 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.

Ces exigences fondamentales de la vie en société pourraient en revanche, comme cela a été notamment préconisé par la mission parlementaire, être proclamées dans le cadre **d'une résolution solennelle en vertu de l'article 34-1 de la Constitution issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, qui mettrait en valeur les éléments constitutifs du contrat social tels qu'ils apparaîtraient à la représentation nationale.**

2.3.2. Un champ d'interdiction large, des exceptions nombreuses et délicates à définir

Si un tel fondement était néanmoins retenu, il **ne pourrait conduire qu'à une interdiction générale de la dissimulation du visage, dans tous les lieux publics**, que l'on peut soit définir positivement – tous les lieux accessibles au public, dans lesquels, par conséquent, une personne est susceptible de croiser fortuitement autrui – soit négativement – les lieux autres que le domicile privé au sens strict. Le même fondement pourrait être retenu pour sanctionner les auteurs de contraintes ou d'incitation à la dissimulation du visage. S'agissant de son effectivité, une telle interdiction semblerait **a priori** plus simple à contrôler qu'une interdiction locale ou partielle.

Mais une prohibition générale dans les lieux publics soulève la question des exceptions qui devraient y être apportées, dont il apparaît qu'elles peuvent difficilement rendre compte de la totalité des hypothèses où la dissimulation du visage peut ou doit être autorisée, soit qu'elles soient trop étroites, soit qu'elles donnent, par leur amplitude, des occasions de contourner l'interdiction.

Les grandes catégories d'exceptions suivantes – notamment justifiées par d'autres considérations d'ordre public, ayant trait à ses composantes matérielles, voire au respect de la liberté de religion – devraient être envisagées :

- Des motifs de santé publique : ils recouvriraient notamment les masques de protection (pour certains malades ou grands brûlés, pour les personnels de santé, pour les personnes à protéger d'un risque viral...), les cache-nez larges et autres accessoires destinés à se protéger du froid.
- Des motifs de sécurité personnelle : ils viseraient notamment les casques de moto (aussi longtemps que la personne en a besoin au titre de la protection et de la sécurité routières), les casques intégraux de protection (ouvriers de chantiers, compagnies républicaines de sécurité...), mais aussi les cagoules des forces de police et de gendarmerie (GIGN...) ou encore les équipements nécessaires à la pratique de certains sports.
- La pérennité de manifestations culturelles et festives correspondant à des usages locaux ou nationaux : cette catégorie regrouperait les déguisements liés à des carnivals et à des festivités collectives, à des lieux (parcs d'attraction...) ou à des représentations (théâtre, opéra...).
- Des motifs qui pourraient apparaître déterminants pour la protection de la vie privée (personnalités publiques ou médiatiques poursuivies par des chasseurs d'images...) ;
- Enfin, le respect des lieux de culte : interdire le port des accessoires dissimulant le visage dans ces lieux, quel que soit le culte concerné, constituerait probablement, sur le plan juridique, une ingérence disproportionnée au regard des buts poursuivis. Le public qui pénètre dans les lieux de culte ne peut exiger des fidèles qu'ils se plient à une mesure conçue comme une garantie de cohésion sociale dans l'espace public. Une telle interdiction serait d'ailleurs délicate, sinon impossible, à faire respecter, sauf à troubler plus gravement encore l'ordre public. En revanche, cette exception ne vaudrait pas pour les abords des lieux de culte, qui relèvent de l'espace public et peuvent être fréquentés par toute personne, indépendamment de la présence du lieu de culte.

Mais au-delà de ces interrogations, ainsi qu'il a été dit, le choix d'une telle conception de l'ordre public ne peut être recommandé en l'état de la jurisprudence constitutionnelle, sous peine de soumettre une prohibition générale de la dissimulation du visage dans les lieux publics à un très sérieux risque de censure, laquelle aurait pour effet de renforcer la position des personnes qui se livrent à ces pratiques.

2.4. LA SECURITE PUBLIQUE, COMPOSANTE DE L'ORDRE PUBLIC MATERIEL, CONSTITUERAIT UN FONDEMENT TRES SOLIDE POUR UNE INTERDICTION DE LA DISSIMULATION DU VISAGE, MAIS SEULEMENT DANS DES CIRCONSTANCES PARTICULIERES.

Deux des composantes traditionnelles de l'ordre public matériel ne peuvent manifestement pas fonder une mesure d'interdiction : la **salubrité publique**, en général, et même la **tranquillité publique**. Cette dernière pourrait certes ne pas apparaître hors de propos, dans la mesure où la dissimulation du visage peut susciter une gêne dans la société et troubler la sérénité des rapports entre individus. Mais cette notion vise, dans notre tradition juridique, à prévenir les nuisances sonores et autres troubles ayant directement et concrètement pour effet de perturber la quiétude des lieux environnants, ce qui n'est pas le cas du port d'un masque qui ne s'accompagne pas de pressions ou d'un prosélytisme excessif. Recourir à une acception toute subjective de la tranquillité publique pour interdire une pratique de dissimulation du visage traduirait une vision de la société porteuse d'incertitudes qui peuvent inquiéter et ne répondrait pas à un impératif de cohérence juridique.

Par conséquent, et d'ailleurs dans l'esprit des dispositifs existants (cf. I. 1.2.), seules des considérations de **sécurité publique**, incluant, ainsi qu'il a déjà été observé, selon la jurisprudence constitutionnelle, la **recherche des auteurs d'infractions** et la **lutte contre la fraude** (CC., n° 2007-557 DC, 15 novembre 2007), seraient susceptibles d'asseoir une telle mesure d'interdiction.

2.4.1. Un fondement à concilier avec certaines exigences juridiques

La dissimulation du visage constitue un risque potentiel pour la sécurité dans la mesure où elle rend plus difficile la prévention des atteintes matérielles à l'ordre public et la répression immédiate des agissements qui le troublent, notamment en flagrant délit.

Pour autant, la sauvegarde de l'ordre public, y compris dans sa composante de sécurité publique, ne peut justifier toute restriction aux droits et libertés constitutionnellement et conventionnellement garantis. Un équilibre doit être assuré entre ces différentes exigences, sous le contrôle des juges garants de la constitutionnalité et de la conventionalité des actes qui leur sont soumis. **Quatre exigences doivent nécessairement être prises en compte.**

1/ En premier lieu, les restrictions aux droits et libertés doivent être justifiées par l'existence de troubles à l'ordre public ou une probabilité suffisamment forte qu'ils surviennent. On décèle une réticence du juge administratif à admettre qu'un risque virtuel ou non démontré, voire le « principe de précaution », puisse justifier une interdiction (V. sur l'appréciation de la légalité des décrets déclarant l'état d'urgence au regard des troubles effectivement constatés : CE, Assemblée, 24 mars 2006, Rolin et Boisvert, n° 286834 ; à propos des antennes relais de téléphonie mobile : CE, 29 octobre 2003, *Commune de Saint-Cyr-L'Ecole*, n° 258245 : confirmation d'une ordonnance de référé suspendant une mesure de police municipale ; CE, 2 juillet 2008, *Société française du radiotéléphone*, n° 310548, en référé : suspension d'un arrêté municipal encadrant l'installation d'antennes relais dès lors que le maire ne pouvait invoquer ni ses pouvoirs de police générale, en l'absence de risques graves et avérés pour la santé publique, ni le principe de précaution). Le juge constitutionnel se montre également attentif à la réalité ou

à la probabilité des troubles à l'ordre public qu'il s'agit de prévenir. Saisi de la disposition de l'article 78-2 du code de procédure pénale permettant aux officiers de police judiciaire de procéder à un contrôle d'identité pour prévenir « *une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens* », quel que soit le comportement de la personne contrôlée, le Conseil constitutionnel en a admis la conformité à la Constitution sous réserve que le contrôle soit motivé par des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public (CC., n° 93-323 DC du 5 août 1993, loi relative aux contrôles et vérifications d'identité). Il a, à cette occasion, rappelé que « *la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté individuelle* ». Le Conseil a également validé la disposition permettant au préfet d'interdire le port ou le transport d'objets pouvant constituer une arme en relevant que cette faculté était limitée au cas où les circonstances font craindre des troubles graves à l'ordre public et en l'interprétant comme étant circonscrite aux manifestations et à leur proximité immédiate, « *sauf circonstances exceptionnelles* » (CC., n° 94-352 DC du 18 janvier 1995).

La Cour européenne des droits de l'homme tient également le plus grand compte de l'existence ou de la probabilité de troubles à l'ordre public (CEDH, 23 février 2010, *Ahmet Arslan c./ Turquie*). Elle s'attache en particulier à vérifier que l'ingérence de l'autorité publique est « *nécessaire dans une société démocratique* » et « *répond à un besoin social impérieux* ». Si elle indique laisser des marges importantes d'appréciation aux Etats à cet égard, son contrôle s'avère parfois particulièrement poussé (V. par ex. CEDH, 29 juin 2006, *Öllinger c./ Autriche*, n° 76900/01, § 49, dans lequel la Cour se livre à une pesée minutieuse des intérêts en présence, avant de conclure à la violation de l'article 11 du fait de l'interdiction d'une contre-manifestation en réaction à un rassemblement d'anciens officiers SS dans un cimetière le jour de la Toussaint).

Enfin, la Cour de justice de l'Union européenne exige également que les restrictions apportées aux libertés prévues par le traité au nom de l'ordre public soient justifiées par « *l'existence d'une menace réelle et d'une certaine gravité affectant un intérêt fondamental de la société* » (CJCE, 27 octobre 1977, *Bouchereau*, n° 30/77, pts 33-35, confirmé par l'arrêt *Commission contre Allemagne* du 21 janvier 2010 C-546/07).

2/ En deuxième lieu, le juge exige que l'atteinte que portent les mesures de police aux droits et libertés soit proportionnée à ce qui est nécessaire pour assurer la sauvegarde de l'ordre public, **compte tenu des circonstances locales**. Les mesures ne doivent pas être excessives dans leur champ d'application matériel, personnel et géographique, et dans leurs effets. Le Conseil constitutionnel, pour sa part, rappelle traditionnellement qu'il « *appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, l'exercice de libertés constitutionnellement garanties et d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et notamment des atteintes à la sécurité des personnes et des biens qui répond à des objectifs de valeur constitutionnelle* » (CC, n° 94-352 DC, 18 janvier 1995), la loi devant assurer à cet égard une conciliation qui n'est pas « *manifestement déséquilibrée* » entre ces différentes exigences (n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, loi pour la sécurité intérieure). La Cour européenne des droits de l'homme examine également si l'ingérence des autorités publiques dans les droits et libertés conventionnellement protégés n'est pas disproportionnée au regard des impératifs d'ordre public énumérés par la convention

européenne¹⁰. La Cour a ainsi pu énoncer que l'Etat peut « limiter la liberté de manifester une religion, par exemple, le port du foulard islamique, si l'usage de cette liberté porte atteinte à l'objectif visé de protection des droits et libertés d'autrui, de l'ordre et de la sécurité » (CEDH, 13 février 2003, *Refah Partisi et al. c./ Turquie*, n° 41340/98, § 92).

La sécurité publique ne peut donc justifier que soit imposé à toute personne d'avoir le visage découvert en tout temps et en tous lieux¹¹. Le champ d'application géographique de l'interdiction de la dissimulation volontaire du visage ne peut donc inclure des lieux, comme les zones isolées, où la sécurité publique n'est pas réellement en jeu. Au-delà de ces cas qui ne paraissent pas soulever de difficulté, il n'est pas aisé de déterminer *a priori* les secteurs ou les circonstances dans lesquels le visage devrait être impérativement découvert à peine de sanction. Le décret du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique, actuellement soumis à la Section du contentieux du Conseil d'Etat, traduit cette problématique.

3/ En troisième lieu, le juge, en particulier constitutionnel, attache une importance constante aux garanties dont sont assorties les mesures d'interdiction. La décision du 25 février 2010 relative à la loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public en est une très récente illustration : la transmission aux services de police et de gendarmerie nationales ainsi qu'à la police municipale d'images captées par des systèmes de vidéosurveillance dans des parties non ouvertes au public d'immeubles d'habitation méconnaît la Constitution, dès lors qu'elle n'est pas assortie des garanties nécessaires à la protection de la vie privée des personnes qui se rendent dans ces lieux, contrairement au cadre juridique de la vidéosurveillance prévu par l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995.

4/ Enfin, il convient d'être attentif aux spécificités du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme. Outre qu'elle procède à une interprétation autonome des termes de la convention européenne, ce qui peut l'amener à ne pas partager l'analyse des juridictions nationales, elle enrichit traditionnellement son contrôle en recourant à des éléments de contexte étrangers à l'office du juge national, en particulier l'existence d'engagements internationaux témoignant d'une protection particulière du droit ou de la liberté concerné, même non ratifiés par l'Etat en cause, et l'existence éventuelle d'un « consensus européen » sur la question qui lui est posée. Par ailleurs, comme le montre le précédent *Leyla Sahin*, elle attache une importance particulière aux spécificités de chaque Etat (au regard de ses traditions, de sa culture et des valeurs fondamentales sur lesquelles repose la société comme, en Turquie, une laïcité confrontée à des mises en cause récurrentes).

¹⁰ Par ailleurs, il résulte de l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, d'une part, que le maintien de l'ordre public est au nombre des motifs susceptibles de justifier une ingérence dans les droits et libertés qu'elle protège (V. la décision CC., n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004) et, d'autre part, que les droits protégés simultanément par la Charte et par la Convention ont la même portée.

¹¹ Il est vrai que la dissimulation du visage fait échec aux témoignages oculaires, lesquels peuvent être utiles à tout moment si une infraction survient. Cette seule circonstance apparaît toutefois insuffisante pour justifier une mesure générale d'interdiction dans l'espace public.

2.4.2. Un champ d'application nécessairement restreint s'agissant des lieux concernés

1/ A l'aune des différentes exigences énumérées ci-dessus, il apparaît qu'une règle prohibant la dissimulation du visage **dans l'ensemble de l'espace public** serait très fragile.

En premier lieu, ces agissements n'ont pas, jusqu'à présent, causé, de manière générale, de troubles avérés ou particulièrement aigus à la sécurité publique, si l'on excepte les auteurs d'infractions telles que des vols à main armée, dont le visage n'est dissimulé que ponctuellement. Ainsi, si leurs perspectives ne peuvent être négligées, les troubles liés à la dissimulation du visage ne sont pas aujourd'hui avérés. Une interdiction générale reposerait donc sur une **logique artificiellement préventive** que n'a jamais admise en tant que telle la jurisprudence.

En deuxième lieu, il n'est pas aisé d'identifier des **garanties** dont l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'ensemble de l'espace public pourrait être assortie afin de limiter l'atteinte portée à la liberté personnelle.

En troisième lieu, s'agissant du risque contentieux européen, **il n'existe pas à ce jour de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe sur ce point**, ainsi qu'il a été dit ci-dessus (cf. I. 2.). En outre, la France ne présente aucune particularité qui justifierait que la Cour procède à un contrôle plus souple.

Enfin, se pose la question d'éventuelles exceptions susceptibles d'être apportées à une interdiction fondée sur la sécurité publique. Compte tenu du caractère restrictif et impérieux de ce motif, seules des considérations fortes tenant à la santé personnelle ou la sécurité professionnelle pourraient être admises. Le risque est alors, si l'interdiction porte sur l'ensemble de l'espace public, de porter une atteinte excessive aux libertés, notamment à la liberté d'aller et venir, de ceux dont le visage est légitimement dissimulé. Le Conseil d'Etat estime par conséquent que, si la sécurité publique peut constituer l'un des fondements d'une mesure d'interdiction, elle ne peut justifier une mesure portant sur l'ensemble de l'espace public.

2/ A défaut d'une interdiction aussi large, le Conseil d'Etat s'est interrogé sur la possibilité de s'appuyer sur le cadre juridique de la **vidéosurveillance** (articles 10 et 10-1 de la loi du 21 janvier 1995 et les textes réglementaires pris pour leur application¹²), pour instituer une mesure d'interdiction de la dissimulation du visage dans les zones couvertes par de tels dispositifs.

En effet, l'installation de caméras de vidéosurveillance est subordonnée à la délivrance d'une autorisation préfectorale et ne peut porter que sur des périmètres exposés à des menaces pour la sécurité publique. Or, l'une des conditions d'efficacité de ces systèmes tient précisément à la possibilité, pour les autorités qui les mettent en œuvre et les agents qui en exploitent les images, d'identifier les individus qui y figurent. Les progrès technologiques réalisés en la

12 V. notamment les articles 3 et 4 du décret n° 97-46 du 15 janvier 1997 relatif aux obligations de surveillance ou de gardiennage incombant à certains propriétaires, exploitants ou affectataires de locaux professionnels ou commerciaux et l'article 1er du décret n° 97-47 du 15 janvier 1997 relatif aux obligations de surveillance incombant à certains propriétaires ou exploitants de garages ou de parcs de stationnement.

matière, notamment l'amélioration de la qualité des vidéos, et ceux à venir, en particulier l'intégration de la biométrie dans ces dispositifs, renforcent l'acuité de cette problématique. Dans ces conditions, la dissimulation volontaire du visage pourrait s'analyser comme une pratique ayant pour objet de faire échec aux systèmes de vidéosurveillance. Dès lors que la conformité de cette législation à la Constitution a été admise (CC., n° 94-352 DC, 18 janvier 1995), on peut se demander s'il ne peut en aller de même d'une interdiction de la dissimulation du visage dans toutes les zones « vidéosurveillées », ce qui, sans recouvrir l'espace public, aboutirait à une prohibition très large.

Cette piste se heurte toutefois à d'importants obstacles :

- En premier lieu, il n'est pas satisfaisant de déduire de l'existence d'un simple outil de la politique de sécurité publique une règle générale d'interdiction d'une pratique qui en réduit l'effectivité. Le champ de l'interdiction s'étendrait en effet à mesure que le cadre juridique de la vidéosurveillance s'assouplirait (V. en ce sens le projet de loi pour la sécurité intérieure en cours d'examen par le Parlement) et que les autorités compétentes, publiques ou privées, décideraient (ou se verraient imposer) d'implanter de nouvelles caméras.
- En deuxième lieu, la nature des deux régimes est fondamentalement différente, en particulier quant à leurs effets, ce qui fait obstacle à ce que leurs champs d'application coïncident. D'ailleurs, si le champ de l'interdiction de la dissimulation du visage se superposait à celui des dispositifs de vidéosurveillance, dont le déploiement s'étend fortement, il pourrait en résulter des doutes sur le caractère nécessaire et proportionné d'une telle interdiction.
- En troisième lieu, si les lieux ainsi surveillés doivent être signalés au public dans les conditions prévues par l'article 13-1 du décret n° 96-926 du 17 octobre 1996 relatif à la vidéosurveillance, les modalités de cette signalisation n'apportent pas aux citoyens une information suffisamment précise pour leur garantir une connaissance claire de l'étendue de l'obligation de « dévoilement » qui en découlerait.
- Enfin, il en résulterait une forme de « **pointillisme** » **administratif ou pénal** aux conséquences incertaines. Si la multiplicité des zones d'interdiction ne conduit pas spontanément les personnes qui dissimulent leur visage à y renoncer, pour des raisons d'ordre pratique, la norme risque d'être inapplicable sur le terrain. On peut craindre à cet égard que l'existence et les contours de la zone placée sous surveillance ne donnent lieu à d'importantes contestations contentieuses : le départ entre les zones « sécurisées » et les autres resterait difficile à opérer même pour les agents chargés de faire respecter la législation ou la réglementation.

Il convient par ailleurs d'observer que des lieux ou zones d'affluence peuvent être exposés à des menaces pour la sécurité publique (marchés, trottoirs fréquentés, certains transports publics...) sans faire l'objet d'une vidéosurveillance, soit que l'autorité compétente a décidé de ne pas recourir à ce dispositif, soit que ces emplacements n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995. Pour ces derniers, il est certes possible d'installer un dispositif de vidéosurveillance moyennant, le cas échéant, une déclaration auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés et, s'agissant des « lieux privés », le respect de l'article 226-1 du code pénal. Mais en tout état de cause, il n'est pas juridiquement pertinent de faire dépendre le champ d'une interdiction, *a fortiori* si elle est assortie d'une sanction pénale, de la décision spontanée d'une personne d'installer un tel dispositif.

3/ Le Conseil d'Etat en a déduit que la sécurité publique pourrait seulement autoriser une interdiction de la dissimulation du visage dans des lieux exposés à un risque suffisamment avéré de trouble à l'ordre public. A cet égard, l'échelon de l'autorité préfectorale semble, dans le respect des compétences des autorités communales, devoir être privilégié. Le préfet est en effet en situation à la fois de prendre en compte des lieux ou zones dont le périmètre excède le ressort des limites communales, d'assurer une plus grande cohérence des conditions de l'interdiction et de mieux évaluer les incidences de telles prescriptions grâce à l'analyse des services de l'Etat compétents placés sous son autorité.

En revanche, le Conseil d'Etat a exclu une interdiction uniforme et générale qui trouverait sa justification dans la combinaison des différents fondements examinés. Tout régime d'interdiction doit en effet s'appuyer sur une justification spécifique, ce qui fait obstacle à l'invocation de fondements supposés complémentaires ou partiellement substituables.

III- PLUSIEURS MESURES PEUVENT CEPENDANT ETRE ENVISAGEES POUR HARMONISER ET, LE CAS ECHEANT, RENFORCER LE CHAMP DE L'INTERDICTION DE LA DISSIMULATION DU VISAGE, QUELLES QUE SOIENT SES FORMES.

Le Conseil d'Etat a envisagé différentes mesures qui pourraient fonder des interdictions partielles de la dissimulation du visage sur le fondement de la sécurité publique ou des exigences propres au fonctionnement de certains services. Si une telle démarche était retenue, il conviendrait cependant, au regard des exigences précédemment rappelées, que le cumul de ces interdictions ne confine pas à une interdiction générale, ni par l'effet des dispositions législatives ou réglementaires qui pourraient être adoptées, ni du fait de l'exercice des pouvoirs de police des autorités compétentes.

1. UNE LOI POURRAIT PREVOIR L'OBLIGATION DE MAINTENIR A DECOUVERT SON VISAGE DANS CERTAINS LIEUX OUVERTS AU PUBLIC LORSQUE LES CIRCONSTANCES OU LA NATURE DES LIEUX LE JUSTIFIENT.

Le Conseil d'Etat est finalement d'avis, si le choix était fait de recourir à la loi, que les dispositions les plus larges, les plus effectives possibles et les plus sûres juridiquement devraient consister en un double dispositif.

1/ Le premier type d'interdiction procéderait de l'exigence de sécurité publique précédemment analysée.

D'une part, les autorités de police se verraient reconnaître expressément, dans l'exercice de leurs pouvoirs de police générale, la possibilité d'imposer à toute personne de maintenir son visage découvert, à raison de circonstances déterminées, afin de prévenir un trouble à l'ordre public, notamment à la sécurité des biens et des personnes. Ces dispositions viseraient tant le préfet, dans l'exercice des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales, en particulier pour l'édiction d'une mesure de police dont le champ d'application excède le territoire d'une commune, que le maire, dans l'exercice des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 2212-2 du même code. Sans être novatrice, une telle reconnaissance donnerait un fondement solide et cohérent aux interdictions prises pour ce motif. Toutefois, il convient d'observer que l'exercice par les maires de leurs responsabilités en matière de police générale pourrait donner lieu à des appréciations différentes qui s'appliqueraient à des situations similaires.

D'autre part, dans la mesure où les pouvoirs de police générale n'ont pas vocation à s'exercer en tous lieux ouverts au public, le texte **pourrait ouvrir au préfet la possibilité, dans l'exercice**

d'une police spéciale, d'interdire la dissimulation du visage, dans de tels lieux et dans des circonstances déterminées, au-delà des pouvoirs généraux qu'il tient de l'article L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales. Cette police spéciale viendrait compléter les prérogatives du préfet dans le cadre de ses pouvoirs de police générale, et serait nécessairement prise en compte par les autorités de police municipale. Ce dispositif aurait notamment vocation à s'appliquer à des lieux privés particulièrement exposés à des risques pour la sécurité, comme certains commerces (bijouteries, banques...), ou en cas d'évènements à hauts risques (certaines rencontres sportives, conférences internationales...).

2/ La seconde obligation envisageable, participant de l'objectif à valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude, procéderait de la nécessaire reconnaissance de la personne dans certains lieux, liée notamment aux exigences de certains services publics, ou de l'application de dispositions qui comportent des restrictions ou des distinctions liées à l'identité ou à l'âge.

Il s'agirait de prescrire l'obligation de découvrir son visage :

1. lorsque l'entrée et la circulation dans certains lieux, compte tenu de leur nature ou des exigences attachées au bon fonctionnement des services publics, requerraient des vérifications relatives à l'identité ou à l'âge. Dans ces lieux, qui seraient définis par voie législative ou par voie réglementaire selon le cas, l'obligation serait permanente. On peut notamment songer aux tribunaux, aux bureaux de vote, aux mairies pour les cérémonies de mariage et les démarches relatives à l'état civil, à la remise des enfants à la sortie de l'école, aux lieux où sont délivrées des prestations médicales ou hospitalières, ou encore au déroulement d'examens ou de concours, y compris dans les enceintes universitaires.

2. lorsque la délivrance de certains biens ou services impose l'identification des individus et, par suite, l'obligation pour ceux-ci de découvrir à cette occasion leur visage (achat de produits dont la vente est prohibée en deçà d'un certain âge ou devant donner lieu, en raison des moyens de paiement employés, à une identification).

Une telle mesure invite donc les pouvoirs publics à mener une réflexion plus vaste sur les hypothèses dans lesquelles il apparaît opportun de prévoir une obligation de découvrir son visage, la loi renvoyant à d'autres textes la détermination de lieux ou de situations où s'appliquerait une telle prescription.

Cette législation constituerait ainsi un cadre de référence posé par la représentation nationale elle-même, permettant d'affirmer des principes de comportement clairs à l'attention de nombreux responsables (publics et privés) d'établissements recevant du public (cinémas, établissements nocturnes, débits de boissons et de tabac...), alors que cela résulte actuellement, soit de dispositions éparées, soit de pratiques ou d'instructions (cf. I).

En revanche, il ne paraît pas juridiquement nécessaire d'étendre cette assise législative aux relations de travail dans les locaux professionnels, dès lors que l'employeur dispose d'ores et déjà de moyens juridiques pour prohiber, s'il l'estime nécessaire au fonctionnement de son entreprise ou de son établissement, la dissimulation du visage.

3/ Les dérogations seraient de portée différente selon le fondement de l'interdiction.

Dans tous les cas, s'imposeraient des exceptions étroitement circonscrites, procédant de raisons suffisamment impérieuses de santé et de sécurité personnelles (port d'un masque en cas d'épidémie, d'un casque de protection...) qui résulteraient de dispositions réglementaires générales.

En outre, les arrêtés de police des autorités préfectorales ou municipales pourraient également prendre en compte, au regard des circonstances particulières, des considérations aussi variées que les manifestations culturelles ou festives, notamment celles qui procèdent d'usages locaux.

2. LES SANCTIONS POURRAIENT PORTER TOUT PARTICULIEREMENT SUR LES AUTEURS DE CONTRAINTES OU D'INCITATION A LA DISSIMULATION DU VISAGE

L'instauration d'une interdiction de la dissimulation du visage devrait être assortie d'un mécanisme de sanction. Ces sanctions devraient être plus fortes à l'encontre de la personne qui obligerait autrui, éventuellement sous la contrainte, à se dissimuler le visage. Par ailleurs, s'agissant de ces personnes, il n'y aurait pas de distinctions à faire entre les lieux concernés, dès lors que ce qui est punissable est, non la pratique elle-même, mais la menace, la violence, la contrainte, l'abus de pouvoir ou d'autorité.

Les sanctions envisagées devraient, comme toutes les sanctions pénales, respecter les principes de légalité des délits et des peines, ce qui suppose une définition suffisamment claire et précise des infractions, de nécessité, de proportionnalité et enfin de personnalité et d'individualisation des peines.

2.1 LE NON-RESPECT DE L'INTERDICTION DE LA DISSIMULATION DU VISAGE POURRAIT DONNER LIEU A UN NOUVEAU TYPE DE SANCTION.

Le Conseil d'Etat écarte, compte tenu de la nature de l'interdiction et du but recherché par le législateur, la qualification de délit. Au regard des principes de proportionnalité et de nécessité, une telle qualification serait en effet excessive, et ne répondrait pas à l'exigence pédagogique qui devra accompagner, auprès des personnes concernées, l'instauration de la prohibition.

S'il apparaît donc nécessaire d'instaurer une **peine contraventionnelle**, se pose en revanche la question de sa nature. Deux hypothèses sont envisageables, la seconde semblant préférable :

- La première consiste en l'instauration d'une peine contraventionnelle classique (peine d'amende à laquelle s'ajoute, le cas échéant, une peine complémentaire comme, par exemple, un stage de citoyenneté). On pourrait ainsi envisager, en fonction des exigences de l'identification et de la sécurité, une peine d'amende qu'il appartiendrait au pouvoir réglementaire de fixer dans la limite du plafond légal des contraventions établies par la loi. Il faut toutefois souligner que, en dépit de sa simplicité apparente, une contravention de ce type ne serait pas nécessairement adaptée à la nature de l'infraction et au but poursuivi. Plus stigmatisante, elle serait d'une portée inégale en fonction des revenus des personnes concernées – sévère pour les uns ou quasiment indifférente pour les autres – et aurait une portée pédagogique limitée.

▪ La seconde hypothèse conduirait à l'instauration d'une nouvelle catégorie de peine contraventionnelle, qui **consisterait en une injonction d'avoir un entretien avec un représentant d'un organisme de médiation agréé ou de participer aux actions de cet organisme pour une durée limitée**. Il s'agirait, en d'autres termes, d'une injonction de médiation sociale. Les organismes en cause seraient, notamment, des associations investies, selon la nature de la dissimulation du visage sanctionnée, dans la promotion et la défense des droits des femmes (en cas de port prohibé du voile intégral), ou dans la prévention de la délinquance des mineurs (en cas de dissimulation du visage par un mineur auteur d'infractions pénales). La peine serait une peine complémentaire ou alternative, qu'il appartiendrait au juge de prononcer en fonction des circonstances de chaque espèce.

Une telle peine serait conforme au principe de proportionnalité et permettrait de répondre également à l'impérieuse nécessité de personnaliser la peine au regard des motifs de la dissimulation du visage, de son contexte ou des éventuelles contraintes y ayant conduit. Seul le refus de se plier à cette injonction serait puni d'une peine d'amende contraventionnelle. Son niveau serait aggravé en cas de récidive.

2.2. LE FAIT DE CONTRAINDRE AUTRUI A SE DISSIMULER LE VISAGE POURRAIT ETRE PLUS DUREMENT SANCTIONNE.

Le principe de proportionnalité exigerait que la sanction soit plus sévère lorsque des mineurs sont concernés et en cas de récidive.

Il est apparu nécessaire au Conseil d'Etat de prendre en compte les risques de contrainte de dissimulation du visage au-delà du seul cercle conjugal et parental, et de créer une incrimination spécifique permettant d'appréhender cette contrainte. Précisons à cet égard qu'il existe de nombreuses incriminations qui visent une contrainte ou une incitation spécifique, au-delà des dispositions générales précédemment exposées. Il en va ainsi, par exemple, du harcèlement sexuel (article 222-33 du code pénal), de la provocation à un attroupement armé (article 431-6), de la provocation au suicide (article 223-13) ou de la publicité en faveur de produits, objets ou méthodes préconisés comme moyens de se donner la mort (article 223-14), ou encore de la provocation à la rébellion (article 433-10).

Quelle que soit la portée de l'interdiction de la dissimulation du visage, et même en l'absence d'une telle interdiction, le fait d'imposer ou de tenter d'imposer à une personne ou une catégorie de personnes de se dissimuler le visage dans les lieux publics en raison de son appartenance à une catégorie de personnes déterminée notamment par son sexe, ses mœurs, ses convictions philosophiques, politiques ou religieuses réelles ou supposées, par menace, violence, contrainte, abus de pouvoir ou abus d'autorité pourrait faire l'objet d'une incrimination spécifique délictuelle.

Cette nouvelle infraction permettrait ainsi de sanctionner les personnes qui, sans être directement inquiétées par la pénalisation de la dissimulation du visage, obligent leurs proches ou autrui à adopter un tel comportement, notamment les détenteurs de l'autorité parentale à l'égard des mineurs.

3. MODALITES DE MISE EN OEUVRE

Le recours à la loi serait indispensable pour trois raisons :

- D'une part, la création d'une catégorie particulière de peines alternatives applicables à des contraventions relève du domaine de la loi, même si les éléments constitutifs d'une infraction contraventionnelle déterminée doivent être fixés par décret (cf., par exemple, la décision du CC., n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009, sur la loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet).
- D'autre part, à supposer que la sanction se limite à la création d'une contravention, matière réglementaire par nature, on peut se demander si une prohibition aussi large et prenant des formes aussi diverses de la dissimulation volontaire du visage ne touche pas aux règles relatives aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, et, dans une moindre mesure, au droit de propriété et à la liberté du commerce et de l'industrie, au sens de l'article 34 de la Constitution. En effet, le Conseil constitutionnel considère qu'en vertu de cette disposition, « *il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré* » (CC., n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Cons. 3 ; CC., n° 2003-467 DC du 13 mars 2003).
- Enfin, la sanction des auteurs de contraintes tendant à la dissimulation du visage d'autrui relève elle aussi de la loi, dès lors que la qualification délictuelle serait retenue.

Il en résulte qu'il appartient à la loi de poser la règle de prohibition et les catégories d'exceptions dont elle est assortie ainsi que, le cas échéant, la création d'une catégorie particulière de peines, le régime des peines alternatives envisagées et les peines applicables aux « instigateurs ». Il appartiendrait ensuite au pouvoir réglementaire de définir précisément le type d'infraction et la peine contraventionnelle correspondante.

Par ailleurs, compte tenu de la nature de l'interdiction – qu'elle soit fondée sur la sécurité publique ou sur les exigences de l'identification – et du travail de pédagogie qui devrait l'accompagner, la loi instituant l'interdiction devrait prévoir une entrée en vigueur différée, de trois ou six mois par exemple.

L'adoption préalable d'une résolution parlementaire solennelle serait en outre de nature à la fois à préparer cette interdiction et à en assurer la compréhension collective, notamment par le biais d'une large diffusion.

Enfin, s'agissant de leur application sur le territoire de la République, les dispositions décrites ci-dessus auraient vocation à s'appliquer de plein droit aux départements d'outre-mer et à Mayotte.

Le Conseil d'Etat s'est interrogé sur la légalité de leur application à la Polynésie française et à la Nouvelle-Calédonie au regard de la répartition des compétences entre l'Etat et les autorités locales. Il a toutefois estimé que les règles transversales qui, comme celles qui sont proposées,

touchent aux garanties des libertés publiques, à la sécurité et à l'ordre publics et qui sont assorties de sanctions pénales générales, relèvent par nature de la compétence de l'Etat.

En outre, pour plus de sécurité juridique, s'agissant de dispositions législatives qui ne peuvent se rattacher à une loi de souveraineté, une mesure d'extension spécifique doit être prévue s'agissant de la Polynésie française, de la Nouvelle-Calédonie et de Wallis et Futuna.



Dans le cadre de la lettre de mission du Premier ministre (Annexe 1), le Conseil d'Etat, pour éclairer les considérations qui précèdent, présente des formulations de nature législative correspondant à des solutions juridiques envisageables (Annexe 2). Il observe toutefois que, quelles que soient les précautions d'ordre normatif qu'il a entendu prendre, il ne paraît pas possible d'éviter toutes les difficultés concrètes d'application liées aux conditions du contrôle et aux réactions susceptibles d'être provoquées. Tout au moins, il lui est apparu qu'une détermination claire et largement entendue des obligations et des responsabilités légales incombant à chacun, comme, en pratique, les précautions à prendre pour la mise en œuvre par les autorités responsables de ces contrôles, seraient de nature à minorer ces risques.

ANNEXES

ANNEXE 1 : LETTRE DE MISSION

Le Premier Ministre

Paris, le

29 JAN 2015

4535

Monsieur le Président,

La question du port de la burqa, du niqab ou de toute autre forme de voile intégral fait partie du débat public depuis plusieurs mois.

Cette pratique heurte en effet notre conception républicaine de la vie sociale. Elle pose la question de la possibilité juridique d'empêcher de tels comportements sociaux dans une société démocratique.

La mission d'information de l'Assemblée nationale sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, présidée par M. André Gérin, a conduit pendant plusieurs mois un travail de réflexion d'une grande qualité, à partir d'auditions nombreuses et instructives. Son rapport permet de prendre toute la mesure du phénomène et de réfléchir à sa signification, tout en soulignant la complexité juridique de la question.

Le Gouvernement a la conviction que le port du voile intégral n'est pas acceptable dans notre République, parce que, signe d'un repli communautariste, il est contraire au principe d'égalité entre les hommes et les femmes ainsi qu'à notre conception de la dignité humaine. Cette idée pourrait être affirmée dans le cadre d'une résolution parlementaire. Dans l'esprit du Gouvernement, cela ne permettrait pas de faire l'économie d'une intervention du législateur.

Or, la nature et les enjeux de ce débat rendent souhaitable la recherche d'un consensus républicain sur ce cadre juridique. En outre, il est essentiel de mener la réflexion dans des conditions prévenant tout risque d'interprétation qui blesserait nos compatriotes de confession musulmane.

Monsieur Jean-Marc SAUVE
Vice-Président du Conseil d'Etat
1, place du Palais-Royal
75100 PARIS cédex 01

Les voies et moyens pour traduire dans le droit positif la condamnation de principe du port du voile intégral font actuellement l'objet de différentes propositions. Celles-ci se retrouvent dans les préconisations du rapport de la mission parlementaire, aussi bien que dans une proposition de loi qui pourrait être prochainement déposée à l'Assemblée nationale. La Commission nationale consultative des droits de l'homme a par ailleurs rendu avis sur la question le 21 janvier dernier.

Je souhaite que le Conseil d'Etat apporte son concours au Gouvernement pour lui permettre d'arbitrer la traduction juridique des préoccupations exprimées par la représentation nationale et de soumettre rapidement au Parlement un projet de loi sur ce sujet.

Vous étudierez 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.

Je souhaiterais que vos conclusions puissent m'être adressées avant la fin du mois de mars.

Je vous prie de croire, Monsieur le Président, à l'assurance de mes sentiments les meilleurs.



François Fillon

ANNEXE 2 : SOLUTIONS JURIDIQUES ENVISAGEABLES

1/ Formulations relatives à des conditions d'interdiction

« Toute personne doit maintenir son visage découvert lorsque cette prescription résulte d'un arrêté du représentant de l'Etat portant sur tout lieu ouvert au public qu'il détermine ou, le cas échéant, d'un arrêté du maire pris en vertu des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, pour prévenir, en raison de circonstances déterminées, une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens. »

« Toute personne doit découvrir son visage :

1°) pour entrer et circuler dans les lieux, définis par des dispositions législatives ou réglementaires, où doivent être effectuées, notamment eu égard aux exigences du service public, des vérifications relatives à l'identité ou à l'âge ;

2°) pour obtenir des biens ou des services dont la délivrance nécessite, en application de prescriptions législatives ou réglementaires, des vérifications de même nature. »

« Des dérogations aux dispositions qui précèdent peuvent être prévues pour des raisons de santé ou de sécurité personnelles dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

« Les contraventions encourues en répression de ces dispositions peuvent comporter le prononcé de la peine prévue à l'article 131-15-2 du code pénal. »

« Les dispositions qui précèdent sont applicables sur l'ensemble du territoire de la République. »

2/ Formulations relatives à des modifications du code pénal

Le code pénal est ainsi modifié :

1° Après l'article 131-5-1 est inséré un article 131-5-2 ainsi rédigé :

« Article 131-5-2 - Lorsque la loi le prévoit, la juridiction peut prononcer, pour un délit puni d'une peine d'emprisonnement, à la place ou en même temps que cette dernière, la peine de l'injonction de se soumettre à une médiation sociale. Il en est de même lorsqu'un délit est puni à titre de peine principale d'une seule peine d'amende.

L'injonction de se soumettre à une médiation sociale consiste dans l'obligation pour le condamné de participer à des actions d'un organisme de médiation agréé dans un délai, qui ne peut excéder six mois, et selon les modalités fixées par la juridiction. Les conditions d'agrément des organismes de médiation sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

Lorsqu'elle prononce la peine de l'injonction de se soumettre à une médiation sociale, la juridiction fixe la durée maximum de l'emprisonnement, qui ne peut excéder X mois, ou le montant maximum de l'amende, qui ne peut excéder X euros, dont le juge de l'application des peines pourra ordonner la mise à exécution en tout ou partie dans les conditions prévues par l'article 712-6 du code de procédure pénale si le condamné ne respecte pas l'obligation fixée. Si le délit n'est puni que d'une peine d'amende, la juridiction ne fixe que le montant de l'amende, laquelle ne peut excéder X euros, qui pourra être mis à exécution. Le président de la juridiction en avertit le condamné après le prononcé de la décision.

2° Après l'article 131-15-1 est inséré un article 131-15-2 ainsi rédigé :

« Article 131-15-2 - Le règlement qui réprime une contravention peut prévoir que la juridiction peut prononcer à la place ou en même temps que la peine d'amende la peine de l'injonction de se soumettre à une médiation sociale selon les modalités prévues par l'article 131-5-2.

Dans ce cas, la juridiction fixe le montant maximum de l'amende, qui ne peut excéder X euros, dont le juge de l'application des peines pourra ordonner la mise à exécution en tout ou partie dans les conditions prévues par l'article 712-6 du code de procédure pénale si le condamné ne respecte pas l'obligation de réparation.

3° Au chapitre II du titre II du livre II, il est créé une section III quater ainsi rédigée :

« Section III quater : De l'instigation à dissimuler son visage en public

« Article 222-33-4 - Le fait par menace, violence ou contrainte, abus de pouvoir ou abus d'autorité d'imposer à autrui de dissimuler son visage en public en raison de son sexe, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, de ses convictions politiques, philosophiques ou religieuses, ou de son apparence physique est puni de X mois d'emprisonnement et de X euros d'amende.

Lorsque le fait est commis au préjudice d'un mineur, les peines prévues à l'alinéa précédent sont de X mois d'emprisonnement et X euros d'amende.

Les personnes coupables des infractions prévues au présent article encourent également la peine complémentaire de l'injonction de se soumettre à une médiation sociale conformément à l'article 131-5-2.

Décision n° 2010-613 DC du 07 octobre 2010

Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public

Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 14 septembre 2010, par le président de l'Assemblée nationale et par le président du Sénat, dans les conditions prévues à l'article 61, deuxième alinéa, de la Constitution, de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat défèrent au Conseil constitutionnel la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public ; qu'ils n'invoquent à l'encontre de ce texte aucun grief particulier ;

2. Considérant que l'article 1er de la loi déferée dispose : « Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage » ; que l'article 2 de la même loi précise : « I. Pour l'application de l'article 1er, l'espace public est constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public.

– II. L'interdiction prévue à l'article 1er ne s'applique pas si la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée par des raisons de santé ou des motifs professionnels, ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles » ; que son article 3 prévoit que la méconnaissance de l'interdiction fixée à l'article 1er est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la deuxième classe ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi » ; qu'aux termes de son article 5 : « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas » ; qu'aux termes de son article 10 : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi » ; qu'enfin, aux termes du troisième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme » ;

4. Considérant que les articles 1er et 2 de la loi déferée ont pour objet de répondre à l'apparition de pratiques, jusqu'alors exceptionnelles, consistant à dissimuler son visage dans l'espace public ; que le législateur a estimé que de telles pratiques peuvent constituer un danger pour la sécurité publique et méconnaissent les exigences minimales de la vie en société ; qu'il a également 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 ; qu'en adoptant les dispositions déferées, le législateur a ainsi complété et généralisé des règles jusque là réservées à des situations ponctuelles à des fins de protection de l'ordre public ;

5. Considérant qu'eu égard aux objectifs qu'il s'est assignés et compte tenu de la nature de la peine instituée en cas de méconnaissance de la règle fixée par lui, le législateur 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 ; que, toutefois, l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public ne saurait, sans porter une atteinte excessive à l'article 10 de la Déclaration de 1789, restreindre l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte ouverts au public ; que, sous cette réserve, les articles 1er à 3 de la loi déférée ne sont pas contraires à la Constitution ;

6. Considérant que l'article 4 de la loi déférée, qui punit d'un an d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende le fait d'imposer à autrui de dissimuler son visage, et ses articles 5 à 7, relatifs à son entrée en vigueur et à son application, ne sont pas contraires à la Constitution, DÉCIDE :

Article 1er.– Sous la réserve énoncée au considérant 5, la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public est conforme à la Constitution.

Article 2.– La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 7 octobre 2010, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, M. Jacques BARROT, Mme Claire BAZY MALAURIE, MM. Guy CANIVET, Michel CHARASSE, Jacques CHIRAC, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Valéry GISCARD d'ESTAING, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT et M. Pierre STEINMETZ.

Journal officiel du 12 octobre 2010, p. 18345 (@ 2) 13.05.2011

Le 4 septembre 2011

JORF n°0237 du 12 octobre 2010

Texte n°1

LOI

LOI n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (1)

NOR: JUSX1011390L

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 ;

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article 1

Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage.

Article 2

I. — Pour l'application de l'article 1er, l'espace public est constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public.

II. — L'interdiction prévue à l'article 1er ne s'applique pas si la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée par des raisons de santé ou des motifs professionnels, ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles.

Article 3

La méconnaissance de l'interdiction édictée à l'article 1er est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la deuxième classe.

L'obligation d'accomplir le stage de citoyenneté mentionné au 8° de l'article 131-16 du code pénal peut être prononcée en même temps ou à la place de la peine d'amende.

Article 4

Après la section 1 bis du chapitre V du titre II du livre II du code pénal, il est inséré une section 1 ter ainsi rédigée :

« Section 1 ter

« De la dissimulation forcée du visage

« Art. 225-4-10.-Le fait pour toute personne d'imposer à une ou plusieurs autres personnes de dissimuler leur visage par menace, violence, contrainte, abus d'autorité ou abus de pouvoir, en raison de leur sexe, est puni d'un an d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

« Lorsque le fait est commis au préjudice d'un mineur, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 60 000 € d'amende. »

Article 5

Les articles 1er à 3 entrent en vigueur à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la promulgation de la présente loi.

Article 6

La présente loi s'applique sur l'ensemble du territoire de la République.

Article 7

Le Gouvernement remet au Parlement un rapport sur l'application de la présente loi dix-huit mois après sa promulgation. Ce rapport dresse un bilan de la mise en œuvre de la présente loi, des mesures d'accompagnement élaborées par les pouvoirs publics et des difficultés rencontrées.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 11 octobre 2010.

Nicolas Sarkozy

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
François Fillon
La ministre d'Etat, garde des sceaux,
ministre de la justice et des libertés,
Michèle Alliot-Marie

(1) Loi n° 2010-1192. — Travaux préparatoires : Assemblée nationale : Projet de loi n° 2520 ; Rapport de M. Jean-Paul Garraud, au nom de la commission des lois, n° 2648 ; Rapport d'information de Mme Bérengère Poletti, au nom de la délégation aux droits des femmes, n° 2646 ; Discussion les 6 et 7 juillet 2010 et adoption le 13 juillet 2010 (TA n° 524). Sénat : Projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, n° 675 (2009-2010) ; Rapport de M. François-Noël Buffet, au nom de la commission des lois, n° 699 (2009-2010) ; Rapport d'information de Mme Christiane Hummel, au nom de la délégation aux droits des femmes, n° 698 (2009-2010) ; Texte de la commission, n° 700 (2009-2010) ; Discussion et adoption le 14 septembre 2010 (TA n° 161, 2009-2010). — Conseil constitutionnel : Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 publiée au Journal officiel de ce jour.

LE PROCES DE BOBIGNY, UNE TRIBUNE POUR LA LEGALISATION DE L'AVORTEMENT

Le procès de Bobigny est celui du droit à l'interruption volontaire de grossesse, à l'époque régi ou plutôt puni par une loi datant de 1920 qui renvoie devant le Tribunal Correctionnel toute femme se faisant avorter ou apportant un quelconque concours à un avortement. Le cas de la jeune Marie-Claire, une jeune fille ordinaire tombée enceinte par accident, va être érigé en symbole du féminisme.

Dans la loi de 1904 reprise par de celle de 1920, quiconque provoquait l'avortement d'une femme enceinte, qu'elle ait consenti ou non serait puni de la réclusion. La même peine était prononcée contre la femme elle-même chez qui sera pratiqué l'avortement, car elle a consenti à faire usage des moyens de l'avortement. Les médecins, chirurgiens ou autre officiers de santé ainsi que les pharmaciens qui auraient indiqué ou administré les moyens sont condamnés à la peine de travaux forcés dans le cas où l'avortement aurait eu lieu (art. 317 du code pénal).

Marie-Claire CHEVALIER, une jeune fille de 16 ans est enceinte et refuse de garder l'enfant. Elle demande à sa mère Michèle, une employée de la RATP de l'aider. Le gynécologue qui confirme le diagnostic de grossesse ne refuse pas d'avorter la jeune fille, mais il demande 4500 francs, soit trois mois de salaire de la mère. Michèle élève seule ses trois filles de 16, 15 et 14 ans, après avoir été abandonnée par leur père qui ne les avait pas reconnues. Elle ne gagne alors 1500 francs par mois. Celle-ci demande alors de l'aide à sa collègue Lucette, qui à son tour sollicite Renée. Elles s'adressent à une autre collègue, Mme B. qui s'est déjà elle-même avorté dans le passé.

Mme B. pratique l'intervention pour 1200 francs, en posant une sonde. Mais à sa troisième tentative, une hémorragie survient en pleine nuit. Michèle et Marie-Claire vont à l'hôpital, où la mère doit déposer 1200 francs avant même que sa fille soit admise et soignée. La mère dépose un chèque sans provision.

Plusieurs mois plus tard, Daniel le petit ami de la jeune fille, soupçonné d'avoir participé à un vol de voitures, est arrêté. Il dénonce Marie-Claire dans l'espoir que les policiers le laissent tranquille. Michèle et Marie-Claire, ainsi que les trois collègues de Michèle sont alors inculpées.

La mère trouve à la bibliothèque de la RATP le livre *Djamila Boupacha* écrit par l'avocate Gisèle Halimi sur une militante algérienne violée et torturée par des soldats français. Les femmes poursuivies contactent l'avocate, qui accepte de les défendre.



Gisèle Halimi décide de mener un procès politique de l'avortement en attaquant l'injustice de la loi de 1920. L'affaire est disjointe du fait que Marie-Claire est mineure. Entre-temps, la fable du viol de la jeune fille a été montée pour donner plus d'exemplarité au procès, et plus de respectabilité aussi. La jeune fille est renvoyée devant le tribunal pour enfants de Bobigny, à huis clos le 11 juillet 1972.

Pendant l'audience, le procureur émet des doutes sur la réalité du viol de la jeune fille, s'étonnant qu'elle ne soit pas allée le signaler à la police. On essaie aussi de faire dire à Marie-Claire que sa mère l'a obligée à avorter, ce qu'elle dément : « J'étais une écolière, et à mon âge, je ne me sentais pas du tout la possibilité ou l'envie d'avoir un enfant... » . Marie-Claire est relaxée, parce qu'elle est considérée comme ayant souffert de « contraintes d'ordre moral, social, familial, auxquelles elle n'avait pu résister ».

L'audience des 4 autres prévenues se tient le 8 novembre 1972. De nombreuses personnalités viennent manifester leur soutien : le scientifique Jean Rostand, les Prix Nobel et biologistes Jacques Monod et François Jacob, des comédiennes, des hommes politiques comme Michel Rocard, des personnalités engagées des lettres comme Simone de Beauvoir...



Gisèle Halimi fait valoir que désobéir à une loi injuste, c'est faire avancer la démocratie. Elle plaide : « Regardez-vous messieurs. Et regardez-nous. Quatre femmes comparaissent devant des hommes. Pour parler de quoi ? D'utérus, de grossesses, d'avortements. Ne croyez-vous pas que l'injustice fondamentale soit déjà là ? »

Michèle C. est condamnée à 500 francs d'amende avec sursis. Elle fait appel de ce jugement, mais le ministère public laisse volontairement apparemment passer le délai de 3 ans pour fixer l'affaire à la cour d'appel. L'affaire se prescrit. Lucette D. et Renée S. sont relaxées, le tribunal jugeant qu'elles ne sont pas complices parce qu'elles n'auraient pas eu « des rapports directs avec Marie-Claire ». Mme B. est condamnée à un an de prison avec sursis pour avoir pratiqué l'avortement.

L'avocate Gisèle Halimi a su exploiter un fait divers pour obtenir ce qu'elle revendiquera ensuite comme un "procès politique" : "s'adresser, par-dessus la tête des magistrats, à l'opinion publique tout entière, au pays. Pour cela, organiser une démonstration de synthèse, dépasser les faits eux-mêmes, faire le procès d'une loi, d'un système, d'une politique." Elle félicitera par la suite les journalistes d'avoir "parfaitement joué le jeu".

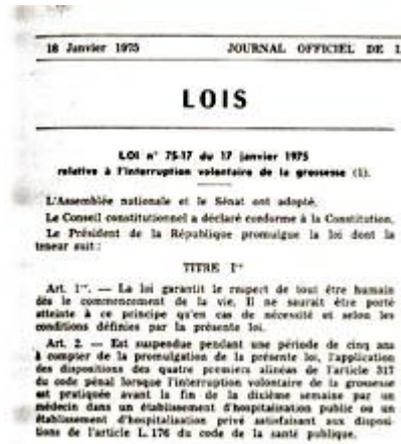
Le procès de Bobigny suscite commentaires et débats dans tout le pays. Le lendemain du procès, France Soir publie à la une la photo du professeur Milliez avec en titre « J'aurais accepté d'avorter Marie-Claire... » Des centaines d'articles, de flashes ou d'émissions sur les radios et télévisions sont consacrés à l'affaire. Le greffe de Bobigny reçoit dans les jours qui

précèdent le procès, des lettres, pétitions et télégrammes demandant la relaxe des inculpées.

Un peu plus tard, le président de la République, Georges pompidou, questionné sur l'avortement lors d'une conférence de presse, se déclare « révulsé » par la question. Mais il doit admettre que la législation en vigueur est dépassée. Le retentissement considérable du procès contribuera en 1975 à la loi VEIL sur l'IVG.

Intervenant le 8 mars 2004 lors d'un colloque au Sénat, Gisèle Halimi a révélé que "Marie-Claire avait été *presque violée* par un ami auquel elle ne voulait pas céder". Michèle, auditionnée en novembre 1973 par l'Assemblée nationale dans le cadre d'un projet de dépénalisation de l'avortement pour quelques cas extrêmes, dont l'inceste et le viol, protestait déjà : "L'avortement de Marie-Claire, c'était un cas social et, si le projet de loi gouvernemental passait, tout serait à refaire en ce qui nous concerne. En effet, Marie-Claire n'entrerait pas dans les cas considérés et le même drame recommencerait... " Ce qui veut bien dire que Marie-Claire n'avait pas été violée, un mensonge bien curieux pour l'avocate qui s'est courageusement battue pour qu'on ne néglige plus ces plaintes pour viol en obtenant, grâce à un autre procès historique, la criminalisation du viol, alors que l'acte relevait de la correctionnelle. Toujours est-il que l'objectif a été brillamment atteint et que le procès de Bobigny constitue un exemple parfait de fait divers érigé en porte-drapeau d'une cause.

Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse
(Publiée au *Journal officiel* du 18 janvier 1975)



Journal officiel de la République française
du 18 janvier 1975

TITRE PREMIER

Article premier.

La loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi.

Art. 2.

Est suspendue pendant une période de cinq ans à compter de la promulgation de la présente loi, l'application des dispositions des quatre premiers alinéas de l'article 317 du Code pénal lorsque l'interruption volontaire de la grossesse est pratiquée avant la fin de la dixième semaine par un médecin dans un établissement d'hospitalisation public ou un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux dispositions de l'article L. 176 du Code de la santé publique.

TITRE II

Art. 3.

Après le chapitre III du titre premier du Livre II du Code de la santé publique, il est inséré un chapitre III *bis* intitulé "Interruption volontaire de la grossesse".

Art. 4.

La section I du chapitre III *bis* du titre premier du Livre II du Code de la santé publique est ainsi rédigée :

" SECTION I

" Interruption volontaire de la grossesse pratiquée avant la fin de la dixième semaine.

" *Art. L. 162-1.* - La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut

être pratiquée qu'avant la fin de la dixième semaine de grossesse.

" *Art. L. 162-2.* - L'interruption volontaire d'une grossesse ne peut être pratiquée que par un médecin.

" Elle ne peut avoir lieu que dans un établissement d'hospitalisation public ou dans un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux dispositions de l'article L. 176.

" *Art. L. 162-3.* - Le médecin sollicité par une femme en vue de l'interruption de sa grossesse doit, sous réserve de l'article L. 162-8 :

" 1° Informer celle-ci des risques médicaux qu'elle encourt pour elle-même et pour ses maternités futures ;

" 2° Remettre à l'intéressée un dossier guide comportant :

" a) L'énumération des droits, aides et avantages garantis par la loi aux familles, aux mères, célibataires ou non, et à leurs enfants, ainsi que des possibilités offertes par l'adoption d'un enfant à naître ;

" b) La liste et les adresses des organismes visés à l'article L. 162-4.

" Un arrêté précisera dans quelles conditions les directions départementales d'action sanitaire et sociale assureront la réalisation des dossiers guides destinés aux médecins.

" *Art. L. 162-4.* - Une femme s'estimant placée dans la situation visée à l'article L. 162-1 doit, après la démarche prévue à l'article L. 162-3, consulter un établissement d'information, de consultation ou de conseil familial, un centre de planification ou d'éducation familiale, un service social ou un autre organisme agréé qui devra lui délivrer une attestation de consultation.

" Cette consultation comporte un entretien particulier au cours duquel une assistance et des conseils appropriés à la situation de l'intéressée lui sont apportés, ainsi que les moyens nécessaires pour résoudre les problèmes sociaux posés.

" Les personnels des organismes visés au premier alinéa sont soumis aux dispositions de l'article 378 du Code pénal.

" Chaque fois que cela est possible, le couple participe à la consultation et à la décision à prendre.

" *Art. L. 162-5.* - Si la femme renouvelle, après les consultations prévues aux articles L. 162-3 et L. 162-4, sa demande d'interruption de grossesse, le médecin doit lui demander une confirmation écrite ; il ne peut accepter cette confirmation qu'après l'expiration d'un délai d'une semaine suivant la première demande de la femme.

" *Art. L. 162-6.* - En cas de confirmation, le médecin peut pratiquer lui-même l'interruption de grossesse dans les conditions fixées au deuxième alinéa de l'article L. 162-2. S'il ne pratique pas lui-même l'intervention, il restitue à la femme sa demande pour que celle-ci soit remise au médecin choisi par elle et lui délivre en outre un certificat attestant qu'il s'est conformé aux dispositions des articles L. 162-3 et L. 162-5.

" L'établissement dans lequel la femme demande son admission doit se faire remettre les attestations justifiant qu'elle a satisfait aux consultations prescrites aux articles L. 162-3 à L. 162-5.

" *Art. L. 162-7.* - Si la femme est mineure célibataire, le consentement de l'une des personnes qui exerce l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal est requis.

" *Art. L. 162-8.* - Un médecin n'est jamais tenu de donner suite à une demande d'interruption de grossesse ni de pratiquer celle-ci mais il doit informer, dès la première visite, l'intéressée de son refus.

" Sous la même réserve, aucune sage-femme, aucun infirmier ou infirmière, aucun

auxiliaire médical, quel qu'il soit, n'est tenu de concourir à une interruption de grossesse.
" Un établissement d'hospitalisation privé peut refuser que des interruptions volontaires de grossesse soient pratiquées dans ses locaux.

" Toutefois, dans le cas où l'établissement a demandé à participer à l'exécution du service public hospitalier ou conclu un contrat de concession, en application de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, ce refus ne peut être opposé que si d'autres établissements sont en mesure de répondre aux besoins locaux.

" *Art. L. 162-9.* - Tout établissement dans lequel est pratiquée une interruption de grossesse doit assurer, après l'intervention, l'information de la femme en matière de régulation des naissances.

" *Art. L. 162-10.* - Toute interruption de grossesse doit faire l'objet d'une déclaration établie par le médecin et adressée par l'établissement où elle est pratiquée au médecin inspecteur régional de la santé ; cette déclaration ne fait aucune mention de l'identité de la femme.

" *Art. L. 162-11.* - L'interruption de grossesse n'est autorisée pour une femme étrangère que si celle-ci justifie de conditions de résidence fixées par voie réglementaire.

" Les femmes célibataires étrangères âgées de moins de dix-huit ans doivent en outre se soumettre aux conditions prévues à l'article L. 162-7."

Art. 5.

La section II du chapitre III *bis* du titre premier du Livre II du code de la santé publique est ainsi rédigée :

" SECTION II

" Interruption volontaire de la grossesse pratiquée pour motif thérapeutique.

" *Art. L. 162-12.* - L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins attestent, après examen et discussion, que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ou qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

" L'un des deux médecins doit exercer son activité dans un établissement d'hospitalisation public ou dans un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux conditions de l'article L 176 et l'autre être inscrit sur une liste d'experts près la Cour de cassation ou près d'une cour d'appel.

" Un des exemplaires de la consultation est remis à l'intéressée ; deux autres sont conservés par les médecins consultants.

" *Art. L. 162-13.* - Les dispositions des articles L. 162-2 et L. 162-8 à L. 162-10 sont applicables à l'interruption volontaire de la grossesse pratiquée pour motif thérapeutique."

Art. 6.

Le section III du chapitre III *bis* du titre premier du Livre II du Code de la santé publique est ainsi rédigée :

" SECTION III

" Dispositions communes.

" *Art. L. 162-14.* - Un décret en Conseil d'État fixera les conditions d'application du

présent chapitre."

TITRE III

Art. 7.

I. - L'intitulé de la section I du chapitre V du Livre II du Code de la santé publique est modifié comme suit :

" SECTION I

" Etablissements d'hospitalisation recevant des femmes enceintes.

II. - A l'article L. 176 du code de la santé publique les mots "une clinique, une maison d'accouchement ou un établissement privé" sont remplacés par les mots "un établissement d'hospitalisation privé".

III. - L'article L. 178 du code de la santé publique est modifié comme suit :

" *Art. L 178.* - Le préfet peut, sur rapport du médecin inspecteur départemental de la santé prononcer le retrait de l'autorisation prévue à l'article L. 176 si l'établissement cesse de remplir les conditions fixées par le décret prévu audit article ou s'il contrevient aux dispositions des articles L. 162-6, deuxième alinéa, et L. 162-9 à L. 162-11."

IV. - Il est introduit dans le Code de la santé publique un article L. 178-1 ainsi rédigé :

" *Art. L. 178-1.* - Dans les établissements visés à l'article L. 176 le nombre d'interruptions volontaires de grossesse pratiquées chaque année ne pourra être supérieur au quart du total des actes chirurgicaux et obstétricaux.
" Tout dépassement entraînera la fermeture de l'établissement pendant un an. En cas de récidive, la fermeture sera définitive."

Art. 8.

Les frais de soins et d'hospitalisation afférents à l'avortement volontaire, effectué dans les conditions prévues au chapitre III *bis* du titre premier du Livre II du Code de la santé publique, ne peuvent excéder les tarifs fixés en application de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix.

Art. 9.

Il est ajouté au titre III, chapitre VII du Code de la famille et de l'aide sociale un article L 181-2 ainsi rédigé :

" *Art. L 181-2.* - Les frais de soins et d'hospitalisation afférents à l'interruption volontaire de grossesse effectuée dans les conditions prévues au chapitre III *bis* du titre premier du Livre II du Code de la santé publique sont pris en charge dans les conditions fixées par décret."

Art. 10.

L'article L. 647 du code de la santé publique est remplacé par les dispositions suivantes :

" *Art. L. 647.* - Sans préjudice des dispositions de l'article 60 du Code pénal, seront punis d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 2.000 à

20.000 F ou de l'une de ces deux peines seulement, ceux qui, par un moyen quelconque, auront provoqué à l'interruption de grossesse, même licite, alors même que cette provocation n'aurait pas été suivie d'effet.

" Seront punis des mêmes peines ceux qui, par un moyen quelconque, sauf dans les publications réservées aux médecins et aux pharmaciens, auront fait de la propagande ou de la publicité directe ou indirecte concernant soit les établissements dans lesquels sont pratiquées les interruptions de grossesse, soit les médicaments, produits et objets ou méthodes destinés à procurer ou présentés comme de nature à procurer une interruption de grossesse.

" En cas de provocation, de propagande ou de publicité au moyen de l'écrit, même introduit de l'étranger, de la parole ou de l'image, même si celles-ci ont été émises de l'étranger, pourvu qu'elles aient été perçues en France, les poursuites prévues aux alinéas précédents seront exercées contre les personnes énumérées à l'article 285 du Code pénal, dans les conditions fixées par cet article, si le délit a été commis par la voie de la presse, et contre les personnes reconnues responsables de l'émission ou, à leur défaut, les chefs d'établissements, directeurs ou gérants des entreprises ayant procédé à la diffusion ou en ayant tiré profit, si le délit a été commis par toute autre voie."

Art. 11.

Les dispositions du titre II de la présente loi seront applicables tant que le titre premier restera en vigueur.

L'application des articles L. 161-1, L. 650 et L. 759 du Code de la santé publique est suspendue pour la même durée.

Art. 12.

Le début du deuxième alinéa de l'article 378 du Code pénal est ainsi rédigé :

" Toutefois, les personnes ci-dessus énumérées, sans être tenues de dénoncer les avortements pratiqués dans des conditions autres que celles qui sont prévues par la loi, dont elles ont eu connaissance..." (*Le reste sans changement.*)

Art. 13.

En aucun cas l'interruption volontaire de la grossesse ne doit constituer un moyen de régulation des naissances. A cet effet, le Gouvernement prendra toutes les mesures nécessaires pour développer l'information la plus large possible sur la régulation des naissances, notamment par la création généralisée, dans les centres de protection maternelle et infantile, de centres de planification ou d'éducation familiale et par l'utilisation de tous les moyens d'information.

Art. 14.

Chaque centre de planification ou d'éducation familiale constitué dans les centres de protection maternelle et infantile sera doté des moyens nécessaires pour informer, conseiller et aider la femme qui demande une interruption volontaire de grossesse.

Art. 15.

Les décrets pris pour l'application de la présente loi seront publiés dans un délai de six mois à compter de la date de sa promulgation.

Art. 16.

Le rapport sur la situation démographique de la France, présenté chaque année au

Parlement par le ministre chargé de la Population, en application de la loi n° 67-1176 du 28 décembre 1967, comportera des développements sur les aspects sociodémographiques de l'avortement..

En outre, l'Institut national d'études démographiques analysera et publiera, en liaison avec l'Institut national de la santé et de la recherche médicale, les statistiques établies à partir des déclarations prévues à l'article L. 162-10 du Code de la santé publique.

Cour de cassation

chambre civile 1

Audience publique du 13 mars 2007

N° de pourvoi: 05-16627

Publié au bulletin

Rejet

M. Ancel , président

M. Pluyette, conseiller apporteur

M. Domingo, avocat général

SCP Thouin-Palat, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Bordeaux, 19 avril 2005), que, malgré l'opposition notifiée le 27 mai 2004 par le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Bordeaux, le maire de la commune de Bègles, en sa qualité d'officier d'état civil, a procédé, le 5 juin 2004, au mariage de MM. X... et Y... et l'a transcrit sur les registres de l'état civil ; que cet acte a été annulé, avec mention en marge des actes de naissance des intéressés ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que MM. X... et Y... font grief à l'arrêt d'avoir déclaré recevable l'action du ministère public, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en vertu de l'article 184 du code civil, tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 et 163, peut être attaqué par le ministère public ; qu'aucun de ces textes ne pose comme critère de validité du mariage la différence de sexe des époux ; qu'en déclarant recevable l'action du ministère public, la cour d'appel a violé l'article 184 du code civil ;

2°/ qu'en dehors des cas spécifiés par la loi, le ministère public ne peut agir que pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ; qu'en déclarant recevable l'action du ministère public, sans dire en quoi les faits qui lui étaient soumis, non contraires aux articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 et 163 du code civil, avaient porté atteinte à l'ordre public, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 423 du nouveau code de procédure civile ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article 423 du nouveau code de procédure civile, le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ; que la célébration du mariage au mépris de l'opposition du ministère public ouvre à celui-ci une action en contestation de sa validité ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le second moyen, pris en ses cinq branches :

Attendu que MM. X... et Y... font grief à l'arrêt d'avoir annulé l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, avec transcription en marge de cet acte et de leur acte de naissance, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en retenant que la différence de sexe constitue en droit interne français une condition de l'existence du mariage, cependant que cette condition est étrangère aux articles 75 et 144 du code civil, que le premier de ces textes n'impose pas de formule sacramentelle à l'échange des consentements des époux faisant référence expressément aux termes "mari et femme", la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

2°/ qu'il y a atteinte grave à la vie privée garantie par l'article 8 de la Convention lorsque le droit interne est incompatible avec un aspect important de l'identité personnelle du requérant ; que le droit pour chaque individu d'établir les détails de son identité d'être humain est protégé, y compris le droit pour chacun, indépendamment de son sexe et de son orientation sexuelle, d'avoir libre choix et libre accès au mariage ; qu'en excluant les couples de même sexe de l'institution du mariage et en annulant l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, la cour d'appel a violé les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ que par l'article 12 de la Convention se trouve garanti le droit fondamental de se marier et de fonder une famille ; que le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la première branche de la disposition en cause ; qu'en excluant les couples de même sexe, que la nature n'a pas créés potentiellement féconds, de l'institution du mariage, cependant que cette réalité biologique ne saurait en soi passer pour priver ces couples du droit de se marier, la cour d'appel a violé les articles 12 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ alors que si l'article 12 de la Convention vise expressément le droit pour un homme et une femme de se marier, ces termes n'impliquent pas obligatoirement que les époux soient de sexe différent, sous peine de priver les homosexuels, en toutes circonstances, du droit de se marier ; qu'en excluant les couples de même sexe de l'institution du mariage, et en annulant l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, la cour d'appel a violé les articles 12 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

5°/ que le libellé de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'écarte délibérément de celui de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce qu'il garantit le droit de se marier sans référence à l'homme et à la femme ; qu'en retenant que les couples de même sexe ne seraient pas concernés par l'institution du mariage, et en annulant l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, la cour d'appel a violé l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

Mais attendu que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne MM. X... et Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau code de procédure civile, rejette la demande de MM. X... et Y... ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du treize mars deux mille sept. **Publication** : Bulletin 2007, I, N° 113

Décision attaquée : Cour d'appel de Bordeaux du 19 avril 2005

Titrages et résumés : MINISTERE PUBLIC - Partie principale - Intérêt à agir -
Fondement - Défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci -
Applications diverses

Aux termes de l'article 423 du nouveau code de procédure civile, le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci. La

célébration du mariage au mépris de l'opposition du ministère public ouvre à celui-ci une action en contestation de sa validité

MARIAGE - Nullité - Action en nullité - Ouverture - Cas - Célébration au mépris de l'opposition du ministère public

MARIAGE - Célébration - Opposition du ministère public - Méconnaissance - Portée

MARIAGE - Validité - Conditions - Conditions de fond - Différence de sexe des époux - Portée

Selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme. Ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire

CONVENTIONS INTERNATIONALES - Accords et conventions divers - Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - Force obligatoire - Défaut - Portée

CONVENTIONS INTERNATIONALES - Accords et conventions divers - Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - Libertés - Article 9 - Droit de se marier et droit de fonder une famille - Atteinte - Caractérisation - Défaut - Cas - Interdiction du mariage entre personnes de même sexe

COMMUNAUTE EUROPEENNE - Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - Force obligatoire - Défaut - Portée

COMMUNAUTE EUROPEENNE - Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - Libertés - Article 9 - Droit de se marier et droit de fonder une famille - Atteinte - Caractérisation - Défaut - Cas - Interdiction du mariage entre personnes de même sexe

CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME - Article 8 - Respect de la vie familiale - Compatibilité - Exigence de la différence de sexe des époux comme condition de validité du mariage - Portée

CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME - Article 8 - Respect de la vie privée - Exercice de ce droit - Compatibilité - Exigence de la différence de sexe des époux comme condition de validité du mariage - Portée

CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME - Article 14 - Interdiction de discrimination - Compatibilité - Exigence de la différence de sexe des époux comme condition de validité du mariage - Portée

CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME - Article 12 - Droit au mariage - Exercice de ce droit - Compatibilité - Exigence de la différence de sexe des époux comme condition de validité du mariage - Portée

Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011

Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe]

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 16 novembre 2010 par la Cour de cassation (première chambre civile, arrêt n° 1088 du 16 novembre 2010), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par Mmes Corinne C. et Sophie H., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 75 et 144 du code civil.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le code civil ;

Vu l'arrêt n° 05-16627 de la Cour de cassation (première chambre civile) du 13 mars 2007 ;

Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 8 décembre 2010 ;

Vu les observations produites pour les requérantes par Me Emmanuel Ludot, avocat au barreau de Reims, enregistrées le 14 décembre 2010 ;

Vu les observations en interventions produites pour l'Association SOS Homophobie et l'Association des parents et futurs parents gays et lesbiens par Me Caroline Mécary, avocat au barreau de Paris, enregistrées le 14 décembre 2010 ;

Vu les pièces produites et jointes au dossier ;

Me Ludot pour les requérantes, Me Mécary pour les associations intervenantes et M. Thierry-Xavier Girardot, désigné par le Premier ministre, ayant été entendus à l'audience publique du 18 janvier 2011 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant qu'aux termes de l'article 75 du code civil : « Le jour désigné par les parties, après le délai de publication, l'officier de l'état civil, à la mairie, en présence d'au moins deux témoins, ou de quatre au plus, parents ou non des parties, fera lecture aux futurs époux des articles 212, 213 (alinéas 1er et 2), 214 (alinéa 1er) et 215 (alinéa 1er) du présent code. Il sera également fait lecture de l'article 371-1.

« Toutefois, en cas d'empêchement grave, le procureur de la République du lieu du mariage pourra requérir l'officier de l'état civil de se transporter au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour célébrer le mariage. En cas de péril imminent de mort de l'un des futurs époux, l'officier de l'état civil pourra s'y transporter avant toute réquisition ou autorisation du procureur de la République, auquel il devra ensuite, dans le plus bref délai, faire part de la nécessité de cette célébration hors de la maison commune.

« Mention en sera faite dans l'acte de mariage.

« L'officier de l'état civil interpellera les futurs époux, et, s'ils sont mineurs, leurs ascendants présents à la célébration et autorisant le mariage, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage et, dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les nom et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu.

« Si les pièces produites par l'un des futurs époux ne concordent point entre elles quant aux prénoms ou quant à l'orthographe des noms, il interpellera celui qu'elles concernent, et s'il est mineur, ses plus proches ascendants présents à la célébration, d'avoir à déclarer que le défaut de concordance résulte d'une omission ou d'une erreur.

« Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ; il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ » ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article 144 du même code : « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus » ;

3. Considérant que la question prioritaire de constitutionnalité porte sur le dernier alinéa de l'article 75 du code civil et sur son article 144 ; que ces dispositions doivent être regardées comme figurant au nombre des dispositions législatives dont il résulte, comme la Cour de cassation l'a rappelé dans l'arrêt du 13 mars 2007 susvisé, « que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » ;

4. Considérant que, selon les requérantes, l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe et l'absence de toute faculté de dérogation judiciaire portent atteinte à l'article 66 de la Constitution et à la liberté du mariage ; que les associations intervenantes soutiennent, en outre, que sont méconnus le droit de mener une vie familiale normale et l'égalité devant la loi ;

5. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant « l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités » ; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ; que l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; que cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ;

6. Considérant, en premier lieu, que l'article 66 de la Constitution prohibe la détention arbitraire et confie à l'autorité judiciaire, dans les conditions prévues par la loi, la protection de la liberté individuelle ; que la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle, résulte des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; que les dispositions contestées n'affectent pas la liberté individuelle ; que, dès lors, le grief tiré de la violation de l'article 66 de la Constitution est inopérant ;

7. Considérant, en second lieu, que la liberté du mariage ne restreint pas la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution pour fixer les conditions du mariage dès lors que, dans l'exercice de cette compétence, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ;

8. Considérant, d'une part, que le droit de mener une vie familiale normale résulte du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ; que le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil ne font pas obstacle à la liberté des couples de même sexe de vivre en concubinage dans les conditions définies par l'article 515-8 de ce code ou de bénéficier du cadre juridique du pacte civil de solidarité régi par ses articles 515-1 et suivants ; que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas le droit de se marier pour les couples de même sexe ; que, par suite, les dispositions critiquées ne portent pas atteinte au droit de mener une vie familiale normale ;

9. Considérant, d'autre part, que l'article 6 de la Déclaration de 1789 dispose que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité

ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation ; que, par suite, le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté ;

10. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le grief tiré de l'atteinte à la liberté du mariage doit être écarté ;

11. Considérant que les dispositions contestées ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit,

DÉCIDE :

Article 1er.° Le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil sont conformes à la Constitution.

Article 2.° La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 27 janvier 2011 où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, M. Jacques BARROT, Mme Claire BAZY MALAURIE, MM. Guy CANIVET, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Hubert HAENEL et Pierre STEINMETZ.

Rendu public le 28 janvier 2011.

Journal officiel du 29 janvier 2011, p. 1894 (@ 82)