

Droit et valeurs fondamentales

À propos de l'Ordonnance du Conseil d'État du 26 août 2016 sur le *burkini*

POINTS-CLÉS → Et si, contrairement à ce qu'a jugé le Conseil d'État dans son ordonnance du 26 août suspendant un arrêté municipal d'interdiction temporaire du port du *burkini* sur les plages de Villeneuve-Loubet, les valeurs fondamentales avaient à voir avec l'ordre public en France ?



Noelle Lenoir, Partner
Kramer Levin Naftalis &
Frankel LLP, ancien membre
du Conseil constitutionnel

Le Conseil d'État a tranché : le port du *burkini*, jusqu'ici totalement inconnu sur les plages françaises, aux abords de Nice et aux lendemains d'une des attaques islamistes les plus meurtrières dans un climat particulièrement traumatique pour les habitants de cette région, ne peut engendrer de troubles à l'ordre public, quelles que soient les réactions émotionnelles, plus ou moins mal venues, qui se sont manifestées et pourraient perdurer (CE, ord., 26 août 2016, n° 402742, 402777 : *JurisData* n° 2016-015886). Le *burkini*, dont le nom emprunte au *bikini*, mais aussi à la *burqa*, symbole de l'oppression de la femme afghane, est tout aussi étranger aux valeurs fondamentales notamment celle de l'égalité hommes/femmes, l'affaire n'étant qu'un cas classique relevant du contrôle traditionnel des pouvoirs de police administrative des maires. Mais ce n'est peut-être pas si simple.

Des modalités de contrôle très classiques sur la police municipale. - Sans doute une telle conception restrictive des pouvoirs de police administrative des maires s'inscrit-elle dans la ligne d'une jurisprudence plus que séculaire. Pour exemple l'arrêt *Abbé Olivier* qui annule un arrêté municipal prohibant des processions religieuses où étaient portés des habits sacerdotaux lors de funérailles (CE, 19 févr. 1909, n° 27355 : *Rec. CE* 1909, p. 181). La mesure, selon le Conseil d'État,

n'était « pas strictement nécessaire au maintien de l'ordre » et de plus, faisait-il observer, en vertu de la loi de 1887 sur les pompes funèbres, il appartient aux maires de « respecter les habitudes et traditions locales ». Le nom évocateur du *burkini*, tout autant que l'appartenance d'un des principaux requérants dans l'affaire de *Villeneuve-Loubet* au « Collectif contre l'Islamophobie en France » confirme bien, s'il en était besoin, que le débat, au fond, porte encore sur le port des signes religieux visibles, à l'exception près que le *burkini* n'est pas une tenue vestimentaire ancrée dans les traditions locales telle la *capelina* de la bouquetière niçoise. Pour autant, le Conseil d'État s'est gardé d'aborder le sujet de la cohésion sociale dans la « République laïque » qu'est la France aux termes de l'article 1^{er} de la Constitution. Il a préféré s'inscrire sur le strict plan de la police municipale protectrice de l'ordre public au sens matériel, en éludant les aspects identitaires et sociétaux propres aux spécificités de la laïcité à la française.

Une marge d'appréciation réduite des élus locaux. - En admettant – *quod non* – que cette grille d'analyse très classique ait été la meilleure voie pour garantir sur la durée la paix civile dans un pays passablement perturbé depuis ces dernières années par l'irruption de la violence dans le débat religieux, il est cependant surprenant de constater que notre Haute juridiction administrative ait retenu dans l'ordonnance du 26 août une approche des relations entre l'État et les collectivités décentralisées qui a peu changé au fil du temps. Dans l'affaire de *l'Abbé Olivier*, le commissaire du gouvernement Chardenet, pouvait s'adresser au Conseil d'État en ces termes : « Vous qui êtes appelés à jouer un peu le rôle de supérieur hiérarchique des autorités

administratives, vous devez examiner quelle est la limite des devoirs du maire et rechercher si les arrêtés de police ont été pris dans l'intérêt du maintien de l'ordre public ». Aujourd'hui, les mots de « supérieur hiérarchique » sembleraient incongrus. Le maire n'est plus principalement – comme il l'était en vertu de la loi du 5 avril 1884 – un représentant de l'État (CGCT, art. L. 1111-1). Sauf à Paris, il exerce très majoritairement des pouvoirs propres. Les libertés municipales sont devenues parties intégrantes des libertés fondamentales. Depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 (L. const. n° 2003-276), l'article 1^{er} de la Constitution, à côté de l'affirmation de l'existence d'une République « une et indivisible », consacre en effet « l'organisation décentralisée » de la France. Ce changement de contexte explique pour partie les réactions de certains des élus concernés, motivées par des circonstances locales très particulières et les réactions suscitées chez une partie de la population. Le juge des référés n'a pas tenu compte d'un contexte de plus en plus tendu entre le local et le national. Il aurait pu le faire en essayant de sauver l'arrêté municipal attaqué en valorisant les pouvoirs d'appréciation d'un maire confronté à une situation locale particulière, sans même évoquer les enjeux de laïcité en filigrane de *l'affaire du burkini*. Ne serait-il pas temps de tenir compte des contraintes renforcées des élus qui sont conduits de nos jours à engager nombre de policiers municipaux pour régler les problèmes d'ordre public que l'État ne prend plus en charge ? En exigeant des élus qu'ils pourvoient à un nombre croissant de tâches de police administrative, dans le même temps, les juges seraient avisés de cesser de leur dénier la marge d'appréciation qui correspond à leurs

responsabilités nouvelles. Moyennant cet effort, il n'est pas exclu que l'interdiction temporaire et géographiquement circonscrite du *burkini* à Villeneuve-Loubet ait pu être jugée « nécessaire, adaptée et proportionnée », suivant les critères requis en matière d'encadrement des libertés.

Une conception restrictive de l'ordre public matériel. - Au-delà de l'urgence d'une réflexion salutaire sur l'étendue des pouvoirs locaux, la principale interrogation soulevée par l'ordonnance du 26 août est de savoir si le Conseil d'État n'a pas *in fine* manqué l'opportunité d'apporter sa pierre, après la Cour EDH, à ce que la Cour de Strasbourg désigne comme le vouloir « vivre ensemble » au sens du pluralisme religieux dans la tradition laïque française. Dans l'arrêt S.A.S. c. France, à propos de la loi du 11 octobre 2010 sur l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, la Cour EDH cite le rapport de la mission d'information de l'Assemblée nationale sur « la pratique du port du voile intégral sur le territoire national » regardée comme « aux antipodes des valeurs de la République... et une négation du principe de liberté parce qu'il est la manifestation d'une oppression et que, par son existence même, il bafoue aussi bien le principe d'égalité entre les sexes que celui d'égalité des êtres humains » ; ajoutant que « le rapport retient en outre que le voile intégral exprime le refus de toute fraternité par le rejet de l'autre et la contestation frontale de la conception française du vivre ensemble » (§ 17) (CEDH, gr. ch., 1^{er} juill. 2014, S.A.S. c/France, n° 43835/11 : *JurisData* n° 2014-015213). La Cour reconnaît « le rôle de l'État en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances... [pour] assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique... [ce qui exclut] un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de celui-ci quant à la légitimité des croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci » (§ 127). Et la Cour conclut, rappelant la large marge d'appréciation des États, « que l'interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 peut passer pour proportionnée au but poursuivi, à savoir la préservation des conditions du « vivre ensemble » en tant qu'élément de la « protection des droits et libertés d'autrui » ».

Ordre public, égalité hommes/femmes et dignité humaine. - Cette jurisprudence de la Cour de Strasbourg aurait pu inspirer la décision dans l'espèce de Villeneuve-Loubet. Si un maire en vient à interdire le port d'un costume de bain, c'est bien en raison d'une sensibilité particulière dans le public et parce que le port

du *burkini*, dont le nom est volontairement évocateur, se veut l'expression de convictions religieuses imposant une vision de la femme qui n'est pas considérée comme recevable dans l'ordre public français. Là est le sujet de fond quoi qu'on en dise. Or l'ordre public, dans une France membre de l'Union européenne (V. *Traité UE*, art. 2, § 2 : « L'Union respecte l'égalité des États membres... ainsi que leur identité nationale ») et ouverte à l'international, ne peut être limité à la sécurité. Il doit se référer à nos valeurs constitutionnelles, celles auxquelles nous accordons suffisamment d'importance pour vouloir les affirmer face au reste du monde. Parmi ces valeurs, au premier rang l'égalité de l'homme et de la femme affirmée à l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946. Si le Conseil d'État avait pris en compte le débat national en cours, et eu égard aux circonstances locales de l'espèce, au climat de tension dans la région ainsi qu'à la durée limitée de l'arrêté attaqué venant à échéance le 15 septembre, l'arrêté municipal attaqué pouvait être sauvé. Le juge n'a pas choisi cette voie, préférant s'en tenir à des considérations plus mécaniques. Entend-il définitivement revenir sur sa jurisprudence en matière d'ordre public en lien avec des valeurs fondamentales ? Dans l'arrêt *Morsang-sur-Orge*, il affirmait, à propos de l'interdiction du lancer de nain par un maire - annulé -, que « le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public » (CE, ass., 27 oct. 1995, n° 136727 : *JurisData* n° 1995-047649). P. Frydman, commissaire du gouvernement, avait très bien montré, que, si l'ordre public n'est pas l'ordre moral, en revanche il ne peut se définir comme purement « matériel et extérieur », mais recouvre une conception de l'homme que les pouvoirs publics doivent faire respecter. Loin de réhabiliter une exigence périmée de « moralité publique » écartée par la jurisprudence *Morsang-Sur-Orge*, et qui n'était pas en cause dans l'affaire de Villeneuve-Loubet, la question soulevée était celle de la marge d'appréciation du maire quant aux implications de certains comportements affichés *hic et nunc* et dans un contexte précis, voire d'exception, celui qui est actuellement le nôtre. À l'évidence, l'ordre public, dans sa conception extensive, a été rejeté, comme l'a été la perche tendue par le précédent de l'ordonnance du 9 janvier 2014 sur l'interdiction d'un spectacle de *Dieudonné* (CE, ord., 9 janv. 2014, n° 374508 : *JurisData* n° 2014-000046). Dans cette espèce, le juge des référés du Conseil d'État avait justifié l'interdiction du spectacle en tant qu'il contenait des « propos de caractère antisémite, qui incitent à la haine raciale... en méconnaissance de la dignité humaine ». Il a

estimé que les réactions à la tenue du spectacle faisaient « apparaître, dans un climat de vive tension, des risques sérieux de troubles à l'ordre public qu'il serait très difficile aux forces de police de maîtriser ». Parallèlement, l'ordonnance du 26 août aurait pu prendre en compte ce que suggère le *burkini*, comme sous-produit de la *burqa*, à savoir que la femme n'est pas l'égal de l'homme. Une telle conception « sociétale » de l'ordre public renvoyant à des valeurs est proprement européenne. La CJUE a ainsi validé les restrictions à la libre circulation des biens et des services fondées sur un motif d'ordre public tiré de la nécessité du respect de la dignité humaine (CJUE, 14 oct. 2004, aff. C-36/02, *Oméga*). La Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur, elle-même, indique que « la notion « d'ordre public », telle qu'interprétée par la Cour de justice, recouvre la protection contre une menace réelle et suffisamment grave, affectant l'un des intérêts fondamentaux de la société, et peut comprendre... les questions touchant à la dignité humaine » (cons. 41).

Ordre public et police de la baignade. - En manière de facétie peut-être, et comme pour montrer sa volonté déterminée de ne pas traiter l'affaire de Villeneuve-Loubet à la lumière d'un ordre public non pas seulement matériel, mais s'appuyant sur des valeurs, le juge des référés a fait référence à la police spéciale incombant aux maires du littoral dont les objectifs sont le maintien de l'hygiène et de la décence. Il a relevé, dans une sorte d'oxymore, qu'il n'y avait pas de motif lié à l'impératif de décence qui puisse justifier l'arrêté municipal contesté. N'y a-t-il pas une certaine indécence à vouloir à tout prix cacher le corps d'une femme pour respecter un commandement de « pudeur » sans laquelle elle serait l'objet de tentations irrépressibles ?

La violation supposée de la liberté de conscience - La dramatisation inhérente au référé-liberté qui conduit à ne suspendre une mesure administrative que si elle semble porter une atteinte « grave et manifeste » à des libertés publiques, explique pour partie la vigueur de la controverse suscitée par l'ordonnance du 26 août. Au-delà des réactions immédiates, dans un contexte nécessairement très politisé, c'est surtout, semble-t-il, l'invocation des trois libertés que le juge a considérées comme ayant été méconnues qui pourrait continuer à agiter les esprits pour encore quelques temps. Reconnaisant le caractère religieux du *burkini*, l'ordonnance invoque la liberté de conscience, affirmée à l'article 10 de la Déclaration de 1789

–« Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi »

–, lequel distingue la liberté de conscience de la manifestation de ses opinions religieuses. *Prima facie*, l'interdiction du port du *burkini* ne peut certainement pas empêcher qui ce soit d'avoir les opinions religieuses de son choix, ou d'ailleurs de ne pas en avoir. Mais le Conseil d'État, depuis quelques années, a étendu la portée du concept pour y inclure l'exercice du culte « ou, tout simplement de l'expression – individuelle ou collective – d'une croyance religieuse ». Il se veut ainsi, selon les propos de Marceau Long, ancien Vice-président du Conseil d'État, mais à une autre époque, « le régulateur de la laïcité » (*CE, Dossier thématique, 25 nov. 2014*). C'est précisément ce rôle qui est ici en cause. Car de deux choses l'une : ou, comme l'a prétendu la créatrice australienne du *burkini*, il n'a rien à voir avec la religion (selon elle, et contradictoirement, acheté par 70 % de femmes musulmanes et 30 % catholiques), et alors en effet, les élus de la région niçoise auraient fait « beaucoup de bruit pour rien » ; ou, à l'inverse, il s'agit d'un costume religieux dont le port est à tort ou à raison ressenti comme une revendication identitaire destinée à provoquer des réactions. N'oublions pas que *l'affaire du burkini* est d'abord une affaire de rixe et de provocation sur la plage de Sisco en Corse. Si l'ordonnance signifie que la liberté de culte s'étend désormais jusqu'à la plage, les incidents dont le juge des référés du Conseil d'État a écarté toute éventualité, pourraient bien avoir lieu et contredire cette prévision. Dans le cadre d'un autre référé-liberté, le Conseil d'État a qualifié la liberté de culte de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA (*CE, réf., 16 févr. 2004, n° 264314 : JurisData n° 2004-066485*). Le risque est donc maintenant que l'on puisse déduire de l'ordonnance du 26 août que le Conseil d'État estime qu'elle peut s'exercer en tous lieux publics : plages, places, moyens de transports, etc. Ce serait un autre paradigme que celui de la société française actuelle. Or l'argument de la liberté de conscience, invoqué par les requérants et avalisé par le Conseil d'État pourrait aisément se retourner. C'est ce qu'a fait la Cour EDH en jugeant que la demande faite à une assistante sociale de retirer son foulard à l'hôpital, n'était pas contraire à la Convention EDH, car elle visait à protéger les patients de tout risque d'influence ou de partialité au nom de leur droit à leur propre liberté de conscience, conformément à l'impératif de la protection des droits et de la liberté d'autrui

(26 nov. 2015, n° 64846/11, *Ebrahimiyan c/ France : JurisData n° 2015-026060*).

L'affirmation de l'atteinte manifeste à la liberté d'aller et venir. – Sauf à considérer que des femmes peuvent se voir interdire par leur famille de se rendre à la plage au seul motif qu'elles ne peuvent y porter un *burkini*, on ne voit pas en quoi l'arrêt du maire de *Villeneuve-Loubet* est une atteinte fondamentale à la liberté d'aller et venir. À cet égard, la conception qu'a faite prévaloir le juge des référés pourrait se heurter à celle du Conseil constitutionnel dans sa décision sur la loi sur le voile intégral (*Cons. const., 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC : JurisData n° 2010-031813* selon laquelle une femme qui dit souhaiter ou accepter le port de la *burqa* ou du *niqab* en France n'a pas plus de droit de le porter dans l'espace public que celle à qui on veut l'imposer contre son gré. Le Conseil constitutionnel a rappelé que la loi sur l'interdiction de la dissimulation dans l'espace public avait 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 » (nous soulignons) estimant que la loi, conformément à la Constitution, assurait, « entre la sauvegarde de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnellement protégés, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée ». L'ordonnance du 26 août prend-elle le contre-pied de cette approche qui fait primer les principes sur des arrangements qui modifieraient très sensiblement le modèle républicain ? Va-t-on vers un modèle à l'anglo-saxonne que prône par exemple Mrs. Sharpston, avocate générale devant la Cour de justice de Luxembourg lorsque, dans des conclusions du 13 juillet 2016 (*CJUE, aff. C-188/15, Bougnaoui et ADDH, affre pte*), elle fait valoir « qu'une règle interdisant de porter une tenue vestimentaire religieuse qui couvre les yeux et le visage entièrement lors de l'exécution d'une tâche qui implique un tel contact avec les clients serait proportionnée » mais que « inversement, lorsque le travailleur en question est appelé à travailler dans une situation qui ne suppose pas de contact visuel ou échange de regards avec les clients, par exemple dans un centre d'appels, la même règle perdrait

sa justification » (*pt. 130*). Cela mérite sans doute clarification.

L'invocation de l'atteinte à la liberté personnelle de la femme. – Cette clarification est encore plus indispensable en ce qui concerne l'atteinte à la liberté personnelle de la femme, dont la liberté d'aller et venir est une composante (*Cons. const., 9 juill. 2010, n° 2010-13 QPC, consid. 7 à 9* et *déc. préc. sur le voile intégral consid. 5*). En tant que telle, la liberté personnelle renvoie à l'autonomie de l'individu qui est à la source de sa liberté et de sa dignité (*Cons. const., n° 89-257 DC, 25 juill. 1989, consid. 26* à propos de la liberté du salarié vis-à-vis des organisations syndicales impliquant qu'il accepte par écrit qu'une action puisse être intentée en son nom par ces dernières). Est-ce à dire que la liberté personnelle, c'est-à-dire le choix exprimé par la femme, pourra être invoquée par exemple pour justifier désormais la polygamie aujourd'hui contraire à l'ordre public français (*L. n° 93-1027, 24 août 1993, art. 30*), ou encore le voile intégral dont le port est interdit par une loi jugée constitutionnelle ? Si la liberté personnelle devait interdire de justifier toute réglementation des tenues vestimentaires et des manifestations religieuses dans l'espace public, ce serait une autre conception que celle de la vie en société qui s'imposerait à nous, opérant un glissement du pluralisme religieux et de la neutralité qu'il suppose vers une conception anglo-saxonne de droits propres à des groupes. Or cette dernière a été rejetée par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1999 sur la Charte européenne des langues minoritaires et régionales selon laquelle, « en ce qu'elle confère des droits spécifiques à des « groupes » de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de « territoires » dans lesquels ces langues sont pratiquées, [la Charte] porte atteinte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français » (*Cons. const., 15 juin 1999, n° 99-412 DC*).

Ce n'est pas la fin de l'histoire. – Les arrêts d'interdiction du *burkini* sont peu à peu retirés, quand en tout état de cause, ils ne sont pas périmés dans la mesure où leur application était strictement temporaire. Pour autant, l'enjeu du communautarisme en France et de l'identité de la démocratie française au sein de l'Europe, mais aussi de la défense des droits des femmes, sont toujours d'actualité et ils ne relèvent pas seulement du politique, mais aussi et de plus en plus des décisions des juges ! L'affaire n'est donc pas close. ■