**La liberté de culte à l’épreuve de l’ordre public, l’exemple du Grand-duché de Luxembourg**

par

Mamadou GUIRASSY

*Juriste, membre du comité de rédaction de l’Institut luxembourgeois des droits de l’homme*

Séparation et coopération, des principes qui dominent, officiellement ou officieusement, les rapports entre pouvoirs civils et ordres religieux, dans la plupart des États européens, à l’image du Grand-duché de Luxembourg.[[1]](#footnote-1)

Le droit positif national, voire européen, érige l’ordre public en moyen servant à la fois à protéger et à contenir la liberté de culte, comme toute autre liberté publique d’ailleurs.

Autant il est aisé de concevoir la soumission de la liberté de culte, à l’instar d’une quelconque autre liberté, au respect des exigences de l’ordre public, autant il est difficile d’admettre l’exercice du culte au détriment de l’ordre public.

D’ailleurs, du point de vue de la terminologie du droit positif, apparaît l’idée d’une hiérarchisation entre protection de l’ordre public et liberté de culte. En effet, l’affirmation selon laquelle, le culte s’exerce librement dans le respect de l’ordre public, ou sous la réserve de la répression des délits, respectivement article 1er de la loi française du 9 décembre 1905 et article 19 de la Constitution luxembourgeoise, semble postuler la prévalence de l’ordre public sur la liberté de culte. La liberté de culte serait ainsi assortie d’une réserve d’ordre public. Cette thèse serait parfaitement conforme avec l’idée de la suprématie de l’intérêt général sur l’intérêt privé, sous réserve d’un nécessaire équilibre entre les deux, d’autant plus qu’il est de principe que « *la liberté est la règle et la restriction de police l’exception* ».[[2]](#footnote-2)

Toutefois une jurisprudence constante, notamment des juges administratif et constitutionnel, luxembourgeois et français, impose respectivement à l’administration et au législateur une obligation de conciliation entre la protection de l’ordre public et l’exercice des libertés, dont celle de culte.[[3]](#footnote-3) Or l’idée de conciliation suppose que les éléments en conflit sont à un niveau hiérarchique identique. Il n’y aurait donc pas de hiérarchie entre liberté de culte et protection de l’ordre public. Autrement, la norme supérieure se serait imposée dans toute hypothèse. Ainsi l’opération de conciliation ne saurait entériner, de façon pérenne, la primauté d’un des éléments en conflit sur les autres.

Ainsi, délicate en soi, l’opération de conciliation l’est encore davantage lorsque les notions en cause sont de façon manifeste porteuses d’un potentiel conflictuel non négligeable à l’image des concepts d’ordre public et de liberté de culte, en termes de controverses et de tensions politiques et sociales.

Aux contenus discutés, les deux notions en cause sont juridiquement difficiles à cerner.

S’agissant de l’ordre public, pour l’écrasante majorité de la doctrine, notamment française, il serait « *indéfini et peut-être indéfinissable* »[[4]](#footnote-4). Mais cette position communément admise est pour le moins fortement discutable.

Tout d’abord, il est manifestement peu rassurant d’affirmer que les droits et libertés fondamentaux ou les libertés publiques, constituant ce que l’être humain en société pourrait avoir de plus cher dans la vie, sont susceptibles de restrictions sur le fondement d’une notion au contenu incertain, ou du moins aux contours imprécis. En effet, une telle thèse reviendrait à reconnaitre un pouvoir discrétionnaire illimité aux autorités publiques en matière de libertés fondamentales, si bien que serait compromise toute protection juridique dans ce domaine.

Ensuite, affirmer l’imprécision du contenu de l’ordre public, c’est admettre l’existence d’un contenu, c’est à dire d’une définition, même imparfaite.

C’est ainsi que toute modification de la consistance de l’ordre public provoque une controverse doctrinale, voire une série de contestations. Ainsi en est-il de l’exemple de la tentative d’extension des composantes de l’ordre public à la laïcité, surtout à l’occasion des affaires dites du « Burkini » en France, et à aux principes et valeurs de la République, notamment dans les affaires dites « Dieudonné ».[[5]](#footnote-5)

Ainsi, texte, jurisprudence et doctrine permettent de soutenir l’existence d’une, voire de plusieurs, définition de l’ordre public, même imprécise. Au sens de la police administrative, il se constitue, d’une part, de la sécurité, de la salubrité et de la tranquillité publiques (dimension matérielle), et, d’autre part, de la dignité humaine et de la moralité publique (dimension immatérielle).

L’imprécision de la notion pourrait également tenir à la difficulté, sinon à l’impossibilité, de trouver une définition, sans défaut, valable en tout lieu et en tout temps. Mais ne serait-ce pas là, tout simplement, une qualité inhérente à la règle de droit, à savoir : sa mutabilité et son adaptabilité ? En matière d’ordre public, la liberté de l’interprète au gré des circonstances et des époques règne en maître.

S’aventurant toutefois dans le domaine des définitions afin de circonscrire autant que faire se peut le sujet, l’ordre public peut être entendu, pour une définition formelle, comme : le motif qui, dans l’objectif de prévenir ou de remédier à des troubles ou périls, fonde l’interdiction d’une action ou omission, même dans l’hypothèse où n’est expressément méconnue aucune règle de droit.

Finalement, l’ordre public pour l’État, voire pour les collectivités territoriales, est comme la légitime défense pour la personne physique : le fondement de toute mesure nécessaire, adaptée et proportionnée pour faire face à un péril imminent.

S’agissant de la liberté de culte, la principale difficulté est de cerner sa portée juridique par rapport à la liberté de religion afin de distinguer les aspects susceptibles de relever de la compétence des pouvoirs publics.

Il est manifeste que l’existence d’un culte se rapporte forcément à celle d’une religion. Sans religion, point de culte.[[6]](#footnote-6)

Toutefois, la religion dans son ensemble, du for intérieur aux diverses pratiques rituelles, ne peut souffrir de l’intervention des pouvoirs étatiques qu’en ce qui concerne les aspects manifestés, en public plus particulièrement. Ainsi, seules les différentes manifestations des convictions religieuses sont de nature à entrer en conflit avec les exigences de l’ordre public. Dans cette logique, le projet en cours de révision du chapitre II, relatif aux libertés, de la Constitution luxembourgeoise, préconise la distinction entre la liberté de religion, en tant que liberté fondamentale intangible, d’une part, et le libre exercice du culte, en tant que liberté publique relevant de la compétence du législateur, d’autre part.[[7]](#footnote-7)

Par ailleurs, s’il existe des définitions jurisprudentielles de la liberté de culte, cette notion n’est pas pourtant à l’abri des controverses.

Aux termes de la jurisprudence administrative, luxembourgeoise et française, la liberté de culte consiste : « *dans la célébration de cérémonies organisées en vue de l’accomplissement, par des personnes réunies par une même croyance religieuse, de certains rites ou de certaines pratiques*».[[8]](#footnote-8) A cette approche collective, le Conseil d’État français a rajouté une dimension individuelle, à savoir le droit de tout individu d’exprimer ses propres convictions religieuses dans les limites du respect de l’ordre public.[[9]](#footnote-9)

Quant à la Cour constitutionnelle du Luxembourg, elle considère que : « *la liberté des cultes consiste dans le droit pour chacun de croire et de professer sa foi religieuse sans pouvoir en être empêché ni poursuivi de ce chef, d’exercer son culte sans que l’autorité civile puisse, par des considérations tirées de sa nature ou de son fondement, y intervenir ou même le prohiber* ». [[10]](#footnote-10)

Toutefois qualifier le culte demeure controversé notamment en matière d’interdiction de financement des cultes, de la réglementation de l’expression religieuse en matière scolaire, ou en France à l’occasion de l’application du régime de l’association cultuelle[[11]](#footnote-11) et de l’interdiction d’ériger des symboles religieux dans l’espace public,[[12]](#footnote-12) d’autant plus que, l’État, en vertu du principe de laïcité ou de neutralité, devrait s’abstenir en la matière.[[13]](#footnote-13)

Par ailleurs, la liberté de culte ou de religion pourrait être regardée comme étant spécifique. Certes, chaque liberté fondamentale a nécessairement dans son essence une particularité qui justifie son existence et la distingue des autres. Mais du point de vue des préoccupations des pouvoirs publics, les libertés dans leur exercice ne sauraient susciter un intérêt identique. Certaines, par leur essence, par leur modalité de mise en œuvre ou en raison d’un contexte sociopolitique ou économique particulier, peuvent se singulariser dans leur rapport à des principes tels que la protection de l’ordre public. C’est à l’évidence le cas de la liberté de culte, surtout lorsqu’il s’agit de certaines confessions d’implantation relativement récente dans un territoire donné.[[14]](#footnote-14)

L’abstention de l’État envers toute liberté fondamentale semble renforcée lorsqu’est en cause l’exercice du culte. Un renforcement qui pourrait se traduire en termes d’intensité de l’obligation d’abstention et d’ampleur de son champ d’application : à l’abstention par rapport aux pratiques cultuelles s’ajoutent d’une part, l’abstention en raison de l’autonomie organisationnelle et fonctionnelle du culte en tant que groupement, et d’autre part, les multiples possibilités d’expression du fait religieux par le biais d’autres libertés fondamentales : réunion, association, expression individuelle des convictions, liberté de conscience, vie privée etc. Mais il y a également une abstention découlant de l’absence logique de compétences religieuses de l’autorité publique (une certaine ignorance, au sens d’absence de connaissance, des us et usages du religieux par les pouvoirs publics). Donc ignorance encore plus probable en ce qui concerne les cultes nouvellement implantés.

En outre, la liberté de culte pourrait être qualifiée de « liberté à risque ».[[15]](#footnote-15)

Sous réserve qu’ « *une étude sur l’ordre public est un sujet téméraire* », propos du professeur Malaurie,[[16]](#footnote-16) il serait permis de penser qu’au Luxembourg, le droit relatif aux cultes consacre une approche restrictive de l’ordre public dans la mesure où, d’une part, la liberté cultuelle s’exerce sous la seule réserve de la répression des délits (I), et, d’autre part, en raison du caractère fortement restreint de l’emprise administrative en la matière (II).

I) Protéger et contenir la liberté de culte sur le fondement de l’ordre public : une certaine prépondérance de la loi pénale

Aux termes de l’article 19 de la Constitution du Luxembourg, le libre exercice du culte est en principe soumis aux seules restrictions fondées sur un ordre public spécifique : l’incrimination délictuelle. A l’article 14 du même texte, il est prévu que « *nulle peine de peut être établie ni appliquée qu’en vertu de la loi*».

S’’il est communément admis, notamment en vertu de la Déclaration française des droits de l’homme et du citoyen du 26 août 1789, que la loi en général ne peut interdire que ce qui est nuisible à la société, s’en est à plus forte raison le cas en matière d’incrimination pénale. Les peines sont déterminées en fonction de la gravité de l’infraction par rapport à l’ordre public, comme a pu le souligner la Cour constitutionnelle.[[17]](#footnote-17)

En outre, dans le cadre de l’application de l’article 27 de la loi du 29 août 2008, le Tribunal administratif a estimé qu’ « *une condamnation pénale peut, de par la teneur et la gravité des faits sanctionnés, dénoter un comportement qui constitue une menace actuelle, réelle et grave affectant un intérêt fondamental de la société*.[[18]](#footnote-18)

Par ailleurs, la loi française du 9 décembre 1905, qui consacre le libre exercice des cultes sous les seules restrictions qu’elle prévoit dans l’intérêt de l’ordre public, énumère dans le chapitre V (police des cultes) un certain nombre d’infractions destinées à la fois à protéger et à contenir les communautés religieuses.

Aussi, au Luxembourg, malgré la référence dans la Constitution au délit, la répression des crimes et contraventions pourrait également être regardée comme une restriction à la liberté de culte, si bien que la compétence législative apparait quasi exclusive en la matière.

A) La liberté de culte sous réserve de la répression des infractions : un ordre public pénal largement entendu

Selon la Cour constitutionnelle : « *Le législateur est seul compétent pour déterminer les impératifs de l’ordre public et les moyens les plus aptes à atteindre leur réalisation ; il lui appartient d’apprécier s’il est souhaitable d’instaurer des peines plus sévères quand une infraction nuit particulièrement à l’intérêt général*. »[[19]](#footnote-19)  Ainsi, l’exercice du pouvoir législatif n’est guère restreint à une quelconque conception de l’ordre public. Il appartient au législateur de décider des incriminations et des peines en fonction du degré de gravité des faits en cause.

1. La liberté de culte sous réserve expresse de la répression des délits

Aux termes de l’article 19 de la Constitution luxembourgeoise, la liberté de culte, entendue au sens du libre exercice des cultes, de la liberté des communautés religieuses et celle de la liberté d’expression des convictions, est garantie, sauf la répression des délits commis à l’occasion de l’usage de ces libertés.

La référence au délit, qui apparait en décalage avec le droit positif, pourrait s’expliquer au moins de deux manières.

D’abord l’existence dans le code pénal luxembourgeois d’un chapitre intitulé « Des délits relatifs au libre exercice des cultes », (articles 142 à 146).[[20]](#footnote-20) Aux termes de ces dispositions il est notamment interdit de contraindre ou d’empêcher, par des violences ou menaces, une ou plusieurs personnes d’exercer un culte, d’assister à l’exercice du culte, de célébrer certaines fêtes religieuses ou d’observer certains jours de repos. Il est également interdit d’empêcher, de retarder ou d’interrompre l’exercice d’un culte, ou d’outrager les objets cultuels ou les ministres du culte. Ces différentes incriminations se retrouvent également dans la loi française du 9 décembre 1905, dans le chapitre intitulé « Police des cultes », (articles 25 à 36-3).

Ensuite, l’article 19 de la Constitution belge, modifiée, du 17 février 1994, consacre également la liberté de culte, sous la réserve expresse de la répression des délits.

1. La liberté de culte sous réserve implicite mais indiscutable de la répression des crimes et contraventions

A partir du moment où le mobile religieux n’est pas un fait justificatif, et ne pouvant donc nullement faire échec à l’application de la loi pénale, c’est l’ensemble des infractions qui devrait être regardé comme une limite à la liberté de culte.[[21]](#footnote-21)

D’ailleurs, dans le code pénal du Luxembourg, tout comme ceux de la France et de la Belgique,[[22]](#footnote-22) il existe des contraventions et des crimes pouvant être regardés comme se rapportant à l’exercice d’un culte.

Il en est ainsi des incriminations de polygamie, article 391 du code pénal et celle de dissimulation du visage,[[23]](#footnote-23) article 563-10 du même code, qualifiées de crime dans le premier cas et de contravention dans le second.

B) Légiférer en matière cultuelle sur le fondement de l’ordre public : la relative limitation des prérogatives législatives

La consécration de la liberté de culte sous réserve de la répression des infractions emporte un certain nombre de garanties, notamment celles inhérentes au droit pénal et celles tenant au contrôle de constitutionnalité.

1. Des garanties propres au droit pénal manifestement infranchissables

La procédure à l’issue de laquelle les infractions sont réprimées est assortie de garanties de nature à préserver les droits de la personne en cause. Il en est ainsi particulièrement du principe de la sécurité juridique dans ses différentes expressions, et consacré notamment aux articles 2, 14 et 95 de la Constitution et à l’article 7.1 de la Convention européenne des droits de l’homme. Ainsi, des exigences telles que la légalité des peines, la non-rétroactivité de la loi pénale ou le principe de son interprétation stricte,[[24]](#footnote-24) participent à restreindre aussi bien le pouvoir législatif que l’office des tribunaux répressifs.

1. Un contrôle de constitutionnalité néanmoins limité à l’erreur manifeste

Le contrôle de constitutionnalité est censé limiter le pouvoir législatif en matière de libertés publiques. Toutefois, la restriction à l’erreur manifeste du contrôle exercé sur la loi pénale, d’ailleurs de façon pour le moins discutable, nuance fortement l’apport du juge constitutionnel. Cette position pourrait toutefois connaitre dans un avenir proche une évolution dans le sens d’un contrôle approfondi.

D’abord en matière de dérogation légale au principe de l’égalité devant la loi, consacré par l’article 10 bis de la Constitution, le juge constitutionnel exerce déjà un contrôle étendu.[[25]](#footnote-25)

Ensuite, le juge administratif exerce un contrôle de légalité des mesures de restriction des libertés à l’aune de la triple exigence de nécessité, d’adaptation et de proportionnalité, même dans des matières où l’opportunité politique est invoquée.[[26]](#footnote-26) Dans cette logique, la Cour administrative d’appel a estimé que : « *le principe de proportionnalité doit être considéré, en toute matière, comme étant un principe essentiel en ce qu’il tend vers l’équilibre nécessaire entre les moyens à mettre en œuvre et le but à atteindre dans un contexte précis donné* ».[[27]](#footnote-27)

Par ailleurs, dans le cadre de la révision constitutionnelle en cours, il est prévu un article 30, dit transversal, qui impose un contrôle approfondi pour toute mesure de limitation des libertés publiques.[[28]](#footnote-28)

Enfin, en exerçant un contrôle en principe restreint, la Cour constitutionnelle se démarque de certaines de ses homologues européens, plus particulièrement la Cour constitutionnelle allemande. Celle-ci met en œuvre, selon Aurore Gaillet, un principe de proportionnalité qui requiert la vérification du « *caractère approprié de la mesure – aptitude à atteindre les objectifs poursuivis-, sa nécessité- inexistence d’autres moyens affectant de manière moins préjudiciable les personnes et les collectivités-, enfin sa proportionnalité au sens étroit, selon laquelle la mesure ne saurait être hors de proportion avec le résultat recherché*».[[29]](#footnote-29)

II) Protéger et contenir la liberté de culte par l’administration : une emprise diversement limitée

*A priori*, la liberté de culte, comme toute autre liberté, est protégée de l’intervention administrative, dans la mesure où il s’agit d’une matière relevant du domaine réservé au législateur. Ainsi, en plus de devoir être prévues par la loi,[[30]](#footnote-30) les restrictions administratives de la liberté de culte doivent obligatoirement satisfaire à une triple exigence de légalité, à savoir : nécessité, adaptation et proportionnalité.

Aussi, les décisions de l’administration ont rarement pour objet la liberté de culte. C’est plutôt leurs effets qui, bien souvent, affectent cette dernière. Il en est manifestement ainsi de l’article 78 de l’arrêté grand-ducal, modifié, du 23 novembre 1955 portant règlement de la circulation sur toutes les voies publiques et interdisant le port de couvre-chef sur les photographies à apposer sur les permis de conduire. Ces dispositions ont pu fonder un refus de renouvellement d’un permis de conduire en raison du port d’un voile islamique.[[31]](#footnote-31)

Dans la catégorie des mesures de nature à davantage affecter la liberté de culte, et par conséquent soumise à de rigoureuses conditions de légalité, figurent d’une part, celles résultant des pouvoirs de police administrative, et, d’autre part, celles issues de règlements intérieurs.

1. L’emprise limitée des mesures de police administrative

Au Luxembourg, les communes disposent du pouvoir de police administrative notamment en vertu de la loi communale, modifiée, du 13 décembre 1988, articles 28 et 29 pour le conseil communal et articles 67 et 71 pour le bourgmestre.

Aux termes de la jurisprudence administrative, ce pouvoir doit s’exercer exclusivement sur le fondement de l’ordre public matériel.

1. L’ordre public local : une dimension exclusivement matérielle et un champ d’application expressément limité

Entendu dans un sens exclusivement matériel,[[32]](#footnote-32) l’ordre public local permet aux communes d’apporter un certain nombre de restrictions à l’exercice des libertés publiques, comme celle de culte. En effet, les règlements généraux de police soumettent tout usage de la voie publique au respect des exigences de sécurité, de salubrité et de tranquillité, sous peine d’une amende de police.

Par exemple, le règlement général de police de la ville de Differdange du 28 mars 2007 soumet l’occupation de la voie publique à une autorisation pouvant être assortie de restrictions de nature à préserver la sécurité, la salubrité et la tranquillité (article 4). Le même règlement prévoit en son article 51 que : tout individu masqué ou déguisé doit être porteur d’une pièce d’identité qu’il est obligé de présenter sur réquisition d’un membre de la force publique. Cette règle pourrait également s’appliquer au voile intégral.

Exclusivement matériel, l’ordre public local est au demeurant limité dans son champ d’application au regard du libre exercice des cultes. En effet, seules les pratiques religieuses constitutives de rassemblements en plein air pourraient relever du pouvoir de police conformément à l’article 25 de la Constitution. Ainsi les pratiques individuelles, tel que le port de signe manifestant une appartenance religieuse, comme le voile islamique, sont formellement exclues des compétences des autorités locales. Le voile intégral tombe sous le coup des interdictions, moins en raison de son interprétation que pour son effet consistant à dissimuler le visage.[[33]](#footnote-33)

Toutefois, en France ce sont les pratiques extérieures du culte qui sont soumises au pouvoir de police, en vertu de l’article 27 de la loi du 9 décembre 1905. Si ces dernières dispositions visent explicitement les cérémonies, processions et autres manifestations extérieures du culte, les pratiques individuelles ne sont pas forcément exclues.

Une autre différence avec la législation luxembourgeoise est qu’en France le pouvoir local de police peut s’exercer sur le fondement de l’ordre public immatériel.

1. L’ordre public immatériel, une revendication récurrente des autorités locales mais une admission exceptionnelle

Appelée ordre public moral au Luxembourg et en Belgique,[[34]](#footnote-34) la dimension immatérielle de l’ordre public est exclue des motifs susceptibles de fonder l’usage des pouvoirs de police communale, sauf les hypothèses où il existerait des menaces de troubles à la sécurité, la salubrité ou la tranquillité publiques.

L’exclusion jurisprudentielle des considérations de pure morale de la notion d’ordre public local pourrait s’expliquer par des préoccupations tenant à l’exercice du contrôle juridictionnel. Ce dernier, limité à la légalité, ne saurait s’étendre à l’opportunité politique. Or, en ce qui concerne le Luxembourg, l’ordre public moral est considéré comme relevant de l’opportunité.[[35]](#footnote-35)

En France, cependant, l’ordre public immatériel peut fonder une mesure de restriction des libertés, lorsqu’est en jeu la moralité publique ou la dignité humaine. Si la première, à l’instar de l’ordre public moral luxembourgeois, ne peut fonder une mesure de police que lorsqu’il existe des circonstances locales caractérisant des menaces de troubles physiques,[[36]](#footnote-36) la seconde peut être invoquée de façon autonome.[[37]](#footnote-37)

La dignité humaine demeure, du point de vue juridique, difficile à cerner et fait par conséquent l’objet de controverses.[[38]](#footnote-38)

Les tentatives des autorités locales, au Luxembourg, pour pouvoir se prévaloir de l’ordre public moral, et en France pour étendre l’ordre public immatériel, notamment au principe de laïcité, ont pour l’instant échoué.[[39]](#footnote-39)

Par ailleurs, à partir du moment où, en France, les pouvoirs de police appartiennent exclusivement au maire,[[40]](#footnote-40) alors qu’au Luxembourg, ils appartiennent principalement au conseil communal,[[41]](#footnote-41) il aurait été moins risqué au Luxembourg de restreinte les libertés sur le fondement de l’ordre public moral. En effet, un détournement de pouvoir par consensus demeure pour le moins peu probable.

1. La restriction de la liberté de culte dans les règlements intérieurs: exemples de recours à un ordre public non exclusivement matériel et à la légalité douteuse

Si des considérations purement morales ne sauraient fonder la restriction de la liberté de culte par des mesures de police locale, qu’en est-il des règlements intérieurs.

1. Le règlement intérieur des établissements publics : l’exemple du domaine scolaire

En milieu scolaire, la liberté de culte est consacrée, plus particulièrement par le protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l’homme du 20 mars 1952 qui, stipulant que « *nul ne peut se voir refuser le droit à l’instruction* », impose à l’État des obligations en termes de respect des convictions religieuses dans l’exercice des ses missions en matière d’enseignement.

Mais cette liberté ainsi reconnue pourrait souffrir de restrictions dans l’intérêt de la règle constitutionnelle de la scolarité obligatoire (article 23 de la Constitution) et du respect de l’ordre dans l’établissement, comme en témoigne l’article 1er de la loi du 10 août 1912 réglementant les dispenses pour motif religieux.[[42]](#footnote-42)

Ainsi, il est aisé d’admettre, dans le règlement intérieur d’un établissement scolaire, l’interdiction de pratiques religieuses incompatibles avec les programmes et le maintien de l’ordre.

Cependant, apparait pour moins discutable, la possibilité de se fonder principalement, sinon exclusivement, sur des considérations morales aux fins de restreindre l’expression des convictions religieuses.

La position des ministères concernés, notamment celui de l’éducation et de la formation professionnelle, penche pour la reconnaissance de telles prérogatives au profit des autorités scolaires à travers l’adoption d’un code vestimentaire.[[43]](#footnote-43) Or, il est difficile d’admettre qu’un vêtement puisse en soi constituer un trouble physique à l’ordre public, sauf peut-être le voile intégral en raison de la dissimulation du visage qui en résulte.

A ce sujet, il importe de noter qu’en France, avant l’adoption de la loi du 15 mars 2004,[[44]](#footnote-44) les exclusions d’élèves sur le fondement de règlements intérieurs prohibant le port de signes manifestant une appartenance religieuse ont été annulées, sauf dans de rares hypothèses où, l’élève, indépendamment ou en plus du port du signe religieux, avait participé à des troubles dans l’établissement.[[45]](#footnote-45)

1. Le règlement intérieur des ordres professionnels, notamment du Barreau : une légalité particulièrement discutable des restrictions de la liberté de culte

En 2017, le règlement intérieur de l’Ordre des avocats du barreau de Luxembourg a été modifié en vue notamment de l’insertion d’une interdiction de porter des signes manifestant une appartenance religieuse. Cette initiative a été provoquée par l’incident tenant au refus de prêter serment opposé à une candidate-avocate qui portait un voile islamique.[[46]](#footnote-46)

Cette restriction de la liberté ainsi décidée soulèverait pour le moins quelques interrogations du point de vue de sa légalité.

Aux termes de l’article 3.1 du Règlement intérieur du 9 janvier 2013, tel que modifié le 20 septembre 2017 : «  *L’avocat veillera à se présenter tête nue et en tenue correcte en toute circonstances. Il se présente en robe devant les juridictions où le port de la robe est d’usage. L’avocat ne peut porter ni décoration, ni signe manifestant une appartenance religieuse, communautaire, philosophique ou politique.* »

Or, l’une des conditions de légalité d’une ingérence dans l’exercice de la liberté de culte, conformément à l’article 9 de la Convention européenne des droits de l’homme, est l’existence d’une loi prévoyant la mesure restrictive en cause. Donc pour que la liberté de culte puisse être limitée par le règlement intérieur du barreau, il faudrait qu’il existe une disposition législative en ce sens. La question serait par conséquent de savoir si la loi sur la profession d’avocat (ci-après « LPA ») donne une telle prérogative au conseil de l’Ordre ? La réponse à cette question ne saurait être simple, loin s’en faut.

De la lecture combinée des articles 17 et 19 de la LPA, il ressort que le conseil de l’Ordre dispose d’un pouvoir réglementaire dans l’exercice de ses missions consistant notamment à veiller à la sauvegarde de l’honneur de l’ordre et au maintien des principes de dignité, de probité et de délicatesse qui forment la base de la profession. Certes, l’interdiction du port de signes d’appartenance religieuse pourrait se rattacher à la poursuite des missions ainsi confiées au conseil de l’Ordre, mais s’agissant de mesures affectant l’exercice d’une liberté publique, davantage de précisions pourraient être attendues du législateur. Compte tenu des dispositions de la LPA précitées, le conseil de l’Ordre, dans l’élaboration du règlement intérieur pourrait se prévaloir aussi bien de l’ordre public matériel que moral, et c’est ce dernier qui semble le plus pertinent dans la présente hypothèse.

Si la discussion peut rester ouverte s’agissant du fondement juridique de la réglementation en cause, il en est autrement de son champ d’application.

En effet, se pose la question de savoir si la candidate-avocate pouvait légalement être soumise au règlement intérieur du Barreau.

Au sens du règlement intérieur en cause, le terme « avocat » désigne toute personne, physique ou morale, inscrite au tableau de l’ordre des avocats du Barreau de Luxembourg.

Or de la lecture combinée des articles 5 et 6 de la LPA, la prestation de serment est un préalable à l’inscription au tableau de l’ordre. Ainsi, le candidat-avocat n’est pas encore avocat et il semble peu probable qu’il puisse relever du règlement intérieur de l’ordre des avocats.

Par ailleurs, le voile islamique à la source de cette affaire aurait pu être interdit, du moins s’agissant des avocats et *a priori* non pour ceux qui sont seulement candidats, par la simple exigence de se présenter « tête nue » sans référence aucune à l’appartenance religieuse, de sorte à éviter tout doute du point de vue de la légalité.

D’ailleurs, le maintien de cette réglementation risque d’entraîner le Conseil de l’ordre dans la difficile tâche consistant à qualifier le signe religieux.[[47]](#footnote-47)

Si le voile est interdit, qu’en serait-il d’une barbe fournie[[48]](#footnote-48) ou des « dreadlocks ».[[49]](#footnote-49)

Conclusion

Conformément aux considérations qui précèdent, le droit luxembourgeois a retenu une approche essentiellement restreinte du concept d’ordre public, qui, limitant la marge de manœuvre des pouvoirs publics en la matière, garantit davantage de protection aux libertés fondamentales. Ainsi l’existence de troubles à l’ordre public n’implique pas forcément une neutralisation de l’exercice des libertés, contrairement à l’hypothèse d’un abus de droit.

1. L’approche de la neutralité change d’un État à l’autre ; par exemple, tandis qu’au Luxembourg les pensions et traitements des ministres du culte sont pris en charge par le budget de l’État (article 106 de la Constitution), en France, une telle prise en charge est interdite (article 2 de la loi du 9 décembre 1905 portant séparation des Églises et de l’État). [↑](#footnote-ref-1)
2. Cf. Conclusions du commissaire du gouvernement, (Rapporteur public depuis 2009), sous l’arrêt du Conseil d’État français, 10 août 1917, *Baldy*, n° 59855. [↑](#footnote-ref-2)
3. Notamment : Conseil Constitutionnel français, 7 octobre 2010, n° 2010-613- DC et Cour administrative d’appel, 6 mai 2021, n° 44712 C. [↑](#footnote-ref-3)
4. Marie-Chantal Boutard Labarde, « L’ordre public en droit communautaire », in Bernard Beignier et autres, *L’ordre public à la fin du 20e siècle*, Éditions Dalloz, Paris, 1996, p. 83. Pour Etienne PICARD, « (…) *l’ordre public ne peut s’épuiser dans une définition ni même dans une détermination écrite : il leur est toujours suréminent, car, dans sa formation, il sert de sauvegarde à l’essentiel, que personne n’a jamais pu définir essentiellement ni déterminer exhaustivement*… », Introduction générale : la fonction de l’ordre public dans l’ordre juridique, in Marie-Joëlle REDOR, (dir.), L’ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, collection Droit et Justice, Bruylant, Bruxelles ,2001, p. 61. [↑](#footnote-ref-4)
5. CE, réf., 9 janvier 2014, *Ministère de l’intérieur/ Société Les productions de la Plume et M. Dieudonné M’Bala M’Bala*, n° 374508. [↑](#footnote-ref-5)
6. D’ailleurs pour le Professeur Francis Messner, « *le mot « culte » sert en droit français à qualifier juridiquement une religion* ». Francis Messner, « « Secte » et droit local alsacien et mosellan », in Francis Messner (dir.), *« Secte » et droit en France*, PUF, Paris, 1999, p. 175. Cette affirmation pourrait également s’appliquer au droit luxembourgeois compte tenu de l’usage récurrent de ce terme dans la Constitution (notamment articles 19, 20, 22, 106, 119 ) et le code pénal. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sur ce point, la Cour suprême des États Unis a décidé que : « *La liberté de religion embrasse deux concepts, d’une part la liberté de croire et d’autre part la liberté de manifester sa croyance par l’action. Si la première est sans restriction, la deuxième, par la nature des choses, ne saurait l’être* ». Cour suprême, *Cantwell/ Connecticut*, 20 mai 1940. Dans le même sens Cour européenne des droits de l’homme, 25 mai 1993, *Kokkinakis/ Grèce*, n° 14307/88. [↑](#footnote-ref-7)
8. CE, français, Assemblée du contentieux, 24/10/1997, *Association locale pour le culte des Témoins de Jehova de Riom,* n° 187122. [↑](#footnote-ref-8)
9. CE, français, ord. Référé, 25 août 2005, *Commune de Massat*, AJDA 2006, p. 91. Dans le même sens, TA de Versailles, réf., 22 novembre 2017, *Communautés musulmane de la Cité des Indes*, n° 1708063. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cour constitutionnelle, 20 novembre 1998, arrêt n° 3/98. [↑](#footnote-ref-10)
11. En vertu de l’article 19 de la loi française du 9 décembre 1905, l’association cultuelle doit avoir exclusivement un objet cultuel. [↑](#footnote-ref-11)
12. Interdiction prévu à l’article 28 de la loi française du 9 décembre 1905. [↑](#footnote-ref-12)
13. Selon la Cour européenne des droits de l’homme, sauf hypothèse exceptionnelle, « *le droit à la liberté de religion tel que l’entend la Convention exclut toute appréciation de la part de l’État sur la légitimité des croyances religieuses ou sur les modalités d’expressions de celles-ci* », CEDH, 26/09/1996, *Manoussakis et autres/Grèce*, n° 18748/91, § 47. [↑](#footnote-ref-13)
14. S’il est vrai que la nouveauté d’un culte, ou de certaines de ses pratiques peut être source de tension, l’ancienneté n’est pas forcément gage d’entente entre pouvoir civil et ordre religieux, comme en témoignent en France les conflits de la période ayant immédiatement suivi la révolution de 1789 avec notamment le décret du 2 novembre 1789 de l’Assemblée constituante relatif à la nationalisation des biens de l’église et les troubles durant l’adoption et les premières années d’application de la loi du 9 décembre 1905. Au Luxembourg, nous pouvons citer, les tensions autour du refus du vicaire apostolique, nommé en 1841, de prêter le serment prévu par le Concordat, suivi de la dispense accordée par le roi Guillaume II, (Rapport, Groupe d’Experts, octobre 2012). [↑](#footnote-ref-14)
15. Cette expression pourrait faire penser aux propos de J. Rivero, cité par Stéphanie Henette-Vauchez, « *Laïcité : le mot sent la poudre ; il éveille des résonnances passionnelles contradictoires…* ». Cf., « Discrimination indirecte, genre et liberté religieuse : encore un rebondissement dans les affaires du voile », *AJDA* 2012, p. 163. [↑](#footnote-ref-15)
16. Cf. Frédéric SUDRE, « l’ordre public Européen », in Marie-Joëlle REDOR, (dir.), *L’ordre public : Ordre public ou ordres publics ? ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi et vendredi 11 et 12 mai 2000, Collection droit et Justice, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 109. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cour constitutionnelle, 19 mars 2010, arrêt n° 54/10. [↑](#footnote-ref-17)
18. TA, 15 juillet 2021, n° 45001 du rôle. [↑](#footnote-ref-18)
19. Cour constitutionnelle, 19 mars 2010, arrêt n° 54/10. [↑](#footnote-ref-19)
20. Code pénal, Livre II, Titre II, chapitre II : Des délits relatifs au libre exercice des cultes. [↑](#footnote-ref-20)
21. D’ailleurs dans le cadre du projet de révision de la Constitution, actuellement en cours, les modifications du chapitre II relatif aux libertés préconisent la substitution du mot « infraction » à celui de « délit » dans les dispositions relatives à la liberté de culte, ( Proposition de révision n° 7755 du 29 avril 2021, article 19). [↑](#footnote-ref-21)
22. En Belgique, la loi du 1er juin 2011 a introduit à l’article 563 bis une infraction de dissimulation du visage. [↑](#footnote-ref-22)
23. Loi du 23 mai 2018 portant modification de l’article 563 du code pénal en créant une infraction de dissimulation du visage. Sur ce point, il convient de noter que la dimension religieuse de l’infraction avait été soigneusement écartée du contenu de la loi ; cependant dans les débats sur le projet de loi et les différents avis y afférents, notamment l’avis négatif de la Commission consultative des droits de l’homme de février 2018, les références à la religion ont été récurrentes, comme cela avait d’ailleurs été le cas en France lors de l’adoption de la loi du 11 octobre 2010 ayant le même objet mais avec un champ d’application plus large. [↑](#footnote-ref-23)
24. « (…) *une peine ne pouvant être appliquée que si elle est édictée par la loi et pour les faits qu’elle incrimine*. » Cour d’appel, 26 octobre 2010, n°424/10 du rôle. [↑](#footnote-ref-24)
25. Cour constitutionnelle, 22 janvier 2021, arrêt n° 152/21. [↑](#footnote-ref-25)
26. Selon le Conseil d’État, l’appartenance d’une décision à l’opportunité politique n’exclut pas l’exigence de légitimité, de nécessité et de proportionnalité de l’ingérence étatique dans l’exercice d’une liberté. Avis du 21 novembre 2017, sur le projet de loi portant modification de l’article 563 du Code pénal en créant une infraction de dissimulation du visage dans certains lieux publics. [↑](#footnote-ref-26)
27. CAA, 06 mai 2021, n° 44712C du rôle. [↑](#footnote-ref-27)
28. Proposition de révision n° 7755, du 29 avril 2021, du chapitre II de la Constitution. [↑](#footnote-ref-28)
29. Aurore GAILLET, « La loi interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public et les limites du contrôle pratiqué par le Conseil constitutionnel », in *Société, Droit et Religion*, Dossier thématique, l’étude des signes religieux dans l’espace public, n° 2, CNRS, 2011, p. 47. [↑](#footnote-ref-29)
30. Sur ce point, il convient de noter que « *la conception juridique luxembourgeoise de la notion de loi est une conception formelle de la loi en tant qu’acte adopté par la Chambre des députés au terme de la procédure dite législative*». Conseil d’État, avis du 11 février 2020. [↑](#footnote-ref-30)
31. TA 27 juillet 2017, n° 39910. [↑](#footnote-ref-31)
32. Il en est de même en Belgique « *l’ordre au maintien duquel il appartient aux conseils communaux de veiller est l’ordre public matériel, non l’ordre public moral* ». Conseil d’État belge, 15 janvier 1976, n ° 17.375 à 17.380, Recueil des arrêts du Conseil d’État, (bib.kuleuven.be). [↑](#footnote-ref-32)
33. Malgré l’abondance des mesures d’interdiction de la dissimulation du visage, la Justice de paix de Luxembourg, assure qu’aucune poursuite n’a été diligentée sur le fondement de ces mesures ; voir l’avis du 13 octobre 2017 sur le projet de loi créant une infraction de dissimulation du visage. [↑](#footnote-ref-33)
34. Pour le Luxembourg, on peut citer l’avis du tribunal d’arrondissement de Luxembourg, du 13 octobre 2017, précité. Pour la Belgique, les décisions précitées du Conseil d’État du 15 janvier 1976. [↑](#footnote-ref-34)
35. Cf. notamment, TA 17 janvier 2022, n° 44562 du rôle. Cependant, le Conseil d’État dans son avis du 21 novembre 2017, a estimé que l’appartenance d’une décision à l’opportunité politique n’exclut pas le contrôle de proportionnalité de l’ingérence ainsi réalisée dans l’exercice d’une liberté. Un tel contrôle serait pourtant impossible de l’avis de certains auteurs comme David Rivière qui estime que l’ordre public immatériel serait « *empiriquement indisponible au principe de proportionnalité* ». Cf David Rivière, « Les rapports entre liberté politique et liberté d’expression. Enjeu de l’introduction du principe de proportionnalité dans la mise en œuvre de l’ordre public immatériel », *Droit et société*, 2016/3 (n° 94), p. 591. [↑](#footnote-ref-35)
36. Conseil d’État français, 18 décembre 1959, *Société les « films Lutétia »*, n° 36385. [↑](#footnote-ref-36)
37. Conseil d’État français, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang sur Orges*, n° 136727. [↑](#footnote-ref-37)
38. En effet, la jurisprudence administrative française semble donner des solutions contradictoires quant à la caractérisation des atteintes à la dignité humaine. Ainsi dans le jugement du TA de Versailles, 19 septembre 2015, *Association avocats sans frontière*, est constitutive d’atteinte à la dignité humaine, l’exposition d’inscriptions de caractère particulièrement choquant, en l’espèce une référence explicite au nazisme. Cette solution qui s’inscrit dans le sens de la jurisprudence *Dieudonné*, (CE, réf., 9 janvier 2014, précitée,) semble en contradiction avec celle de l’affaire des *pâtisseries de Grasse Boulange*, (CE, 16 avril 2015, *SARL Grasse Boulange*, n° 389372), où le caractère choquant des pâtisseries n’avait pas été suffisant pour qu’il y ait atteinte à la dignité humaine. [↑](#footnote-ref-38)
39. En France, récemment, c’est dans les affaires dites du « burkini », un type de maillot de bain, que le Conseil d’État s’est opposé à la possibilité, revendiquée par les autorités locales et parfois suivies de certains tribunaux administratifs, de fonder des interdictions de police sur le principe de laïcité. Cf, notamment, CE, réf, 26 août 2016, *Ligue des droits de l’homme et autres*, n° 402742 et *Association de défense des droits de l’homme-Collectif contre l’islamophobie en France*, n° 403578. Cependant, en 2022, le Conseil d’État a jugé que l’autorisation du port du « burkini » dans une piscine municipale méconnaissait le principe de neutralité du service public, CE 21 juin 2022, n° 464648, *Préfet de l’Isère/ Commune de Grenoble*. [↑](#footnote-ref-39)
40. Article 2212-1 et 2212-2 du code général des collectivités territoriales. [↑](#footnote-ref-40)
41. Article 28 et 29 de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988. [↑](#footnote-ref-41)
42. Cf. TA, 16 février 1998, n° 9360 et 9430, confirmé par CA, 2 juillet 1998, n° 10648 C et Cour constitutionnelle 20 novembre 1998, arrêt n° 3/98. [↑](#footnote-ref-42)
43. Réponse du 28 juin 2011 apportée à la question de M. Fernand Kartheiser concernant le port de la burqua aux alentours d’écoles de l’enseignements fondamental. [↑](#footnote-ref-43)
44. Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics. [↑](#footnote-ref-44)
45. Cette solution apparaissait tout de même assez délicate ; d’un côté il était dit aux élèves qu’ils avaient le droit d’exprimer leurs convictions religieuses par le port d’un signe et de l’autre, il leur était dit qu’ils ne devraient surtout pas protester, encore moins par des manifestations, lorsque le droit ainsi reconnu est contesté. D’ailleurs cette solution a été vivement critiquée notamment par le commissaire du gouvernement, actuellement Rapporteur public, dans les conclusions sous le jugement TA de Paris, 10 juillet 1996, *M. et Mme Kherouaa*. [↑](#footnote-ref-45)
46. « Prestation de serment refusée à une avocate voilée », lequotidien.lu, 22 septembre 2017, (également consulté le 06 avril 2022). [↑](#footnote-ref-46)
47. Pour illustrer la controverse en matière de qualification du fait, signe ou symbole religieux, nous pouvons citer la jurisprudence relative à l’installation des crèches dans les lieux publics en France. Des jugements contradictoires ont été rendus notamment par les tribunaux administratifs. Certains estimaient que la crèche est un symbole religieux, (TA d’Amiens, 30/11/2010, *M. Debaye*, n° 0803521 ; TA de Nantes, 14/11/ 2014, *Fédération de Vendée de la libre pensée/ Département de la Vendée*, n° 1211647 ), tandis que d’autres n’y voient qu’une décoration festive : (TA d’Amiens, 17/02/2015, *Fédération de la libre pensée de l’Oise/ Commune de Beauvais,* n° 1300269, en l’espèce le juge prend en compte l’installation de la crèche près de chalets dont celui du Père Noel qui, selon lui, est hors de tout contexte religieux et non ostentatoire pour écarter la qualification de symbole religieux). Le Conseil d’État, par deux arrêts du 9 novembre 2016, retient que la crèche, quoique susceptible de revêtir une pluralité de significations, présente un caractère religieux en tant que reproduction d’une scène faisant partie de l’iconographie chrétienne. (CE, 9/11/2016, *Fédération départementale des libres penseurs de Seines et Marne*, n° 395122 et *Fédération de la libre pensée de Vendée*, n° 395223). [↑](#footnote-ref-47)
48. Par exemple, interdiction du port de la barbe. Cf., CEDH 24 mai 2005, *Mahmud Tid/Turquie*, n° 8165/03. [↑](#footnote-ref-48)
49. Questions déjà posées dans le domaine scolaire en doctrine française. Cf. notamment, Bernard Toulemonde, « Le port de signes d’appartenance religieuse à l’école : la fin des interrogations ? » *AJDA* 2005, p. 2044. [↑](#footnote-ref-49)