



Die Schweiz verwirklichen.
Réalisons la Suisse.
Realizziamo la Svizzera.
Realisain la Svizra.
Make Switzerland happen.

A l'attention de :

Madame la Conseillère fédérale
Karin Keller-Sutter
Cheffe du Département fédéral de
justice et police

Le 2 février 2022

Prise de position d'Opération Libero

Mise en œuvre à l'interdiction de se dissimuler le visage (art. 10a Cst.) : modification du code pénal

Madame la Conseillère fédérale,
Mesdames, Messieurs,

Le 20 octobre 2021, vous avez ouvert la procédure de consultation sur la mise en œuvre de l'initiative populaire "Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage" (initiative sur la burqa).

Opération Libero s'engage pour une société ouverte et progressiste, libérale et juste, dans laquelle chaque être humain peut s'épanouir librement et est égal en dignité et en droits. Le mouvement contribue à la protection et au maintien des institutions de l'État de droit. Nous agissons lorsque nous les voyons menacées et nous nous efforçons de les améliorer en permanence.

Opération Libero voit dans la révision proposée du code pénal pour la mise en œuvre de l'art. 10a Cst. une menace sur des bases importantes de notre Etat de droit. Dans le cadre de notre vision et de notre mission, nous participons donc à la consultation.

Il est de l'avis d'Opération Libero que la proposition législative n'est pas compatible avec la Constitution fédérale et les obligations de la Suisse en matière de droit international public à plusieurs égards : **d'une part, il manque une compétence fédérale pour édicter la loi. D'autre part, la proposition est en contradiction avec les garanties en matière de droits fondamentaux et de droits humains ainsi qu'avec la jurisprudence y relative.** Il convient donc de renoncer à une loi d'application au niveau fédéral. Si le projet est néanmoins poursuivi, il serait au moins indiqué de procéder à des adaptations afin de le rendre compatible avec les droits fondamentaux et les droits humains.

1. Compétence cantonale pour édicter la législation d'exécution

Avant la votation, le Conseil fédéral a souvent rappelé et expliqué de manière détaillée que la compétence d'édicter la législation d'exécution de l'art. 10a Cst. revenait aux cantons. Un article paru récemment dans la revue juridique spécialisée *Jusletter* a soumis cette appréciation à une analyse scientifique approfondie et l'a confirmée¹. Le fait que le Conseil fédéral propose malgré tout une concrétisation dans la loi fédérale ne se justifie pas. Le changement d'attitude du Conseil fédéral est également à rejeter du point de vue de la vie démocratique, puisque le peuple et les cantons ont accepté l'article avec l'information selon laquelle la mise en œuvre se ferait dans les cantons. Une concrétisation par les cantons correspond en outre au fait que la réglementation légale selon l'art. 10a Cst. doit tenir compte des coutumes locales ("usanze locali", selon la formule originaire dans la loi tessinoise renvoie à une dimension géographique, alors que la traduction allemande "einheimisches Brauchtum" a une connotation plus identitaire). Enfin, il convient de noter que le processus législatif initié incite les cantons à attendre avant d'introduire la législation d'exécution nécessaire. Contrairement aux intentions du Conseil fédéral, la proposition de norme pénale retarde donc la mise en œuvre de l'initiative conformément à la Constitution et pourrait entraîner un dépassement du délai prévu à l'art. 197, ch. 12, Cst.

Opération Libero demande donc l'abandon du projet législatif et, en lieu et place, le soutien et la surveillance des cantons, avec les moyens prévus par la Constitution, pour l'élaboration des lois d'application nécessaires.

2. Mise en œuvre conforme aux droits fondamentaux et aux droits humains

Opération Libero salue le fait que le projet de loi proposé exclut de l'interdiction diverses pratiques de dissimulation protégées par les droits fondamentaux, qui vont au-delà du libellé de l'art. 10a Cst. Le fait que les droits fondamentaux et les droits humains priment sur le texte de l'art. 10a Cst. correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle au moins les droits humains reconnus au niveau international (sous réserve d'une dénonciation du traité international en question) priment sur des dispositions incompatibles du droit national. La primauté des droits fondamentaux de la Constitution peut être justifiée par la place prépondérante des droits fondamentaux dans l'ordre constitutionnel, qui va de pair avec les règles de conflit spécifiques de l'art. 36 Cst.

L'avant-projet suit toutefois cette approche de manière incohérente : certaines dissimulations du visage, qui ne bénéficient pas d'une protection constitutionnelle particulière, sont exclues de l'interdiction, tandis que d'autres dissimulations ayant une grande importance pour les droits fondamentaux ne sont pas expressément exclues. Dans le champ d'application restant, d'autres problèmes de droits fondamentaux viendraient s'ajouter. Nous considérons que les adaptations suivantes sont particulièrement nécessaires :

¹ Benedict Vischer, «Wer ist zuständig für die gesetzliche Konkretisierung des Verhüllungsverbots? Art. 10a BV im Kontext der bundesstaatlichen Kompetenzordnung», in : *Jusletter*, 22 novembre 2021.

a) Exception pour garantir la liberté religieuse

Le projet de loi ne contient pas d'exception explicite pour le port du voile intégral pour des raisons religieuses. Cela correspond à la volonté des initiant-es. Cette volonté ne doit cependant pas être déterminante - comme le relève à juste titre le Conseil fédéral. Du point de vue juridique (et même en considérant l'art. 10a Cst. de manière indûment isolée), il n'est pas justifiable que, par exemple, les figures de cosplay et les déguisements dans le cadre d'enterrements de vie de garçon, mentionnés dans le rapport explicatif, soient privilégiés par rapport à la dissimulation du visage d'une femme musulmane. Une exception pour les voiles islamiques peut même être mieux conciliée avec le texte de l'art. 10a Cst. par une interprétation non discriminatoire de l'exception des "coutumes locales". Dans cette mesure, il serait également envisageable que les autorités d'exécution ajoutent les voiles à caractère religieux à cette exception dans la réglementation proposée. Pour des raisons de sécurité et de clarté juridiques et afin de garantir une pratique uniforme, il convient toutefois de fixer expressément l'exception au niveau de la loi dans le cas central des voiles à caractère religieux.

Sans exception pour des raisons religieuses, la loi d'application exacerberait même la contradiction entre l'interdiction de se voiler d'une part et la liberté religieuse et l'interdiction de discrimination de l'autre. En raison des exceptions plus larges, les voiles islamiques seraient presque le seul cas d'application dans la vie quotidienne. Une telle réglementation spéciale et l'inégalité de traitement qui en résulteraient seraient encore moins justifiables.

L'exigence d'une exception pour les voiles à caractère religieux découle également de la jurisprudence. Si la compatibilité d'une application de l'interdiction aux voiles islamiques intégraux avec la jurisprudence de la CEDH est pour le moins douteuse (ni les circonstances de fait ni les circonstances de droit ne correspondent à la situation en France et en Belgique sur tous les points pertinents), l'incompatibilité avec la pratique du Comité des droits de l'homme des Nations unies ne fait aucun doute. Certaines remarques figurant dans le message relatif à l'initiative populaire soulèvent la question de savoir si le Conseil fédéral reconnaît l'autorité des interprétations du Pacte II de l'ONU par le Comité. Du point de vue du droit international, l'autorité de l'organe en matière d'interprétation ne fait aucun doute. Il faudrait au moins des arguments juridiques forts pour s'écarter de l'interprétation faite par l'organe compétent désigné par le traité. De tels arguments n'existent pas en l'espèce et ne sont pas non plus avancés par le Conseil fédéral. Un standard plus bas au niveau de la CEDH ne peut pas justifier une divergence. Des niveaux de protection différents selon les traités sur les droits humains n'ont rien d'inhabituel. C'est le niveau de protection le plus élevé, contraignant pour l'Etat, qui est alors déterminant. Il convient en outre de tenir compte des obligations de la Convention sur l'égalité raciale et de la Convention sur les droits des femmes. Il nous semble inquiétant que le commentaire de l'avant-projet ne mentionne même pas l'interdiction de discrimination, bien que le Comité des droits de l'homme ait déjà affirmé une violation de l'art. 26 du Pacte II de l'ONU dans le cas de l'interdiction française de se dissimuler le visage (qui ne prévoit pas de privilège explicite pour les coutumes locales).

Opération Libero demande donc qu'une exception explicite soit prévue pour les voiles à caractère religieux couvrant le visage.

***Propositions de formulation* : [Ne sont pas punissables les dissimulations du visage] "pour des motifs religieux" ou "qui constituent un élément essentiel de la pratique religieuse" ou "qui sont nécessaires à l'exercice de la liberté de croyance, de conscience et de religion".**

b) Reformulation de l'exception pour les "coutumes locales" de manière à ce qu'elle soit neutre en termes d'origine

Contrairement aux autres motifs d'exception, le maintien des coutumes locales ne peut pas être attribué à un droit fondamental supérieur. Au contraire, l'interprétation de cette exception risque de se heurter au principe de l'égalité au niveau de la Constitution - ou de servir de précédent pour justifier des restrictions plus graves des droits fondamentaux en invoquant l'objectif supérieur du maintien des coutumes locales. En outre, la formulation dans les versions française ("coutumes locales") et italienne ("usanze locali") permet une interprétation plus dynamique que la version allemande ("einheimisches Brauchtum"), car la conception des coutumes locales peuvent évoluer dans le cadre du débat public.

Dans l'avant-projet, l'exception prévue par les initiant·es pour les "coutumes locales" est étendue aux "représentations artistiques et de divertissement", ce qui est en principe à saluer. Dans le rapport explicatif, il est en outre précisé que le terme "locales" inclut également "Une coutume provenant de l'étranger qui s'est depuis longtemps établie et répandue en Suisse doit également faire partie des exceptions". Néanmoins, la formulation anticipe le fait que l'appropriation progressive de formats festifs étrangers ou innovants sera poursuivie pénalement tant qu'elle n'est pas considérée comme "établie" ou "répandue".

Une interprétation restrictive de la notion de "coutumes locales" conduirait à une discrimination inadmissible fondée sur l'origine personnelle ou les attributs personnels (art. 8 Cst.) dans l'exercice de la liberté de réunion (art. 22 Cst.). D'une part, la participation à des manifestations festives transmises localement est souvent limitée à un genre, une communauté religieuse ou un mode de vie, ou n'attire que les personnes ayant certaines convictions politiques ou philosophiques. D'autre part, la plupart des manifestations déguisées non-indigènes - comme le Nouvel An chinois, Pourim ou la Pride - sont souvent organisées et fréquentées spontanément, pour et autour des minorités ethniques, religieuses et sexuelles. La "nécessité" mentionnée à l'art. 332a, al. 2, let. g, AP-CP est difficile à justifier dans ce cas.

Enfin, il convient de souligner que les cortèges de carnaval et autres manifestations comparables servent de vecteur à l'expression d'opinions, même dans une perspective historique. La référence au "maintien des coutumes locales" et à l'absence de "nécessité" d'exprimer des messages politiques dans le cadre de cette manifestation pourrait conduire les autorités à sanctionner arbitrairement les porteur·euses de messages désagréables.

Même si le risque d'une interprétation très restrictive par les autorités policières et les tribunaux suisses est relativement faible, l'historique de l'article constitutionnel et du projet de mise en œuvre indique clairement que le droit comparé joue et jouera un rôle important dans ce domaine - et que dans de tels exercices de droit comparé, l'analyse ne va guère au-delà d'une comparaison du libellé grammatical. La discussion du cas danois dans le rapport explicatif se base même sur une traduction non officielle. L'adoption de la notion de "coutumes locales" dans des systèmes juridiques où la protection des minorités est moins bien établie pourrait conduire à de graves violations des droits de l'homme. Toutefois, la comparaison juridique peut également servir à remplacer la formulation malheureuse de l'article constitutionnel dans la norme pénale prévue par une formulation plus neutre qui reflète mieux l'objectif déclaré de l'interprétation harmonisante de la Constitution.

Opération Libero demande donc de remplacer le passage "pour entretenir des coutumes locales".

***Propositions de formulation* : [Ne sont pas punissables les dissimulations du visage] "dans le cadre de manifestations festives" [formulation correspondant à l'interdiction belge de se dissimuler le visage] ou "en raison des pratiques locales" ou "d'usages locaux" [formulations dérivées de la version italienne].**

c) Réserve d'autres motifs d'exception

Bien que l'avant-projet élargisse les critères d'exception de l'art. 10a Cst., l'art. 332a CP proposé lie lui aussi sans réserve les exceptions à certains motifs. Cela va à l'encontre de la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle, en cas d'interdiction de dissimuler son visage, il faut expressément prévoir une marge de manœuvre pour des exceptions allant au-delà des critères légaux. Dans l'ATF 117 Ia 472, le Tribunal fédéral a considéré qu'il était "impossible de fixer en détail dans la loi quand une autorisation d'exception peut être accordée" (consid. 3e). Il a confirmé cette jurisprudence dans son arrêt 1C_211/2016, 1C_212/2016 relatif à l'interdiction de se dissimuler le visage au Tessin, en précisant que le caractère non exhaustif des exceptions légales devait être inscrit dans la loi pour des raisons de sécurité juridique (consid. 5.4.5). Cette jurisprudence devrait également être respectée en cas de mise en œuvre de l'art. 10a Cst. dans une loi fédérale.

Opération Libero demande donc que le caractère non exhaustif des motifs d'exception énumérés soit précisé dans la loi.

***Propositions de formulation* : [Ne sont pas punissables les dissimulations du visage] "pour d'autres motifs dignes d'être reconnus" [formulation correspondant à l'interdiction danoise de dissimuler le visage] ou "pour un autre intérêt prépondérant" ou "qui sont nécessaires à l'exercice d'autres droits fondamentaux et humains".**

d) Pas de sanction pénale (directe)

Dans le message relatif à l'initiative, le Conseil fédéral a souligné à juste titre que l'art. 10a Cst. n'exige pas de sanction pénale en cas de violation de l'interdiction et a reconnu là un aspect important pour la possibilité d'une mise en œuvre conforme au droit international. En effet, tant la CEDH que le Comité des droits de l'homme ont identifié la criminalisation de la pratique interdite comme une aggravation significative de l'atteinte aux droits de l'homme. Dans ces circonstances, les droits fondamentaux et le principe de proportionnalité imposent de renoncer à une pénalisation et de concrétiser l'interdiction par le droit administratif.

Une mise en œuvre par le droit administratif n'exclut pas de sanctionner pénalement la désobéissance persistante. Une sanction pourrait notamment être envisagée dans le cadre de l'art. 292 CP (désobéissance à une décision officielle). Une sanction serait ainsi liée à la constatation préalable de l'illégalité d'une dissimulation dans un cas particulier et n'interviendrait qu'en cas de désobéissance persistante.

Cette solution ne supprimerait pas totalement un autre problème de l'avant-projet, mais l'atténuerait considérablement : le manque de précision de la réglementation. Les exceptions prévues à l'interdiction ont été définies de manière si large et doivent rester si ouvertes qu'il est impossible de prévoir de manière fiable le champ d'application de l'interdiction pour les personnes soumises au droit. Dans l'ATF 117 Ia 472, l'interdiction était limitée aux manifestations soumises à autorisation. Il était ainsi garanti que la punissabilité pouvait être précédée de la clarification par les autorités de la question de savoir si une exception à l'interdiction s'imposait. Une telle clarification de la situation juridique dans le cas concret doit également être exigée dans le cas présent, avant que la désobéissance ne soit menacée d'une peine.

Si, malgré toutes ces objections, l'interdiction de se dissimuler le visage est directement sanctionnée par le droit pénal, la peine devrait être limitée aux cas de récidive.

Operation Libero demande que l'on renonce à une nouvelle norme pénale et que la mise en œuvre se fasse sur le plan du droit administratif. Une poursuite pénale ne devrait être envisagée que dans le cadre de l'article 292 du Code pénal. Si une norme pénale est néanmoins édictée, la sanction devrait être limitée aux cas de récidive.

***Propositions de formulation* : en cas de mise en œuvre (à éviter) sur le plan pénal : "Celui qui, en dépit d'un ordre contraire de l'autorité, aura montré son visage..." ou "Celui qui, de manière persistante, aura montré son visage..." ou "Celui qui, de manière répétée, aura montré son visage..."**

Nous espérons que ces explications contribueront à une mise en œuvre conforme au droit du nouvel article constitutionnel et vous remercions de prendre en compte nos remarques.

Nous vous remercions vivement de votre engagement en faveur de notre Constitution libérale et d'une Suisse diversifiée et porteuse d'avenir.

Au nom d'Opération Libero,

Sanija Ameti

Coprésidente

Stefan Manser-Egli

Coprésident