



Berne, le 20 octobre 2021

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

Rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation

Table des matières

1	Contexte	4
1.1	Nécessité d’agir et objectifs visés	4
1.1.1	Acceptation de l’initiative populaire « Oui à l’interdiction de se dissimuler le visage »	4
1.1.2	Texte des dispositions inscrites dans la Constitution	4
1.2	Mise en œuvre par la Confédération	4
1.2.1	Réglementation dans le droit fédéral	4
1.2.2	Structures réglementaires possibles dans le cadre des compétences fédérales actuelles	5
1.2.2.1	CP	5
1.2.2.2	LMSI	6
1.2.3	Mise en œuvre dans le CP	6
1.3	Relation avec le programme de législature et avec le plan financier ainsi qu’avec les stratégies du Conseil fédéral	7
2	Droit comparé	7
2.1	France	7
2.2	Belgique	8
2.3	Autriche	8
2.4	Danemark	9
3	Présentation du projet	9
3.1	Buts de l’interdiction inscrite à l’art. 10a Cst.	9
3.1.1	Se rencontrer à visage découvert	9
3.1.2	Interdiction de se camoufler le visage	10
4	Champ d’application de l’interdiction de se dissimuler le visage	11
5	Commentaire des dispositions	12
5.1	Accessibilité à la collectivité (art. 332a, al. 1, AP-CP)	12
5.1.1	Non concerné par l’interdiction : l’espace privé	13
5.1.2	Véhicules et transports	13
5.1.2.1	Transports publics	13
5.1.2.2	Moyens de transport privés utilisables par la collectivité	13
5.1.2.3	Aviation civile et navigation intérieure	14
5.1.2.4	Véhicules utilisés à titre privé	15
5.1.2.5	Mobilité douce et loisirs	15
5.1.3	Non concernés par l’interdiction : les espaces virtuels et les médias	15
5.2	Exceptions à l’interdiction de se dissimuler le visage (art. 332a, al. 2, AP-CP)	16
5.2.1	Principes d’interprétation	16
5.2.2	Lieux de culte (art. 332a, al. 2, let. a, AP-CP)	17
5.2.3	Protéger sa santé ou la recouvrer (art. 332a, al. 2, let. b, AP-CP)	17
5.2.4	Garantir sa sécurité (art. 332a, al. 2, let. c, AP-CP)	17
5.2.5	Se protéger des conditions climatiques (art. 332a, al. 2, let. d, AP-CP)	18
5.2.6	Pour entretenir des coutumes locales et lors de spectacles (art. 332a, al. 2, let. e, AP-CP)	18
5.2.6.1	Coutumes locales	18
5.2.6.2	Spectacles	18

5.2.7	Publicité (art. 332a, al. 2, let. f, AP-CP)	19
5.2.8	Apparitions dans l'espace public, seul ou en groupe (art. 332a, al. 2, let. g, AP-CP)	20
5.2.8.1	Interdiction de se camoufler le visage : extension à toute la Suisse..	20
5.2.8.2	Jurisprudence concernant les interdictions cantonales	20
5.2.8.3	Appréciation dans la perspective de la CEDH et du Pacte II de l'ONU.....	21
5.2.8.4	Situation après l'inscription de l'art. 10a dans la Constitution.....	22
5.2.8.5	Garantie de l'exercice des droits fondamentaux lors d'apparitions dans l'espace public, seul ou en groupe	23
6	Conséquences	24
6.1	Conséquences pour la Confédération	24
6.2	Conséquences pour les cantons et les communes.....	24
7	Aspects juridiques.....	24
7.1	Constitutionnalité.....	24
7.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse.....	24
7.3	Forme de l'acte à adopter.....	24

1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

1.1.1 Acceptation de l'initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage »

Le 7 mars 2021, le peuple et les cantons ont accepté l'initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage ». Les art. 10a et 197, ch. 12, ont ainsi fait leur entrée dans la Constitution (Cst)¹.

1.1.2 Texte des dispositions inscrites dans la Constitution

Art. 10a Interdiction de se dissimuler le visage

¹ Nul ne peut se dissimuler le visage dans l'espace public, ni dans les lieux accessibles au public ou dans lesquels sont fournies des prestations ordinairement accessibles par tout un chacun ; l'interdiction n'est pas applicable dans les lieux de culte.

² Nul ne peut contraindre une personne de se dissimuler le visage en raison de son sexe.

³ La loi prévoit des exceptions. Celles-ci ne peuvent être justifiées que par des raisons de santé ou de sécurité, par des raisons climatiques ou par des coutumes locales.

Art. 197, ch. 12

12. Disposition transitoire ad art. 10a (Interdiction de se dissimuler le visage)

La législation d'exécution doit être élaborée dans les deux ans qui suivent l'acceptation de l'art. 10a par le peuple et les cantons.

L'art. 10a Cst. interdit de se dissimuler le visage dans l'espace public et dans les lieux mentionnés à l'al. 1. La disposition constitutionnelle n'est toutefois pas applicable directement, elle doit être concrétisée au niveau de la loi. Elle ne précise pas qui est compétent pour sa mise en œuvre. La disposition transitoire prévue à l'art. 197, ch. 12, Cst. indique seulement que l'interdiction doit être mise en œuvre dans un délai de deux ans après l'entrée en vigueur de la disposition constitutionnelle, c'est-à-dire à partir du jour où le peuple et les cantons l'ont acceptée.

1.2 Mise en œuvre par la Confédération

1.2.1 Réglementation dans le droit fédéral

La réglementation de l'ordre régnant dans l'espace public relève en priorité des cantons, elle est un de leurs domaines de compétence originaires. Dans le cadre de leurs compétences de police, les cantons fixent les conditions de l'utilisation de l'espace public (par ex. lors de manifestations). La Confédération dispose pour sa part de la compétence de légiférer dans le domaine du droit pénal (art. 123, al. 1, Cst.) et, dans un cadre limité, de celle de légiférer dans le domaine de la sécurité intérieure.

Lors de sa séance du 12 mars 2021, le comité de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) s'est penché sur la question de la mise en œuvre de l'interdiction de se dissimuler le visage. Sans vouloir remettre en question le partage constitutionnel des compétences, le comité a exprimé sa conviction que la volonté explicite des citoyens était que les différentes réglementations cantonales existant en matière de dissimulation du visage dans l'espace public fassent place à une législation nationale et, ce faisant, à une réglementation uniforme. De l'avis du comité de la CCDJP, des lois d'exécution cantonales ne permettent pas d'atteindre cet objectif d'uniformité ni de tenir le délai

¹ RS 101

de deux ans imposé à la mise en œuvre. Après avoir consulté tous les directeurs de justice et de police et le président et le secrétaire général de la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC), le comité de la CCDJP a communiqué à la cheffe du Département fédéral de justice et police (DFJP), dans une lettre datée du 24 mars 2021, que les cantons s'étaient tous mis d'accord pour renoncer à la mise en œuvre de l'art. 10a Cst dans leurs législations et qu'ils jugeaient bon que la Confédération s'en charge.

Le Conseil fédéral respecte l'ordre fédéraliste et la compétence des cantons. Il attache aussi beaucoup d'importance à la volonté des citoyens. Il entend notamment que l'initiative puisse être mise en œuvre dans le délai imparti. Lors d'une séance avec l'organe de contact DFJP-CCDJP, le 26 mars 2021, la cheffe du DFJP a donc confirmé qu'un projet de mise en œuvre fédérale de l'interdiction de se dissimuler le visage serait soumis au Conseil fédéral à la suite de la déclaration faite par les cantons qu'ils renonçaient à leurs prérogatives.

1.2.2 Structures réglementaires possibles dans le cadre des compétences fédérales actuelles

La question se pose de savoir sous quelle forme légale mettre en œuvre l'interdiction de se dissimuler le visage. Ont été examinées les possibilités de le faire dans le code pénal (CP)² ou dans la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI)³. Aucun autre texte de loi ne le permet au niveau fédéral faute de lien thématique. On pourrait envisager une nouvelle loi autonome, mais la chose paraît disproportionnée au vu de la matière à régler.

1.2.2.1 CP

Une mise en œuvre dans le CP soulève principalement les problèmes suivants :

- Il s'agit de voir quel bien juridique doit être protégé pénalement par une interdiction de se dissimuler le visage. Les motifs invoqués pendant la campagne qui a précédé la votation, que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît aussi comme recevables pour interdire de se dissimuler le visage, comprennent en particulier la sécurité, l'ordre et la culture du face-à-face à visage découvert (voir ch. 3). On pourrait parler, pour simplifier, de « l'ordre public ». Mais ce dernier n'est pas un bien juridique protégé par le code pénal. Il faut donc penser à un emplacement extérieur à la systématique des biens juridiques, à savoir le titre 20 : Contraventions à des dispositions du droit fédéral (voir ch. 1.2.3).
- La liste des exceptions à l'art. 10a, al. 3, Cst. revêt une importance prépondérante pour la délimitation de l'acte punissable. Le CP, quant à lui, se limite généralement à arrêter de simples interdictions sans régler l'acte punissable en l'accompagnant d'innombrables exceptions. Il existe certes des normes conçues ainsi dans le CP, comme les dispositions sur l'interruption de grossesse (art. 118 ss CP). Mais les exceptions y sont, en comparaison, faciles à définir.
- Il est central de pouvoir réprimer facilement dans le cas d'une infraction mineure comme l'interdiction de se dissimuler le visage. Une interdiction inscrite dans le CP ne pourrait toutefois pas, dans la situation juridique actuelle, être réprimée simplement dans la procédure de l'amende d'ordre. Il faudrait étendre la loi du 18 mars 2016 sur les amendes d'ordre (LAO)⁴. Le législateur pourrait naturellement compléter la liste qu'elle contient par une disposition du CP. Mais de lourdes réserves touchant à l'Etat de droit s'opposent à une extension de la procédure de l'amende d'ordre aux infrac-

² RS 311

³ RS 120

⁴ RS 314.1. La liste figurant à l'art. 1, al. 1, de la loi énumère les lois contenant des contraventions pouvant être sanctionnées dans la procédure de l'amende d'ordre.

tions du CP. Le risque serait d'ouvrir grand la porte à l'inscription d'autres infractions telles que les voies de fait, les dommages à la propriété, voire le désagrément causé par la confrontation à un acte d'ordre sexuel. C'est pourquoi le Conseil fédéral renonce dans ce cas à étendre la liste des amendes figurant dans la LAO.

1.2.2.2 LMSI

Une mise en œuvre dans la LMSI n'est possible que dans les conditions suivantes :

- La LMSI est un texte de droit *policier*. Elle ne prévoit pas seulement des mesures de prévention du terrorisme, mais aussi, par exemple, des contrôles de sécurité relatifs aux personnes, la saisie de matériel de propagande dont le contenu incite à la violence, la mise sous séquestre d'objets dangereux et des mesures de lutte contre le hooliganisme. Les premières sont confirmées par une disposition pénale de la loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme (MPT)⁵.
- Un des buts de l'interdiction de se dissimuler le visage est de renforcer l'ordre et la sécurité dans l'espace public⁶. L'art. 57, al. 2, Cst., dispose que la Confédération et les cantons coordonnent leurs efforts en matière de sécurité intérieure. Selon la pratique constante du législateur fédéral, l'art. 57, al. 2, Cst. ne fonde une compétence législative de la Confédération que lorsqu'il en va de problèmes de sécurité relevant au moins en partie de la compétence de la Confédération et qui, du point de vue de cette dernière, exigent une coordination nécessitant la participation ou la direction de la Confédération. De plus, cette compétence fédérale ne doit pas être simplement d'importance marginale⁷. La LMSI contient certes déjà des règles à l'intention des hooligans, pour qui la dissimulation du visage joue un rôle. Elles ne concernent toutefois que des domaines très limités, comme le traitement d'informations (banque de données sur les hooligans) et les interdictions de se rendre dans un pays donné. Toutes les autres dispositions sur le hooliganisme ne figurent pas dans la LMSI, mais dans des concordats, parce que les chambres étaient convaincues qu'il n'existait pas de base constitutionnelle suffisante pour une compétence législative de la Confédération en la matière. Il paraît donc problématique de se fonder sur l'art. 57, al. 2, Cst., comme le réclamerait une solution dans la LMSI. Vient s'y ajouter que l'initiative populaire vise en premier lieu la dissimulation du visage dans la vie quotidienne et ses conséquences, notamment pour les femmes : « Les gens libres montrent leur visage »⁸ ou « Burka und Niqab sind keine 'normalen' Kleidungsstücke »⁹ déclarent les auteurs de l'initiative. L'objectif de la nouvelle disposition va donc bien au-delà de la garantie de la sécurité et de l'ordre et concerne avant tout la protection du « vivre ensemble » (voir ch. 3.1). Il sort donc nettement du champ d'application de la LMSI, qui a pour but d'écarter précocement les menaces pour la sûreté intérieure (art. 2, al. 1, LMSI).

1.2.3 Mise en œuvre dans le CP

La solution du CP est cohérente au plan du droit constitutionnel, contrairement à celle de la LMSI, qui étendrait la compétence de coordination de la Confédération, très limitée dans le domaine de la police (art. 57, al. 2, Cst.). Comme la LMSI ne s'y prête guère, parce que son

⁵ FF 2020 7499, acceptée lors de la votation du 13 juin 2021.

⁶ Cet argument a déjà été invoqué dans des interventions parlementaires sur une interdiction de se camoufler le visage lors de manifestations et de compétitions sportives, voir les motions 11.3043 « Interdiction nationale de porter une cagoule » du conseiller national Hans Fehr et 13.3520 « Inscrire dans le Code pénal l'interdiction de dissimuler son visage » du conseiller aux États Peter Föhn.

⁷ Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat Malama 10.3045 du 3 mars 2010 « Sécurité intérieure. Clarification des compétences », FF 2012 4161, 4187 s.

⁸ Comité d'Egerkingen, arguments sur l'initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage », <https://interdiction-dissimuler-visage.ch> > portfolio > les gens libres montrent leur visage.

⁹ Comité d'Egerkingen, arguments sur l'initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage », <https://interdiction-dissimuler-visage.ch> > burka-und-niqab-sind-keine-normalen-kleidungsstuecke

objectif est de prévenir les menaces et qu'il ne recoupe que partiellement celui de l'interdiction de se dissimuler le visage, l'alternative à la solution du CP consisterait dans une loi indépendante sur l'interdiction de se dissimuler le visage. En raison du caractère limité de la matière, cette solution n'est pas examinée plus avant.

Pour la partie de l'initiative qui vise à interdire la contrainte de se dissimuler le visage¹⁰, le CP prévoit déjà une sanction (voir ch. 3.1). Pour respecter au mieux le lien entre les différentes composantes de l'initiative, il est donc logique de mettre aussi en œuvre l'autre partie de l'initiative (art. 10a, al. 1, Cst.) dans le CP.

Après avoir analysé les structures réglementaires possibles et vu que la norme à créer porte sur une contravention concernant un bien juridique difficile à définir, c'est le titre 20 CP « Contraventions à des dispositions du droit fédéral » (art. 323 ss) qui a été considéré comme la structure la plus adéquate. Selon l'art. 106, al. 1, CP, le montant maximal de l'amende peut s'élever à 10 000 francs. Les tribunaux cantonaux déterminent le montant de l'amende. Le principe de proportionnalité doit être respecté. Pour la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), la clémence des sanctions prévues a été un critère décisif dans sa conclusion sur la légalité des interdictions de se dissimuler le visage en France et en Belgique¹¹.

1.3 Relation avec le programme de législature et avec le plan financier ainsi qu'avec les stratégies du Conseil fédéral

Le projet n'a été annoncé ni dans le message du 29 janvier 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023¹² ni dans l'arrêté fédéral sur le programme de la législature 2019 à 2023¹³.

2 Droit comparé

Il existe des interdictions de se dissimuler le visage dans l'espace public ayant un champ d'application analogue à celui de l'art. 10a Cst. en France, en Belgique, en Autriche et au Danemark.

2.1 France

Plusieurs dispositions du droit pénal général français interdisent de se dissimuler le visage. La France a adopté en 2010 une loi qui interdit de porter une tenue destinée à dissimuler son visage dans l'espace public. Il s'agit d'espaces publics, comme les rues, les forêts et les plages, mais aussi des lieux ouverts au public, comme les magasins, les restaurants, les cinémas, ainsi que les lieux affectés à un service public (comme les écoles, les administrations, les gares, les moyens de transport publics)¹⁴. Des exceptions sont prévues lorsque la dissimulation du visage est prescrite ou permise par des dispositions de droit ou des consignes administratives, lorsqu'elle est justifiée par des raisons sanitaires ou professionnelles ou encore dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles. L'interdiction ne s'applique pas non plus dans les lieux sacrés. La peine encourue en cas d'infraction est une amende de 150 euros au plus.

¹⁰ Voir art. 10a, al. 2, Cst.

¹¹ *S.A.S. contre France* du 1^{er} juillet 2014, requête n° 43835/11 et *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, requête n° 37798/13, n° 17, voir aussi ch. 2.1, 2.2 et 3.1.1

¹² FF 2020, 1709

¹³ FF 2020, 8087

¹⁴ Art. 563^{bis} du code pénal, introduit par la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public

La dissimulation du visage lors de manifestations sur la voie publique est réglée spécialement dans deux dispositions pénales : est puni 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 public¹⁵. Est même puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait pour une personne, au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique, au cours ou à l'issue de laquelle des troubles à l'ordre public sont commis ou risquent d'être commis, de dissimuler volontairement tout ou partie de son visage sans motif légitime¹⁶.

2.2 Belgique

La Belgique a introduit en 2011 une interdiction de se dissimuler le visage à l'art. 563^{bis} de son code pénal. Les sanctions encourues sont des amendes de 120 à 200 euros et/ou une peine privative de liberté de un à sept jours pour les personnes qui se dissimulent le visage, partiellement ou intégralement, de manière à ne pouvoir être identifiées dans des lieux accessibles au public¹⁷. Une peine privative de liberté ne peut toutefois être prononcée qu'en cas de récidive. L'interdiction ne s'applique pas dans les situations où la dissimulation du visage est prescrite par le droit du travail ou autorisée lors de manifestations festives.

2.3 Autriche

En Autriche, la Bundesgesetz über das Verbot der Verhüllung des Gesichts in der Öffentlichkeit (Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz – AGesVG) est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2017¹⁸. Elle a pour objectifs d'encourager l'intégration et d'assurer la coexistence pacifique. Les personnes qui se dissimulent le visage dans des lieux ou des bâtiments publics commettent une contravention administrative punie d'une amende pécuniaire pouvant atteindre 150 euros. Il n'y a pas atteinte à l'interdiction de se dissimuler le visage dans les cas prévus par la loi fédérale ou régionale, dans le cadre de manifestations artistiques, culturelles ou traditionnelles ou encore de pratiques sportives, pour raisons de santé ou professionnelles. La jurisprudence autrichienne a établi que l'interdiction de se dissimuler le visage ne s'applique pas qu'aux situations motivées par la religion, mais aussi aux autres cas de dissimulation du visage en public, comme lorsque des personnes se camouflent le visage lors de bagarres en marge de manifestations sportives pour ne pas être identifiées.

L'arrêt de la cour constitutionnelle autrichienne du 26 février 2021 est particulièrement intéressant dans la perspective des exceptions prévues à l'art. 332a, al. 2, let. g, AP-CP. La cour y constate que les exceptions mentionnées dans la loi ne sont pas exhaustives. Il faudrait selon elle permettre l'utilisation d'un moyen stylistique (comme un masque d'animal) dans le cadre de la liberté d'expression, sauf raison de sécurité prépondérante. En conséquence, porter un masque de vache (et un costume de vache) pour attirer l'attention sur les conditions de production dans l'économie laitière lors d'une manifestation devrait également être couvert par l'exception¹⁹.

¹⁵ Art. R 645-14 du code pénal, décret n° 2009-724 du 19 juin 2009

¹⁶ Art. 431-9-1 du code pénal, loi n° 2019-290 du 11 octobre 2010

¹⁷ Loi visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage du 1 juin 2011, dossier n° 2011-06-01/08. La loi cite des montants de 15 à 25 euros. Les chiffres semblent être aujourd'hui plus élevés, voir l'arrêt de la Cour EDH du 11 décembre 2017 dans l'affaire *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, requête n° 37798/13, n° 17.

¹⁸ Bundesgesetzblatt (BGBl) I, n° 68/2017

¹⁹ Arrêt 4697/2019

2.4 Danemark

Au Danemark, le complément apporté au code pénal qui interdit de se dissimuler le visage dans l'espace public est entré en vigueur le 31 mai 2018 (« offentligt sted », traduction anglaise officielle : « in a public place »)²⁰. Le champ d'application s'étend aux lieux accessibles au public, tels que rues, places, parcs, gares, transports publics et services publics. Des exceptions sont prévues lorsque le visage est dissimulé dans un but méritoire (« anerkendelsesværdigt formål », traduction anglaise officielle : « meritorious purpose »). Les amendes vont de 1000 (env. 130 euros) à 10 000 couronnes danoises (env. 1300 euros) à partir de la 4^e récidive. Sont considérés comme buts méritoires et donc comme des exceptions à l'interdiction les cas de visages dissimulés pour des raisons de sécurité (masques de protection, équipement sportif), pour se protéger du froid, mais aussi lors du carnaval ou de manifestations telles qu'un bal masqué. Sont également des exceptions les cérémonies religieuses telles que mariage ou enterrement.

3 Présentation du projet

3.1 Buts de l'interdiction inscrite à l'art. 10a Cst.

L'interdiction de se dissimuler le visage, inscrite à l'art. 10a Cst., poursuit deux objectifs fondamentaux : d'une part, permettre aux individus de se rencontrer à visage découvert dans l'espace public ; d'autre part, servir la *protection de l'ordre public* en interdisant de se dissimuler le visage pour commettre des infractions de manière anonyme ou se soustraire à des poursuites pénales²¹.

L'initiative a également pour but d'interdire la contrainte exercée sur une personne pour qu'elle se dissimule le visage (art. 10a, al. 1, Cst.). Il est inacceptable de forcer quelqu'un à dissimuler son visage. En application de l'art. 181 CP (contrainte), celui qui oblige une personne à faire quelque chose se rend aujourd'hui déjà punissable. C'est pourquoi il n'est pas nécessaire de créer une nouvelle norme pénale spécifique, à raison du sexe, pour la contrainte exercée à l'égard d'une femme pour qu'elle se dissimule le visage. L'al. 2 du nouvel art. 10a Cst. est déjà mis en œuvre dans le CP.

3.1.1 Se rencontrer à visage découvert

La teneur de l'art. 10a Cst. s'inspire largement de la loi adoptée en France en 2010, qui interdit la dissimulation du visage dans l'espace public²². La loi française est également considérée comme étant la source d'inspiration de l'art. 9a de la constitution du canton du Tessin, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2016 à la suite d'une votation populaire²³. La Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) a examiné la licéité de la loi française à la lumière de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)²⁴ dans un arrêt datant de 2014²⁵. Le gouvernement français argumentait alors que la loi visait non seulement à protéger la sécurité publique, mais aussi à répondre aux « exigences minimales de la vie en société », autrement dit au « vivre ensemble ». Lors de l'appréciation de la proportionnalité des mesures prévues par la loi, la

²⁰ Lov 2018-06-08 n° 717 om ændring af straffeloven (Tildækningsforbud)

²¹ Voir le message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage » et au contre-projet indirect (loi fédérale sur la dissimulation du visage) au sujet des buts visés explicitement par les auteurs de l'initiative qui a été acceptée, FF 2019 2895, ch. 3.1.

²² Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public

²³ La disposition interdit de se dissimuler le visage dans l'espace public ainsi que dans les lieux librement accessibles au public, voir le message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage », FF 2019 2895, ch. 2.3.2.1.

²⁴ RS 0.101

²⁵ S.A.S. contre France du 1^{er} juillet 2014, requête n° 43835/11.

Cour EDH est arrivée à la conclusion que pareille interdiction peut passer pour nécessaire dans une société démocratique²⁶. La Cour EDH a suivi le gouvernement français dans son avis : ce but peut être rattaché à la protection des droits et des libertés d'autrui au sens des art. 8, par. 2, et 9, par. 2, CEDH. La Cour EDH n'a en revanche pas jugé suffisants pour justifier une interdiction de se dissimuler le visage dans l'espace public les motifs de l'égalité entre les hommes et les femmes et le respect de la dignité humaine²⁷. Les motifs invoqués par la France au sujet de la sécurité publique ne justifient pas non plus, selon elle, une interdiction *générale*²⁸.

Pour le comité d'initiative qui a lancé avec succès l'initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage », le fait de se rencontrer à visage découvert a aussi été un des principaux arguments en faveur de l'interdiction aujourd'hui inscrite à l'art. 10a Cst. La dissimulation du visage dans l'espace public est contraire à l'esprit libéral du vivre-ensemble²⁹. Le Conseil fédéral a également insisté dans son message relatif à l'initiative populaire sur le fait que montrer son visage joue un rôle important dans l'interaction sociale³⁰.

Le « vivre ensemble » que la Cour EDH reconnaît comme un intérêt digne de protection justifiant une interdiction de se dissimuler le visage dans l'espace public signifie qu'une interdiction inscrite dans le code pénal ne peut avoir pour but « d'épargner » à la collectivité, à certains groupes de personnes, voire aux individus, la vue de personnes entièrement cachées. Le bien protégé par l'interdiction est la *vie en commun dans une société libérale et démocratique*, qui n'est pas seulement marquée par la communication verbale, mais aussi par des messages non verbaux et des impressions.

Il n'est en revanche pas possible de déduire de l'interdiction un droit individuel à ne jamais être confronté à des femmes voilées. Une interdiction générale et punissable de se dissimuler le visage dans l'espace public ne peut se justifier que sous réserve de certaines exceptions dans lesquelles la sauvegarde d'intérêts individuels, résultant des droits fondamentaux, à se couvrir le visage prime l'intérêt général à se rencontrer les uns les autres à visage découvert (voir ch. 5.2).

3.1.2 Interdiction de se camoufler le visage

Un argument essentiel en faveur de l'interdiction de se dissimuler le visage, qui a occupé aussi bien les partisans de l'initiative que ses opposants pendant la campagne de votation, était celui d'interdire de se camoufler le visage aux fins de commettre une infraction en restant anonyme. Le comité d'initiative invoquait que l'initiative vise aussi « les personnes qui se dissimulent le visage avec des visées criminelles et destructrices. » Une interdiction de se dissimuler le visage applicable dans toute la Suisse renforcera selon lui la position des organes de sécurité et « leur permettra de lutter résolument contre les délinquants masqués. »³¹ Le Conseil fédéral était lui aussi d'avis qu'une interdiction de se dissimuler le visage pourrait, lors de manifestations, « contribuer à garantir l'administration de la justice »³². Il doutait en revanche qu'elle ait un effet de prévention générale sur la commission d'infractions.

²⁶ S.A.S. contre France, n° 140 à 159. La Cour EDH a également jugé acceptable, pour les mêmes raisons, une interdiction belge de se dissimuler le visage. En ce qui concerne la proportionnalité des sanctions prévues, elle a indiqué que les amendes étaient faibles et qu'une détention n'intervenait qu'en cas de récidive, *Belcacemi et Oussar c. Belgique* du 11 décembre 2017, requête n° 37798/13, n° 17.

²⁷ S.A.S. contre France, n° 118 à 120.

²⁸ S.A.S. contre France, n° 139.

²⁹ Explications du Conseil fédéral sur les votations du 7 mars 2021, initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage », p. 10 ss, arguments du comité d'initiative, p. 14.

³⁰ Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage », FF 2019 2895, ch. 4.1.1.

³¹ Explications du Conseil fédéral sur les votations du 7 mars 2021, initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage », p. 10 ss, arguments du comité d'initiative, p. 14.

³² Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage », FF 2019 2895, ch. 4.1.2.

Le Conseil fédéral indiquait également que les cantons qui connaissent des interdictions de se camoufler le visage lors de manifestations et, pour certains, d'événements sportifs, ne les appliquent souvent pas de manière conséquente pour des raisons de tactique policière³³.

L'intérêt à protéger l'ordre public s'exprime généralement lors de manifestations et de grands événements sportifs. L'intérêt à se rencontrer à visage découvert concerne tout l'espace public.

4 Champ d'application de l'interdiction de se dissimuler le visage

En vertu de l'art. 10a, al. 1, Cst., il est interdit de se dissimuler le visage « dans l'espace public » et « dans les lieux accessibles au public ou dans lesquels sont fournies des prestations ordinairement accessibles par tout un chacun. » L'attention se focalise sur l'*accessibilité* au public. Celle-ci peut être tout à fait générale (*espace public*). Elle peut aussi résulter de la *fonction* d'un lieu, comme lorsqu'il y est offert des prestations qui sont en principes ouvertes à tous ou à un grand nombre de personnes qui ne sont pas d'emblée définies avec précision. La question de la propriété du lieu ne revêt aucune importance : le sol privé que la collectivité peut utiliser (comme un chemin de randonnée sur un alpage privé) est tout aussi concerné par l'interdiction de se dissimuler le visage que les commerces ou les établissements privés dans lesquels le public peut obtenir des biens ou services gratuitement ou contre paiement.

On peut qualifier de « public » l'espace qui est librement accessible au public ou qui lui sert³⁴. Généralement, mais pas forcément, cet espace appartient à une collectivité ou à une corporation de droit public³⁵. Il ne peut exister de définition juridique générale de l'espace public car pareille définition dépend du but visé, c'est-à-dire du bien que la norme doit protéger. L'art. 43a, al. 4, de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)³⁶ autorise l'observation d'assurés en vue de détecter les abus lorsque ceux-ci se trouvent « dans un lieu accessible au public » ou « dans un lieu qui est librement visible depuis un lieu accessible au public ». Le Tribunal fédéral (TF) a notamment englobé dans cette disposition sur l'accessibilité générale les rues, les places, les gares, les aéroports, les moyens de transport publics, les parkings, les établissements culturels (théâtres, cinémas, salles de concert), les terrains de sport, les stades, les centres commerciaux, les grands magasins et les restaurants³⁷.

L'art. 10a, al. 1, Cst. distingue « l'espace public », « les lieux accessibles au public » et les lieux « dans lesquels sont fournies des prestations ordinairement accessibles par tout un chacun ». Mais il en va en principe toujours de l'accessibilité à un large public (« breite Öffentlichkeit »)³⁸.

L'« *espace public* » au sens de l'art. 10a Cst. est accessible à tous. En font partie par exemple les rues, les trottoirs et les places ouvertes au public, les chemins publics, les prairies, les champs et les forêts, les montagnes, mais aussi les eaux et les rives accessibles au public ainsi que l'espace aérien.

³³ Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage », FF **2019** 2895, ch. 4.1.2. En ce qui concerne les cantons qui ont réglementé la dissimulation du visage (état au 7.3.2021), voir le tableau figurant dans les explications du Conseil fédéral sur les votations du 7 mars 2021, initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage », p. 11.

³⁴ À propos de « servir », il faut penser par ex. à l'espace aérien situé au-dessus de surfaces publiques ou à des espaces sous terre utilisés à des fins publiques (puits des canalisations et conduites).

³⁵ Arrêt 8C_837/2018 du 15 mai 2019, consid. 5.1, concernant l'observation d'une personne afin de savoir si elle avait droit à une rente invalidité.

³⁶ En vigueur depuis le 1^{er} octobre 2019, RS **830.1**

³⁷ Arrêt 8C_837/2018 du 15 mai 2019, consid. 5.1, et les références à la doctrine, notamment sur l'art. 282 du code de procédure pénale (CPP), RS **312.0**

³⁸ Voir la formulation du TF dans son arrêt 8C_837/2018 du 15 mai 2019, consid. 5.1.

La délimitation des « *lieux accessibles au public* » et de l'« *espace public* » est un peu floue, mais ça ne pose pas de problème, car le propos de l'art. 10a, al. 1, Cst. et de la législation d'exécution qu'il fondera est de distinguer les lieux ouverts à un large public des lieux privés qui ne sont accessibles qu'à un cercle limité de personnes. Peuvent être qualifiées de lieux accessibles au public au sens de l'art. 10a Cst. les installations dédiées à un but précis mais largement ouvertes à tous sans restriction et généralement mises à leur disposition gratuitement. Il s'agit par exemple des piscines et des plages aménagées au bord des lacs et des fleuves, des places de jeu publiques, des terrains de football, des patinoires, des parcs de callisthénie et de skateboard, des parcours Vita, des bains thermaux ouverts au public et des pistes d'escalade, de ski et de luge³⁹.

Parmi les lieux « *dans lesquels sont fournies des prestations ordinairement accessibles par tout un chacun* » au sens de l'art. 10a, al. 1, Cst. figurent ceux où sont fournies des prestations de service public, comme les moyens de transport publics (bus, tram, train, bateau en service régulier), y compris les guichets, les salles d'attente, les points de vente de billets, la poste, mais aussi les services administratifs ouverts au public, les tribunaux et les parlements⁴⁰. Y figurent aussi les écoles, les universités, les structures d'accueil de jour, les foyers pour personnes âgées, les foyers médicalisés et les hôpitaux, qui accueillent un cercle donné de personnes, comme des étudiants, des élèves, des personnes âgées ou des patients et leurs familles. Tel n'est pas le cas de tous les locaux, mais seulement de ceux qui sont accessibles au public. Ne sont pas publics en revanche les bureaux des employés de l'administration ou les salles de séance internes et les locaux d'entreposage. En ce qui concerne les autres bâtiments administratifs, l'interdiction ne peut s'appliquer que dans les espaces accessibles au public.

Cette catégorie englobe également les lieux dans lesquels des fournisseurs publics ou privés mettent des biens et servies à la disposition d'un large public, gratuitement ou contre paiement (voir ch. 5.1).

5 Commentaire des dispositions

5.1 Accessibilité à la collectivité (art. 332a, al. 1, AP-CP)

Les situations énoncées à l'art. 10a, al. 1, Cst., dans lesquelles l'interdiction de se dissimuler le visage s'applique, se recouvrent en partie. L'aspect qu'elles ont en commun est *l'accessibilité à la collectivité*. L'art. 332a, al. 1, AP-CP part de là et énonce les catégories relevant de l'art. 10a, al. 1, Cst. sous la forme suivante : « Quiconque se dissimule le visage dans des lieux publics ou dans des lieux privés ouverts à la collectivité, gratuitement ou contre paiement, est puni de l'amende. »

La « *collectivité* » peut être un public illimité quand il en va par exemple de l'utilisation quotidienne de l'espace public. Mais le terme englobe aussi un public nombreux utilisant des locaux dans un but déterminé. Comme des tribunaux, des écoles, des hôpitaux, des transports publics, mais aussi des établissements de vente de biens ou de fourniture de services, comme des restaurants, des bars, des magasins de détail, des centres commerciaux, des cinémas, des stades de foot, des centres de fitness, des courts de tennis, des piscines, des salles d'escalade, des patinoires, des salons de coiffure, des salons de cosmétique, des banques, des salles de cours, des cabinets médicaux, des pharmacies, etc.

³⁹ Les restrictions à la garantie du repos nocturne et dominical n'y changent rien. Des dispositions comparables peuvent aussi s'appliquer aux activités menées dans les lieux exclusivement privés.

⁴⁰ Les tribunaux et les parlements qui siègent sont généralement ouverts au public. Les délibérations à huis clos sont l'exception.

5.1.1 Non concerné par l'interdiction : l'espace privé

L'interdiction de se dissimuler le visage ne s'applique pas dans l'espace privé pour autant qu'aucune prestation ordinairement accessible par tout un chacun n'y soit fournie (art. 10a, al. 1, Cst.). Les bâtiments à usage privé, les appartements, les balcons, les jardins, les cours, les avant-places, mais aussi les prairies et les forêts privées fermées au public n'entrent donc pas dans le champ d'application de l'interdiction. Qu'une personne qui se dissimule le visage soit visible depuis un terrain public ou privé n'importe pas si l'espace dans lequel elle se trouve ne peut être utilisé par la collectivité. Ne tombent pas non plus sous le coup de l'interdiction les locaux mis à la disposition exclusive de sociétés fermées pour leurs manifestations (comme les salles de fête ou de conférence louées). L'interdiction ne vaut alors que pour les espaces accessibles à tout le monde.

Doivent aussi être considérés comme des espaces privés non concernés par l'interdiction les bureaux non accessibles au public des sociétés ou les espaces de bâtiments administratifs, déjà évoqués au ch. 4, qui ne sont pas accessibles au public, ainsi que les espaces communs d'immeubles locatifs (cages d'escalier, chambres à lessive, espaces de séjour, garages communs, places de jeu, jardins). Ils ne tombent pas sous le coup de l'art. 10a, al. 1, Cst. Une société qui emploie des femmes voilées dans ses espaces de travail non accessibles au public en a tout autant le droit qu'un propriétaire de bien immobilier d'accorder l'utilisation, gratuite ou contre paiement, de ce bien à des fins de logement. Le fait que des personnes étrangères puissent rencontrer ces femmes voilées (par ex. le facteur, des artisans, le livreur de pizza, les employés de Spitex) ne change rien au caractère privé de ces locaux, qui ne sont pas accessibles au public⁴¹.

5.1.2 Véhicules et transports

5.1.2.1 Transports publics

Les véhicules doivent être distingués les uns des autres. Les transports publics, au nombre desquels comptent non seulement les entreprises aux mains de l'État, mais aussi les entreprises privées au bénéfice d'une concession, offrent des prestations dont tout le monde peut en principe bénéficier. Les moyens de transport publics sont des lieux où se rencontrent inopinément toutes sortes de gens dans un espace restreint. L'interdiction de se dissimuler le visage s'y applique. Ces moyens de transport sont les trains, les trams, les bus, les cars postaux, les bateaux en service régulier, mais aussi les remontées mécaniques.

5.1.2.2 Moyens de transport privés utilisables par la collectivité

Sont à traiter comme les moyens de transport publics les remontées mécaniques privées, les funiculaires, les télésièges, les bateaux d'excursion journalière, les bacs ou les calèches qui transportent des passagers. Mais aussi les entreprises qui prennent des passagers dans l'espace public, comme les sociétés de taxis ou celles qui proposent des chauffeurs via des applis. Leurs services sont également ouverts à tous, gratuitement ou contre paiement. Sont exceptés de l'interdiction les courses précommandées d'un lieu à l'autre. L'analogie avec des véhicules utilisés en privé est plus convaincante ici qu'avec les transports publics (voir ch. 5.1.2.4).

⁴¹ Inversement, des entreprises peuvent interdire aussi de se dissimuler le visage dans des locaux qui ne sont pas accessibles au public. Il faut penser aux cas où des exigences de sécurité renforcées imposent que le visage soit visible, ou lorsque des raisons d'hygiène ou de technique le requièrent. Exemples : les périmètres dits « airside » des aéroports, où règnent des conditions d'accès et des règles de sécurité très strictes, mais aussi les salles d'opération des hôpitaux ou les guichets clients.

5.1.2.3 Aviation civile et navigation intérieure

La situation est un peu plus complexe dans le domaine de l'aviation civile. L'aviation civile internationale est régie par la Convention du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale, dite de Chicago⁴². L'art. 1 de cette convention prévoit que chaque État a la « souveraineté complète et exclusive » sur l'espace aérien au-dessus de son territoire (régions terrestres et eaux territoriales). En ce qui concerne les avions qui volent dans l'espace aérien international (au-dessus de la haute mer), où aucun État ne peut faire valoir de droit de souveraineté, c'est le droit de l'État du pavillon qui s'applique. Un État *peut* donc faire appliquer son droit à bord de tous les avions civils survolant son territoire, qu'ils soient nationaux ou étrangers. Ce principe est inscrit dans la loi du 21 décembre 1948 sur l'aviation (LA)⁴³, à l'art. 11, al. 1 : « L'espace aérien au-dessus de la Suisse est soumis au droit suisse »⁴⁴. La loi sur l'aviation prévoit aussi que « le droit suisse est applicable à bord des aéronefs suisses à l'étranger, en tant que le droit de l'État dans lequel ou au-dessus duquel les aéronefs se trouvent ne s'applique pas d'une manière *impérative* » (art. 11, al. 3, LA). Au vu de ces dispositions, la Confédération pourrait imposer une interdiction de se dissimuler le visage à bord des avions suisses et étrangers volant dans son espace aérien pour autant qu'elle n'ait pas conclu d'autre convention avec d'autres États conformément à l'art. 11, al. 4, LA. L'interdiction pourrait également être imposée dans les avions suisses volant dans l'espace aérien international. Elle ne pourrait en revanche être appliquée dans l'espace relevant de la souveraineté d'autres États que si ces derniers renoncent à imposer leur propre droit.

Conformément à la définition de l'art. 10a, al. 1, Cst., l'aviation civile est une prestation « ordinairement accessible par tout un chacun ». Le but de l'interdiction de se dissimuler le visage est toutefois de protéger la vie en commun au sein d'une société démocratique dans laquelle les gens se rencontrent à visage découvert (voir ch. 3.1). La situation dans l'aviation civile n'est pas la même que dans les transports publics. Les transports publics s'effectuent presque exclusivement sur le territoire suisse, et les personnes qui les empruntent sont nombreuses, se déplacent librement et montent et descendent quand elles veulent. Dans l'aviation, les vols intérieurs jouent un rôle secondaire. Il s'agit souvent de liaisons amenant ou remmenant des passagers de vols internationaux. Les vols vers la Suisse et hors de Suisse ont vite fait de traverser les territoires de nombreux États aux réglementations juridiques diverses, y compris en ce qui concerne la dissimulation du visage. Vient s'y ajouter que les passagers des avions passent le plus clair de leur temps de voyage assis à la place qui leur est attribuée personnellement, ce qui limite plutôt les contacts avec les autres passagers. Un des objectifs importants de la solution en jeu est de créer une réglementation uniforme et facilement praticable. Dans ces circonstances, il paraît bon de ne pas appliquer l'interdiction de se dissimuler le visage à l'aviation civile.

Il en va autrement de la navigation maritime ouverte au public. La loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse⁴⁵ prévoit à l'art. 4, al. 1 : « Le droit fédéral est en vigueur à bord des navires suisses: en haute mer sans partage; dans les eaux territoriales en tant que la loi de l'état riverain n'est pas déclarée impérative. » Lorsque des bateaux de croisière naviguent sous pavillon suisse, il y a nul doute prestation utilisable par tout un chacun. À bord de ces bateaux, les passagers se déplacent, se rencontrent et s'entretiennent pendant un long moment ; il ne s'agit pas seulement d'un transport de A à

⁴² RS 0.748.0, entrée en vigueur pour la Suisse le 4 avril 1947. Elle s'applique uniquement aux aéronefs civils, pas aux aéronefs d'État (art. 3, let. a, de la convention).

⁴³ RS 748.0.

⁴⁴ L'État qui a la souveraineté sur l'espace aérien peut aussi renoncer à appliquer son droit à bord des aéronefs étrangers. L'art. 11, al. 2, LA autorise le Conseil fédéral à en décider : « Pour les aéronefs étrangers, le Conseil fédéral peut admettre des exceptions, si les dispositions sur la responsabilité civile et les dispositions pénales de la présente loi n'en sont pas affectées. »

⁴⁵ RS 747.30

B. À la différence de l'aviation, le nombre de territoires nationaux touchés en peu de temps est limité. C'est pourquoi l'interdiction de se dissimuler le visage doit s'appliquer dans les espaces accessibles à tous (mais pas dans les espaces réservés à l'équipage).

5.1.2.4 Véhicules utilisés à titre privé

Parmi les *espaces privés* où l'interdiction de se dissimuler le visage ne doit pas s'appliquer, on trouve les véhicules utilisés à titre privé, même s'ils se déplacent ou sont garés sur sol public. Les personnes voilées circulant dans des voitures privées, dans des calèches privées, mais aussi à bords de bateaux à voile ou à moteur ne tombent pas sous le coup de l'interdiction de se dissimuler le visage, que le voile soit visible de l'extérieur (cabriolets, fenêtres ouvertes, pont) ou non. Les conditions de propriété des véhicules utilisés à titre privé ne jouent aucun rôle. Les véhicules achetés sont tout aussi exclus de l'interdiction que les véhicules en leasing, loués ou empruntés, ou encore les véhicules utilisés dans le cadre d'un parc automobile d'autopartage⁴⁶. Pour des raisons de sécurité dans les transports, le droit en vigueur interdit déjà au conducteur de se dissimuler le visage⁴⁷.

La non-application de l'interdiction de se dissimuler le visage dans ces cas s'explique par les nettes différences existant par rapport aux prestations des transports publics ou offres comparables, ouvertes à tous (voir ch. 5.1.2.1 et 5.1.2.2). Les voitures privées sont utilisées par des personnes qui se connaissent ou qui voyagent volontairement ensemble. L'idée qui sous-tend l'interdiction de se dissimuler le visage – protéger la vie en commun dans une société ouverte – n'est pas remise en question ici⁴⁸. L'interdiction de se dissimuler le visage ne consacre aucun droit individuel à ne jamais être confronté à des femmes voilées (voir ch. 3.1).

5.1.2.5 Mobilité douce et loisirs

L'interdiction de se dissimuler le visage s'applique dans le cas des véhicules et moyens de locomotion de la mobilité douce et des loisirs (comme les vélos, les vélos électriques, les rickshaws, les trottinettes, les skateboards, les patins à roulettes, etc.). Ces moyens de locomotion n'ont pas de limite spatiale. Un contact avec le public est normal avec ces véhicules qui sont le plus souvent utilisés en agglomération. Il existe là une analogie avec les piétons.

5.1.3 Non concernés par l'interdiction : les espaces virtuels et les médias

L'interdiction de se dissimuler le visage ne couvre que les espaces *réels*, pas les espaces *virtuels*. Le terme d'espace public, c'est-à-dire les lieux accessibles au public, s'entend au sens *physique*. Il existe certes des infractions qui étendent le caractère public à l'espace virtuel : l'art. 261^{bis} CP (discrimination raciale) par exemple, qui déclare punissable l'incitation à la haine ou à la discrimination et le fait de rabaisser ou dénigrer publiquement une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse ou de leur orientation sexuelle⁴⁹.

La norme fixée à l'art. 261^{bis} CP vise à sanctionner les comportements profondément discriminatoires, avilissants et abjects, susceptibles d'encourager les actes de violence contre les

⁴⁶ Les sociétés de location de voiture ou d'autopartage fournissent certes des prestations qui sont en principe ouvertes à tous, mais elles ne proposent que des véhicules, pas des transports. Les particuliers décident de l'utilisation de ces véhicules comme s'ils en étaient propriétaires.

⁴⁷ L'art. 31, al. 1, de la loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR, RS 741.01) exige que le conducteur reste constamment maître de son véhicule de façon à pouvoir se conformer aux devoirs de la prudence. Le champ visuel laissé libre par un voile étant extrêmement limité, cette exigence ne pourrait plus être respectée, raison pour laquelle il faudrait présumer une incapacité de conduire au sens de l'art. 31, al. 2, LCR. Des exceptions s'appliquent tout au plus pour les organisations d'intervention en urgence, les militaires et la protection civile quand des masques doivent aussi être portés au volant pour des raisons de sécurité (par ex. pour se protéger de gaz toxiques).

⁴⁸ C'est d'autant plus vrai que les véhicules se déplacent généralement vite dans la circulation et ne permettent guère les contacts avec le public.

⁴⁹ Le TF a mûrement réfléchi à la notion de publicité d'une déclaration au sens de l'art. 261bis CP dans son arrêt 126 IV 176, consid. 2. Il estime qu'une déclaration est publique, de l'avis général, quand elle est perçue par un grand nombre, indéterminé, de personnes ou par un large cercle de personnes qui n'ont pas de relations personnelles entre elles (voir p. 178).

personnes visées. L'interdiction de se dissimuler le visage poursuit un tout autre but : la *rencontre* à visage découvert comme condition de la vie en commun dans une société libérale et démocratique (ch. 3.1). Dans l'espace virtuel, tout le monde peut à tout moment décider ce qu'il veut voir ou suivre, ou non.

L'interdiction de se dissimuler le visage concerne les personnes physiques et régit un aspect de l'ordre public (voir ch. 3, phrase introductive). Elle n'a pas lieu d'être dans le domaine des médias. Nul ne l'a d'ailleurs demandé pendant la campagne précédant la votation. Elle serait injustifiable dans la perspective des droits fondamentaux inscrits dans la Constitution que sont les libertés d'opinion et d'information (art. 16 Cst.) et la liberté des médias (art. 17 Cst.). L'interdiction de se dissimuler le visage ne s'applique donc pas dans les médias imprimés, sur les réseaux sociaux, ni à la télévision. Tel est le cas non seulement des compte rendu nationaux et étrangers, mais aussi, par exemple, des discussions menées en studio au sujet de la dissimulation du visage. Dans ces cas, les rédactions responsables doivent avoir la possibilité d'inviter aussi des femmes voilées pour que le public puisse se forger librement une opinion, comme l'exige la loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision dans la description du mandat de la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR)⁵⁰.

5.2 Exceptions à l'interdiction de se dissimuler le visage (art. 332a, al. 2, AP-CP)

5.2.1 Principes d'interprétation

Les al. 1 et 3 de l'art. 10a Cst. prévoient des exceptions à l'interdiction de se dissimuler le visage. Elle ne s'applique pas dans les lieux de culte (art. 10a, al. 1, Cst.). La loi doit également prévoir des exceptions qui ne peuvent être justifiées que par des raisons de santé ou de sécurité, par des raisons climatiques ou par des coutumes locales (art. 10a, al. 3, Cst.).

Les raisons pouvant justifier une exception sont citées de manière exhaustive dans la Constitution (« *ne peuvent être justifiées que* »). La disposition constitutionnelle s'inscrit toutefois dans la structure de la Constitution en vigueur. Elle doit être interprétée dans le cadre du *pluralisme méthodologique*⁵¹ d'usage et ne se place pas au-dessus des autres normes constitutionnelles. Il faut en outre interpréter la Constitution en considérant son unité (*interprétation harmonisante*) : « Dabei gilt in der harmonisierenden Auslegung der Verfassung der Grundsatz der Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen, wobei dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz besondere Bedeutung zukommt »⁵². Le législateur doit penser, dans la mise en œuvre d'une norme constitutionnelle, à tous les sujets constitutionnels touchés par la chose afin d'assurer que l'ordre juridique reste aussi peu contradictoire que possible⁵³. Il faut en tenir

⁵⁰ Comme l'art. 24, al. 4, let. a, de la loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision (LRTV, RS 784.40) : « La SSR contribue à la libre formation de l'opinion en présentant une information complète, diversifiée et fidèle, en particulier sur les réalités politiques, économiques et sociales ».

L'interdiction de se dissimuler le visage s'applique en revanche lors de visites guidées des studios de télévision ou des locaux des médias. Il s'agit là de prestations ouvertes à la collectivité.

⁵¹ Au sujet du *pluralisme méthodologique* appliqué par le TF dans l'interprétation des textes de droit, voir ATF 140 V 458, consid. 5.1, p. 461 : « La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Le Tribunal fédéral ne se fonde cependant sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste. Il y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair, lorsque des raisons objectives permettent de penser que le texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause et conduit à des résultats que le législateur ne peut avoir voulus et qui heurtent le sentiment de la justice et le principe de l'égalité de traitement. De tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme (ATF 138 II 557, consid. 7.1 p. 565 et les références citées). »

L'interprétation du droit constitutionnel suit en principe les mêmes règles méthodologiques que l'interprétation des lois et des ordonnances, voir à ce sujet le document « Analyse vom 8. April 2014 des Bundesamtes für Justiz über die Auslegung der art. 121a und 197 Ziffer 9 der Bundesverfassung zuhanden der Arbeitsgruppe "Auswirkungen der Masseneinwanderungsinitiative auf die völkerrechtlichen Verträge der Schweiz" » (en allemand), ch. 2.1 S. 4, www.sem.ch > fz > auslegung-bv-d.

⁵² ATF 145 IV 364, consid. 3.3 p. 167.

⁵³ Analyse vom 8. April 2014 des Bundesamtes für Justiz über die Auslegung der art. 121a und 197 Ziffer 9 der Bundesverfassung zuhanden der Arbeitsgruppe "Auswirkungen der Masseneinwanderungsinitiative auf die völkerrechtlichen Verträge der Schweiz" » (en allemand), ch. 2.1 S. 4, www.sem.ch > fz > auslegung-bv-d.

compte en déterminant les situations dans lesquelles il n'est pas punissable de se dissimuler le visage. La volonté des auteurs de l'initiative qui est à l'origine d'une nouvelle norme constitutionnelle n'est pas décisive. Elle peut néanmoins être prise en considération, par exemple dans le cadre de l'interprétation historique⁵⁴.

5.2.2 Lieux de culte (art. 332a, al. 2, let. a, AP-CP)

Les lieux de culte ne sont pas concernés par l'interdiction de se dissimuler le visage au sens de l'art. 10a, al. 1, Cst. Il faut entendre par lieux de culte tous les locaux destinés à la pratique d'une religion. La notion ne se limite pas à une religion donnée. Sont des lieux de culte les mosquées et les salles de prière musulmanes, mais aussi les églises, les synagogues, les temples bouddhistes et les cimetières ainsi que les lieux de prière d'autres communautés religieuses. Doivent aussi être considérés comme des lieux de culte les cours, jardins, crématoires, réfectoires, ainsi que les salles de cours et pièces de vie qui sont rattachés à des lieux de prière. Le règlement intérieur relève de la communauté religieuse. C'est elle qui décide si des personnes voilées peuvent accéder à ses locaux ou non⁵⁵.

5.2.3 Protéger sa santé ou la recouvrer (art. 332a, al. 2, let. b, AP-CP)

Il n'est pas punissable non plus de se dissimuler le visage pour protéger sa santé ou la recouvrer. Le port du masque peut même être prescrit dans l'espace public pour lutter contre une épidémie. Le moyen utilisé doit être adapté. De simples bouts de tissus enroulés autour du visage ne suffisent pas, sauf à titre de réaction improvisée en cas d'urgence. L'exception vise les bandages médicaux, les masques hygiéniques ou autres destinés à se protéger d'une affection des voies respiratoires, d'allergies, de polluants de l'air, d'incompatibilité à la lumière et aux rayons UV ou pour un apport supplémentaire en oxygène. Elle peut aussi viser le moyen utilisé par une personne pour dissimuler une défiguration grave qu'elle ne souhaite pas montrer en public⁵⁶.

La question se pose de savoir s'il faut, pour éviter les abus, exiger la présentation d'un certificat médical dans pareils cas. Il faut y répondre par la négative pour les raisons suivantes :

- Le rapport entre le coût et l'utilité serait disproportionné. L'interdiction de se dissimuler le visage est une contravention. L'authenticité et la fiabilité des certificats médicaux sont difficiles à vérifier, notamment dans le cas de touristes, lorsqu'ils ont été émis à l'étranger.
- Les masques hygiéniques sont surtout répandus dans les régions asiatiques pour se protéger des affections des voies respiratoires dans la foule.
- Il n'est pas possible d'obtenir un certificat médical pour se protéger seulement des conditions climatiques (art. 332a, al. 2, let. d, AP-CP ; voir ch. 5.2.5).
- Il est relativement facile de détecter les abus quand le moyen utilisé n'est pas adéquat du point de vue de l'hygiène.

5.2.4 Garantir sa sécurité (art. 332a, al. 2, let. c, AP-CP)

Quiconque se dissimule le visage pour garantir sa sécurité n'est pas punissable. Tel est le cas par exemple des personnes qui prennent les mesures de protection prescrites par l'ordonnance sur les règles de la circulation routière, comme les conducteurs de motocycles ou de cyclomoteurs et leur passager portant un casque intégral⁵⁷. Les exceptions valent

⁵⁴ La relation entre droit international et droit interne. Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008, FF **2010 2067**, ch. 8.7.1.2

⁵⁵ Pour les mêmes raisons amenant à exclure les lieux de culte de l'interdiction de se dissimuler le visage pour permettre aux individus de s'habiller conformément à leurs convictions lorsqu'ils se rendent dans les lieux de réunion de leur communauté religieuse, il faut laisser les communautés religieuses libres d'autoriser, ou non, l'accès auxdits lieux aux personnes voilées.

⁵⁶ Dans ce cas, la personne concernée se dissimule le visage pour protéger sa santé psychique.

⁵⁷ Art. 3b de l'ordonnance du 13 novembre 1962 sur les règles de la circulation routière (OCR, RS **741.11**).

aussi pour les équipements de protection utilisés dans la pratique d'un sport et d'autres activités de loisir (comme l'escrime, la plongée, le sport automobile). La disposition couvre aussi les mesures de sécurité prises sur le lieu de travail, comme la protection lors de travaux de soudure, contre la formation de poussière, lors d'activités industrielles dangereuses, de la manipulation de produits toxiques ou d'animaux (par ex. les apiculteurs) ainsi que lors d'interventions dans le domaine de la sécurité (par ex. masques à gaz et masques protecteurs ou masques destinés à garantir l'anonymat, régulièrement utilisés par la police, l'armée, les pompiers ou les services de sécurité).

5.2.5 Se protéger des conditions climatiques (art. 332a, al. 2, let. d, AP-CP)

Ne sont pas punissables les personnes qui se dissimulent le visage pour se protéger des conditions météorologiques, par exemple du froid pendant l'exercice d'une activité sportive ou de loisirs en hiver ou lors d'un séjour à haute altitude, mais aussi de grosses chaleurs, de fortes pluies, de la grêle ou du vent. Il est irréaliste de vouloir fixer des limites de température et cela n'aurait aucun sens vu que tout le monde ne ressent pas la température de la même manière. Les abus ne devraient toutefois pas être nombreux : une personne qui se dissimule le visage ne peut invoquer le froid si elle porte des vêtements qui ne paraissent guère adéquats pour la protéger.

5.2.6 Pour entretenir des coutumes locales et lors de spectacles (art. 332a, al. 2, let. e, AP-CP)

5.2.6.1 Coutumes locales

L'art. 10a, al. 3, Cst. excepte les coutumes locales de l'interdiction de se dissimuler le visage. Le terme de « coutumes locales » englobe assurément les coutumes folkloriques telles que le carnaval, le Silvesterchlausen, le Gansabhauet à Sursee, etc. Comptent aussi au nombre des coutumes les fêtes à connotation religieuse, comme les processions, mais aussi la tradition de porter un voile lors de mariages ou d'enterrements⁵⁸.

Il ne faut pas prendre le mot local au sens purement statique. Une coutume provenant de l'étranger qui s'est depuis longtemps établie et répandue en Suisse doit également faire partie des exceptions. Pour Halloween, par exemple, il doit être possible de se dissimuler le visage.

5.2.6.2 Spectacles

Il n'est pas possible d'englober sans détour dans les « coutumes locales » les activités culturelles et récréatives impliquant de se dissimuler le visage. Pareils spectacles sont souvent donnés « dans des lieux publics ou privés ouverts à la collectivité, gratuitement ou contre paiement » (art. 332a, al. 1, AP-CP). Tel est le cas des spectacles de rue, des représentations avec des personnages de conte, de bande dessinée ou de cinéma, de manifestations telles que la « Streetparade », le cosplay, mais aussi les enterrements de vie de célibataire et les anniversaires d'enfants.

Comme pour les coutumes locales, il s'agit d'activités courantes en Suisse, qui ne soulèvent pas de problème notable en ce qui concerne aussi bien la vie en commun dans une société démocratique (ch. 3.1) que la protection de l'ordre public (ch. 3.2)⁵⁹. Ces activités présentent

⁵⁸ Il existe des traditions dans lesquelles une mariée porte un voile clair le jour de son mariage ou des personnes en deuil portent un voile noir lors d'un funéraille. Ce voile peut être le symbole de sa virginité. Aujourd'hui, il est aussi porté en tant qu'accessoire d'une tenue de fête. Les voiles noirs que les femmes portent aux enterrements symbolisent le deuil. L'exception doit également s'appliquer au trajet pour se rendre à pareil événement.

⁵⁹ Les autorités locales sont compétentes pour combattre les comportements intrusifs ou agressifs de personnes déguisées dans les rues de leur ville pour protéger l'ordre public.

donc une certaine proximité matérielle avec les coutumes. Les spectacles culturels et récréatifs qui se jouent d'année en année peuvent se muer en traditions locales.

L'art. 10a, al. 3, Cst. énumère certes les motifs d'exception de manière exhaustive. Cependant, le Comité d'Egerkingen, qui a lancé l'initiative « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage », avait lui aussi défendu l'opinion, pendant la campagne de votation, que pareilles activités ne devaient pas être interdites⁶⁰. Les dispositions de la Constitution, toutes situées au même niveau hiérarchique, doivent être interprétées dans la perspective de l'unité et de la cohésion de la Constitution (*interprétation harmonisante*, voir ch. 5.2.1). Les spectacles culturels et récréatifs entrent dans le champ de protection de divers droits fondamentaux tels que la liberté personnelle (art. 10, al. 2, Cst.), la liberté de l'art (art. 21 Cst.) et la liberté de réunion (art. 22 Cst.), garantis par des traités internationaux des droits de l'homme et par la Constitution. Ils n'interfèrent en rien avec le but de l'interdiction de se dissimuler le visage⁶¹.

5.2.7 Publicité (art. 332a, al. 2, let. f, AP-CP)

Il faut aussi excepter de l'interdiction de se dissimuler le visage les personnes qui le font à des fins de publicité, comme celles qui se déguisent en lapin en chocolat pour une marque, en marmotte, en vache ou en bouquetin pour faire la promotion d'une destination de vacances, en ballon ou en phoque pour un match de football ou une compétition de natation ou encore en personnage de conte pour un parc de loisir. Il en va de même pour les personnes qui font de la publicité politique, par exemple en revêtant les emblèmes de leur parti lors de rassemblements ou d'opérations de promotion⁶².

Comme dans les situations exposées au ch. 5.2.6.2, le comité de l'initiative « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage » a déclaré avant la votation que l'interdiction de se dissimuler le visage ne visait pas les mascottes publicitaires⁶³. Le texte de l'initiative ne contenait toutefois pas cette exception ; elle ne figure pas non plus dans l'art. 10a, al. 3, Cst. Il est néanmoins clair, en ce qui concerne ces activités, qu'elles ne remettent aucunement en question le but de l'interdiction de se dissimuler le visage (voir ch. 3.1 et 3.2).

La publicité et le divertissement se recoupent aussi facilement : dans les régions de prédilection des randonneurs ou des skieurs, les offices du tourisme recourent à des figures déguisées pour souligner le caractère familial du lieu⁶⁴. Ici aussi, il faut procéder à une interprétation harmonisante. L'art. 10a, al. 3, Cst., la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst. et, dans le cas de la publicité politique, la liberté d'opinion et la liberté d'information garantis par l'art. 16 Cst. doivent être conciliées de la meilleure manière possible.

La prise en compte de la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst. dans la définition des exceptions à l'interdiction de se dissimuler le visage a aussi fait l'objet d'un arrêt du TF sur l'interdiction cantonale en vigueur au Tessin depuis le 1^{er} juillet 2016⁶⁵. La liberté économique

⁶⁰ Le comité d'initiative a déclaré que les artistes de rue déguisés et les acteurs culturels ne donnent aucun souci. Ils ne représentent aucun danger pour la sécurité et leurs activités ne sont pas liées à des messages antidémocratiques. Voir Comité d'Egerkingen, arguments sur l'initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage », <https://interdiction-dissimuler-visage.ch> > portfolio > klar-definierte-ausnahmen

⁶¹ Le canton du Tessin, dont la Constitution interdit à l'art. 9a de se dissimuler le visage depuis le 1^{er} juillet 2016 (Costituzione della Repubblica e Cantone Ticino du 14 décembre 1997, RS 131.229), prévoit notamment des exceptions pour les fêtes et les manifestations religieuses, traditionnelles, culturelles, artistiques et récréatives et pour les fêtes commémoratives (« ... feste e manifestazioni religiose, tradizionali, culturali, artistiche, ricreative o commemorative ... »), voir l'art. 4 de la Legge sulla dissimulazione del volto negli spazi pubblici (LDiss) du 23 novembre 2015, RS 550.200.

⁶² Il est naturellement interdit de se dissimuler le visage pour illustrer une situation tombant sous le coup de l'art. 10a.Cst.

⁶³ Les personnes déguisées en mascottes publicitaires ne représentent aucun risque pour la sécurité et ne remettent pas la démocratie en question, voir Comité d'Egerkingen, arguments sur l'initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage », <https://interdiction-dissimuler-visage.ch> > portfolio > klar-definierte-ausnahmen

⁶⁴ Il arrive que pareilles opérations ne soient même pas organisées officiellement, mais qu'elles relèvent de l'initiative privée de citoyens engagés qui sont particulièrement attachés à leur localité.

⁶⁵ ATF 144 I 281 du 20 septembre 2018.

peut, selon le TF, être restreinte pour des raisons de protection de l'ordre public, pour des raisons sociopolitiques ou pour d'autres raisons ne servant pas en priorité des intérêts économiques⁶⁶. Les personnes déguisées en mascotte qui font de la publicité pour des magasins ou des manifestations sportives ne menacent pas la liberté des échanges sociaux (« libera interazione sociale »), a jugé le TF en invoquant les déclarations faites par le Conseil d'État dans le cadre de la procédure. Pareilles activités ne constituent pas non plus un danger pour l'ordre et la sécurité publics. Le canton du Tessin a dû donc prévoir des exceptions pour les activités publicitaires dans la loi de mise en œuvre de la disposition constitutionnelle⁶⁷.

5.2.8 Apparitions dans l'espace public, seul ou en groupe (art. 332a, al. 2, let. g, AP-CP)

Il doit également être possible de se dissimuler le visage dans l'espace public, seul ou en groupe, si la chose est nécessaire pour pouvoir exercer des droits fondamentaux tels que la liberté d'expression ou la liberté de réunion ou lorsqu'il s'agit d'exprimer figurativement son opinion sans nuire à la sécurité et à l'ordre publics (art. 332a, let. g, AP-CP). Il s'agit surtout ici de trouver un équilibre entre l'intérêt public à empêcher que des infractions soient commises par des auteurs anonymes et à pouvoir les poursuivre et le droit individuel à pouvoir exercer des droits fondamentaux tels que la liberté d'expression et la liberté de réunion dans l'espace public sans restriction disproportionnée.

5.2.8.1 Interdiction de se camoufler le visage : extension à toute la Suisse

Un des buts de l'interdiction de se dissimuler le visage, que les auteurs de l'initiative « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage » ont souligné pendant la campagne de votation⁶⁸, est de protéger l'ordre public. C'est pourquoi l'art. 10a Cst. vise à faire obstacle aux personnes qui se camouflent le visage afin de commettre des infractions de manière anonyme et ce, dans toute la Suisse (voir ch. 3.2). Les personnes au visage camouflé, souvent en groupe, sont surtout présentes lors de grandes manifestations (manifestants violents, hooligans lors de manifestations sportives). Quinze cantons ont déjà introduit des interdictions spécifiques de se camoufler le visage lors de manifestations et/ou de matchs⁶⁹.

5.2.8.2 Jurisprudence concernant les interdictions cantonales

La jurisprudence reconnaît l'intérêt public à interdire la dissimulation du visage pour prévenir ou du moins empêcher que les grandes manifestations qui se déroulent sur sol public donnent lieu à des débordements et que les participants commettent des infractions, poussés par un anonymat qui rend les tâches d'investigation de la police difficile, voire impossible⁷⁰. Dans ses arrêts concernant des interdictions cantonales de se camoufler le visage, le TF a confirmé la licéité de ces interdictions et des restrictions des droits fondamentaux qu'elles impliquent, qu'il en aille de la liberté d'opinion (art. 16 Cst.), de la liberté de réunion (art. 22 Cst.), de la liberté personnelle (art. 10, al. 2, Cst.) et éventuellement de la protection de la sphère privée

– lorsqu'il existe une base légale suffisamment concrète ;

⁶⁶ ATF 144 I 281, consid. 7.2, p. 304 ; voir aussi l'ATF 143 I 403, consid. 5.2, p. 407.

⁶⁷ ATF 144 I 281, consid. 7.3 et 7.4, p. 304 s.

⁶⁸ Explications du Conseil fédéral sur les votations du 7 mars 2021, initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage », p. 10 ss, arguments du comité d'initiative, p. 14

⁶⁹ Il s'agit des cantons suivants : AG, AR, BE, BS, FR, GE, JU, LU, NE, SH, SO, TG, VD, ZG, ZH. S'y ajoutent TI et SG, qui appliquent une interdiction générale de se dissimuler le visage. Explications du Conseil fédéral sur les votations du 7 mars 2021, initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage », p. 11.

⁷⁰ Voir ATF 117 I 472, consid. 3 f, p. 485 s. Dans cet arrêt décisif du 14 novembre 1991, le TF avait à vérifier, dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes, la licéité de l'interdiction de se camoufler le visage inscrite dans la législation sur les contraventions du canton de Bâle-Ville. Voir aussi ATF 144 I 281, consid. 5.4 .1 à 5.4.3, p. 296 ss.

- lorsque l’atteinte aux droits fondamentaux susmentionnés est proportionnée, autrement dit que l’intérêt public à interdire de se dissimuler le visage l’emporte sur l’intérêt individuel à porter un masque ou à rendre son visage méconnaissable.

Les manifestations qui se réclament des droits fondamentaux que sont la liberté d’opinion et la liberté de réunion jouissent d’une grande importance dans une société démocratique⁷¹. Les manifestants ont le choix entre plusieurs moyens pour attirer l’attention sur un sujet donné. Des masques spéciaux peuvent en être un, comme les masques à gaz portés pour revendiquer un air pur, les masques de vache pour encourager un élevage en accord avec la nature ou les masques personnalisés pour manifester contre des personnalités politiques connues⁷². Ils sont alors des formes d’expression spécifiques, figuratives, qui relèvent du domaine protégé par la liberté d’opinion et d’information consacrée par l’art. 16 Cst.

Les manifestants peuvent aussi avoir un intérêt légitime, pour des raisons de protection de la personnalité, à ne pas montrer publiquement leur visage parce qu’ils ont toutes les raisons de craindre d’être discriminés ou de subir des désavantages personnels s’ils se présentent comme des sympathisants d’une cause donnée⁷³.

Pour tenir compte de pareils cas, le TF a exigé que les réglementations cantonales prévoient des exceptions à l’interdiction de se camoufler le visage⁷⁴. Il s’agit ce faisant d’appliquer le principe de proportionnalité. L’intérêt légitime de la population au maintien de l’ordre public doit être mis en œuvre de façon à ne pas porter atteinte de manière disproportionnée aux droits fondamentaux des manifestants. Dans le cas du Tessin, le TF a examiné, au moyen d’un contrôle abstrait des normes, la licéité de la législation d’exécution de l’interdiction de se dissimuler le visage inscrite à l’art. 9a de la constitution cantonale. Il a décidé que le législateur cantonal devait prévoir explicitement des exceptions à l’interdiction au regard des droits fondamentaux que sont la liberté d’opinion et la liberté de réunion lors de manifestations⁷⁵. Sur quoi le canton a complété sa liste d’exceptions dans la loi par l’ajout des dissimulations de visage pour des motifs à caractère politique (« motivi di carattere politico »)⁷⁶.

5.2.8.3 Appréciation dans la perspective de la CEDH et du Pacte II de l’ONU

L’interdiction de se camoufler le visage lors de manifestations entre dans le champ d’application des art. 10 (liberté d’expression) et 11 (liberté de réunion et d’association) CEDH. On n’a pas connaissance de décisions spécifiques de la Cour EDH sur une interdiction. Mais l’art. 10 CEDH protège aussi la *forme* dans laquelle une opinion est exprimée. Le droit à exprimer librement son opinion englobe donc le droit à exprimer des idées par son habillement ou par son comportement⁷⁷. Selon la jurisprudence de la Cour EDH, l’art. 10, par. 2, CEDH ne laisse guère de latitude pour limiter le droit d’exprimer librement son opinion dans le domaine des déclarations et débats politiques, la garantie revêtant une importance particulière en la matière⁷⁸. Lorsqu’il y a atteinte au droit d’exprimer librement son opinion, la Cour EDH examine si elle est proportionnée, au vu de toutes les circonstances, et si les motifs invoqués

⁷¹ La liberté de réunion protège les différentes manières qu’ont les êtres humains de se rencontrer dans le cadre d’une certaine organisation ayant un but réciproque de formation ou d’expression de l’opinion, ATF 132 I 256, consid. 3, p. 258.

⁷² ATF 117 I 472, consid. 3 c, p. 478 s.

⁷³ L’ATF 117 I 472, consid. 3 g bb, p. 486 cite l’exemple d’une manifestation pour les droits des homosexuels. On peut aussi penser aux manifestations contre les graves violations des droits de l’homme commises à l’étranger, auxquelles les individus participent de manière anonyme pour ne pas mettre en danger les membres de leur parenté qui y vivent.

⁷⁴ L’interdiction bâloise de se camoufler le visage est admissible, pour le TF, parce que la réglementation des exceptions garantit que l’interdiction puisse être appliquée d’une manière judicieuse tenant compte des circonstances concrètes, ATF 117 I 472, consid. 3h, p. 487.

⁷⁵ ATF 144 I 281, consid. 5.4.4 et 5.4.5, p. 298 s.

⁷⁶ Art. 4 de la Legge sulla dissimulazione del volto negli spazi pubblici (LDiss) du 23 novembre 2015, RS 550.200.

⁷⁷ *Gough c. Royaume-Uni* du 28 octobre 2014, n° 49327/11, § 149, et les références citées

⁷⁸ *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquie* du 25 septembre 2012, n° 20641/05, § 69 s.

par le gouvernement pour la justifier paraissent fondés et suffisants⁷⁹. La liberté de réunion garantie par l'art. 11 CEDH protège notamment le droit de décider de la date, du lieu et des modalités d'un rassemblement. Lors de l'examen de la proportionnalité d'une atteinte à cette liberté, il faut mettre en balance les motifs acceptables d'une restriction au sens de l'art. 11, par. 2, CEDH et l'importance fondamentale d'une libre expression de son opinion par des paroles, des actes ou le silence⁸⁰. Selon la jurisprudence constante de la Cour EDH, le fait qu'une réunion soit organisée illégalement ne justifie pas forcément qu'il y ait atteinte au droit d'exprimer librement son opinion. Lorsqu'aucune violence n'est exercée, en particulier, il est important que les autorités fassent preuve d'une certaine tolérance envers les manifestations pacifiques pour que la liberté de réunion ne soit pas vidée de sa substance⁸¹.

Une atteinte aux droits fondamentaux est admissible si elle repose sur une base légale, sert un des intérêts publics énumérés exhaustivement aux art. 10 et 11 CEDH et est proportionnée. Les intérêts public entrant en considération sont en particulier la protection de l'ordre et de la sécurité publics et la protection des droits d'autrui. Si une plainte était déposée devant la Cour EDH, l'examen de la proportionnalité dépendrait des circonstances concrètes : la restriction des droits fondamentaux des manifestants induite par une interdiction de se camoufler le visage peut-elle être tolérée en l'espèce ? Les considérations auxquelles s'est prêtée la Cour EDH dans l'appréciation d'autres cas concernant les art. 10 et 11 CEDH laissent supposer qu'une interdiction *absolue* de se camoufler le visage, n'admettant aucune exception, ne tiendrait pas face à la Cour EDH.

Le Comité des droits de l'homme de l'ONU applique des critères encore plus stricts en ce qui concerne le respect du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU)⁸². Le droit de manifester est couvert par les art. 19, par. 2 (droit à la liberté d'expression), et 21 (droit de réunion pacifique) du Pacte II de l'ONU. Des restrictions sont notamment possibles pour protéger la sécurité nationale et l'ordre public (art. 19, par. 3, let. b, et 22, par. 2, du Pacte II de l'ONU). En 2020, le Comité des droits de l'homme de l'ONU a constaté que la dissimulation du visage peut être un moyen d'exprimer son opinion lors de manifestations pacifiques ou servir à se protéger de représailles. Le fait de se dissimuler le visage ne permet pas de conclure *per se* à des intentions violentes⁸³.

5.2.8.4 Situation après l'inscription de l'art. 10a dans la Constitution

En acceptant l'initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage » et en inscrivant cette interdiction à l'art. 10a Cst., le peuple suisse a décidé d'introduire l'interdiction de se dissimuler le visage dans toute la Suisse⁸⁴. L'art. 10a, al. 3, Cst. ne prévoit pas d'exception spécifique pour les manifestations ou les rassemblements. La protection de l'ordre public, notamment face à la violence anonyme lors de manifestations et de matchs, est une question qui a été âprement débattue pendant la campagne de votation. Le vote du peuple, le 7 mars 2021, doit donc être interprété comme un appui à une interdiction uniforme et praticable de l'interdiction de se dissimuler le visage. Il faut en tenir compte dans le cadre d'une interprétation harmonisante, visant l'équivalence des dispositions de la Constitution et sa cohérence.

⁷⁹ *Perinçek c. Suisse* du 15 octobre 2015, n° 27510/08, § 196

⁸⁰ *Kudrevičius et autres c. Lituanie* du 15 octobre 2015, n° 37553/05, § 144

⁸¹ *Kudrevičius*, op. cit., § 150

⁸² RS 0.103.2, en vigueur pour la Suisse depuis le 18 septembre 1992.

⁸³ Voir l'observation générale n° 37 du Comité des droits de l'homme de l'ONU du 17 septembre 2020, ch. 60 : « Le port de tenues dissimulant le visage ou de déguisements, comme des capuches ou des masques, par les personnes participant à une réunion, ou le recours à d'autres méthodes pour participer anonymement à une réunion peuvent faire partie des moyens d'expression d'une réunion pacifique ou être le moyen pour les participants d'éviter des représailles ou de protéger leur vie privée, notamment face aux nouvelles technologies de surveillance. ... Le port de déguisements ne devrait pas, en lui-même, être considéré comme étant le signe d'une intention violente. »

⁸⁴ L'ont également acceptée huit cantons sur les neuf qui ne possédaient encore aucune interdiction de se camoufler le visage : AI, BL, GL, NW, OW, SZ, VS et, de justesse, ZG ont dit oui. Les Grisons ont dit non, de justesse.

5.2.8.5 Garantie de l'exercice des droits fondamentaux lors d'apparitions dans l'espace public, seul ou en groupe

Les exceptions prévues à l'art. 332a, al. 2, let. g, AP-CP visent à garantir que l'intérêt général à une interdiction de se dissimuler le visage dans l'espace public ne fasse pas obstacle à l'exercice des droits fondamentaux à la liberté d'expression et à la liberté de réunion ou le restreigne de manière disproportionnée. Les exceptions englobent deux cas de figure lors d'apparitions dans l'espace public, seul ou en groupe :

- Là où l'interdiction de se dissimuler le visage pourrait entraîner l'impossibilité d'exercer les droits fondamentaux à la liberté d'expression et à la liberté de réunion dans la pratique, il faut autoriser la dissimulation du visage.
- Là où la dissimulation du visage sert à exprimer figurativement une opinion, sans nuire à la sécurité et l'ordre publics, il faut autoriser la dissimulation du visage.

Les exceptions englobent les apparitions dans l'espace public, seul ou en groupe, comme lors d'actions individuelles, sur des stands, ou dans des manifestations, qu'elles soient stationnaires ou en cortège.

Le premier cas de figure excepte la dissimulation du visage de toute répression lorsqu'elle est nécessaire pour que des personnes puissent exercer leurs droits fondamentaux à la liberté d'expression et à la liberté de réunion dans l'espace public. Tel est le cas des manifestants qui doivent pouvoir rester anonymes pour des raisons de protection de la personnalité afin de protéger les membres de leur famille de poursuites ou de graves discriminations (par ex. lors de manifestations contre des régimes autoritaires qui commettent de graves violations des droits de l'homme ; en cas de risque de perdre son emploi si l'on apprend qu'une position politique ou idéologique est en contradiction fondamentale avec les valeurs défendues par une entreprise ou une organisation donnée).

Les alcooliques anonymes ou d'anciens détenus qui souhaitent tenir un stand dans l'espace public doivent eux aussi pouvoir se dissimuler le visage pour exercer leurs droits fondamentaux de manière raisonnable.

Le deuxième cas de figure englobe les situations dans lesquelles la dissimulation du visage est une forme d'expression figurative de son opinion. Elles ne remettent pas en question les objectifs de l'interdiction de se dissimuler le visage, soit la protection de la vie en commun dans une société démocratique et la protection de l'ordre public. Les masques visant à attirer visuellement l'attention sur un sujet donné peuvent même être l'expression d'un engagement social particulier quand le comportement de ceux et celles qui les portent reste pacifique. La jurisprudence du TF sur les interdictions cantonales de se dissimuler le visage (voir ch. 5.2.8.2), la jurisprudence d'États tels que l'Autriche, qui possède une réglementation comparable à l'interdiction suisse (voir ch. 2.3) et la pratique stricte de la Cour EDH au sujet de la liberté d'expression et de la liberté de réunion (voir ch. 5.2.8.3) montrent que les sanctions étatiques sont considérées dans ces cas-là comme des atteintes disproportionnées aux droits fondamentaux.

L'exception ne protège d'emblée que les activités qui ne troublent pas l'ordre et la sécurité publics. Aucune protection n'est assurée aux personnes ou groupes de personnes dont le comportement ou les annonces préalables indiquent qu'elles ont l'intention de commettre des atteintes au droit sous couvert de l'anonymat. Lorsque l'ordre juridique est violé ou que des préparatifs sont faits dans ce but, aucune forme particulière de dissimulation ou de camouflage du visage ne protège contre des sanctions pénales.

6 Conséquences

6.1 Conséquences pour la Confédération

La nouvelle disposition pénale n'a pas de conséquence financière pour la Confédération. Elle n'exige pas l'engagement de personnel.

6.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Le CP est complété par une nouvelle infraction. La poursuite pénale et l'examen judiciaire sont affaire des cantons. Ils pourraient donc avoir besoin de plus de moyens, financiers et humains. Mais on ne s'attend pas à un nombre élevé de cas.

La nouvelle disposition du CP règle de manière complète la punissabilité des personnes qui se dissimulent le visage dans des lieux publics ou dans des lieux privés ouverts à la collectivité, gratuitement ou contre paiement. Le droit fédéral a force dérogatoire et prime les réglementations cantonales qui lui seraient contraires. Ce principe s'applique notamment aux lois cantonales interdisant de se camoufler le visage.

7 Aspects juridiques

7.1 Constitutionnalité

La disposition met en œuvre l'art. 10a Cst. Elle repose sur la compétence de la Confédération de légiférer en matière de droit pénal (art. 123, al. 1, Cst.). La norme pénale touche à plusieurs droits fondamentaux, comme la liberté personnelle (art. 10, al. 2, Cst.), la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.), la liberté d'opinion (art. 16 Cst.), la liberté de réunion (art. 22 Cst.) et la liberté économique (art. 27 Cst.). Ces droits fondamentaux peuvent être restreints dans les limites de l'art. 36 Cst. Toute restriction doit être fondée sur une base légale, justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui, proportionnée au but visé et ne doit pas violer l'essence des droits fondamentaux. Les exceptions à l'interdiction de se dissimuler le visage énumérées à l'art. 332a, al. 2, let. a à g, assurent le respect de ces conditions.

7.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

La disposition touche aux garanties consacrées par la CEDH et le Pacte II de l'ONU, et en particulier à la liberté de religion (art. 9 CEDH, art. 18 du Pacte II de l'ONU), la liberté d'expression (art. 10 CEDH, art. 19 du Pacte II de l'ONU) et la liberté de réunion (art. 11 CEDH, art. 21 du Pacte II de l'ONU). Tant la CEDH que le Pacte II de l'ONU autorisent que des restrictions soient apportées à ces libertés. Sont notamment possibles les restrictions qui se fondent sur une base légale et qui sont nécessaires dans une société démocratique pour maintenir la sécurité publique, protéger l'ordre public, la santé et les mœurs ou sauvegarder les droits et les libertés d'autrui. Les exceptions à l'interdiction de se dissimuler le visage prévues à l'art. 332a, al. 2, let a à g, assurent le respect de ces conditions. Le Conseil fédéral est d'avis que la disposition est compatible avec les obligations internationales de la Suisse.

7.3 Forme de l'acte à adopter

Le projet contient des dispositions importantes qui fixent des règles de droit et doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale en vertu des art. 164, al. 1, Cst. et 22, al. 1, de la loi

du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl)⁸⁵. La loi est donc sujette au référendum (art. 141, al. 1, let. a, Cst.).

⁸⁵ RS 171.10