



Genève, le 2 février 2022

Le Conseil d'Etat

265-2022

Département fédéral de justice et police
(DFJP)
Madame Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale
Palais fédéral Ouest
3003 Berne

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

Madame la Conseillère fédérale,

Nous vous remercions pour le courrier de votre département du 20 octobre 2021, relatif à l'objet cité en tête.

Après consultation des autorités concernées par la mise en œuvre de cette interdiction, dont la chancellerie de police et le pouvoir judiciaire, et après examen du rapport explicatif et l'analyse de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme S.A.S. c. France [requête n° 43835/11], notre Conseil a l'honneur de vous faire part de sa position.

La réglementation de l'ordre régnant dans l'espace public relève en priorité des cantons. Notre Conseil rappelle son attachement au respect de ce partage constitutionnel des compétences et considère que toute dérogation à cette attribution doit répondre à une exigence stricte de nécessité.

Notre Conseil partage la conclusion du comité de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) que l'interdiction de se dissimuler le visage devrait idéalement faire l'objet d'une réglementation uniforme.

Cependant, cette interdiction et ses nombreuses exceptions concernent des situations extrêmement différentes dont les manifestations sportives, le culte religieux, la manifestation culturelle, le carnaval, le port du niqab et de la burqa qui rendent difficile une application uniforme du fait de la variété des intérêts publics concernés.

L'article AP-332a CP proposé bouleverse le partage constitutionnel des compétences et entre en conflit avec les solutions cantonales actuellement en vigueur sans examiner les intérêts en jeu dans chaque domaine de son application.

Le souci légitime de respecter le délai de deux ans imposé pour la mise en œuvre de l'article 10a Cst. ne peut, à lui seul, justifier la nécessité d'un bouleversement aussi profond de l'ordre fédéraliste.

Outre ce problème constitutionnel, le choix du code pénal crée des conséquences négatives dont l'ampleur dépasse les problèmes que l'article AP-332a est censé résoudre.

En effet, cet article aménage une quantité insolite d'exceptions créant de grandes difficultés d'interprétation. Cette indétermination de la norme pose problème en ce qu'elle ne respecte pas le principe de la légalité du code pénal qui exige un état de fait légal objectif, clair et précis.

L'AP-332a CP risque ainsi d'être interprété de manière différente selon le canton en charge de son application, ce qui serait en contradiction avec la volonté exprimée par la CCDJP d'une application uniforme et ne justifierait plus, rétroactivement, que les cantons aient renoncé à leurs prérogatives.

La mise en œuvre de l'article 10a Cst. nécessite de traiter spécifiquement la prohibition du port des vêtements religieux dissimulant le visage, car cette interdiction se distingue des autres par la nature des biens juridiques qu'elle entend protéger.

En effet, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire S.A.S. c. France, a considéré que l'interdiction totale de se dissimuler le visage pouvait être justifiée dans la mesure où elle protège la culture du "vivre ensemble", or ce bien juridique ne fait pas partie de ceux protégés par le code pénal.

Ainsi, la solution proposée consistant à classer l'article AP-332a dans un emplacement extérieur à la systématique des biens juridiques du code pénal se lit comme une construction artificielle qui n'a pour but que l'introduction d'une disposition dans un code qui n'a pas la vocation de l'accueillir.

Notre conseil rappelle l'attachement de Genève au respect des droits humains et considère que la CEDH développe un raisonnement spécifique pour traiter le cas d'un vêtement religieux considéré comme l'expression individuelle de la liberté d'expression et de conscience. Cette situation mérite et nécessite un traitement juridique spécifique et adéquat.

En conséquence, notre Conseil considère que ni le code pénal, ni la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI) ne sont des instruments adéquats pour mettre en œuvre l'article 10a Cst. et que seule une loi fédérale autonome sera en mesure de traiter la diversité et la complexité de son champ d'application.

Votre département a écarté cette voie en la considérant disproportionnée au vu de la matière à régler. Il apparaît qu'au contraire, cette solution est proportionnée en regard des difficultés que l'article AP-332a menace de générer et dont rien ne permet de minimiser l'impact. En effet, Genève, siège d'organisations internationales, connaît un nombre important de manifestations politiques et attire des touristes dont certaines susceptibles de porter le niqab.

Une loi autonome aurait l'avantage de pouvoir réserver la compétence des cantons pour certains domaines d'application comme les manifestations dans l'espace public et respecterait davantage l'ordre fédéraliste historique.

Elle éviterait également d'introduire une norme pénale dont les difficultés d'interprétation augmenteraient la charge financière des cantons en charge de la poursuite et de l'examen judiciaire des cas.

Elle permettra enfin de définir le bien juridique protégé pour chacune des situations et développer la notion de contrainte de l'article 10a al. 2 Cst. qui ne recoupe pas forcément celle de l'article 181 du code pénal.

Notre conseil n'ignore pas les difficultés juridiques soulevées par la mise en œuvre de l'interdiction de se dissimuler le visage et attache beaucoup d'importance au respect de la volonté du citoyen. Il encourage ainsi la Confédération à engager toutes les ressources nécessaires pour élaborer une loi autonome dans le délai imposé des deux ans.

Cette voie est la seule qui soit en mesure de mettre en œuvre la volonté populaire, de distinguer les cas d'application, d'en définir les biens juridiques qu'elle protège, de respecter la Convention des droits de l'homme et de respecter davantage les compétences cantonales en vigueur en matière de domaine public.

En vous remerciant d'avoir consulté la République et canton de Genève, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre parfaite considération.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :



Michèle Righetti

Le président :



Serge Dal Busco