www.jusletter.ch

David Zandirad

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

Une interprétation à l'aune du Covid-19

À l'heure où la pandémie de Covid-19 démocratise l'usage du masque sanitaire, bousculant par effet corollaire nos interactions sociales dans l'espace public, l'auteur propose de réinterroger à cette nouvelle aune l'initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage », prête à passer en votation. Après une brève présentation de l'initiative, il analyse les défis juridiques que poserait son introduction dans la Constitution fédérale et interprète la façon dont la crise sanitaire actuelle rebat les cartes dans le débat de fond sur la possibilité de se masquer le visage pour des motifs entremêlant la religion et la raison sanitaire.

Catégories d'articles : Articles scientifiques
Domaines juridiques : Droits fondamentaux ; Droit à la liberté de pensée. Liberté de conscience et de croyance ; Droit de la santé ; Droits politiques

Proposition de citation : David Zandirad, L'initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage », in : Jusletter 5 octobre 2020

Table des matières

I. Introduction
II. Présentation de l'initiative populaire
A. Contexte de l'initiative
B. Contre-projet indirect du Conseil fédéral
III. Appréciation de l'initiative populaire
A. Tension avec les droits fondamentaux
1. Liberté de religion aux prises avec le « vivre ensemble »
2. Principe de non-discrimination et neutralité religieuse de l'État
3. Exhaustivité des exceptions à l'épreuve des libertés économique, de réunion et d'expression
B. Redistribution des compétences ?
C. Pertinence de l'initiative au sein de la Constitution fédérale
D. Interdiction de contraindre une personne à se dissimuler le visage en raison de son sexe
IV. Effet du Covid-19 sur l'interprétation de l'initiative
A. Exception prévue pour des motifs de santé
B. Initiative déphasée avec le bouleversement de nos coutumes sociales
C. Avènement d'un nouveau « vivre ensemble sanitaire » ?
V. Conclusion

I. Introduction

[1] Dans le tumulte des interrogations juridiques suscitées par la pandémie de Covid-19, il est des questions qui sautent aux yeux de manière moins éclatante ; l'initiative populaire visant à interdire la dissimulation du visage dans l'espace public, parfois dénommée initiative « anti-burqa », en est. Prête à passer en votation populaire[1], elle intervient à la faveur d'un contexte qui, en l'espace d'à peine quelques semaines, a spectaculairement normalisé le port du masque sanitaire dans l'espace public, jusqu'alors perçu comme une sorte d'excentricité de certaines contrées d'Extrême Orient[2]. Elle se présente sous la teneur suivante :

> *Art. 10a* Interdiction de se dissimuler le visage
>
> [1] Nul ne peut se dissimuler le visage dans l'espace public, ni dans les lieux librement 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.

[2] La paternité de cette initiative est à attribuer au comité d'Egerkingen, déjà à l'origine de l'initiative populaire contre la construction de minarets, entrée en vigueur en 2009 dans la Constitu-

1 Arrêté fédéral relatif à l'initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage » du 19 juin 2020, FF 2020 5345.

2 M^me^ Nuria Gorrite, Présidente du Conseil d'État vaudois, a parlé d'une possible « *asiatisation* » de la société européenne (RTS, La Matinale, émission du 28 avril 2020).

tion fédérale (art. 72 al. 3 Cst.[3])[4]. Le comité a décidé de lancer en 2016 une initiative populaire visant à interdire la dissimulation du visage dans l'espace public, s'inspirant largement d'une interdiction similaire en vigueur en France depuis 2010. Tel un coup à double détente, les initiants souhaiteraient renouveler leur succès, supputant que les coordonnées du débat s'inscriraient dans un contexte peu ou prou identique à celui ceignant l'interdiction de construire des minarets[5]. Cela est pour partie vrai, tant les similitudes entre ces deux initiatives paraissent nombreuses et le contexte socio-politique quasiment invarié – c'est-à-dire présentant un vent favorable à une acceptation de l'initiative.

[3] Mais c'était avant que la pandémie de Covid-19 ne s'immisçât dans le débat et ne transfigurât le paradigme sanitaire. La question prend en effet un tour résolument différent dans l'hypothèse d'une recommandation ou d'une obligation de porter un masque dans les lieux publics – non sans poser d'autres défis juridiques[6]. Mais peut-on véritablement comparer la dissimulation du visage par un voile religieux avec un masque sanitaire ? À la façon du « burkini », censé concilier sports nautiques et croyance religieuse musulmane, verra-t-on proliférer des combinaisons ingénieuses de voiles religieux recouverts d'un tissu filtrant les microbes[7] ? Et si l'initiative est acceptée, pourra-t-on se prévaloir de sa perception subjective du danger sanitaire pour continuer à porter un masque au moment où les autorités et les experts affirmeront qu'il n'est plus recommandé ?

II. Présentation de l'initiative populaire

A. Contexte de l'initiative

[4] La thématique de la dissimulation du visage dans l'espace public intéresse la politique depuis plusieurs années. Est avant tout visé ce que nous appelons aujourd'hui le voile intégral[8], suivi de la participation masquée à des manifestations sportives ou politiques dérivant dans la violence. En Suisse on observe, de naguère à l'Assemblée fédérale, un provignement d'interventions parlementaires visant à limiter voire interdire la dissimulation du visage dans l'espace public[9].

---

3 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 110.

4 Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire « Contre la construction de minarets » du 12 juin 2009, RO 2010 2161.

5 Si l'on se souvient de l'affiche de campagne de l'initiative contre la construction des minarets, on y voit déjà – tel un signe prémonitoire – la figure d'une femme vêtue du voile intégral au premier plan.

6 Ainsi aux États-Unis, le procureur général Kenneth Paxton, équivalent plus ou moins du ministre de la justice texan, a menacé de poursuites la ville d'Austin, qualifiant d' « *orwellienne* » l'obligation de porter un masque, Maxime Robin, « Le Texas en armes contre le confinement », *Le Monde diplomatique*, juin 2020.

7 Et que penser dans tout ça du projet suisse Hello Mask, qui veut industrialiser un masque transparent permettant de voir les expressions faciales de celui qui le porte ?

8 Pour un éclairage historique sur l'expression « voile musulman » ou « foulard islamique », lire Yasmina Foehr-Janssens/Silvia Naef/Aline Schlaepfer (édit.), *Voile, corps et pudeur. Approches historiques et anthropologiques*, Labor & Fides, Genève, 2015.

9 Dans l'ordre antéchronologique des interventions : Interpellation Andrea Caroni CE 16.3966 « Burqa et responsabilité individuelle » du 8 décembre 2016, liquidée le 9 mars 2017 (BO 2017 E 178) ; Initiative parlementaire Walter Wobmann CN 14.467 « Interdiction de se dissimuler le visage » du 11 décembre 2014, liquidée par refus d'y donner suite le 9 mars 2017 (BO 2017 E 184) ; Motions Hans Fehr CN 13.3525 et Peter Föhn CE 13.3520 du 20 juin 2013 « Inscrire dans le Code pénal l'interdiction de se dissimuler le visage », respectivement classée sans suite le 19 juin 2015 et rejetée le 2 décembre 2013 (BO 2013 E 2028) ; Motion Hans Fehr CN 11.3043 « Interdiction nationale de porter une cagoule » du 3 mars 2011, rejetée le 6 juin 2013 (BO 2013 E 460) ; Question de Jean-Claude Rennwald CN 10.1051 « Le voile. Oui pour les riches, non pour les pauvres ? » du 3 juin 2010, avec réponse du

[5] Mais c'est dans les cantons que cette idée a connu ses premières consécrations dans le droit positif. Au Tessin d'abord, avec l'acceptation en votation populaire le 22 septembre 2013 d'une initiative cantonale interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, en vigueur depuis le 1er juillet 2016 (art. 9*a* Cst. TI[10])[11], non sans avoir fait l'objet de recours au Tribunal fédéral[12]. Puis dans le canton de Saint-Gall, avec une modification de la loi saint-galloise relative aux contraventions du 13 décembre 1984 qui punit de l'amende quiconque se dissimule le visage dans l'espace public (art. 12ter)[13], acceptée par référendum le 23 septembre 2018 et entrée en vigueur le 1er janvier 2019[14]. Des velléités politiques similaires ont en revanche échoué dans les cantons de Berne (2010)[15], Bâle-Ville (2013)[16], Zurich (2016)[17] et Glaris (2017)[18].

[6] À l'étranger, la France est le premier pays européen à avoir adopté une interdiction générale du voile intégral dans l'espace public en 2010[19], suivie depuis par d'autres pays[20]. La législation française a été jugée conforme à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)[21], et l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme a pu servir de légitimation au comité d'initiative pour ne pas mettre l'initiative en porte-à-faux avec les règles impératives du droit international[22].

[7] L'étude de la campagne politique autour de cette initiative et des débats parlementaires consacrés aux lois similaires à l'étranger met au jour le malaise et la crispation suscités par le voile intégral islamique, tantôt agité comme épouvantail de l'islamisation rampante des sociétés eu-

---

Conseil fédéral le 1er septembre 2010 ; Motion Oskar Freysinger CN 10.3173 « Bas les masques ! » du 17 mars 2010, rejetée le 5 mars 2012 (BO 2012 E 78) ; Interpellation Christophe Darbellay CN 09.4308 « Port du voile et intégration » du 11 décembre 2009, liquidée le 3 mars 2010 ; Initiative cantonale d'Argovie 10.333 « Interdiction de se couvrir le visage dans les lieux publics » du 14 septembre 2009, liquidée par refus d'y donner suite le 28 septembre 2012 (BO 2012 N 1785) ; Interpellation Christophe Darbellay CN 06.3675 « Port de la burka » du 13 décembre 2006, classée le 19 décembre 2008.

10 Constitution de la République et Canton du Tessin du 14 décembre 1997, RS 131.229.

11 Arrêté fédéral du 11 mars 2015 sur la garantie des constitutions révisées des cantons de Berne, d'Uri, de Soleure, de Bâle-Ville, de Bâle-Campagne, d'Appenzell Rhodes-Extérieures, d'Appenzell Rhodes-Intérieures, du Tessin, de Vaud et du Jura, FF 2015 2811, 2812, qui se fonde sur le Message du 12 novembre 2014 sur la garantie des constitutions révisées des cantons de Berne, d'Uri, de Soleure, de Bâle-Ville, de Bâle-Campagne, d'Appenzell Rhodes-Extérieures, d'Appenzell Rhodes-Intérieures, du Tessin, de Vaud et du Jura, FF 2014 8899, 8916 ss.

12 *Cf. infra* N 28.

13 RS/SG 921.21.

14 RO/SG 2018-077.

15 Motion Daniel Steiner-Brütsch M 054/2010 du 3 mars 2010 « Dépôt d'une initiative cantonale sur l'interdiction du port du voile intégral dans les services publics » (Journal du Grand Conseil du canton de Berne, Session du 15 au 24 mars 2010, 457), rejetée le 15 septembre 2010 (Journal du Grand Conseil du canton de Berne, Session du 6 au 15 septembre 2010, 872–884).

16 Le parlement a rejeté l'initiative populaire pour cause d'irrecevabilité (procès-verbal des délibérations du Grand Conseil de Bâle-Ville du 15 mai 2013, 10e et 11e séances de l'exercice 2013–2014, 7–8).

17 Initiative parlementaire Hans Egli, Michael Welz et Erich Vontobel du 15 décembre 2014 « Vermummungsverbot » (KR-Nr. 354/2014), rejetée le 2 mai 2016 (procès-verbal des délibérations du Grand Conseil du canton de Zurich du 2 mai 2016, 3290–3300).

18 Protocole de la Landsgemeinde du 7 mai 2017, 8, avec un refus par environ deux tiers des votants (les votes ne sont pas décomptés, mais leur nombre estimé).

19 Loi no 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (JORF no 0237 du 12 octobre 2010 p. 18344).

20 Ainsi en Europe occidentale la Belgique en 2011 (art. 563bis du Code pénal belge du 8 juin 1867), l'Autriche en 2017 (Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz, BGBl. I no 68/2071) et le Danemark en 2018. L'Allemagne et les Pays-Bas ne prohibent la dissimulation intégrale du visage que dans certains lieux publics ou circonstances (hôpitaux, écoles ou transports publics).

21 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101.

22 CourEDH, arrêt *S.A.S. c. France* du 1er juillet 2014 (GC). *Cf. infra* N 16.

ropéennes, tantôt instrumentalisant l'égalité entre les sexes pour remettre au centre du débat la (re)définition des valeurs libérales occidentales. Au cœur de l'identité civilisationnelle de l'Europe, il y a cette tension séculaire entre le politique et le religieux et une progressive pacification par le droit des conflits religieux. En ce début de XXI^e^ siècle, sur le fond de cet héritage historique et d'une autonomie respective du politique et du religieux, une attention plus grande est portée aux faits religieux dans de nombreux pays d'Europe, de plus en plus souvent avec une forte dimension conflictuelle, notamment à travers la réactivation d'un identitarisme national confronté à une nouvelle diversité du paysage religieux[23].

[8] Quoique formulées en termes génériques, la genèse de l'initiative fait montre d'une focalisation sans mystère sur le voile intégral islamique en tant que symbole politico-religieux contraire aux valeurs libérales occidentales[24]. Sont visés en premier lieu le *niqab*[25] et la *burqa*[26], et d'autres types de voiles religieux couvrant le corps et le visage[27]. Les casseurs, hooligans et autres manifestants encagoulés cherchant à se rendre anonymes lors de manifestations et constituant un risque pour la sécurité publique sont relégués au second plan, ce tant dans la campagne menée par les initiants que dans les débats parlementaires[28].

B. Contre-projet indirect du Conseil fédéral

[9] Estimant que l'initiative est excessive en ce qu'elle prévoit une interdiction générale de se dissimuler le visage dans l'espace public, interdit au législateur de prévoir d'autres exceptions que celles qu'elle mentionne, empiète inutilement sur l'autonomie des cantons, monte en épingle un phénomène marginal et finalement manque sa cible de défendre l'égalité des sexes, le Conseil fédéral a proposé au Parlement de recommander au peuple et aux cantons le rejet de l'initiative mais a élaboré un contre-projet indirect sous la forme d'un projet de loi fédérale.

[10] Intitulé « loi fédérale sur la dissimulation du visage »[29], le contre-projet instaure une obligation de montrer son visage lorsque le représentant d'une autorité suisse doit, en vertu du droit fédéral et dans le cadre de l'accomplissement de sa tâche, identifier la personne. La violation de cette obligation est sanctionnée par une amende (art. 2 du projet).

[11] Le projet de loi voit la portée de l'interdiction de se dissimuler le visage se réduire comme peau de chagrin à la seule fin d'identification par l'autorité. Cette portée réduite a fait dire à plusieurs participants de la procédure de consultation que le Conseil fédéral a éludé la sensible question politique sous-tendant le port du voile intégral en préférant ménager la chèvre et le

---

23 Jean-Paul Willaime, *Le retour du religieux dans la sphère publique*, Éditions Olivétan, 2008, 39 ss.

24 Dans le même sens, Thierry Tanquerel, *L'expression religieuse sur le domaine public*, in Frédéric Bernard/Eleanor McGregor/Diane Vallée-Grisel (édit.), *Études en l'honneur de Tristan Zimmermann. Constitution et religion – Les droits de l'homme en mémoire*, Schulthess, Zurich, 2017, 245–259, 256. Sur la tension générée avec le principe de non-discrimination, *cf. infra* N 19 ss.

25 Voile, généralement de couleur noire, qui masque tout le visage à l'exception d'une fente pour les yeux.

26 Vêtement porté essentiellement en Afghanistan, couvrant tout le corps, y compris le visage, un voile ou une grille en tissu étant installé au niveau des yeux pour permettre de voir.

27 Pour une nomenclature plus complète, *cf. infra* N 45.

28 Voir l'argumentaire développé dans le document intitulé « Ja zum Verhüllungsverbot. Kurz-Argumentarium » du comité d'Egerkingen, daté d'avril 2018.

29 Projet de loi fédérale sur la dissimulation du visage, FF 2019 2933.

chou[30]. Dans le sillon de ces critiques, les Chambres fédérales ont revu la copie du Conseil fédéral afin d'y adjoindre des dispositions en faveur de l'égalité entre les sexes et des mesures de soutien à l'intégration des étrangers[31].

III. Appréciation de l'initiative populaire

A. Tension avec les droits fondamentaux

[12] L'initiative, en tant qu'elle instaure une interdiction de se dissimuler le visage dans l'espace public, est susceptible d'affecter plusieurs droits garantis par la Constitution fédérale, la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II)[32], tels que la liberté religieuse (art. 15 Cst., 9 CEDH et 18 Pacte ONU II), le droit au respect de la vie privée (art. 13 Cst., 8 CEDH, et 17 Pacte ONU II), la liberté de réunion (art. 22 Cst., 11 CEDH et 21 Pacte ONU II) ou d'expression (art. 16 Cst., 10 CEDH et 19 Pacte ONU II). De plus, bien qu'elle fasse montre d'une généricité textuelle[33], l'initiative vise *de facto* une religion déterminée, et soulève la question de sa conformité avec l'interdiction de la discrimination pour des motifs religieux (art. 8 al. 2 Cst., 14 CEDH, 2 § 1 et 26 Pacte ONU II).

[13] Si cette constatation est correcte, elle ne rend pas à elle seule l'initiative inapplicable. En effet, le pouvoir constituant dérivé conserve la possibilité de restreindre lui-même des droits fondamentaux, en créant des normes spéciales. La Constitution fédérale ne comporte aucune limite autonome ; les initiatives populaires fédérales ne doivent être conformes qu'aux règles *impératives* du droit international et non tout le droit international (art. 139 al. 3 et 194 al. 2 Cst.)[34]. Cette réserve ne s'applique en revanche pas aux initiatives populaires cantonales, qui doivent être compatibles avec toute autre règle de droit supérieur[35] – c'est ainsi que le Tribunal fédéral a invalidé deux initiatives cantonales qui ciblaient, l'une directement et l'autre indirectement, la seule religion musulmane, au motif qu'elles violaient ce faisant l'interdiction de la discrimination en raison de la religion[36].

30 Les avis de la procédure de consultation sont disponibles à l'adresse www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2018 > DFJP.

31 BO 2020 N 280 s.

32 Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2.

33 *Cf. supra* N 8.

34 L'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral ont développé une pratique à ce sujet, *cf.* Message 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) du 15 mars 2019, FF 2019 2895, 2903 s.

35 ATF 144 I 193 consid. 7.3 ; ATF 143 I 129 consid. 2.1 ; ATF 139 I 292 consid. 5.4, JdT 2014 I 237.

36 ATF 143 I 129 (invalidation d'une initiative populaire fribourgeoise qui souhaitait interdire la création d'un centre « Islam et Société » à l'Université de Fribourg) ; ATF 139 I 292, JdT 2014 I 237 (invalidation d'une initiative populaire thurgovienne qui, selon son libellé, voulait bannir du matériel d'enseignement les ouvrages « misogynes, racistes ou homicides » mais qui, au regard de l'intention des initiants, ne visait que les textes sacrés de l'islam). La première initiative était formulée en termes généraux tandis que la seconde était rédigée, mais le TF parvint à la même conclusion de violation de l'art. 8 al. 2 Cst., tant la volonté des initiants de cibler l'islam était manifeste dans les deux cas. Voir aussi TF, arrêt du 20 août 2018, 1C_76/2018, pour l'annulation de l'initiative populaire valaisane intitulée « Pour des élèves tête nue dans les écoles publiques valaisannes », qui visait essentiellement le port du voile islamique et violait le droit supérieur (notamment l'ATF 142 I 49).

1. Liberté de religion aux prises avec le « vivre ensemble »

[14] La liberté de conscience et de croyance – ou de religion – est garantie par les art. 15 Cst., 9 CEDH et 18 du Pacte ONU II, et protège le respect des injonctions et usages religieux ainsi que les autres manifestations de la croyance, en tant que ces comportements constituent l'expression de la conviction religieuse[37]. Tous les aspects de la vie quotidienne sont concernés[38]. Sont ainsi couverts les symboles ou signes – notamment vestimentaires – d'appartenance religieuse, tels que le port du voile – quelle que soit sa déclinaison –, de la kippa juive, du turban sikh, de l'habit des nonnes ou moines chrétiens[39].

[15] Des restrictions sont néanmoins admissibles si elles respectent les conditions respectivement posées par les art. 36 Cst., 9 § 2 CEDH et 18 § 3 Pacte ONU II. En particulier doivent-elles se justifier par un intérêt public. La Cour européenne des droits de l'homme insiste néanmoins sur le fait que les motifs énumérés à l'art. 9 § 2 CEDH doivent être interprétés de manière restrictive et que la liste que contient cette disposition est exhaustive[40]. L'expression de symboles religieux peut se heurter en particulier au principe de laïcité de l'État[41], lequel peut justifier d'interdire aux personnes qui incarnent l'État – telles que les fonctionnaires, les membres du pouvoir exécutif ainsi que les magistrats du pouvoir judiciaire –, de porter des signes religieux extérieurs, celles-ci remplissant une fonction représentative des valeurs de l'État[42].

[16] S'agissant du port du voile intégral dans l'espace public, la Cour européenne des droits de l'homme se retranche largement derrière la marge d'appréciation importante des autorités nationales en la matière, étant rappelé que la question ne fait pas l'objet d'un consensus en Europe et que la Cour se montre donc peu interventionniste[43]. Elle a refusé de considérer que l'interdiction du port du voile intégral dans l'espace public répondait à un objectif de sécurité publique, en l'absence d'un contexte révélant une menace générale contre la sécurité publique, mais s'est fondée sur un argument en phase avec les préoccupations nouvelles induites par la diversité religieuse dans notre démocratie plurielle, celui du « respect des exigences minimales de la vie en société », ramassé dans la formule désormais iconique du « vivre ensemble ». La Cour dit comprendre le point de vue de l'État défendeur selon lequel le visage joue un rôle important dans l'interaction sociale et que les personnes qui se trouvent dans les lieux ouverts à tous souhaitent que ne s'y développent pas des pratiques ou des attitudes mettant fondamentalement en cause la possibilité de relations interpersonnelles ouvertes qui, en vertu d'un consensus « établi », est un

37 ATF 142 I 195 consid. 5.1 ; ATF 139 I 280 consid. 4.1, JdT 2014 I 118 ; ATF 119 Ia 178 consid. 4c, JdT 1995 I 290.

38 ATF 142 I 49 consid. 3.6, JdT 2016 I 67.

39 ATF 134 I 56 consid. 4.3, JdT 2009 I 229 ; ATF 123 I 296 consid. 2b/aa ; CourEDH, arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013, § 89.

40 CourEDH, arrêts *Nolan et K.* du 12 février 2009 (en anglais uniquement), § 73 ainsi que *Svyato-Mykhaylivska Parafiya* du 14 juin 2007, § 114 et 132.

41 Sur la notion de laïcité, qui ne se confond ni avec la séparation ni avec la neutralité, *cf.* Henri Pena-Ruiz, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Gallimard, Paris, 71 ; Olivier Roy, *La laïcité face à l'islam*, Pluriel, Paris, 2005, 37 ; Pascal Mahon, *Laïcité « inclusive » et laïcité « exclusive » : la laïcité, une ou plurielle ?*, in Frédéric Bernard/Eleanor McGregor/Diane Vallée-Grisel (édit.), *Études à la mémoire de Tristan Zimmermann. Constitution et religion – Les droits de l'homme en mémoire*, Schulthess, Zurich, 2017, 187–216, 190.

42 Cour de justice de Genève, arrêt du 21 novembre 2019, ACST/35/2019, consid. 11/b.

43 Voir spécialement CourEDH, arrêt *S.A.S. c. France* du 1er juillet 2014 (GC). Lire à ce sujet Carolyn Evans/Chris Thomas, *Church-State Relations in the European Court of Human Rights*, Brigham Young University Law Review 2006 699–726.

élément indispensable à la vie collective au sein de la société considérée ; élément qu'elle rattache à la protection des droits et libertés d'autrui[44].

[17] Ce vivre ensemble, prenant une place prépondérante dans l'analyse juridique des tribunaux nationaux et européens, apparaît sous les atours d'une excroissance d'une laïcité voulant expurger l'espace public de toute ostentation religieuse, mais la norme de référence qu'elle dissimule, qui est en redéfinition constante, trouve son origine directement dans la Révolution française et ses acquis. C'est à l'aune des influences des principes qu'elle renferme sur les ordres juridiques voisins de la France que la Cour arguera de la marge d'appréciation pour considérer que l'interdiction de la dissimulation du visage n'emporte pas violation de la Convention[45].

[18] En Suisse, « La réglementation des rapports entre l'Église et l'État est du ressort des cantons » (art. 72 al. 1 Cst.). Ceux-ci déterminent, dans une large mesure, la place qu'ils accordent à la laïcité ; l'initiative agirait ici comme règle fédérale uniformisant (une règle proprement *standardisante*) la place accordée à des signes religieux dans l'espace public, et ne permettrait pas de tenir compte des différentes traditions laïques qui prévalent dans les cantons[46]. La jurisprudence du Tribunal fédéral est nuancée sur le port du voile, mais permet une interdiction de vaste portée s'agissant du voile intégral[47].

2. Principe de non-discrimination et neutralité religieuse de l'État

[19] Bien que les législateurs s'en défendent, la seule religion susceptible d'entrer dans l'état de fait visé par les lois interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public est l'islam. Se pose alors la question de l'interdiction de la discrimination – garantie notamment par l'art. 14 CEDH, appliqué conjointement avec l'art. 9 CEDH, et les art. 2 § 1 et 26 du Pacte ONU II, appliqués conjointement avec l'art. 18 dudit Pacte. Le critère de la religion est d'ailleurs expressément mentionné dans la liste de l'art. 14 CEDH et dans celles des art. 2 § 1 et 26 du Pacte ONU II.

[20] La liberté de conscience et de croyance interagit souvent avec l'interdiction de la discrimination. Au point de jonction entre l'une et l'autre se trouvent d'ailleurs différents principes parmi lesquels figurent la neutralité et l'impartialité de l'État ainsi que le respect de la diversité religieuse et du pluralisme. Concrètement, l'interdiction des discriminations est parfois invoquée conjointement avec la liberté de conscience et de croyance. Elle permet dès lors d'élargir quelque peu l'examen effectué par le Tribunal fédéral ou la Cour européenne des droits de l'homme, puis-

44 CourEDH, arrêt *S.A.S. c. France* du 1er juillet 2014 (GC), § 137–159, confirmé dans l'arrêt *Belcacemi et Oussar c. Belgique* du 11 juillet 2017, § 50–63.

45 Anne Levade, *La loi du 11 octobre 2010 au prisme du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel*, Revue du droit des religions 2016/2 29–45, 42 ss.

46 Sceptique, en raison de la tradition suisse de la laïcité différente de la tradition française, Bijan Fateh-Moghadam, *Dresscodes : Verhüllungsverbote im liberalen Rechtsstaat*, recht 2017 225–230, 226 ; Andrea Edenharter, *Rechtliche Implikationen eines Verbots der Vollverschleierung – EMRK, Deutschland, Schweiz*, JZ 2018/20 971–980, 978. Sur les modèles de relations entre l'État et les communautés religieuses en Suisse, *cf.* Vincent Martenet/David Zandirad, in Vincent Martenet/Jacques Dubey (édit), *Commentaire romand de la Constitution fédérale*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2021, art. 72 Cst. N 14–22.

47 Voir ATF 144 I 281 consid. 5–7, JdT 2019 I 71, qui concerne l'interdiction tessinoise de se dissimuler le visage sur la voie publique examinée au regard des art. 13 al. 2, 16, 22, 27 et 49 al. 1 Cst., mais pas de l'art. 15 Cst. En effet, le Tribunal fédéral n'examine la violation des droits fondamentaux que « si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant » (art. 106 al. 2 LTF [loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110]). En revanche, la Cour constitutionnelle de Bâle-Ville a dû se prononcer sur la validité d'une initiative populaire cantonale en la matière et l'a jugée contraire au droit supérieur (AppGE BS, arrêt du 3 février 2014, VG.2013.1), mais c'était avant que l'Assemblée fédérale donnât la garantie à la révision constitutionnelle tessinoise (FF 2015 2811).

qu'elle suppose souvent de comparer le traitement réservé à des personnes faisant partie d'une minorité religieuse à celui dont bénéficient d'autres personnes.

[21] Mais en matière religieuse, rares sont les affaires dans lesquelles le Tribunal fédéral ou la Cour européenne des droits de l'homme procèdent à des développements substantiels sous l'angle de l'interdiction de la discrimination après avoir examiné la liberté religieuse. La valeur ajoutée de la première par rapport à la seconde est pratiquement inexistante dans bon nombre d'arrêts[48]. Dans les affaires du voile intégral dans l'espace public, la Cour se contente d'un simple renvoi aux motifs relatifs à la liberté religieuse, considérant que cette discrimination indirecte est légitime et proportionnée au but visé par la loi[49].

[22] Le principe de non-discrimination joue un autre rôle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et dans celle du Tribunal fédéral. Ainsi est-il utilisé pour justifier des restrictions apportées à certaines libertés, en particulier la liberté de réunion et d'association de même que la liberté religieuse elle-même[50]. Dans sa décision relative au port du foulard islamique par une enseignante genevoise, la Cour européenne des droits de l'homme justifie l'interdiction prononcée par les autorités genevoises et confirmée par le Tribunal fédéral, notamment de cette manière : « [Le port du foulard] semble être imposé aux femmes par une prescription coranique qui, comme le constate le Tribunal fédéral, est difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes. Aussi, semble-t-il difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves »[51].

[23] Cette jurisprudence conduit *nolens volens* à procéder à un jugement de valeur sur une religion[52]. Le Tribunal fédéral et la Cour européenne des droits de l'homme seraient sans doute mieux inspirés de s'en tenir au principe de laïcité pour justifier les atteintes portées à la liberté religieuse[53]. Il est permis de douter que tel ait toujours été le cas dans les affaires concernant le

48 Voir par ex. CourEDH, arrêts *Leela Förderkreis E.V. et autres c. Allemagne* du 6 novembre 2008, § 102 et 104–105, *Folgerø et autres c. Norvège* du 29 juin 2007 (GC), § 105, *Ivanova c. Bulgarie* du 12 avril 2007, § 79, *Leyla Şahin c. Turquie* du 10 novembre 2005 (GC), § 165 et *Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova* du 13 décembre 2001, § 134.

49 Pierre-Henri Prélot, *L'interdiction de la dissimulation du visage à la lumière du principe de laïcité*, Revue du droit des religions 2016/2 11–27, 13.

50 CourEDH, arrêt *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie* du 13 février 2003 (GC), § 117–128 (interdiction d'un parti islamique prônant notamment l'instauration de la Charia, jugée incompatible avec la CEDH parce que discriminatoire) : « [L]a Turquie, comme toute autre Partie contractante, peut légitimement empêcher que les règles de droit privé d'inspiration religieuse portant atteinte à l'ordre public et aux valeurs de la démocratie au sens de la Convention (par ex. les règles permettant la discrimination fondée sur le sexe des intéressés, telles que la polygamie, les privilèges pour le sexe masculin dans le divorce et la succession) trouvent application sous sa juridiction. » (§ 128). Sur ce point, voir Michel Levinet, *Société démocratique et laïcité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in Gérard Gonzalez (édit.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006, 81–114, 107 s.

51 CourEDH, décision *Dahlab c. Suisse* 15 février 2001, ch. 1 *in fine* ; voir aussi CourEDH, arrêt *Leyla Şahin c. Turquie* du 10 novembre 2005 (GC), § 111.

52 Dans le même sens, voir l'opinion dissidente de la juge Tulkens faisant suite à l'arrêt *Leyla Şahin c. Turquie* du 10.11.2005 (GC), ch. 12 : « Il n'appartient pas à la Cour de porter une telle appréciation, en l'occurrence unilatérale et négative, sur une religion et une pratique religieuse, tout comme il ne lui appartient pas d'interpréter, de manière générale et abstraite, le sens du port du foulard ni d'imposer son point de vue à la requérante. Celle-ci – qui est une jeune femme adulte et universitaire – a fait valoir qu'elle portait librement le foulard et rien ne contredit cette affirmation. A cet égard, je vois mal comment le principe d'égalité entre les sexes peut justifier l'interdiction faite à une femme d'adopter un comportement auquel, sans que la preuve contraire ait été apportée, elle consent librement. ».

53 Comp. Levinet (note 50), 101 s.

port du foulard islamique[54]. Dans la validation des lois française et belge interdisant le voile intégral dans l'espace public, la Cour européenne des droits de l'homme s'est fondée sur l'importance du rôle joué par le visage découvert dans l'interaction sociale et la préservation du vivre ensemble pour justifier cette discrimination dont souffraient des femmes musulmanes, mais a nié cette fois et à juste titre que l'on pût invoquer, souvent à la façon d'une prosopopée[55], l'égalité entre les sexes et la protection de la diginité de la femme pour interdire une pratique que certaines d'entre elles revendiquent dans le cadre de l'exercice de leur liberté religieuse[56].

[24] La réponse juridique apportée ne peut finalement être définitive, celle-ci dépendant de la laïcité en vigueur dans la société en jeu, des griefs soulevés devant une certaine juridiction, du pouvoir d'examen de cette dernière, en somme du passage à travers les différents niveaux du millefeuille judiciaire. Cette solution en ordre dispersé s'illustre parfaitement par l'avis du Comité des droits de l'homme de l'ONU qui s'inscrit totalement en faux contre la position de la Cour. Tout au contraire de cette dernière, il a récemment estimé que la préservation du vivre ensemble ne pouvait pas être rattachée à la « protection des droits et libertés d'autrui », car il est un concept trop vague et flou. Ne figurant pas dans la liste exhaustive de l'art. 18 § 3 Pacte ONU II, le but d'intérêt public invoqué ne serait ainsi pas légitime. Et même à admettre que tel serait le cas, la pénalisation du non-respect de l'interdiction serait disproportionnée[57]. Elle constitue de plus une discrimination qui n'est ni nécessaire ni proportionnée à un intérêt légitime et qui est donc déraisonnable. Le Comité des droits de l'homme ne peut cependant émettre que des recommandations, il n'a pas de pouvoir juridictionnel ni de moyen de contrainte pour faire appliquer ses recommandations.

3. Exhaustivité des exceptions à l'épreuve des libertés économique, de réunion et d'expression

[25] Le cœur de l'analyse du Tribunal fédéral se situe généralement soit sur le terrain de la base légale soit sur celui de la proportionnalité. La condition de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.) ou de la nécessité dans une société démocratique (art. 9 § 2 CEDH) implique en définitive de procéder à une pesée des intérêts en présence (proportionnalité au sens étroit)[58], après avoir examiné les sous-principes de l'aptitude et de la nécessité. Si cette pesée est complexe, la Cour européenne des droits de l'homme se montre souvent déférente envers les autorités nationales et reconnaît aux États une marge d'appréciation – parfois importante – en particulier lorsque les approches d'une question sont diverses en Europe[59].

---

54 Dans le même sens à propos de l'arrêt *Leyla Şahin c. Turquie* du 10 novembre 2005 (GC), voir l'opinion dissidente de la juge Tulkens faisant suite à cet arrêt. Voir aussi Vincent Martenet, *Géométrie de l'égalité*, Schulthess, Zurich/Paris/Bruxelles, 2003, N 1194–1196. Pour une approche différente, voir Jean-François Flauss, *Le port de signes religieux distinctifs par les usagers dans les établissements publics d'enseignement*, in Gérard Gonzalez (édit.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006, 201–221, 212.

55 Fateh-Moghadam (note 46) parle de « *feministischer Paternalismus* », 227 s.

56 CourEDH, arrêt *Belcacemi et Oussar c. Belgique* du 11 juillet 2017, § 66 s. ; CourEDH, arrêt *S.A.S. c. France* du 1er juillet 2014 (GC), § 119, 160–162.

57 Comité des droits de l'homme, Constatations du 17 juillet 2018, CCPR/C/123/D/2747/2016.

58 Voir Paul M. Taylor, *Freedom of Religion – UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, 2005, 305–333.

59 CourEDH, arrêts *Dogru c. France* du 4 décembre 2008, § 63, *Kervanci c. France* du 4 décembre 2008, § 63 et *Leyla Şahin c. Turquie* du 10 novembre 2005 (GC), § 109–110. Voir, en outre, Christoph Grabenwarter, in

[26] L'art. 10*a* al. 1, *in fine*, du texte prévoit justement que l'interdiction n'est pas applicable dans les lieux de culte. Elle ne vaut pas non plus dans le domaine privé, ni dans les véhicules privés[60]. L'interdiction s'applique à tous les lieux accessibles au public, à savoir les lieux publics (par ex. routes), les lieux librement accessibles (par ex. piscines municipales, terrains de sport) ou encore les locaux où « sont fournies des prestations ordinairement accessibles par tout un chacun ». Sont ainsi concernés les lieux destinés au service public (par ex. transports publics, services administratifs, poste), ainsi que les lieux librement accessibles où sont dispensées des prestations privées (par ex. restaurants, cinémas, magasins)[61].

[27] Mais c'est ailleurs que le bât blesse : au contraire de l'initiative tessinoise, l'art. 10*a* al. 3 du texte énumère exhaustivement une liste d'exceptions à l'interdiction de se dissimuler le visage[62] : *santé*, *sécurité*, *raisons climatiques* et *coutumes locales*. L'absence totale de latitude donnée au législateur de compléter cette liste pour des évènements commerciaux ou publicitaires (par ex. l'utilisation d'un déguisement ou d'une mascotte représentant une marque), pour des manifestations et rassemblements politiques ou en soutien à une cause spécifique, ou encore pour certaines pratiques sportives, constitue la pierre d'achoppement principale dans l'examen de la proportionnalité de la restriction[63]. Pour ces motifs-là, qui restreignent la liberté économique, la liberté de réunion et la liberté d'expression, il ne s'agit pas de préserver le vivre ensemble mais plutôt l'ordre et la sécurité publics. Or il paraît douteux que ces motifs puissent justifier une interdiction générale de se dissimuler le visage dans les situations susmentionnées.

[28] Dans la mesure où ces actions, expressément exclues par les initiants, ne mettent en danger ni les libres interactions sociales ni l'ordre et la sécurité publics, l'initiative, en prévoyant une liste exhaustive d'exceptions, connaît un champ d'application extrêmement vaste. Une mise en œuvre respectueuse des droits fondamentaux ainsi restreints sera pratiquement irréconciliable avec la volonté des initiants. La législation de mise en œuvre de l'initiative tessinoise a été partiellement invalidée par le Tribunal fédéral parce que les exceptions prévues à l'interdiction de se dissimuler le visage, formulées de manière exhaustive, étaient problématiques sous l'angle du principe de proportionnalité s'agissant de la liberté d'expression, de la liberté de réunion et de la liberté économique[64]. Le Tribunal fédéral a renvoyé la cause au Grand Conseil tessinois, avec le mandat de compléter les deux lois en prévoyant des exceptions supplémentaires[65].

[29] Mais il s'agit cette fois d'une initiative fédérale qui, contrairement aux initiatives cantonales devant respecter tout le droit supérieur, sera protégée devant le Tribunal fédéral quant à sa législation d'exécution par le jeu de l'art. 190 Cst.[66]. Néanmoins, la primauté des nouvelles normes constitutionnelles s'en trouve mise en doute lorsqu'elle entre en contradiction avec le droit inter-

---

Katharina Pabel/Stefanie Schmahl (édit.), *Internationaler Kommentar zum Europäischen Menschenrechtskonvention*, Carl Heymanns Verlag, Cologne, 2007, Art. 9 N 87.

60 FF 2014 8899, 8918.

61 FF 2019 2895, 2914 s.

62 Samuele Vorpe, Burkaverbot im Lichte der Religionsfreiheit, in Jusletter 20 juin 2016, N 9.

63 Voir l'argumentaire développé dans le document intitulé « Ja zum Verhüllungsverbot. Kurz-Argumentarium » du comité d'Egerkingen, daté d'avril 2018, qui rattache au motif climatique la dissimulation du visage pour la pratique de sports d'hiver uniquement et à l'exception de sécurité les casques portés pour des raisons professionnelles et la conduite de motocyclettes.

64 Étaient querellées la legge sulla dissimulazione del volto negli spazi pubblici (RS/TI 550.200) et la legge sull'ordine pubblico (RS/TI 550.100), toutes deux du 23 novembre 2015.

65 ATF 144 I 281 consid. 5 et 7, JdT 2019 I 71.

66 ATF 139 I 16 consid. 4.3.4, JdT 2013 I 167.

national – des droits de l'homme à plus forte raison – liant la Suisse[67]. La Cour européenne des droits de l'homme a jusqu'ici focalisé son examen sur la liberté religieuse (art. 9 CEDH), le droit au respect de la vie privée (art. 8 CEDH) et l'interdiction de la discrimination (art. 14 CEDH). Elle ne s'est en revanche point prononcée sur le grief de la liberté d'expression (art. 10 CEDH) et de réunion (art. 11 CEDH)[68] – il n'y a pas de pendant de la liberté économique dans la CEDH. Il est vrai que la liberté religieuse est considérée comme une *lex specialis* dans l'examen juridictionnel de la Cour européenne des droits de l'homme, affaiblissant sur ces griefs également les chances de succès d'un recours dirigé contre cette norme[69].

B. Redistribution des compétences ?

[30] Les cantons sont historiquement compétents pour assurer la sécurité et l'ordre publics (art. 3 et 42 Cst.) et plus généralement régir l'usage de l'espace public[70]. Le projet de loi fédérale prévoit une obligation de montrer son visage devant des autorités – fédérales, cantonales ou communales – agissant en vertu du droit fédéral uniquement (art. 1er al. 1 du projet de loi).

[31] Le contre-projet du Conseil fédéral, au contraire de l'initiative, préserve ainsi les prérogatives des cantons, en laissant le soin à ces derniers d'aller plus loin dans l'interdiction de la dissimulation du visage s'ils l'estiment nécessaire, pour des raisons de sécurité notamment[71]. De nombreux cantons ont légiféré en ce sens, avec des normes propres à leurs besoins spécifiques et dont l'applicabilité varie selon l'appréciation de l'autorité, souvent en fonction de la tactique policière jugée adéquate à la situation[72]. Dans le domaine des manifestations sportives, le droit intercantonal a également trouvé sa voix au chapitre, prévoyant une obligation de présenter sa pièce d'identité et d'accepter de faire l'objet de fouilles en cas de soupçon concret, y compris sous les vêtements, pour monter dans les transports organisés de supporters vers les manifestations sportives ou lors de l'accès aux stades et salles de sports[73].

---

67 ATF 139 I 16 consid. 4.3 et 5, JdT 2013 I 167.

68 CourEDH, arrêts *Belcacemi et Oussar c. Belgique* du 11 juillet 2017, § 69, 77–79, et *S.A.S. c. France* du 1er juillet 2014 (GC), § 163.

69 Giovanni Biaggini, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar*, 2e éd., Orel Füssli, Zurich, Art. 15 N 2 ; René Pahud de Mortanges, in Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (édit.), *Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2015, Art. 15 N 12 ; Urs Cavelti/Andreas Kley, in Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (édit.), *Die Schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar*, 3e éd., Schulthess, Zurich/St-Gall, 2014, Art. 15 N 23 ; Luc Gonin, *La liberté religieuse*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2013, 106–107.

70 Markus H.F. Mohler, *Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2012, 33, N 79 s. ; Oliver Diggelmann/Tilmann Altwicker, in Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (édit.), *Schweizerische Bundesverfassung*, *Basler Kommentar*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2015, Art. 57 N 4 et 24. Sur la tendance centripète de la compétence en matière de sécurité en Suisse, voir Jürg M. Tiefenthal, *Kantonale Polizeihoheit – Grundpfeiler des Föderalismus oder folkloristischer Mythos*, Sécurité & Droit 2017/3 153–166.

71 FF 2019 2895, 2923.

72 *Cf.* par ex. art. 108 al. 1 de la loi jurassienne sur la police cantonale du 28 janvier 2015 (RS/JU 551.1) interdisant « de se rendre méconnaissable [...] lors de manifestations impliquant un usage accru du domaine public » ; art. 24 al. 1 de la loi neuchâteloise sur la prévention de la violence à l'occasion de manifestations sportives du 29 janvier 2013 (RS/NE 561.15) prévoyant qu'« à l'occasion de manifestations sportives, le port de vêtements ou d'accessoires destinés à dissimuler le visage est interdit » ; § 21bis de la loi soleuroise sur le droit pénal cantonal et d'introduction du code de procédure pénale suisse du 14 septembre 1941 (RS/SO 311.1) ; § 10 de la loi zurichoise sur la procédure pénale et l'exécution judiciaire du 19 juin 2006 (RS/ZH 331).

73 Art. 3*a* al. 3 et 3*b* du Concordat révisé instituant des mesures contre la violence lors de manifestations sportives du 2 février 2012, version du 10 janvier 2014 tenant compte de l'ATF 140 I 2, JdT 2014 I 167, ratifié par 24 cantons.

[32] Dans le domaine des mesures policières (*polizeiliche Massnahmen*) justement, tant le droit fédéral que le droit cantonal connaissent une obligation d'identification, de sorte qu'un doute peut parfois advenir quant au niveau de la base légale invoquée pour obliger le quidam à décliner son identité. La distinction entre le contrôle préventif et de sécurité prévu par le droit cantonal[74] et l'appréhension à des fins d'investigation prévue par le droit fédéral[75] n'est pas toujours claire[76]. La portée de cette distinction est à dire vrai limitée dans le contexte des mesures policières puisque dans les deux cas, l'autorité peut exiger de l'administré de dévoiler son visage pour que l'identité puisse s'établir.

[33] Il en va en revanche autrement hors le domaine policier. Il a été reproché au contre-projet de mettre à mal la cohérence du système, en ce sens qu'il est difficilement compréhensible que l'obligation du justiciable de montrer son visage varie selon le lieu où il se trouve sur le territoire suisse et selon la tâche que l'autorité accomplit à son endroit, le fonctionnaire cantonal ou communal disposant de droits différents à l'égard du citoyen en fonction de la tâche qu'il est chargé d'accomplir, selon qu'elle relève ou non du droit fédéral. Ce contre-projet pourrait inciter les cantons à adapter leur législation dans le but de prévoir une obligation analogue de dévoiler son visage devant l'autorité accomplissant des tâches de droit cantonal et communal et ainsi éviter de se retrouver dans une situation d'insécurité juridique, alors qu'il ne serait finalement pas nécessaire de légiférer, l'obligation de dévoiler son identité tombant sous le sens dans ces situations[77].

[34] L'applicabilité de la norme pénale contenue dans le contre-projet (art. 2, qui constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 286 CP[78])[79] prête également le flanc à la critique, puisque l'autorité devra prouver qu'une injonction de montrer son visage a bel et bien été faite et comprise, de surcroît été répétée comme l'exige la disposition.

[35] Enfin, dans la mesure où l'art. 10*a* Cst. n'est pas attributif d'une nouvelle compétence à la Confédération[80], il incombera principalement aux vingt-six cantons de mettre en œuvre la législation d'exécution, « dans les deux ans qui suivent l'acceptation de l'[initiative] », selon la disposition transitoire, qui ne sera dans l'intervalle pas directement applicable[81]. Une législation

---

74 *Cf.* par ex. art. 21a al. 1 de la loi shaffhousoise sur la police du 21 février 2000 (RS/SH 354.100) ; art. 20 de la loi vaudoise sur la police cantonale du 18 novembre 1975 (RSV 133.11).

75 *Cf.* art. 215 al. 1 let. a du Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP, RS 312.0) qui permet à la police d'appréhender une personne pour établir son identité afin d'élucider une infraction.

76 Sur cette distinction, TF, arrêts 6B_1297/2017 du 26 juillet 2018 consid. 2.4.1 et 6B_1174/2017 du 7 mars 2018 consid. 4.3, qui n'appliquent pas de façon rigoureuse cette distinction de l'avis de Camille Perrier Depeursinge, *CPP annoté*, 2e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2020, 335. Dans le même sens Gianfranco Albertini/Thomas Armbruster, in Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (édit.), *Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung*, *Basler Kommentar*, 2e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2014, Art. 215 CPP N 5 ; François Chaix, in Yvan Jeanneret/André Kuhn/Camille Perrier Depeursinge (édit.), *Code de procédure pénale suisse. Commentaire romand*, 2e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2019, art. 215 N 3.

77 Moussa Abou Ramadan, *La diversité de points de vue des auteurs musulmans sur la dissimulation du visage*, Revue du droit des religions 2016/2 107–119, 117, citant le cheikh al-Qaradawi, figure majeure et controversée du sunnisme contemporain, selon lequel « si la femme veut vendre, acheter, être mandataire ou témoigner devant un tribunal, elle doit révéler son identité et, de fait, montrer son visage ».

78 Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0.

79 Stefan Heimgartner, in Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), *Strafrecht (StGB/JStGB)*, *Basler Kommentar*, 4e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2018, Art. 286 CP N 9 et 11.

80 Le législateur fédéral sera en tout cas compétent pour édicter les sanctions pénales.

81 Sur l'applicabilité d'une norme constitutionnelle sans législation d'exécution, *cf.* ATF 139 I 16 consid. 4.2.3 et 4.3.2, JdT 2013 I 167 ; ATF 125 I 361 consid. 4a, RDAF 2000 I 628 (rés.).

et à plus forte raison une mise en œuvre uniformes dans les vingt-six cantons relèvent de la gageure.

C. Pertinence de l'initiative au sein de la Constitution fédérale

[36] L'introduction d'un tel article constitutionnel trouverait également fffdfffd redire sur le plan de la technique législative – ou légistique formelle[82] : l'acceptation de l'initiative se traduirait par un nouvel art. 10*a* Cst. prenant place dans le catalogue des droits fondamentaux. Dans ce catalogue censé consacrer (« con-sacrer », revêtir d'un caractère sacré) des droits s'insère un article s'échignant à limiter la portée de ceux-ci – incrémentée d'une lettre « *a* »[83], cette nouvelle disposition ferait accroire qu'elle complète, précise ou déroge à l'article le précédant ; elle limite non seulement la liberté personnelle mais surtout la liberté religieuse qui est à considérer en l'endroit au titre de *lex specialis* dans une optique religieuse[84] et le droit au respect de la vie privée dans une optique non-religieuse[85], de même que l'interdiction de la discrimination en raison de la religion et la liberté de réunion. Le constituant, après avoir soigneusement dressé le catalogue des droits fondamentaux (art. 7–34 Cst.), n'a institué qu'après celui-ci le mécanisme général de restriction des droits fondamentaux (art. 36 Cst.), rappelant à la toute fin seulement qu'ils ne sont pas absolus. Renfermant essentiellement une restriction concrète de droits fondamentaux, cette norme altère la cohésion systématique du chapitre des droits fondamentaux.

[37] L'adéquation d'une norme prévue pour ne s'appliquer que très rarement avec le rang constitutionnel est également discutable dans l'orbite dit de l'« emboîtement normatif »[86]. Le nombre de femmes portant le voile intégral en terre helvétique se compterait vraisemblablement en dizaines[87], et l'insertion d'un article constitutionnel aussi restreint dans les destinataires ciblés va à l'encontre même de la nature d'une norme constitutionnelle, par essence pourvue d'une faible densité normative, s'ingéniant à promulguer les grandes règles du fonctionnement de l'État et à proclamer les droits fondamentaux[88].

[38] Ce que nous décrivons sous les traits d'une esquisse normative souffreteuse pourrait apparaître aux yeux d'aucuns comme de l'ergotage stylistique, puisqu'il n'existe pas d'initiative législative au niveau fédéral, et que l'initiative populaire représente l'institution de démocratie directe par excellence avec les défauts qui vont avec. Mais au-delà des considérations d'« esthétique générale » que la norme suscite, l'on peut légitimement douter, d'un point de vue de la légistique

82 Entendue dans un sens large, voir Alexandre Flückiger, *(Re)faire la loi. Traité de légistique à l'ère du droit souple*, Sämpfli, Berne, 2019, 64, 524 s.

83 Seule disposition du catalogue à en être dotée, exception faite de l'art. 29*a* Cst. qui faisait partie du projet de la réforme de la justice et était programmé à être introduit dans la foulée de l'adoption de la nouvelle Constitution (Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1).

84 Tanquerel (note 24), 256 s.

85 Judith Wyttenbach, *Das Kopftuch in der Schweiz : Zwischen religiöser Neutralität des Staates, Religionsfreiheit und Diskriminierungsverbot*, in Sabine Berghahn/Petra Rostock (édit.), *Der Stoff aus dem Konflikte sind. Debatten um das Kopftuch in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, Bielefeld, 2009, 101–128, 106. Voir aussi ATF 103 Ia 293 consid. 4a.

86 Flückiger (note 82), 537 ss.

87 Selon le Conseil fédéral, dans sa réponse du 24 février 2010 à l'Interpellation Christophe Darbelley 09.4308 CN du 11 décembre 2009. Il n'existe à notre connaissance aucune étude récente s'aventurant à donner un chiffre plus ou moins précis du nombre de femmes portant le voile intégral en Suisse.

88 ATF 139 I 16 consid. 4.2.1, JdT 2013 I 167.

– matérielle cette fois-ci – de sa pertinence (au sens de l'adjectif anglais « relevant ») dans la mesure où elle ne résout pas sans contredit les problèmes posés à sa base, ceux soulevés du vivre ensemble, de la sécurité publique, de la dignité de la femme et de l'égalité entre les sexes[89]. Elle passe plutôt pour une loi emprise d'émotions, phénomène parfaitement illustré par les initiatives populaires, et ce dès leur origine[90].

[39] Elle fait alors au mieux figure de loi *symbolique*, ineffective – les casseurs masqués risquent fort de ne pas être effrayés de l'amende agitée en sanction, de même que les quelques dizaines de femmes portant le voile intégral[91] –, mais dont le but est d'influencer, par la « mauvaise conscience » qu'elle inflige, les représentations et attitudes mentales des destinataires – et de l'ensemble des concitoyens – par l'expression de nouvelles valeurs sociales qu'elle renferme[92] ; au pire de loi-*alibi* destinée à calmer provisoirement l'opinion publique sans volonté de résoudre fondamentalement le problème sous-jacent à son adoption, s'illusionnant – naïvement ou pis, cyniquement – qu'elle en viendra à bout[93].

[40] De l'initiative anti-minarets sourde sur ce point une analogie éloquente : le débat autour de l'initiative visant à interdire leur construction fut enflammé de passions – et parfois teinté de déraison –, tandis que le nombre de minarets alors existant en Suisse se comptait – et se compte toujours[94] – sur les doigts d'une main, sans que le problème mis en exergue par le comité d'Egerkingen d'une « islamisation du paysage helvétique » s'en trouvât résolu par l'acceptation de l'initiative. Le risque à la fin en est que « [l]a loi [devienne] une réponse, à défaut d'être une solution »[95].

D. Interdiction de contraindre une personne à se dissimuler le visage en raison de son sexe

[41] L'initiative sur l'interdiction de se dissimuler le visage prévoit spécifiquement que « nul ne peut contraindre autrui à se dissimuler le visage en raison de son sexe » (art. 10*a* al. 2 du texte de l'initiative), à charge pour le législateur de définir une sanction. La liberté religieuse, dans sa dimension négative, garantit qu'aucun individu ne peut être contraint de devoir accomplir ou prendre part à des actes religieux, tels que la prière à l'école, les services religieux, le serment

89 Flückiger (note 82), 145 ss, 468.

90 Pour des exemples d'initiatives populaires illustrant cette sollicitation des émotions, voir l'article de l'ancien Conseiller fédéral Numa Droz, *La démocratie en Suisse et l'initiative populaire*, in Bibliothèque universelle et Revue suisse, 1894/IV, 225–250 ; plus récemment, voir l'ouvrage d'un autre ancien Conseiller fédéral, Kaspar Villiger, *Demokratie und konzeptionelles Denken. Politik im Spannungsfeld von ökonomischen Zwängen, Emotionen und Zufällen*, NZZ Libro, Zurich, 2015, 19.

91 Vorpe (note 62), N 39 s.

92 François Ost/Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, F.U.S.L., Bruxelles, 2002, 334 ; Cass Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, University of Pennsylvania Law Review, 1996/144 2021–2053, 2052 ; Lawrence Lessig, *Social Meaning and Social Norms*, University of Pennsylvania Law Review, 1996/144 2181–2189, 2185.

93 Georg Müller/Felix Uhlmann, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3e éd., Schulthess, Zurich, 2013, 197 ; David R. Wenger, *Symbolische Gesetzgebung oder die Tendenz zur Verrechtlichung des Nichtrechtlichen*, RDS 2003 215–246, 236. Dans ce sens, Tanquerel (note 24), 258.

94 Une coupole de 2,8 mètres de haut surmontée d'une pointe de 75 centimètres sur la Maison des religions à Berne n'est pas un minaret, selon la décision du préfet de l'arrondissement administratif de Berne-Mittelland Christoph Lerch, « Einsprache gegen goldene Kuppel abgewiesen », *Berner Zeitung*, 18 octobre 2019.

95 Guy Carcassonne, *Penser la loi*, Pouvoirs, Revue française d'études constitutionnelles et politiques, 2005/114 39–52, 40.

ou le baptême (art. 15 al. 4 Cst.)[96]. Compris comme acte à connotation religieuse, contraindre une personne à se dissimuler le visage en raison de son sexe contreviendrait à la liberté religieuse négative.

[42] L'avant-projet prévoyait une modification du Code pénal par l'ajout d'un art. 181 al. 2 punissant spécifiquement « quiconque, en usant de violence envers une personne ou en la menaçant d'un dommage sérieux [...] l'oblige à se dissimuler le visage » (art. 4 de l'avant-projet). Cet état de fait étant déjà visé par les éléments constitutifs de la norme générale réprimant la contrainte (art. 181 CP)[97], le Conseil fédéral l'a finalement supprimé dans son projet soumis aux Chambres fédérales, le jugeant superflu[98].

[43] L'introduction d'une norme punissant spécifiquement ce comportement peut certes envoyer un signal politique, mais contrairement à la force symbolique qu'exercerait l'interdiction du port du voile intégral sur ses destinataires, qui ferait sa « véritable efficacité » à la norme de droit[99], répéter dans la Constitution un comportement déjà répréhensible selon le Code pénal, qui de surcroît interroge dans son efficacité quant à la poursuite de l'infraction, tend à faire immodérément prévaloir les fonctions symboliques du droit pénal sur la protection effective des biens juridiques qu'il est censé protéger[100].

IV. Effet du Covid-19 sur l'interprétation de l'initiative

[44] À la faveur d'un contexte qui a spectaculairement normalisé le port du masque sanitaire dans un espace temporel confiné, et légitimé bon gré mal gré du même mouvement la dissimulation – au moins partielle – du visage dans l'espace public, le point central est de déterminer si une analogie peut être tissée entre le port du masque sanitaire et la personne portant un voile intégral ou un voile combiné avec un masque sanitaire, et, dans les temps à venir, si la personne portant un masque en raison de sa perception purement subjective du danger sanitaire bénéficiera toujours de l'exception prévue pour motifs de santé lorsque les autorités ne recommanderont plus le port du masque dans les lieux publics.

A. Exception prévue pour des motifs de santé

[45] L'initiative dispose que nul ne peut « se dissimuler le visage », sans définir une nomenclature des vêtements et accessoires entrant dans l'état de fait visé. Le Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative est d'avis que « le simple fait de se dissimuler les cheveux ou le pourtour du visage n'est pas couvert par l'initiative »[101] et commente son projet de loi fédérale sur l'obligation de montrer

96 Peter Karlen, *Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz*, Schulthess Polygrapher Verlag, Zurich, 1988, 220 et arrêts cités.

97 Pour une casuistique relative à l'art. 181 CP, *cf.* Stefan Trechsel/Martino Mona, in Stefan Trechsel/Mark Pieth (édit.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, 3e éd., Dike, Zurich, 2017, Art. 181 N 17.

98 FF 2019 2895, 2925.

99 François Ost, *Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information*, in Jean Clam/Gilles Martin (édit.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., Paris, 1998, 423–450, 445.

100 Voir en ce sens Alessandro Baratta, *Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal*, Déviances et Société, 1991/1 1–25 ; Fateh-Moghadam (note 46), 230.

101 FF 2019 2895, 2915.

son visage en précisant que « le visage doit rester visible *du front au menton* [nous soulignons] le temps nécessaire à l'identification »[102]. On peut aisément agglutiner à la burqa et au niqab la *paranja*, robe traditionnelle d'Asie centrale rare de nos jours mais qui recouvre l'intégralité du corps et du visage[103] ou encore le *boshiya* qui se drape sous ou par-dessus le voile pour couvrir le visage d'une femme et qu'on peut encore rarement trouver dans le Golfe persique[104]. Le *hijab*, le *tchador* ou encore le *khimar*, qui ne couvrent que les cheveux et le pourtour du visage, ne sont *a contrario* pas visés. La réponse demeure indécise pour d'autres types de voiles qui risquent fort de ne jamais être vus sous nos latitudes[105]. « Est-ce qu'une personne portant des lunettes noires, un foulard et un masque sanitaire tombe sous le coup de l'interdiction ? »[106], s'interrogeait dubitativement le gouvernement dans son rapport explicatif en 2018, citant un exemple presque annonciateur des difficultés d'application auxquelles ferait face la norme dans le contexte actuel.

[46] Dans le sillon de cette incertitude ceignant la portée de l'interdiction de se dissimuler le visage, les initiants auraient beau jeu de plaider un contournement de l'interdiction dans le cas du port d'un voile porté avec un masque sanitaire, alors que le texte de l'initiative ne définit pas ce qui rentre dans l'exception prévue pour des motifs de santé[107]. Un comité d'initiative ne saurait imposer son interprétation du texte constitutionnel une fois celui-ci adopté. Ce dernier acquiert l'autonomie et doit être interprété selon les critères habituels pour l'interprétation des lois[108]. Or l'hypothèse qui nous occupe n'a jamais été envisagée dans l'élaboration de l'initiative. En effet, cet article a été introduit isolément dans la Constitution fédérale et son entrée en vigueur plus récente ne suffit pas à elle seule à établir sa primauté. L'insertion du nouvel article dans le contexte constitutionnel global n'a pas été abordée à l'aune de cette survenue extraordinaire, mais prévoit dans sa liste d'exceptions les motifs sanitaires ; l'interprétation de la Constitution fédérale doit mettre dans la balance les différents intérêts en jeu et, lorsque cela s'avère possible, rechercher la concordance pratique[109], qui dans le cas présent penche nettement vers l'autorisation de la dissimulation du visage si elle offre une meilleure protection sanitaire, le crédo actuel étant « toute protection physique vaut mieux que rien du tout ».

[47] En effet, l'art. 10*a* Cst., s'il venait à être intégré dans la Constitution fédérale, ne constituerait une *lex specialis* que pour ce qui concerne la dissimulation du visage pour des raisons religieuses dans l'espace public[110]. Il n'impliquerait aucunement d'interpréter restrictivement

102 FF 2019 2895, 2926.

103 Ahmad Hasan Dani/Vadim Mikhaïlovich Masson, *History of Civilizations of Central Asia, Vol. V : Development in contrast : from the sixteenth to the mid-nineteenth century*, Unesco Publishing, 2003, 357 ss.

104 Mary Z. Stange/Carole K. Oyster/Jane E. Sloan (édit.), *Encyclopedia of Women in Today's World*, SAGE Publications, 2011, 1513.

105 Tel le *battula*, un masque d'aspect métallique pouvant prendre différentes allures, couvrant généralement le nez et une partie plus ou moins proéminente du front selon le style, mais qui a pratiquement disparu de nos jours, Lynne Brydon/Sylvia Chant, *Women in the Third World : Gender Issues in Rural and Urban Areas*, Rutgers University Press, 1989, 29.

106 Rapport explicatif relatif à la loi fédérale sur l'interdiction de se dissimuler le visage (contre-projet indirect à l'initiative populaire « Oui à l'interdiction de se dissimuler le visage ») du 27 juin 2018.

107 En 2019, le député UDC au Grand Conseil tessinois Tiziano Galeazzi a interpellé le gouvernement tessinois, via une intervention parlementaire, demandant que le masque chirurgical ne soit autorisé qu'en cas de maladie infectieuse ou s'il est lié à l'exposition au soleil et doit automatiquement être assorti d'un certificat médical, Karl Kälin, « Touristinnen umgehen Tessiner Burkaverbot mit Mundschutz : Jetzt rufen SVP-Politiker nach schärferem Gesetz », *Aargauer Zeitung*, 5 août 2019.

108 ATF 139 I 16 consid. 4.2.1, JdT 2013 I 167.

109 ATF 139 I 16 consid. 4.2, JdT 2013 I 167.

110 Tanquerel (note 24), 256 s.

ces droits fondamentaux lorsque des musulmans s'en prévalent pour d'autres droits, de la même façon que dans les circonstances particulières d'une épidémie il ne saurait primer les motifs sanitaires qui sont impérieux. Il ne fait donc pas de doute qu'un hijab ou un voile intégral porté avec un masque sanitaire est admissible, quand bien même le comportement sous-jacent serait motivé par la religion plus que par la raison sanitaire.

[48] Certes, seuls les masques médicaux homologués s'avèrent efficaces contre l'inoculation de l'agent pathogène par les gouttelettes projetées, pourtant voit-on fleurir nombre de masques en tissu aux propriétés filtrantes douteuses, sans que leurs porteurs soient admonestés par l'autorité, faute de pouvoir effectuer un contrôle ou de volonté d'en faire un. En période de pénurie de masques, n'importe quel élément de textile couvrant les voies respiratoires fut vivement recommandé, même une écharpe ou un bandana[111]. Mais maintenant que le masque sanitaire est en quantité suffisante et que son utilité est attestée – depuis qu'on en dispose[112] –, des standards minimaux ont été édictés et progressivement relevés pour les masques textiles et faits maison[113].

[49] Le voile intégral se retrouve ainsi pris dans un tourbillon de décisions potentiellement comminatoires à son encontre. Bien qu'il ne respecte pas les standards minimaux requis pour satisfaire l'obligation légale de porter un masque dans l'espace public – jusqu'à ce que soit conçu à n'en point douter un voile intégral filtrant les microbes –, la question de sa comparaison avec le masque sanitaire pour l'interdire ou au contraire l'admettre ne se juge pas au regard de sa fonction différente – dévotion personnelle à la religion plutôt que protection de son prochain –, mais à l'aune du bouleversement engendré par la pandémie actuelle dans les interactions sociales qui ont cours dans l'espace public.

B. Initiative déphasée avec le bouleversement de nos coutumes sociales

[50] La question qui vient à l'esprit est celle de la pertinence d'une telle norme dans un contexte qui a radicalement transformé nos habitudes sociales, du bannissement condamnatoire de la poignée de mains et de la bise[114] jusqu'à l'obligation de porter un masque dans les lieux publics[115].

[51] Dans la veine des difficultés d'application prévisibles de la norme que nous avons soulevées, l'épidémie de Covid-19 ne fait que renforcer la crainte d'une initiative décalée avec la nouvelle réalité des interactions sociales sur le domaine public. Domaine public dont l'évolution de la jurisprudence relative à son usage a révélé que ce dernier n'est pas un privilège régalien que l'État accorderait discrétionnairement, ni un espace aseptisé condamné à la neutralité politique,

111 Lou Stoppard, « Will Mandatory Face Masks End the Burqa Bans ? », *The New York Times*, 19 mai 2020.

112 Serge Halimi, « Tous des enfants », éditorial du *Monde diplomatique* de mai 2020.

113 Voir le Rapport explicatif concernant l'ordonnance COVID-19 situation particulière (*cf. infra* note n° 115), 3 : « Sont considérés comme masques faciaux au sens de cette disposition les masques de protection respiratoire, les masques d'hygiène et les masques en tissu qui permettent de protéger les tiers de manière suffisante. Les masques certifiés ou conformes sont principalement recommandés. Les masques en tissu qui remplissent les recommandations de la *Swiss National COVID-19 Science Task Force* doivent être préférés aux autres masques en tissu, particulièrement à ceux faits maison. Les écharpes ou autres tissus non spécifiés ne sont pas considérés comme des masques faciaux. »

114 Alors que le refus de la bise et du serrage de main étaient naguère considérés comme des signes potentiels de radicalisation islamiste par Christophe Castaner, ministre français de l'Intérieur de l'époque (déclaration du 8 octobre 2019).

115 Art. 3*a* de l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière du 19 juin 2020 (RS 818.101.26 ; état du droit au 29 septembre 2020). À ce sujet, lire Kaspar Gerber, « Maskenpflicht » im öffentlichen Verkehr, Jusletter Coronavirus-Blog, 9 juillet 2020.

culturelle ou religieuse, ni comme l'apanage exclusif d'une majorité moralisante[116]. La cohésion sociale et le vivre ensemble nécessitent une solide articulation entre les droits de l'homme et la prise en compte de la diversité culturelle et religieuse.

[52] La coexistence d'une interdiction et d'une obligation de se dissimuler le visage conduit à une contradiction majeure, où une même attitude est respectivement prohibée ou prescrite selon la motivation qui la sous-tend[117]. On objecterait à ce qui précède que le voile intégral, au contraire d'une dissimulation du visage se fondant uniquement sur des motifs sanitaires, véhicule un symbole politico-religieux exécré dans la conception majoritaire des interactions sociales. Plus que la simple *privation* du regard de l'autre dans la volonté de se protéger, c'est l'intention de se *cacher* d'autrui qui empêche de comparer les deux situations, et qui rend cette dernière hypothèse frauduleuse, même en temps de pandémie. Le port du voile intégral consiste – sous réserve de la contrainte – en un comportement délibérément choisi au nom de croyances personnelles, tandis que le port du masque sanitaire est guidé par la nécessité de sauvegarder sa santé.

[53] Cette lecture asymétrique d'un même comportement est, à dire vrai, révélatrice de la véritable cible de la norme : le symbole véhiculé par le voile islamique intégral. La Cour de Strasbourg, dans son examen de la loi française interdisant la dissimulation du visage, « attache néanmoins une grande importance à la circonstance que cette interdiction n'est pas explicitement fondée sur la connotation religieuse des habits visés mais sur le *seul* [nous soulignons] fait qu'ils dissimulent le visage »[118]. C'est à la lumière de cette considération que toutes les lois interdisant la dissimulation du visage sont rédigées en termes généraux, pour ne pas se mettre en porte-à-faux avec le principe de non-discrimination. Si l'on veut être cohérent avec une orientation supposément neutre de la norme, l'on ne saurait raisonnablement soutenir que seul le port du voile intégral demeure interdit.

C. Avènement d'un nouveau « vivre ensemble sanitaire » ?

[54] Les raisons de la Cour européenne des droits de l'homme qui jugent conforme aux droits de l'homme l'interdiction de se dissimuler le visage dans l'espace public se fondent presque uniquement sur l'idéal fraternel d'un vivre ensemble, requérant comme exigence minimale de civilité dans la relation sociale le regard de l'autre. Les autres lignes argumentatives généralement développées à son appui (le triptyque égalité entre les sexes, dignité de la femme et sécurité publique) ont été à juste titre écartées, car elles servent souvent de prétextes[119].

[55] Cela étant, cette exigence d'individualisation par le visage découvert et le contact visuel peut-elle se maintenir dans un contexte empêchant bon gré mal gré une telle interaction ? Avec la

116 Tanquerel (note 24), 259.

117 James McAuley, « France mandates masks to control the coronavirus. Burqas remain banned. », *The Washington Post*, 10 mai 2020, qui donne l'exemple d'une femme musulmane voulant emprunter le métro parisien qui devra ôter sa burqa pour la remplacer par un masque.

118 CourEDH, arrêt *S.A.S. c. France* du 1er juillet 2014 (GC), § 151.

119 CourEDH, arrêt *S.A.S. c. France* du 1er juillet 2014 (GC), § 115, se référant à l'exposé des motifs qui accompagnait le projet de loi. Véhément à cet égard, Tanquerel (note 24), 256 ; Andreas Glaser, *Diskriminierungsverbot und Demokratie : ein Widerspruch ?*, in Béatrice Ziegler (édit.), *Ungleichheit(en) und Demokratie*, Schulthess, Zurich, 2016, 141–159, 144 s. ; Eva Maria Belser, *Das Burka-Verbot – Vom Umgang der offenen Gesellschaft mit verhüllten Körpern*, in Markus Gredig/Raphaël Mahaim/Thomas Meier *et al.* (édit.), *Peters Dreiblatt – Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag*, Stämpfli, Berne, 2010, 73–108, 90.

généralisation du masque sanitaire dans la communication sociale, tantôt porté avec un couvre-chef, des lunettes teintées ou un foulard, les termes de l'équation du vivre ensemble sont radicalement transformés, puisqu'il est désormais courant de croiser ses concitoyens sans que s'ouvre la moindre possibilité d'interaction par l'échange du regard ou des expressions faciales ; se repose alors férocement la question du droit à ne pas entrer en contact avec autrui.

[56] L'on a tôt fait de souligner que le port du masque était destiné à disparaître aussitôt que les circonstances le permettraient. Cette dernière assertion mérite que l'on s'y attarde. Lorsque les affres de la pandémie ne seront plus qu'un souvenir et que les autorités ne recommanderont plus le port du masque sanitaire, beaucoup de personnes continueront à porter le masque sanitaire, convaincues de ses bienfaits dans les lieux publics. Tandis que certains s'inquiètent déjà d'une société masquée[120], d'autres suggèrent au contraire une extension de l'obligation du port du masque dans d'autres circonstances à l'avenir[121]. L'habitude qui sera acquise de porter le masque fondée sur une perception purement subjective du danger sanitaire, que l'on retrouve dans certains pays asiatiques, ne contreviendra-t-elle pas aux modalités de la communication sociale qui impliquent un visage découvert, alors que l'exception prévue pour des motifs de santé ne sera pas invocable puisqu'aucun danger sanitaire ne sera affiché sur les radars des autorités ? Vraisemblablement pas.

[57] Le port du masque dans l'espace public en l'absence de justification sanitaire officielle peut être rattaché à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.) et à la garantie plus spécifique du droit au respect de la vie privée (art. 13 Cst.), leur champ de protection respectif se chevauchant largement[122]. Porté dans les lieux publics et motivé par la volonté de se rassurer face au danger microbiologique ambiant, il s'inscrit dans le cadre de la vie sociale et professionnelle du quotidien (trajet domicile-travail, relations avec les collègues et contact avec le simple quidam), permet d'affirmer l'individualité de sa personnalité et touche aussi à l'intégrité physique (élément étranger sur le visage modifiant l'apparence pour sauvegarder l'autodétermination sur son propre corps)[123]. Il y a fort à parier, compte tenu du vaste champ de protection conféré par les art. 10 et 13 Cst. pris conjointement – si bien qu'ils forment ensemble la colonne vertébrale normative de la protection constitutionnelle de la personnalité[124] – et de sa nature évolutive, que les porteurs de masque sanitaire ne seront pas réprimandés au nom de l'interdiction de se dissimuler le visage, même sans bactérie ou virus létal en circulation. Dans les pays ayant interdit la dissimulation du visage dans l'espace public, les touristes asiatiques qui portaient le masque sanitaire avant la pandémie n'ont d'ailleurs jamais fait la une des chroniques judiciaires, car ils n'ont en réalité jamais été destinataires de la norme.

---

120 Voir la tribune de M^me^ Jacqueline Fehr, Conseillère d'État zurichoise dans le *Tages-Anzeiger*, « Ich will keine Maskengesellschaft », 20 juillet 2020.

121 Gerber (note 115) souffle l'idée d'une obligation du port du masque dans les transports publics pendant la période de la grippe saisonnière.

122 ATF 114 Ia 350 consid. 5.

123 C'est le raisonnement de Gerber (note 115) qui rattache à la liberté personnelle la restriction fondée par l'obligation de porter le masque dans les transports publics, en se référant à l'ATF 112 Ia 161 consid. 3, JdT 1987 IV 79. Voir aussi Axel Tschentscher, in Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (édit.), *Schweizerische Bundesverfassung*, *Basler Kommentar*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2015, Art. 10 N 37 et 51.

124 René Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3^e^ éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2016, N 1239 ; Rainer J. Schweizer, in Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (édit.), *Die Schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar*, 3^e^ éd., Schulthess, Zurich/St-Gall, 2014, Art. 10 N 6 ss (se référant aussi à d'autres dispositions).

[58] Cette observation conforte l'idée que seul le voile intégral est visé derrière la généricité trompeuse du texte, et que juridiquement, la notion de « vivre ensemble » peut sonner creux, carrément « factice » pour d'aucuns[125]. L'essence de son principe est si malléable et floue qu'il peut potentiellement servir d'outil rhétorique pour la réglementation de toute interaction ou de tout comportement au sein de la société sur la seule base d'une conception particulière de ce qui constitue la « bonne manière » d'interagir entre individus dans une société démocratique[126]. De l'avis de nombreux auteurs, le juge européen a entre-ouvert la boîte de Pandore, en sortant la notion d'ordre public de ses limites matérielles[127]. Dans l'hypothèse où l'évolution du paradigme sanitaire se confirme, il ne restera tout bien pesé que peu de ménagement pour une application sensée et non-discriminatoire de l'interdiction de se dissimuler le visage, sauf à considérer que le droit d'entrer en contact avec autrui dans l'espace public devienne une obligation, portant de ce fait atteinte aux valeurs libérales de l'État de droit[128]. Le vivre ensemble deviendrait dans cette optique une idéologie moralisante et majoritariste plus que le fruit d'un véritable consensus social.

[59] Pourtant, porter un masque est soudain devenu, au-delà de son injonction normative, un acte de civisme, un rite de communion pour la société car au-delà de la propre protection de son porteur, il permet de protéger ses concitoyens[129]. Dans ce chambardement se redessinerait comme autre branche de l'alternative un vivre ensemble qui donne ses lettres de noblesse aux gestes barrières, à la distance sociale et au visage masqué, en somme à l'antithèse de tout ce qui a motivé les lois passées sous les fourches caudines de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce vivre ensemble-ci met magistralement au jour la malléabilité de certains marqueurs culturels à l'aune de l'urgence et a le mérite de poser à nouveaux frais la question du regard sur l'Autre, masqué ou non.

V. Conclusion

[60] Sur le plan juridique, il faut souligner les limites de l'analogie avec l'interdiction des minarets. L'art. 10*a* al. 3 du texte de l'initiative dispose que la loi prévoit des exceptions à l'interdiction de se dissimuler le visage, contrairement à l'art. 72 al. 3 Cst. qui est rédigé de façon absolue. De surcroît, nous sommes en présence d'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme qui valide la conformité d'une telle règle avec le droit européen des droits de l'homme, ayant un effet incontestable de consolidation et affaiblissant les chances de succès d'un recours dirigé contre cette norme.

[61] Nul doute que d'airain seront les arguments tenus dans le débat juridique à venir, qu'antagoniques seront-ils pour certains d'entre eux, mais à dire vrai, les coordonnées du débat se situent

125 C'est dans ces termes que se sont exprimés les juges Nussberger et Jäderblom dans leur opinion dissidente commune (§ 5), in CourEDH, arrêt *S.A.S. c. France* du 1er juillet 2014 (GC).

126 CourEDH, arrêt *Belcacemi et Oussar c. Belgique* du 11 juillet 2017, opinion concordante du juge Spano, à laquelle se rallie la juge Karaka, § 6 ; Edenharter (note 46), 973.

127 Gérard Gonzalez, *Ordre public et liberté de religion dans le système de la CEDH*, Revue du droit des religions 2016/2 91–106, 102 s.

128 Dans ce ce sens Fateh-Moghadam (note 46), 229.

129 Donald Trump a finalement fait volte-face en érigeant le port du masque en geste patriotique, dans son tweet du 20 juillet 2020, pendant que le masque d'Emmanuel Macron arbore un liséré bleu-blanc-rouge en référence au drapeau français, et de souligner implicitement la vertu citoyenne du geste.

surtout sur le plan du politique car, l'avons-nous vu, tant la norme contenue dans l'initiative que celle du contre-projet sont ceintes d'une signification essentiellement symbolique. La discordance observée dans les arguments des juges et des auteurs met au jour, sous ses apparences juridiques, la dimension intrinsèquement politique de cette épineuse question. En quittant le droit pour le champ du politique, le constituant aura à déterminer si le voile intégral islamique est un habit nûment *ostensible*[130] ou outrancièrement *ostentatoire*[131], sans jamais perdre de vue, comme John Stuart Mill le soulignait avec ardeur, que le simple dégoût ou la désapprobation pour une pratique minoritaire ne doit jamais suffire pour justifier qu'on ne la tolère pas[132].

[62] Quant à l'amorce d'un changement paradigmatique du « vivre ensemble sanitaire » induit par la pandémie actuelle, il est encore trop tôt pour savoir si celle-ci s'accompagnera durablement d'une évolution dans les mœurs en prédiction d'une multiplication des émergences infectieuses à l'avenir, ou si elle n'est qu'une passade le temps que ce virus disparaisse de la circulation au titre de danger sanitaire[133]. La seule certitude est qu'à la fulgurante vitesse à laquelle évoluent les circonstances, nul ne peut, au moment de l'écriture de ces lignes, sagement prédire le résultat à venir dans les urnes, encore moins l'application qui en sera faite en cas d'acceptation par le constituant.

David Zandirad, MLaw, assistant-doctorant à l'Université de Lausanne.

L'auteur remercie vivement Vincent Martenet, Professeur à l'Université de Lausanne, pour son attentive relecture, ses précieux commentaires et ses conseils toujours éclairants.

130 C'est-à-dire « qui peut être vu, montré », selon le Dictionnaire de l'Académie française.

131 C'est-à-dire « marquant de l'ostentation ; dont on fait parade, que l'on étale sans retenue », toujours selon le Dictionnaire de l'Académie française.

132 John Stuart Mill, *De la liberté*, Gallimard, Paris, 1990, 203 s.

133 Auriane Guilbaud/Philippe Sansonetti, *Le retour des épidémies*, Puf, 2015.