

LE CONSEIL DE L'ORDRE

8, RUE DU GRAND-CHÊNE
CASE POSTALE 7056
CH - 1002 LAUSANNE

TÉL : 021 311 77 39
FAX : 021 311 77 49

info@oav.ch
www.oav.ch

Par courriel à : veronique.aguet@vd.ch

**Direction générale des affaires
institutionnelles et des communes**

A l'att. de Mme Véronique Aguet
Conseillère juridique
Place du Château 1
1004 Lausanne

Lausanne, 11 janvier 2022

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

Madame la Conseillère juridique,

Au nom de l'Ordre des avocats vaudois (OAV) et dans le délai imparti pour ce faire, je reviens ici sur votre courriel du 9 décembre 2021 nous invitant à vous faire part de nos observations en relation avec le projet de la mise en œuvre de l'interdiction de se dissimuler le visage (art. 10a Cst.).

Non sans vous remercier de nous avoir invités à nous déterminer, je vous livre ci-dessous le fruit des travaux menés par la Commission de droit pénal et de procédure pénale de l'OAV, sous l'égide de son Président Me Loïc Parein.

* * *

La Commission a procédé à l'examen de la nouvelle norme pénale (332a AP-CP) et formule les observations suivantes s'agissant de sa systématique (A), du degré des précision de l'incrimination (B) et des exceptions à l'interdiction de se dissimuler le visage (C).

A. Systématique et bien juridiques protégés

Le choix de la collocation systématique d'une norme pénale doit se faire en fonction des biens juridiques qu'elle vise à protéger. Or en l'espèce, il est difficile de discerner de manière claire un bien juridique qui serait lésé ou mis en danger par la dissimulation du visage. Ce d'autant plus au vu de sa formulation imprécise. C'est déjà dire la faiblesse de la norme du point de vue des principes généraux présidant à l'adoption d'incriminations pénales.

C'est pourquoi, l'avant-projet propose de placer cette nouvelle norme dans le Titre 20 du Code pénal « Contraventions de droit fédéral », qui fait office de fourre-tout. Or, vu l'impact de cette nouvelle incrimination sur bon nombre de libertés fondamentales, le placement de la norme dans un titre fourre-tout et sans réelle réflexion sur la question des biens juridiques protégés est inadéquat.

De notre point de vue la collocation systématique d'une nouvelle incrimination joue un rôle non négligeable lorsqu'il s'agit ensuite d'interpréter la norme, ce qui se produira très vraisemblablement rapidement vu le degré d'imprécision de cette incrimination. Il y a donc lieu que le législateur réfléchisse sérieusement à la question des biens juridiques protégés et, sur cette base, place la nouvelle incrimination dans la partie du code pénal qui vise à protéger les biens juridiques concernés, pour autant qu'ils existent déjà, ce qui sera vraisemblablement une autre question à résoudre...

Au vu de certains des arguments invoqués par les initiants à l'appui de leur initiative, à savoir interdire de se camoufler le visage de manière à « commettre une infraction en restant anonyme », « lutter résolument contre les délinquants masqués », le placement de la norme dans le code pénal pourrait intervenir dans le Titre 17 du Code pénal « Crimes ou délits contre l'administration de la justice », voire dans le Titre 12 du Code pénal « Crimes ou délits contre la paix publique » aux abords de l'incrimination de l'art. 260bis CP « actes préparatoires délictueux », ou encore dans la Loi instituant des mesures visant au maintien de la sécurité intérieure (LMSI).

B. Degré de précision de la norme pénale

De notre point de vue, le libellé de l'incrimination ne satisfait pas aux réquisits minimaux de précision imposés par l'art. 1 CP et viole de ce fait le *Bestimmtheitsgebot* s'imposant au législateur.

La norme incrimine en effet : « *Quiconque se dissimule le visage dans les lieux publics ou dans les lieux privés ouverts à la collectivité, gratuitement ou contre paiement* ».

Le comportement incriminé serait le fait de « se dissimuler le visage » sans plus de précision, ce qui nous paraît bien trop vague et imprécis pour fonder une incrimination pénale.

On ignore ainsi ce qu'il y a lieu d'entendre par « se dissimuler le visage ». Le haut du visage (zorzo, lunettes de soleil ou googles de plongée), le bas (masque chirurgical), le nez (clown), les cheveux (perruque, ample capuche), les oreilles (gros écouteurs de rappeur), maquillage (Kiss), ou une conjonction du tout ?

On ignore aussi si cette dissimulation doit intervenir au moyen d'accessoires ou si le fait de se cacher les visages avec ses propres mains, bras ou autres membres (prévenu arrivant au Tribunal et se protégeant des médias) réalise déjà l'infraction, ce qui pourrait être le cas vu la formulation choisie. A ce sujet, rien n'est précisé s'agissant de la durée de la dissimulation.

Ainsi, nous sommes d'avis que la formulation choisie pose de sérieux problèmes en lien avec les principes de légalité et de prévisibilité de la norme pénale.

Nous sommes également d'avis que ces difficultés pourraient être résolues en incluant dans l'incrimination un élément subjectif spécifique. En l'état en effet toute forme de dissimulation est incriminée et ce indépendamment de l'intention de l'auteur, ce qui est pour le moins curieux dans un système pénal fondé sur la faute. Il y aurait ainsi lieu d'inclure un élément subjectif spécifique et de prévoir par exemple que l'infraction est réalisée lorsque l'auteur agit « dans le dessein de porter sérieusement atteinte à la sécurité et à l'ordre public ». L'exigence d'une atteinte "sérieuse", nous paraît constituer un motif de précaution supplémentaire contre une application étendue de la norme. Ainsi, le texte légal pourrait être formulé comme suit : « Quiconque, dans le dessein de porter sérieusement atteinte à la sécurité et à l'ordre public, se dissimule le visage dans les lieux publics ou dans les lieux privés ouverts à la collectivité, gratuitement ou contre paiement ».

Dans ce sens toujours, on précise que la condition de ne pas porter atteinte à la sécurité et à l'ordre public est clairement mentionnée dans l'exception de l'al. 2 lettre g.

C. Exceptions à l'interdiction de se dissimuler le visage

S'agissant enfin des exceptions à l'interdiction de se dissimuler le visage, nous sommes d'avis qu'une telle liste d'exceptions aussi précise et – semble-t-il – exhaustive ne pourrait être envisagée qu'à la condition que l'incrimination elle-même soit précisément décrite, ce qui n'est pas le cas en l'état.

Ainsi, et si l'incrimination devait conserver sa formulation vague actuelle, il y aurait lieu de prévoir une liste d'exceptions qui ne soit pas exhaustive et qui réserve l'exercice des libertés fondamentales pour autant que l'auteur ne porte pas atteinte à la sécurité et à l'ordre publics.

Dans l'hypothèse où la liste d'exceptions devait être maintenue dans sa version précise et exhaustive, nous sommes d'avis que celle-ci doit être complétée et précisée à plusieurs égards.

D'abord, les lettres b de l'al. 2 devraient être précisée en ce sens que la préservation de la « santé » et de la « sécurité » ne vise pas que celle de l'auteur, mais aussi celle des tiers (pandémies).

Ensuite, la lettre e de l'al. 2 devrait être complétée de sorte à réserver les loisirs (snorkeling avec masque et tuba), et pourquoi pas aussi la culture, la satire et l'humour dont on peut concevoir qu'ils interviennent également en dehors de « spectacles » au sens strict.

Toujours concernant la lettre e de l'al. 2, nous considérons que la formulation « entretenir des coutumes locales » devrait être modifiée, le terme entretenir devant être remplacé par « prendre part et assister ». Le terme entretenir laisse en effet entendre que, seules des coutumes déjà implantées donneraient lieu à l'impunité par opposition à celles pouvant faire leur apparition en fonction de l'évolution de la société. En effet, si ce texte était entré en vigueur il y a 20 ans, il n'y aurait pas de fête d'halloween et les enfants dépenseraient plus en amendes qu'ils ne recevraient de bonbons ...

Enfin et de manière générale, nous sommes d'avis que toutes les libertés fondamentales devraient pouvoir être incluses dans l'exception de la lettre g de l'al. 2 et non seulement la liberté d'expression, de réunion et d'opinion, pour autant que l'auteur ne porte pas atteinte à la sécurité et à l'ordre public.

Il nous apparaît en effet choquant, ou à tout le moins préoccupant du point de vue de l'Etat de droit, que l'on puisse avoir le droit de se masquer le visage pour faire de la publicité (lettre f), mais non pour protéger sa personnalité ou sa vie privée (exemple du VIP se protégeant de paparazzis ou du prévenu arrivant au tribunal), hypothèses qui, en l'état ne sont pas prévues par le projet.

* * *

Telles sont les réponses de l'Ordre des avocats vaudois dans le cadre de la consultation à laquelle vous l'avez associé.

Le Conseil de l'Ordre, ainsi que la Commission de droit pénal et de procédure pénale qui a examiné le projet, se tiennent à votre entière disposition pour poursuivre ces réflexions.

Vous remerciant de l'attention que vous porterez à ces lignes, je vous prie de croire, Madame la Conseillère juridique, à l'assurance de ma parfaite considération.

Pour le Conseil de l'Ordre :

Nicolas Gillard

