



Eidgenössische Kommission gegen Rassismus
Commission fédérale contre le racisme
Commissione federale contro il razzismo
Cumissiun federala cunter il rassissem



14 juin 2007

Prise de position de la Commission fédérale contre le racisme

concernant le document de travail de l'Office fédéral de la justice, de mai 2007, destiné à l'audition organisée le 23 mai 2007 par le conseiller fédéral Christoph Blocher, chef du DFJP, au sujet de la norme pénale contre le racisme.

La Commission fédérale contre le racisme remercie de l'occasion de s'exprimer qui lui a été donnée lors de l'audition du 23 mai 2007. Elle résume son avis comme suit.

1. Remarques d'ordre général sur l'art. 261^{bis} CP

La CFR est résolument opposée à toute réduction ou tout affaiblissement de l'art. 261^{bis} CP car sa pratique, l'activité de prévention et d'observation que le Conseil fédéral lui a impartie et sa fonction de conseil en faveur des particuliers lui permettent de juger l'impact de l'article en question sur la société.

L'article 261bis CP imprime durablement la lutte contre le racisme dans l'esprit de l'ensemble de la population. Bien des personnes qui ont vécu ou observé tel ou tel incident s'adressent à la CFR ou à des organisations non gouvernementales spécialisées pour demander si cela n'est pas interdit. On peut en déduire que la population est devenue plus attentive au racisme et que cette norme a généralement un effet hautement préventif. Elle est devenue un symbole majeur de la mobilisation de la Suisse contre le racisme.

L'article pénal a été approuvé le 26 septembre 2004 par 54,7 % des suffrages en votation populaire. Il ressort du dernier sondage représentatif effectué en février 2007 que 66 % des personnes interrogées approuvaient la norme pénale contre le racisme¹, ce qui représente une augmentation significative. Dans le débat politique,

¹ gfs.berne: Rapport final sur l'étude „Antijüdische und antiisraelische Einstellungen in der Schweiz, Berne, mars 2007, p. 22 s.



cette large approbation est néanmoins quelque peu occultée par les voix des adversaires de la norme.

Biffer ou réduire considérablement l'art. 261^{bis} CP irait à l'encontre des obligations contractées par la Suisse lorsqu'elle a ratifié la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, notamment celles qui figurent aux articles 2 et 4 de la convention. Dans son document de travail, l'Office fédéral de la justice le mentionne à juste titre.

La CFR est favorable à une extension de l'art. 261^{bis}CP aux alinéas 261^{ter} et 261^{quater}, tels que les a proposés un groupe de travail institué par le DFJP en l'an 2000 pour combattre l'extrémisme de droite (art. 261^{ter}^{bis} punissabilité des symboles, gestes, paroles à caractère raciste ; art. 261^{quater} : punissabilité de l'appartenance à des organisations racistes).

Les membres de la CFR ont appris avec stupeur le revirement de la volonté politique : au lieu de compléter l'art. 261^{bis} CP pour mieux contrer l'extrémisme de droite qui représente, encore et toujours, une menace, on devrait maintenant discuter de sa suppression pure et simple. La suppression de certaines parties importantes de l'article, comme le propose l'Office fédéral de la justice (OFJ) dans son document de travail (variantes), a indubitablement pour objectif de l'affaiblir.

C'est la jurisprudence qui prouve si une disposition légale est appropriée ou non. Pour savoir si la disposition en question doit être révisée, il faudrait étudier de manière approfondie la jurisprudence rendue jusqu'à présent à ce sujet. Or, ce travail a été omis dans le document de l'OFJ.

2. Observations faites par la CFR à propos de la pratique juridique relative à l'art. 261^{bis} CP

La CFR a mis en place, en accord avec l'Office fédéral de la police, les présidents des tribunaux cantonaux et les autorités de poursuite pénale des cantons, un monitoring permanent des arrêts relatifs à l'art. 261^{bis} CP rendus par les tribunaux. Ce recueil de jugements représente une contribution à l'observation des incidents racistes et de la jurisprudence rendue en matière de racisme au niveau étatique, observation que ne cessent de réclamer les organes de surveillance internationaux. Ce recueil se trouve à la disposition de toutes les personnes intéressées sur le site web de la CFR. Pour répondre aux exigences de la protection des données, les arrêts ont été résumés et soigneusement anonymisés.

Ce recueil permet à la Commission de tirer des conclusions qualifiées bien documentées sur la pratique des tribunaux cantonaux. On peut les résumer comme suit :

- a) Cette pratique est prudente en matière de pesée des biens protégés. Pour une insulte qui porte atteinte à la dignité humaine et à caractère raciste, le montant de l'amende infligée oscille entre 60 et 800 francs, le plus souvent, il se situe entre 300 et 500 francs.

Les décisions de classement, de non-entrée en matière et de non-lieu rendues dans la moitié des plaintes reçues ou plus précisément des procédures engagées, éliminent les cas de faux témoignages, d'insultes à caractère non raciste et d'actes commis dans la sphère privée.

La plupart des décisions de classement sont dues au fait que la discrimination raciale est conçue comme un délit poursuivi d'office. Il faut soutenir cet aménagement de la norme contre le racisme. La procédure qui en résulte peut en effet être déclenchée soit sur dénonciation de tiers soit sur initiative propre des autorités de poursuite. Etant donné que les témoins peuvent porter plainte, cela renforce la vigilance de la population et souligne la mobilisation de l'Etat, qui doit entamer une procédure lorsqu'il a connaissance des faits.

- b) S'agissant de la manière dont les autorités abordent la norme pénale, le document de travail se contente de se demander s'il y a eu des réactions exagérées. Mais il peut aussi y avoir un manque de réaction, comme le montre la décision du ministère public soleurois, décision selon laquelle le refus de laisser entrer des personnes dans une discothèque en raison de leur appartenance aux « peuples des Balkans » était licite car elles ne représentaient pas « une ethnie ou un groupe religieux ».
- c) Les considérants des jugements que l'on peut consulter dans la banque de données de la CFR dans leur intégralité ou sous une forme condensée montrent la prudence des décisions rendues par les juges. On peut aussi voir que les décisions accordent un poids particulier à l'examen des droits fondamentaux.
- d) Dans l'ATF 131 IV 23 (2004), le Tribunal fédéral retient qu'une importance particulière doit être attachée à la liberté d'opinion dans le cadre de l'interprétation de l'art. 261^{bis} CP lorsqu'il s'agit de déclarations faites dans le cadre du débat politique. Il dit notamment que dans une démocratie, il est éminemment important que des points de vue qui déplaisent à la majorité et qui paraissent choquants à certains puissent aussi s'exprimer ... Dans ce contexte, la critique doit être permise dans une certaine mesure et même parfois sous une forme excessive. Car dans les débats publics, il n'est souvent pas possible de faire dès le début clairement la distinction entre les critiques mensongères, les critiques semi-mensongères et les critiques justifiées. Si dans le cadre d'une interprétation extensive des dispositions du droit pénal on pose des exigences trop élevées aux déclarations critiques, on court le risque que les critiques justifiées ne soient plus exprimées ... Cet arrêt témoigne lui aussi d'une pesée des biens protégés.
- e) Les jugements du Tribunal fédéral ont apporté des éclaircissements sur des questions litigieuses, notamment la décision de principe 130 IV 111 (2004) à propos de l'élément constitutif « destiné à l'usage public ».
- f) Il existe encore peu de jugements relatifs à l'al. 5 de la norme pénale, Refus d'une prestation destinée à l'usage public, bien que ce genre de cas soit fréquemment évoqué dans l'activité de conseil de la CFR et des organisations non gouvernementales, par exemple le refus d'accès à des discothèques et à des bars, et qu'il représente un important fait constitutif du délit en tant qu'exclusion de l'espace public. Considérant que l'exclusion pour motifs racistes est digne d'être punie, la CFR mène, en collaboration avec des ONG spécialisées, un travail de sensibilisation avec la participation des services concernés comme elle l'a fait lors d'un congrès qui a eu lieu en juin 2007. Ainsi qu'elle l'a exposé dans le numéro 18 de son bulletin TANGRAM intitulé « Espace public », le droit à la non discrimination au niveau de l'accès à l'espace public est un bien juridique précieux qui doit être accordé à tous, raison pour laquelle il faut punir tout déni de ce droit pour motifs d'ordre raciste. Selon la CFR, le partage de l'espace public en zones auxquelles certains privilégiés peuvent avoir accès et dont l'accès est interdit à d'autres personnes en raison de certaines caractéristiques mène en fin de compte à une société d'apartheid.

3. Restriction de la liberté d'expression (chiffre 5 du document de travail)

La CFR ne peut suivre l'argumentation du chapitre 5 du document de travail, selon laquelle le risque existerait que l'article pénal ne rende punissables que les fausses déclarations (p. 7). Il ressort de l'examen minutieux des plaintes déposées que dans presque la moitié des cas, l'autorité qui mène l'instruction décide le classement, la non-entrée en matière ou l'arrêt de la procédure. Les juges ne s'occupent donc pas de fausses déclarations.

L'ATF 130 IV 111 2004, mentionné plus haut, précise bien que la liberté d'expression est garantie dans la sphère privée.

La CFR se rallie aux jugements de la Cour européenne des droits de l'homme qui disent qu'aux termes de l'article 17 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination, le fait de se référer aux garanties inscrites dans la Convention pour légitimer des déclarations méprisantes constitue un abus de droit.

Le document de travail de l'OFJ parvient lui-même au chiffre 5 à la conclusion suivante : « ... l'article 261bis CP, dans le cas d'une interprétation conforme aux droits fondamentaux, représente effectivement une restriction de la liberté d'expression, mais ne doit pas pour autant être considéré comme une violation de ce droit fondamental ». L'OFJ répond donc lui aussi à la question posée dans le titre par la négative.

Cette conclusion revêt une importance particulière car dans le débat politique, la restriction de la liberté d'expression (dans le jargon politique, l'article pénal contre la discrimination raciale est souvent appelé « loi muselière ») est régulièrement avancée comme argument contre la norme pénale contre le racisme.

4. Modification de l'art. 261^{bis} CP, variantes présentées

► Variante 1: Abrogation pure et simple de l'art. 261^{bis} CP

La CFR est favorable au maintien et à une extension éventuelle de la norme pénale contre le racisme. Elle ne peut adhérer à l'argumentation du document de travail (p. 12) qui dit que les décisions judiciaires relatives à cette norme ne seraient pas prévisibles ni comparables. L'objectif du recueil de jugements que la CFR a constitué est précisément de créer une base de comparaison et, au moyen d'un monitoring, de continuer à encourager la jurisprudence constante. S'agissant des fausses déclarations, voir plus haut.

► Variante 2: Suppression de l'alinéa 4, 2^e moitié de phrase

A ce jour, la CFR a connaissance de 22 condamnations. L'amende la plus élevée, de 25 000 francs, a été infligée pour négation (sans aucun discernement) du génocide et confirmée par toutes les instances². La plus forte peine de prison, de cinq mois fermes, a également été prononcée pour négation de génocide (non accompagnée de délits contre la vie et l'intégrité corporelle)³.

La CFR considère cet élément constitutif de l'infraction comme un élément central qui permet de lutter contre la discrimination raciale et qui protège la dignité humaine de la personne concernée tout en ayant un effet préventif et en préservant la paix publique. Si quelqu'un nie, minimise grossièrement ou justifie un génocide ou un crime contre l'humanité ou s'il le fait pour des motifs racistes, il faut le poursuivre pénalement. C'est une variante de l'interdiction de diffamation (et non pas un problème de discrimination, comme cela est dit dans le document de travail) et cela ne restreint en aucune manière la liberté d'expression garantie par la Constitution ou la vérité historique.

► Variante 3: Suppression de l'alinéa 4, 2^e moitié de la phrase et de l'alinéa 5

Il y a eu jusqu'ici quatre jugements à propos de l'al. 5 de l'article 261^{bis} CPB⁴. Supprimer la moitié de phrase concernant le refus de prestation équivaldrait, selon la CFR, à éliminer un élément fondamental de la loi contre le racisme. La punissabilité s'applique à

² Banque de données de la CFR, arrêt 2000-57s.

³ Banque de données de la CFR, arrêt 2004-30, en cours de traitement.

⁴ Trois arrêts intégrés dans la banque de données de la CFR, l'un, datant de 2006, n'a pas encore été saisi.

l'exclusion de personnes de l'espace public pour motifs racistes, c'est-à-dire de lieux publics, de restaurants, des transports en commun. A l'époque de l'apartheid, c'est ce que l'on faisait systématiquement. Biffer l'al. 5 de l'art. 261^{bis} CP reviendrait à dire qu'en fin de compte, la ségrégation raciale dans l'espace public ne serait pas punissable. Il appartient à tout Etat de droit social de veiller à ce que les entreprises du secteur privé respectent certaines règles de la société. Cet élément constitutif de l'infraction encourage donc les gens à agir de manière non discriminatoire. Les entreprises restent libres d'introduire elles-mêmes des mesures d'autorégulation.

► **Variante 4a: Limitation de l'alinéa 4, 2^e moitié de phrase de l'article 261^{bis} CP à la négation, la minimisation et à la justification de l'Holocauste**

A ce jour, 20 jugements concernant la négation de l'Holocauste et deux concernant la négation d'un autre génocide ont été prononcés. La CFR estime que la proposition présentée dans cette variante ne concrétise pas l'élément constitutif de l'infraction mais limite unilatéralement et de manière difficilement justifiable la punissabilité. Selon la CFR, il est politiquement (la norme pénale contre le racisme en tant « qu'article pénal juif ») et juridiquement très délicat de faire une distinction entre la négation de l'Holocauste et celle d'autres génocides en rendant l'une punissable et l'autre pas. On établit de la sorte une catégorisation des crimes et des victimes. La dignité humaine des victimes de génocides non reconnus serait ainsi doublement atteinte, par la négation du génocide et par la non-reconnaissance de l'égalité des souffrances causées par un génocide. Par ailleurs, cette proposition ne semble pas non plus réalisable, compte tenu de l'obligation d'égalité de traitement inscrite dans la Constitution. (art. 8, al. 1 Cst.)

► **Variante 4c: Limitation de l'alinéa 4, 2^e moitié de phrase de l'art. 261^{bis} CP aux génocides et crimes de guerre reconnus par les tribunaux internationaux**

La CFR peut accepter la proposition 4c. Elle part de l'idée selon laquelle il est en effet possible que les juges soient confrontés à une insécurité juridique lorsqu'ils doivent juger la négation d'un génocide dont on ne peut vérifier ou prouver la notoriété ou le degré de connaissance générale en Suisse.

Cela dit, la CFR privilégierait une solution où seuls les tribunaux internationaux compétents en la matière pourraient statuer sur la reconnaissance des génocides et crimes contre l'humanité et non pas une commission d'historiens comme le préconise la variante 4^e. C'est pourquoi elle se prononce pour la variante 4c.

► **Variante 5: Suppression du passage « pour la même raison »**

La CFR est favorable au maintien de ce passage car il clarifie et renforce le motif subjectif du délit.

COMMISSION FÉDÉRALE CONTRE LE RACISME

Le président :

Prof. Georg Kreis

copie: Conseiller fédéral Pascal Couchepin, Chef du DFI