



La norme pénale contre le racisme dans la pratique judiciaire. Analyse de la jurisprudence relative à l'art. 261^{bis} CP de 1995 à 2019

Vera Leimgruber – janvier 2021

Aux lecteurs pressés

Norme pénale contre la discrimination raciale, l'art. 261^{bis} du code pénal (CP) s'est imposé dans notre société. Son extension récente à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, clairement acceptée en votation populaire, montre que la population le considère comme important et nécessaire dans la lutte contre le racisme et la discrimination. Dans la jurisprudence de ces 25 dernières années, la norme pénale n'a engendré ni problèmes d'application ni insécurité juridique fondamentale. La jurisprudence a connu des changements et des évolutions dans certains domaines abordés dans la présente analyse. Les principales conclusions de ce rapport peuvent se résumer comme suit :

La jurisprudence montre une certaine adaptabilité en ce qui concerne les propos racistes publiés sur Internet et dans les médias sociaux.

Le transfert des actes racistes de l'espace physique à l'espace virtuel pose depuis quelque temps de nouveaux défis aux autorités judiciaires. Par exemple, les expressions racistes comme les « discours de haine » sont devenues significativement plus fréquentes sur Internet, qui offre un espace pour les déclarations discriminatoires et de nombreuses possibilités de rester anonyme. L'analyse montre néanmoins que la jurisprudence sait s'adapter, en dépit de la vitesse à laquelle la technologie évolue. La plupart des plateformes en ligne et des sites web sont unanimement reconnus comme des espaces publics au sens de l'art. 261^{bis} CP. C'est aussi le cas des groupes privés sur Facebook ou WhatsApp dont les membres n'ont pas de relations personnelles étroites. Les questions qui restent à clarifier sont la portée de la responsabilité des fournisseurs d'accès à Internet, la manière de traiter les messages supprimés ou les « j'aime » apposés à certains messages, ainsi que les possibilités de poursuivre les contributions rédigées à l'étranger mais accessibles depuis la Suisse.

La liberté d'expression n'inclut pas le droit de proférer des remarques racistes.

Les opposants à la norme pénale contre la discrimination raciale affirment régulièrement que cette norme restreint outre mesure la liberté d'expression. La présente analyse montre que tel n'est pas le cas. D'une part, le droit à la liberté d'expression n'est pas illimité et n'autorise nullement à tenir des propos racistes qui portent atteinte à la dignité humaine. D'autre part, la jurisprudence tient aussi compte de la liberté d'expression en tant que principe inhérent à la démocratie. Ces dernières années, la jurisprudence a eu tendance à évoluer davantage en faveur de la liberté d'expression, notamment dans les affaires s'inscrivant dans le contexte du débat politique ou scientifique. Cela se reflète aussi, par exemple, dans la retenue accrue du Tribunal fédéral dans les causes concernant la négation, la justification ou la minimisation de génocides. Ainsi, depuis l'arrêt prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Perinçek, le Tribunal fédéral plaide de plus en plus en faveur de la liberté d'expression lorsqu'il est question d'autres génocides que l'Holocauste. Mais le traitement différent qu'il réserve à des génocides pourtant reconnus par le Conseil fédéral et la majorité de la communauté internationale soulève des questions.

Les symboles ne sont punissables que s'ils servent à promouvoir une idéologie raciste.

La jurisprudence montre qu'il n'est pas toujours facile de tracer la ligne entre la propagation, punissable, d'une idéologie raciste et l'adhésion, non punissable, à cette même idéologie. Le simple fait de porter un symbole raciste ou de faire un geste raciste n'est pas punissable. Pour que les éléments constitutifs de l'infraction à l'art. 261^{bis} CP soient réalisés, il faut que le symbole ou le geste vise à propager une idéologie raciste. Une interdiction totale de tout symbole raciste pourrait sembler judicieuse à première vue, mais elle ne serait pas sans difficultés, ne serait-ce que pour définir quels symboles devraient être interdits. Sur ce point, il y a lieu d'observer l'évolution de la législation.

Lien vers l'analyse : www.ekr.admin.ch/Publications/Études