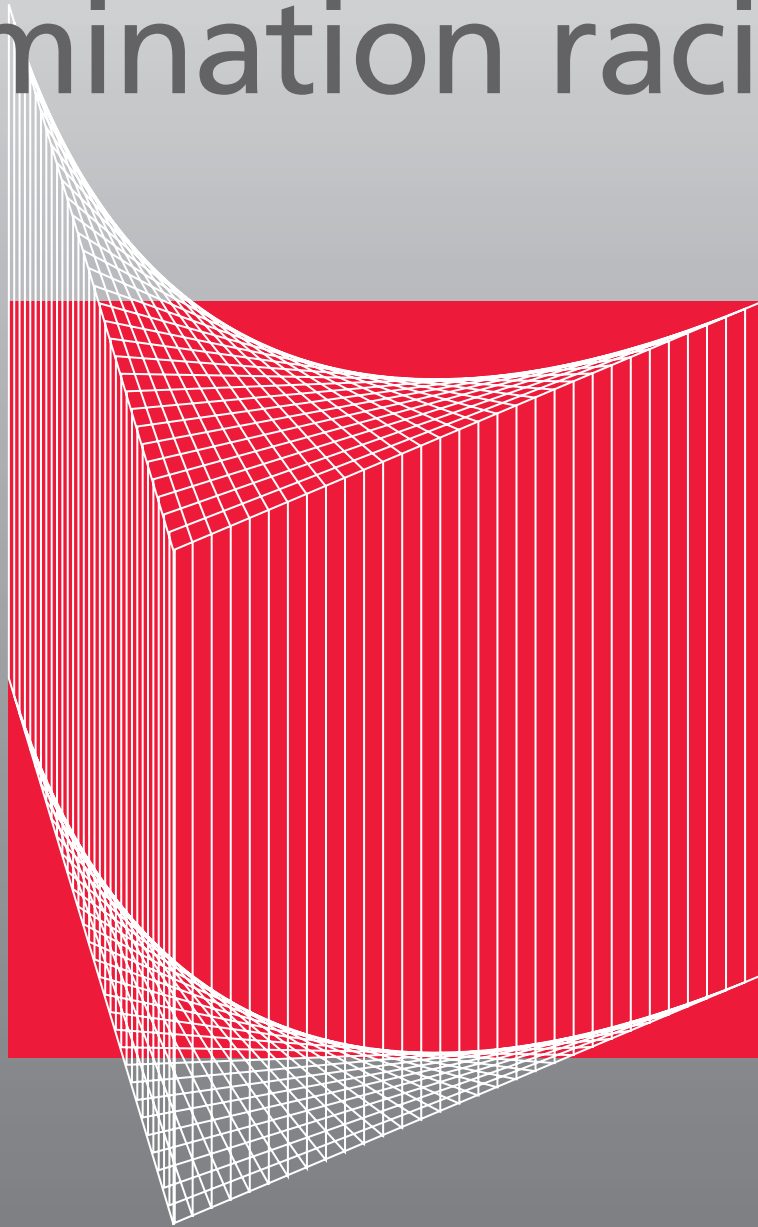


L'application de la norme pénale contre la discrimination raciale



Une analyse des arrêts relatifs à l'article 261^{bis} CP (de 1995 à 2004)

Fabienne Zanol
avec la collaboration de Gabriella Tau et de Sabine Kreienbühl

Etude mandatée par la Commission fédérale contre le racisme (CFR)

Berne 2007

ek
cf

*Les arrêts et les jugements analysés dans la présente étude figurent dans le **recueil de jugements** de la Commission fédérale contre le racisme (CFR) et peuvent être consultés sur Internet, sous www.ekr-cfr.ch.*

L'application de la norme pénale contre la discrimination raciale

Une analyse des jugements relatifs à l'art. 261^{bis} CP (de 1995 à 2004)

Fabienne Zannol

avec la collaboration de Gabriella Tau et Sabine Kreienbühl

Etude mandatée par la Commission fédérale contre le racisme (CFR)

Berne 2007

L'application de la norme pénale contre la discrimination raciale

Une analyse des jugements relatifs à l'art. 261^{bis} CP (de 1995 à 2004)

Fabienne Zanol

avec la collaboration de Gabriella Tau et Sabine Kreienbühl

Etude mandatée par la Commission fédérale contre le racisme (CFR)

© EKR/CFR 2007

Editeur Commission fédérale contre le racisme (CFR)

Rédaction Gioia Weber, Emmanuelle Houlmann

Conception graphique Monica Kummer

Traduction Service linguistique français SG DFI
Servizio linguistico italiano SG DFI

Téléchargement: <http://www.ekr-cfr.ch/ekr/dokumentation>
Pour commander un exemplaire imprimé:
Secrétariat de la CFR, SG DFI
3003 Berne
ekr-cfr@gs-edi.admin.ch

Table des matières

Avant-propos	7
1 Introduction	8
Vue d'ensemble statistique	8
2 Bien juridique protégé	13
3 L'art. 261bis CP contrevient-il à la liberté d'expression?	14
4 Objet protégé par l'art. 261bis CP	15
4.1 «Race»	15
4.2 Ethnie	15
4.3 Religion	16
4.4 Etrangers et demandeurs d'asile	17
4.5 Sous-groupes	18
4.6 Groupes non protégés	18
5 Caractère public	21
6 Les différents éléments constitutifs de l'infraction	22
6.1 Incitation à la haine et à la discrimination (al. 1)	22
6.2 Propagation d'idéologies (al. 2)	23
6.3 Organisation, encouragement ou participation à des actions de propagande (al. 3)	25
6.4 Abaissement ou discrimination d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine (al. 4, 1ère moitié)	26
6.5 Négation ou minimisation de génocide ou autres crimes contre l'humanité (al. 4, 2 ^e moitié)	28
6.6 Refus de prestation (al. 5)	29
7 Élément subjectif constitutif de l'infraction	31
8 Participation à la procédure et légitimation au recours	32
9 Digression: l'applicabilité de l'art. 27 CP (punissabilité des médias) à l'art. 261bis CP	34
10 Conclusions	37
Bibliographie	39

Art. 261^{bis} CP¹

Discrimination raciale

Al. 1) Celui qui, publiquement, aura incité à la haine ou à la discrimination envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse,

Al. 2) celui qui, publiquement, aura propagé une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion,

Al. 3) celui qui, dans le même dessein, aura organisé ou encouragé des actions de propagande ou y aura pris part,

Al. 4 1^{ère} moitié) celui qui aura publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion

Al. 4 2^e moitié) ou qui, pour la même raison, niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité,

Al. 5) celui qui aura refusé à une personne ou à un groupe de personnes, en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse, une prestation destinée à l'usage public,

sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

¹ Introduit par l'art. 1 de la LF du 18 juin 1993, en vigueur depuis le 1er janvier 1995 (RO **1994** 2887 2888; FF **1992** III 269).

Avant-propos

L'idée que la discrimination raciale est punissable a gagné du terrain. Si 55 % des électeurs étaient favorables à l'introduction de la norme pénale contre la discrimination raciale lors de la votation populaire du 25 septembre 1994, cinq ans plus tard 69% des personnes interrogées à l'occasion d'une enquête de la *Société suisse de recherches sociales pratiques GfS* étaient favorables à l'art. 261^{bis} CP. Paradoxalement, ce ne sont pas seulement les partisans du principe qui contribuent à faire accepter cette norme, mais aussi ses adversaires et leurs exagérations lorsqu'ils prétendent que cette loi est intolérable et qu'elle «musèle» la liberté d'expression. La pratique des tribunaux détermine souvent dans une large mesure la portée effective d'une norme. Et c'est précisément dans les premiers temps de cette pratique qu'il importe que les citoyennes et les citoyens, les autorités mais aussi les médias et les acteurs politiques sachent comment les tribunaux ont jugé les faits dénoncés et ayant fait l'objet d'une instruction.

Instituée par le Conseil fédéral en 1995, en même temps que la norme pénale, la Commission fédérale contre le racisme (CFR) a reçu pour mandat de thématiser et d'analyser la problématique du racisme. Cette mission implique de fournir au public un aperçu aisément compréhensible de la jurisprudence en matière de discrimination raciale. Le relevé des 277 décisions et jugements prononcés au cours des dix premières années s'est révélé très compliqué et représente l'un des projets les plus importants que la Commission ait jamais développé. Il fallait non seulement réunir les jugements rendus dans tous les cantons par toutes les instances, mais aussi garantir la protection de la personnalité et résumer des faits complexes dans un langage juridique accessible aux non initiés. De plus, on a associé à tous les arrêts et jugements des mots-clés pour tenir compte des intérêts des différents utilisateurs de ce recueil, qu'ils soient d'ordre juridique, politique ou sociologique. Mis à la disposition de la CFR par l'Office fédéral de la police avec l'accord des cantons, les arrêts rendus entre 1995 et 2004 ont été rassemblés dans une banque de données désormais disponible. Elle sera complétée au fur et à mesure.

Dans la présente étude, Fabienne Zannol commente et analyse, avec la collaboration de Gabriella Tau et Sabine Kreienbühl, l'application de l'art. 261^{bis} CP par les différentes instances juridiques. Ce travail existe en allemand, français et italien. La CFR est persuadée que les spécialistes et le public intéressés disposeront là d'un précieux instrument. Elle souhaite adresser aux deux rédactrices ainsi qu'aux collaboratrices et collaborateurs de la banque de données ses plus vifs remerciements pour le travail qu'ils ont effectué.

Prof. Georg Kreis, président de la CFR

1 Introduction

La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale conclue le 21 décembre 1965² (ICERD) oblige les États parties à poursuivre par tous les moyens appropriés une politique tendant à éliminer toutes les formes de discrimination raciale et notamment à punir tous les actes contestant l'égalité en droit de toutes les «races», ethnies et religions.³

La norme pénale contre la discrimination raciale, c'est-à-dire l'art. 261^{bis} CP, a été adoptée en votation populaire le 25 septembre 1994, par 54,7 % des voix, après quoi la Suisse a adhéré à la Convention internationale le 29 décembre 1994. L'art. 261^{bis} CP est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995.

La Commission fédérale contre le racisme (CRF) a été créée par arrêté fédéral le 23 août 1995. Elle a notamment pour mandat d'analyser la discrimination raciale dans les optiques scientifique et ethnique. Pour ce faire, elle archive et analyse la jurisprudence relative à l'art. 261^{bis} CP.

D'entente avec les cours suprêmes des cantons, l'Office fédéral de la police (fedpol) transmet à la CFR tous les arrêts et les jugements entrés en force sous une forme anonymisée, pour lui permettre de documenter la pratique judiciaire relative à l'art. 261^{bis} CP. La CFR rédige des résumés strictement anonymes à partir de ces arrêts et de ces jugements, elle les accompagne de mots clés et les rend accessibles à un large public via sa banque de données sur Internet.⁴ La présente analyse repose sur les arrêts et les jugements rendus entre 1995 et 2004 qui ont été transmis à la CRF et étudie le matériau réuni dans la banque de données de la CRF.

Vue d'ensemble statistique

La CFR a connaissance de 277 *plaintes (cas)* déposées auprès des autorités compétentes entre 1995 et 2004.

Les autorités chargées de l'instruction n'ont pas ouvert de procédure pénale ou ont prononcé un non-lieu après un examen sommaire des faits dans près de la moitié des cas, ou ne sont même pas entrées en matière (voir tableau 1a).

² RS 0.104; RO 1995 1164; FF 1992 265.

³ Art. 2, let. a Convention.

⁴ La banque de données se trouve sur le site Web de la CFR: www.ekr-cfr.ch.

Tableau 1a: cas jugés

Cas jugés	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	Total	%
Liquidés sans ouverture de procédure pénale (ordonnance de non-lieu, non-entrée en matière, etc.)	3	10	7	18	17	20	14	13	16	18	136	49.1
Jugements entrés en force	1	5	14	16	20	20	19	15	12	18	141	50.9
Total	4	15	21	34	37	40	33	28	28	36	277	100

Dans l'autre moitié des cas, les plaintes ont été examinées au plan du droit matériel et un jugement a été rendu (voir tableau 1b). Dans 27 cas (environ 19%), les autorités ont lavé l'inculpé de l'accusation de discrimination raciale tandis que dans 114 cas (81% environ), elles l'ont déclaré coupable.

Tableau 1b: jugements entrés en force

Jugements entrés en force	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	Total	%
Acquittements	0	1	3	4	3	2	3	5	2	4	27	19.2
Verdicts de culpabilité (condamnations / décisions de condamnation)	1	4	11	12	17	18	16	10	10	15	114	80.8
Total	1	5	14	16	20	20	19	14	12	19	141	100

Les décisions et les jugements ont été prononcés par les autorités de poursuite ou les tribunaux de différentes instances; certains cas ont été portés devant des instances judiciaires supérieures. Fin 2004, 77 décisions et jugements pris par des instances de recours⁵ à différents niveaux étaient connus de la CFR. 27 d'entre eux ont été prononcés par le Tribunal fédéral.⁶ Par ailleurs, la CFR a connaissance de 6 cas jugés selon d'autres procédures (c.-à-d. en vertu d'autres dispositions que l'art. 261 bis CP), mais ayant un rapport étroit avec le racisme ou la discrimination raciale.

Le *groupe des auteurs d'extrême droite* (néonazis et skinheads) représente 13 % (voir tableau 2). Les acteurs du secteur des services, en tant qu'auteurs présumés, représentent près de 10 %. On ne constate par ailleurs pas d'autre tendance générale concernant un autre groupe.

⁵ Une instance de recours a le pouvoir de réexaminer l'arrêt d'une instance inférieure.

⁶ Il s'agit aussi bien de pourvois en nullité que de recours de droit public.

Tableau 2: groupes d'auteurs

Groupes d'auteurs	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	Total	%
Employés du service public	1	3	1	1	0	1	0	2	1	1	11	3.9
Acteurs politiques	0	2	0	1	1	1	1	0	2	2	10	3.5
Médias / Editeurs	1	2	4	5	4	2	1	0	0	0	19	6.6
Acteurs collectifs	0	0	3	0	0	2	2	0	4	4	15	5.2
Acteurs du secteur des services	0	0	2	4	8	3	3	1	2	3	26	9.1
Particuliers	1	8	9	13	13	16	9	9	9	17	104	36.4
Extrême droite	0	0	4	5	4	3	7	2	4	7	36	12.6
Jeunes	1	0	1	1	1	1	5	1	3	1	15	5.2
Auteurs inconnus	0	0	2	1	3	2	0	2	0	1	11	3.9
Aucun indice concernant les auteurs	0	4	0	4	4	4	7	4	7	5	39	13.6
Total	4	19	26	35	38	35	35	21	32	41	286	100

Il ressort de la vue d'ensemble *des groupes de victimes* (tableau 3) que dans 26 % des décisions, ce sont surtout des membres de la communauté juive qui ont été victimes d'actes de discrimination: Ils représentent le groupe le plus fréquemment concerné. Ce grand nombre d'agressions sur des personnes de religion juive ne peut être uniquement imputé aux activités de quelques révisionnistes particulièrement «virulents», mais reflète aussi la multiplication des agressions au quotidien.

Autres groupes de personnes souvent concernés: les étrangers (20 %), les personnes à la peau foncée (plus de 14 %), et les demandeurs d'asile (presque 5 %). Les décisions se rapportant à des agressions contre des Musulmans ou des personnes venant de pays où l'on parle l'arabe sont faiblement représentées, à raison de 3 % environ. On ne peut pas encore déceler de tendance à la hausse suite aux événements du 11 septembre 2001.

Il faut toutefois relativiser ces chiffres dans la mesure où seules les agressions relevant de la discrimination raciale qui ont conduit à une plainte pénale sont recensées. Par ailleurs, dans 26 % des décisions des tribunaux, aucune indication concernant les victimes n'a été fournie.

Tableau 3: groupes de victimes

Groupes de victimes	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	Total	%
Juifs	0	5	17	14	11	7	5	2	7	9	77	25.9
Musulmans	0	0	0	1	0	1	2	2	2	1	9	3.1
Membres d'autres communautés religieuses	1	0	0	0	0	0	1	0	0	0	2	0.7
Noirs / personnes à la peau foncée	0	0	2	10	8	8	2	1	4	8	43	14.5
Gens du voyage / tsiganes	0	1	0	0	1	2	0	0	1	0	5	1.7
Etrangers / différentes ethnies	2	8	2	6	11	4	7	7	5	7	59	19.8
Demandeurs d'asile	0	0	2	1	5	4	0	0	1	1	14	4.7
Suisses / Blancs	0	0	0	1	1	2	0	0	1	0	5	1.7
Autres groupes de personnes	0	0	0	0	0	1	1	0	1	3	6	2.0
Aucune indication sur le groupe de victimes	1	4	3	5	9	9	16	9	8	13	77	25.9
Total	4	18	26	38	46	38	34	21	30	42	297	100

La vue d'ensemble *des moyens d'infraction* (tableau 4) révèle clairement que les agressions à motif raciste consistent essentiellement en des insultes verbales (environ 26 %) ou écrites (environ 30 %)⁷, suivies de la diffusion de matériel raciste (environ 10 %). Seulement 3 % des décisions judiciaires concernent des voies de fait, des gestes ou le refus de prestations au sens de l'art. 261^{bis}, al. 5 CP.⁸

Depuis 1999, on observe aussi des agressions racistes commises au moyen des médias électroniques, qui font entre-temps l'objet de plus de 7 % des décisions des tribunaux. On peut présumer que ce pourcentage augmentera au cours des prochaines années, compte tenu de l'importance croissante d'Internet.

⁷ Voir chap. 6.4.

⁸ Voir chap. 6.6.

Tableau 4: moyens d'infraction

Moyens d'infraction	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	Total	%
Parole	0	5	4	18	11	14	6	6	7	17	88	26.4
Écrit	3	6	13	10	12	12	10	7	14	11	98	29.5
Communication électronique	0	0	0	0	2	3	2	6	8	3	24	7.2
Son / image	0	2	1	0	0	0	4	0	1	3	11	3.3
Voies de fait	0	1	0	2	0	3	0	1	0	3	10	3.0
Gestes	0	0	1	3	1	0	1	1	2	2	11	3.3
Refus de prestations	0	0	0	1	4	1	1	0	1	3	11	3.3
Diffusion de matériel raciste	0	1	7	5	6	5	3	0	2	1	30	9,0
Autres moyens	2	0	0	1	1	0	2	2	2	1	11	3.3
Pas d'indication au sujet des moyens d'infraction	0	4	1	2	7	4	6	7	4	4	39	11.7
Total	5	19	27	42	44	42	35	30	41	41	285	100

2 Bien juridique protégé

Tandis que le Conseil fédéral considérait, dans son message de 1992, que le premier bien juridique protégé par l'art. 261^{bis} CP était la *paix publique* et voyait dans la *dignité humaine* de l'individu le point d'ancrage⁹, le Tribunal fédéral a retenu, dans la première décision¹⁰ qu'il a rendue sur l'art. 261^{bis} CP, que si les deux biens juridiques étaient protégés, la dignité humaine l'était au premier chef. Selon cet arrêt, la paix publique n'était protégée qu'indirectement par l'art. 261^{bis} CP, en conséquence de la protection de tout individu pris comme membre d'un groupe ethnique ou religieux. Par la suite, le Tribunal fédéral s'est toujours référé à cette pratique¹¹, mais il a examiné en premier lieu, dans chaque cas, la menace potentielle pesant sur la paix publique en raison de l'acte incriminé.¹²

Dans un arrêt ultérieur, le Tribunal fédéral s'est toutefois écarté de l'opinion généralement acceptée dans la doctrine et la jurisprudence, selon laquelle l'art. 261^{bis} CP protégeait en premier lieu la dignité humaine et seulement indirectement la paix publique¹³: le bien juridique qu'est la dignité humaine ne serait établi que par rapport à l'art. 261^{bis}, al. 1 CP («incitation à la haine ou à la discrimination») et à l'art. 261^{bis}, 1^{ère} moitié de l'al. 4 CP («abaissement de la dignité humaine»), l'élément constitutif de l'infraction visée par la 2^e moitié de ce même alinéa («négation ou minimisation d'un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité») représentant un délit contre la paix publique. Seule celle-ci serait protégée directement, tandis que le bien juridique individuel (dignité humaine) ne le serait qu'indirectement.

Cette définition du bien juridique protégé par l'art. 261^{bis}, 2^e moitié de l'al. 4 CP est lourde de conséquences pour la pratique.¹⁴

A fin 2004, le Tribunal fédéral ne s'était toujours pas exprimé sur le bien juridique protégé en priorité par l'al. 2 («propagation d'idéologies»), l'al. 3 («organisation, encouragement ou participation à des actions de propagande») et l'al. 5 («refus de prestation»).

⁹ Message de 1992, chiffre 632.

¹⁰ Voir arrêt 1997-26, banque de données de la CFR; voir aussi ATF 123 IV 202.

¹¹ Voir arrêts 1998-13 (ATF 124 IV 121 consid. 2c, p. 125) et 1999-39 (ATF 126 IV 20 consid. 1c, p. 24), banque de données de la CFR.

¹² Voir p. ex. arrêt 1998-13 (ATF 124 IV 121 consid. 2c, S. 125 f.), banque de données de la CFR: «L'infraction prévue par l'art. 261^{bis} CP, qui est conçu en premier lieu pour protéger la dignité humaine, est classée parmi les infractions contre la paix publique (ATF 123 IV 202 consid. 2 p. 206), de sorte que l'on peut admettre que la propagation de tels messages comporte un risque pour l'ordre public. Il est évident que ce risque n'a pas disparu, puisque le recourant pourrait remettre ces objets à des tiers, les prêter ou même se les faire voler. L'existence de ces objets, qui sont, par leur nature, destinés à être diffusés, est propre à perpétuer les effets de l'infraction et laisse subsister le risque pour l'ordre public.»

¹³ Voir arrêt 2002-26 (ATF 129 IV 95), banque de données de la CFR.

¹⁴ Voir chap. 6.5.

3 L'art. 261bis CP contrevient-il à la liberté d'expression?

En faisant des déclarations racistes et discriminatoires un délit punissable, l'art. 261^{bis} CP contrevient-il à la liberté d'expression, un des droits de l'homme et un des droits fondamentaux (art. 16, al. 2 Cst.¹⁵ et art. 10, al. 1 de la CEDH¹⁶)? Comment procéder à une pesée des intérêts entre la liberté d'expression et le droit des individus à être protégés de toute atteinte à la dignité humaine commise au moyen de déclarations racistes? Existe-t-il là un conflit entre des droits fondamentaux?

Le Tribunal fédéral s'est exprimé comme suit: «La liberté d'expression n'est pas absolue; elle peut être soumise à des restrictions légales au sens de l'art. 10, al. 2 CEDH, lorsque ces mesures sont nécessaires au maintien de l'ordre dans une société démocratique. L'art. 261^{bis} CP constitue, comme d'autres dispositions du code pénal suisse, une restriction légale de la liberté d'expression telle qu'elle est en principe garantie par la CEDH. Il incombe au juge d'interpréter cette disposition de manière conforme à la Constitution [remarque du rédacteur: selon l'art. 16, al. 2 Cst.].»¹⁷

Dans son commentaire de l'art. 261^{bis} CP, Niggli utilise d'autres arguments, mais arrive à la même conclusion: on ne peut pas, à son avis, invoquer la protection de ses droits fondamentaux quand on fait une déclaration qui porte atteinte à la dignité humaine. Car il n'existe pas de droit humain permettant de porter atteinte aux droits humains: celui qui dénie à autrui ses droits fondamentaux ne peut en appeler à la protection de ses droits fondamentaux. Selon Niggli, tel est le cas quand on part de l'hypothèse que la dignité humaine est le bien juridique protégé en priorité par l'art. 261^{bis} CP et qu'on établit dans le même temps qu'elle ne peut être mise en balance avec d'autres droits fondamentaux. Il en est ainsi parce que la dignité humaine ne se situe pas au même niveau que les droits de l'homme, mais en est plutôt la condition et le fondement.¹⁸

En résumé, il découle des deux avis exposés ici que la punissabilité en vertu de l'art. 261^{bis} ne contrevient pas à la liberté d'expression et que, par voie de conséquence, il n'est pas possible de protéger des déclarations racistes en invoquant ce droit fondamental.

¹⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse, RS 101.

¹⁶ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

¹⁷ Voir arrêt 2002-10, banque de données de la CFR; voir aussi le jugement du Tribunal fédéral, Cour de cassation, 18 mars 2002, 6S.614/2001, E. 2 c/bb.

¹⁸ Niggli, Kommentar, N 573 ff., 581; Schleiminger, Basler Kommentar N 26; la même idée quant au fond se retrouve à l'art. 17 ICERD.

4 Objet protégé par l'art. 261bis CP

Aux termes de l'art. 261bis CP, celui qui discrimine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance «raciale», ethnique ou religieuse se rend punissable. Le cercle des personnes protégées est identique pour tous les éléments constitutifs de l'infraction. Ni la législation suisse ni la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ICERD)¹⁹ ne fournissent en revanche de définition des différents objets protégés. Celle-ci devrait donc s'inspirer de la littérature et de la jurisprudence du droit international concernant l'art. 1 de l'ICERD, car la Suisse courrait sinon le risque de porter atteinte aux engagements qu'elle a souscrits en adhérant à la Convention.²⁰

4.1 «Race»

La «race» est une notion sociologique et historique. Biologiquement parlant, il n'existe pas de race chez les êtres humains. La «race» protégée, au sens de l'art. 261^{bis} CP, est un groupe de personnes qui se considèrent elles-mêmes comme un groupe ou sont considérées par les personnes extérieures comme un groupe (homogène) auquel certaines caractéristiques héréditaires sont (faussement) attribuées.²¹

Le Tribunal fédéral a constaté dans une décision que l'objet protégé «race» se caractérise notamment par la couleur de la peau et que les personnes de couleur appartiennent indéniablement à une «race» au sens de cette définition.²² Par analogie, traiter des personnes à la peau claire de «sales blancs» peut également être qualifié d'attaque contre la «race» blanche.²³ A côté des Noirs et des Blancs, seul le groupe des Tamouls a été pris en compte par la jurisprudence dans la notion de «race».²⁴

4.2 Ethnie

La notion d'«ethnie» désigne généralement un groupe de personnes appartenant à la même culture (même langue, mêmes coutumes, mêmes traditions), c'est-à-dire qui s'entendent elles-mêmes comme un groupe distinct et qui sont vues comme tel par le reste de la population. Les membres d'un tel groupe ont un *sentiment d'appartenance*, qui repose sur une base culturelle ressentie comme commune et qui est transmis d'une génération à l'autre.²⁵

¹⁹ Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

²⁰ Niggli, Kommentar, N 335.

²¹ Niggli, Kommentar, N 384 ff.

²² Voir arrêt 1998-13 (ATF 124 IV 121 E. 2b, S.124), banque de données de la CFR: «La race, au sens de l'art. 261^{bis} CP, se caractérise notamment par la couleur de la peau (...); il n'est donc pas douteux que les noirs constituent une race au sens de cette disposition.»

²³ Voir arrêt 1999-21, banque de données de la CFR.

²⁴ Arrêt du tribunal de district de St-Gall du 18.03.1996; commentaire de Franz Riklin, «Tamil-Touristen» – Strafbare Rassendiskriminierung? In: *Medialex* 2/96 (1996), p.108.

²⁵ Niggli, Kommentar, N 420 ff.

La notion d'«ethnie» est donc définie dans la doctrine comme la conscience de l'appartenance à une culture.

Lorsqu'une insulte raciste vise exclusivement la couleur de la peau de la personne à qui elle est adressée, il y a discrimination «raciale». En revanche, lorsqu'un groupe spécifique de personnes est discriminé (y compris quand elles se distinguent par la couleur de leur peau), il y a plutôt discrimination en raison de l'appartenance ethnique.

Les groupes suivants ont jusqu'ici été expressément reconnus en tant qu'ethnies au sens de l'art. 261bis CP: Albanais²⁶, Albanais du Kosovo²⁷, Portugais²⁸, Italiens²⁹, Suisses³⁰, Arabes et Palestiniens³¹ et gens du voyage³². En ce qui concerne les gens du voyage, une décision contraire a été prise récemment. Il s'agissait en l'occurrence d'un refus de prestation à des gens du voyage. L'appartenance à une ethnies leur a été contestée tant par la première que par la deuxième instance cantonale, avec l'argument qu'aucun bien protégé par l'art. 261^{bis} CP n'était concerné par ce refus de prestation. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours de droit public déposé contre la décision de deuxième instance, jugeant le moyen de preuve irrecevable.³³ S'agissant des personnes originaires de l'ex-Yougoslavie, un tribunal a mis en doute qu'il s'agisse là de membres d'une ethnies, d'autant plus que la République fédérale de Yougoslavie était notoirement composée de plusieurs ethnies avant que la guerre civile n'éclate en 1991³⁴.

Les tribunaux ont apprécié diversement la question de savoir si les agressions racistes envers des Suisses relèvent de l'art. 261^{bis} CP.³⁵ Dans le plus récent des arrêts cités, le Tribunal a confirmé l'application de l'art. 261^{bis} CP au groupe des «Suisses». Pour mieux comprendre la distinction juridique entre une ethnies, groupe protégé par l'art. 261^{bis} CP, et une nationalité en tant que groupe non protégé par cet article, voir le chap. 6.4. S'agissant de la reconnaissance de groupes nationaux de population en tant qu'«ethnies», la doctrine est partagée. En pratique, il a fallu statuer sur un seul cas dans lequel les minorités linguistiques de Suisse ont été reconnues sans autre comme des objets protégés par l'art. 261^{bis} CP.³⁶

4.3 Religion

La Suisse a ajouté le critère de la religion aux objets protégés par l'art. 261^{bis} CP, parallèlement à ceux de «race» et d'«ethnies», bien que l'ICERD³⁷ ne l'exige pas.³⁸

Il faut en principe partir dans l'art. 261^{bis} CP d'une définition large (et libérale) de la religion, par analogie avec les dispositions constitutionnelles. En d'autres termes, toute conviction se

²⁶ Voir arrêts 2002-9, 1999-22 et 1997-21, banque de données de la CFR. Dans l'arrêt 1997-21, le tribunal n'a pas eu à répondre à la question de savoir si les Albanais sont une ethnies, mais il a laissé entendre qu'il aurait répondu par l'affirmative sur la base des critères de la langue, de la tradition et de l'histoire.

²⁷ Voir arrêt 2001-45, banque de données de la CFR.

²⁸ Voir arrêt 1999-29, banque de données de la CFR; le tribunal a qualifié d'ethnies les ressortissants d'une nation.

²⁹ Voir arrêt 1997-24, banque de données de la CFR.

³⁰ Voir arrêt 2000-14, banque de données de la CFR.

³¹ Voir arrêt 2004-37, banque de données de la CFR.

³² Voir arrêt 1996-2, banque de données de la CFR.

³³ Voir arrêt 2003-8, banque de données de la CFR; cf. aussi le Tribunal fédéral, dossier 1P 147/2003.

³⁴ Voir arrêt 1999-22, banque de données de la CFR.

³⁵ Voir arrêts 2000-14 et 1998-31, banque de données de la CFR.

³⁶ Voir arrêt 2000-3, banque de données de la CFR.

³⁷ Art. 1, chiffre 1, ICERD.

³⁸ Sur recommandation du Conseil de l'Europe; voir: Message de 1992, chiffre 635.

référant à la relation de l'homme au divin, au transcendantal (même s'il s'agit d'un «athéisme») et possédant une dimension philosophique, est protégée.

Le principal problème posé par cet objet protégé est qu'il faut inclure d'autres communautés religieuses que les grandes religions et opérer une délimitation par rapport aux groupements et sectes pseudo-religieux.³⁹ On dispose pour ce faire de divers critères.⁴⁰

Les tribunaux ont été jusqu'ici unanimes à ne pas voir dans l'«Eglise de scientologie» une religion au sens de l'art. 261^{bis} CP, motivant leur attitude par des arguments fort différents.⁴¹

Dans la pratique du Tribunal fédéral, le judaïsme constitue une religion au sens de la disposition pénale.⁴² Les débats juridiques visant à savoir si les personnes de confession juive doivent être considérées comme appartenant à une «race» ou à une ethnie sont donc dorénavant sans objet.⁴³

4.4 Etrangers et demandeurs d'asile

Les étrangers et les demandeurs d'asile sont des subdivisions purement juridiques liées au statut de ces personnes; elles ne remplissent donc pas les critères de «race», ethnie ou religion. Les étrangers et les demandeurs d'asile ne peuvent être classés dans une seule ethnie ou ethnie donnée, parce qu'ils ne possèdent pas de bagage culturel, linguistique ou historique commun. Mais la réalité montre que les agressions contre tous les étrangers ou les demandeurs d'asile, sans distinction, sont très répandues, voire en hausse.⁴⁴ Selon Niggli, un comportement discriminatoire ne doit pas rester impuni en raison du seul fait qu'il vise *simultanément* plusieurs ethnies ou «races», sans distinguer de groupe particulier. La discrimination et l'abaissement d'étrangers ou de demandeurs d'asile devrait constituer un acte relevant du code pénal quand ces termes sont appliqués de manière indifférenciée à des personnes de différentes ethnies ou «races», en tant que termes collectifs, et qu'ils sont par conséquent utilisés comme synonymes de «race» ou d'ethnie.⁴⁵

La jurisprudence s'est partiellement ralliée à cette opinion.⁴⁶ Ainsi, dans un cas concret portant sur le tract qui annonçait une fête skinhead et sur lequel les organisateurs indiquaient «*Linke, Punks, Asylanten und sonstiger Abschaum werden zum Anfeuern des Lagerfeuers verwendet!*» (gauchistes, punks, demandeurs d'asile et autres rebuts seront utilisés pour allumer le feu de camp!), le tribunal a reconnu l'existence d'un objet protégé. Il a considéré le groupe des demandeurs d'asile attaqué dans le tract en question comme un groupe protégé

³⁹ Voir aussi Riklin, *Strafbestimmung*, p. 38 s.

⁴⁰ Voir Niggli, *Kommentar*, N 475 ff: Les religions se distinguent des phénomènes subculturels par la relative stabilité de la profession de foi. Par ailleurs, les religions sont considérées comme n'étant pas des communautés orientées prioritairement sur des aspects économiques. Enfin, partant d'une conception libérale de la religion, on peut exclure l'existence d'une religion lorsqu'une organisation exerce une pression sur ses membres.

⁴¹ Voir le jugement de la chambre d'accusation du Tribunal cantonal de St-Gall du 12 février 1997 – AK 171/1995. Le Tribunal fédéral n'est pas entré en matière sur un pourvoi en nullité interjeté contre celui-ci (ATF &S.260/1997). Aucun des deux arrêts ne figure dans la documentation de la CFR, mais voir Rieder, *Rechtsanwendung*, p. 209 s.

⁴² Voir arrêts 1998-13 (ATF 124 IV 121 consid. 3a, p. 124) et 1997-26 (ATF 123 IV 202 consid. 4c, p. 209), banque de données de la CFR.

⁴³ Niggli, *Kommentar*, N 509 - 512.

⁴⁴ Voir tableau 3: 26 % des cas documentés concernent les groupes de population que sont les étrangers et les demandeurs d'asile.

⁴⁵ Niggli, *Kommentar*, N 494 - 503; voir aussi Riklin, *Strafbestimmung*, S. 39. Selon Riklin, les étrangers et les demandeurs d'asile peuvent être protégés par la norme pénale contre la discrimination raciale quand les membres de «races» déterminées sont concernés.

⁴⁶ Voir arrêts 1997-10, 1999-37 et 2000-49, banque de données de la CFR.

par l'art. 261^{bis} CP, motivant sa décision par le fait qu'en l'occurrence, il était évident que les demandeurs d'asile n'étaient pas attaqués en tant que catégorie juridique, mais en tant qu'êtres humains se distinguant de la majorité par leur origine ethnique.⁴⁷ Un autre tribunal a pris la même décision dans le cas d'un article de presse dans lequel les demandeurs d'asile étaient qualifiés en bloc de personnes peu enclines au travail, de parasites et de délinquants.⁴⁸ Des tracts contre un projet de logement pour requérants d'asile ont été qualifiés pour les mêmes raisons de dénigrement illicite du groupe des requérants d'asile.⁴⁹

De manière générale, ces catégories juridiques n'ont cependant pas été placées sous la protection de l'art. 261^{bis} CP dans la pratique des tribunaux⁵⁰, qui se sont partiellement référés à l'avis doctrinal de Niggli, mais ont refusé *en l'espèce* l'utilisation des termes comme synonymes. Ainsi, l'application de l'art. 261^{bis} CP à un couplet de carnaval qui traitait tous les demandeurs d'asile sans distinction de «Asylbetrüger» (fraudeurs en matière d'asile) et de ce fait les diffamait, a été refusée parce que le couplet concernait exclusivement le statut juridique des demandeurs d'asile et non leur «race» ou leur ethnie. Le couplet ne parlait que des «Asylbetrüger»; partant, ses auteurs auraient suffisamment fait la distinction entre «Asylbetrüger» et «Asylbewerbern».⁵¹

Il n'existe malheureusement à l'heure actuelle aucune décision du Tribunal fédéral clarifiant la question.

4.5 Sous-groupes

S'agissant des sous-groupes de personnes protégées, le Tribunal fédéral a établi que l'art. 261^{bis} CP ne couvre pas que les individus appartenant à une «race», une ethnie ou une religion dans leur ensemble, mais aussi certains sous-groupes ou parties de groupe, comme les fidèles orthodoxes, conservateurs, traditionnels, etc. d'une religion donnée. Il reconnaît par exemple les Juifs qui respectent l'abattage rituel comme un groupe protégé lui aussi par la norme pénale contre la discrimination raciale et constate qu'il importe peu que le comportement incriminé soit ou non une composante essentielle de la foi juive. Le seul point important est de savoir si l'abattage n'est pas seulement motivé religieusement par la conception d'un nombre toujours plus restreint de Juifs. Un juge n'a pas à évaluer celle-ci dans une procédure pénale.⁵²

4.6 Groupes non protégés

Il existe également des groupes de personnes qui n'entrent pas dans le champ d'application de la norme pénale contre la discrimination raciale parce qu'ils n'appartiennent pas à une «race», ethnie ou religion au sens de la disposition. Il s'agit des groupes de personnes décrits ci-après.

⁴⁷ Voir arrêt 1997-10, banque de données de la CFR.

⁴⁸ Voir arrêt 2000-49, banque de données de la CFR.

⁴⁹ Voir arrêt 2004-12, banques de données de la CFR.

⁵⁰ Voir arrêts 1996-15, 1998-42, 2000-5 et 2001-28, banque de données de la CFR.

⁵¹ Voir arrêt 1997-11, banque de données de la CFR.

⁵² Voir arrêt 2000-47 (Tribunal fédéral, 26.09.2000 – 6S.367/1998 consid. 5b et c), banque de données de la CFR.

Sexe, orientation sexuelle

Dans le message concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, on a sciemment renoncé à ajouter d'autres critères que la religion, comme le sexe, l'orientation sexuelle, la conception philosophique ou l'opinion politique par exemple, parce que cela aurait dépassé le cadre de la loi.⁵³

Opinions politiques

Quiconque attaque une opinion politique ne se rend pas coupable de discrimination raciale. L'opinion exprimée dans un courrier de lecteur, selon laquelle la culpabilité du bombardement de Dresde pendant la Deuxième Guerre mondiale reviendrait à l'agresseur allemand, a été considérée comme non pertinente du point de vue pénal, car les critiques exprimées s'adressaient exclusivement à l'Allemagne nazie et à ses dirigeants, c'est-à-dire aux partisans d'un système politique, et non au peuple allemand.⁵⁴ De même, dans l'affaire du tract skinhead évoquée plus haut (voir chap. 4.4.), les groupes des «gauchistes» et des «punks» n'ont pas été considérés comme des groupes protégés par l'art. 261^{bis} CP.⁵⁵

Le sionisme en tant que mouvement politique est donc exclu du domaine de protection de la norme pénale contre la discrimination raciale.⁵⁶ Cependant, il n'en va pas de même, selon la jurisprudence, lorsque l'accusé entend par sionisme «le désir des Juifs de dominer le monde». Car ce sous-entendu qui veut que «les Juifs désirent dominer le monde» représente précisément une des idées antisémites typiques répandues en particulier dans le troisième Reich. Dans les cas de ce genre, il y a bien atteinte à un objet à protéger selon l'art. 261^{bis} CP.⁵⁷

Nationalité

En principe, les discriminations motivées par la seule appartenance d'une personne à une nation, c'est-à-dire à une structure étatique, ne tombent pas sous le coup de l'art. 261^{bis} CP.⁵⁸ La notion de «nation» peut cependant être rattachée à un élément ethnique en la reliant à la notion de «peuple», de sorte que les attaques dirigées contre des personnes appartenant à une «nation» donnée peuvent souvent être qualifiées d'attaques contre l'ethnie ou la «race» concernée. Par ailleurs, les personnes appartenant à une «nation» donnée se distinguent souvent des «Suisse» par des caractéristiques extérieures.⁵⁹ Ces critères justifieraient d'être protégés par l'art. 261^{bis} CP.

⁵³ Message concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la révision y relative du droit pénal du 2 mars 1992, chiffre 635.

⁵⁴ Voir arrêt 1995-5, banque de données de la CFR.

⁵⁵ Voir arrêt 1997-10, banque de données de la CFR.

⁵⁶ Voir arrêts 1997-8, 1997-16, 1998-7, 1998-26, 1999-9, 1999-47 et 2000-47 (ATF du 26.09.2000 - 6S, 367/1998), banque de données de la CFR.

⁵⁷ Voir arrêt 1997-8, banque de données de la CFR.

⁵⁸ Niggli, Kommentar, N 485 ff., et notamment 488.

⁵⁹ Niggli, Kommentar, N 489 ff.

Dans le cas de l'interdiction d'un établissement de restauration aux clients originaires de l'ex-Yougoslavie et d'Albanie, l'autorité judiciaire compétente a conclu que les termes d'ex-Yougoslaves et d'Albanais désignaient sans équivoque les citoyens de ces pays. Elle a pourtant admis l'objet de l'agression concernant les citoyens albanais parce que la nationalité albanaise serait liée, dans l'esprit du public, à l'appartenance à une ethnie donnée. Par contre, s'agissant des ressortissants de l'ex-Yougoslavie, la protection par la norme pénale lui a paru contestable parce que l'ancienne République socialiste fédérale de Yougoslavie était composée de plusieurs ethnies.⁶⁰

États

En règle générale, les agressions dirigées contre des États en tant que structure politique ne tombent pas sous le coup de la norme pénale contre la discrimination raciale, de sorte que les agressions de toutes sortes commises envers un État ne sont pas punissables. Ce problème s'est surtout posé, en pratique, au sujet de l'État d'Israël. On peut affirmer, de manière générale, que les déclarations dirigées contre l'État d'Israël et son action politique ne sont pas punissables, à moins que le terme d'« Israël » ne soit utilisé comme synonyme de « Judaïsme »⁶¹.

⁶⁰ Voir arrêt 1999-22, banque de données de la CFR.

⁶¹ Voir arrêt 2003-5, banque de données de la CFR; Niggli, Kommentar, N 502-503, N 520.

5 Caractère public

Une agression fondée sur la discrimination raciale ne fait l'objet de poursuites pénales en vertu de l'art. 261^{bis} CP que lorsqu'elle a eu lieu publiquement. L'intention du législateur, en limitant la punissabilité aux actes commis *publiquement* était d'exclure la sphère privée de toute poursuite pénale.

De l'avis général, une déclaration est faite publiquement lorsqu'elle peut être perçue par un nombre indéterminé de personnes ou par un large cercle de personnes qui ne sont pas liées entre elles par des relations personnelles.⁶²

La casuistique montre que la jurisprudence n'a pas toujours été uniforme et qu'elle a pris parfois des tournures déroutantes. Les tribunaux ont dû décider dans les situations les plus diverses si le *caractère public* était donné au sens de la norme pénale. Le critère décisif pour qualifier un acte de public variait considérablement d'un cas à l'autre: dans un jugement, c'est le fait de rendre accessible à un public indéfini⁶³ qui a été cité comme critère; dans un autre, c'est la taille du cercle des destinataires⁶⁴; dans d'autres encore ce sont le rapport de confiance⁶⁵, le contrôle de la zone d'influence⁶⁶ ou la perceptibilité de l'infraction⁶⁷ qui ont été décisifs pour déterminer s'il y avait caractère public ou non.

C'est seulement dans son arrêt du 27 mai 2004 (ATF 130 IV 11) que le Tribunal fédéral a adopté une position claire et interprété la notion de «public» de manière cohérente: sont considérés comme publics tous les comportements adoptés et toutes les déclarations tenues hors de la sphère privée. Le Tribunal fédéral définit donc le terme de «public» par opposition aux actes privés. Les déclarations et les comportements doivent toujours être considérés comme privés, selon cet arrêt, lorsqu'ils interviennent dans le cercle familial ou amical restreint ou dans un environnement marqué par des rapports personnels ou de confiance particuliers. Quand et si un acte est exécuté en privé ou en public doit être décidé au vu des circonstances concrètes. Le nombre des personnes qui perçoivent ou sont susceptibles de percevoir la déclaration ou l'acte ne joue – contrairement à ce qui a été dit dans des jugements antérieurs – qu'un rôle secondaire.⁶⁸

Par la suite, et jusqu'à fin 2004, on ne s'est référé à cette jurisprudence que dans deux arrêts.⁶⁹

⁶² Voir arrêt 1997-26 ATF (123 IV 202 consid. 3d, p. 208), banque de données de la CFR; voir aussi ATF 111 IV 151 consid. 3, p. 154; Trechsel, *Kurzkommentar*, 2^e édition 1997, art. 259 N 3a, art. 261 N 3, art. 261^{bis} N 15; Niggli, *Kommentar*, 1996, N 696 et 704.

⁶³ Voir p. ex. arrêt 2002-9, banque de données de la CFR.

⁶⁴ Voir p. ex. arrêt 1997-26 (ATF 123 IV 202 consid. 3d et 4c, S. 208 ss.), banque de données de la CFR.

⁶⁵ Voir arrêt 1999-15, banque de données de la CFR.

⁶⁶ Voir p. ex. arrêt 1997-8, banque de données de la CFR.

⁶⁷ Voir p. ex. arrêt 2002-18 (Tribunal fédéral, 30.05.2002 – 6S.635/2001 consid. 3c) ou (très intéressant), arrêt 2003-27, banque de données de la CFR.

⁶⁸ Voir arrêt 2004-10 (ATF 130 IV 111 E. 5.2), banques de données de la CFR.

⁶⁹ Voir arrêts 2004-19 et 2004-27, banques de données de la CFR.

6 Les différents éléments constitutifs de l'infraction

6.1 Incitation à la haine et à la discrimination (al. 1)

« (...) celui qui, publiquement, aura incité à la haine ou à la discrimination envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse; (...) sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.»

Le terme d'*inciter* englobe aussi le fait d'*exhorter*.⁷⁰ C'est-à-dire également, selon le Tribunal fédéral, le fait d'exciter ou d'attiser des émotions et d'engendrer haine et discrimination sans les provoquer explicitement.

Dans la doctrine et dans la jurisprudence, il y a *incitation* ou *exhortation à la haine et à la discrimination* quand une personne agit, de manière durable et insistante, afin de créer ou de renforcer une atmosphère hostile envers la victime ou qu'elle fait naître le sentiment qu'il s'agit d'un être inférieur qui n'a pas les mêmes droits fondamentaux que les autres.⁷¹

Par *haine*, le Tribunal fédéral entend bien plus qu'une simple antipathie, une répugnance ou un refus, et davantage que de la colère ou de la rage, émotions qui se calment assez rapidement.⁷²

Il y a *discrimination* quand une inégalité de traitement est commise sans motif apparent en raison de la race, de l'ethnie ou de la religion de la victime, portant atteinte au principe de l'égalité de traitement. Cette inégalité de traitement doit être commise intentionnellement ou avoir pour effet que les victimes ne peuvent pas exercer les droits humains qui leur reviennent ou qu'elles sont limitées ou handicapées dans cet exercice.⁷³

La citation «Inclinons-nous devant l'étoile de David, le chapeau de Gessler de notre temps!» a été considérée comme une incitation à la haine et à la discrimination, parce que le «chapeau de Gessler» est un symbole de l'oppression et de l'asservissement et qu'elle rendrait ainsi les Juifs coupables de vouloir placer d'autres peuples et communautés religieuses sous leur coupe. Etant donné que les oppresseurs sont haïs, par définition, la citation inciterait à la haine, au mépris, voire à l'élimination des Juifs, comme Guillaume Tell l'a fait avec Gessler.⁷⁴

L'appel demandant, sur un forum Internet, de brûler et d'éliminer tous les Albanais et les membres de l'UCK a été qualifié d'incitation directe à la haine et à la discrimination au sens de l'al. 1.⁷⁵

La lettre d'une communauté religieuse invitant à assister à sa conférence annuelle a été qualifiée d'élément constitutif de l'infraction prévue à l'al. 1 parce qu'elle incitait les membres de ladite communauté à diffuser la doctrine antisémite défendue par cette communau-

⁷⁰ ATF 123 IV 202; voir aussi Message de 1992, chiffre 636.1.

⁷¹ Voir p. ex. arrêt 1997-6, banque de données de la CFR.

⁷² Voir arrêt 2000-10 (Tribunal fédéral, 03.03.2000 – 6P.132/1999 et 6S.488/1999 consid. 13b).

⁷³ Niggli, Kommentar, N 748.

⁷⁴ Voir arrêt 2001-20, banque de données de la CFR.

⁷⁵ Voir arrêt 2002-9, banque de données de la CFR.

té. Le tribunal a établi que celui qui reproduit les incitations d'autrui, sans esprit critique, est lui aussi punissable.⁷⁶

Le Tribunal fédéral a estimé que les injonctions «Protégez vos enfants des prêtres catholiques pédophiles» et «Protégez vos enfants de la pédophilie, ne les envoyez plus au catéchisme» n'étaient pas une incitation illicite au sens de l'al. 1. Il a justifié cette décision par le fait que la critique aux prêtres catholiques pédophiles ne repose pas sur leur appartenance religieuse, mais sur le comportement de certains d'entre eux. Ainsi, ce ne sont pas tous les prêtres catholiques qui sont rabaissés dans ces tracts et il n'y a pas ici incitation à la haine ou à la discrimination.⁷⁷

6.2 Propagation d'idéologies (al. 2)

Sera puni en vertu de l'al. 2 celui qui

«(...) aura propagé une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion».

La notion pénale d'«idéologie», au sens de l'art. 261^{bis}, al. 2 CP, se distingue de la définition générale de l'idéologie.

Pour le Tribunal fédéral, la question de savoir si l'idéologie au sens de l'art. 261^{bis} CP doit être une *véritable construction de la pensée* ou si quelques rares idées suffisent à la constituer est sujette à caution. Le Tribunal fédéral est toutefois parvenu à la conclusion que le législateur était parti d'une conception relativement large de l'idéologie: dans le message du Conseil fédéral, l'élément constitutif de l'infraction existe quand il s'ensuit une action programmée et ciblée.⁷⁸

Le critère de la «propagation d'idéologies» est déjà donné quand l'auteur est conscient que ses déclarations ou ses actes illustrent des idées qui s'inscrivent dans une certaine logique.⁷⁹

Le Tribunal fédéral a jusqu'ici laissé en suspens la question de savoir si le «Auschwitzlüge» (mensonge d'Auschwitz) est, sous toutes ses formes, une idéologie au sens de l'al. 2 et, par voie de conséquence, punissable en vertu non seulement de l'art. 261^{bis}, 2^e moitié de l'al. 4, CP, mais aussi de l'al. 2. Dans tous les cas, la négation de l'Holocauste est punissable en vertu de l'art. 261^{bis}, 2^e moitié de l'al. 4 CP.⁸⁰

Jusqu'à présent, la jurisprudence a qualifié d'idéologies non seulement la propagation de théories de conspiration antisémites⁸¹, mais aussi les références au livre d'Hitler, «Mein Kampf»⁸², le fait de suspendre des portraits d'Hitler⁸³, de dessiner de croix gammées⁸⁴, de

⁷⁶ Voir arrêt 1997-6, banque de données de la CFR.

⁷⁷ Voir arrêt 2003-25, banque de données de la CFR (Tribunal fédéral 6S.148/2003).

⁷⁸ Voir arrêt 2000-11 banque de données de la CFR (Tribunal fédéral, op. cit., consid. 3d/bb).

⁷⁹ Voir arrêt 1997-28, banque de données de la CFR.

⁸⁰ Voir arrêt 2000-11 (Tribunal fédéral, 22.03.2000 – 6S.719/1999 consid. 3d/dd), banque de données de la CFR: la Cour de cassation parvient toutefois à la conclusion, dans ce cas, que la thèse d'une conspiration juive ou sioniste contre l'Occident chrétien, dont le recourant voit le symbole dans la prétendue invention de l'Holocauste et des chambres à gaz, constitue une «idéologie» au sens de l'art. 261^{bis}, al. 2 CP. Cette thèse vi- serait l'abaissement ou le dénigrement des Juifs.

⁸¹ Voir arrêts 1997-28 et 1997-18, banque de données de la CFR.

⁸² Voir arrêt 2002-22, banque de données de la CFR.

⁸³ Voir arrêt 2001-36, banque de données de la CFR.

⁸⁴ Voir arrêts 2001-36 et 2001-10, banque de données de la CFR.

faire le salut hitlérien⁸⁵ ainsi que de taguer les mots «Sieg Heil!»⁸⁶. En conséquence, l'utilisation générale des symboles du national-socialisme tombe sous le coup de l'al. 2.⁸⁷

Toutes les déclarations imputant une infériorité aux êtres humains qui n'ont pas la peau blanche ou qui ont une autre religion doivent également être considérées comme des idéologies au sens de l'al. 2.⁸⁸

L'élément *propager* s'étend au-delà de l'élément constitutif de l'infraction qu'est le caractère public et doit être distingué de ce dernier.⁸⁹ Ainsi, la représentation publique de la croix gammée n'est pas en soi la propagation d'une idéologie au sens de l'al. 2. C'est seulement quand elle est utilisée à des fins de propagande – et pas seulement pour professer sa croyance – qu'il y a, pénalement parlant, propagation d'une idéologie.⁹⁰ C'est ainsi qu'un tribunal cantonal de deuxième instance a retenu dans un arrêt que la ligne de démarcation entre la confession et la propagande était floue. Plus la profession de foi est explicite, plus on la comprend comme une propagande. Dans le cas précis, l'accusé a été acquitté, contrairement au jugement de première instance, parce qu'on n'a pas pu prouver qu'il avait l'intention de faire de la propagande.⁹¹

Le fait d'adresser à ceux qui partagent les mêmes idées le salut hitlérien n'a pas été considéré jusqu'ici, dans la jurisprudence, comme la propagation d'une idéologie prohibée, même lorsqu'il s'est produit publiquement. Le salut nazi n'est punissable que quand il s'adresse à des tiers.⁹²

Il y a *dénigrement* au sens de l'art. 261^{bis}, al. 2 CP quand un comportement déshonorant est reproché en bloc à un groupe de personnes protégé.⁹³

Il y a *abaissement* au sens de l'art. 261^{bis}, al. 2 CP quand une personne ou un groupe de personnes est qualifié d'inférieur aux autres, personnes ou groupes, dans une déclaration.⁹⁴

On n'a pas encore tiré au clair de manière univoque à quoi l'adjectif *systématique* se réfère dans l'al. 2. S'il se rapportait au terme «idéologie», il y aurait élément constitutif d'infraction seulement à partir du moment où cette idéologie représenterait une construction de la pensée structurée selon une certaine systématique, c'est-à-dire définie par une relation structurée.⁹⁵ Cette définition étroite de l'«idéologie» serait alors en contradiction avec la jurisprudence du Tribunal fédéral qui, comme nous l'avons dit plus haut, interprète ce critère de manière relativement large.⁹⁶

⁸⁵ Voir arrêts 1997-20 et 2004-26, banque de données de la CFR.

⁸⁶ Voir arrêt 2001-10, banque de données de la CFR.

⁸⁷ Voir arrêts 1997-13 et 2001-8, banque de données de la CFR.

⁸⁸ Voir arrêt 1999-17, banque de données de la CFR.

⁸⁹ Niggli, Kommentar, N 785 ss et notamment N 789.

⁹⁰ Au sujet de l'interdiction des gestes d'extrême droite et de l'utilisation des insignes et emblèmes national-socialistes en public (VE art. 261^{ter} CP), voir le rapport du groupe de travail interdépartemental au Conseil fédéral: «Coordination et mise en œuvre de mesures dans le domaine de l'extrémisme de droite», octobre 2001, p. 49 – 51. Le résultat de la procédure de consultation sur l'art. 261^{ter} CP est positif: le DFJP doit maintenant rédiger un message et un projet d'article de loi, afin que le Conseil fédéral puisse en décider. L'affaire ira ensuite au Parlement (probablement pas avant la session d'automne 2006). Voir aussi le document de M.A. Niggli et C. Spénlé, Efforts entrepris pour améliorer la législation en matière de discrimination raciale; à télécharger sous www.ekr-cfr.ch.

⁹¹ Voir arrêt 2004-35, banque de données de la CFR.

⁹² Voir arrêt 2001-8, banque de données de la CFR; voir aussi Niggli, Kommentar, N 864 f.

⁹³ Voir arrêt 1997-28, banque de données de la CFR. L'art. 261^{bis}, al. 2 CP n'exige pas – contrairement à l'art. 174 CP⁹³ – de dénigrement «de mauvaise foi».

⁹⁴ Schleimiger, Basler Kommentar, Art. 261bis N 39.

⁹⁵ Niggli, op. cit., N 853.

⁹⁶ Voir arrêt 2000-11 (Tribunal fédéral, 22.03.2000 – 6S.719/1999 consid. 3d/bb), banque de données de la CFR.

6.3 Organisation, encouragement ou participation à des actions de propagande (al. 3)

L'alinéa 3a punit

«... celui qui, dans le même dessein, aura organisé ou encouragé des actions de propagande ou y aura pris part».

On entend par *actions de propagande* certains comportements en matière de communication, tels que le fait de prononcer des discours, prêter ou distribuer des écrits, exposer des images, porter des insignes, mais aussi de faire certains gestes (communication non verbale) comme le salut hitlérien.⁹⁷

L'alinéa 3 punit l'*organisation, l'encouragement ou la participation* à des actions de propagande. Cette clause englobe toutes les formes de participation susceptibles de faciliter l'exécution d'actions de propagande.⁹⁸

Les termes *dans le même dessein* se réfèrent à l'art. 261^{bis}, al. 1 et 2 CP: ils délimitent les actions de propagande qui incitent ou appellent à la haine et à la discrimination (al. 1) ou propagent des idéologies destinées à abaisser ou dénigrer systématiquement (al. 2).⁹⁹

La particularité de l'al. 3 réside essentiellement dans le fait qu'il élève au rang de délit la *forme de participation* qu'est la *complicité* aux infractions prévues à l'art. 261^{bis}, al. 1 et 2 CP: en termes pénaux, les complices sont donc des auteurs indépendants.¹⁰⁰ Cet alinéa met en œuvre l'obligation faite par l'art. 4, lit. a ICERD aux États parties de punir tout encouragement (financement compris) de la discrimination raciale.¹⁰¹

Il n'existe aucune décision du Tribunal fédéral et peu de décisions cantonales relatives à l'al. 3 pendant la période sous revue (1995 – 2004). Dans un cas concret, la vente de littérature révisionniste a été qualifiée de participation à des actions de propagande au sens de l'al. 3 (en relation avec les al. 1 et 2), parce que le livre incriminé était, dans son intégralité, propre à inciter à la haine envers les Juifs et les sionistes.¹⁰²

Dans la procédure de révision du «Waldhüttenurteil» (jugement de la cabane forestière),¹⁰³ le tribunal compétent a condamné l'organisateur de la rencontre de skinheads sur la base de l'art. 261^{bis} al. 3 CP. Il a considéré que celui-ci connaissait la couleur politique des discours qui allaient y être tenus et avait ainsi accepté en toute connaissance de cause les propos racistes de l'orateur.¹⁰⁴

La vente d'un journal au contenu révisionniste¹⁰⁵ et la tentative de livraison de matériel de propagande nazie, tels que drapeaux, posters, CD, etc. destinés à une fête skinhead¹⁰⁶ ont également été qualifiées de participation à des actions de propagande au sens de l'art. 261^{bis}, al. 3 CP.

⁹⁷ Message de 1992, chiffre 636.1.

⁹⁸ Le fait d'être spectateur passif n'est pas concerné, même s'il exprime l'approbation. Niggli, Kommentar, N 899.

⁹⁹ Niggli, Kommentar, N 886.

¹⁰⁰ Niggli, Kommentar, N 1261.

¹⁰¹ Niggli, Kommentar, N 895; voir au sujet de la participation à des organisations racistes: Stratenwerth, 2000, N 34 zu § 39, S. 183.

¹⁰² Voir arrêt 1997-5, banque de données de la CFR.

¹⁰³ Voir arrêt 2004-10, banque de données de la CFR, ainsi que ATF 130 IV 111.

¹⁰⁴ Voir arrêt 2004-34, banque de données de la CFR.

¹⁰⁵ Voir arrêt 1997-18, banque de données de la CFR.

¹⁰⁶ Voir arrêt 1999-34, banque de données de la CFR.

Dans un autre cas, l'écoute privée de CD et la lecture de journaux au contenu raciste n'ont pas été qualifiées au sens de l'al. 3.¹⁰⁷

6.4 Abaissement ou discrimination d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine (al. 4, 1^{ère} moitié)

Est punissable en vertu de l'art. 261^{bis}, 1^{ère} moitié de l'al. 4 CP,

«... celui qui aura publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion».

Par *abaisser la dignité humaine* on entend un acte qui dénie tout bonnement sa qualité d'être humain à la personne qui en est victime. Cet acte d'abaissement n'est plus en premier lieu adressé au public mais à la personne elle-même.

Il n'y va pas ici, contrairement aux délits contre l'honneur, d'une attaque contre l'honneur de la personne blessée.¹⁰⁸ Imputer à quelqu'un des caractéristiques, qualités ou aptitudes négatives n'est pas, en soi, un délit constitutif de l'infraction prévue dans l'art. 261^{bis}, 1^{ère} moitié de l'al. 4 CP: pareil acte ne dénie pas sa dignité humaine à la personne concernée.¹⁰⁹

L'analyse des décisions rendues jusqu'ici en vertu de l'art. 261^{bis} CP a toutefois montré qu'une grande partie des cas à juger concerne un abaissement ou une discrimination au sens de l'art. 261^{bis}, 1^{ère} moitié de l'al. 4 CP, et ce généralement sous la forme d'injures verbales.¹¹⁰ Dans la jurisprudence récente, les déclarations ou injures suivantes, formulées oralement ou par écrit, ont été qualifiées d'abaissement relevant du droit pénal: «Serben-Schwein»¹¹¹, «Denn ein Geschäft mit einem Jud, besteht aus Schwindel und Betrug»¹¹², «Raus mit den Scheiss-Jugos»¹¹³, «Sevoboy und UCK sind Dreck der bereinigt sein muss [...] Scheiss-Albaner, muss man vernichten»¹¹⁴, «Hakenkreuz, SS und Judenstern», «Scheiss-Ausländer-Raus», «Islam verrecke etc.»¹¹⁵, «Descendre tous les Nègres»¹¹⁶, «Sale yougoslave»¹¹⁷, «Du bist ein Affe und kein Mensch»¹¹⁸, «Es war gut, dass die Nazis damals solche <Polen-Sauen> vergast haben»¹¹⁹, «Negersau, Drecksneger»¹²⁰, «Aus Sicherheitsgründen haben Gäste aus Ex-Jugoslawien / Albanien keinen Zutritt!»¹²¹, «[...] Sie beten einen toten Gözen namens Allah an und verehren einen Affen, der sich Mohammed nannte!»¹²² entre autres.

¹⁰⁷ Voir arrêt 1998-28, banque de données de la CFR.

¹⁰⁸ Message de 1992, chiffre 636.2.

¹⁰⁹ Niggli, Kommentar, N 940 f. et 946; voir arrêt 2000-49, banque de données de la CFR.

¹¹⁰ Les statistiques indiquent que les insultes verbales représentent environ 25 % des cas de discrimination raciale portés devant les tribunaux. Voir tableau 4.

¹¹¹ Voir arrêt 2002-23, banque de données de la CFR.

¹¹² Voir arrêt 2002-22, banque de données de la CFR.

¹¹³ Voir arrêt 2002-21, banque de données de la CFR.

¹¹⁴ Voir arrêt 2002-9, banque de données de la CFR; les déclarations ont également été mentionnées sous l'art. 261^{bis}, al. 1 CP.

¹¹⁵ Voir arrêt 2001-26, banque de données de la CFR.

¹¹⁶ Voir arrêt 2001-24, banque de données de la CFR.

¹¹⁷ Voir arrêt 2001-14, banque de données de la CFR.

¹¹⁸ Voir arrêt 2001-7, banque de données de la CFR.

¹¹⁹ Voir arrêt 2002-18 (Tribunal fédéral, 30.05.2002 – 6S.635/2001), banque de données de la CFR.

¹²⁰ Voir arrêt 2000-53, banque de données de la CFR.

¹²¹ Voir arrêt 2000-51, banque de données de la CFR.

¹²² Voir arrêt 2003-31, banque de données de la CFR.

Le Tribunal fédéral a jugé que l'injure de «bourreaux nazis» adressée aux Juifs qui respectent l'abattage rituel était une infraction au sens de l'art. 261^{bis}, 1^{ère} moitié de l'al. 4 CP, parce que la comparaison touche précisément les Juifs en tant que victimes de la terreur national-socialiste.¹²³ Pour être cohérent, il faudrait appliquer cette décision à tous les autres groupes de victimes du national-socialisme.

Dans un cas concret, les injures suivantes n'ont pas été qualifiées d'abaissement, mais de délit contre l'honneur: «huerä Tschäpse, Schlitzauge und Scheiss-Chinese».¹²⁴ De même, les injures «con»¹²⁵, «Schoggikopf»¹²⁶, «Huere Jugoslawen», «Avec les gens de couleur, c'est toujours le même problème.»¹²⁷ et «Huere Ausländer»¹²⁸ n'ont pas été considérées comme éléments constitutifs de l'infraction prévue dans l'art. 261^{bis}, 1^{ère} moitié de l'al. 4 CP.

Selon un arrêt du Tribunal fédéral, l'allégation selon laquelle la part des immigrés en provenance du Kosovo serait proportionnellement élevée dans l'augmentation de la violence et de la criminalité en Suisse ne satisfait pas aux éléments constitutifs de l'infraction au sens de l'art. 261^{bis}, 1^{ère} moitié de l'al. 4 CP. Le tribunal suprême a justifié sa décision au motif que l'allégation en question se fonde sur des chiffres statistiques et par conséquent sur des motifs concrets et objectifs. Elle ne contient pas de jugement négatif en bloc sur les personnes concernées. Cette déclaration ne contient pas un jugement négatif en bloc sur tout le groupe de personnes concernées. Par ailleurs, demander que les personnes expulsées le soient dans le délai initialement arrêté ne constitue pas non plus un abaissement portant atteinte à leur dignité humaine, car elle ne leur dénie pas leurs droits fondamentaux et ne leur conteste pas leur égalité en droit, mais demande leur expulsion à un niveau politique.¹²⁹

La déclaration d'intention publique «d'agir de manière raciste» constitue un cas particulier par rapport à l'art. 261^{bis}, 1^{ère} moitié de l'al. 4 CP.¹³⁰ Selon Niggli, l'annonce faite publiquement d'interdire l'accès d'un établissement aux personnes originaires de X est une *déclaration d'intention* de refuser une prestation, et non un refus de prestation au sens de l'al. 5. Seul le refus concret de servir ces personnes représente un refus de prestation au sens de l'art. 261^{bis}, al. 5 CP.¹³¹ Une instance juridique cantonale qui devait juger une interdiction d'accès «pour des raisons de sécurité» aux personnes venant de l'ex-Yougoslavie et d'Albanie, a laissé ouverte la question de savoir si le simple fait de poser une pancarte d'interdiction était punissable selon l'al. 5. Le tribunal a levé l'accusation de discrimination raciale au sens de l'al. 5, mais condamné la personne au sens de la première moitié de l'al. 4, pour les raisons suivantes: la déclaration d'intention citée entre dans le domaine d'application de l'art. 261^{bis} al. 4 première moitié, parce qu'elle refuse à un groupe X l'égalité de droits, en l'occurrence le droit à une prestation destinée à l'usage public, et porte ainsi atteinte à ce groupe dans sa dignité humaine.¹³²

¹²³ Voir arrêt 2000-47 (Tribunal fédéral, 26.09.2000 – 6S.367/1998 E. 4a), banque de données de la CFR.

¹²⁴ Voir arrêt 2002-20, banque de données de la CFR.

¹²⁵ Voir arrêt 2001-50, banque de données de la CFR.

¹²⁶ Voir arrêt 2000-31, banque de données de la CFR.

¹²⁷ Voir arrêt 2003-14, banque de données de la CFR.

¹²⁸ Voir arrêt 1999-25, banque de données de la CFR; l'opinion défendue ici est que l'abaissement en bloc n'est pas constitutif de l'infraction de discrimination raciale.

¹²⁹ Voir arrêt 2004-22 (ATF 131 IV 23), banque de données de la CFR.

¹³⁰ Voir aussi 6.6.

¹³¹ Niggli, Kommentar, N 1134.

¹³² Voir arrêt 2000-51.

6.5 Négation ou minimisation de génocide ou autres crimes contre l'humanité (al. 4, 2^e moitié)

Est punissable en vertu de l'al. 4 2^e moitié [celui]

«(...qui,) pour la même raison, niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité».

Les actes ou déclarations incriminés ne doivent pas forcément, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, être dirigés contre les personnes concernées par le génocide pour fonder l'infraction, mais peuvent également s'adresser à des tiers.¹³³

Conformément au message du CF, sont visés tous les actes susceptibles d'être qualifiés de «génocide» en vertu de la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide¹³⁴.

Par «crimes contre l'humanité», on entend l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, l'expulsion, l'emprisonnement, la torture, le viol, les persécutions pour des raisons politiques, raciales ou religieuses et autres actes inhumains, par analogie avec l'art. 5 du statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie adopté le 25 mai 1993. Les actes doivent en outre avoir été perpétrés au cours d'un conflit international ou interne armé et contre des personnes civiles.¹³⁵

Le Tribunal fédéral interprète la notion de négation plus largement que le simple fait d'affirmer ou de contester de mauvaise foi, même lorsque les crimes en question sont moins flagrants ou moins connus que l'Holocauste, par exemple. En ce qui concerne l'incorrection du contenu des propos affirmés, le dol éventuel suffit donc, c'est-à-dire le fait que l'auteur tienne la négation pour possible et s'en accommode en l'approuvant.¹³⁶

Minimiser grossièrement signifie affirmer que la souffrance des victimes (dommages causés, inconvénients provoqués ou préjudices occasionnés) aurait été nettement moins grande qu'on ne l'admet généralement.¹³⁷

Le complément *chercher à justifier* signifie légitimer le tort commis, accepter la violence exercée ou du moins ne pas en refuser la possibilité.¹³⁸

Aux termes de la loi, ce sont la négation, la minimisation grossière ou la justification – et non le génocide ou le crime contre l'humanité – qui doivent avoir lieu pour des motifs discriminatoires.¹³⁹ Le Tribunal fédéral part de l'hypothèse que le complément *pour la même raison* vise l'action commise pour des motifs racistes ou antisémites.¹⁴⁰ Mais il n'a pas pris expressément position sur la question de savoir si ce passage, dans la teneur de l'art. 261^{bis}, 2^e moitié de l'al. 4 CP, se réfère *uniquement* au motif «en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion» et si, par conséquent, seules la négation, la minimisation grossière ou la justification doivent avoir des motifs discriminatoires. S'il en était ainsi, il

¹³³ Voir arrêt 1999-39 (ATF 126 IV 20 consid.1a et b), banque de données de la CFR.

¹³⁴ RS 0.311.11; la Suisse a ratifié la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide le 7 septembre 2000.

¹³⁵ Niggli, Kommentar, N 972 ss.

¹³⁶ Voir arrêt 2000-11 (Tribunal fédéral, 22.03.2000 – 6S.719/1999 consid. 2e/aa), banque de données de la CFR.

¹³⁷ Schleimiger, Basler Kommentar, art. 261bis N 62.

¹³⁸ Niggli, Kommentar, N 1003 ss.

¹³⁹ Niggli, Kommentar, N 1222 ss, et notamment N 1225.

¹⁴⁰ Voir arrêt 2000-11 (Tribunal fédéral, 22.03.2000 – 6S.719/1999 consid. 2d/bb), banque de données de la CFR et arrêt du 22.01.2003 – 6S.698/2001.

s'ensuivrait que la négation d'un génocide par pure ferveur nationaliste devrait rester impunie.¹⁴¹

Conformément à ces explications, un tribunal cantonal a conclu – s'agissant de la question de savoir si les associations nationales avaient commis une infraction en niant un génocide dans la pétition qui prenait position sur le «prétendu» génocide des Arméniens par les Turcs en 1915¹⁴² – que le texte en question ne reposait pas sur des motifs racistes. Il justifie sa décision par le fait que pour qualifier des événements historiques de génocides, il faut se baser sur les constatations correspondantes du législateur.¹⁴³ Il ajoute que les associations nationales ont simplement voulu exprimer dans leur pétition la thèse officielle sur cette question, défendue par l'Etat turc et répandue dans les manuels scolaires. Peu importe en l'espèce que cette thèse soit objectivement fautive, incomplète ou marquée par une idéologie.¹⁴⁴ Dans une décision ultérieure, le Tribunal fédéral a confirmé, concernant la question de la qualification, qu'il faut s'appuyer sur l'opinion du législateur, retenant qu'il était prouvé et que c'était un fait historique généralement reconnu que sous le régime national-socialiste, plusieurs millions de Juifs avaient été tués. Les tribunaux n'auraient ni à en apporter la preuve, ni à entrer en matière sur <la production de la preuve> dans la littérature dite <révisionniste >.¹⁴⁵

Selon le Tribunal fédéral, le bien juridique protégé par l'art. 261^{bis}, 2^e moitié de l'al. 4 CP est la paix publique.¹⁴⁶ Cette définition a pour conséquence, en pratique, qu'une discrimination raciale ne relève du code pénal que si un nombre significatif de personnes appartenant à la «race», l'ethnie ou la religion dont le génocide est nié vit en Suisse. Il n'est pas possible d'envisager autrement la menace causée à la paix publique. On ne saurait toutefois guère l'admettre pour le groupe des Arméniens et difficilement l'imaginer, en termes purement mathématiques, pour le groupe des Juifs. Mais le but de la réglementation prévue dans l'art. 261^{bis}, 2^e moitié de l'al. 4 CP ne saurait être que la punissabilité d'un acte raciste dépende de la taille du groupe de personnes visé vivant en Suisse.

6.6 Refus de prestation (al. 5)

L'alinéa 5 punit

«... celui qui aura refusé à une personne ou à un groupe de personnes, en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse, une prestation destinée à l'usage public».

¹⁴¹ Stratenwerth, 2000, N 37 zu § 39; voir aussi Niggli, N 1224. Voir arrêt 2001-27, banque de données de la CFR.

¹⁴² Voir à ce propos le dossier de la Société pour les peuples menacés de mars 2002, Un signe de justice pour les victimes oubliées de 1915. Pour une reconnaissance du génocide arménien, Berne (documentation); à télécharger sur le site www.gfbv.ch; Vest Hans 2000, Zur Leugnung des Völkermordes an den Armeniern 1915. In: AJP/PJA 1/00, p. 66 – 72.

¹⁴³ Voir arrêt 2001-27, banque de données de la CFR. A ce jour, le Conseil fédéral n'a pas reconnu officiellement le génocide des Arméniens de 1915 malgré de nombreuses interventions parlementaires allant dans ce sens.

¹⁴⁴ Ibidem. Voir à ce propos les critiques formulées par Rupen Boyadjian, Zum Rechtsfall wegen Leugnung des Völkermordes an den Armeniern, novembre 2002. Peut être téléchargé sur le site www.armenian.ch.

¹⁴⁵ Voir arrêt 2003-3 (arrêt du Tribunal fédéral du 22.01.2003 – 6S.698/2001 consid. 2.) banque de données de la CFR.

¹⁴⁶ Voir arrêt 2002-26 (ATF 129 IV 95), banque de données de la CFR.

Le législateur a voulu, par l'art. 261^{bis}, al. 5 CP, s'assurer de contrer la discrimination raciale bien réelle qui peut conduire, dans sa forme la plus extrême, à la ségrégation et à l'apartheid.¹⁴⁷

La question de savoir ce qu'il faut entendre par *prestation destinée à l'usage public* et si les rapports contractuels tels que bail à loyer, travail et enseignement sont concernés par l'élément constitutif de l'art. 261^{bis}, al. 5 CP est très contestée dans la doctrine.¹⁴⁸ Le seul point généralement accepté est que les biens et services, de même que leur fourniture, sont des prestations.¹⁴⁹

En pratique, la *preuve* de la motivation raciste du fournisseur de prestation pose problème. Une partie de la doctrine et de la jurisprudence est d'avis que le refus de prestation ne peut être poursuivi que lorsque la motivation raciste est avérée.¹⁵⁰ C'est ainsi qu'une instruction pénale pour refus d'accès à un club visant deux hommes à la peau foncée a été suspendue pour les motifs suivants: «La refuser [= la prestation, note de la réd.] aux membres de certains groupes est interdit. Mais une offre que quelqu'un adresse d'emblée, conformément à la liberté du commerce, à certains groupes de population seulement, n'est pas punissable. Par ex. offrir un appartement à louer <uniquement aux Suisses> ou réserver l'entrée d'un club privé aux <blancs>.» Dans le jugement en question, l'autorité d'instruction pénale n'a pas trouvé de motif raciste au refus d'accès à ce club.¹⁵¹

Dans un cas, l'autorité d'instruction compétente a considéré que le refus de servir de l'alcool à un homme à la peau foncée n'était pas un refus de prestation relevant du droit pénal au sens de l'art- 261^{bis} CP. Ayant pu prouver qu'elle avait fait de mauvaises expériences avec des membres des groupes de population concernés avant de refuser ses prestations, la gérante du restaurant avait une raison objective de les refuser. L'instruction pénale a été suspendue.¹⁵² Mais dans deux autres arrêts, un tribunal a retenu qu'il ne faut pas exclure en bloc toutes les personnes de certaines ethnies d'une offre de prestations qui s'adresse en principe à tous au seul motif que certains membres de ces groupes de population se sont fait remarquer par leur comportement incorrect.¹⁵³ «Il ne faut pas généraliser à tout un groupe de population le comportement de quelques-uns de ses membres. Les problèmes occasionnés par quelques personnes ne peuvent en aucun cas justifier, au plan matériel, le dénigrement en bloc et public des ethnies dont sont issues ces personnes.»¹⁵⁴

Jusqu'à présent, la pratique a qualifié de prestations destinées à l'usage public les services de restaurants¹⁵⁵, magasins de vente au détail¹⁵⁶ et cinémas¹⁵⁷.

¹⁴⁷ Message de 1992, chiffre 636.3.

¹⁴⁸ Les prestations des institutions de droit public sont déjà soumises au principe général de l'égalité et à l'interdiction de discrimination prévus à l'art. 8, al. 1 et 2 Cst.

¹⁴⁹ Niggli, Kommentar, N 1040 f.; Rom, Rassendiskriminierung, p. 143.

¹⁵⁰ Voir p. ex. Stratenwerth, 2000, N 40 zu § 39 et arrêt 2001-21, banque de données de la CFR.

¹⁵¹ Voir arrêt 2004-23, banque de données de la CFR.

¹⁵² Voir arrêt 2001-21, banque de données de la CFR.

¹⁵³ Voir arrêts 2000-51 et 2000-58, banque de données de la CFR.

¹⁵⁴ Voir arrêt 2000-51, banque de données de la CFR.

¹⁵⁵ Voir arrêts 1999-22, 2000-51, 1999-46 et 2001-21, banque de données de la CFR.

¹⁵⁶ Voir arrêts 2000-58 et 2001-19, banque de données de la CFR.

¹⁵⁷ Voir arrêt 1998-22, banque de données de la CFR.

7 Elément subjectif constitutif de l'infraction

L'auteur doit pratiquer la discrimination raciale intentionnellement, c'est-à-dire avec conscience et volonté, un dol éventuel¹⁵⁸ suffisant. Conscience et volonté doivent s'appliquer à tous les éléments de l'infraction.

C'est ainsi qu'une autorité d'instruction a suspendu la procédure pénale intentée contre un Chinois par manque d'éléments subjectifs constitutifs de l'infraction. Cet homme avait distribué publiquement des brochures dans lesquelles l'occupation chinoise du Tibet était décrite comme «une libération pacifique» et une démocratisation. L'autorité en question a bien constaté qu'un crime contre l'humanité était nié ou minimisé au sens de l'art. 261^{bis} al. 4 deuxième moitié CP et a confirmé le caractère public de cet acte. Les éléments objectifs constitutifs de l'infraction étaient donc avérés. Cependant, l'autorité compétente a nié le dol éventuel subjectif nécessaire à la condamnation. Elle a retenu que l'accusé, selon ses propres déclarations, irréfutables, n'avait jamais été confronté, durant sa vie passée principalement en Chine, à une critique de la politique chinoise au Tibet et que, par conséquent, il n'était pas conscient de cette problématique. L'élément subjectif constitutif du délit de discrimination raciale faisait donc défaut en l'espèce.¹⁵⁹

Dans un autre cas, un homme a également été acquitté par manque d'éléments subjectifs constitutifs du délit de discrimination raciale. L'accusé avait gravé des croix gammées sur la façade de la maison du plaignant. Le tribunal a jugé que cet acte avait été commis sans arrière-pensée raciste.¹⁶⁰

Il faut faire la distinction entre les mobiles de l'auteur prévus par les différentes variantes des éléments constitutifs de l'infraction énumérées à l'art. 261^{bis} CP et les éléments subjectifs constitutifs de l'infraction.¹⁶¹

¹⁵⁸ Le dol éventuel signifie que l'auteur de l'infraction a prévu la possibilité d'un acte punissable ou l'a acceptée.

¹⁵⁹ Voir arrêt 2003-2, banque de données de la CFR.

¹⁶⁰ Voir arrêt 1998-35, banque de données de la CFR.

¹⁶¹ Niggli, Kommentar, N 1206; Stratenwerth, 2000, N 41.

8 Participation à la procédure et légitimation au recours

La discrimination raciale est une infraction poursuivie d'office. Les autorités pénales compétentes ont donc l'obligation d'agir d'office, même si la victime ne porte pas plainte, dès qu'une atteinte potentielle à l'art. 261^{bis} CP est portée à leur connaissance. Dans le même temps, toute personne peut porter plainte sans se soumettre à d'autres obligations dans la procédure pénale.

La personne qui a été victime d'un acte prétendu punissable ne joue en principe qu'un rôle secondaire dans la procédure pénale. Elle a toutefois un intérêt reconnu à voir l'auteur condamné; mais c'est l'État qui se charge des poursuites pénales.¹⁶² La personne concernée peut, dans certaines conditions, se constituer partie civile et elle a ce faisant, dans un certain cadre, des droits de participation et de contrôle.¹⁶³ Elle peut aussi faire valoir dans le cadre de la procédure pénale des droits civils pour atteinte à la personnalité au sens de l'art. 28 CC et demander des dommages et intérêts pour tort moral.

La possibilité qu'a la personne lésée d'interjeter recours contre la décision ou le jugement des autorités cantonales est toutefois restreinte. Cela signifie, concrètement, qu'elle doit avoir été reconnue en tant que personne lésée au sens du code de procédure pénale ou, en ce qui concerne les voies de droit fédérales¹⁶⁴, en tant que victime au sens de la loi sur l'aide aux victimes d'infraction (LAVI)¹⁶⁵ pour être légitimée à recourir contre la décision (p. ex. suspension de la procédure pénale ou relâche de l'inculpé). La reconnaissance du statut de personne lésée ou de victime dépend notamment de l'élément constitutif de l'infraction retenu dans le cas d'espèce, car le bien juridique protégé varie selon l'infraction: le Tribunal fédéral ne reconnaît pour le moment la dignité humaine comme bien juridique protégé au premier titre que pour les infractions prévues à l'art. 261^{bis}, al. 1 et 1^{ère} moitié de l'al. 4 CP.¹⁶⁶ Une personne peut en principe être considérée comme lésée dans le cadre de ces différents éléments constitutifs de l'infraction, et, partant, avoir la qualité de victime au sens de la LAVI quand l'agression est *directement dirigée contre elle et qu'elle est touchée dans sa dignité humaine*.¹⁶⁷

En ce qui concerne les autres éléments constitutifs de l'infraction, le Tribunal fédéral estime contestable que certains individus des groupes de victimes concernés puissent être lésés.¹⁶⁸ Le Tribunal fédéral s'est déjà exprimé au sujet de la 2^e moitié de l'al. 4 CP: la paix publique est le premier bien juridique qu'elle protège. En conséquence, le préjudice direct prévu par

¹⁶² La personne atteinte par un acte prétendu punissable n'a qu'un intérêt dit «matériel» ou «indirect», non un intérêt «juridique» à voir son auteur poursuivi. Voir arrêt 2002-19, banque de données de la CFR.

¹⁶³ La partie civile a le droit de demander la production de preuves, d'être informée sur le déroulement de la procédure et poser des questions aux témoins et à l'inculpé.

¹⁶⁴ Dans les pourvois en nullité comme dans les recours de droit public, la personne lésée doit présenter les qualités de victime au sens de la loi sur l'aide aux victimes d'infraction si elle veut obtenir que le Tribunal fédéral réexamine le cas au plan du droit matériel. Si non, elle ne peut invoquer que l'inobservation des règles de procédure.

¹⁶⁵ Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infraction (LAVI); RS 312.5.

¹⁶⁶ Voir chap. 2.

¹⁶⁷ Voir arrêt 2002-19, banque de données de la CFR.

¹⁶⁸ Voir arrêt 2002-19, banque de données de la CFR.

la loi sur l'aide aux victimes d'infraction n'est pas suffisant pour reconnaître à une personne concernée le statut de victime au sens de ladite loi.¹⁶⁹ Dans un arrêt relatif à l'art. 261bis al. 5 CP, le Tribunal fédéral a dénié la légitimation au recours des personnes concernées au motif qu'elles n'étaient pas victimes au sens de la LAVI. La procédure a été suspendue.¹⁷⁰

Au vu de cette évolution de la jurisprudence fédérale, on peut supposer que les personnes concernées par des agressions à caractère raciste ne peuvent qu'exceptionnellement être reconnues comme des victimes au sens de la LAVI; elles ne sont donc pas légitimées à se pourvoir en appel auprès du Tribunal fédéral.¹⁷¹

A ce jour, les associations de défense des intérêts des groupes de personnes concernés n'ont pu se constituer partie civile dans des procédures pénales et faire appel à ce titre.¹⁷²

¹⁶⁹ Voir arrêt 2002-26, banque de données de la CFR.

¹⁷⁰ Voir arrêt 2003-8 (Tribunal fédéral – 1P.147/2003), banque de données de la CFR.

¹⁷¹ Voir l'avis rendu par la Commission fédérale contre le racisme (CFR) le 8 avril 2003 sur l'avant-projet de la commission d'experts concernant la révision totale de la loi sur l'aide aux victimes d'infraction; à télécharger sur le site Web de la CFR www.ekr-cfr.ch sous Documentation/Procédures de consultation/Prises de position 1995-2004.

¹⁷² Voir arrêt 1999-33, banque de données de la CFR, et arrêt du président du tribunal 16 de l'arrondissement VIII Berne - Laupen du 16 juillet 1998; confirmé par la 2^e chambre pénale de la Cour suprême du canton de Berne le 10 février 1999 (ces arrêts cantonaux ne figurent pas dans la banque de données de la CFR).

9 Digression: l'applicabilité de l'art. 27 CP (punissabilité des médias) à l'art. 261bis CP

L'art. 27 CP¹⁷³ garantit, pour les délits commis au moyen des médias, qu'au moins une personne responsable de la publication puisse faire l'objet de poursuites pénales lorsqu'une déclaration discriminatoire punissable a été faite par un média (presse, radio, télévision et nouveaux médias électroniques). Ainsi, la poursuite pénale est en principe limitée à une personne:

Art. 27 CP

¹ «Lorsqu'une infraction aura été commise et consommée sous forme de publication par un média, l'auteur sera seul punissable, sous réserve des dispositions suivantes.

² Si l'auteur ne peut être découvert ou qu'il ne peut être traduit en Suisse devant un tribunal, le rédacteur responsable est punissable en vertu de l'art. 322^{bis}. A défaut de rédacteur, la personne responsable de la publication en cause est punissable en vertu de ce même article.

³ Si la publication a eu lieu à l'insu de l'auteur ou contre sa volonté, le rédacteur ou, à défaut, la personne responsable de la publication, est punissable comme auteur de l'infraction.

⁴ L'auteur d'un compte rendu véridique de débats publics ou de déclarations officielles d'une autorité n'encourra aucune peine.»

Le sens et le but de cette réglementation étaient, aux yeux du législateur, de simplifier la responsabilité dans les délits commis au moyen des médias. On voulait ainsi contourner les difficultés en ce qui concerne la détermination de la responsabilité pénale de toutes les personnes ayant participé à la fabrication du produit de presse et son ampleur. On voulait par ailleurs éviter de mettre trop sous pression les responsables de presse, car ceux-ci ne peuvent vérifier la véracité de tous les textes et se verraient contraints de refuser tout article évoluant dans la zone d'ombre de ce qui est punissable. Cela aurait conduit à une limitation de la liberté d'opinion et d'information ainsi que de la liberté des médias, d'autant plus que des critiques tout à fait précieuses pourraient être concernées.¹⁷⁴

En principe, seul l'auteur est punissable (*punissabilité primaire*). Lorsque celui-ci ne peut être découvert ou ne peut être traduit en justice en Suisse, c'est le rédacteur responsable qui est punissable en vertu de l'art. 322^{bis} CP (défaut d'opposition à une publication constituant une infraction)¹⁷⁵ en relation avec l'art. 27, al. 2 CP. En l'absence de rédacteur responsable, c'est la personne responsable de la publication qui est punissable au sens de l'art.

¹⁷³ En vigueur depuis le 1^{er} avril 1998; teneur selon chiffre I de la loi sur 10 octobre 1997; RO 1998 852 856; FF 1996 IV 533.

¹⁷⁴ Riklin, Medienstrafrecht, p. 79 s.

¹⁷⁵ L'art. 322^{bis} CP stipule: «La personne responsable au sens de l'art. 27, al. 2 et 3, d'une publication constituant une infraction sera punie de l'emprisonnement ou de l'amende si, intentionnellement, elle ne s'est pas opposée à la publication. Si elle a agi par négligence, la peine sera les arrêts ou l'amende.»

322^{bis} CP (*punissabilité subsidiaire*). L'art. 322^{bis} CP règle la punissabilité du responsable de la publication au sens de l'art. 27, al. 2 et 3 CP et punit la publication constituant une infraction aussi bien lorsqu'elle est intentionnelle que lorsqu'elle se produit par négligence. L'art. 27 CP dispose en outre aux al. 3 et 4 que si la publication a eu lieu à l'insu de l'auteur ou contre sa volonté, la personne responsable de la publication est punissable. L'auteur d'un compte rendu véridique de débats publics ou de déclarations officielles d'une autorité est exclu du champ d'application de l'art. 27 CP et n'encourt aucune peine.

La question est maintenant de savoir quelles sont les personnes considérées comme ayant participé à la publication au sens de l'art. 27 CP, du stade de la fabrication à celui de la publication du produit. Le diffuseur est-il également un responsable punissable à titre subsidiaire au sens de l'art. 27 CP?

Dans un cas dont le Tribunal fédéral a eu à connaître, la discussion a porté sur la responsabilité pénale d'un libraire.¹⁷⁶ Le Tribunal fédéral a constaté que les conditions de l'art. 27 CP étaient remplies dans le cas de la diffusion d'un livre au contenu discriminatoire et que le libraire devait être considéré comme ayant participé à la publication au sens de l'art. 27 CP. Cette position du Tribunal fédéral, qui veut qu'un libraire ne puisse être poursuivi que si l'auteur ou le rédacteur d'une publication ne peut être impliqué (responsabilité «en cascade»), a été très critiquée par la doctrine en raison de ses répercussions sur tout le droit pénal régissant les médias et sa limitation de la responsabilité.¹⁷⁷ D'après cet arrêt, on peut supposer qu'à l'avenir d'autres diffuseurs de produits médiatiques tomberont sous le coup de la responsabilité en cascade au sens de l'art. 27 CP, qui les privilégie, et qu'ils resteront en principe impunis. Une question n'a pas encore été éclaircie: dans quelle mesure un fournisseur d'accès à Internet peut-il être considéré comme une «personne responsable de la publication» au sens des art. 27 et 322^{bis} CP?¹⁷⁸

En examinant l'applicabilité de l'art. 27 CP à l'art. 261^{bis} CP, le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion que l'art. 27 CP n'est pas applicable à la norme pénale contre la discrimination raciale parce que cela irait à l'encontre du but poursuivi par le législateur lorsqu'il a créé cette dernière.¹⁷⁹ Cette jurisprudence a été confirmée dans un arrêt ultérieur du Tribunal fédéral.¹⁸⁰

Une partie de la doctrine argue que la discrimination raciale est aussi un délit de presse au sens de l'art. 27 CP. La majorité reconnaît toutefois que l'art. 27 CP n'est pas applicable à l'art. 261^{bis}, al. 1 à 3 CP, parce que l'art. 261^{bis}, al. 3 CP élève au rang de délit la forme de participation qu'est l'instigation aux infractions prévues à l'art. 261^{bis}, al. 1 et 2 CP et prime ainsi, en tant que *lex specialis*, sur la réglementation générale prévue à l'art. 27 CP.¹⁸¹ L'al. 4 de la norme pénale contre la discrimination raciale ne doit pas non plus être qualifié

¹⁷⁶ Voir arrêt 1999-33 (ATF 125 IV 206 consid. 3c et d, S. 211f.), banque de données de la CFR.

¹⁷⁷ Riklin Franz, Kaskadenhaftung – quo vadis? In: *Medialex* 4/00, p. 199 - 208; Schleiminger Dorrit / Mettler Christoph, Strafbarkeit der Medienverantwortlichen im Falle von Rassendiskriminierung. Art. 27, Art. 261^{bis} al. 4 StGB. Urteilsbesprechung des ATF 125 IV 206. In: *AJP/PJA* 8/00, p. 1039 - 1041; Chaix/Bertossa, lois d'exceptions, p. 193 ss; Born Christoph, Wann haften Medienschaffende für die Wiedergabe widerrechtlicher Äusserungen Dritter? In: *Medialex* 1/01, p. 18.

¹⁷⁸ Si tel était le cas, la personne responsable de la publication pourrait être impliquée pénalement à titre subsidiaire. Cette question se posera si l'auteur du contenu publié sur Internet se trouve à l'étranger ou si le contenu incriminé a été mis sur Internet à l'étranger. Il n'existe encore aucun arrêt sur le sujet.

¹⁷⁹ Voir arrêts 1999-33 (ATF 125 IV consid. 3c et d, p. 211 s.): banque de données de la CFR. Si une norme pénale a précisément pour but d'interdire les publications racistes et que l'on fasse profiter les responsables de telles publications d'un régime spécial, c'est contraire au but visé par le législateur au travers de l'art. 261^{bis} CP.

¹⁸⁰ Voir arrêt 2000-33 (ATF 126 IV 177), banque de données de la CFR.

¹⁸¹ Schleiminger, *Basler Kommentar*, N 81; Niggli, *Kommentar*, N 1274; Chaix /Bertossa, lois d'exceptions, p. 193 ss.

de délit de presse, si l'on se réfère aux ATF cités plus haut, parce que cela contredirait la *ratio legis* de l'art. 261^{bis} CP. L'éventuelle applicabilité de l'art. 27 CP à l'art. 261^{bis}, al. 5 CP n'a pas encore été tirée au clair.

Il faut mentionner dans la casuistique, à titre d'exemple, le cas où des propos antisémites avaient été tenus par un représentant d'une communauté religieuse dans une interview donnée à un journal. Le tribunal compétent a condamné le représentant de la communauté religieuse pour discrimination raciale, bien que le texte publié ait été écrit par un journaliste. En effet, il était considéré comme auteur pénalement (co)responsable au sens de l'art. 27 CP, parce que dans une interview qui, *en l'espèce*, avait de plus été corrigée par lui-même ou sa représentante avec son accord, [...] la personne interviewée doit être considéré comme l'auteur de ses déclarations.¹⁸² Le tribunal a également considéré que l'intervieweur et le rédacteur responsable avaient participé à l'infraction, parce qu'ils avaient provoqué les propos antisémites par leur technique d'interview.¹⁸³

¹⁸² Voir arrêt 1997-28, banque de données de la CFR.

¹⁸³ Voir arrêt 1997-28, banque de données de la CFR. Les responsabilités pénales de l'intervieweur et du rédacteur responsable ont été jugées dans une procédure dont la CFR n'a pas plus ample connaissance. Voir, au sujet de la responsabilité pénale des journalistes et rédacteurs, arrêt 2000-19, banque de données de la CFR.

10 Conclusions

Malgré les craintes exprimées initialement que l'imprécision de la norme n'entraîne des difficultés d'application, on peut constater, en conclusion, que les dispositions de l'art. 261^{bis} CP peuvent être appliquées avec cohérence.

Nous avons autant que possible abordé dans la présente synthèse les tendances générales de la jurisprudence concernant l'art. 261^{bis} CP. La valeur indicative de la pratique des tribunaux n'est cependant pas facile à analyser, car il est difficile de classer les cas en raison des constellations matérielles qui varient considérablement d'un cas à l'autre, et de la casuistique, qui est parfois contradictoire.

A noter qu'une grande partie des procédures ouvertes en vertu de l'art. 261^{bis} CP ont été classées en raison des difficultés posées par la démonstration de la preuve et que l'applicabilité de la norme pénale contre la discrimination raciale a souvent été exclue en raison de l'insuffisance du caractère public. Les tribunaux se sont en effet longtemps fondés sur une notion restrictive de ce dernier. Cela devrait dissiper la crainte de voir la discrimination raciale dans la sphère privée considérée comme une infraction pénale. Cette pratique a entraîné une certaine insécurité juridique. L'arrêt du Tribunal fédéral de mai 2004 a cependant clarifié le critère du caractère public, s'écartant en partie de la jurisprudence passée. Il faut attendre de voir si cette pratique actuelle du Tribunal fédéral se confirmera. Cela dit, même après cet arrêt du Tribunal fédéral, les déclarations faites et les actes racistes commis dans un environnement marqué par des relations personnelles ne relèveront pas du droit pénal, contrairement aux arguments souvent avancés par des critiques, par exemple celui selon lequel la liberté de parole ne serait plus garantie à la table des habitués. Au cours des dix premières années d'application de l'art. 261^{bis} CP, il n'y a eu qu'un arrêt relatif à un cas survenu à la table des habitués. Le Tribunal compétent a relaxé la personne incriminée.¹⁸⁴ On peut en déduire qu'il n'y a pas eu les dénonciations et les procédures pénales redoutées et avancées comme arguments contre l'art. 261^{bis} CP.

De manière générale, la question du bien juridique protégé par l'art. 261^{bis} CP a été source de débats, dans la doctrine comme dans la jurisprudence.

Malheureusement, le Tribunal fédéral ne reconnaît pas la dignité humaine comme bien juridique protégé par les différents éléments constitutifs de l'infraction énumérés dans la norme pénale contre la discrimination raciale. Il résulte de cette jurisprudence que la qualité de victime, au sens de la loi sur l'aide aux victimes d'infraction, est souvent refusée aux individus et que les personnes lésées ne peuvent demander réparation.

Le cercle de personnes protégées par la norme est lui aussi contesté, même si, dans la norme pénale, les étrangers et les demandeurs d'asile, qui sont souvent agressés, sont des objets protégés par l'art. 261^{bis} CP dès que les termes d'«étrangers», «demandeurs d'asile» ou autres sont utilisés comme synonymes d'ethnies et de «races».

¹⁸⁴ Voir arrêt 1997-28, banque de données de la CFR.

Les craintes émises par une partie des critiques, selon lesquels la norme pénale contre la discrimination raciale pourrait restreindre la liberté d'expression ou lui porter atteinte d'une manière inadmissible, n'ont pas été confirmées. Comme nous l'avons expliqué au chapitre 3, l'art. 261^{bis} CP ne porte pas atteinte à la liberté d'expression. Nul ne peut invoquer le droit fondamental à la liberté d'expression tout en portant atteinte au bien juridique protégé par l'art. 261^{bis} CP qu'est la dignité humaine, c'est-à-dire en déniait leur égalité en droit à certaines personnes en raison de leur «race», ethnique ou religion. La liberté d'expression n'est pas absolue; elle peut être soumise à des restrictions légales lorsque celles-ci sont nécessaires au maintien de l'ordre social d'une démocratie. Ainsi, les déclarations racistes ne peuvent être protégées en invoquant ce droit fondamental.

La conception du refus de prestation au sens de l'al. 5 pose un autre problème juridique. Il faut attendre de voir dans quelle mesure cet alinéa sera applicable à des rapports contractuels privés tels que ceux du logement et du travail. Cela serait souhaitable au sens de la Directive 2000/43/CE¹⁸⁵ du Conseil de l' UE. S'agissant de l'al. 5, il faut attendre qu'un arrêt du Tribunal suprême à ce propos clarifie cette question. De bons arguments permettraient en effet de juger différemment une partie de la casuistique bien pauvre jusqu'à présent, par exemple dans un cas relatif au refus d'accès qui a été suspendu.¹⁸⁶

Espérons que la jurisprudence adoptera une position claire au sujet des problèmes cités.

Il s'agit maintenant de viser *de lege ferenda* une extension du champ d'application de la norme pénale contre la discrimination raciale, afin que les marques ostentatoires de discrimination à motif raciste, attitude, gestes ou saluts à caractère raciste, qui se manifestent publiquement, ainsi que la création ou la participation à des associations projetant des actes punissables au sens de l'art. 261^{bis} CP, soient punis. Cela permettrait d'empêcher que des espaces non réglementés soient exploités par des groupes de radicaux de droite. Un premier pas a été fait avec le projet d'art. 261^{ter} et 261^{quater} CP.

Au terme de la présente analyse succincte de la casuistique relative à la norme pénale contre la discrimination raciale, nous pouvons dire que les autorités judiciaires traitent l'article en question prudemment. En comparaison internationale, le législateur suisse s'est montré plutôt prudent, optant pour une variante minimale en ce qui concerne la punissabilité de la discrimination raciale (voir l'exemple de la France en la matière). Si l'article 261bis CP donne toujours lieu à des débats, c'est que cela réside dans la nature politique de la chose et non pas dans l'excès de procédures qualifiées d'inutiles ou la jurisprudence en soi.

¹⁸⁵ Directive 2000/43/CE du Conseil de l' UE, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

¹⁸⁶ Voir arrêt 2004-23, banque de données de la CFR. Les motifs invoqués en l'espèce pour demander la suspension peuvent, dans l'extrême, entraîner la ségrégation, ce qui, selon nous, serait contraire à la *ratio legis* de l'art. 261^{bis} CP. Cela reviendrait à dire, concrètement, que la procédure ne pourrait être suspendue pour ce motif.

Bibliographie

Littérature citée

Chaix François / Bertossa Bernard 2002, La répression de la discrimination raciale: lois d'exceptions? La semaine judiciaire n° 7 juin 2002 II, p. 177 – 205.

cit. Chaix / Bertossa, lois d'exceptions

Niggli Marcel Alexander 1996, Rassendiskriminierung: ein Kommentar zu art. 261^{bis} CP und art. 171c MStG: mit Rücksicht auf das «Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung» und die entsprechenden Regelungen anderer Unterzeichnerstaaten. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag.

cit. Niggli, Kommentar

Rieder Andreas 1999, Rassendiskriminierung und Strafrecht: Wie bewährt sich art. 261^{bis} CP in der Rechtsanwendung? In: Rassendiskriminierung: tribunalspraxis zu art. 261^{bis} CP – Analysen, Gutachten und Dokumentation der tribunalspraxis 1995-1998, (Hrsg.) GMS, GRA, CRF, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, S. 201 – 223.

cit. Rieder, Rechtsanwendung

Riklin Franz 1995, Die neue Strafbestimmung der Rassendiskriminierung. In: Medialex, 1/95, S. 36 – 44.

cit. Riklin, Strafbestimmung

Rom Robert 1995, Die Behandlung der Rassendiskriminierung im schweizerischen Strafrecht. Entlebuch: Huber Druck, Diss. Zürich.

cit. Rom, Rassendiskriminierung

Schleiminger Dorrit 2003, art. 261^{bis} CP. In: Basler Kommentar Bd. 2 (Hrsg. Niggli Marcel Alexander), Basel: Helbing & Lichtenhahn.

cit. Schleiminger, Basler Kommentar

Stratenwerth Günter 2000, Straftaten gegen Gemeininteressen. 5. Auflage, Bern: Stämpfli Verlag, S. 177 – 187.

cit. Stratenwerth, 2000

Trechsel Stefan 1997, Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937. (Kurzkomentar). 2. Auflage, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, N 11 zu art. 261^{bis}.

cit. Trechsel, Kurzkomentar

Matériaux

Message concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la révision y relative du droit pénal du 2 mars 1992, FF 1992 III 265 – 340.

cit. Message de 1992

Groupe de travail interdépartemental «Extrémisme de droite», octobre 2001, «Coordination et mise en œuvre de mesures dans le domaine de l'extrémisme de droite», rapport du groupe de travail au Conseil fédéral, Berne.

Projet de loi fédérale instituant des mesures contre le racisme, le hooliganisme et la propagande incitant à la violence.

Littérature générale sur l'art. 261^{bis} CP

Gesellschaft für bedrohte Völker März 2002, Ein Zeichen der Gerechtigkeit für die vergessenen Opfer von 1915; Für eine Anerkennung des Völkermordes an den Armeniern (Dokumentation). Berne.

Riklin Franz 1996, «Tamil-Touristen» – Strafbare Rassendiskriminierung? Urteilsbesprechung des Entscheids des Bezirksgerichts St.Gallen vom 18.03.1996. In: Medialex 2/96, S. 108.

Rupen Boyadjian, novembre 2002, Zum Rechtsfall wegen Leugnung des Völkermords an den Armeniern (allemand). A télécharger sur le site Web www.armenian.ch

Vest Hans 2000, Zur Leugnung des Völkermordes an den Armeniern 1915. In: AJP/PJA 1/00, S. 66 - 72

Les auteures

Fabienne Zannol a obtenu en 2001 une licence en droit de l'Université de Berne. Elle a travaillé de 2002 à 2003 d'abord comme juriste stagiaire, puis durant quelques mois comme collaboratrice scientifique à la Commission fédérale contre le racisme (CFR). Depuis la mi-2004, elle travaille en qualité de secrétaire juriste à la Commission suisse de recours en matière d'asile (CRA).

Gabriella Tau a achevé en 2004 ses études bilingues de droit avec spécialisation en droit européen et droit des religions à Freiburg i. Ue., puis elle a fait un stage d'un an en tant que juriste à la Commission fédérale contre le racisme (CFR).

Sabine Kreienbühl a obtenu en 2005 une licence en droit de l'Université de Berne. Elle s'est spécialisée en droit international public. Elle a travaillé de 2006 à 2007 à la Commission fédérale contre le racisme (CFR) en qualité de juriste stagiaire.