



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



Résumé

La discrimination raciale au sens de l'article 261^{bis} CP Brève analyse

par Marcel A. Niggli et Gerhard Fiolka

Bien juridique

Le **bien juridique protégé par l'article 261^{bis} CP** est la **dignité humaine**.^{T1} L'article 261^{bis} CP protège accessoirement la paix publique, mais il ne se distingue pas de ce faisant d'autres dispositions pénales.²

Rapport avec la liberté d'expression

L'article 261^{bis} CP peut, à première vue, paraître en contradiction avec la liberté d'expression ancrée à l'article 16, alinéa 2 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération helvétique du 18 avril 1999, RS 101) et à l'article 10, alinéa 1 CEDH³. Mais l'article 10, alinéa 2 CEDH prévoit que la liberté d'expression peut être soumise à des restrictions nécessitées par la défense de l'ordre dans une société démocratique. Tel est l'objet de la norme pénale antiraciste dans le domaine de la discrimination raciale. Celui qui dénie l'égalité de droit à autrui en raison de son appartenance à une «race», ethnie ou religion ne peut en appeler à la protection de ces droits fondamentaux.⁴



CFR, SG-DFI, Inselgasse 1, CH-3003 Berne
Tél. +41 31 324 12 93, Fax +41 31 322 44 37, ekr-cfr@gs-edi.admin.ch, www.ekr-cfr.ch

Les délits prévus à l'article 261^{bis} CP

Alinéa	Circonstance	Alinéas	Destinataires
1	Acte public	Incitation à la haine ou à la discrimination	Public
2	Acte public	Propagation d'idéologie	Public
3	Acte public	Organisation etc. d'actions de propagande	Public
4-1	Acte public	Abaissement/discrimination d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine	Personne/groupe (vivant)
4-2	Acte public	Déni de génocide/crime contre l'humanité	Personne/groupe (décédé)
5	Acte public	Refus d'une prestation destinée à l'usage public	Personne/groupe (vivant)

Objet protégé

Groupe

L'article 261^{bis} CP protège les groupes raciaux, ethniques et religieux (énumération exhaustive). Les critères sont les suivants:

- Les individus qui présentent une caractéristique déterminée (physionomie, valeurs, croyance, histoire) doivent se considérer comme un groupe et éprouver un certain sentiment d'appartenance.⁵
- Les personnes qui présentent ladite caractéristique doivent également être considérées dans leur majorité, par celles qui ne la présentent pas, comme appartenant à un groupe et traitées comme telles, et non comme majorité aléatoire d'individus présentant la même caractéristique.⁶

Race

Les *groupes raciaux* sont par exemple les Asiatiques, les Noirs, les Sémites, les Blancs⁷.

Ne sont pas des groupes raciaux les femmes, les hommes, les handicapés, les diabétiques, les blonds, les gens du sud.⁸

Ethnie

Les *ethnies* sont par exemple: les Appenzellois, les Allemands du Nord, les Tamouls, les Siciliens.⁹

Ne sont pas des ethnies les Européens, les habitants du Tiers-monde, les Nord-Américains, les punks, les skinheads.¹⁰

Religion

A côté des religions traditionnelles, l'article 261^{bis} CP protège aussi les groupes religieux dont les membres ne forment qu'une minorité.¹¹ Il protège également les athées. Les religions se distinguent des phénomènes subculturels par leur relative stabilité: la croyance religieuse n'est pas soumise à de fortes fluctuations.¹² Par ailleurs, les religions sont considérées comme n'étant pas orientées prioritairement sur des aspects économiques, ce qui écarte les organisations telles que l'Église de scientologie¹³. Enfin, on peut exclure l'existence d'une religion – partant d'une définition libérale – lorsqu'une organisation exerce une pression sur ses membres.¹⁴

Nationalité, étrangers, requérants d'asile

L'article 261^{bis} n'englobe pas la discrimination fondée exclusivement sur l'appartenance nationale ou les catégories juridiques «étrangers» et «requérants d'asile». Mais quand la nationalité ou les notions d'étrangers et de requérants d'asile sont utilisés quasiment comme «camouflage», c'est-à-dire sans référence à la nationalité ou à la catégorie juridique, mais comme synonymes de «race», d'ethnie ou de religion, l'élément constitutif de l'infraction au sens de l'article 261^{bis} est donné.

Public

L'article 261^{bis} ne considère que l'acte public. Le caractère public d'une déclaration ou d'un acte découle de la délimitation opérée avec l'acte privé.¹⁵ Il est donc déterminant de savoir si un rapport de confiance existe entre l'auteur des paroles et son interlocuteur.¹⁶

Éléments objectifs constitutifs de l'infraction

AI. 1: Incitation à la haine ou à la discrimination

Il y a **discrimination** lorsque le principe d'égalité est lésé par le fait qu'une inégalité de traitement sans raison objective est reliée aux critères de la race, de l'ethnie

ou de la religion, et qu'elle a lieu volontairement ou qu'elle a pour effet que les personnes concernées ne peuvent exercer les droits humains qui leur reviennent ou sont limitées ou invalidées dans l'exercice de ces droits. L'auteur de l'infraction conteste, dénie ou empêche l'égalité de tous face aux droits de l'homme.¹⁷

La notion de **haine** doit exprimer le climat hostile et l'atmosphère malveillante qui sont la véritable source des actes de violence. Il n'est pas important que l'hostilité se traduise par des actes.¹⁸

Inciter définit la prise d'influence durable et pressante sur des êtres humains dans le but ou avec le résultat de communiquer une attitude hostile – qu'elle se situe sur un niveau spirituel ou affectif – envers une personne ou un groupe de personnes donné en raison de son appartenance raciale, ethnique ou religieuse ou encore d'instaurer ou de renforcer un climat hostile aux personnes concernées. L'élément déterminant est que l'impression soit donnée que les personnes ou groupes de personnes concernés sont inférieures aux autres, de sorte qu'elles n'ont pas les mêmes droits fondamentaux que les autres.¹⁹

Al. 2: Propagation d'idéologie

Propager au sens de l'article 261^{bis}, alinéa 2 CP concerne tout acte ou déclaration adressée à un public au nombre incertain et destinée à porter à la connaissance des destinataires un certain contenu, certains faits ou certains jugements de valeur.²⁰

Les idéologies sont des constructions de la pensée (en termes neutres) qui reposent sur certaines hypothèses fondamentales impossibles à justifier, l'arrière-plan de ces hypothèses étant généralement obscur. Le choix (souvent dissimulé) de ces hypothèses repose sur des intérêts et des objectifs sociaux.²¹ La notion d'**idéologie** ne s'entend toutefois pas, dans le contexte de l'article 261^{bis} CP, de manière aussi neutre, mais contient (selon la tradition de la critique idéologique) un jugement de «non-valeur» qui se réfère au fait que les idées et valeurs concernées affirment, ou du moins laissent implicitement entendre, qu'elles sont véridiques et de validité générale, bien qu'elles soient en réalité la simple expression d'une aspiration égoïste, d'un préjugé spécifique ou d'un dogme revendiquant une validité générale.²²

Une idéologie vise à **rabaisser**, au sens de l'article 261^{bis}, alinéa 2 CP, quand elle contient l'affirmation qu'une personne ou un groupe de personnes est inférieur à d'autres.²³

Evoquer le rabaissement «systématique» ne peut avoir de sens pour la punissabilité que lorsque l'ampleur de systématisme exigée va plus loin que le contenu même de l'idéologie.²⁴ Seules les idéologies représentant une construction de la pensée visent à rabaisser et dénigrer **de façon systématique**, c'est-à-dire des idéologies qui sont définies par des rapports structurés.²⁵ Il ne s'agit donc pas d'idées prises individuellement ; celles-ci peuvent éventuellement être visées par l'alinéa 4.²⁶

Al. 3: Actions de propagande

L'expression **dans le même dessein** délimite les actions de propagande auxquelles les infractions prévues à l'article 261^{bis}, alinéa 3 CP sont susceptibles de se référer, c'est-à-dire les actions de propagande qui ont pour but de stimuler ou d'inciter à la haine ou à la discrimination ou encore de propager des idéologies visant à rabaisser et dénigrer systématiquement.²⁷

En vertu de l'ATF 68 IV 147 ss, la **propagande** peut consister objectivement dans tous les actes visibles, comme les discours, le prêt ou la distribution d'écrits, l'exposition de photos, le port d'insignes, et de simples attitudes.

Les infractions prévues par l'article 261^{bis}, alinéa 3 CP constituent des **formes de participation verselbständigte/autonomes**.²⁸ La conséquence en est que la tentative de complicité au sens de l'article 21, en liaison avec l'article 261^{bis}, alinéa 3, est punissable.²⁹ Les infractions prévues par l'article 261^{bis}, alinéa 3 CP élèvent en outre les actes préparatoires au rang de véritables délits.³⁰

Organiser englobe les actes de préparation et d'assistance. Les verbes «encourager» et «prendre part» sont censés couvrir toutes les formes imaginables de participation, y compris le financement, dans la mesure seulement où elles facilitent l'exécution de l'action de propagande.

A la différence des autres éléments constitutifs d'infraction de l'article 261^{bis} CP, qui sont conditionnés par l'existence d'un lien direct avec le **public** ou d'une action commise publiquement, tel n'est apparemment pas le cas des infractions prévues par l'article 261^{bis}, alinéa 3 CP.

Al. 4 – 1^{ère} moitié: Abaissement/discrimination

Il n'importe pas que le rabaissement ou la discrimination ait eu lieu oralement, par écrit, en paroles ou en images, ou par gestes.

Les termes **ou de toute autre manière** sont censés compléter l'énumération des actes possibles.³¹

Dans la littérature, certains présupposent que la mention de la **dignité humaine** à l'alinéa 4 vise à exprimer que seuls les cas graves doivent être considérés.³²

La qualité d'être humain est également déniée à une personne quand l'affirmation de son infériorité ou le déni de son égalité de droit ne concerne qu'un domaine donné, car la dignité humaine ne tient pas seulement dans la désignation «être humain», mais concerne l'égalité fondamentale dans tous les domaines de la vie.³³ L'alinéa 4 est régulièrement appliqué à l'encontre de déclarations qui dénie aux membres d'un groupe donné le droit de vivre («Il faudrait tuer / Il aurait fallu tuer les membres du groupe X»). L'imputation de certains types de comportements ou caractéristiques ou la critique de certaines coutumes ou de normes de comportement ne porte généralement pas atteinte à la dignité humaine, à moins d'impliquer l'infériorité de droit ou l'infériorité pure et simple d'un groupe.³⁴

Al. 4 – 2^e moitié: Déni de génocide

La principale application de cette disposition consiste dans le **déni d'Auschwitz**. On entend par **génocide** les actes énumérés à l'article II de la Convention internationale du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide et l'article 4, chiffre 2 du statut du Tribunal international, à savoir le meurtre, l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale, la soumission intentionnelle de groupes à des conditions d'existence devant entraîner leur destruction physique totale ou partielle, les mesures visant à entraver les naissances et le transfert forcé d'enfants d'un groupe à un autre.³⁵

Les **crimes contre l'humanité** sont, au sens de l'article 5 du statut du Tribunal international, les crimes mentionnés (assassinat, extermination, réduction en esclavage,...), dans la mesure où ils ont été commis au cours d'un conflit armé (qu'il soit international ou interne), c'est-à-dire pendant ou immédiatement avant un tel conflit.

Seuls sont considérés les faits qui ne font aucun doute, quand ils sont considérés comme généralement connus et prouvés sur la base de nombreux rapports crédibles. Dans un procès pénal, il n'y a toutefois pas à apporter la preuve de la vérité.³⁶ Une chose qui pose problème aux juges, notamment dans le cas de génocides nouveaux ou inconnus.³⁷

Il peut également y avoir **négation** quand l'événement est présenté comme non prouvé, par exemple par la formule de «prétendu massacre».³⁸

Minimiser grossièrement signifie que le génocide ou les crimes contre l'humanité ne sont pas niés, c'est-à-dire que leur réalité et leur véracité ne sont pas contestées, mais que certains affirment que la souffrance des victimes a été nettement moins grande qu'on ne l'admet généralement. (voir le contenu de l'arrêt du Tribunal fédéral, Cour de cassation, 22 mars 2000, 6S.719/1999.)

L'expression **chercher à justifier** consiste dans la légitimation du tort commis, l'acceptation de la violence imposée.³⁹ Les tentatives de justification peuvent aussi consister dans le fait d'imposer la coresponsabilité aux victimes ou de toute présenter comme les conséquences inévitables de la guerre.

Dans cette variante d'élément constitutif d'infraction prévue par l'article 261^{bis}, alinéa 4 CP, comme dans les autres, il n'importe pas que la déclaration soit dirigée directement contre un membre du groupe concerné.⁴⁰

Celui qui participe à la diffusion d'un écrit qui nie un génocide tombe sous le coup de l'article 261^{bis} même s'il n'y a pas vente.⁴¹

Al. 5: Refus d'une prestation

La notion de **prestation**, au sens de l'article 261^{bis}, alinéa 5 CP, couvre toutes les offres de biens ou services destinées au public, y compris la fourniture de ces prestations. Sont concernées les prestations matérielles ou immatérielles, p. ex. dans l'hôtellerie et la restauration (restaurants, hôtels, bars, etc.), dans le secteur des

loisirs (cinémas, discothèques, piscines, etc.), les transports (trains et cars), l'éducation (écoles, bibliothèques, expositions, etc.).⁴²

Les contrats de travail et de location d'appartements sont des cas limites problématiques.

Le **refus** consiste aussi bien dans le refus explicite que dans l'exclusion par rétention d'informations ou l'information volontairement erronée.⁴³

Le refus d'une prestation au sens de l'article 261^{bis}, alinéa 5 CP, **n'exige pas** – contrairement aux autres éléments constitutifs de la norme –, que l'acte soit commis publiquement.⁴⁴ Il suffit que la prestation soit en principe proposée à la communauté.

Élément subjectif constitutif de l'infraction

Toutes les variantes d'infraction ne peuvent être commises qu'intentionnellement, c'est-à-dire en toute conscience des éléments objectifs constitutifs de l'infraction et dans la volonté de les remplir, le dol éventuel suffisant (c'est-à-dire l'acceptation à bon compte de la réalisation de l'élément objectif constitutif de l'infraction).

-
- ¹ ATF 123 IV 202, 206 E. 3a; 124 IV 121, 125 ss, E. 2c; 126 IV 20, 24 E. 1c; 128 I 218 E. 1.4; avis détaillé dans NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 71 ss; même avis dans NIGGLI, RPS 1999; GUYAZ, Discriminierung, 241; REHBERG, IV, 180 : SCHLEIMINGER, CP, art. 261^{bis} N 7 ; autre avis dans KUNZ, RPS 1998; STRATENWERTH, BT/2, § 39 N 22 récuse que la dignité humaine et la paix publique sont des biens juridiques relevant de l'art. 261^{bis}; il en va autrement du déni du génocide: ATF 129 IV 95; la doctrine est controversée à ce sujet.
- ² Voir SCHLEIMINGER, CP, art. 261^{bis} N 7; FIOKA, CP, avant art. 258 N 2.
- ³ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue le 4 novembre 1950, RS 0.101.
- ⁴ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 573 ss, 581; SCHLEIMINGER, CP, art. 261^{bis} N 26; on trouve la même réflexion de principe à l'art. 17 CEDH.
- ⁵ Vision interne du groupe; perception de soi; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 355; SCHLEIMINGER, CP, art. 261^{bis} N 12.
- ⁶ Vision externe du groupe; perception des autres; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 356; SCHLEIMINGER, CP, art. 261^{bis} N 12.
- ⁷ Voir ATF 124 IV 121, 124.
- ⁸ Niggli, Rassendiskriminierung, N 419.
- ⁹ Niggli, Rassendiskriminierung, N 446; avis analogue dans REHBERG, IV, 181; RIKLIN, Medialex 1995, 38; TRECHSEL, CC, art. 261^{bis} N 12; avis sceptique quant au groupe populaire ou à l'ethnie cantonale STRATENWERTH, BT/2, § 39 N 26 et KUNZ, RPS 1992, 160; avis récusé par ROM, Rassendiskriminierung, 112 ss.
- ¹⁰ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 446.
- ¹¹ CHAIX/BERTOSSA, SJ 2002 II, 182 ss.
- ¹² NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 467.
- ¹³ Voir NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 477; avis détaillé dans SCHLEIMINGER, CP, art. 261^{bis} N 18.
- ¹⁴ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 478 ss.
- ¹⁵ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 700 ss.
- ¹⁶ FIOKA/NIGGLI, AJP 2001, 593 ss; FIOKA, CP, avant art. 258 N 14 ss ; CHAIX/BERTOSSA, SJ 2002 II, 195 ss.
- ¹⁷ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 748 cf.; STRATENWERTH, BT/2, § 39 N 31.
- ¹⁸ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 761.
- ¹⁹ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 769; ATF 124 IV 121, 124.
- ²⁰ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 759.
- ²¹ Voir NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 800 ss.
- ²² NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 804.
- ²³ SCHLEIMINGER, CP, art. 261^{bis} N 39.
- ²⁴ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 853.
- ²⁵ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 853; ROM, Rassendiskriminierung, 126; TRECHSEL, CC, art. 261^{bis} N 20 et 24; SCHLEIMINGER, CP, art. 261^{bis} N 38.
- ²⁶ Avis divergent STRATENWERTH, BT/2, § 39 N 33; STRAUSS, Verbot, 230 ss; REHBERG, IV, 186 la diffusion d'un seul dogme – p. ex. la supériorité de la race blanche – étant constitutive de l'infraction prévue à l'art. 261^{bis}, al. 2.
- ²⁷ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 883; SCHLEIMINGER, CP, art. 261^{bis} N 42: avis divergent GUYAZ, Discriminierung, 275 ss.

-
- 28 NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 895; SCHLEIMINGER, CP, art. 261^{bis} N 41; GUYAZ, Discriminierung, 279; MÜLLER, ZBJV 1994, 255; REHBERG, IV, 190; ROM, Rassendiskriminierung, 132; STRATENWERTH, BT/2, § 39 N 34; CHAIX/BERTOSSA, SJ 2002 II, 189 ss.
- 29 NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1243; GUYAZ, discrimination, 279; SCHLEIMINGER, CP, art. 261^{bis} N 41; CHAIX/BERTOSSA, SJ 2002 II, 189 ss.
- 30 CHAIX/BERTOSSA, SJ 2002 II, 187 ss.
- 31 NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 927.
- 32 KUNZ, RPS 1992, 163; RIKLIN, Medialex 1995, 41; MÜLLER, ZBJV 1994, 257.
- 33 Sur ce point, la critique de STRATENWERTH, BT/2, § 38 N 36 enfonce une porte ouverte.
- 34 NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 940 et 946; SCHLEIMINGER, CP, art. 261^{bis} N 52; ainsi que RIKLIN, Medialex 1995, 41; REHBERG, IV, 184; la personnalité dans son ensemble [doit] être touchée en tant que telle pour qu'on puisse parler d'atteinte à la dignité de l'homme.
- 35 Voir art. 264, al. 1; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 971; WEHREBERG, CP, art. 264 N 15 ss; CHAIX/BERTOSSA, SJ 2002 II, 183.
- 36 Voir ATF 121 IV 76, 85; SCHLEIMINGER, CP, art. 261^{bis} N 60; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1013.
- 37 Voir CHAIX/BERTOSSA, SJ 2002 II, 184 ss.
- 38 Arrêt du Tribunal fédéral, Cour de cassation, 3 mars 2000, 6P.132/1999, E. 9 d.
- 39 Aspect moral et éthique; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1003 ss; SCHLEIMINGER, CP, art. 261^{bis} N 63.
- 40 ATF 126 IV 20, 25.
- 41 ATF 127 IV 203, 206 ss: publication d'une annonce proposant l'écrit.
- 42 NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1041 ss ; SCHLEIMINGER, CP, art. 261^{bis} N 68; MÜLLER, ZBJV 1994, 257.
- 43 SCHLEIMINGER, CP, art. 261^{bis} N 73.
- 44 NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1202; SCHLEIMINGER, CP, art. 261^{bis} N 74.