

La norme pénale antiraciste dans la pratique judiciaire

Analyse de la jurisprudence relative à l'art. 261^{bis} CP de 1995 à 2019

Vera Leimgruber



La norme pénale antiraciste dans la pratique judiciaire

Analyse de la jurisprudence relative à l'art. 261^{bis} CP de 1995 à 2019

Une étude mandatée par la Commission fédérale contre le racisme CFR

Vera Leimgruber

Impressum

La norme pénale antiraciste dans la pratique judiciaire.

Analyse de la jurisprudence relative à l'art. 261^{bis} du code pénal suisse de 1995 à 2019.

Vera Leimgruber, Berne, janvier 2021.

Éditeur

Commission fédérale contre le racisme (CFR), Inselgasse 1, CH – 3003 Berne.
Tél. 058 464 12 93. ekr-cfr@gs-edi.admin.ch. www.ekr.admin.ch

Traduction

Français: Service linguistique français SG-DFI
Italien: Servizio linguistico italiano SG-DFI

Conception graphique

Monica Kummer Color Communications

Page de couverture

La fontaine de la Justice de la ville de Berne, Wikimedia Commons

Commande et téléchargement

www.ekr.admin.ch

Reproduction autorisée avec mention de la source ; copie à la CFR

Table des matières

1. Introduction	7
2. Méthode et objectif	9
3. Bases de l'analyse	10
3.1 Recueil des cas juridiques de la CFR	10
3.2 Statistiques	11
4. Thèmes centraux	12
4.1 Tension entre norme pénale et liberté d'expression	12
4.1.1 Liberté d'expression et dignité humaine	12
4.1.2 Liberté d'expression et médias sociaux	13
4.1.3 Liberté d'expression dans le débat politique	13
4.1.4 Jurisprudence récente	14
4.1.5 Digression : que peut-on qualifier de raciste ?	17
4.2 Évolution de la jurisprudence concernant le racisme dans les médias sociaux et sur Internet	17
4.2.1 Définition des médias sociaux	17
4.2.2 Augmentation de la discrimination « raciale » sur Internet	18
4.2.3 Opérateurs de sites web et fournisseurs de services Internet	19
4.2.4 Publicité dans les médias sociaux et sur Internet	20
4.2.5 Points particuliers	21
<i>Le renvoi par liens à d'autres sites</i>	21
<i>« Liker » des messages</i>	22
<i>Le principe de la territorialité appliqué aux propos publiés sur Internet</i>	23
<i>Culpabilité</i>	23
4.3 Traitement de la notion de « race » dans la jurisprudence	24
4.3.1 La notion de « race » dans le code pénal	24
4.3.2 Définition de la notion de « race » par la jurisprudence	24
4.3.3 Utilisation du terme « race » dans la jurisprudence	26
4.3.4 Que recouvre la notion de « race » ?	27

4.4	Traitement de l'appartenance ethnique dans la jurisprudence	29
4.4.1	Problématique	29
4.4.2	La nationalité est-elle un groupe d'appartenance ethnique ?	29
4.4.3	Termes génériques	31
4.5	Négation de génocide	33
4.5.1	Généralités	33
4.5.2	Bien juridique protégé et légitimation à recourir	34
4.5.3	L'Holocauste	34
	<i>L'Holocauste en tant que fait historique</i>	34
	<i>Négation de l'Holocauste sur Internet et dans les médias sociaux</i>	35
	<i>Négation « pseudo-scientifique » de l'Holocauste</i>	36
4.5.4	Le génocide arménien et l'affaire Doğu Perinçek	39
4.5.5	Négation du massacre de Srebrenica	40
4.5.6	Différence de traitement pour différents génocides	41
4.5.7	Jurisprudence récente sur les éléments subjectifs de l'infraction	42
4.6	La problématique des symboles racistes	42
4.6.1	Pas d'interdiction des symboles racistes	42
4.6.2	Les symboles racistes : une manière d'afficher ses convictions personnelles ou de propager une idéologie ?	42
4.6.3	Salut hitlérien	45
4.6.4	Interdiction des symboles racistes ?	47
5.	Conclusion	47

1. Introduction

La Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD) est entrée en vigueur en Suisse le 29 décembre 1994. Elle oblige les États parties à poursuivre une politique tendant à éliminer toute forme de racisme et à prendre à cette fin tous les moyens appropriés, y compris des mesures législatives¹. Une année auparavant, le peuple suisse s'était prononcé en faveur de l'introduction dans le code pénal (CP) d'une disposition qui condamne toute discrimination publique fondée sur l'appartenance raciale. Cette modification de loi était en effet une condition à la ratification de la CERD par la Suisse. L'art. 261^{bis} CP, appelé aussi norme pénale contre le racisme, interdit l'incitation à la haine ou à la discrimination, la propagation des idéologies racistes, le rabaissement de quiconque et le refus d'une prestation destinée à l'usage public. Il punit également la négation des génocides ou d'autres crimes contre l'humanité. Jusque-là, l'article portait uniquement sur les discriminations fondées sur l'appartenance « raciale »², ethnique ou religieuse. Le 9 février 2020, le peuple suisse a accepté à 63,1 % la modification apportée à l'art. 261^{bis} CP, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2020, qui étend la norme pénale à toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Art. 261^{bis} CP³

Quiconque, publiquement, incite à la haine ou à la discrimination envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse ou de leur orientation sexuelle,

quiconque, publiquement, propage une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique cette personne ou ce groupe de personnes, **quiconque**, dans le même dessein, organise ou encourage des actions de propagande ou y prend part,

quiconque publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaisse ou discrimine d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse ou de leur orientation sexuelle ou qui, pour la même raison, nie, minimise grossièrement ou cherche à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité,

quiconque refuse à une personne ou à un groupe de personnes, en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse ou de leur orientation sexuelle, une prestation destinée à l'usage public, **est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.**

1 Art. 2, let. a, CERD.

2 La présente publication met des guillemets au mot « race » pour signifier qu'il s'agit d'une construction sociale à connotation raciste qui est réprouvée pour des raisons historiques.

3 État au 1^{er} juillet 2020.

La présente analyse donne un aperçu de la jurisprudence relative à l'art. 261^{bis} CP de ces 25 dernières années, avant l'extension de la norme pénale aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

Une condition du caractère punissable des actes visés à l'art. 261^{bis} CP est la publicité de ceux-ci, qui est donnée dès lors qu'une déclaration ou un acte n'est plus perçu (ou ne pourrait plus être perçu) seulement par un petit cercle caractérisé par des liens personnels étroits. En outre, la déclaration doit atteindre une certaine gravité en portant atteinte à la dignité humaine. Il y a atteinte à la dignité lorsqu'une personne se voit refuser le droit à une vie de même valeur et/ou les mêmes droits que les autres, ou que le droit à la vie est entièrement nié. Si élevées que soient les conditions posées par l'art. 261^{bis} CP, cette disposition pénale n'est pas restée exempte de critiques. Ses détracteurs estiment qu'elle restreint la liberté d'expression, au point qu'ils la considèrent comme une « loi muselière » et voudraient l'abroger.

2. Méthode et objectif

La présente analyse porte sur la jurisprudence établie par les tribunaux suisses de 1995 à 2019 sur l'art. 261^{bis} CP. Elle commence par un bref aperçu statistique des décisions et arrêts pris en considération, qui sont rassemblés dans le recueil en ligne des cas juridiques tenu par la Commission fédérale contre le racisme (CFR)⁴. Elle se concentre ensuite sur six thèmes centraux que la CFR considère comme particulièrement importants dans le cadre de la jurisprudence, vu l'attention qu'ils ont suscitée ou les changements considérables qu'ils n'ont cessé de connaître ces dernières années : les tensions entre le racisme et la liberté d'expression, le traitement des notions de « race » et d'ethnie (ou d' « appartenance raciale » ou « ethnique ») par les tribunaux, le racisme dans les réseaux sociaux et sur Internet, la négation de génocides et l'utilisation de symboles racistes.

Il s'agit d'une analyse qualitative centrée sur certains thèmes, et non d'une étude quantitative portant sur la totalité des arrêts. Elle se fonde sur les décisions contenues dans le recueil de cas juridiques de la CFR et, le cas échéant, sur d'autres arrêts publiés par le Tribunal fédéral, mais elle ne prétend pas couvrir de manière exhaustive tous les jugements prononcés.

En 2007 déjà, la CFR avait fait établir une analyse de la jurisprudence pour la période de 1995 à 2004, portant sur les actes commis, les objets protégés, les biens juridiques protégés par la norme pénale et les éléments subjectifs des infractions à l'art. 261^{bis} CP. La norme pénale était alors relativement nouvelle, et l'analyse se focalisait sur l'interprétation que les tribunaux donnaient des différentes notions qu'elle contient. Pour éviter toute redite inutile, la présente étude ne revient pas sur ces notions et leur interprétation par les tribunaux, d'autant que, dans l'interalle, la jurisprudence n'a guère changé sur ce point.

4 Accessible en ligne sous www.ekr.admin.ch > Prestations > Recueil de cas juridiques (consulté le 26.10.2020).

3. Bases de l'analyse

3.1 Recueil des cas juridiques de la CFR

La base de données de la CFR contient des résumés d'arrêts, d'ordonnances pénales, d'ordonnances de classement et de non-entrées en matière concernant l'art. 261^{bis} CP. Au 26 octobre 2020, on y dénombrait 935 affaires pour la période de 1995 à 2019⁵. En vertu de l'ordonnance du 10 novembre 2004 réglant la communication des décisions pénales prises par les autorités cantonales⁶, les tribunaux et les autorités de poursuite pénale sont tenus de communiquer tous les jugements, prononcés administratifs et ordonnances de non-lieu rendus en application de l'art. 261^{bis} CP au Service de renseignement de la Confédération (NRC), qui les transmet sous forme anonymisée à la CFR. Les ordonnances de non-entrée en matière n'étant pas concernées par l'ordonnance de 2004, seuls quelques tribunaux et autorités de poursuite pénale les communiquent spontanément à la CFR. Mais même pour les jugements, prononcés administratifs et ordonnances de non-lieu, la base de données ne peut garantir l'exhaustivité. La présente analyse se base sur les décisions transmises à la CFR de 1995 à 2019. Pour chacune, la CFR rédige un résumé anonymisé et retient des mots clés pour faciliter la recherche dans la base de données. Elle tient également une statistique qui donne un aperçu des informations les plus importantes. Certaines décisions ne parviennent à la CFR que des années après leur prononcé. Elles sont résumées et introduites dans la base de données au fur et à mesure de leur arrivée. Le nombre de cas indiqué dans cette analyse peut donc encore évoluer.

En 2019, la base de données a été fondamentalement restructurée. Jusque-là, la CFR répertoriait chaque décision séparément. Cela signifie que si, dans une affaire, une ordonnance pénale était d'abord prononcée, contre laquelle ensuite un recours était interjeté, donnant lieu à une décision d'un tribunal de première instance, l'ordonnance pénale et la décision du tribunal étaient chacune comptées, l'une indépendamment de l'autre. Ainsi, la base de données ne pouvait pas fournir d'informations sur le nombre d'incidents, mais seulement sur le nombre de décisions. Pour parer à cet inconvénient, la CFR a décidé de restructurer sa base de données en l'axant sur les cas. Cela a conduit à rassembler toutes les décisions relatives à la même affaire, et la statistique retient uniquement la dernière en date. Il est toujours possible de rechercher une décision particulière, mais il est désormais possible de voir immédiatement si la même affaire a fait l'objet d'autres décisions et ce qui s'en est suivi. Cependant, la CFR n'est pas en mesure de vérifier pour chaque décision si elle est entrée en force ou si elle fait encore l'objet d'un recours.

5 Tous les chiffres de cette publication se réfèrent à la date du 26 octobre 2020.

6 RS 312.3.

3.2 Statistiques

Pour la période de 1995 à 2019, la banque de données a enregistré 935 cas, dont 63 % se sont terminés par une condamnation, et 37 % par un acquittement, le classement de la procédure ou une ordonnance de non-entrée en matière. Les années 2006 et 2007 ont connu le plus grand nombre de cas avec respectivement 64 et 75 affaires. Les deux premières années suivant l'entrée en vigueur de la norme pénale (1995 et 1996) affichent le nombre le plus faible (4 et 18 cas).

La grande majorité des cas (plus de 490) se rapportent à la 1^{ère} partie de l'al. 4 de la disposition, autrement dit le rabaissement ou la discrimination pour des motifs racistes. Suivent les al. 1 et 2, avec respectivement un peu plus de 150 et un peu plus de 130 cas. L'al. 1 condamne l'incitation à la haine ou à la discrimination et l'al. 2, la diffusion d'idéologies racistes. La négation de génocides (2^e partie de l'al. 4) constitue le grief de près de 90 cas, tandis que l'organisation d'actions de propagande (al. 3) et le refus de fournir des prestations destinées au public (al. 5) font chacun l'objet d'un peu plus de 20 cas.

Les Juifs constituent le groupe de personnes le plus fréquemment visé (265 cas); ils sont suivis des « étrangers » (217) et des Noirs (188). Ainsi, l'idéologie la plus répandue est aussi l'antisémitisme, suivie de la xénophobie et du racisme anti-Noirs. Toutefois, de nombreuses affaires ne précisent pas qui sont les personnes ou les groupes visés; aussi, ces chiffres ne peuvent donner qu'un aperçu approximatif des groupes touchés.

Les actes sont commis la plupart du temps dans un lieu public (324) et moins souvent dans les médias, Internet compris (165). Ce nombre passe à 260 si l'on ajoute les actes commis sur les réseaux sociaux. En ce qui concerne les moyens qui servent à commettre l'infraction, la parole et l'écriture viennent en premier, avec environ 350 cas chacune. Une amende a été prononcée dans la majorité des cas (356). Viennent ensuite les peines pécuniaires (307) et les peines privatives de liberté (122).

Le canton de Zurich arrive en tête des cantons les plus touchés avec 160 cas. Il est suivi, dans l'ordre, par les cantons d'Argovie (116), de Berne (103) et de Vaud (100), et Obwald (2), Appenzell Rhodes-Intérieures (1) et Nidwald (1) arrivent en dernière position. Il n'est pas surprenant que les quatre cantons les plus peuplés soient en tête et que trois des moins peuplés soient en queue de liste.

4. Thèmes centraux

4.1 Tension entre norme pénale et liberté d'expression

4.1.1 Liberté d'expression et dignité humaine

Lorsque la norme pénale contre la discrimination raciale est critiquée publiquement, c'est souvent en référence à la liberté d'expression. Ses opposants vont jusqu'à parler de « loi muselière ». La norme contre le racisme vise à protéger en premier lieu la dignité humaine. La jurisprudence reconnaît qu'elle protège aussi la paix publique, mais celle-ci se déduit de la dignité humaine, selon Niggli⁷. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la paix publique est en jeu avant tout lorsqu'il est question de négation de génocides au sens de l'art. 261^{bis}, al. 4, 2^e partie, CP, mais Niggli estime que cette disposition elle aussi protège la dignité humaine⁸. Premier droit fondamental cité dans la Constitution suisse (art. 7 Cst.), la dignité humaine est le principe constitutif suprême de l'État et la valeur cardinale de l'ordre juridique. La liberté d'expression (art. 16 Cst.) représente aussi un pilier important de la démocratie en garantissant à tout un chacun le droit d'exprimer ses opinions, y compris lorsqu'elles sont déplaisantes ou même choquantes pour la majorité.

Lorsque deux droits fondamentaux sont en conflit, l'autorité judiciaire effectue en principe une pesée d'intérêts pour déterminer lequel prime. Dans les affaires relevant de la norme pénale contre le racisme, les autorités de poursuite pénale et les tribunaux mettent généralement en balance les droits protégés par l'art. 261^{bis} CP, d'une part, et la liberté d'expression, d'autre part ; ou, à tout le moins, ils considèrent qu'ils doivent tenir compte de la liberté d'expression dans leur interprétation de la norme pénale. Dans de nombreux cas, ils sont arrivés à la conclusion que seuls les propos et les formes de discrimination manifestement odieux et méprisants étaient pénalement répréhensibles.

À suivre la doctrine dominante, la dignité humaine constitue le cœur de tous les droits fondamentaux et sa violation est plus grave que toute autre violation, raison pour laquelle la dignité humaine ne peut être mise en balance avec d'autres droits⁹. Le seul critère pertinent devrait être l'atteinte à la dignité humaine. Autrement dit, les propos qui portent atteinte à la dignité humaine ne peuvent en aucun cas être protégés par la liberté d'expression. Cela signifie aussi que la liberté d'expression ne saurait en aucun cas légitimer les propos racistes visés par la norme en question¹⁰.

Les points suivants examinent comment les autorités de poursuite pénale et les tribunaux ont traité jusqu'à présent le conflit (préssumé) entre la norme pénale contre le racisme et la liberté d'expression.

7 Niggli Marcel Alexander, Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG, 2e éd., Zurich/Bâle/Genève 2007, n^{os} 340 ss.

8 Niggli, Kommentar, n^{os} 360 s.

9 Voir par ex. Niggli, Kommentar, n^{os} 384 ; Kiener Regina/ Kälin Walter, Grundrechte, 3^e éd., Berne 2018, p. 131 ; commentaire précisé dans Vera Leimgruber, « Concilier lutte contre le racisme et liberté d'expression : un exercice d'équilibriste ? », in Tangram 43 : www.ekr.admin.ch > Publications > TANGRAM > TANGRAM 43 (consulté le 8.9.2020).

10 Niggli, Kommentar, n^{os} 573 ss.

4.1.2 Liberté d'expression et médias sociaux¹¹

Dans la majorité des affaires portées devant la justice, et notamment dans celles qui concernent des propos tenus dans les médias sociaux, l'atteinte à la dignité humaine est à ce point manifeste que la question de savoir si la liberté d'expression est touchée ne se pose pas. C'est par exemple le cas d'une vidéo publiée sur YouTube, où un individu expliquait le fonctionnement d'une machine capable de hacher 3000 « nègres » (*Neger*) par jour¹². De même, pour les autorités de poursuite pénale sollicitées, il n'y avait pas de doute à avoir sur les commentaires suivants postés sur Facebook : « ... Malheureusement, notre cher Hitler en a bien trop peu attrapé ! Je le répète : détruisez Israël et vous aurez la paix dans le monde » (... *Leider hat unser lieber Hitler viel zu wenig von euch erwischt! Ich sags noch einmal – vernichtet Israel und es herrscht Weltfrieden*)¹³, « J'aurais pu tuer tous les Juifs, mais j'en ai épargné certains pour que vous compreniez pourquoi j'ai tué les autres – Adolf Hitler » (*Ich könnte alle Juden töten, aber ich habe einige am Leben gelassen, um Euch zu zeigen, wieso ich sie getötet habe – Adolf Hitler*)¹⁴ ou encore « Garez-moi ces chiens ! » (*Vergase die hünd!*)¹⁵. De même, l'infraction a paru manifeste pour ce post, au sujet de requérants d'asile musulmans : « Dommage que nous n'avons pas quelqu'un comme Hitler pour envoyer toute cette racaille dans les chambres à gaz. Ou est-ce que les chambres ne fonctionnent pas ? » (*Schade ist nicht einer da wie Hitler, wo dieses Gesindel in die Gaskammer schickt. Oder sind die Kammern noch nicht betriebsbereit?*)¹⁶.

De très nombreux cas compilés dans la banque de données de la CFR concernent de telles affirmations, clairement punissables, postées sur les réseaux sociaux¹⁷. Ils sont souvent réglés par une simple ordonnance pénale n'appelant aucune explication juridique particulière.

Dans d'autres cas moins manifestes, les autorités judiciaires prennent en considération la liberté d'expression. En 2015, un tribunal régional a dû statuer sur un commentaire et une image publiés sur Facebook : « Trop envie de gerber... quand est-ce qu'on va éradiquer cette religion?!? » et l'image était titrée : « Pensée du jour : avec Allah dans la tête, plus de place pour un cerveau » (*mir kommt gleich das kotzen... wann wird diese religion endlich ausgerottet?!? ; Weisheit des Tages : <Hast du Allah in der Birne, ist kein Platz mehr für's Gehirn.>*)¹⁸. Concernant l'image, le prévenu a invoqué la liberté d'expression, arguant qu'il s'agissait d'une caricature, et donc d'une satire. Le tribunal de première instance a rappelé que la liberté d'expression n'était pas absolue et qu'elle ne saurait justifier tous les propos offensants ou discriminatoires. Quant au texte, le tribunal a estimé qu'il n'avait rien d'humoristique. Il a certes tenu compte de la liberté d'expression dans ses considérants, mais l'a jugée de moindre importance.

4.1.3 Liberté d'expression dans le débat politique

Dans la plupart des arrêts dont les considérants mettent en balance des affirmations racistes et la liberté d'expression, les tribunaux et les autorités de poursuite pénale ont souligné qu'il faut accorder une importance particulière à la liberté d'expression lorsque les propos s'inscrivent dans le contexte du débat politique.

11 Le ch. 4.2 aborde d'autres questions relatives à l'évolution de la jurisprudence concernant le racisme dans les réseaux sociaux et sur Internet.

12 Décision 2016-018N de la banque de données de la CFR (ci-après : CFR 2016-018N).

13 CFR 2017-003N.

14 CFR 2015-057N.

15 CFR 2015-026N.

16 CFR 2015-056N.

17 Autres cas dont le caractère punissable est évident :

CFR 2016-005N ;

CFR 2014-015N ;

CFR 2014-017N.

18 CFR 2015-047N.

C'est en insistant sur ce point que, dans un arrêt de 2004, le Tribunal fédéral a annulé une condamnation pour discrimination raciale et renvoyé l'affaire à l'instance précédente. Motif : cette dernière n'avait pas suffisamment pris en considération la liberté d'expression dans son jugement¹⁹. L'affaire concernait un communiqué de presse publié sur le site de l'UDC, qui décrivait les réfugiés kosovars comme des criminels excessivement violents et demandait leur renvoi immédiat. Selon le Tribunal fédéral, on ne saurait admettre facilement l'existence d'une violation de la norme pénale contre le racisme car, dans une démocratie, il doit être permis d'exprimer des critiques, y compris contre certains groupes de population. Ces critiques peuvent contenir des exagérations, pour autant qu'elles restent globalement dans les limites de l'objectivité et reposent sur des éléments factuels. Toutefois, le Tribunal fédéral a souligné qu'« il ne faut pas non plus vider de sa substance la lutte contre la discrimination raciale »²⁰.

En 2003, un tribunal de première instance a clairement indiqué que la liberté d'expression doit être garantie, mais qu'elle ne bénéficie pas d'une protection illimitée. Un accusé l'invoquait en soulignant qu'il avait fait les déclarations qui lui étaient reprochées à l'approche d'une votation fédérale²¹. Il avait notamment décrit les SS comme les gardiens de la paix armés d'Adolf Hitler, et qualifié les « Balkaniques » (*Balkanesen*) de personnes ayant des comportements totalement réprouvés par la société. Le tribunal n'a pas accepté l'argument de la liberté d'expression. Selon lui, en édictant la norme pénale contre le racisme, le législateur a restreint la liberté d'expression et on ne peut plus invoquer les droits fondamentaux pour justifier un comportement punissable en vertu de l'art. 261^{bis} CP. La Cour d'appel a ajouté que, par principe, il n'est pas de conflit possible entre l'art. 261^{bis} CP et les droits fondamentaux. Quiconque exerce ses droits fondamentaux, par exemple en exprimant une opinion librement formée, doit également respecter les droits fondamentaux d'autrui. En conséquence, la liberté d'expression doit être exercée de telle sorte que les droits fondamentaux d'autrui ne soient pas violés – en l'occurrence la dignité humaine. C'est pourquoi le tribunal a conclu qu'il ne pouvait y avoir de conflit, sur le plan juridique, entre le caractère punissable de déclarations racistes qui portent atteinte à la dignité humaine et la liberté d'expression.

4.1.4 Jurisprudence récente

Le Tribunal fédéral a renforcé sa position sur la manière de pondérer liberté d'expression et lutte contre la discrimination raciale en confirmant la condamnation de deux employés du parti UDC pour une affiche intitulée : « Les Kosovars poignardent les Suisses » (*Kosovaren schlitzen Schweizer auf*)²².

En l'occurrence, il a estimé que la formule utilisée constituait une généralisation objectivement non fondée présentant les personnes d'origine kosovare comme des criminels excessivement dangereux et remettant en cause leur droit de rester en Suisse²³. Dans son jugement détaillé de 2016, la Cour suprême du Canton de Berne s'était ralliée à la décision de première instance, rappelant avec force que la dignité humaine était le principe constitutif suprême de l'État et, à ce titre, une valeur cardinale de l'ordre juridique. Selon elle, la teneur essentielle des droits fondamentaux ne peut être restreinte, et c'est pourquoi il ne peut exister de conflit

19 CFR 2003-030N (ATF 131 IV 23).

20 CFR 2003-030N (ATF 131 IV 23 consid. 3.1, p. 28).

21 CFR 2003-010N.

22 CFR 2017-010N (arrêt 6B_610/2016 du Tribunal fédéral du 13 avril 2017).

23 CFR 2017-010N (arrêt 6B_610/2016 du Tribunal fédéral du 13 avril 2017, consid. 3.3.3).

entre la protection contre la discrimination raciale et la liberté d'expression, car la dignité humaine est la condition préalable et la racine de tous les droits fondamentaux particuliers. La Cour d'appel bernoise suivait ainsi l'avis de Niggli, qui nie la possibilité même d'un conflit entre les droits fondamentaux²⁴. Elle a toutefois aussi souligné que l'interprétation de l'art. 261^{bis}, al. 4, CP devait tenir compte de la liberté d'expression, notamment dans les jugements ayant trait à des propos de nature politique.

En 2019, le Tribunal fédéral a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée par un tribunal régional selon laquelle l'interprétation de l'art. 261^{bis} CP doit tenir compte de la liberté d'expression²⁵. L'accusé avait publié cinq textes en 2015 et 2016 dans le magazine « Le pamphlet », dans lesquels il mettait en doute les preuves de génocide contre les Juifs européens, se référant à plusieurs reprises aux appréciations du négationniste français Robert Faurisson. Selon le Tribunal fédéral, la liberté d'expression est soumise aux restrictions que l'art. 261^{bis} CP prévoit pour protéger l'ordre public. L'accusé ne pouvait donc pas invoquer ses droits fondamentaux pour se défendre. Le Tribunal fédéral a également jugé que la liberté d'expression garantie par l'art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) pouvait être restreinte à certaines conditions, estimant qu'elle n'offrait pas plus de droits que la liberté d'expression inscrite dans la Constitution suisse.

Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a souligné que, dans une démocratie, on doit pouvoir exprimer des opinions qui déplaisent à la majorité, y compris celles que beaucoup trouvent choquantes. Il doit également être permis de critiquer certains groupes de personnes. Dans les débats publics, il n'est souvent pas possible de distinguer clairement dès le départ les critiques objectivement non fondées des critiques fondées. Si, par conséquent, fort d'une interprétation large du droit pénal, on devait imposer des exigences strictes pour déterminer les propos admissibles, il y aurait un risque de restreindre toutes les critiques, même celles qui sont fondées²⁶. À cet égard, les règles d'interprétation définies pour les cas d'atteinte à l'honneur devraient s'appliquer aussi à l'art. 261^{bis} CP. Toutefois, on ne devrait pas accorder à la liberté d'expression une importance telle que la lutte contre la discrimination se trouve vidée de sa substance²⁷.

Dès 2007, le Tribunal fédéral, en condamnant l'homme politique turc Doğu Perinçek, avait estimé qu'il n'était pas légitime d'invoquer la liberté d'opinion ou même la liberté de la science pour défendre la négation du génocide arménien, considérant que l'art. 261^{bis} CP constituait une base juridique à même de restreindre des droits fondamentaux²⁸. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme a ensuite pris la décision contraire et condamné la Suisse, en accordant plus de poids à la liberté d'expression dans cette affaire.

Dans un arrêt rendu en 2018 sur une affaire similaire, le Tribunal fédéral a ensuite adapté sa jurisprudence. La Cour d'appel du Tessin avait condamné l'auteur d'un article qui niait le génocide de Srebrenica et le qualifiait de propagande mensongère²⁹. Pour le Tribunal fédéral, bien que les éléments objectifs constitutifs d'une infraction à l'art. 261^{bis}, al. 4, CP soient réalisés, la décision de l'instance précédente violait le droit à la liberté d'expression. Le Tribunal fédéral a fondé sa

24 Niggli, Kommentar, n° 795.

25 CFR 2019-021N (arrêt 6B_350/2019 du Tribunal fédéral du 29 mai 2019). Ce cas est abordé plus avant au ch. 4.4.

26 CFR 2004-051N (ATF 131 IV 23 consid. 3.1, p. 28).

27 Le Tribunal fédéral invoque ici un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 septembre 1994, Jersild contre le Danemark.

28 CFR 2006-054N (arrêt 6B_398/2007 du Tribunal fédéral du 12 décembre 2007).

29 CFR 2018-039N (ATF 145 IV 23).

décision sur la jurisprudence développée dans l'affaire Perinçek en soulignant que l'expression d'opinions sur des questions d'intérêt général bénéficiait d'une très forte protection. Le texte concernait l'histoire récente et son objet était clairement d'intérêt public. Si le texte était sans aucun doute irrespectueux et insultant pour les familles des victimes et la mémoire de celles-ci, et même pour la communauté musulmane bosniaque, l'article ne devait pas être considéré comme une atteinte à leur dignité au point de nécessiter une action de droit pénal. Dans ces circonstances, on ne pouvait considérer une condamnation comme nécessaire dans une société démocratique – ce qui ne devait en aucun cas être considéré comme une légitimation de l'article en question.

Il faut signaler ici que les tribunaux accordent bien plus de poids à la liberté d'expression lorsque les propos négationnistes portent sur d'autres génocides que l'Holocauste. On peut supposer que cela provient de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, puisque le Tribunal fédéral, dans son premier arrêt sur l'affaire Perinçek, avait encore – à juste titre, de l'avis de beaucoup – admis une égalité entre tous les génocides³⁰.

Dans un jugement rendu en 2019, la Cour suprême du canton de Berne, tout comme le tribunal régional et les autorités de poursuite pénale qui l'ont précédé, est arrivée à la conclusion que le dessin d'une affiche de la section jeunesse de l'UDC dépassait « nettement le degré admissible » de liberté d'expression. L'affiche, sur laquelle on pouvait lire : « Nous disons non aux aires de transit pour les gitans étrangers » (*Wir sagen Nein zu Transitplätzen für ausländische Zigeuner!*), montrait un homme coiffé d'une casquette de montagnard et se bouchant le nez devant un terrain de camping jonché d'ordures, où une personne à la peau plus foncée fait ses besoins. La Cour suprême a estimé que la critique aurait pu être exprimée différemment. En effet, tout lecteur impartial comprend l'affiche comme une manière de rabaisser globalement les communautés nomades, qui, selon la jurisprudence, doivent être qualifiées de groupes ethniques³¹. L'affiche avait été publiée par deux membres de la section jeunesse de l'UDC en vue des élections cantonales. Pourtant, les juges bernois ont considéré que cette manière d'exprimer une opinion, même dans le contexte d'un débat politique, avait dépassé les limites. Les parties condamnées ont annoncé qu'elles allaient faire recours auprès du Tribunal fédéral.

La jurisprudence récente montre ainsi que les tribunaux tiennent compte de la liberté d'expression et la considèrent comme très importante, mais des arrêts plus anciens lui donnaient un plus grand poids. Entre-temps, le Tribunal fédéral en est venu à penser que la dignité humaine ne peut être mise en balance avec d'autres droits fondamentaux et que la liberté d'expression ne protège en aucun cas les déclarations méprisant la dignité humaine. Dans les cas de négation de génocide ne concernant pas l'Holocauste, cependant, le Tribunal fédéral ne semble pas admettre très facilement qu'il y ait atteinte à la dignité humaine. Cela remonte à l'arrêt Perinçek de la Cour européenne des droits de l'homme. Néanmoins, il n'est pas évident de comprendre que plusieurs génocides soient traités différemment, d'autant moins que ceux-ci sont reconnus par un grand nombre d'États.

30 Le grief de la négation d'un génocide est traité au ch. 4.4.

31 CFR 2019-032N.

La jurisprudence suisse apprécie donc le rapport entre l'art. 261^{bis} CP et la liberté d'expression non pas de manière uniforme, mais au cas par cas. Dans certaines

affaires, les tribunaux supposent que la dignité humaine, objet de la protection de l'art. 261^{bis} CP, ne peut être mise en balance avec d'autres droits fondamentaux, puisqu'elle constitue le contenu essentiel et inviolable de tous les droits fondamentaux. Dans d'autres, elle met néanmoins en balance le caractère punissable des déclarations racistes avec la liberté d'expression, notamment dans le contexte de débats politiques ou scientifiques. Dans ce cas, c'est probablement la paix publique qui est considérée comme l'objet de protection prépondérant, car la dignité humaine, constitutive de tous les droits fondamentaux, ne peut nullement faire l'objet d'une pesée d'intérêts.

4.1.5 Digression : que peut-on qualifier de raciste ?

Une autre question peut se poser en rapport avec la liberté d'expression. C'est celle de savoir si une personne peut être accusée de racisme et à quel moment. Lors de la campagne pour l'initiative de l'UDC sur les minarets, la Fondation contre le racisme et l'antisémitisme (GRA) a qualifié de « propos racistes » (verbalen Rassismus) le discours d'un président des jeunes UDC publié à ce sujet sur leur page Internet. Le GRA a ensuite été condamné par le Tribunal fédéral pour violation des droits de la personnalité, les déclarations du jeune politicien n'ayant pas été reconnues comme punissables³².

La Cour européenne des droits de l'homme a adopté un point de vue différent : pour elle, la question n'était pas de savoir si le jeune UDC avait enfreint la norme pénale par ses propos. La question était plutôt de savoir si le GRA, en qualifiant de racistes les déclarations de l'UDC, avait outrepassé les limites fixées par la liberté d'expression et proféré une critique inadmissible. La Cour a rappelé l'importance de la liberté d'expression dans un débat politique précédant une votation et en relation avec l'objet de l'initiative, qui présentait un fond xénophobe³³.

Cela montre donc que la Cour européenne des droits de l'homme attache une grande importance à la liberté d'expression en général, non seulement lorsqu'il s'agit de savoir si l'on peut faire des déclarations prétendument racistes, mais aussi si l'on peut qualifier quelque chose de raciste.

4.2 Évolution de la jurisprudence concernant le racisme dans les médias sociaux et sur Internet

4.2.1 Définition des médias sociaux

Par médias sociaux, on entend des médias, des plateformes en ligne et des canaux numériques qui servent à la mise en réseau et à la communication de leurs utilisateurs³⁴. Ils permettent également d'échanger des informations et des contenus et de collecter des connaissances. Il s'agit notamment des applications web de réseaux sociaux (p. ex. Facebook), de plateformes photo (p. ex. Instagram), de plateformes vidéo (p. ex. YouTube), de services de microblogging (p. ex. Twitter) et de wikis (p. ex. Wikipédia). Les médias sociaux sont généralement publics et leur

32 Arrêt 5A_82/2012 du Tribunal fédéral du 29 août 2012.

33 Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 9 janvier 2018, GRA contre Suisse.

34 Voir www.wirtschaftslexikon.gabler.de > definition > soziale medien (consulté le 8.9.2020).

accès n'est pas ou que très peu entravé. Ils se caractérisent en outre par le fait que l'échange est mutuel et non unilatéral, à la différence de la presse écrite³⁵.

La présente analyse prend en considération les médias sociaux et toutes les autres plateformes d'Internet : forums, plateformes, pages web, salles de discussion, blogs – qu'ils soient publics ou semi-publics – auxquels on peut facilement accéder pour partager des informations avec un groupe de personnes spécifique ou indéterminé. Les affaires concernant les pages web créées par des particuliers pour exposer leurs opinions sont aussi prises en compte, de même qu'un cas ayant eu lieu dans un salon de discussion par télétexte, car celui-ci répond parfaitement aux caractéristiques des médias sociaux. En revanche, les courriels et les SMS de masse sont exclus, car ils ne relèvent pas des médias sociaux (contrairement aux groupes WhatsApp, p. ex.) et leurs destinataires peuvent être déterminés et limités beaucoup plus clairement que ceux de la plupart des plateformes en ligne. Toutefois, cela n'exclut pas le fait que le principe de publicité puisse s'appliquer également à des courriels et à des SMS³⁶.

4.2.2 Augmentation de la discrimination « raciale » sur Internet

La discrimination « raciale » sur Internet et dans les médias sociaux peut se produire de différentes manières et dans différents forums. Il existe des forums, des salons de discussion, des blogs et des pages web publics créés spécifiquement pour dénigrer les personnes appartenant à une ethnie, une « race » ou une religion particulière – ou simplement différente de celle de leurs concepteurs –, pour publier des commentaires xénophobes et répandre la haine. Des pages web et des forums publics tels que Facebook, YouTube, Twitter et des sites Internet de partis politiques, d'institutions ou de médias sont également utilisés par certains individus pour poster de tels commentaires.

Le premier cas de discrimination « raciale » sur Internet enregistré dans la base de données de la CFR s'est produit en 1999³⁷. Le ministère public du canton de Fribourg a condamné un homme pour un commentaire désobligeant sur les Yougoslaves dans un groupe de discussion en ligne. L'accusé y avait accusé les Yougoslaves de tout voler aux Suisses et d'être « payés à ne rien faire » (*fürs «Nichtstun» bezahlt*). Il fallait les renvoyer dans leur pays, où ils pourraient se faire la guerre. La seconde affaire a eu lieu en 2000. Le ministère public compétent avait condamné une personne accusée de déclarations antisémites sur une plateforme de discussion sur Internet³⁸. Mais, donnant suite à une opposition de celui-ci, la première instance a prononcé un acquittement en raison d'erreurs de procédure. Une autre condamnation pour exploitation d'un site web à contenu raciste a eu lieu en 2001. La même année, un tribunal a acquitté une personne accusée d'avoir mis sur sa propre page web des liens vers des sites Internet nazis et posté un livre d'or qui était utilisé par des sympathisants nazis³⁹. La doctrine estime que c'est à tort que ces actes n'ont pas été jugés comme des actions de propagande⁴⁰. De 2001 à 2009, on a compté trois à huit cas chaque année concernant des déclarations publiées par des personnes sur leurs propres blogs ou pages web, sur des forums de discussion publics ou des sites Internet de partis ou d'informations. C'est en 2010 qu'une autorité de poursuite pénale a, pour la première fois, traité

35 Voir www.onlinemarketing-praxis.de > glossar > social media (consulté le 8.9.2020).

36 Voir par ex. : CFR 1999-031N, CFR 2006-007N, CFR 2010-017N, CFR 2014-013N.

37 CFR 1999-045N.

38 CFR 2000-024N.

39 CFR 2001-030N,

CFR 2001-032N.

40 Niggli, Kommentar, n° 1223.

un post sur Facebook⁴¹. Les autorités zurichoises ont condamné l'accusé par ordonnance pénale pour le commentaire raciste suivant: « Vise le nègre, là » (*Lueg de nigger ah*) accolé à une photo qui montrait la victime. En 2012, le ministère public du canton de Saint-Gall a condamné un homme qui avait mis en ligne sur YouTube une vidéo incitant à la haine et à l'extermination des Juifs et des Noirs⁴². En 2013, un autre accusé a été condamné par ordonnance pénale pour avoir diffusé des idées xénophobes et nazies sur son compte Twitter pendant six mois, dont des affirmations telles que « Je vous souhaite un jour sans Noir ni Juif, Heil Hitler » (*Wünsch euch ein Niger und Judenfreier Tag Heil Hitler*)⁴³.

L'année 2019 a vu les premières décisions portant sur des cas de discrimination « raciale » apparus dans des groupes WhatsApp. Un policier avait ainsi partagé plusieurs photos qui tournaient l'Holocauste en dérision avec d'autres de ses collègues. Le groupe de discussion comptait une vingtaine de membres (le nombre variait), entre lesquels il n'y avait pas de relations personnelles étroites; c'est pourquoi le ministère public a considéré la publicité de cet acte pour acquise, et l'accusé a été condamné⁴⁴. Un deuxième cas a donné lieu à une ordonnance de non-entrée en matière⁴⁵. S'il s'est effectivement produit dans un chat réputé public, l'atteinte à la dignité des personnes visées n'a pourtant pas pu être établie.

Le nombre de cas survenus sur Internet est passé de 9 en 2014 à 28 en 2015, dont 19 sur Facebook. Les années suivantes, Facebook est resté la plateforme sur laquelle le plus grand nombre de cas se sont produits, bien que celui-ci ait quelque peu diminué. Le record de 2015 peut s'expliquer par le fait que cette année-là, le débat public sur les relations entre Israël et la Palestine a repris de l'importance. La majorité des messages incriminés parus sur Facebook provenaient d'une page accessible au public qui appelait à une action pro-palestinienne⁴⁶. Cela montre que les décisions de justice et l'origine des affaires peuvent tout à fait dépendre du débat public du moment.

Entre 2016 et 2019, on recense chaque année 10 à 18 cas survenus sur Internet. Cela représente environ un quart à un tiers de tous les incidents racistes de chacune de ces années. En 2015, ils ont constitué la moitié de tous les cas, de même qu'en 2014, bien que le nombre total de cas ait été sensiblement inférieur. En 2013, leur proportion était d'un tiers. Entre 1999 et 2012, il y a eu beaucoup moins d'incidents sur Internet, sinon aucun. Cela s'explique notamment par le fait que Facebook – la plateforme d'où proviennent la plupart d'entre eux – a été fondé en 2004 et n'a acquis une certaine popularité en Suisse qu'autour de 2007.

4.2.3 Opérateurs de sites web et fournisseurs de services Internet

Les sites web concernés ici peuvent, comme mentionné, être répartis en deux catégories. D'une part, les sites web et les blogs dits racistes, parce que créés dans le but de diffuser des idées racistes, et d'autre part, les sites web usuels qui disposent de colonnes de commentaires, de forums ou d'autres moyens d'échange. Parmi les cas enregistrés dans la base de données dont l'affaire est survenue sur des sites web, environ un quart concerne des sites web et des blogs racistes. La majorité cependant concernent d'autres sites web, y compris des médias sociaux, sur

41 CFR 2010-032N.
42 CFR 2012-008N.
43 CFR 2013-027N.
44 CFR 2019-007N.
45 CFR 2019-016N.
46 CFR 2015-001N;
CFR 2015-003N;
CFR 2015-008N à
CFR 2015-021N.

lesquels des commentaires racistes ont été postés. Une grande partie de ces sites web réputés « normaux » sont ceux de partis politiques ayant publié des contenus racistes, notamment dans la partie présentant leur programme⁴⁷. Les incidents concernant les sites web de partis politiques sont principalement survenus avant 2012. Il est possible que les partis aient appris ces dernières années, grâce à la jurisprudence, ce qui est autorisé par la loi et ce qu'il vaut mieux ne pas publier pour éviter d'être condamnés.

Il peut sembler surprenant que les commentaires litigieux postés sur des portails d'information tels que 20min.ch et Blick.ch ne concernent que trois cas. Cela est dû au fait que les utilisateurs font généralement des commentaires anonymes, ce qui complique la tâche des autorités de poursuite pénale chargées de les identifier. Par ailleurs, les portails d'information modèrent leurs colonnes de commentaires : ils suppriment immédiatement ceux qui ont un contenu raciste, à moins qu'ils ne les publient pas du tout⁴⁸. La plupart des journaux ont également une « nétiquette », qui interdit les commentaires racistes.

En ce qui concerne les fournisseurs de services Internet, une autorité de poursuite pénale a nié, en 2002, la responsabilité pénale d'un fournisseur qui exploitait un serveur gratuit sur lequel se trouvaient environ 250 sites web à contenu xénophobe, raciste ou nazi⁴⁹. Selon le ministère public, l'infraction pénale a été principalement commise par les producteurs de contenu. Ce n'est que lorsque le fournisseur modère activement la diffusion du contenu qu'on peut l'en tenir pour responsable sur le plan pénal. La responsabilité pénale du fournisseur par omission présuppose qu'une obligation d'agir puisse être établie. Par exemple, il serait raisonnable d'attendre des fournisseurs de services Internet qu'ils procèdent à des contrôles et qu'ils suppriment les liens ou les données problématiques s'ils découvrent des contenus illicites.

4.2.4 Publicité dans les médias sociaux et sur Internet

La question de la publicité des propos est rarement abordée dans la jurisprudence, car on part du principe que cette condition est remplie sur les plateformes Internet accessibles au public⁵⁰. En 2008, un tribunal a clairement établi qu'Internet est accessible à tous. Dans le cas d'espèce, vu qu'une simple inscription suffisait pour participer au salon de discussion où le délit a eu lieu, il a jugé que les déclarations de l'accusé ont été faites en public⁵¹.

En 2014, un ministère public a dû reconstruire des tweets racistes parce que les accusés les avaient supprimés très rapidement après les avoir postés⁵². Comme les tweets supprimés ne peuvent être récupérés par la société Twitter elle-même, le ministère public a recouru aux services de deux sociétés basées au Canada et aux États-Unis, qui développent des outils d'analyse de plateformes en ligne et stockent notamment les tweets dans leurs archives. Le tribunal de première instance devait vérifier si les éléments de preuve avaient été obtenus en bonne et due forme et pouvaient donc être valablement utilisés. Dans le cas de mesures d'enquête concernant des objets à l'étranger, le principe de la territorialité s'applique, même si les données sont obtenues en ligne. L'acquisition de données stockées sur des

47 Voir par ex. CFR 2007-063N, CFR 2006-051N, CFR 2005-018N.

48 20min.ch a mis à jour son appli en mai 2020, et celle-ci contient un nouvel algorithme censé filtrer les commentaires racistes. Mais comme ce filtre ne fonctionne pas encore correctement, les expressions racistes se sont tout à coup multipliées dans les commentaires. Cet exemple montre à quel point les filtres jouent un rôle important.

49 CFR 2002-005N.

50 CFR 2002-022N, CFR 2003-049N.

51 CFR 2008-009N.

52 CFR 2014-005N.

serveurs situés à l'étranger requiert une demande d'entraide judiciaire. En l'espèce, la première instance a conclu que les données auraient dû être obtenues par cette voie, vu que ces éléments ne se trouvaient pas dans le domaine publiquement accessible des serveurs localisés à l'étranger.

Toujours dans la même affaire, le tweet qui a pu être reconstitué et qui a conduit à la condamnation de l'accusé n'a, selon la défense, été visible sur Twitter que pendant 5 à 10 minutes avant d'être supprimé. Pour le juge, cependant, peu importe la durée de visibilité d'un post ou le nombre de personnes qu'il atteint. Comme ce message a été publié un samedi soir, l'accusé devait s'attendre à ce que, selon le cours ordinaire des choses, sa publication puisse être remarquée par des tiers. La possibilité que le message soit lu par un tiers est seule déterminante. Contrairement à l'avis de la défense, le fait que le tweet ait été suivi en temps réel par tout au plus deux ou trois personnes n'exclut nullement que l'acte puisse être qualifié de public.

En 2015, une autorité de poursuite pénale a condamné l'auteur du commentaire suivant : « Dommage que nous n'avons pas quelqu'un comme Hitler pour envoyer toute cette racaille dans les chambres à gaz. Ou est-ce que les chambres ne fonctionnent pas ? » (*Schade ist nicht einer da wie Hitler, wo dieses Gesindel in die Gaskammer schickt. Oder sind die Kammern noch nicht betriebsbereit ?*), paru dans un groupe Facebook restreint. L'ordonnance pénale n'aborde pas le caractère public du propos, mais elle a manifestement considéré la publicité comme donnée, ce qui montre qu'un groupe restreint n'est pas forcément qualifié de privé. Le critère déterminant sur ce point réside dans le lien qu'entretiennent les différentes personnes⁵³.

La jurisprudence relative à la publicité en tant qu'élément constitutif du délit est bien établie de manière générale, y compris en ce qui concerne Internet et les médias. Le caractère public de la situation est diligemment pris pour acquis s'il n'est pas évident que les liens entre toutes les personnes « présentes » physiquement ou en ligne sont personnels et étroits.

4.2.5 Points particuliers

Le renvoi par liens à d'autres sites

En 2002, un tribunal de première instance et un tribunal de deuxième instance du canton de Zurich ont dû examiner la question de savoir si le renvoi par liens à d'autres sites Internet pouvait constituer une infraction à la norme contre le racisme. En l'espèce, un professeur avait placé, sur sa page d'accueil dans l'intranet de l'université, un lien renvoyant vers un autre site web non géré par lui⁵⁴. Il s'agissait d'un site web antiraciste contenant lui-même une centaine de liens, qui conduisaient tous à des pages ayant des contenus discriminatoires. Il était reproché à l'accusé d'avoir voulu susciter l'intérêt des visiteurs au moyen d'un lien apparemment inoffensif (« cliquez ici »), dans l'intention de rendre les sites de haine accessibles à un public aussi large que possible et de diffuser ainsi les idéologies qu'ils contiennent. L'accusé l'a contesté en affirmant que ces liens s'inscrivaient dans le

53 CFR 2015-056N.

54 CFR 2002-024N.

cadre d'une discussion sur les règles applicables aux utilisateurs d'Internet et d'une critique des règles existantes, et qu'ils n'avaient pas vocation à promouvoir des propagandes racistes. Les deux tribunaux ont nié la promotion d'une action de propagande raciste, considérant que l'accusé ne s'était pas approprié les contenus des sites web en question et ne les avait pas intégrés à sa page d'accueil ni sur un plan technique ni sur le plan matériel. Au contraire, l'accusé avait introduit ces liens à titre d'illustration dans le cas d'une discussion sur les règles d'utilisation d'Internet. En outre, le lien partant de sa page d'accueil conduisait à un site web antiraciste, et ce n'est qu'à partir de ce site qu'il était possible d'activer des liens renvoyant aux sites racistes.

Selon la première instance, la défense a eu raison de souligner l'importance de la liberté d'opinion et de la liberté de la science au sens des art. 16 et 20 Cst. et de l'art. 10 CEDH (liberté d'expression). Certes, quiconque soutient des activités de propagande au sens de l'art. 261^{bis}, al. 3, CP ne peut en aucune manière invoquer la Constitution et la CEDH, mais « lorsqu'il s'agit de savoir si les éléments constitutifs d'une action de propagande sont réalisés, il convient de tenir compte des libertés mentionnées ; il est exclu de sanctionner toute discussion ou déclaration faisant référence à des sources qui sont punissables en vertu de l'art. 261^{bis} CP. » En outre, « [...] il n'est pas prévu, par exemple, de sanctionner les références scientifiques citées dans les notes de bas de page d'une biographie de Hitler ou la reprise d'extraits de films historiques du Troisième Reich dans un film documentaire en les considérant comme une diffusion punissable de l'idéologie national-socialiste ».

Face à un lien renvoyant à un autre site, il faut se demander si celui-ci vise à donner accès à un autre site web, ce qui s'apparente à une référence, ou s'il fournit aux lecteurs des contenus (étrangers). Quiconque est lui-même l'auteur des contenus auxquels il renvoie par un lien est responsable de ces contenus au regard du droit civil et du droit pénal. Par contre, si, par ce lien, il donne accès à des contenus qui lui sont étrangers, ce serait alors ne faire droit « ni à la fonction d'un lien en tant qu'instrument central d'Internet, ni à l'obligation des organes censés appliquer la loi de tenir compte de la liberté d'opinion et de la liberté de la science, même dans le cadre de l'art. 261^{bis} CP » que de retenir alors une responsabilité pénale illimitée. Dans ces cas, il faut examiner si celui qui a introduit le lien sur sa page web s'est approprié le contenu auquel il renvoie. Trois sous-critères sont déterminants à cet égard : 1. le contexte concret du lien, c'est-à-dire l'avis de l'auteur de la page web sur la référence à laquelle le lien renvoie ; 2. le contexte thématique du lien, c'est-à-dire le rapport thématique du contenu du site web avec celui auquel il est renvoyé ; 3. la méthode utilisée pour établir le lien, c'est-à-dire la conception technique du lien.

« Liker » des messages

Jusqu'à récemment, aucun tribunal n'a encore dû examiner la question des « Like » activés en regard de commentaires racistes sur Facebook. En 2017, un tribunal de district a jugé, dans le cadre d'une action en diffamation, que cliquer sur le bouton « J'aime » en face d'une déclaration de cette nature constituait une approbation de l'atteinte à l'honneur. L'acte considéré n'était pas le partage du message, mais

l'appréciation positive de son contenu. Selon le tribunal, « liker » un message revient à s'en approprier le contenu. Le Tribunal fédéral a confirmé cette approche, qui avait également été suivie par la deuxième instance. L'activation dans Facebook des boutons tant « j'aime » que « partager » peut améliorer la visibilité et, partant, contribuer à la diffusion au sein du réseau social du contenu marqué. La réalité d'une telle propagation doit toutefois être appréciée au cas par cas. Le Tribunal fédéral a néanmoins admis le recours, car le tribunal cantonal avait refusé à tort à l'accusé la possibilité de prouver la véracité des propos litigieux⁵⁵. On peut supposer qu'il en serait de même pour des commentaires racistes.

Le principe de la territorialité appliqué aux propos publiés sur Internet

En 2016, le ministère public de Saint-Gall a dû se pencher sur la question de savoir si le fait de publier un commentaire discriminatoire sur Facebook est punissable en Suisse lorsque l'auteur se trouvait à l'étranger au moment où il l'a rédigé⁵⁶. En règle générale, seul celui qui commet l'infraction en Suisse est soumis au code pénal suisse (art. 3 CP). Toutefois, il peut y avoir des exceptions à ce principe de territorialité (art. 7 CP, notamment). Les délits sur Internet peuvent être poursuivis en Suisse si le lieu de l'acte ou du résultat est en Suisse (voir art. 8 CP). L'autorité de poursuite pénale est arrivée à la conclusion que le lieu de l'acte se trouvait très vraisemblablement à l'étranger et que, par conséquent, aucune juridiction suisse ne pouvait se saisir de l'affaire. Par ailleurs, comme les atteintes à l'honneur et les actes de discrimination raciale sont des délits de mise en danger abstraits (lesquels ne peuvent avoir de résultat au sens juridique du terme, et donc de lieu où celui-ci s'est produit), aucune juridiction ne peut s'en saisir à raison du lieu du résultat.

La même année, une autre autorité de poursuite pénale a rejeté la saisie d'un cas dans lequel l'inculpé était domicilié au Guatemala et y avait aussi rédigé les propos litigieux. Comme l'inculpé ne séjournait pas en Suisse, l'autorité judiciaire a jugé qu'il ne pouvait y avoir d'exception au principe de la territorialité en vertu de l'art. 7 CP⁵⁷.

En revanche, dans une autre affaire, un inculpé a été condamné pour avoir publié une photo d'Adolf Hitler faisant le salut hitlérien en dehors des frontières suisses, mais sur une page Facebook publique et accessible en Suisse. La question de savoir si ce cas tombe sous l'exception du principe de la territorialité visée à l'art. 7 CP n'a pas été examinée⁵⁸.

Culpabilité

En 2012, un tribunal de première instance a considéré qu'un accusé ayant diffusé des textes racistes via son propre site web n'avait commis qu'une légère faute⁵⁹. Le tribunal a estimé que les textes antisémites sont répandus et très faciles à trouver sur Internet. L'accusé s'est donc rendu coupable d'avoir simplement transmis des textes déjà disponibles et facilement accessibles aux personnes intéressées. En outre, selon le tribunal, plus personne ne prend au sérieux des textes aussi grossiers ou les théories conspirationnistes. Cette interprétation peut surprendre,

55 Arrêt 6B_1114/2018 du Tribunal fédéral du 29 janvier 2020.

56 CFR 2016-001N.

57 CFR 2016-025N.

58 CFR 2015-032N.

59 CFR 2012-011N.

car l'argument selon lequel on trouve déjà de tels propos à de nombreux endroits s'applique probablement à tous les textes. De plus, les théories conspirationnistes antisémites ne sont nullement inoffensives et s'avèrent malheureusement prises encore au sérieux par de nombreuses personnes.

Une autre procédure a été classée parce que l'accusé a prétendu que son compte Facebook avait été piraté. Il n'était pas possible d'obtenir avec certitude des clarifications quant à l'auteur des propos litigieux⁶⁰.

4.3 Traitement de la notion de « race » dans la jurisprudence⁶¹

4.3.1 La notion de « race » dans le code pénal

L'idée, déjà présente, d'une classification biologique des êtres humains en catégories hiérarchisées s'affirme particulièrement au XIX^e siècle et postule l'existence de plusieurs « races » humaines. Dans le contexte historique et social de l'époque, la construction de la notion de « race » servait ainsi à légitimer des rapports de pouvoir.

Deux siècles plus tard, le terme de « race » est inscrit dans le code pénal pour sanctionner la discrimination « raciale », le législateur ayant fait sienne la signification qu'en donne la Convention de l'ONU contre la discrimination raciale⁶². Le terme figure également à l'art. 8 Cst. et dans quelques autres actes de la législation. Dans le droit suisse, le terme de « race » ne renvoie pas au sens biologique erroné qu'on lui a prêté au départ, indéfendable aujourd'hui tant d'un point de vue moral que sur le plan scientifique ; il est au contraire compris dans un sens sociologique et historique. Dans sa présentation de l'art. 261^{bis} CP, le Conseil fédéral définissait la notion de « race » comme « un groupe de personnes qui se considère lui-même comme différent des autres groupes ou qui est considéré comme tel par ceux-ci, sur la base de caractères distinctifs innés et immuables ».

4.3.2 Définition de la notion de « race » par la jurisprudence

En 1997, le Tribunal fédéral a retenu que les termes d'appartenance « raciale, ethnique ou religieuse » se réfèrent à des contextes différents et qu'ils ne peuvent pas être appréhendés juridiquement dans une formule claire. Il estime même inutile de donner une définition pénale à l'appartenance « raciale » ou ethnique. Selon lui, il n'y a pas lieu d'examiner si ces propriétés existent en réalité, si le cercle de personnes considéré se les attribue ou si elles lui sont attribuées à tort ou à raison. Seule la motivation (raciste) de l'auteur est déterminante⁶³.

Cette interprétation du Tribunal fédéral précise le rôle des autorités de poursuite pénale et des tribunaux suisses dans les affaires de discrimination « raciale ». Il appartient aux tribunaux de juger uniquement si le cas présente les éléments constitutifs d'une discrimination à caractère raciste. Il n'est ni nécessaire ni de leur ressort de définir la notion de « race » sur le fond. Ainsi, le Tribunal fédéral ne se prononce pas sur l'existence des « races », soulignant que ce n'est pas l'objet des

60 CFR 2016-028N.

61 Chapitre en grande partie repris de Marine Merenda, « La définition de la race par les autorités judiciaires suisses », in *Tangram* no 44.

62 Message du 2 mars 1992 concernant l'adhésion de la Suisse à la CERD et la révision y relative du code pénal, FF 1992 III 265, ici p. 305.

63 CFR 1997-026N (ATF 123 IV 202, consid. 3, p. 206).

autorités de poursuite pénale et des tribunaux. La notion de « race » renvoie toutefois à une série de critères, comme la couleur de peau, auxquels les accusés se réfèrent pour distinguer les êtres humains en groupes. Pour appliquer efficacement l'art. 261^{bis} CP et lutter contre la discrimination « raciale », il incombe aux autorités de poursuite pénale et aux tribunaux d'interpréter cette disposition en définissant les critères qui fondent des différenciations inadmissibles. Partant, les autorités de poursuite pénale et les tribunaux sont tenus de sanctionner tout comportement qui discrimine sur la base de tels critères.

Les définitions utilisées par les autorités de poursuite pénale et par les tribunaux cantonaux divergent légèrement les unes des autres. On y distingue trois approches qui donnent chacune une interprétation différente de la notion de « race », selon qu'elle constitue une perception extérieure, une perception propre au groupe ou un ensemble de traits communs. Il importe de rappeler que les autorités soulignent expressément que, d'un point de vue scientifique, il est impossible de diviser l'humanité en différentes « races » et qu'une telle division ne peut être reconnue que comme une abstraction arbitraire résultant de phénomènes sociaux et historiques⁶⁴.

La « race » comme une perception extérieure (identification étrangère): une autorité de poursuite pénale du canton de Lucerne s'est référée à la définition suivante : un groupe de personnes perçu par d'autres comme sensiblement différent en raison des caractéristiques physiques et/ou culturelles plus ou moins immuables de ses membres⁶⁵.

La « race » comme une perception propre au groupe (identification propre): un tribunal de deuxième instance du canton de Vaud considère la « race » comme un groupe humain qui se définit ou qui est défini par d'autres groupes comme différent en fonction d'une série de caractéristiques physiques ou culturelles plus ou moins immuables qui lui sont propres⁶⁶.

La « race » comme un ensemble de traits communs: un tribunal de district zurichois retient une définition légèrement divergente de la précédente, en considérant que la notion de « race » correspond à un groupe de personnes qui présentent ou auxquelles sont attribuées des caractéristiques biologiques communes⁶⁷.

Tandis que l'autorité de poursuite pénale lucernoise considère que l'appartenance « raciale » doit être attribuée par des personnes extérieures au groupe, le tribunal vaudois ajoute à la définition une dimension supplémentaire en prenant en compte la perception que le groupe en question a de lui-même⁶⁸. Enfin, le tribunal zurichois retient pour sa part que la présence de traits spécifiques communs suffit pour qualifier de « race » un groupe de personnes.

Ces définitions permettent de déduire deux conceptions différentes de la notion de « race ». Pour l'une, la « race » constitue un critère permettant de différencier les groupes humains, que ce critère soit assigné par des personnes extérieures aux groupes considérés ou revendiqué par les membres de ces groupes. Pour l'autre, la « race » constitue la réalité intrinsèque de tout groupe dont les membres présentent des caractéristiques communes. Dans la première, la reconnaissance

64 CFR 1998-018N.

65 CFR 1998-002N.

66 CFR 2004-004N. La décision CFR 2003-049N présente une définition similaire.

67 CFR 1998-018N. Ce tribunal relève expressément que, du point de vue scientifique, la division de l'humanité en différentes « races » doit être considérée comme impossible. C'est pourquoi on ne peut y reconnaître qu'une abstraction arbitraire ayant ses origines dans des phénomènes sociaux et historiques.

68 CFR 2004-004N.

d'un groupe en tant que « race » passe par la perception et l'attribution. Dans la seconde, la désignation d'un groupe comme une « race » dépend du simple fait que ses membres présentent certaines caractéristiques communes. Dans le premier cas, un groupe présentant des caractéristiques communes n'est qualifié de « race » qu'à partir du moment où des individus le perçoivent comme tel et lui attribuent cette qualité. C'est cette attribution qui constitue le groupe comme une « race ». Autrement dit, dans cette acception, le mot « race » ne désigne aucune réalité existant en soi. Au contraire, la deuxième acception, soutenue par le tribunal de district zurichois, fait fi de cette attribution et suppose que les « races » existent indépendamment des relations sociales. La différence entre ces deux conceptions est subtile, mais révèle des divergences de vues importantes.

4.3.3 Utilisation du terme « race » dans la jurisprudence

Dans leurs décisions relatives à l'art. 261^{bis} CP, les autorités de poursuite pénale et les tribunaux ne présentent pas une pratique uniforme de l'utilisation de la notion de « race ». Certains tribunaux marquent une réserve dans l'emploi de ce terme et soulignent qu'il résulte d'une abstraction sociale, alors que d'autres n'hésitent pas à considérer les groupes humains dans leurs différences « raciales ».

Un tribunal de première instance du canton de Zurich, par exemple, parle de « personnes à la peau basanée qui, selon cette définition, constituent une « race » au sens de l'art. 261^{bis} CP » (*Menschen mit dunkler Hautfarbe, die nach dieser Definition eine « Rasse » im Sinne von Art. 261^{bis} StGB darstellen*)⁶⁹. D'autres tribunaux de première instance du même canton utilisent les expressions suivantes: « race présumée des personnes de couleur » et « race noire présumée » (*sogenannte Rasse der dunkelhäutigen Menschen*⁷⁰ et *sogenannte schwarze Rasse*⁷¹). Ces formulations font ressortir que la notion de « race » découle d'une abstraction sociale et d'une perception extérieure ou propre au groupe considéré. De manière similaire, le Tribunal fédéral affirme que « les Noirs constituent une race au sens de cette disposition »⁷².

À l'inverse, une autorité de poursuite pénale du canton de Neuchâtel décrit un personnage figurant sur un dessin comme « personne de race noire »⁷³. De la même manière, un tribunal de première instance du canton de Vaud se prononce sur l'intention de l'accusé et retient que celui-ci avait à l'esprit de « s'en prendre à la race noire »⁷⁴. Une autorité de poursuite pénale du canton de Zurich parle également de « schwarze Rasse »⁷⁵. Ces formulations indiquent que ces tribunaux identifient des « races » – au sens sociologique du terme – sans craindre d'attribuer ce statut à certains groupes d'individus.

Il est important de noter que, dans leur utilisation du terme « race », toutes les autorités judiciaires se rattachent à l'acception sociologique qu'en retient le Conseil fédéral dans son message. Néanmoins, les différences que l'on observe soulignent la difficulté de se référer à une notion qui ne peut pas être perçue autrement que comme raciste. La diversité d'emploi du terme « race » témoigne probablement une méconnaissance de l'origine historique du mot qui embarrasse les tribunaux. Les arrêts du Tribunal fédéral mentionnés plus haut laissent penser que celui-ci

69 CFR 2003-049N.

70 CFR 2003-027N.

71 CFR 2000-058N.

72 CFR 1997-030N (ATF 124 IV 121, consid. 2, p. 124).

73 CFR 2003-050N.

74 CFR 2007-010N.

75 CFR 2013-014N.

tend à employer le mot « race » avec une forte distance critique. Cette position est dans l'esprit du premier arrêt qu'il a rendu sur une affaire de discrimination « raciale », selon lequel les autorités judiciaires doivent uniquement chercher à savoir si une différence de traitement a été motivée par des raisons d'appartenance « raciale », et qu'elles ne peuvent pas à décider de l'existence de « races » ou à attribuer ce statut à un groupe⁷⁶.

4.3.4 Que recouvre la notion de « race » ?

Dans certains cas, la référence des expressions ou comportements litigieux à la « race » est explicite. C'est par exemple le cas d'affirmations telles que « le mélange des races est un génocide » (*Rassenvermischung ist Völkermord*)⁷⁷. Dans une telle situation, il est évident que la discrimination est opérée en raison de la « race » et ne requiert pas d'analyse plus poussée des autorités judiciaires.

Les autorités de poursuite pénale et les tribunaux estiment toutefois qu'une référence explicite à la notion de « race » n'est pas une condition sine qua non à l'existence d'une discrimination fondée sur la « race ». C'est notamment le cas de l'affirmation selon laquelle « tous les noirs ne sont pas des criminels, mais qu'une Amérique sans noirs serait plus sûre, plus propre et plus riche » (*nicht alle Schwarzen Kriminelle sind, sondern dass ein Amerika ohne Schwarze sicherer, sauberer und reicher wäre*). Le Tribunal fédéral a considéré dans ce cas que « le message s'en prend à tous les Noirs [...], exclusivement parce qu'ils sont Noirs [...]. 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 »⁷⁸. Suivant le même raisonnement, l'autorité de poursuite pénale du canton de Genève a statué que « le terme « sale négro » est en lien évident avec la race telle que l'entend la jurisprudence »⁷⁹.

Pour pouvoir juger si l'accusé a discriminé des personnes en raison de leur appartenance « raciale » sans mentionner explicitement le mot « race », il faut identifier dans ses propos les critères qui se rapportent à cette notion. Afin d'interpréter la notion au sens de l'art. 261^{bis} CP, les autorités de poursuite pénale et les tribunaux cantonaux ont consigné les critères suivants : un ensemble de caractéristiques physiques et/ou culturelles plus ou moins immuables propres au groupe (telles que la couleur, l'ascendance, la langue, les coutumes, les habitudes)⁸⁰ et un ensemble de caractères héréditaires communs⁸¹. Ces critères se rapprochent et se recoupent partiellement. De plus, ils sont vagues, et il est parfois délicat de déterminer sur cette base quels groupes réels sont susceptibles d'être reconnus comme des groupes d'appartenance « raciale » au sens de la disposition pénale. La pratique des autorités de poursuite pénale et des tribunaux s'emploie à expliciter ces critères.

Les tribunaux reconnaissent que la « race » au sens de l'art. 261^{bis} CP se caractérise notamment par la couleur de la peau⁸². Les expressions, insultes et comportements opérant une distinction entre êtres humains sur la base de la couleur de peau sont donc retenus comme une discrimination en raison de la « race »⁸³.

Un tribunal de première instance du canton de Fribourg a reconnu que le fait de dénigrer des « Balkaniques » (*Balkanesen*) constitue une discrimination en raison de

76 CFR 1997-026N (ATF 123 IV 202).

77 CFR 2006-014N.

78 CFR 1997-030N (ATF 124 IV 121, consid. 2, p. 124).

79 CFR 2017-028N.

80 CFR 2004-004N ; CFR 1996-002N.

81 CFR 2004-004N ; CFR 2003-049N.

82 CFR 1997-030N (ATF 124 IV 121).

83 Par ex. : CFR 2018-009N ; CFR 2017-028N ; CFR 2007-010N.

la « race »⁸⁴. Selon lui, le critère constitutif du groupe d'appartenance n'était pas la couleur de peau, mais un ensemble de caractéristiques, physiques et culturelles, propres au groupe et relativement immuables. En l'espèce, cette classification apparaît toutefois assez discutable, car on ne voit pas de quelles caractéristiques physiques immuables il est question. Quant aux caractéristiques d'ordre culturel, elles relèvent plutôt de l'appartenance ethnique et devraient être protégées à ce titre.

Les autorités judiciaires suivent la pratique du Tribunal fédéral selon laquelle il importe peu de savoir si les membres du groupe présentent effectivement les caractéristiques qu'ils revendiquent ou qu'on leur attribue⁸⁵. Seul compte que la distinction soit opérée sur la base d'un critère prohibé par l'art. 261^{bis} CP.

Hormis les Noirs et les « Balkaniques », les tribunaux suisses n'ont pas identifié d'autres groupes susceptibles d'être considérés comme une « race » au sens de l'art. 261^{bis} CP. Les groupes ethniques sont également protégés par cette norme pénale. La distinction entre appartenance « raciale » et appartenance ethnique⁸⁶ est subtile et parfois difficile à situer. Il arrive régulièrement que, dans des cas limites, les autorités judiciaires se bornent à constater que l'expression litigieuse opère une distinction sur la base d'un critère prohibé par l'art. 261^{bis} CP, sans préciser si celle-ci se rattache à une appartenance « raciale » ou ethnique.

Il ressort de cette analyse que les autorités cantonales sont réticentes ou rencontrent des difficultés à établir une définition claire et précise du terme « race ». Elles suivent ainsi la ligne tracée par le Tribunal fédéral dans son premier arrêt relatif à la discrimination « raciale ». Le rôle des tribunaux se limite à reconnaître qu'une distinction entre les êtres humains a été opérée en raison de l'appartenance « raciale ». Il ne leur appartient pas de se prononcer sur l'existence de différentes « races ». Les autorités doivent s'en tenir à déterminer les critères compris dans la notion de « race ». Mais cet exercice est complexe et les autorités judiciaires ont identifié ces critères dans une mesure très restreinte. Il se peut que ce manque de précision découle de l'embarras des autorités à utiliser cette notion, dont le caractère raciste de son origine est encore fortement présent. En effet, comment définir un terme créé par des idéologies racistes sans le valider ? Comme chacun sait, ce ne sont pas les « races » qui créent le racisme, mais bien le racisme qui crée les « races ». L'exercice est délicat et soulève de nombreuses questions philosophiques. Mais la priorité, du point de vue juridique, est de disposer d'une protection efficace contre la discrimination, sur la base de l'art. 261^{bis} CP. Bien que la clarification juridique du terme « race » souffre de ces incertitudes et de la confusion entre appartenance « raciale » et appartenance ethnique, la protection contre la discrimination n'en est pas diminuée pour autant et c'est là l'essentiel.

84 CFR 2003-010N.

85 CFR 2016-007N (arrêt 6B_715/2012 du Tribunal fédéral du 6 février 2014).

86 Au sujet de l'appartenance ethnique comme bien protégé, voir le chapitre 4.4.

4.4 Traitement de l'appartenance ethnique dans la jurisprudence

4.4.1 Problématique

L'origine ethnique est un autre des quatre biens juridiques protégés par l'art. 261^{bis} CP. En 2019, il n'y avait toujours pas de jurisprudence sur le critère de l' « orientation sexuelle ». Alors que la notion d' « appartenance religieuse » semble être assez claire et que celle de « race », comme on l'a vu au ch. 4.3, se caractérise par une certaine incertitude suscitant quelques réticences de la part des ministères publics et des tribunaux, l'observateur est frappé par l'incohérence de la jurisprudence au sujet de l' « appartenance ethnique ». Se prononçant sur des états de fait similaires, les tribunaux parviennent parfois à des conclusions différentes. Cela entraîne une certaine insécurité juridique quant à la protection dont bénéficie l'appartenance ethnique.

Un groupe ethnique est généralement défini comme un groupe de personnes qui appartiennent à la même culture, en ce qu'elles partagent une même langue et de mêmes coutumes et traditions. Les personnes qui en font partie se comprennent comme un groupe distinct et sont aussi perçues comme telles par le reste de la population⁸⁷.

4.4.2 La nationalité est-elle un groupe d'appartenance ethnique ?

Dans plusieurs arrêts, la question s'est posée de savoir si la nationalité pouvait être comprise comme un groupe d'appartenance ethnique au sens de l'art. 261^{bis} CP. Il semble que cela dépende de la nationalité concernée. Dans les décisions plus anciennes, les Albanais, les Albanais du Kosovo, les Portugais, les Italiens, les Arabes et les Palestiniens ont été considérés comme des groupes d'appartenance ethnique⁸⁸. Il est même arrivé que les Suisses soient reconnus comme un groupe d'appartenance ethnique par un tribunal de district zurichois⁸⁹. Certes, la Suisse ne forme pas une communauté uniforme du point de vue linguistique, religieux et culturel, mais cela ne signifie pas que les Suisses ne peuvent pas avoir une identité commune forte, laquelle à son tour pourrait devenir la cible d'attaques racistes ou xénophobes, a retenu le tribunal. De nombreux États sont composés de différents groupes linguistiques, culturels, ethniques et religieux et se considèrent pourtant comme une seule communauté, qui est perçue, reconnue ou rejetée en tant que telle. Des années plus tard, un tribunal de deuxième instance du canton de Berne s'est référé à cette décision zurichoise en considérant les « Suisses alémaniques » (*Deutschweizer/innen*) comme un groupe d'appartenance ethnique au sens de l'art. 261^{bis} CP⁹⁰. Dans un autre cas, cependant, l'autorité de poursuite pénale a nié que ce bien juridique soit concerné dans l'insulte « putain de sales Suisses » (*verdammter Dreckschweizer*)⁹¹.

En 2009, un tribunal de première instance du canton du Jura a condamné un prévenu qui avait qualifié sa voisine de « sale Marocaine »⁹². Dans le canton de Lucerne, le ministère public a conclu à propos d'une affaire que l'on pouvait supposer que les « personnes des Balkans » (*Personen aus dem Balkan*) avaient une histoire commune et des caractéristiques se rapportant les unes avec les autres

87 Niggli, Kommentar, n° 653 ss.

88 CFR 2002-009N ;
CFR 1999-022N ;
CFR 1996-012N ;
CFR 2001-045N ;
CFR 1999-029N ;
CFR 1997-024N ;
CFR 2008-022N ;
CFR 2009-010N ;
CFR 2004-037N.

89 CFR 2000-014N.

90 CFR 2008-052N.

91 CFR 1998-031N.

92 CFR 2009-054N.

selon une certaine cohérence, et qu'elles constituaient par conséquent un groupe ethnique⁹³. Dix ans plus tôt, un autre tribunal s'était demandé si les « Yougoslaves » constituaient un tel groupe, puisque l'ex-Yougoslavie était composée de plusieurs groupes ethniques, comme l'avait montré la division de l'État en des nations indépendantes⁹⁴. Selon la doctrine, il est contesté qu'une nation composée de plusieurs groupes ethniques puisse être comprise comme un groupe bénéficiant de la protection de l'art. 261^{bis} CP. Dans le cas des Albanais, en revanche, la nationalité est publiquement associée à l'appartenance à un groupe ethnique particulier, et le peuple albanais se qualifie lui-même de groupe ethnique à part entière. Il apparaît donc qu'en principe, la nationalité en tant que telle, autrement dit en tant que catégorie juridique, n'est pas couverte par l'art. 261^{bis} CP. Si, toutefois, par nationalité, on entend le groupe ethnique en question, la norme pénale s'applique. Il ne semble cependant pas toujours très facile de trancher si l'on se trouve ou non dans ce type de cas. Les tribunaux parviennent à des conclusions différentes, mais il se dégage une tendance à considérer assez souvent la nationalité comme un groupe d'appartenance ethnique.

Dans un arrêt de principe de 2017, le Tribunal fédéral a confirmé la condamnation de deux employés du parti UDC qui avaient placé sur Internet et dans certains journaux une annonce portant le titre : « Les Kosovars poignent les Suisses » (*Kosovaren schlitzen Schweizer auf*)⁹⁵. Pour leur défense, les accusés ont fait valoir que plusieurs groupes ethniques différents vivent au Kosovo, que les « Kosovars » ne peuvent être considérés comme un groupe protégé qu'à condition d'utiliser une « désignation ethnique collective ou générique », construction irrecevable au regard de la norme, et que la nationalité n'est pas non plus protégée, puisqu'elle n'est pas mentionnée à l'art. 261^{bis} CP. L'instance précédente avait expliqué que les groupes ethniques se distinguent par une histoire commune et un système commun de représentations et de comportements normatifs (tradition, coutumes, langue, etc.) et que, sous cet angle, aux yeux des Suisses, les Kosovars vivant en Suisse formaient un groupe ethnique. En ce sens, la question de savoir si le Kosovo a été reconnu comme un État par la Suisse et à quelle date ne joue aucun rôle. Reprenant les considérations de l'instance précédente, le Tribunal fédéral a retenu que, par la notion d'appartenance ethnique visée à l'art. 261^{bis} CP, il fallait entendre une partie de la population qui se comprend comme un groupe distinct et qui est aussi considérée comme tel par le reste de la population. Le groupe doit avoir une histoire commune et un système stable de représentations et de comportements normatifs (tradition, coutumes, mœurs, langue, etc.), ces caractéristiques servant à le démarquer. Pour le Tribunal fédéral, il est clair que les nations et les nationalités ne sont pas des catégories juridiques mentionnées par l'art. 261^{bis} CP ; mais si en évoquant la nationalité de ressortissants étrangers, on vise non pas leur statut juridique, mais les caractéristiques ethniques associées à la nation considérée, la norme pénale est applicable. Le terme « Kosovars » désigne les personnes provenant du Kosovo. Or, divers groupes ethniques vivent au Kosovo, principalement (plus de 90 %) des Albanais du Kosovo, de même que des Serbes, des Bosniaques, des Croates et des Roms. Le terme « Kosovars » ne désigne pas simplement une nationalité ou la citoyenneté des ressortissants d'un État, mais une catégorie générique commune aux différents groupes ethniques vivant au Kosovo. Pour le Tribunal fédéral, la notion d'« appartenance ethnique » au sens de la norme pénale protège aussi une multiplicité de groupes ethniques désignée

93 CFR 1997-027N.

94 CFR 1999-022N.

95 CFR 2017-010N (arrêt 6B_610/2016 du Tribunal fédéral du 13 avril 2017).

par un terme collectif ou générique. On ne saurait faire dépendre la réunion de tous les éléments constitutifs d'une infraction dans un propos tenu en public de la question de savoir si celui-ci se réfère, par exemple, aux « Albanais du Kosovo » ou aux « Kosovars ». Fort de ces considérations, le Tribunal fédéral a conclu que les « Kosovars » constituent un groupe ethnique au sens de l'art. 261^{bis} CP⁹⁶.

Les tribunaux et les autorités de poursuite pénale ont manifestement du mal à utiliser la notion d' « appartenance ethnique », car ils n'en ont pas encore donné une définition univoque. Il n'est pas toujours possible de déterminer clairement si un groupe appartient à la même culture (même langue, mêmes coutumes et traditions) et si les personnes qui en font partie se comprennent comme un groupe distinct et sont perçues comme tel par le reste de la population. Souvent, cette définition conviendrait également à la nationalité, alors que celle-ci n'est pas identique à l'appartenance ethnique. C'est pourquoi plusieurs tribunaux et autorités de poursuite pénale arrivent à la conclusion que certaines nationalités constituent, tout compte fait, des groupes ethniques. Dans le cas des ressortissants suisses, les tribunaux ne sont pas d'accord sur la question de savoir s'ils peuvent être reconnus comme un groupe ethnique. La doctrine l'affirme pour certains groupes cantonaux⁹⁷.

4.4.3 Termes génériques

Dans l'affaire de l'annonce de l'UDC mentionnée ci-dessus, le Tribunal fédéral a suivi la doctrine concernant les termes dits « génériques », établie par Niggli, selon laquelle l'art. 261^{bis} CP est aussi applicable lorsque des termes tels qu' « étrangers » ou « requérants d'asile » sont utilisés comme de simples synonymes ou comme des termes génériques pour désigner des groupes protégés contre la discrimination « raciale ». « Un comportement ne bénéficie pas de l'impunité du simple fait qu'il est dirigé contre plusieurs groupes d'appartenance ethnique ou « raciale » en même temps, sans énumérer les différents groupes visés. »⁹⁸

Dans le cas d'un policier qui avait traité un requérant d'asile algérien de « porc d'étranger » (*Sauausländer*) et de « sale demandeur d'asile » (*Dreckasylant*), le tribunal de première instance de Bâle-Ville a jugé que l'accusé visait l'appartenance ethnique étrangère du plaignant en l'injuriant ainsi⁹⁹. Selon le tribunal, le fait que l'auteur de l'infraction nomme explicitement l'origine ethnique ou qu'il la connaisse n'a aucune importance dès lors que le caractère délictueux de l'acte n'a pas à dépendre d'éléments fortuits tels que le choix des mots de l'auteur ou son niveau d'éducation ou de connaissance. Le policier a fait recours jusqu'au Tribunal fédéral, qui a statué en 2014 que des déclarations telles que « sale yougo » (*Dreckjugo*), « cochon de juif » (*Saujude*) ou « truie noire » (*schwarze Sau*) faisaient sans aucun doute référence à une appartenance « raciale », ethnique ou religieuse spécifique. Selon le Tribunal fédéral, ce n'est toutefois pas le cas des expressions telles que *Sauausländer* ou *Dreckasylant*, étant donné que les termes « étrangers » et « demandeurs d'asile » s'appliquent à des groupes de personnes très différents. Le Tribunal fédéral s'est donc référé à la doctrine dominante selon laquelle l'art. 261^{bis} CP s'applique aussi à de tels termes utilisés comme synonymes de certaines « races » ou ethnies ou comme terme collectif pour un certain nombre

96 CFR 2017-010N (arrêt 6B_610/2016 du Tribunal fédéral du 13 avril 2017, consid. 2.3).

97 Niggli, Kommentar, n° 675.

98 Niggli, Kommentar, n° 736.

99 CFR 2011-032N.

de « races » ou ethnies particulières. Contrairement à l'avis de l'instance précédente, il est toutefois arrivé à la conclusion que les termes « demandeur d'asile » et « étranger » ne doivent pas nécessairement être compris comme des termes génériques ou des synonymes de « races » et ethnies non européennes, simplement parce que la personne concernée est manifestement d'origine nord-africaine. Il est tout aussi possible que, du point de vue d'un tiers impartial, l'accusé n'ait pas insulté l'homme concerné sur la base de son appartenance « raciale », ethnique ou religieuse, mais parce qu'il était étranger et demandeur d'asile. Or le statut juridique d'étranger et de demandeur d'asile ne bénéficie pas de la protection de l'art. 261^{bis}, al. 4, 1^{re} partie, CP. L'officier de police a été acquitté¹⁰⁰.

Dix ans plus tôt, en 2004, un tribunal de première instance du canton de Fribourg avait condamné l'auteur d'un tract contenant un texte contre l'implantation d'un centre pour requérants d'asile et qui dénigrait lesdits requérants¹⁰¹. Le tribunal est parti de l'idée que l'expression « requérants d'asile » était un terme générique désignant une autre appartenance « raciale » ou ethnique, et qu'il n'était pas nécessaire de savoir laquelle était visée. Selon lui, l'utilisation de l'expression en tant que terme générique se manifeste, dans le cas d'espèce, par le fait qu'elle constitue un dénigrement collectif de « toute autre race ». Les déclarations visaient en effet n'importe quel groupe de demandeurs d'asile qui pourrait se trouver hébergé un jour ou l'autre dans ce centre. Pour l'auteur, cependant, il importait peu de savoir de quel groupe d'appartenance « raciale » ou ethnique il s'agirait ; ce qui comptait, c'était qu'eux, les demandeurs d'asile, ne soient pas suisses.

D'autres autorités de poursuite pénale ont condamné des personnes en vertu de l'art. 261^{bis} CP parce qu'elles avaient tenu des propos désobligeants à l'égard de réfugiés¹⁰² et de requérants d'asile syriens¹⁰³. Dans le même sens, les déclarations suivantes ont aussi donné lieu à des condamnations : « Des requérants d'asile en Suisse...si on n'a pas le choix, passe encore...mais des requérants d'asile dans l'Emmental, c'est exclu ! Virez-moi ces ordures ! (Asylante ir schwiz... Ja minetwäge wenns mues sii... Asylante im ämmitau... Nid-mauvillech!! Use mit däm dräckspack!)¹⁰⁴ et « Il faudrait remplacer les tirs obligatoires par un tir aux requérants d'asile : ceux qui les ratent doivent les emporter chez eux » (Anstatt s obligatorische Schiesse... De alylante-stick ifüehre... war nid trifft mues ne heinäh...)¹⁰⁵.

100 CFR 2011-032N (arrêt 6B_715/2012 du Tribunal fédéral du 6 février 2014, consid. 2.2.2 ss).

101 CFR 2004-057N.

102 CFR 2015-040N.

103 CFR 2015-038N ;
CFR 2015-039N.

104 CFR 2014-016N.

105 CFR 2014-014N.

4.5 Négation de génocide

4.5.1 Généralités

L'art. 264 CP, l'art. 6 du Statut de Rome¹⁰⁶ et l'art. 2 de la Convention de l'ONU pour la prévention et la répression du crime de génocide¹⁰⁷ définissent le génocide comme suit :

« On entend par crime de génocide l'un quelconque des actes ci-après commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- a) meurtre de membres du groupe ;
- b) atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ;
- c) soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ;
- d) mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ;
- e) transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe. »

L'art. 261^{bis}, al. 4, 2^e partie, CP punit quiconque nie, minimise grossièrement ou cherche à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité. Selon le Tribunal fédéral, le bien juridique ainsi protégé est la paix publique. Les droits individuels tels que la protection de la dignité n'y sont compris qu'indirectement¹⁰⁸. Peu importe que les déclarations incriminées soient adressées à des (groupes de) personnes concernées par un génocide ou à des tiers non impliqués¹⁰⁹.

L'art. 261^{bis}, al. 4, CP n'a pas pour objet exclusif la négation des crimes commis par le régime national-socialiste. Il est applicable quel que soit le génocide considéré. En revanche, il suppose qu'il s'agit d'un génocide reconnu en tant que tel universellement ou quasi universellement. La jurisprudence et la doctrine voient dans l'Holocauste un fait historique publiquement reconnu et avéré qu'il n'est pas nécessaire de prouver lors d'un procès pénal. Ce fondement historique en tant que condition préalable au caractère punissable de la négation de l'Holocauste dicte aux juges la ligne à suivre lorsqu'il est question de la négation d'autres génocides. C'est pourquoi il convient de vérifier s'il existe un large consensus sur les faits niés.

Entre 1995 et 2019, on compte 84 cas de négation de génocide (donnant lieu à 98 décisions au total), dont 8 se sont terminés par un acquittement, 68 par un verdict de culpabilité, 11 par une non-entrée en matière et 11 par un classement. La grande majorité (73) a concerné la négation de l'Holocauste. Un cas a porté sur l'occupation chinoise du Tibet¹¹⁰, un autre sur le génocide au Rwanda¹¹¹; tous deux ont débouché sur une non-entrée en matière. Cinq cas ont traité du génocide arménien¹¹². Une décision récente porte sur le génocide de Srebrenica¹¹³.

106 Statut de Rome de la Cour pénale internationale conclu le 17 juillet 1998, RS 0.312.1, texte cité ici.

107 Convention de l'ONU du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, RS 0.311.11.

108 Voir CFR 2019-007N avec renvoi à CFR 2002-024N (ATF 129 IV 95); au contraire, Niggli défend l'idée que l'art. 261^{bis}, al. 4, 2^e partie, CP protège la dignité humaine, Kommentar, n^{os} 360 s.

109 CFR 2002-024N (ATF 129 IV 95, consid. 3.5, p. 105); CFR 1998-029N (ATF 126 IV 20, consid. 1, p. 23).

110 CFR 2003-002N.

111 CFR 2000-018N.

112 CFR 2001-027N; CFR 006-054N; CFR 2008-017N; CFR 009-001N; CFR 2012-010N.

113 CFR 2018-039N (ATF 145 IV 23).

4.5.2 Bien juridique protégé et légitimation à recourir

Dans un cas, l'accusé avait soumis une « contre-pétition », en réponse à une pétition lancée en faveur de la commémoration du génocide arménien : « Nous sous-signés condamnons la campagne provocatrice récemment lancée par le Comité arménien pour la commémoration du prétendu génocide arménien qui aurait été commis il y a 80 ans. La désignation employée déforme massivement les faits historiques. »¹¹⁴ L'affaire a été rejetée par le tribunal de première instance compétent et les accusés ont été acquittés. Dans sa décision, le tribunal a laissé ouverte la question de savoir si les Arméniens avaient subi un génocide pendant la Première Guerre mondiale, au motif qu'on ne pouvait retenir aucun élément constitutif subjectif de l'infraction à l'encontre des accusés. Pour le tribunal, on ne peut reprocher aux accusés d'avoir nié, minimisé ou justifié le « génocide » des Arméniens pour des motifs racistes, étant donné que, par leur pétition, ils ont simplement voulu exprimer la position habituellement tenue en Turquie sur cette question, représentée par l'État et diffusée dans les manuels scolaires. Le tribunal de deuxième instance et le Tribunal fédéral ont rejeté les recours contre ce jugement, les recourants n'étant ni parties plaignantes ni victimes.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'infraction visée à l'art. 261^{bis}, al. 4, 2^e partie, CP constitue une atteinte à la paix publique ; la dignité humaine n'est pas considérée comme un bien juridique directement protégé. En 2012, un tribunal de première instance du canton de Zurich a également jugé, sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral, qu'en cas de négation d'un génocide il ne peut y avoir de personnes directement touchées dans leurs droits, et qu'il ne peut donc y avoir de personnes lésées au sens du droit de la procédure pénale. Aussi n'est-il pas possible de se constituer partie plaignante ni, partant, de prétendre avoir la légitimité de recourir contre une décision¹¹⁵.

4.5.3 L'Holocauste

L'Holocauste en tant que fait historique

L'Holocauste est reconnu par les tribunaux comme un fait historique qui n'a pas à être prouvé dans le cadre d'une procédure pénale. Dans un tel cas, le tribunal n'a pas à recourir aux travaux des historiens. Aussi, la négation de l'Holocauste implique toujours automatiquement un rabaissement à l'égard des Juifs. En outre, les autorités de poursuite pénale partent du principe que toute personne ayant un niveau d'éducation scolaire moyen ou participant à la vie quotidienne dans une société comme la nôtre a connaissance de l'Holocauste¹¹⁶. Personne ne peut donc prétendre ne pas savoir ce qu'il diffusait. Par la négation de l'Holocauste, on n'entend pas seulement la négation de l'Holocauste dans son ensemble, mais aussi la remise en cause de certains éléments, comme les chambres à gaz¹¹⁷.

114 CFR 2001-027N.

115 CFR 2012-010N.

116 CFR 2019-007N.

117 Par ex. CFR 2015-033N ;
CFR 2015-035N.

Négation de l'Holocauste sur Internet et dans les médias sociaux

Dans une affaire importante de 2014, l'auteur du tweet suivant a été condamné : « peut-être avons-nous besoin d'une autre Nuit de Cristal... cette fois pour les mosquées » (vielleicht brauchen wir wieder eine Kristallnacht... diesmal für Moscheen)¹¹⁸. La première instance dans le canton de Zurich a constaté qu'il exprimait par cette déclaration que la Nuit de Cristal avait déjà été nécessaire une fois, par quoi il tentait de justifier un génocide. Pour le tribunal, l'accusé était conscient et du contexte historique de la Nuit de Cristal et du fait que cette expression est utilisée et comprise comme un synonyme du génocide. La Nuit de Cristal organisée par le Troisième Reich est généralement reconnue comme le basculement de la discrimination antisémite vers la persécution et le meurtre systématiques des Juifs sous le national-socialisme. Ainsi, le tribunal a retenu que, par ses propos, l'accusé avait cherché à rabaisser les musulmans dans leur dignité tout en justifiant le génocide des Juifs. La deuxième instance a confirmé le verdict.

Une vidéo postée sur Facebook en 2019 niant l'Holocauste et mettant en doute la responsabilité des Allemands dans le déclenchement de la Seconde Guerre mondiale a également donné lieu à une condamnation. L'accusé avait titré la vidéo par ces mots : « Vidéo très importante ! L'HOLOCAUSTE de 7 millions ! Les CADAVRES DE PROPAGANDE à BUCHENWALD étaient DES SOLDATS ALLEMANDS MORTS DE FAIM » (Ganz wichtiges Video ! DER 7 Millionen HOLOCAUST ! Die PROPAGANDELEICHEN in BUCHENWALD waren VERHUNGERTER ERMORDETER DEUTSCHE SOLDATEN)¹¹⁹.

Autres exemples de négationnisme sur Internet : « POUTINE a de nouveau raison ! Il est grand temps que le mensonge de l'Holocauste soit dévoilé et que ses auteurs soient nommés !!! Ensuite, l'Israël de Rothschild devrait rembourser quelques milliards aux Allemands !!!!! » (*PUTIN hat schon wieder Recht! Es ist allerhöchste Zeit, dass die Holocaust-Lüge aufgedeckt und die Verursacher genannt werden!!! Dann müsste Rothschilds Israel den Deutschen einige Milliarden zurückzahlen!!!!*)¹²⁰. « Si tu regardes la vidéo, tu sauras pourquoi Hitler a déclenché la Seconde Guerre mondiale..... et si les sionistes mentent autant et les médias sont tous de mèche, je doute fort que l'holocauste ait eu lieu à ce point..... » (*wenn du das video anschaust weist du auch warum hittler den 2 weltkrieg anfang..... und wen die zionisten so lügen und die Medien unter sich habe zweifle ich sehr wohl das der holocaust in dem masse stattgefunden hatt.....*)¹²¹. « Je pourrais tuer tous les Juifs, mais j'en ai laissé certains vivants pour vous montrer pourquoi je les ai tués » (*Ich könnte alle Juden töten aber ich habe einige am Leben gelassen um Euch zu zeigen, wieso ich sie getötet habe*) (citation d'Adolf Hitler produite avec sa photo)¹²².

La majorité des cas concernant l'art. 261^{bis}, al. 4, 2^e partie, CP concerne de telles déclarations sur Internet, principalement sur Facebook. La négation ou la minimisation du génocide – et le mépris de l'humain qui en résulte – sont souvent si manifestes dans ces cas-là qu'ils font l'objet de brèves ordonnances pénales, sans autres formes de procès.

118 CFR 2014-005N.
119 CFR 2019-011N.
120 CFR 2017-012N.
121 CFR 2015-035N.
122 CFR 2015-034N.

Souvent, les personnes condamnées pour négationnisme exploitaient aussi des pages web créées spécifiquement à cette fin. L'une d'elles avait publié plusieurs articles sur l'Holocauste – une partie étant de sa plume –, qui affirmaient que les Juifs avaient été expropriés et expulsés, mais pas assassinés. Dans ces textes, l'Holocauste était décrit à plusieurs reprises comme un mensonge, au motif qu'il serait techniquement impossible de tuer des gens avec du Zyklon B¹²³. En 2015, un homme condamné à une peine privative de liberté a fait appel devant le Tribunal fédéral. Il avait publié des contenus sur son blog tels que : « Le comportement des juifs suscite l'aversion [...] jusqu'au point où on considère leur extermination comme un bienfait » ou « On s'éloigne d'autant plus de la thèse d'un génocide que ses partisans sont incapables de produire la moindre preuve d'un quelconque ordre écrit d'exterminer les juifs ni la preuve de l'existence d'une chambre à gaz [...] ». Le Tribunal fédéral a rejeté le recours¹²⁴. En 2010, un membre du comité directeur d'un parti a été condamné en première instance après avoir publié sur le site web du parti un article intitulé « Les mensonges sur Anne Frank » (*Die Lügen um Anne Frank*), dans lequel il mettait en doute l'authenticité du journal et décrivait l'Holocauste comme « une manipulation délibérée, et non un fait historiquement prouvé » (*gezielte Manipulation von Menschen, nicht aber um eine historisch belegte Tatsache*)¹²⁵. En 2009, une autorité de poursuite pénale a condamné un homme qui avait publié des messages sur la page web d'une organisation d'extrême droite dont il était un ancien membre, et notamment ceux-ci : « L'Holocauste restera dans l'histoire comme le plus grand cas de propagande mensongère » (*Der Holocaust wird als die grösste Propagandalüge in die Geschichte eingehen*), « La seule solution est et reste de détruire Israël et la population juive du monde entier » (*Die einzige Lösung ist und bleibt Israel und die jüdische Weltbevölkerung zu vernichten*), « Quand il n'y aura plus de bois de chauffage, nous pourrons essayer de voir si les Juifs brûlent vraiment aussi bien qu'on nous le dit » (*Wenn nun mal das Brennholz ausgeht, können wir ja mal versuchen, ob Juden wirklich so gut brennen wie es uns erzählt wird*)¹²⁶. En 2007, une autorité de poursuite pénale a condamné l'auteur d'un article publié sur une page web dans lequel il avait parlé du mémorial de l'Holocauste à Berlin comme d'une « perversion morale destructrice » (*seelenzerstörende Perversion*)¹²⁷.

Entre 2016 et 2018, un officier de police avait partagé plusieurs images minimisant et tournant l'Holocauste en dérision sur un groupe WhatsApp qui réunissait d'autres officiers de police. Pour le ministère public, il ne faisait pas de doute que la limite entre un humour de mauvais goût, non punissable, et l'atteinte à la dignité humaine, punissable, avait été franchie¹²⁸.

Négation « pseudo-scientifique » de l'Holocauste

Outre les négations de l'Holocauste sur Internet et dans les médias sociaux, les tribunaux et les autorités de poursuite pénale traitent aussi régulièrement d'autres formes de communication : livres, magazines ou conférences. Par leur nature et leur ampleur – et bien souvent aussi par la visée qui les motive –, ceux-ci diffèrent grandement des publications ponctuelles postées sur Internet. Alors que ces dernières minimisent souvent l'Holocauste ou souhaitent sa répétition en signe de haine envers les Juifs, mais sans vraiment chercher à en nier la réalité historique,

123 CFR 2018-021N.

124 CFR 2015-049N (arrêt 6B_1100/2014 du Tribunal fédéral du 14 octobre 2015).

125 CFR 2010-024N.

126 CFR 2009-027N.

127 CFR 2005-025N.

128 CFR 2019-007N.

les livres, revues et conférences révisionnistes visent au contraire à réfuter le fait historique de l'Holocauste moyennant des preuves pseudo-scientifiques.

En 2018, l'organisateur d'une conférence a été acquitté par la première instance¹²⁹ après avoir été reconnu coupable par l'autorité de poursuite pénale¹³⁰. Lors de la conférence, une oratrice avait fait un exposé de 90 minutes sur le thème « Interdit de parole, de preuve et de défense: la réalité de la liberté d'expression » (*Sprechverbot-Beweisverbot-Verteidigungsverbot, Die Wirklichkeit der Meinungsfreiheit*). Elle y niait l'existence de l'Holocauste et affirmait, argumentation pseudo-scientifique à l'appui, qu'il n'y avait pas de preuves concluantes concernant les lieux du crime, l'identité des auteurs, le nombre des victimes et les périodes auxquelles il avait eu lieu. L'oratrice a été reconnue coupable de négationnisme en Allemagne à la suite de cet exposé. Malheureusement, l'acquittement de l'organisateur en Suisse est dépourvu de justification écrite.

En 1997, huit personnes ont été déclarées coupables par une autorité de poursuite pénale d'avoir réalisé un « film nazi » en public en utilisant des drapeaux et des étendards portant la croix gammée, des brassards nazis et des panneaux indicateurs faits maison (« Treblinka 300 km », « Dachau 150 km », « Auschwitz 400 km »)¹³¹. Lors du tournage, les acteurs amateurs portaient des uniformes de l'armée suisse ou des habits de prisonniers, et le film se basait sur un scénario manuscrit. L'autorité pénale a jugé que la culpabilité de l'accusé n'était pas trop grave, étant donné que les atrocités du régime nazi n'avaient été glorifiées d'aucune manière, mais plutôt présentées sous la forme d'une satire. Malheureusement, l'ordonnance pénale ne contient aucune considération juridique expliquant pourquoi ces faits ont été néanmoins reconnus comme étant constitutifs de l'infraction inscrite à l'art. 261^{bis}, al. 4, 2^e partie, CP.

Les éditeurs de magazines révisionnistes ont été condamnés à plusieurs reprises ces dernières années ; entre 2000 et 2002, le Tribunal fédéral a rejeté plusieurs recours de personnes condamnées. L'un des éditeurs avait distribué 150 exemplaires de son magazine à des amis et à des bibliothèques¹³². On pouvait y lire notamment que l'Holocauste n'était pas un fait historique avéré, mais une question de foi, et que les Juifs en abusaient pour soumettre le monde. Il y était aussi écrit que Hitler avait réalisé le rêve sioniste, puisque les Juifs avaient désormais trouvé une nouvelle patrie en Israël. Un autre éditeur condamné avait publié dans son magazine trois articles de son cru dans lesquels il contestait l'existence des chambres à gaz, niait l'Holocauste et recensait un livre révisionniste¹³³. Un auteur de plusieurs livres et articles de revue a également été condamné pour avoir contesté l'extermination massive des Juifs et notamment les chambres à gaz en les qualifiant d'« invention servant le chantage politique et financier exercé sur le peuple allemand » (*Erfindung zur politischen und finanziellen Erpressung des deutschen Volkes*)¹³⁴. La même année, le Tribunal fédéral s'est penché sur le cas de deux libraires qui avaient distribué un livre révisionniste intitulé « Les Mythes fondateurs de la politique israélienne »¹³⁵, dans lequel l'auteur, Roger Garaudy, remettait en question notamment le nombre de six millions de Juifs assassinés pendant la Seconde Guerre mondiale. En 2017 a été condamné l'auteur d'un livre au contenu antisémite, dans lequel l'Holocauste était décrit à plusieurs reprises comme une falsification et un mensonge purs et simples, et le « misérable Juif

129 CFR 2017-013N.

130 CFR 2017-013N.

131 CFR 1997-003N.

132 CFR 2000-057N.

133 CFR 2000-020N.

134 CFR 1999-024N.

135 CFR 1997-017N.

orthodoxe » (*orthodoxe Lumpen-Jude*) comme une « créature vile » (*abscheuliche Kreatur*)¹³⁶.

Des personnes ayant distribué des tracts antisémites ont été condamnées à plusieurs reprises. Les tracts contenaient notamment des déclarations telles que : « L'Holocauste est un mythe sioniste » (*Der Holocaust ein zionistischer Mythos*)¹³⁷, « L'extermination de six millions de Juifs pendant la Seconde Guerre mondiale est le plus grand mensonge » (*Die Vernichtung von sechs Millionen Juden während dem 2. Weltkrieg ist die grösste Lüge*)¹³⁸, ou ils prétendaient que les chambres à gaz et leurs six millions de victimes n'avaient jamais été examinés selon des principes juridiquement et scientifiquement défendables, autrement dit : objectivement¹³⁹.

En 2019, c'est l'éditeur d'un périodique qui a été condamné. Il y avait publié plusieurs de ses propres articles dans lesquels il abordait la théorie de Robert Faurisson, selon laquelle les chambres à gaz n'auraient jamais existé. Il se demandait qui de la majorité des historiens ou de M. Faurisson avait raison. Dans d'autres articles, il avait même désigné la « doctrine » de M. Faurisson comme la pure vérité. L'autorité de poursuite pénale (première instance) a jugé que non seulement la contestation expresse de la vérité, mais aussi sa remise en cause par de pseudo-arguments sont constitutifs d'une négation au sens de l'art. 261^{bis} CP. Dans cette affaire, il ne fait aucun doute pour le juge que les articles remettaient en question l'existence des chambres à gaz, et donc du génocide juif. Le fait que l'auteur prétende être un journaliste animé par le souci de la recherche de la vérité ne fait qu'accroître sa culpabilité et ne saurait servir d'excuse.

L'accusé a fait recours en invoquant une violation de son droit d'être entendu : lors de la procédure devant la première instance, l'expert qu'il avait voulu faire entendre n'avait pas été entendu. La Cour d'appel pénale (seconde instance) a considéré que le droit d'être entendu n'était pas violé lorsque ce que la partie entend faire valoir n'est pas à même de prouver le fait qui doit être établi. L'Holocauste est un fait historique avéré et l'accusé a reconnu avoir écrit les articles attaqués. Aussi, la Cour d'appel ne voit pas pourquoi un autre témoin/expert aurait dû être entendu. Elle juge également que la remise en cause de l'existence des chambres à gaz équivaut à nier les crimes nazis et qu'elle réalise l'état de fait incriminé par l'art. 261^{bis}, al. 4, 2e partie, CP. La négation peut porter directement sur le génocide, mais aussi sur les conditions qui l'ont rendu possible, par exemple les ordres de Hitler ou l'existence des camps de concentration. La négation des chambres à gaz constitue la négation d'une partie importante de l'Holocauste. Le Tribunal fédéral a confirmé la décision de la seconde instance. L'Holocauste est un fait historique notoire et la négation de l'existence des chambres à gaz remet en question le génocide juif par les nazis, qui relève sans aucun doute de l'art. 261^{bis}, al. 4 CP¹⁴⁰.

Enfin, dans son jugement sur le livre de Garaudy, qui remettait en question les crimes commis par les nazis contre les Juifs, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré la négation des faits historiques de l'Holocauste comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciste contre les Juifs¹⁴¹.

136 CFR 2017-004N.

137 CFR 2007-073N.

138 CFR 2012-025N.

139 CFR 2007-022N.

140 CFR 2019-021N (arrêt 6B_350/2019 du Tribunal fédéral du 29 mai 2019).

141 Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, affaire Garaudy contre France du 24 juin 2003.

4.5.4 Le génocide arménien et l'affaire Doğu Perinçek

L'affaire concernant l'homme politique turc Doğu Perinçek a largement retenu l'attention de l'opinion publique suisse. Lors de plusieurs événements publics de 2005, celui-ci avait qualifié le génocide arménien de « mensonge international »¹⁴². Le tribunal de première instance a jugé que la négation d'un massacre n'était pas suffisante pour tomber sous le coup de l'art. 261^{bis}, al. 4, 2^e partie, CP, estimant que le fait historique en question devait être un génocide tel que défini par la Convention internationale pour la prévention et la répression du crime contre le génocide et par le Statut de Rome. Ces textes ne visent toutefois pas uniquement les faits déjà reconnus comme des génocides par la justice internationale. Par ailleurs, le génocide arménien a été mentionné à titre d'exemple lors des débats parlementaires sur l'art. 261^{bis}, al. 4, CP, et il s'agit d'un fait historique, qui plus est reconnu comme un génocide par la Suisse depuis 2003, ce dont l'accusé avait également connaissance. C'est pourquoi la première instance a déclaré l'accusé coupable de négation de génocide. Le Tribunal fédéral a également traité cette affaire. Il a jugé qu'il n'était pas justifié d'invoquer la liberté d'opinion ni non plus la liberté de la science comme l'a fait le recourant. L'art. 261^{bis} CP est une base juridique susceptible de restreindre les droits fondamentaux tels que les deux invoqués. Considérant que la description du génocide arménien comme un mensonge international et historique est susceptible de troubler directement la paix publique et de porter atteinte indirectement à la dignité humaine des membres de la communauté arménienne, le Tribunal fédéral a rejeté le recours et confirmé la condamnation de M. Perinçek¹⁴³.

En 2013, M. Perinçek a porté cet arrêt du Tribunal fédéral devant la Cour européenne des droits de l'homme, dont la petite puis la grande chambre ont tour à tour déclaré la Suisse coupable d'infraction à la CEDH. Pour la Cour, en condamnant M. Perinçek, la Suisse a violé le droit de celui-ci à la liberté d'expression visée à l'art. 10 CEDH. La Cour n'a pas considéré les faits du génocide arménien comme étant juridiquement reconnus, contrairement au cas des chambres à gaz, par exemple, qui ont fait l'objet de constatations par les Tribunaux de Nuremberg. En outre, la Cour a estimé qu'il n'était pas prouvé que, par ses déclarations, M. Perinçek avait eu l'intention d'inciter à la haine et à la discrimination raciale¹⁴⁴. Dans un nouveau jugement, le Tribunal fédéral a dû annuler le verdict de culpabilité en 2016 et acquitter M. Doğu Perinçek de l'accusation de discrimination raciale¹⁴⁵.

Un cas similaire s'est produit en 2009 lors de la visite en Suisse d'un représentant européen du parti du travail turc. Lors d'une conférence de presse, celui-ci avait lui aussi qualifié le génocide arménien de « mensonge international » (*internationale Lüge*), déclarant que les massacres et les déportations commis contre le peuple arménien en 1915 n'étaient pas un génocide¹⁴⁶.

Le juge de première instance du canton de Zurich a retenu les éléments suivants : il existe un large consensus au sein de la collectivité suisse au sujet du génocide arménien, et ce consensus a trouvé son expression dans la reconnaissance politique de ce génocide par la Suisse. Le génocide arménien sert d'exemple « classique » en droit pénal international et il n'y a aucune raison de s'écarter de cet état de fait. Le

142 CFR 2006-054N.

143 CFR 2006-054N (arrêt 6B_398/2007 du Tribunal fédéral du 12 décembre 2007).

144 Voir www.amnesty.ch > Über Amnesty > Publikationen > Magazin «AMNESTY» > Europäische Menschenrechtskonvention > Die Schweiz will Klärung (consulté le 8.9.2020).

145 Arrêt 6F_6/2016 du Tribunal fédéral du 25 août 2016.

146 CFR 2009-001N.

juge a également considéré que l'élément subjectif constitutif de l'infraction à la norme – l'intention – était réalisé. Il a par conséquent condamné l'accusé.

Devant le tribunal de deuxième instance, ce dernier a déclaré que les événements de l'époque étaient un massacre de part et d'autre, que la plupart des gens étaient morts de maladie et de famine, et que les événements n'étaient pas un génocide ciblé comme celui commis contre les Juifs dans l'Allemagne nazie. La défense a invoqué la liberté d'opinion et la liberté de la science inscrites respectivement aux art. 16 et 20 Cst.

Dans ses considérations, le tribunal a fait intégralement renvoi aux affirmations et aux références de l'instance précédente, qui constataient que les événements de 1915 étaient indubitablement établis et qu'ils réalisaient l'état de fait constitutif d'un génocide, raison pour laquelle aucune preuve de ces événements n'avait été présentée dans le cadre de la procédure pénale et qu'aucune preuve supplémentaire n'était nécessaire. À titre de complément, le tribunal de deuxième instance a ajouté que l'arrêt du Tribunal fédéral sur l'affaire Perinçek avait clairement constaté qu'il existait un large consensus au sein de la collectivité suisse sur le génocide arménien, lequel trouvait son expression dans des déclarations politiques et se fondait aussi sur un large consensus scientifique. Pour le tribunal zurichois, le Tribunal fédéral avait retenu dans son arrêt que les Arméniens représentaient un peuple et à tout le moins un groupe ethnique s'identifiant en particulier à son histoire, laquelle se caractérise par les événements de 1915. Par voie de conséquence, la négation du génocide arménien constitue une violation de leur identité.

Le Tribunal fédéral a lui aussi rejeté le recours de l'accusé dans l'affaire de Zurich¹⁴⁷. Toutefois, cet arrêt a été rendu avant l'arrêt Perinçek de la Cour européenne des droits de l'homme. Depuis lors, le Tribunal fédéral s'est montré beaucoup plus réservé dans les affaires concernant d'autres génocides que l'Holocauste.

L'arrêt Perinçek de la Cour européenne des droits de l'homme a été critiqué à plusieurs reprises¹⁴⁸. Il est en effet incompréhensible qu'une distinction soit faite entre différents génocides, surtout lorsqu'ils sont reconnus par une majorité de la communauté internationale. Toutefois, cet arrêt ne signifie pas que l'art. 261^{bis} CP en tant que tel viole la liberté d'expression. Cet arrêt n'a donc aucune influence sur l'application du reste de la norme pénale¹⁴⁹. Après tout, l'arrêt Perinçek a servi à la Fondation contre le racisme et l'antisémitisme (GRA) dans le cas mentionné au point 4.1.5: l'affirmation selon laquelle le discours d'un membre de la section jeunesse de l'UDC constitue un « racisme verbal » est d'autant plus protégée par la liberté d'expression que même la négation d'un génocide est réputée l'être.

4.5.5 Négation du massacre de Srebrenica

Dans un récent arrêt du Tribunal fédéral concernant la négation des événements de Srebrenica, l'accusé a été acquitté, parce que son texte n'incitait pas à la violence, à la haine ou à la discrimination, et ne contenait aucune attaque contre les musulmans bosniaques. Pour le Tribunal fédéral, l'article publié était sans aucun doute irrespectueux et insultant pour les familles des victimes, la mémoire de celles-ci et

147 CFR 2009-001N (arrêt 6B_297/2010 du Tribunal fédéral du 16 septembre 2010).

148 Voir par ex. la lettre ouverte de l'International Institute for Genocide and Human Rights Studies du 16 février 2014, www.humanrights.ch › Informationsplattform › Rechtsprechung und Empfehlungen › Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte › Erläuterte Schweizer Fälle › Erstes EGMR-Urteil von 2013 zum Fall Perinçek gegen die Schweiz (consulté le 3.11.2020).

149 Voir la prise de position de la CFR www.ekr.admin.ch › Actualité › Prises de position › 2015 (consulté le 3.11.2020), de même que le commentaire de www.humanrights.ch: www.humanrights.ch › Plateforme d'information › Jurisprudence et recommandations › Cour européenne des droits de l'homme › Cas suisses expliqués › Affaire Perinçek: la grande chambre à Strasbourg fait prévaloir la liberté d'expression (consulté le 3.11.2020).

la communauté musulmane bosniaque en général, mais pour autant il ne portait pas atteinte à leur dignité au point de nécessiter une intervention pénale.

La Cour d'appel du Tessin avait encore déclaré coupable l'auteur de l'article. Dans le texte, celui-ci avait nié le génocide de Srebrenica, le qualifiant de propagande mensongère. Bien qu'il estime que les éléments objectifs de l'infraction à l'art. 261^{bis}, al. 4, CP étaient réalisés, le Tribunal fédéral a considéré que l'intention discriminatoire de l'auteur n'avait pas pu être prouvée de manière concluante et qu'il fallait renvoyer l'affaire au tribunal précédent pour réexamen. Il y a cependant renoncé, considérant que la condamnation de l'auteur par la Cour d'appel violait son droit à la liberté d'expression. Il a ainsi fondé sa décision sur la jurisprudence développée dans l'affaire Perinçek en soulignant que l'expression d'opinions sur des questions d'intérêt général bénéficiait d'une très forte protection et que le texte litigieux – concernant l'histoire récente – portait clairement sur un objet d'intérêt public. Aussi a-t-il jugé qu'une condamnation pénale ne s'imposait pas dans une société démocratique, ce qui ne devait en aucun cas être considéré comme une légitimation du contenu de l'article en question¹⁵⁰.

4.5.6 Différence de traitement pour différents génocides

Il est intéressant, et en même temps étonnant, de constater à quel point l'Holocauste est traité juridiquement de manière différente par rapport aux autres génocides. Alors que l'Holocauste, le génocide arménien et le massacre de Srebrenica sont tous trois reconnus comme des génocides sur le plan international et en Suisse, ce n'est que dans les cas de négation du génocide juif que la justice reconnaît automatiquement des motifs racistes et une atteinte au groupe d'appartenance ethnique des victimes. Ainsi, la jurisprudence admet un automatisme dans le sens où elle considère toujours le prétendu « mensonge d'Auschwitz » – c'est-à-dire la remise en question des camps de concentration et/ou des chambres à gaz – comme une violation de l'art. 261^{bis} CP. Quiconque nie l'existence des chambres à gaz conçues pour l'extermination massive des Juifs par le régime national-socialiste soutient ipso facto, au moins implicitement, que ce régime n'a pas été pire que beaucoup d'autres, qu'en réalité beaucoup moins de personnes ont été tuées qu'on ne le suppose généralement, et que les chambres à gaz sont une invention dont les Juifs d'aujourd'hui veulent précisément aussi tirer profit¹⁵¹.

Dans le cas des deux autres génocides, cependant, un motif raciste n'est pas automatiquement présumé et la négation n'est pas directement assimilée à une atteinte à la dignité des membres du groupe ethnique concerné. En outre, le Tribunal fédéral, dans son arrêt sur les événements de Srebrenica, a exigé la preuve d'une incitation à la haine, ce qui n'est pourtant pas un élément constitutif de l'infraction à la deuxième partie de l'art. 261^{bis}, al. 4, CP. Il se peut que la réserve du Tribunal fédéral et le traitement varié qu'il accorde aux différents génocides s'expliquent par l'arrêt Perinçek de la Cour européenne des droits de l'homme.

Il est également intéressant de noter que, dans l'arrêt susmentionné concernant la négation du massacre de Srebrenica, le Tribunal fédéral n'a pas abordé la question de savoir si Srebrenica doit être qualifié de génocide ou non. En 2001, le Tribunal

150 CFR 2018-039N (ATF 145 IV 23, consid. 5.4.5).

151 Arrêt 6S.420/1999 du Tribunal fédéral (Cour de cassation) du 21 juin 2000, consid. 3.b.bb; voir aussi ATF 126 IV 20; ATF 126 IV 176; ATF 126 IV 230; arrêt 6S.698/2001 du 22 janvier 2003, consid. 2.1 ss.

pénal international pour l'ex-Yougoslavie, dans son verdict contre Radislav Krstić, avait qualifié les événements de Srebrenica de génocide¹⁵². Le seul facteur décisif pour le Tribunal fédéral a été la mise en balance de l'art. 261^{bis}, al. 4, CP avec la liberté d'expression.

4.5.7 Jurisprudence récente sur les éléments subjectifs de l'infraction

L'art. 261^{bis}, al. 4, CP exige un mobile discriminatoire comme élément subjectif constitutif de l'infraction. Pourtant, la doctrine dominante s'accorde à dire que la négation d'un génocide est punissable, quelle que soit sa motivation. Récemment, le Tribunal fédéral a jugé, à propos de l'exigence d'un motif raciste, qu'il ne suffisait pas de « simplement » nier un génocide ou de chercher à le justifier¹⁵³. Pour être punissable, la déclaration doit être fondée sur les convictions racistes de son auteur. Elle doit être motivée par des sentiments de haine ou de mépris contre des personnes en raison de leur appartenance « raciale », ethnique ou religieuse. Pour le Tribunal fédéral, le mobile discriminatoire est pratiquement intrinsèque à toute tentative de justifier un génocide fondé sur l'appartenance « raciale », ethnique ou religieuse des victimes, car un tel comportement implique nécessairement une forme d'approbation de telles atrocités. Une telle déduction ne saurait en revanche être tirée en présence de la négation ou de la minimisation d'un génocide. Il faut donc examiner les circonstances de chaque cas d'espèce, même si de tels comportements ne laissent guère de place à des motifs « respectables ».

4.6 La problématique des symboles racistes

4.6.1 Pas d'interdiction des symboles racistes

Il n'est pas toujours évident de savoir si et dans quelles circonstances le fait d'arborer publiquement un symbole raciste constitue une infraction à l'art. 261^{bis} CP. Contrairement à l'Allemagne, les symboles d'extrême droite ne sont pas interdits en Suisse. Jusqu'à présent, le Parlement a refusé toutes les initiatives souhaitant introduire une telle interdiction (voir ch. 4.6.4). L'art. 261^{bis} CP punit le fait de propager publiquement des idéologies visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse. Pour qu'un symbole soit pénalement répréhensible dans notre pays, il faut donc que son utilisation vise à propager une idéologie au sens de cet article. Sur ce point, l'interprétation des ministères publics et des tribunaux diffère parfois.

4.6.2 Les symboles racistes: une manière d'afficher ses convictions personnelles ou de propager une idéologie ?

En 2016, l'autorité de poursuite pénale du canton de Soleure a condamné un homme pour avoir publié sur sa page Facebook plusieurs symboles nazis, dont l'emblème des SS, le nom et la signature de Heinrich Himmler et l'aigle impérial. Elle a estimé que cet homme avait ainsi propagé publiquement une idéologie visant à rabaisser de manière systématique le judaïsme¹⁵⁴. En 2010, un autre minis-

152 Arrêt du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie du 2 août 2001.

153 CFR 2019-021N (arrêt 6B_350/2019 du Tribunal fédéral du 29 mai 2019, consid. 1.1 ss).

154 CFR 2016-021N

tère public soleurois était arrivé à la même conclusion dans une affaire impliquant une personne accusée d'avoir tagué les mots « Reichsadler » (aigle impérial) et « Hakenkreuze » (croix gammée) sur des bâtiments publics et privés ainsi que sur des panneaux de signalisation¹⁵⁵. Toujours dans le canton de Soleure, un tribunal a condamné une personne pour avoir dessiné des croix gammées et le chiffre 88 sur des arbres¹⁵⁶.

D'autres affaires similaires n'ont en revanche pas débouché sur des condamnations. Par exemple, le ministère public du canton d'Argovie a abandonné une procédure pénale contre un groupe de personnes accusées d'avoir planté un drapeau représentant une croix gammée sur une place de pique-nique publique¹⁵⁷. Le tribunal a certes relevé que les photographies de Hitler, les croix gammées ou le salut nazi, entre autres, devaient être considérés comme des signes d'adhésion à l'idéologie nazie, et que le drapeau en question représentait un symbole marquant du national-socialisme. Il a toutefois retenu que le fait d'exhiber des symboles d'extrême droite dans l'espace public n'est pas interdit en soi, considérant que cela ne suffit manifestement pas pour qu'il y ait propagation d'une idéologie. Pour constituer une infraction, l'acte incriminé doit être adressé à un large public dans le but de l'influencer et de le rallier à la cause. Autrement dit, le fait d'exhiber une croix gammée n'est punissable que si le but est de faire de la propagande pour l'idéologie nazie. Dans le cas d'espèce, le tribunal a estimé que les prévenus avaient planté ce drapeau uniquement pour afficher leurs convictions personnelles, sans autre but avéré.

Cette décision correspond à celle prise par le ministère public du canton de Zurich quelques années auparavant. Ici aussi, l'affaire concerne un groupe de jeunes accusés d'avoir déployé des drapeaux nazis, diffusé des marches militaires et construit une croix gammée avec des branches lors d'une fête privée organisée sur une place de pique-nique publique¹⁵⁸. Une des personnes présentes aurait également fait un salut nazi. Selon le ministère public chargé de l'affaire, ces types de comportements ne sont punissables que s'ils reflètent une idéologie visant à rabaisser de manière systématique certaines catégories de personnes, ce qui est sans aucun doute le cas des symboles nazis. Toutefois, l'autorité de poursuite pénale est arrivée à la conclusion que, ici non plus, les prévenus n'avaient pas tenté de faire de la publicité pour leurs idées et qu'ils n'avaient donc aucune intention de propager une idéologie au sens de l'art. 261^{bis}, al. 2, CP. Il aurait fallu pour cela que les actes ou propos incriminés soient dirigés contre un nombre défini ou indéfini de personnes dans le but de leur présenter certains contenus, des faits ou des jugements de valeur visant implicitement à en faire la propagande. Pour cela, il ne suffit pas que l'auteur en ait l'intention et compte sur la présence d'autres personnes ; il faut aussi qu'il s'adresse volontairement à elles pour les influencer et les convaincre. Suivant ce raisonnement, l'autorité a estimé que le fait d'arborer des croix gammées, symbole nazi s'il en est, aurait été punissable si l'auteur avait eu l'intention de promouvoir l'idéologie national-socialiste. Or la croix gammée fabriquée avec des branches était posée sur le sol de manière peu visible, ce qui a conduit l'autorité de poursuite pénale à estimer qu'il s'agissait simplement d'une manière d'afficher ses convictions personnelles.

Par ailleurs, le ministère public a relevé que le recours au salut nazi entre personnes partageant les mêmes idées ne pouvait pas être considéré comme un acte de

155 CFR 2010-053N
156 CFR 2015-025N
157 CFR 2007-071N
158 CFR 2001-008N.

propagande, même si les faits se sont produits dans un lieu public, et ce d'autant plus s'il est impossible de prouver que le geste était adressé à des tiers.

Dans une autre affaire similaire, l'autorité de poursuite pénale du canton de Zurich a estimé que les éléments constitutifs objectifs de l'infraction au sens de l'art. 261^{bis}, al. 2, CP étaient réalisés. En l'occurrence, un groupe réuni sur une place de pique-nique pour une fête d'anniversaire a brûlé une croix gammée et exposé une photographie d'Adolf Hitler ainsi qu'un t-shirt portant l'inscription « Heil Hitler » flanquée du dessin d'un aigle impérial¹⁵⁹. L'autorité compétente a jugé que le fait d'afficher une image de Hitler sur une place publique très fréquentée revenait à propager publiquement une idéologie visant à rabaisser ou dénigrer de façon systématique des personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse.

Toutefois, si elle a retenu le caractère public de l'acte, c'est surtout parce que les prévenus n'ont pas emporté avec eux la photographie en quittant les lieux et qu'ils ont donc de ce fait propagé l'idéologie nazie auprès d'un cercle plus large de personnes, sans liens personnels entre elles. En tant que coorganisateurs de l'événement, les prévenus auraient dû emporter l'image après la fête. Néanmoins, faute d'intention délibérée, deux des prévenus ont été acquittés. En revanche, les trois prévenus qui ont brûlé la croix gammée ont été condamnés.

Dans une autre affaire, l'autorité de poursuite pénale du canton de Zurich a classé une procédure d'instruction contre un prévenu qui avait envoyé une croix gammée par SMS sur une plateforme de chat¹⁶⁰. Selon elle, cet homme n'a pas propagé d'idéologie au sens de l'art. 261^{bis}, al. 2, CP, puisque son geste n'a pas été suivi d'autres actes ou propos racistes réalisés en public.

En 2007, un tribunal soleurois de deuxième instance a acquitté un homme accusé de discrimination raciale pour avoir participé à Soleure à une manifestation de l'organisation d'extrême droite Helvetischen Jugend (Jeunesse helvétique) et pour avoir écrit un article à ce sujet dans le journal d'un parti politique¹⁶¹. L'article en question était accompagné d'une photographie de la manifestation où l'on pouvait voir une grande banderole avec l'inscription suivante, en partie couverte: « WER R[...]ERT » « DEN AR[...]TER ». À côté de cette inscription, on pouvait voir une étoile jaune de David sur une sphère bleue. Malgré les lettres cachées, le texte complet était clairement « Wer regiert den Arbeiter » (Ceux qui dominent les travailleurs). Quant à l'étoile jaune, elle symbolisait Israël et les Juifs, alors que la sphère bleue représentait le monde. Le message était donc que les Juifs dominent le monde et les travailleurs. Le tribunal a souligné que, pour pouvoir invoquer l'art. 261^{bis}, al. 2, CP, il était essentiel que l'auteur ait eu la volonté d'influencer le public. Dans le cas d'espèce, il a estimé que le caractère public de l'infraction ne faisait aucun doute, puisque le journal a été distribué à 70 personnes. Restait à prouver que l'auteur de l'article avait eu l'intention non seulement de présenter son opinion, mais aussi de propager une idéologie. Autrement dit, le tribunal a estimé que le facteur déterminant était l'objectif de l'article: si l'auteur s'était adressé à un cercle relativement grand de destinataires dans l'intention de les influencer, alors son acte aurait été punissable. Mais en l'occurrence, comme le prévenu expliquait dans son article la raison de sa participation à la manifestation et présentait même ses

159 CFR 2001-036N.

160 CFR 2002-004N.

161 CFR 2006-059N, voir aussi CFR 2006-059N (première instance).

excuses aux personnes visées, le tribunal a jugé que la publication de l'image de la banderole n'avait pas pour but de propager les idées racistes que celle-ci véhiculait.

En 2019, un prévenu a été condamné dans le canton de Thurgovie pour propagation d'idéologie raciste après avoir publié sur son profil Facebook une vidéo niant l'holocauste et une image représentant une croix gammée dessinée avec une sauce rouge sur une pâte blanche dans une plaque de cuisson¹⁶². Cependant, l'ordonnance pénale ne précise pas quels éléments constitutifs de l'infraction chacune de ces deux publications avait réalisé, ni si la publication de la croix gammée aurait suffi à elle seule pour justifier une condamnation.

Comme le montre la jurisprudence analysée, il n'est pas toujours facile de tracer la ligne entre l'adhésion – non punissable – à une idéologie et la propagation – punissable – de cette même idéologie. Les décisions des ministères publics et des tribunaux divergent sur la question. La distinction dépend assurément de certains facteurs : le lieu où les faits se sont produits, la présence de tiers et la volonté de l'auteur d'influencer et de convaincre activement des personnes extérieures à son groupe d'appartenance.

4.6.3 Salut hitlérien

En 2010, une personne a été déférée devant les tribunaux pour avoir fait un salut hitlérien pendant une vingtaine de secondes durant la récitation du serment du Grütli lors d'un rassemblement organisé par un parti politique sur cette prairie¹⁶³. Outre les quelque 150 participants à la manifestation et l'officier de police présent sur place, plusieurs marcheurs et promeneurs ont pu assister à la scène. Dans un premier temps, les tribunaux de première et de deuxième instance ont condamné le prévenu pour discrimination raciale. Ce dernier a fait recours au Tribunal fédéral et obtenu le renvoi de l'affaire devant l'instance précédente, qui l'a finalement acquitté. Le tribunal qui a prononcé l'acquittement n'a pas remis en doute le fait que le salut hitlérien était un symbole clé du national-socialisme et, à ce titre, un geste visant à rabaisser ou dénigrer des personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse au sens de l'art. 261^{bis}, al. 2, CP. Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par certains passants qui ont perçu ce geste comme une marque d'adhésion au national-socialisme. Le tribunal a cependant estimé que le fait d'afficher publiquement ses convictions idéologiques ne constituait pas une infraction au sens de la norme pénale. Pour cela, il aurait fallu que le prévenu ait eu l'intention de propager cette idéologie, c'est-à-dire d'en faire la propagande auprès d'autres personnes.

En se fondant sur la doctrine, le Tribunal fédéral estime que le salut hitlérien peut constituer un acte de propagande à lui tout seul, à condition toutefois que la personne visée ne partage pas l'idéologie nazie. Le tribunal estime qu'on ne peut pas parler de propagation d'une idéologie au sens de l'art. 261^{bis}, al. 2, CP si les gestes sont échangés entre personnes partageant les mêmes convictions, et ce même si les faits se sont produits dans l'espace public. À ce propos, le tribunal précise aussi que le fait d'avoir adressé le salut nazi à une tierce personne ne suffit pas à conclure qu'il y a eu volonté de propagande – élément pourtant indispensable à

162 CFR 2019-011N.

163 CFR 2014-004N (ATF 140 IV 102).

la réalisation de l'infraction –, puisque le salut hitlérien peut être considéré simplement comme une manière d'afficher ses convictions personnelles. Il est inhérent à l'acte de faire ce geste en public que des tiers en prennent connaissance. Pour le Tribunal fédéral, la question de savoir si le fait d'adresser un salut nazi à des tiers est objectivement et subjectivement une manière d'afficher ses convictions personnelles ou plutôt un moyen de propager une idéologie discriminatoire dépend donc des circonstances spécifiques à chaque cas.

Une affaire de 2015 illustre bien ce raisonnement : un client d'un restaurant, se sentant provoqué par un autre client et voyant que celui-ci était d'origine étrangère, a réagi en claquant des talons, en lui adressant un salut nazi et en criant plusieurs fois « Heil Hitler ». Dans ce cas, l'autorité de poursuite pénale compétente du canton d'Argovie a considéré que les éléments constitutifs de l'infraction au sens de l'art. 261^{bis}, al. 2, CP étaient réalisés¹⁶⁴. Un autre ministère public avait statué de la même manière sur une affaire similaire quelques années auparavant¹⁶⁵.

En 2012, le tribunal de deuxième instance du canton de Soleure a condamné un prévenu pour avoir fait un salut hitlérien lors d'un défilé en ville rassemblant plusieurs centaines de personnes à l'occasion du 1er août¹⁶⁶. Il lui était aussi reproché d'avoir répété ce geste et crié des slogans d'extrême droite à plusieurs reprises lors d'un contrôle de police. En l'espèce, le tribunal cantonal a considéré que le salut hitlérien représentait une infraction à l'art. 261^{bis} CP, puisque la personne à laquelle il était adressé ne partageait pas l'idéologie nazie. En effet, si le fait incriminé s'est produit dans le cadre d'un défilé rassemblant des personnes partageant les mêmes opinions, la manifestation était toutefois publique, puisque plusieurs passants et journalistes étaient présents. Le tribunal a donc estimé que les manifestants avaient non seulement exposé leur opinion à des tiers, mais également cherché à les rallier à leur cause. D'ailleurs, les slogans et les gestes n'étaient pas destinés aux seuls manifestants, mais à toutes les autres personnes présentes – c'est-à-dire au public de manière générale. Le tribunal a estimé que le fait d'avoir accompli cet acte en public, à l'occasion de la fête nationale, prouve que le prévenu avait la volonté de propager une idéologie. Il a également considéré que le fait d'avoir réitéré ce geste à plusieurs reprises devant la police était également punissable au sens de l'art. 261^{bis}, al. 2, CP¹⁶⁷.

Ce cas n'est pas le seul où des personnes ont été condamnées pour avoir fait un salut nazi ou avoir crié « Sieg Heil » à des tiers ne partageant pas leur idéologie¹⁶⁸. Des prévenus ont par exemple été condamnés pour avoir adressé un salut nazi à deux personnes juives¹⁶⁹, à des personnes de couleur¹⁷⁰ ou encore devant l'hôtel où se tenait le 100^e anniversaire du Congrès sioniste¹⁷¹.

164 CFR 2015-002N.

165 CFR 2012-017N.

166 CFR 2012-004N.

167 Voir aussi CFR 2012-001N.

168 CFR 2010-023N ;

CFR 2009-046N ;

CFR 2009-025N ;

CFR 2009-014N ;

CFR 2009-011N ;

CFR 2008-026N ;

CFR 2007-024N ;

CFR 2004-052N.

169 CFR 1998-008N.

170 CFR 2010-054N.

171 CFR 1998-010N.

Il est intéressant de noter qu'avant l'arrêt de principe rendu par le Tribunal fédéral en 2014 sur le salut hitlérien, les tribunaux ont dû juger un nombre relativement important d'affaires sur cette thématique, dont la plupart se sont soldées par une condamnation. Depuis cet arrêt de principe, la seule condamnation pour un cas de ce type concerne l'affaire mentionnée ci-dessus qui s'est déroulée en 2015 dans un restaurant du canton d'Argovie, et dans laquelle le salut hitlérien était adressé à une personne précise. Cela montre qu'avant la décision du Tribunal fédéral, les autorités de poursuite pénale et les tribunaux considéraient généralement le

salut hitlérien comme une forme de propagation de l'idéologie nazie au sens de l'art. 261^{bis}, al. 2, CP dès lors qu'il n'était pas dirigé contre une personne spécifique et que des tiers étaient présents. Après 2014, plus aucun tribunal n'a statué en ce sens, ce qui suggère un changement de pratique provoqué par la décision du Tribunal fédéral.

4.6.4 Interdiction des symboles racistes ?

En 2009, le Parlement a discuté de la possibilité de créer un nouvel art. 261^{ter} CP sur les symboles à caractère raciste. L'idée était de punir d'une amende quiconque utiliserait ou propagerait publiquement des symboles racistes, notamment ceux évoquant le national-socialisme, sous quelque forme que ce soit (drapeaux, insignes, emblèmes, slogans ou formules de salutation), ainsi que tout objet (documents, enregistrements audio et vidéo ou images) représentant ou contenant l'un de ces symboles ou l'une de ses variantes. Le Conseil fédéral a toutefois recommandé au Parlement de renoncer à interdire l'utilisation en public de symboles extrémistes, racistes et faisant l'apologie de la violence¹⁷². Le Conseil national et le Conseil des États ont suivi cette recommandation, l'un des principaux arguments étant la difficulté de dresser une liste exhaustive des symboles à interdire.

Les débats sur une telle interdiction ont repris de plus belle en 2019, après que plusieurs personnes se sont déguisées avec des costumes du Ku Klux Klan lors du carnaval de Schwytz. Une motion déposée au Parlement demande de rendre punissable « l'utilisation en public de moyens de propagande en lien notamment avec le national-socialisme ou des mouvements visant à rabaisser ou dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion »¹⁷³. Reste à voir comment les deux chambres réagiront cette fois-ci.

5. Conclusion

Même si l'art. 261^{bis} CP a fait l'objet de critiques depuis son introduction, il est désormais bien accepté par la population. En approuvant à une large majorité l'extension de cette norme pénale à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la population vient d'ailleurs de montrer tout récemment qu'elle la considère comme un instrument essentiel pour lutter contre le racisme et la discrimination.

La jurisprudence des 25 dernières années révèle que la norme pénale contre le racisme n'a engendré ni problèmes d'application ni insécurité juridique, contrairement à ce que prétendent parfois ses opposants. La jurisprudence a évolué sur de nombreux sujets abordés dans la présente analyse. Toutefois, on ne constate pas de différences fondamentales par rapport au résultat de la dernière analyse de la jurisprudence réalisée par la CFR en 2007. Il ressort de ce qui précède que les autorités judiciaires montrent encore quelques incertitudes et divergences sur certaines questions d'application du droit. Ce sont surtout les éléments constitutifs de discrimination inscrits à l'art. 261^{bis} CP qui requièrent encore des clarifications. Enfin, la multiplication des actes racistes dans le monde virtuel pose également de nouvelles questions et de nouveaux défis aux tribunaux.

172 FF 2010 4427.
173 Motion 19.3270.

Liberté d'expression

Les opposants à la norme pénale contre le racisme prétendent généralement que cette norme restreint outre mesure la liberté d'expression. La présente analyse montre que tel n'est pas le cas. Comme cela ressort aussi de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, la liberté d'expression n'est pas un droit illimité et elle ne donne pas non plus le droit de proférer des propos racistes portant atteinte à la dignité humaine. Aussi, les juges ne sont pas tenus d'examiner ce droit lorsque l'accusation porte sur des déclarations manifestement contraires à la dignité. Néanmoins, les tribunaux considèrent aussi la liberté d'expression comme une valeur fondamentale de la démocratie, raison pour laquelle ils la prennent souvent en compte dans leurs considérants. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme accorde une grande importance à la liberté d'expression, en particulier lorsque l'affaire s'inscrit dans le contexte de débats politiques et scientifiques.

Internet et réseaux sociaux

Les propos racistes et les discours de haine sur Internet ont fortement augmenté ces 25 dernières années. Pour les auteurs d'actes et de propos discriminatoires, Internet est un terrain de jeu infini qui permet de s'exprimer dans l'anonymat le plus complet, ce que beaucoup n'hésitent malheureusement pas à faire. La fréquence des attaques racistes sur Internet varie en fonction des événements qui se produisent au niveau politique ou dans la société. Différents réseaux sociaux sont concernés, mais aussi les sites web traditionnels. La présente analyse montre que la jurisprudence est capable de s'adapter à cette nouvelle donne, ce qui est essentiel compte tenu de la rapidité à laquelle la technologie évolue. Il est généralement admis que la plupart des plateformes en ligne et des sites web sont des espaces publics au sens de l'art. 261^{bis} CP. C'est aussi le cas des groupes privés Facebook ou WhatsApp dont les membres n'ont pas de relations personnelles étroites entre eux. Il reste toutefois encore un certain nombre de points à clarifier. Par exemple, la question de la responsabilité des fournisseurs d'accès à Internet n'est pas encore claire, de même que le problème de la suppression des publications litigieuses ou la manière dont il faut considérer les « like ». Une autre difficulté majeure tient au principe de territorialité, c'est-à-dire au champ d'application territorial du droit pénal suisse. L'art. 3 CP précise que le code pénal est applicable à quiconque commet un crime ou un délit en Suisse. À quelques exceptions près – par exemple, en vertu de l'art. 7 CP, si un acte est aussi réprimé dans l'État où il a été commis ou si l'auteur revient en Suisse après avoir commis l'acte –, un crime n'est punissable en Suisse que si le résultat de l'acte s'est produit sur le territoire national. Cependant, comme la discrimination raciale et les atteintes à l'honneur sont des délits dits abstraits, leur résultat ne se produit par définition pas à un endroit précis. Cela conduit à une situation insatisfaisante, car un grand nombre de propos racistes publiés sur Internet ne peuvent pas être poursuivis dans notre pays, alors même qu'ils sont accessibles sur Internet depuis la Suisse¹⁷⁴.

174 La Suisse a signé, mais pas encore ratifié le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques.

Les termes de « race » et d'ethnie

Les termes de « race » et d'ethnie visés à l'art. 261^{bis} CP laissent une certaine marge d'interprétation que les tribunaux exploitent de manière plus ou moins variable. Concernant la « race », la question est de savoir s'il est pertinent d'utiliser ce terme, qui est déjà en soi une construction raciste. À cet égard, les tribunaux et les autorités de poursuite pénale ne suivent pas tous la même approche : alors que certains se distancient clairement du terme, d'autres n'hésitent pas à l'appliquer à certains groupes de personnes. Le terme est surtout utilisé pour désigner un groupe présentant une série de signes extérieurs qui ne sont pas couverts par l'appartenance ethnique. Ce qui est certain, c'est que toutes les autorités judiciaires partagent l'acception sociologique du terme proposée par le Conseil fédéral, qui considère la catégorie de « race » comme une construction sociale. Toutefois, ce n'est pas tant la définition du terme qui compte pour les autorités judiciaires que la motivation raciste de l'acte (priorité donnée aux éléments subjectifs par rapport aux éléments objectifs).

Pour ce qui est de l'ethnie, le terme en soi ne pose pas de problème particulier aux tribunaux et aux autorités de poursuite pénale. La question est plutôt de savoir ce que recouvre exactement cette notion. D'après la doctrine, une ethnie correspond à un groupe de personnes qui partagent notamment une langue, des coutumes, des traditions et des habitudes communes, et qui se considèrent elles-mêmes comme un groupe distinct ou qui sont ainsi perçues par les autres. En principe, la nationalité et l'ethnie ne couvrent pas la même réalité, même s'il y a des recouvrements. Or la jurisprudence tend à assimiler ces deux termes, même si l'on ne saurait parler ici d'unité de vue. Les tribunaux ne sont par exemple pas unanimes quant à la question de savoir si les Suisses forment une ethnie. L'une des difficultés que rencontrent les autorités judiciaires tient à l'usage des termes génériques, comme « étrangers » ou « demandeurs d'asile », pour désigner plusieurs ethnies. Les autorités divergent dans leurs conclusions. La doctrine relève toutefois qu'un comportement discriminatoire dirigé contre plusieurs ethnies considérées comme une seule et même entité ne devrait pas rester impunie au motif que les différentes ethnies visées ne sont pas nommément mentionnées.

Négation d'un génocide

La négation d'un génocide n'est pas l'infraction la plus fréquemment traitée en lien avec l'art. 261^{bis} CP. Elle mérite toutefois une attention particulière, car elle renvoie à des épisodes très sombres de l'histoire, intrinsèquement liés au racisme. L'analyse de la jurisprudence montre que les tribunaux ont tendance à traiter différemment ce type de cas selon le génocide dont il est question. Cette pratique soulève des questions. Par exemple, les tribunaux donnent plus de poids à la liberté d'expression et à la liberté de la science lorsqu'ils jugent des propos niant le génocide des Arméniens que lorsqu'ils jugent des propos niant l'Holocauste. Cette pratique, qui semble injustifiée, est la conséquence d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a condamné la Suisse pour violation de la liberté d'expression dans l'affaire Perinçek, du nom d'un homme politique turc sanctionné par les tribunaux suisses pour avoir nié le génocide arménien. S'il est compréhensible que la Suisse veuille éviter d'être à nouveau désavouée par la cour européenne, il paraît

choquant de traiter de manière différente des génocides qui sont pourtant pleinement reconnus par le Conseil fédéral et la majorité de la population. Si le Tribunal fédéral prend en compte la liberté d'expression dans de tels cas, c'est parce qu'il considère que l'art. 261^{bis}, al. 4, 2e partie, CP vise à protéger la paix publique. Cette interprétation est toutefois contestée par la doctrine. En effet, si les tribunaux considéraient que la disposition pénale vise à protéger la dignité humaine, il ne serait plus possible de contrecarrer l'accusation de négationnisme en invoquant la liberté d'expression, partant du principe que la dignité humaine constitue le cœur de tous les droits fondamentaux.

Symboles et gestes racistes

L'analyse de la jurisprudence montre qu'il n'est pas toujours aisé de faire la différence entre la propagation d'une idéologie – qui est un acte punissable – et le fait de manifester son adhésion à cette même idéologie – qui n'est pas punissable. Là aussi, les tribunaux ne sont pas unanimes. Le fait de porter un symbole raciste ou de faire un geste raciste n'est pas répréhensible en soi. Pour que ces actes tombent sous le coup de l'art. 261^{bis} CP, il faut que l'auteur vise à propager une idéologie raciste. Si une interdiction pure et simple des symboles et des gestes racistes peut sembler pertinente à première vue, elle entraînerait en réalité toute une série de difficultés, ne serait-ce que pour définir quels symboles interdire concrètement. Sur ce point, il y a lieu d'observer la direction qu'indiquera le Parlement.

