

**L'interdiction pénale de discrimination raciale selon
l'article 261^{bis} CP et l'article 171c CPM**

Document de travail de l'OFJ
pour le hearing concernant la norme pénale sur le racisme

Mai 2007

I. Introduction

Art. 261^{bis} Code pénal (CP)	Art. 171c Code pénal militaire (CPM)
<i>Discrimination raciale</i>	<i>Discrimination raciale</i>
Celui qui, publiquement, aura incité à la haine ou à la discrimination envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse;	¹ Celui qui publiquement, aura incité à la haine ou à la discrimination envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse,
celui qui, publiquement, aura propagé une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion;	celui qui, publiquement, aura propagé une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion,
celui qui, dans le même dessein, aura organisé ou encouragé des actions de propagande ou y aura pris part;	celui qui dans le même dessein, aura organisé ou encouragé des actions de propagande ou y aura pris part,
celui qui aura publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion ou qui, pour la même raison, niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité;	celui qui aura publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion ou qui, pour la même raison, niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité,
celui qui aura refusé à une personne ou à un groupe de personnes, en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse, une prestation destinée à l'usage public,	celui qui aura refusé à une personne ou à un groupe de personnes, en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse, une prestation destinée à l'usage public,
sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.	sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.
	² L'infraction sera punie disciplinairement si elle est de peu de gravité.

Les normes pénales sur le racisme, soit l'article 261^{bis}, respectivement l'article 171c CPM, sont en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1995¹. Le référendum engagé contre elles a été rejeté le 25 septembre 1994 par 54,7 % de la population². L'introduction de ces normes pénales était la condition principale à la ratification de la Convention internationale du 21 décembre 1965³ sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, qui a été ratifiée jusqu'à aujourd'hui par 173 Etats⁴.

¹ RO 1994 2887.

² FF 1994 V 521.

³ RS 0.104.

⁴ RS 0.104; <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/2.htm>.

L'article 261^{bis} CP⁵ contient cinq comportements délictueux : Incitation à la discrimination (al. 1), propagation d'idéologies racistes (al. 2), actions de propagandes racistes (al. 3), discrimination (al. 4, 1^{ère} moitié de phrase), négation de génocide (al. 4, 2^{ème} moitié de phrase), refus de prestation (al. 5). Les notions d'importance centrale pour l'interprétation de la norme sont celles de « race », « ethnie », « religion » et « public ». Le refus de prestation au sens de l'article 261^{bis} alinéa 5 CP mis à part, seuls des comportements ayant eu lieu publiquement sont punissables⁶.

II. Les critiques de base de la norme pénale sur le racisme

1. Le choix des moyens dans la lutte étatique contre le racisme

Le racisme est un phénomène social extrêmement complexe aux multiples visages. Peur diffuse du contact ou partis pris envers des êtres humains de cercles culturels différents se transforment en idéologies qui propagent la supériorité de son propre groupe par rapport à d'autres races. Les racistes jugent les êtres humains sur la base de leur race ou de leur origine. Le racisme est lié à des clichés fortement ancrés et repose sur la conviction que les membres de certains groupes de population présentent certaines caractéristiques immuables. De tels stéréotypes amènent à considérer dès le départ que certains groupes sont de deuxième classe et donc considérés comme inférieurs.

Un climat d'intolérance et de préjugés racistes peut rendre difficile une cohabitation paisible de différents groupes dans une société ou même la rendre impossible. C'est pourquoi l'Etat a un intérêt à combattre des comportements dans lesquels ce genre d'opinions se manifeste. Ce qui demeure socialement discuté, ce sont les moyens qu'il doit investir dans ce but, s'il doit se limiter à des explications et à la formation, ou s'il doit également formuler des interdictions. La norme pénale sur le racisme est l'expression d'une décision politique qui estime que toute forme de racisme, particulièrement des actes humainement dévalorisants, l'intolérance et l'hostilité envers d'autres groupes de population sont à réprimer. Aujourd'hui, la question de savoir si le racisme doit être combattu avec de tels moyens demeure.

Déjà les débats parlementaires concernant l'article sur le racisme et la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ont été virulents, ce qu'on ne rencontre que très rarement dans les affaires parlementaires suisses⁷. La controverse tournait essentiellement sur le fait de savoir qui des différentes forces politiques portait la co-responsabilité de l'apparition du racisme en Suisse et si une législation contre le racisme n'entamait pas de manière excessive le droit des suisses à la préservation de leur propre identité, respectivement à la délimitation par rapport aux étrangers. Il a été mis en garde contre une limitation abusive de la liberté d'expression et la disposition pénale contre la discrimination raciale a été représentée comme une loi « muselière ». Le reproche a également été fait que la norme représentait un droit pénal réprimant les convictions ou les opinions (Gesinnungsstrafrecht). Il existait également un groupe de critiques qui était d'accord avec la ratification de la Convention contre le racisme et avec l'objectif de la norme pénale, mais qui considérait cette dernière comme ratée et inapte. Il faisait valoir que la norme pénale était trop indéfinie et mènerait à de grandes difficultés d'application dans la

⁵ Les analyses suivantes sont également valables pour l'article analogue 171c CPM.

⁶ Dans le cas du refus de prestation, l'offre de l'auteur de prestation doit être publique, mais le refus d'offre de prestation en lui-même (l'acte) n'a en revanche pas besoin d'être effectué publiquement (cf. Niggli, Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG, Zurich 1996, N 1202 [cit. Niggli, Rassendiskriminierung]).

⁷ BO 1992 N 2650-2672.

pratique⁸. Ces critiques relatives à la norme pénale contre le racisme sont encore les mêmes aujourd'hui, 12 ans après son entrée en vigueur⁹. Les principaux reproches seront par la suite passés sous la loupe.

2. L'article 261^{bis} CP est-il du « droit pénal réprimant les convictions ou les opinions » (Gesinnungsstrafrecht)?

Par «droit pénal réprimant les convictions ou les opinions », on entend un droit pénal qui lie une sanction à la seule opinion personnelle d'un citoyen. Un tel espionnage des convictions est à juste titre contraire aux valeurs de tout Etat libéral. En effet, le citoyen doit pouvoir réfléchir comme il l'entend et ainsi former son opinion sans l'influence de l'Etat. Le vieux proverbe allemand « Fürs Denken kann niemand henken » (qu'on pourrait traduire en français par: « Personne ne sera pendu pour ses pensées ») le démontre clairement. C'est pourquoi en droit pénal suisse, seuls les actes exprimés et reconnaissables de l'extérieur sont sanctionnés¹⁰. Cela est également valable pour les différentes variantes de l'article 261^{bis} CP: est seul menacé de sanctions celui qui exprime publiquement certains avis, c'est-à-dire celui qui ne se limite pas à la réflexion personnelle, mais qui exprime également son opinion. La norme pénale anti-raciste ne menace pas de sanction la simple pensée personnelle, mais sa manifestation, qui lèse ou menace également d'autres biens juridiques. Cependant moins les biens juridiques concernés sont définis (par exemple menace abstraite de la paix publique dans le cas de la négation de génocide), plus il est difficile de rejeter le reproche consistant à dire que l'article 261^{bis} est censé réprimer des pensées non désirées (cf. en ce qui concerne la discussion sur les biens juridiques les points suivants au chiffre 3).

3. Quels biens juridiques sont protégés par la norme pénale sur le racisme ?

Les normes pénales ont toujours pour but la protection de biens juridiques qui sont considérés par la majorité de la communauté juridique comme dignes de protection. Dans ce sens, les normes du CP sont l'expression des convictions d'une communauté juridique.

Au vu de la situation systématique de l'article 261^{bis} dans le 12^{ème} titre du CP (« Crimes ou délits contre la paix publique »), il apparaît que le bien juridique protégé par l'article 261^{bis} est la paix publique. Dans son message du 2 mars 1992, le Conseil fédéral tient fermement au fait que « la discrimination raciale représente une menace pour la paix publique, peu importe qu'elle se manifeste sous la forme d'appels à la haine ou à la discrimination, par des atteintes à la dignité humaine ou par le fait de déshonorer la mémoire de personnes défuntes qui appartiennent aux groupes touchés ou sous la forme du refus d'un service offert publiquement. Il est vrai que de façon concrète l'auteur s'en prend toujours à la dignité humaine des individus du groupe touché. La relation est cependant claire. Dans un pays où certaines parties de la population peuvent impunément être calomniées et abaissées, où il est permis d'inciter à la haine et à la discrimination contre des personnes appartenant à une certaine race ou à certains groupes ethniques ou religieux, [...], la paix publique est

⁸ K.-L. Kunz, Zur Unschärfe und zum Rechtsgut der Strafnorm gegen Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG), Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStR) 1998, p. 223; G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 5. éd., Berne 2000, § 39 N 21 (cit. Stratenwerth, BT II).

⁹ Cf. à ce sujet le Document de fond de l'UDC de novembre 2006 « Oui à la liberté d'opinion – non à la mise sous tutelle des citoyens (accessible sous: <http://www.svp.ch/file/061116-antirassismusstrafnorm-f.pdf>).

¹⁰ Magdalena Rutz, Die Gefährdung der verfassungsmässigen Ordnung, dissertation 1968, p. 236 ; également le jugement du tribunal supérieur de Bâle-Ville du 24.11.1987, BJM 1988, p. 210.

menacée, la confiance dans l'ordre juridique est ébranlée et très souvent d'autres libertés fondamentales sont menacées [...] ».

Une partie de la doctrine défend au contraire l'idée que le droit pénal dans son entier protège la paix publique au sens du message du Conseil fédéral, c'est pourquoi la paix publique ne pourrait pas représenter un bien juridique indépendant. Cette question est d'ailleurs restée controversée jusqu'à la décision de principe du Tribunal fédéral en 1997¹¹. Le Tribunal fédéral entendait à la base protéger aussi bien la paix publique que la dignité humaine au moyen de l'article 261^{bis} CP, néanmoins principalement la dignité humaine et seulement indirectement la paix publique. Dans un arrêt ultérieur, le Tribunal fédéral a, dans un autre contexte, pris à nouveau position sur la question du bien juridiquement protégé¹². Dans cet arrêt, il a expliqué que la dignité humaine dans l'article 261^{bis} CP est le bien juridiquement protégé seulement en ce qui concerne les variantes des alinéas 1 et 4, première moitié de phrase, mais non de celle de l'alinéa 4, deuxième partie de phrase. Après des explications au sujet de la ratio legis de l'article 261^{bis} alinéa 4, deuxième moitié de phrase du CP, le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que dans ce cas, le fait d'être touché individuellement ne représentait juridiquement qu'une atteinte indirecte, même si elle pouvait dans un cas individuel provoquer des atteintes graves menant même à des troubles psychologiques. Dès lors la négation ou la minimisation d'un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité serait un délit contre la paix publique, et seul cette dernière serait directement protégée, les biens juridiques individuels ne seraient que protégés de manière indirecte.

Ainsi, il est vrai que les biens juridiquement protégés dans le cas du racisme semblent définis. La doctrine reste cependant controversée sur cette question. Il n'est également pas clair s'il devrait ressortir du bien juridiquement protégé une limitation de la norme pénale. Aussi bien la dignité humaine que la paix publique sont des notions juridiques indéterminées, qui ne se laissent que difficilement appréhender dans leur abstraction. Le fait de savoir si un acte raciste viole la paix publique, respectivement la dignité de l'être humain dans sa qualité de membre d'une race, d'une ethnie ou d'une religion est l'affaire du juge qui, dans chaque cas individuel, prendra en considération la situation concrète ainsi que les circonstances dans lesquelles les propos ont été tenus.

Il est dès lors compréhensible que des normes pénales qui protègent des biens juridiques difficilement saisissables soient sans cesse remises en question. Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue qu'il existe des problèmes analogues dans un grand nombre d'autres dispositions pénales et qui ne sont pas pour autant discutées. De plus, la question du bien juridique ne joue qu'un rôle de second ordre dans l'application pratique du droit. Ce qui prévaut est le fait de savoir si un comportement défini remplit les éléments constitutifs de l'infraction.

4. L'article 261^{bis} CP est-il formulé de manière assez précise sous l'angle de la détermination de la base légale (Bestimmtheitsgebot)?

La précision de la base légale est ancrée à l'article 1 alinéa 1 CP (nulla poena sine lege certa). Ce principe prévoit que seuls les comportements expressément prévus dans la loi peuvent être sanctionnés, afin que chacun sache clairement ce qui est punissable et ce qui ne l'est pas. Car seules des lois dont l'énoncé représente une base suffisante et solide pour l'application du droit permettent aux décisions judiciaires d'être prévisibles et comparables. Le législateur parvient à remplir au mieux cette exigence idéale lorsqu'il emploie pour cette définition du comportement délictueux des notions les plus précises possibles. Une telle

¹¹ ATF 123 IV 202.

¹² ATF 129 IV 95 consid. 3.2, p. 99 ss.

rédaction de loi n'est possible que dans de très rares cas, en raison de la complexité des états de faits à régler. Le législateur doit bien souvent se servir de notions juridiques nécessitant une interprétation. La jurisprudence et la doctrine n'exigent ainsi pas que chaque personne soumise au droit soit en mesure d'appréhender juridiquement de manière exacte l'interprétation de tous les éléments d'une infraction. Il doit seulement lui être possible, dans le cadre d'une « évaluation parallèle dans la sphère laïque », de reconnaître les principaux comportements défendus qui sont à la base d'une norme pénale. Certaines ambiguïtés dans la formulation de l'infraction peuvent selon l'avis du Tribunal fédéral être partiellement compensées par une jurisprudence constante et publiée concernant le sens des notions citées. La pratique concernant l'article 261^{bis} CP jusqu'alors, a eu pour conséquence une concrétisation des notions juridiques indéterminées, comme la notion de « public »¹³.

Bien que l'emploi de clauses générales ouvertes et de notions juridiques indéterminées dans l'article 261^{bis} CP ne puisse être juridiquement considéré comme un manquement à la précision de la base légale, les doutes émis à l'encontre de telles formulations ouvertes doivent être pris très au sérieux. Afin de réaliser au mieux le principe de la précision de la base légale, il est toujours opportun d'exiger une précision de la norme si son application s'en trouve facilitée. Car plus une norme pénale est formulée de manière peu claire, plus existe le danger que les personnes soumises au droit, par peur d'une condamnation possible, se restreignent plus fortement que ce que la norme pénale exige d'eux effectivement, ou que des personnes soient impliquées à tort dans une procédure pénale qui représente pour elles une charge, même si elles sont par la suite acquittées devant les tribunaux¹⁴.

L'exigence de rédiger les normes pénales le plus précisément possible demeure de première importance en ce qui concerne l'article 261^{bis} CP, étant donné que les comportements concernés tombent dans le domaine de protection d'un droit fondamental pour notre démocratie – la liberté d'expression (cf.ch. 5).

¹³ La notion de « public » dans le contexte de l'art. 261^{bis} CP a été définie par le Tribunal fédéral dans l'ATF 130 IV 111. D'après cet arrêt, sont considérés comme publics toutes les opinions et tous les comportements n'ayant pas lieu dans le cercle familial ou amical ou dans tout autre environnement qui n'est pas marqué par des relations personnelles ou une confiance particulière. En raison de cet arrêt, la crainte a été exprimée que l'article 261^{bis} CP soit également appliqué dans le cadre de discussions autour de la « table ronde ». Le Conseil fédéral est néanmoins convaincu que malgré cette nouvelle jurisprudence des propos racistes tenus à l'occasion de la table ronde ne seront pas sanctionnables, aussi longtemps qu'ils ne seront pas perçus de manière problématique par des tiers (cf. réponse du Conseil fédéral à la motion (05.3013) de la fraction UDC et les réf. citées). Le Tribunal fédéral a insisté dans cet arrêt qu'une opinion commune des participants ne peut exclure le caractère public d'une manifestation au sens de l'article 261^{bis} CP. Car l'article 261^{bis} CP entend justement empêcher que des opinions racistes se renforcent et s'étendent dans des cercles qui y sont sensibles.

¹⁴ La Commission fédérale contre le racisme (CFR) a connaissance de 241 plaintes (cas), qui ont été annoncées aux autorités compétentes entre 1995 et 2003. Les autorités d'instruction n'ont dans tout juste la moitié des plaintes, après un examen sommaire de l'état de fait, pas ouvert d'enquêtes, respectivement les ont classées ou n'ont même rien entrepris. Pour l'autre moitié des cas, il a été fait suite matérielle aux plaintes. Ces cas se sont terminés par un jugement entré en force. Dans 23 cas (à peine 20% des jugements) les autorités judiciaires ont acquitté les personnes accusées de discrimination raciale et dans 100 cas (bien 80% des jugements) ont eu pour conséquence une condamnation. Accessible sous : <http://www.ekr-cfr.ch/ekr/db/00586/00650/index.html?lang=de>.

5. L'article 261^{bis} CP représente-t-il une restriction inadmissible de la liberté d'expression?

La critique principale faite à l'article 261^{bis} CP est toujours mise en relation avec l'argument selon lequel la norme pénale sur le racisme limiterait la liberté d'expression. La liberté d'expression comprendrait toutes les opinions – également celles qui seraient fausses, inconvenantes, non pertinentes et incompréhensibles¹⁵. Il serait injustifié que n'importe quel propos fallacieux soit puni. Il existerait en effet des personnes affirmant que les américains n'ont jamais atterri sur la lune ou que les tours du World Trade Center ont été détruites sur les propres ordres du gouvernement américain. Un Etat démocratique devrait avoir la grandeur, mais aussi la confiance nécessaire en la raison et la maturité de ses citoyens, de pouvoir classer, juger et qualifier différentes opinions et déclarations.

Il est indiscutable que la liberté d'opinion fait partie de ces droits de l'homme qui ont une place prépondérante également sur le plan international¹⁶. Ce droit fondamental a une importance extrême pour le bon fonctionnement d'une société démocratique et est d'ailleurs expressément garanti par l'article 16 de la Constitution fédérale (Cst.) et par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). La liberté d'opinion ne vaut néanmoins pas de manière absolue, ni sur le plan national, ni sur le plan international. Ainsi, ce droit peut être limité dans le cadre de l'article 36 Cst.¹⁷, respectivement de l'article 10 alinéa 2 CEDH¹⁸.

Dans quelle mesure des propos tenus dans le contexte de l'article 261^{bis} CP tombent dans le domaine de protection de la liberté d'expression, dépend aujourd'hui largement du droit applicable. Alors que la doctrine suisse et la jurisprudence sont clairement d'avis que les propos racistes tombent également dans le domaine de protection de la liberté d'expression, protégée par l'article 16 Cst., la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), en application de la CEDH, défend une conception plus restrictive. Il est vrai que la Cour EDH a expliqué dans une jurisprudence constante que des opinions choquantes et blessantes sont également protégées par l'article 10 CEDH. Les instances strasbourgeoises, dans une jurisprudence constante, effectuent dans les cas présentant un caractère raciste une sorte

¹⁵ Cf. Conférence de presse et Document de fond de l'UDC de novembre 2006 « Oui à la liberté d'opinion – non à la mise sous tutelle des citoyens (accessible sous : <http://www.svp.ch/file/061116-antirassismusstrafnorm-f.pdf>), ainsi que la motion Germann (04.3812, compléter l'article sur le racisme), motion Hess (04.3607, abroger la norme pénale antiraciste) et la motion UDC (05.3013, abrogation de l'article antiraciste).

¹⁶ La Cour européenne des droits de l'homme a insisté à différentes reprises que des sanctions pénales qui doivent empêcher la libre discussion de thèmes d'intérêt général sont très problématiques (cf. Thorgeison v. Island du 25 juin 1992, série A, n° 239).

¹⁷ L'art. 36 Cst. féd. est formulé de la manière suivante :

¹ Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.

² Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.

³ Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.

⁴ L'essence des droits fondamentaux est inviolable.

¹⁸ L'art. 10 al. 2 CEDH est formulé de la manière suivante :

L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

de préexamen de la plainte et n'entrent pas en matière sur celle-ci lorsque ces cas concernent des « propos clairement racistes, respectivement révisionnistes », avec l'argument qu'il s'agit d'un abus de droit au sens de l'article 17 CEDH que de se prévaloir des garanties de la CEDH dans le but de légitimer des propos abaissants, qui n'ont pour autre but de remettre en question les valeurs fondamentales que la CEDH entend précisément protéger. »¹⁹ De tels propos, selon la compréhension des droits fondamentaux de la Cour EDH, ne tombent pas dans le domaine de protection de la liberté d'expression selon l'article 10 CEDH²⁰. En tout cas d'après la CEDH, il n'est pas exact qu'une condamnation au sens de l'article 261^{bis} CP consiste en une restriction systématique du droit fondamental de la liberté d'expression. A l'inverse, on ne peut pas conclure qu'une condamnation au sens de l'article 261^{bis} CP n'entre jamais en conflit avec un des droits fondamentaux garantis par la CEDH. Etant donné que l'article 261^{bis} CP punit également des opinions exprimées, dans lesquelles l'orientation raciste n'est pas évidente au premier abord, la norme pénale est à qualifier de restriction à la liberté d'expression selon la CEDH. Dans ce genre de cas, la Cour examinerait dans chaque cas si la condamnation de la déclaration est compatible avec la liberté d'expression, respectivement si les conditions sont réunies pour une restriction du droit fondamental au sens de l'article 10 alinéa 2 CEDH²¹.

Etant donné que la liberté d'expression est limitée par la norme pénale, tirer la conclusion que l'article 261^{bis} CP (particulièrement l'alinéa 4, deuxième partie de phrase) doit être supprimé, demeure un fait politique, mais non juridique. D'un point de vue constitutionnel, il n'est pas essentiel de savoir si une « restriction » de la liberté d'expression existe²², mais bien de savoir si cette restriction, conformément aux critères reconnus pour des restrictions de droits fondamentaux, est juridiquement admissible dans le cas concret. Si ce n'est pas le cas, l'on parle d'une violation de la liberté d'expression. Cette bipolarité (différenciation entre restriction d'un droit fondamental et violation d'un droit fondamental) est essentielle pour l'appréciation constitutionnelle suivante de l'article 261^{bis} CP.

Il est vrai que les tribunaux suisses n'ont pas eu jusqu'à maintenant à se confronter à la question de savoir si l'article 261^{bis} CP représente une limitation inadmissible des droits fondamentaux, étant donné qu'il n'existe pas en Suisse de Cour constitutionnelle. D'un point de vue constitutionnel, il est incontesté qu'aucun droit fondamental ne bénéficie d'une absolue primauté. Les restrictions à la liberté d'expression selon l'article 36 Cst. et l'article 10 alinéa 2 CEDH sont admissibles sous les conditions suivantes :

¹⁹ Cf. à ce sujet Mario Oetheimer, La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine, in : Revue trimestrielle de droit de l'homme 69/2007, p. 63 ss, 66, 68 s., avec des indications supplémentaires concernant la littérature et la jurisprudence (cit. Oetheimer) ainsi que les arrêts cités chez Poncet, *medialex* 2001/2, p. 86.

²⁰ Dans la doctrine, cette pensée est traduite par la formule qu'il n'existe pas de « droit de l'homme à blesser les droits de l'homme ». Cf. Niggli, *Es gibt kein Menschenrecht auf Menschenrechtsverletzung. Leugnung von Völkermord, Menschenwürde und die Problematik von Rassismusverboten*, Arbeitskreis Armenien (éd.): Völkermord und Verdrängung. Der Genozid an den Armeniern – die Schweiz und die Shoa, p. 85-96.

²¹ C'est ainsi par exemple que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé la condamnation d'un journaliste qui réalisait un reportage sur un mouvement raciste et qui avait laissé parler les membres de ce mouvement sans censure pour complicité de discrimination raciale comme étant une violation de la liberté d'expression. Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a cependant insisté sur le fait que les propos racistes tenus dans cette émission n'étaient pas protégés par l'article 10 CEDH (arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Jersild c. Danemark* du 23 septembre 1994, série A, volume 298).

²² Cf. néanmoins les explications suivantes concernant la signification des droits fondamentaux dans le cadre de l'interprétation.

- Elles doivent reposer sur une base légale suffisante : c'est le cas ici. Bien que l'article 261^{bis} CP ne viole pas le principe de précision de la base légale, il serait souhaitable sous cet angle que l'article 261^{bis} CP soit rédigé de manière plus précise.
- Elles doivent être dans l'intérêt public. L'article 10 CEDH reconnaît particulièrement aussi la « protection de la morale »²³, la protection des « droits des tiers » ainsi que l'« ordre public » comme intérêts publics dignes de protection. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'article 261^{bis} alinéa 4, deuxième partie de phrase CP protège principalement la « paix publique » au sens d'un délit de mise en danger abstraite et subsidiairement également la dignité humaine²⁴. Dans le cas des autres comportements punissables prévus à l'article 261^{bis} CP, c'est la dignité humaine qui est le bien juridiquement protégé. Tout le monde reconnaît que la préservation de la « paix publique » et la « protection contre les discriminations » sont des intérêts publics dignes de protection.
- Enfin, la norme étatique remise en question doit préserver le principe de la proportionnalité. La norme pénale doit être un moyen adapté et nécessaire de préserver la paix publique, respectivement la dignité des être humains en Suisse. D'après la doctrine majoritaire, tel est le cas, pour autant que la disposition soit interprétée à la lumière de la liberté d'expression de manière restrictive. L'interprétation conforme aux droits fondamentaux des éléments constitutifs de l'infraction est ainsi de grande importance. La liberté d'expression peut être importante en tant qu'aide à l'interprétation lors de la subsomption du comportement effectif au vu des critères de la norme pénale. Dans l'intérêt de la liberté d'expression, il ne faut admettre une violation de la norme pénale antiraciste qu'avec beaucoup de retenue, c'est-à-dire uniquement dans les cas où les activités en cause réalisent manifestement les éléments constitutifs de l'infraction. Compte tenu du caractère fondamental de la liberté d'expression, il est nécessaire, en cas de doute, d'éviter que chaque expression de mauvaise humeur ou d'une opinion politique ne soit réprimée par l'art. 261^{bis} CP. Le Tribunal fédéral²⁵ affirme que « dans une démocratie, il est d'une importance centrale que des points de vue puissent également être défendus qui déplaisent à la majorité et qui paraissent choquants pour beaucoup. La critique doit être admise dans une certaine mesure et parfois de manière pointue. En effet, dans le débat public, il n'est souvent pas possible de faire la différence dès le début entre critiques fausses, à moitié vraies et justifiées. Un abaissement ou une discrimination ne peuvent être facilement reconnus dans des débats politiques ».

Il faut déduire de ces explications que l'article 261^{bis} CP, dans le cas d'une interprétation conforme aux droits fondamentaux, représente effectivement une restriction de la liberté d'expression, mais ne doit pas pour autant être considéré comme une violation de ce droit fondamental. Dans l'intérêt de la liberté d'expression, les normes pénales qui limitent ce droit fondamental, ne devraient punir que les comportements qui sont nécessaires à la protection de biens juridiques élémentaires.

²³ Sous le titre « protection de la morale », la Cour européenne des droits de l'homme a montré une grande compréhension pour les normes pénales étatiques, particulièrement pour celles protégeant contre les obscénités, les outrages ou le blasphème (comp. les arrêts cités chez Poncet, *medialex* 2001/2, p. 85).

²⁴ Cf. ATF 129 IV 95 ss.

²⁵ ATF 131 IV 23.

6. Les éléments constitutifs de l'article 261^{bis} al. 4, deuxième moitié de phrase CP

A ce point de l'analyse, il faut traiter plus précisément de la disposition sur la punissabilité de la négation intentionnelle et publique, ainsi que de la minimisation grossière et la justification de génocides ou d'autres crimes contre l'humanité motivés par le racisme (art. 261^{bis} al. 4 deuxième moitié de phrase CP), parce que cette disposition est particulièrement discutée en relation avec la liberté d'expression.

6.1 Les notions de « génocide » et de « crimes contre l'humanité »

La critique formulée contre la négation consiste principalement dans le fait qu'elle n'est pas limitée à des événements historiques particuliers, comme par exemple l'holocauste. Conformément à la doctrine majoritaire²⁶, seuls doivent entrer en ligne de compte des événements historiques dont la réalité ne souffre d'aucun doute. L'application de cette norme uniquement à des génocides et des crimes contre l'humanité qui sont reconnus de manière générale, repose sur le fait qu'il n'apparaît pas sensé qu'un tribunal doive à chaque cas de négation analyser les preuves permettant de s'assurer que des événements historiques ont bien eu lieu. Les tribunaux seraient dépassés s'ils devaient se livrer à un débat approfondi sur les conditions nécessaires à l'existence d'un génocide. C'est pourquoi il s'agit bien plus de prouver le caractère notoire des événements historiques. Là ou cela n'est pas possible, une condamnation ne serait pas envisageable. Il demeure la question de savoir grâce à qui et sur quels critères le caractère notoire de génocides pourrait être déterminé. Il n'y est pas donné réponse de manière unanime dans la doctrine et la jurisprudence²⁷.

Le génocide et les crimes contre l'humanité ne sont pas des « crimes de tous les jours ». L'histoire a montré qu'ils s'inscrivent dans un contexte plus large. Souvent, une situation conflictuelle débute dans un pays par l'oppression systématique d'une minorité, ou alors ont lieu des démêlés entre différents groupements politiques, qui dégénèrent en conflits armés. De tels conflits peuvent s'étendre sur le plan international. Les conflits ethniques les plus récents ont démontré qu'il est souvent difficile de savoir si les personnes attaquées sont des membres de l'armée ou des civils. L'analyse pénale de tels événements tragiques, comme par exemple en ex-Yougoslavie ou au Rwanda, a montré que le génocide et les crimes contre l'humanité sont souvent commis simultanément. Ces événements sont souvent instruits et poursuivis ensemble dans la pratique, de telle façon qu'il revient au tribunal d'établir quelle infraction a été réalisée.

Les sources légales déterminantes nécessaires à l'interprétation de la notion de « génocide » sont la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide²⁸ ainsi que la disposition pénale sur le génocide dans le CP en découlant (art. 264)²⁹. Conformément à l'art. 264 alinéa 1 CP, sera puni celui qui commet des atteintes graves à la vie et à l'intégrité corporelle dans le dessein de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, racial, religieux ou ethnique.

²⁶ Schleiminger, BSK II StGB, N 60 ad art. 261^{bis} CP.

²⁷ Certains auteurs exigent que la qualité de génocide soit établie au niveau du droit international public. D'autres encore sont d'avis que cet établissement serait déjà valable s'il devait être le fait d'un Parlement ou d'une autorité exécutive. Parfois, la validité serait soumise au fait qu'une telle prise de position soit le fait d'autorités suisses. D'autres enfin soutiennent que c'est au tribunal chargé de traiter un cas concret de négation de trancher cette question en toute indépendance.

²⁸ RS 0.311.11.

²⁹ RS 311.0.

Le deuxième groupe d'évènements auquel l'article 261^{bis} alinéa 4, deuxième moitié de phrase CP peut se rapporter, sont les crimes contre l'humanité. Les crimes contre l'humanité ne sont pas expressément prévus par le code pénal. C'est pourquoi, dans le cadre de la deuxième étape de la mise en œuvre des Statuts de Rome du Tribunal international du 17 juillet 1998³⁰, des modifications législatives sont entreprises, qui permettent la condamnation explicite en Suisse de crimes contre l'humanité. Il appartient donc également de créer une infraction pénale spécifique. Au sens du droit international coutumier et conformément aux Statuts de Rome³¹, sont considérés comme crimes contre l'humanité les plus graves violations des droits de l'homme commises dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre des membres de la population civile ou des personnes qui ne participent pas directement à des combats. Ils sont punissables aussi bien en temps de paix qu'en temps de conflits armés. On peut citer par exemple l'extermination, l'asservissement, la poursuite ou la déportation de personnes ou de parties de populations.

6.2 L'intention

Du point de vue subjectif, l'intention, respectivement le dol éventuel, est exigé pour tous les éléments constitutifs objectifs, c'est-à-dire que l'auteur doit savoir ou du moins accepter qu'il s'agit d'évènements historiques niés, minimisés ou justifiés d'un génocide ou d'un crime contre l'humanité. Ces « processus intérieurs » ne peuvent jamais être prouvés avec une absolue certitude, il faut bien plus, à l'aide de règles découlant de l'expérience, déduire la partie subjective de l'acte grâce aux évènements extérieurs. Ainsi, le Tribunal fédéral a par exemple défendu l'opinion au sujet des « crimes nazis » contre les juifs, que toute personne exerçant la négation ou la minimisation grossière de l'holocauste « connaissait la fausseté de ses allégations », compte tenu du caractère notoire de ce fait historique.

6.3 Le terme « public »

Le terme « public » dans le contexte de l'article 261^{bis} CP a été défini par le Tribunal fédéral dans l'ATF 130 IV 111³². D'après cet arrêt, sont considérés comme publics toutes les opinions et tous les comportements n'ayant pas lieu dans le cercle familial ou amical ou dans tout autre environnement qui n'est pas marqué par des relations personnelles ou une confiance particulière. En raison de cet arrêt, la crainte a été exprimée que l'article 261^{bis} CP soit également appliqué dans le cadre des discussions autour de la « table ronde ». Mais le Conseil fédéral est néanmoins convaincu que malgré cette nouvelle jurisprudence des propos racistes tenus à autour de la table ronde ne seront pas sanctionnables, aussi longtemps qu'ils ne seront pas perçus de manière problématique par des tiers (cf. réponse du Conseil fédéral à la motion (05.3013) de la fraction UDC et les réf. citées)

6.4 Le terme « nier »

Ne peut être nié que ce qui a vraiment existé et qui peut être prouvé. Pour qu'un fait puisse être nié au sens de l'article 261^{bis} alinéa 4, 2^{ème} moitié de phrase CP, il doit être indubitable. C'est le cas par exemple, lorsque un grand nombre de témoins oculaires crédibles ou d'autres rapports existent. Dans le procès pénal traitant de la négation, il ne s'agit néanmoins pas d'amener des preuves au sujet du cas concret, mais bien plus sur son caractère notoire. Aussi longtemps que quelqu'un n'a pas vraiment connaissance des faits, ce qui peut être le cas en ce qui concerne le génocide commis sur les Arméniens, l'élément de conscience fait d'ores et déjà défaut dans la réalisation de l'état de fait subjectif.

³⁰ RS 0.312.1 ; entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juillet 2002.

³¹ Art. 7.

³² Cf. note de bas de page 14.

6.5 Le terme « minimiser »

Dans le cas de la minimisation grossière, le génocide ou les crimes contre l'humanité ne sont pas niés, mais il est affirmé qu'au vu des dommages, le tort ou la souffrance des personnes concernées serait en réalité beaucoup moins important. C'est également le cas, lorsque le nombre de victimes est présenté comme étant moindre ou que la nature du crime est présentée comme moins brutale ou barbare que ce qui est généralement considéré, ou lorsque les crimes commis sont présentés comme étant le fait d'auteurs individuels incontrôlables ou les conséquences inévitables de la guerre. En bref : la valeur des événements est minimisée.

6.6 Le terme « justifier »

Dans le cas de la « justification », aucun fait n'est contesté et concernant les crimes commis, leur qualité quantitative n'est pas contestée ou remise en question. C'est bien plus le tort commis qui est légitimé par la justification, les faits accomplis sont présentés comme étant acceptables ou du moins comme étant des possibilités acceptables dans la résolution du conflit. L'infraction peut également être réalisée par le fait qu'on attribue aux groupes concernés un rôle causal direct ou indirect.

6.7 La motivation raciste

En plus de tout cela, l'article 261bis alinéa 4, 2^{ème} moitié de phrase CP, exige une motivation raciste. Par l'ajout « ou... par la même raison », l'énoncé de cette disposition restreint la punissabilité de la négation, la minimisation ou la justification du génocide ou d'autres crimes contre l'humanité. La négation, la justification ou la minimisation grossière d'un génocide demeurent impunis lorsque ces agissements n'ont pas été commis pour des motifs racistes. Celui, par exemple, qui nie un génocide par pur zèle politique ou par étroitesse d'esprit ne peut être puni.

IV. Propositions en vue d'une possible modification de la loi, à la lumière de la critique formulée au chapitre III.

<p><u>Variante 1: Abrogation pure et simple de l'article 261^{bis} CP, respectivement de l'article 171c CPM</u></p>
--

Les arguments en faveur sont

- que l'interprétation et l'application de cette norme qui comprend de nombreuses notions juridiques indéterminées créent des difficultés à la personne soumise au droit ainsi qu'au juge. Ce qui est punissable et ce qui ne l'est pas n'est pas évident pour tout le monde, de sorte que les décisions judiciaires ne sont pas prévisibles et comparables ;
- que la liberté d'expression est trop limitée, lorsque n'importe quelle fausse déclaration est punissable.

Les arguments en défaveur sont

- que la protection contre les discriminations (raciales) représente un intérêt digne de protection ;

- que cette norme pénale ne représente pas du droit pénal réprimant les convictions ou les opinions au sens étroit, étant donné que seuls les propos manifestés publiquement qui blessent les biens juridiques élémentaires peuvent être punis par la loi, même si ceux-ci sont difficilement saisissables (cf. ch. II. 2.) ;
- que d'un point de vue juridique, aucune raison impérieuse ne parle en faveur d'une abrogation pure et simple (une interprétation conforme à la Constitution de cette norme ne fait apparaître aucune violation de l'obligation de précision de la base légale, ni de la liberté d'expression) ;
- que par la ratification de la Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale³³, la Suisse s'est engagée à réprimer certains actes racistes ; l'abrogation pure et simple nécessiterait une dénonciation de cette Convention qui, à ce jour, a été ratifiée par 173 Etats ; cela ne serait que difficilement compris sur le plan international ;
- que le Conseil fédéral a toujours insisté, la dernière fois le 18 octobre 2006³⁴, sur le fait qu'une abrogation pure et simple de la norme pénale sur le racisme ne saurait entrer en ligne de compte.

Variante 2: Suppression de l'alinéa 4, 2^{ème} moitié de phrase

...

celui qui aura publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion
~~ou qui, pour la même raison, niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité,~~

...

Les arguments en faveur sont

- qu'il n'existe aucune obligation internationale de conserver l'article 261^{bis} alinéa 4, 2^{ème} moitié de phrase CP. Il est vrai que le protocole additionnel de la Convention européenne sur la Cybercriminalité³⁵, qui n'a pas encore été ratifié par la Suisse, prévoit entre autre que les Etats membres punissent la négation, la minimisation ou la justification de génocides ou de crimes contre l'humanité. Cependant, la Suisse pourrait faire une réserve à l'encontre de la disposition correspondante de la Convention si elle voulait supprimer l'art. 261^{bis} alinéa 4, 2^{ème} moitié de phrase CP de son droit national. Même dans ce cas, notre pays pourrait toujours ratifier cette Convention ;
- qu'il ne découle pas de l'exigence de la protection de la dignité humaine un devoir d'adopter certaines normes légales pénales, étant donné que les droits touchant à la liberté sont essentiellement conçus comme des droits de défense ;

³³ RS 0.104.

³⁴ Cf. <http://www.news.ch/Erklärung+zur+Antirassismus+Strafnorm/255423/detail.htm>.

³⁵ Cf. Protocole additionnel du Conseil de l'Europe pour la Convention Cybercrime sur le racisme sur le net du 28.1.2003, entré en vigueur le 1.03.2006, pas encore ratifié par la Suisse ; accessible sous : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/189.htm>.

- que cela devrait essentiellement être une évaluation politique de savoir si le législateur désire punir la négation de génocides ou de crimes contre l'humanité et ainsi élargir le cercle des opinions punissables.
- que dans des cas flagrants, il est possible que la négation, la minimisation grossière ou la justification d'un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité, puissent éventuellement être qualifiés, dans un contexte clairement raciste, de propagande raciste au sens de l'art. 261^{bis} alinéa 2 CP³⁶;

Les arguments en défaveur sont

- que l'infraction remplit sa mission dans le dispositif étatique de défense contre le racisme, sans qu'une limitation disproportionnée de la liberté d'expression doive être redoutée. La négation, la minimisation ou la justification ne sont punissables que si elles ont lieu publiquement et intentionnellement et ont pour but de nier l'égalité avec certains êtres humains en raison de leur race, ethnie ou religion. Il est souvent oublié que c'est justement la nécessité de prouver un motif raciste qui permet d'affirmer que cette norme n'est pas une loi « muselière » ;
- qu'il ne s'agit pas à l'alinéa 4, 2^{ème} moitié de phrase de l'article 261^{bis} CP de sanctionner une simple « désinformation », mais bien de protéger contre une discrimination dégradante et ainsi de réaliser des valeurs de base de notre société, c'est-à-dire le principe de l'égalité et de la dignité humaine.
- qu'en pratique, comme c'est le cas pour d'autres normes du CP, certains problèmes d'interprétation et d'application ne peuvent être niés, ceux-ci sont cependant en grande partie de nature théorique puisque que la majorité des cas qui ont été traités par les tribunaux de notre pays se rapportaient à l'holocauste. En outre, la question controversée du massacre des Arméniens a récemment fait l'objet d'une décision d'un tribunal suisse constatant qu'il s'agissait d'un génocide³⁷. Indépendamment de cela, d'après la doctrine dominante, seuls les événements historiques dont la réalité ne fait aucun doute, doivent tomber sous le coup de cette norme ;
- que la restriction du champ d'application de cet alinéa 4, 2^{ème} moitié de phrase, pourrait subir la critique d'instances internationales (ONU, Conseil de l'Europe) ainsi que d'organisations non-gouvernementales ;
- que la tendance dans le droit international est visiblement à l'élargissement de la punissabilité de la négation de l'holocauste à d'autres génocides³⁸. Partant, la possibilité d'un comportement contraire à cette tendance internationale existe.

³⁶ Cf. la casuistique de Schleiminger, *BSK // StGB*, N 66 ad art. 261^{bis} CP.

³⁷ Cf. a ce sujet l'information de presse du 9.3.2007 ; accessible sous : <http://www.news.ch/Perincek+wegen+Genozid+Leugnung+verurteilt/269474/detail.htm>.

³⁸ Cf. Protocole additionnel du Conseil de l'Europe pour la Convention Cybercrime sur le racisme sur le net du 28.01.2003, entré en vigueur le 1.03.2006, pas encore ratifié par la Suisse ; accessible sous : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/189.htm>.

Variante 3: Suppression de l'alinéa 4, 2^{ème} moitié de phrase et de l'alinéa 5 (= limitation de l'article 261^{bis} CP à la punissabilité des actes racistes exigés par la Convention contre le racisme)

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

celui qui, publiquement, aura propagé une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnique ou d'une religion;

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

celui qui aura publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion ~~ou qui, pour la même raison, niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité;~~

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

sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire³⁹.

Les arguments en faveur de la suppression de l'alinéa 5 sont

- que la Convention antiraciste des Nations-Unies du 21.12.1965⁴⁰ demande « seulement » au pays signataires de poursuivre une politique d'élimination de toute forme de discrimination raciale et d'encouragement à la compréhension entre les races à l'aide de différents moyens⁴¹. D'un point de vue pénal, par contre, elle oblige⁴² les Etats à réprimer la diffusion d'idées racistes, l'appel à la discrimination raciale ainsi que la commission d'actes de violence racistes ainsi que leur encouragement ;
- que la punissabilité du refus d'une prestation destinée au public envers une personne ou un groupe n'est pas explicitement exigée par la Convention, tant que cet acte ne représente pas la diffusion d'une idée raciste et pas d'encouragement à la discrimination ou à la violence.

Les arguments en défaveur sont

- que les actes à caractère raciste se manifestent également dans le domaine des offres de prestations destinées au public. Or, cet alinéa permet justement de lutter contre de tels comportements.

³⁹ Conformément à la révision de la partie générale du CP, entrée en vigueur le 1.01.2007 ; RO 2006 3459 ss.

⁴⁰ Convention internationale du 21.12.1965 sur l'élimination de toute forme de racisme (RS 0.104) ; entrée en vigueur pour la Suisse le 29.12.1994.

⁴¹ Droit pénal, mesures dans le domaine de la culture, de l'éducation et de l'information, protection juridique.

⁴² Art. 4 lit. a et b de la Convention.

Variante 4: Concrétisation du génocide et des crimes contre l'humanité par une limitation de leur champ d'application

Remarque préalable:

Dans certains cas, la constatation de savoir si un événement historique bien précis doit être qualifié de génocide, respectivement de crime contre l'humanité, pose bien des difficultés. C'est pour cette raison que toute forme de concrétisation de l'article 261^{bis} alinéa 4, 2^{ème} moitié de phrase CP faciliterait sans nul doute son application. Différentes variantes sont imaginables, qui montrent de quelle façon cette concrétisation pourrait avoir lieu.

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

...

celui qui aura publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion ou qui, pour la même raison, niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier ~~un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité~~ le génocide national-socialiste (Variante : l'holocauste),

...

Les arguments en faveur sont

- que durant les débats parlementaires, la 2^{ème} moitié de phrase de l'alinéa 4 a été adoptée en première ligne au regard de la négation de l'holocauste ;
- que la négation de l'holocauste pour des motifs racistes n'a jusqu'alors pas posé de problèmes d'application dans la pratique. L'application d'un état de fait limité de cette façon serait donc facilité pour les tribunaux. L'examen de savoir si, dans d'autres cas, un génocide a eu lieu lui serait épargné.
- que la limitation à l'holocauste serait un gain considérable pour ce qui est de la précision légale. Ce qui est punissable serait reconnaissable pour tout un chacun et ainsi la sécurité juridique serait augmentée ;
- que l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique ainsi qu'au vu des textes de lois, la France, connaissent la même limitation dans leurs législations respectives ;
- que selon un projet de résolution des Nations-Unies, tous les membres de l'ONU sont appelés à rejeter la négation de l'holocauste⁴³.

Les arguments en défaveur sont

- qu'en 1993, le législateur n'avait justement pas l'intention de limiter la norme à l'holocauste. Cela ressort aussi bien du texte législatif que des discussions parlementaires⁴⁴;

⁴³ Le Conseil général de l'ONU a approuvé le 26 janvier 2007 à l'unanimité une résolution (A/RES/61/255) qui invite tous les Etats à ne pas tolérer la négation de l'holocauste ; cf. Communiqué de presse des Nations-Unies à New-York du 26.01.2007, GA 10569.

⁴⁴ BO 1992 N 2650-2672.

- qu'en outre sous l'aspect de la punissabilité, il est problématique de différencier les génocides, surtout lorsqu'ils ont comme point commun d'avoir tous été reconnus par un tribunal international.

Variante 4b: Liste légale⁴⁵ des génocides et crimes de guerre reconnus à l'alinéa 4, 2ème moitié de phrase de l'article 261^{bis} CP

...
⁴ celui qui aura publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion ou qui, pour la même raison, niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier ~~un~~ génocide ou d'autres crimes contre l'humanité (s'en suit une liste de génocides ou d'autres crimes contre l'humanité comme par exemple l'holocauste)
 ...

Les arguments en faveur sont

- que le degré exigé de précision légale serait mieux pris en compte ;
- que l'application de l'infraction serait facilitée pour les tribunaux ;

Les arguments en défaveur sont

- que l'établissement d'une telle liste pourrait comporter certaines difficultés. D'après quels critères les génocides devraient-ils figurer dans la liste ? Jusqu'ou devrait-on remonter dans le temps ?
- que trouver un consensus au sujet du contenu de la liste devrait prendre énormément de temps ;
- que la mise à jour de la liste nécessiterait toujours l'introduction d'une procédure législative destinée à modifier le CP, de sorte que dans certaines circonstances, il serait impossible de réagir assez rapidement aux évolutions en cours. Sous l'angle des critères d'efficacité, il apparaît également peu sensé d'exposer la norme à un processus de révisions permanents ;
- qu'il apparaît en outre difficile de mettre par écrit une liste légale, en particulier en ce qui concerne les crimes contre l'humanité. En effet, la transcription d'évènements historiques (d'un point de vue temporel, local et factuel) devient difficile, essentiellement lorsqu'ils ne se laissent pas réduire à un mot-clef, comme c'est le cas pour l'holocauste.

⁴⁵ On a renoncé à dresser ici une liste exhaustive qui certes augmenterait la sécurité juridique, mais ne permettrait pas d'atteindre une limitation du champ d'application telle qu'encouragée par les critiques.

Variante 4c: Limitation de l’alinéa 4, 2ème moitié de phrase de l’article 261^{bis} CP à des génocides et aux crimes contre l’humanité reconnus par des tribunaux internationaux

...

celui qui aura publiquement, par la parole, l’écriture, l’image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d’une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion ou qui, pour la même raison, niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier l’holocauste ou un autre génocide constaté par un tribunal international reconnu par la Suisse ou un autre crime contre l’humanité constaté par un tribunal international reconnu par la Suisse.

...

Les arguments en faveur sont

- que, comme dans les deux variantes précédentes, cette variante de loi faciliterait le travail des tribunaux, étant donné que les cas dans lesquels la norme s’appliquerait ne sont pas explicitement énumérés, mais peuvent être considérés comme exhaustifs, compte tenu du nombre limité de jugements prononcés;
- que cette variante permettrait également une plus grande sécurité juridique.

Les arguments en défaveur sont

- qu’au regard de la paix publique, bien juridiquement protégé, la question se pose si le fait de se baser sur un jugement d’un tribunal international fait également sens dans les cas où ni membres, ni descendants du groupe concerné ne vivent en Suisse ;
- que la délégation d’une décision à un tribunal international implique une certaine restriction de l’indépendance du juge. Dans un tel cas, le juge suisse serait lié par la qualification constatée dans le jugement international, même s’il ne partage l’appréciation des juges internationaux ;
- que de tels jugements ne couvrent qu’une petite partie d’un événement. Selon les circonstances, seuls les faits historiques qui peuvent être reprochés à un auteur concret pourront être pris en compte. Ainsi, des événements sont ignorés, alors qu’ils auraient mérités d’être pris en considération dans un jugement d’ensemble.

Variante 4d: Désignation du Conseil fédéral à l’alinéa 4, 2ème moitié de phrase de l’article 261^{bis} CP en tant qu’instance de référence

...

celui qui aura publiquement, par la parole, l’écriture, l’image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d’une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion ou qui, pour la même raison, niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d’autres crimes contre l’humanité reconnus par le Conseil fédéral.

...

Les arguments en faveur sont

- que cette variante également renforcerait la sécurité juridique et contribuerait à décharger les tribunaux.

Les arguments en défaveur sont

- que tous les arguments cités contre la « liste légale », sont également valables à l'encontre de cette variante;
- que le Conseil fédéral exercerait cette tâche en tant que gouvernement ce qui pourrait accentuer inutilement les tensions sur le plan de la politique extérieure liées à certaines de ces reconnaissances.

Variante 4e: Désignation d'une commission internationale ou nationale d'historiens à l'alinéa 4, 2^{ème} moitié de phrase de l'art. 261^{bis} CP en tant qu'instance de référence

...

celui qui aura publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion ou qui, pour la même raison, niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité reconnus par la commission internationale/nationale (nom pas encore connu).

...

Les arguments en faveur sont

- que la question de savoir quels événements historiques doivent être qualifiés de génocides ou de crimes contre l'humanité au sens de l'alinéa 4, 2^{ème} moitié de phrase de l'article 261^{bis} CP, ne peut souvent pas être réglée sans l'aide d'historiens experts. Ainsi, l'idée d'instaurer une telle commission serait parfaitement logique.
- qu'une telle commission pourrait essentiellement apporter son aide dans les cas où des événements historiques éloignés dans le passé doivent être rétroactivement qualifiés de génocide (il est bien connu que le terme de génocide n'a trouvé sa place dans la terminologie juridique qu'après 1945).

Les arguments en défaveur sont

- qu'il ne sera pas facile d'instaurer une telle commission sur le plan international. Des traités internationaux seraient nécessaires. De plus, l'intérêt d'autres Etats à la création d'une telle commission n'est pas établi. Enfin, des difficultés devraient également surgir dans la composition de la commission ;
- que la mise en place d'une commission nationale devrait également poser certaines difficultés ;
- que les efforts nécessaires à la création d'une telle commission n'en vaudraient pas vraiment la peine ;

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

...

celui qui aura publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion ou qui, ~~pour la même raison,~~ niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité

...

Les arguments en faveur sont

- que l'exigence soulevée par la doctrine de supprimer ce passage provient la plupart du temps du fait que les agissements prévus à l'alinéa 4 sont punissables en eux-mêmes, car ils ne peuvent avant tout être commis que pour des motifs de discrimination raciale ;
- que la suppression éliminerait des problèmes de preuves qui pourraient survenir lors de la détermination des motifs ;

Les arguments en défaveur sont

- que cette restriction n'est en rien inutile, mais met en lumière le fait que la punissabilité n'existe que lorsqu'il est prouvé que la négation d'un événement n'est qu'une façade cachant des motivations discriminatoires. Cette restriction permet en outre que la liberté d'expression ne soit pas inutilement restreinte et de préserver le lien avec l'article 261^{bis} CP.