



# **Rapport et avant-projet relatifs à la modification du code pénal et du code pénal militaire**

**concernant**

**les symboles racistes**

**Juin 2009**

## Sommaire

1	Introduction .....	3
2	Historique .....	3
2.1	Activités d'extrême droite .....	3
2.2	2000: le groupe de travail « Extrémisme de droite » .....	3
2.3	Les décisions prises par le Conseil fédéral en octobre 2000 .....	4
2.4	2001: le groupe de travail « Coordination et mise en œuvre de mesures dans le domaine de l'extrémisme de droite » .....	5
2.5	Les décisions du Conseil fédéral de juin 2002 .....	6
2.6	Procédure de consultation de 2003 relative à une loi fédérale instituant des mesures contre le racisme, le hooliganisme et la propagande incitant à la violence .....	6
2.7	Motion 04.3224 du 29 avril 2004 de la CAJ-N concernant l'utilisation de symboles de mouvements extrémistes appelant à la violence et à la discrimination raciale comme norme pénale .....	8
2.8	Les décisions du Conseil fédéral de décembre 2004 .....	9
2.9	2005 – 2007 : examen d'un projet visant une modification de l'art. 261 <sup>bis</sup> CP d'une part et la création d'une norme punissant l'utilisation de symboles racistes d'autre part .....	10
3	Questions de principe et difficultés dans la réalisation de la motion .....	11
3.1	Situation juridique actuelle .....	11
3.1.1	Code pénal .....	11
3.1.2	LMSI .....	12
3.2	Réglementations possibles .....	13
3.2.1	Réglementation préventive dans la LMSI .....	13
3.2.2	Dans le droit cantonal en matière de police .....	13
3.2.3	Réglementation répressive: CP .....	14
3.2.3.1	Principe de précision de la base légale .....	14
3.2.3.2	Liberté d'expression .....	16
3.2.3.3	Nécessité de légiférer .....	17
4	Les réglementations à l'étranger .....	19
5	Conclusion .....	22
6	Norme pénale concernant l'utilisation publique de symboles racistes .....	23
6.1	Disposition légale proposée .....	23
6.2	Place dans la systématique du CP .....	23
6.3	Que sont les symboles racistes, les variations de ces symboles et les objets qui représentent ou contiennent de tels symboles ou variations ? .....	24
6.4	Utilisation et diffusion publiques de symboles racistes, de variations de ces symboles ou d'objets qui représentent ou contiennent de tels symboles ou variations (ch. 1, par. 1) .....	25
6.5	Fabrication, prise en dépôt, importation, transit et exportation de symboles racistes, de variations de ces symboles ou d'objets qui représentent ou contiennent de tels symboles ou variations en vue de leur diffusion ou de leur utilisation publiques (ch. 1, par. 2) .....	26
6.6	Peine encourue (ch. 1, par. 3) .....	27
6.7	Confiscation des objets (ch. 2) .....	27
6.8	Fins culturelles et scientifiques (ch. 3) .....	27
7	Code pénal militaire .....	29
7.1	Disposition légale proposée .....	29
7.2	Commentaire de l'art. 171d AP-CPM .....	29

## 1 Introduction

Le Conseil fédéral vous soumet un avant-projet de modification du code pénal (CP) et du code pénal militaire (CPM) par l'introduction de nouvelles dispositions punissant l'utilisation et la diffusion publiques, la fabrication, la prise en dépôt, l'importation et l'exportation de symboles racistes. Comme nous l'expliquons plus loin, il s'agit d'un projet dont l'histoire longue et complexe n'a pas été toujours linéaire. La Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) a notamment déposé la motion 04.3224 du 29 avril 2004, qui demande au Conseil fédéral de punir l'utilisation en public de symboles faisant l'apologie de mouvements extrémistes appelant à la violence et à la discrimination raciale. Pour les raisons exposées ci-après, une mise en œuvre littérale de la motion s'est avérée difficile. Mais pour remplir du moins partiellement le mandat résultant de cette intervention, le Conseil fédéral propose une norme pénale qui se limite à l'utilisation et à la diffusion publiques de symboles racistes sans les lier à un mouvement précis. Le Conseil fédéral a également examiné la possibilité d'édicter une réglementation préventive de droit fédéral. Toutefois, ce genre de mesures préventives concernent la législation relative à la police, laquelle relève de la compétence des cantons conformément à la répartition des compétences établie par la Constitution. Il convient donc de rejeter l'option d'une réglementation au niveau fédéral. Pour toutes ces raisons et afin d'assurer une approche politique nuancée, le Conseil fédéral invite les cantons, les tribunaux fédéraux, les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale et toutes les organisations concernées à se prononcer une fois encore sur le sujet. En effet, une procédure de consultation a déjà été organisée en 2003 sur un projet similaire.

## 2 Historique

### 2.1 Activités d'extrême droite<sup>1</sup>

Le début des années 1990 a été marqué par divers incidents causés par des protagonistes des milieux d'extrême droite propageant des idéologies racistes et des appels à la violence. Ces incidents ont été suivis d'une forte augmentation du commerce de livres, vidéos, CD et symboles tels que drapeaux, bannières et emblèmes. L'incident survenu le 1<sup>er</sup> août 2000 au Grütli où une centaine d'extrémistes de droite ont perturbé le discours du conseiller fédéral Kaspar Villiger a eu un retentissement particulier.

### 2.2 2000: le groupe de travail « Extrémisme de droite »

Ces événements ont incité l'ancienne cheffe du Département fédéral de justice et police (DFJP) à charger, en été 2000, la Police fédérale de l'époque d'analyser la situation, de mettre en évidence les points faibles et de proposer des mesures pour y remédier. Le

---

<sup>1</sup> Cf. également à ce sujet: MARCEL ALEXANDER NIGGLI (Ed.), *Right-wing Extremism in Switzerland, National and international Perspectives*, Baden-Baden 2009. Cet ouvrage rassemble plusieurs projets de recherche élaborés dans le cadre du programme national de recherche « Extrémisme de droite – Causes et contre-mesures » (PNR 40+). Le PNR 40+ a été mené dans le cadre d'un mandat du Conseil fédéral au Département fédéral de l'intérieur, cf. les décisions du Conseil fédéral exposées au ch. 2.3.  
Bref résumé sous < [http://www.snf.ch/SiteCollectionDocuments/medienmitteilungen/MK\\_240209/mm\\_09feb24\\_factsheet\\_f.pdf](http://www.snf.ch/SiteCollectionDocuments/medienmitteilungen/MK_240209/mm_09feb24_factsheet_f.pdf) >.

groupe de travail « Extrémisme de droite »<sup>2</sup> a été constitué pour remplir ce mandat. Son rapport de septembre 2000<sup>3</sup> contenait une analyse détaillée des points faibles ainsi que diverses recommandations touchant notamment à la prévention, la répression, la coordination et l'information. Parmi les mesures répressives, ce groupe de travail a recommandé d'ériger en contravention l'utilisation publique des gestes relevant de l'extrémisme de droite, ainsi que les insignes et les emblèmes d'extrême droite (éventuellement par la création d'un nouvel art. 261<sup>ter</sup> CP).

### 2.3 Les décisions prises par le Conseil fédéral en octobre 2000

Le Conseil fédéral a pris connaissance du rapport du groupe de travail le 2 octobre 2000 et a confié aux départements concernés les missions suivantes:

- le Département fédéral de l'intérieur (DFI) a été chargé de déterminer les besoins en matière de recherche sur l'extrémisme de droite et le racisme et, le cas échéant, de proposer des possibilités de mandats; il a également été prié de soumettre au Conseil fédéral un projet visant la mise en œuvre des recommandations du groupe de travail en matière de politique sociale et de politique de l'éducation.
- le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) a été chargé de promouvoir tous les moyens de lutte contre l'extrémisme violent à l'échelon international et, au sein des commissions compétentes, d'encourager en particulier les mesures contre la propagation via Internet du racisme et de l'extrémisme de droite.
- le DFJP a été chargé de continuer à déployer de manière intensive les mesures préventives en collaboration avec les cantons et les autorités étrangères, de procéder à l'examen de la législation et de présenter des propositions concrètes allant dans le sens des recommandations du groupe de travail. Cela dans les domaines régis par le CP (gestique, symboles et matériel de propagande), par la Convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale (retrait de la réserve émise par la Suisse à propos de l'art. 4), par la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI)<sup>4</sup> et par la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la surveillance de la correspondance postale et des télécommunications (LSCPT)<sup>5</sup>.

Le DFJP a été chargé de la coordination de ces mesures. Il devait fournir un rapport récapitulatif au Conseil fédéral dans un délai d'un an. L'actualité de ce thème avait été soulignée par plusieurs interventions parlementaires<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Placé sous la direction du chef de l'ancienne Police fédérale, Urs von Däniken, ce groupe de travail était composé de représentants de la Conférence des commandants des polices cantonales de Suisse, des polices des cantons de Thurgovie et de Berne, ainsi que de divers services cantonaux (Office fédéral de la police [fedpol]; Office fédéral de la justice [OFJ]; Administration fédérale des douanes [AFD]; Commandement central du Corps des gardes-frontière; Direction du droit international public [DDIP]; Commission fédérale contre le racisme [CFR]. Le professeur Marcel Alexander Niggli, de l'Université de Fribourg, y a participé à titre d'expert externe.

<sup>3</sup> Rapport du groupe de travail Extrémisme de droite, disponible (en allemand) sous: <[http://www.fedpol.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/extremismus\\_rassismus.Par.0004.File.tmp/bericht-d-ag-rex-d-01-s.pdf](http://www.fedpol.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/extremismus_rassismus.Par.0004.File.tmp/bericht-d-ag-rex-d-01-s.pdf)>.

<sup>4</sup> RS 120.

<sup>5</sup> RS 780.1.

<sup>6</sup> Interpellations Groupe écologiste (00.3426), Extrémisme de droite; Groupe socialiste (00.3429), Extrémisme de droite; Groupe démocrate chrétien (00.3432), Mesures contre l'extrême droite

## 2.4 2001: le groupe de travail « Coordination et mise en œuvre de mesures dans le domaine de l'extrémisme de droite »

Le 17 janvier 2001, le DFJP a chargé le nouveau groupe de travail « Coordination et mise en œuvre de mesures dans le domaine de l'extrémisme de droite » de l'application du mandat de coordination. Ce groupe de travail était composé pour l'essentiel de membres du groupe de travail « Extrémisme de droite »<sup>7</sup>, tout en étant complété par des responsables cantonaux de la justice, de la police et de l'éducation<sup>8</sup>.

Dans son rapport d'octobre 2001<sup>9</sup>, le groupe de travail a constaté que tous les mandats contenus dans la décision du Conseil fédéral du 2 octobre 2000 avaient été traités par les départements concernés et, pour la plupart, remplis avec succès.

Outre cette constatation et de nombreuses requêtes touchant la prévention policière, la coordination, l'information, la recherche et la société, le groupe de travail a notamment demandé, dans le domaine de la répression, que l'on complète le CP par deux nouvelles infractions. L'art. 261<sup>ter</sup> AP-CP formulé par le groupe de travail concernait les « symboles à caractère raciste »<sup>10</sup>, l'art. 261<sup>quater</sup> AP-CP les « groupements racistes »<sup>11</sup>. En même temps, il recommandait d'élargir la liste d'infractions figurant dans la LSCPT. En outre, il a

---

<sup>7</sup> Cf. note 2.

<sup>8</sup> Placé sous la direction d'Urs von Däniken, chef du Service d'analyse et de prévention (SAP) de fedpol, le groupe de travail était composé de représentants du Centre suisse de prévention de la criminalité, du secrétaire de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP), de représentants des polices des cantons de Thurgovie et de Berne, d'un membre du comité de la Conférence des commandants des polices cantonales de Suisse, ainsi que de représentants de la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP) et des organes fédéraux suivants: Service de lutte contre le racisme (DFI) ; OFJ ; Secrétariat général du DFJP ; DDIP.

<sup>9</sup> Rapport d'octobre 2001 du groupe de travail « Coordination et mise en œuvre de mesures dans le domaine de l'extrémisme de droite » au Conseil fédéral, disponible en allemand sous: [http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/bwis/extremismusbericht.Par.0007.File.tmp/020327a\\_ber\\_01-d.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/bwis/extremismusbericht.Par.0007.File.tmp/020327a_ber_01-d.pdf).

<sup>10</sup> Art. 261<sup>ter</sup> AP-CP (Symboles à caractère raciste)

1. Celui qui, publiquement, aura vanté, exposé, proposé, porté, montré, remis ou, de quelque autre manière, rendu accessibles des symboles à caractère raciste tels que des drapeaux, des insignes et des emblèmes, ou des objets munis de tels symboles, celui qui aura fabriqué, importé, entreposé ou mis en circulation des symboles à caractère raciste ou des objets munis de tels symboles afin de les diffuser ou de les utiliser au sens de l'al. 1, celui qui, publiquement, aura utilisé des paroles, des gestes ou des formules de salutations à caractère raciste, sera puni des arrêts ou de l'amende.

2. Les objets seront confisqués.

3. Les ch. 1 et 2 ne s'appliquent pas lorsque l'utilisation des symboles ou des objets sert à des fins culturelles ou scientifiques dignes de protection.

<sup>11</sup> Art. 261<sup>quater</sup> AP-CP (Groupements racistes)

Celui qui aura fondé un groupement dont le but ou les activités visent à commettre des actes réprimés par l'art. 261<sup>bis</sup>, celui qui aura adhéré à un tel groupement, celui qui aura appelé à la fondation d'un tel groupement, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

recommandé de confier la révision du guide<sup>12</sup> concernant l'application dans les domaines judiciaire et policier de l'art. 261<sup>bis</sup> CP au SAP de fedpol<sup>13</sup>.

## 2.5 Les décisions du Conseil fédéral de juin 2002

Le 27 mars 2002, le Conseil fédéral a pris connaissance du rapport du groupe de travail et a demandé au DFJP de lui soumettre une proposition quant aux mesures à prendre en vue de l'application de propositions concrètes. Les 18 et 26 juin 2002, il a examiné la proposition du DFJP et a décidé de scinder en deux volets thématiques les projets législatifs à l'ordre du jour :

- le premier volet devait être consacré aux travaux législatifs proposés par le groupe de travail dans les domaines du racisme, du hooliganisme et de la propagande incitant à la violence. La priorité était donnée aux modifications de la LMSI, du CP et de la LSCPT. Il était prévu qu'un avant-projet destiné à la consultation soit élaboré et qu'un message soit soumis au Conseil fédéral en 2003.
- le second volet devait porter sur l'examen de la LMSI à propos des mesures dans le domaine de l'extrémisme et du terrorisme.

## 2.6 Procédure de consultation de 2003 relative à une loi fédérale instituant des mesures contre le racisme, le hooliganisme et la propagande incitant à la violence

Le 12 février 2003, le Conseil fédéral a pris connaissance du résultat des travaux concernant le premier volet (avant-projet de loi fédérale instituant des mesures contre le racisme, le hooliganisme et la propagande incitant à la violence) et a chargé le DFJP de mener une procédure de consultation auprès des tribunaux fédéraux, des cantons, des partis politiques et des organisations concernées. Le projet avait pour but de créer les bases légales nécessaires permettant de mieux lutter contre le racisme, le hooliganisme et la violence et contre la propagande qui les accompagne. Le projet de consultation<sup>14</sup> prévoyait à cet effet de compléter ou de modifier trois lois: dans la LMSI, il s'agissait de régler la saisie, le séquestre et la confiscation de matériel de propagande dont le contenu est à caractère raciste ou incite à la violence. Le projet prévoyait en outre d'introduire dans la LMSI la base juridique permettant de créer un système d'information national sur les hooligans, dans la perspective de l'organisation par la Suisse et l'Autriche de l'EURO 2008. En second lieu, le projet prévoyait d'introduire deux nouvelles infractions dans le CP : l'art. 261<sup>ter</sup> AP-CP, concernant les « symboles à caractère raciste » et l'art. 261<sup>quater</sup> AP-CP relatif aux « groupements racistes ». Enfin, s'agissant de la LSCPT, il proposait de rajouter les

---

<sup>12</sup> Dans l'optique de garantir l'application et la mise en œuvre de la norme pénale antiraciste en vigueur, le SAP a élaboré un « guide », renvoyant à la jurisprudence, à l'intention des autorités compétentes.

<sup>13</sup> Cette recommandation était le résultat d'une enquête datée du 24 août 2000 et menée auprès des commandants de police de tous les cantons, des villes de Zurich et de Berne ainsi que du procureur de Bâle-Ville.

<sup>14</sup> L'avant-projet et le rapport sont disponibles sous:  
<[http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/bwis.Par.0019.File.tmp/030212c\\_ges-f.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/bwis.Par.0019.File.tmp/030212c_ges-f.pdf)> et  
<[http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/bwis.Par.0018.File.tmp/030212c\\_ber-f.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/bwis.Par.0018.File.tmp/030212c_ber-f.pdf)>.

infractions à caractère discriminatoire à la liste de l'art. 3 afin de permettre aux autorités de poursuite pénale d'ordonner une surveillance en relation avec ces infractions. La procédure de consultation a duré jusqu'au 31 mai 2003.

79 participants à la procédure de consultation se sont exprimés<sup>15</sup>. Leurs réponses ont été examinées et ainsi résumées dans le rapport de novembre 2004<sup>16</sup>:

Le projet soumis à consultation a été approuvé par une large majorité, à savoir 22 cantons. Il a été rejeté dans son intégralité par trois partis politiques<sup>17</sup>, par le canton d'AI ainsi que par cinq organisations<sup>18</sup>.

Le nouvel art. 261<sup>quater</sup> AP-CP concernant les groupements racistes n'a été que partiellement approuvé. BE, ZG, AI, cinq partis politiques<sup>19</sup> et deux organisations<sup>20</sup> ont refusé strictement la nouvelle norme proposée, estimant qu'elle n'était pas applicable et qu'en outre, elle allait à l'encontre du principe de précision de la base légale et aboutissait à une interdiction d'associations.

La nouvelle norme pénale concernant les symboles à caractère raciste (art. 261<sup>ter</sup> AP-CP) a été expressément approuvée par quatre partis<sup>21</sup>, par vingt cantons<sup>22</sup>, par les commandements de police des cantons de ZH, NE et AG, ainsi que par quatre autres participants à la procédure de consultation<sup>23</sup>.

Elle a été rejetée par AI et ZG, trois partis politiques<sup>24</sup> et trois organisations<sup>25</sup>. Ces participants estimaient que l'art. 261<sup>bis</sup> CP était suffisant et qu'il ne s'agissait ici que d'une norme déclaratoire. Ils ajoutaient que cette nouvelle norme demeurerait largement ignorée car, bien que la nouvelle infraction soit conçue comme poursuivie d'office, les autorités de poursuite pénale ne pourraient agir que sur dénonciation.

Quelques participants<sup>26</sup> ont estimé que la nouvelle norme pénale devait aussi s'adresser aux symboles d'autres organisations (groupes terroristes). Dans cet esprit, ils ont donc proposé de l'étendre aux symboles ayant un caractère incitant à la violence. Le Centre Patronal a estimé qu'il n'était pas logique de ne pas pénaliser aussi le marteau et la faucille et qu'il fallait viser tous les symboles faisant appel à la violence.

---

<sup>15</sup> Se sont prononcés: le Tribunal fédéral, neuf partis politiques, 25 cantons, huit commandements cantonaux de police, la Conférence des directrices et directeurs de police des villes suisses, (CDPVS), la Fédération suisse des fonctionnaires de police (FSFP), la Commission consultative en matière de sûreté intérieure, 28 organisations et deux particuliers.

<sup>16</sup> L'avant-projet est disponible sous:

<sup>17</sup> <[http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/57/Ergebnisse\\_d.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/57/Ergebnisse_d.pdf)>.

<sup>18</sup> UDC; les Verts; DS.

<sup>19</sup> Juristes démocrates de Suisse; Union syndicale suisse; Gemeinsam gegen Rassismus; Identité suisse; Fanprojekt; WOZ.

<sup>20</sup> PRD; PS; UDC; DS; les Verts.

<sup>21</sup> Juristes démocrates de Suisse; Union syndicale suisse.

<sup>22</sup> PRD; PS; PDC; PCS.

<sup>23</sup> GL; JU; UR; AG; BE; ZG; LU; ZH; TG; SH; NE; BL; BS; FR; SO; SZ; NW; OW; SG; TI.

<sup>24</sup> CFR; FSFP; CDPVS; Marcel Alexander Niggli, professeur à l'Université de Fribourg.

<sup>25</sup> UDC; DS; les Verts.

<sup>26</sup> Commission consultative en matière de sûreté intérieure; Juristes démocrates de Suisse; Organisation faîtière des petites et moyennes entreprises.

<sup>27</sup> ZG; ZH; VD; GL; AR; Commandements de police des cantons de VD, BE, AR et groupe AVALON; Identité suisse; USS et Centre Patronal.

Le PS et le PRD, six cantons<sup>27</sup>, les commandements de police de ZH et UR et trois autres participants<sup>28</sup> ont exprimé leurs craintes quant à des difficultés d'interprétation et de délimitation dans l'application de la nouvelle norme.

Les cantons SH, GR et TG ont demandé que l'acte visé par la norme ne soit pas défini comme une contravention, mais comme un délit.

L'Union suisse des bouddhistes a demandé que la svastika coudée à gauche (à l'inverse d'une croix gammée) soit expressément retirée de la liste des symboles punissables et que l'utilisation à des fins religieuses soit expressément mentionnée, au même titre que les fins culturelles ou scientifiques dignes de protection.

Par ailleurs, afin de garantir que la disposition soit appliquée conformément à la loi et avec efficacité, il a été demandé que soit mis en place un organe fédéral chargé de tenir à jour une liste des symboles, slogans, gestes et formes de salut à caractère raciste ainsi que d'enregistrer et de vérifier les communications transmises par les cantons dans ce domaine.

## **2.7 Motion 04.3224 du 29 avril 2004 de la CAJ-N concernant l'utilisation de symboles de mouvements extrémistes appelant à la violence et à la discrimination raciale comme norme pénale<sup>29</sup>**

Alors que les travaux d'évaluation de la procédure de consultation de 2003 étaient encore en cours, la CAJ-N a examiné le 29 avril 2004 la pétition 04.2010<sup>30</sup>, lancée lors de la session des jeunes en 2003, demandant à l'Assemblée fédérale de veiller à l'interdiction de tout symbole faisant publiquement l'apologie du nazisme et du fascisme. Étant donné que l'avant-projet de loi fédérale instituant des mesures contre le racisme, le hooliganisme et la propagande incitant à la violence prévoyait déjà une disposition pénale allant en ce sens, la CAJ-N s'est bornée à admettre l'existence d'un besoin de légiférer, tout en soulignant que les nouvelles normes pénales ne devraient pas être limitées à l'utilisation de symboles des mouvements de l'extrême droite. C'est pourquoi elle a déposé une motion (04.3224)<sup>31</sup>, au sens de l'art. 126, al. 2, de la loi sur le Parlement<sup>32</sup>, qui chargeait le Conseil fédéral de soumettre aux Chambres fédérales aussi rapidement que possible un projet d'acte législatif prévoyant des mesures destinées à lutter contre le racisme, le hooliganisme et la propagande incitant à la violence. Le texte devait notamment instituer une norme pénale punissant l'utilisation en public de symboles faisant l'apologie de mouvements extrémistes appelant à la violence et à la discrimination raciale.

---

<sup>27</sup> VD; AG; ZH; VS; SZ; SH.

<sup>28</sup> Centre Patronal; Juristes démocrates de Suisse et Marcel Alexander Niggli, professeur à l'Université de Fribourg.

<sup>29</sup> Texte de la motion 04.3224: « Le Conseil fédéral est chargé de soumettre au Parlement aussi rapidement que possible un projet d'acte législatif prévoyant des mesures destinées à lutter contre le racisme, le hooliganisme et la propagande incitant à la violence. Le texte doit notamment instituer une norme pénale punissant l'utilisation en public de symboles faisant l'apologie de mouvements extrémistes appelant à la violence et à la discrimination raciale ». Disponible sous: <[http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20043224](http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20043224)>.

<sup>30</sup> BO 2005 N 166 ss; BO 2005 E 641.



Dans son avis du 25 août 2004, le Conseil fédéral a proposé d'accepter la motion, estimant en substance que l'avant-projet de loi fédérale instituant des mesures contre le racisme, le hooliganisme et la propagande incitant à la violence, mis en consultation l'année précédente, correspondait dans une large mesure à l'objet de la motion<sup>33</sup>.

La motion a été adoptée le 7 mars 2005 par le Conseil national et le 15 juin 2005 par le Conseil des États. Lors des débats parlementaires<sup>34</sup>, certains ont relevé que tous les mouvements extrémistes n'appelaient pas à la violence et à la discrimination raciale et qu'il était donc important que les critères de l'extrémisme, de la violence et de la discrimination raciale soient cumulatifs. En effet, s'ils étaient appliqués séparément, il faudrait aussi réprimer les groupements qui mettent en question l'État de droit et la démocratie sans pour autant recourir à la violence et à la discrimination raciale, alors que de tels mouvements doivent pouvoir exister dans un pays libre. Les parlementaires en question ont souligné que la nouvelle norme pénale devrait plutôt sanctionner les symboles des mouvements extrémistes qui rejettent la démocratie, les droits de l'homme ou l'État de droit et qui sont prêts à faire usage de violence et à inciter à la discrimination raciale pour parvenir à leurs fins.

## 2.8 Les décisions du Conseil fédéral de décembre 2004

Le 22 décembre 2004, le Conseil fédéral a pris connaissance des résultats de la procédure de consultation de 2003 (ch. 2.6) et a décidé de poursuivre la révision sous forme de deux projets séparés:

- un projet devait contenir les bases légales des mesures contre la violence et la propagande incitant à la violence lors de manifestations sportives<sup>35</sup>. La modification subséquente de la LMSI est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007<sup>36</sup>.
- le deuxième projet devait contenir, sous le titre de loi fédérale instituant des mesures contre le racisme, un art. 261<sup>ter</sup> AP-CP et un art. 171d AP-CPM concernant les symboles à caractère raciste. Selon la volonté du Conseil fédéral, cette loi devait être élaborée compte tenu de la motion 04.3224 de la CAJ-N du 29 avril 2004 (ch. 2.7). Les infractions à caractère raciste étant souvent commises dans le cadre de la correspondance par poste et télécommunication, notamment sur Internet, le projet devait en outre rajouter l'art. 261<sup>bis</sup> CP à la liste des actes punissables pouvant être placés sous surveillance en vertu de la LSCPT. Néanmoins, sur la base des résultats de la procédure de consultation, le Conseil fédéral a décidé de ne pas créer de norme punissant les groupements racistes (art. 261<sup>quater</sup> AP-CP).

---

<sup>31</sup> BO 2005 N 166 ss; BO 2005 E 641 ss.

<sup>32</sup> RS 171.10.

<sup>33</sup> BO 2005 N 166 ss.

<sup>34</sup> BO 2005 N 166 ss; BO 2005 E 641 ss.

<sup>35</sup> La principale mesure visant à lutter contre le hooliganisme est l'enregistrement centralisé, dans une banque de données nationale, des auteurs de violences notoires lors de manifestations sportives. Les nouvelles mesures préventives telles que l'interdiction de périmètre, l'interdiction de se rendre dans un pays donné, l'obligation de se présenter à la police et la garde à vue, doivent en outre empêcher les personnes d'afficher un comportement violent lors de manifestations sportives.

<sup>36</sup> RO 2006 3709.

## 2.9 2005 – 2007 : examen d'un projet visant une modification de l'art. 261<sup>bis</sup> CP d'une part et la création d'une norme punissant l'utilisation de symboles racistes d'autre part

En 2005, à l'occasion des débats sur la motion de la CAJ-N au sein des Chambres fédérales, il a été souligné que la mise en œuvre du mandat de la motion serait tout sauf simple<sup>37</sup>. Le chef du DFJP a donc chargé en février 2006 l'OFJ d'établir un rapport analysant le problème et mettant en lumière les solutions possibles. Néanmoins, comme nous allons le voir plus loin, la clôture de ces travaux a été retardée.

Lors d'une visite de travail à Ankara en octobre 2006, le chef du DFJP a déclaré, à propos des déportations massives et des massacres perpétrés à l'égard des Arméniens plus de 90 ans auparavant durant la dernière période de l'empire ottoman, qu'il appartenait en premier lieu à la recherche historique d'éclairer les événements du passé, de les replacer dans contexte de l'époque et de juger s'il y avait génocide. A ses yeux, cela n'était pas du ressort du juge. Il avait alors ajouté que l'art. 261<sup>bis</sup> CP allait être réexaminé dans ce sens, notamment dans la perspective du principe de la liberté d'expression. Suite aux déclarations du chef du DFJP devant les médias le 18 octobre 2006<sup>38</sup>, le Conseil fédéral a précisé qu'il n'était pas question d'abroger purement et simplement la norme pénale sur le racisme. Il a estimé par ailleurs qu'il était légitime qu'un chef de département réfléchisse à des améliorations de loi et dépose une proposition dans ce sens auprès du collège gouvernemental.

En mai 2007, l'OFJ a élaboré un document de travail<sup>39</sup> sur mandat du chef du DFJP. Cette étude résumait les critiques émises contre la norme pénale sur le racisme et présentait à la lumière de ces remarques diverses propositions de modification de l'art. 261<sup>bis</sup> CP. La plupart d'entre elles ne visaient toutefois qu'à modifier la deuxième moitié de la phrase figurant à l'art. 261<sup>bis</sup>, par. 4, CP, portant sur le négationnisme, parce que cette disposition était particulièrement discutée dans le contexte de la liberté d'expression. Deux réunions d'experts organisées par le chef du DFJP sur une éventuelle suppression ou modification de la norme pénale sur le racisme ont eu lieu le 23 mai<sup>40</sup> et le 3 juillet 2007. Le document de travail de l'OFJ a servi de base de discussion. Les experts invités ont émis des avis très divergents et en partie opposés. Ils ont été toutefois un certain nombre à souligner que la norme pénale sur le racisme devait être formulée de manière plus précise.

Contrairement à l'intention première qui était de présenter dans un même projet la suppression ou la modification de l'art. 261<sup>bis</sup> CP et une norme punissant l'utilisation de symboles racistes, le chef du DFJP a proposé en décembre 2007 au Conseil fédéral de donner mandat au DFJP, à propos de l'acte incriminé à l'al. 4, 2<sup>e</sup> moitié de phrase, de l'art. 261<sup>bis</sup> CP (négationnisme), d'élaborer un projet à mettre en consultation, visant une limitation de cette infraction aux génocides et crimes contre l'humanité reconnus par des tribunaux internationaux<sup>41</sup>. Le 21 décembre 2007, le Conseil fédéral a pris acte du document de travail élaboré par l'OFJ à propos de l'opportunité de réviser l'art. 261<sup>bis</sup> CP et a décidé qu'il n'y

---

<sup>37</sup> BO 2005 N 166 ss; BO 2005 E 641 ss.

<sup>38</sup> Cf. à ce sujet: <[http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20063587](http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20063587)>.

<sup>39</sup> Disponible sous:  
<<http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/gesetzgebung/rassismus.Par.0002.File.tmp/arbeitspapier-hearing-f.pdf>>.

<sup>40</sup> Cf. le communiqué de presse publié à ce sujet, disponible sous:  
<<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2007-05-23.html>>.

<sup>41</sup> Variante 4c du document de travail de l'OFJ de mai 2007.

avait pas nécessité, pour l'instant, d'intervenir pour poursuivre la concrétisation de cette norme pénale.

### 3 Questions de principe et difficultés dans la réalisation de la motion

#### 3.1 Situation juridique actuelle

##### 3.1.1 Code pénal

Selon l'art. 261<sup>bis</sup> CP (Discrimination raciale), l'utilisation et la diffusion de symboles racistes sont punissables lorsque ces symboles représentent une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion et qu'ils font l'objet de propagande publique<sup>42</sup> (art. 261<sup>bis</sup>, par. 2, CP), que ce soit par la parole, l'écriture, l'image, le geste, etc. C'est le but de l'action qui est déterminant. L'auteur doit s'adresser à un groupe public de personnes avec l'intention de les influencer. Si ces conditions ne sont pas remplies, il s'agit de l'expression non punissable d'une opinion<sup>43</sup>. Si par exemple quelqu'un suspend ostensiblement à la lucarne de sa maison un drapeau arborant la croix gammée, cela ne signifie pas pour autant qu'il souhaite en faire publiquement la propagande<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> MARCEL ALEXANDER NIGGLI, *Rassendiskriminierung*, Ein Kommentar zu Artikel 261<sup>bis</sup> StGB und Artikel 171c MStG, N 1120, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2007, (cit. NIGGLI, *Rassendiskriminierung*); DORRIT Schleiminger in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI / HANS WIPRÄCHTIGER (éd.), *Basler Kommentar zum Strafgesetzbuch II*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2007, N 36 et 40 ad art. 261<sup>bis</sup> CP.

<sup>43</sup> A propos de brassard et de drapeau à croix gammée: NIGGLI, *Rassendiskriminierung*, N 1194; à propos du salut hitlérien: NIGGLI, *Rassendiskriminierung*, N 1196. Niggli précise toutefois dans ce contexte: « Si l'on voulait par contre sanctionner le simple port de ces symboles et emblèmes, il faudrait envisager, *de lege ferenda*, une réglementation analogue à la réglementation allemande de l'art. 86a du code pénal allemand. C'est ce qui a été fait avec le projet de loi fédérale instituant des mesures contre le racisme, le hooliganisme et la propagande incitant à la violence. Toutefois, aucun message n'a été rédigé jusqu'à ce jour bien que le projet ait été déjà soumis à consultation en 2003 et que les réponses parvenues jusqu'en mai 2003 à propos de l'introduction d'une norme pénale allant dans ce sens aient été pratiquement toutes positives. »

<sup>44</sup> A propos de l'expression non punissable d'une opinion politique, cf. la jurisprudence cantonale suivante, rassemblée par fedpol:

Jugement rendu dans le canton de Zurich en 2001: un groupe de skinheads se trouvait sur une place aménagée pour la grillade, accessible au public. Selon les déclarations des dénonciateurs, ils avaient déployé un drapeau suisse dont la croix et les couleurs avaient été modifiées, représentant une croix blanche ou jaune sur fond noir, éventuellement une croix gammée. Ils chantaient une chanson sur le thème de la « résistance », en s'accompagnant d'une musique de marche de l'époque hitlérienne, mise à plein volume. L'un des jeunes gens marchait au pas de l'oie et tenait son bras gauche levé pour le salut hitlérien. De plus, les cinq comparses avaient croisé des branches au sol pour représenter la croix gammée.

Jugement rendu dans le canton de Bâle-Ville en 2003: le prévenu avait suspendu à sa lucarne un drapeau de 120 x 75 cm arborant la croix gammée. Celui-ci était resté sur le toit, à la vue de tous, jusqu'à ce que les pompiers l'enlèvent le lendemain matin. Le prévenu, qui se faisait appeler « SS-Obergasmeister » dans ses échanges de courrier électronique et terminait ses messages par la formule de salutation *GrusSS* au lieu de *Gruss*, diffusait ainsi les idées racistes du nazisme.

Jugement rendu dans le canton de Soleure en 2004: le 11 septembre 2001, le prévenu criait « *Sieg Heil* » et « *PLO Heil* » dans divers restaurants après l'annonce à la télévision des attentats terroristes de New York. Il semblerait également qu'il ait tenu un discours selon lequel les Américains étaient eux-mêmes coupables de l'attentat, en raison des contacts qu'ils entretenaient avec les Juifs et les Israéliens qu'ils avaient trop soutenus. Dans un autre restaurant, le prévenu avait proclamé que les Américains étaient eux-mêmes coupables et que les Israéliens avaient tout manigancé.

En droit actuel, il est difficile de qualifier juridiquement les symboles qui ressemblent aux symboles notoirement racistes (croix gammée, salut hitlérien) ou qui sont utilisés comme symboles de remplacement par les milieux d'extrême droite, comme le salut de Kühnen (*Kühnengruss*)<sup>45</sup> qui est une variante du salut hitlérien. Lors de manifestations d'extrême droite, on voit souvent, au lieu du salut de Kühnen ou du salut hitlérien, le bras droit levé avec les trois doigts écartés, rendu célèbre par le serment du Grütli. Citons également dans ce contexte les symboles consistant en une suite de chiffres : 88 pour *Heil Hitler* (le chiffre 8 représente la 8<sup>e</sup> lettre de l'alphabet), 18 (Adolf Hitler), 14 (correspondant aux 14 mots « *we must secure the existence of our people and a future for white children* ») etc.

Ne sont pas punissables l'utilisation et la diffusion publiques de symboles représentatifs d'une idéologie visant à rabaisser ou dénigrer systématiquement les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion au sens de l'art. 261<sup>bis</sup> CP pour autant que cette idéologie ne fasse pas l'objet d'une propagande publique.

L'utilisation et la diffusion publiques de symboles extrémistes faisant l'apologie de la violence restent aussi impunies, avec ou sans propagande.

### 3.1.2 LMSI

L'art. 13a LMSI<sup>46</sup> prévoit la saisie, le séquestre et la confiscation de matériel de propagande incitant à la violence. Cette mesure de droit administratif permet de mettre ce genre de matériel sous séquestre même en l'absence de condamnation judiciaire. Le fondement constitutionnel de cette mesure se trouve dans la compétence inhérente de la Confédération de préserver la sécurité intérieure et extérieure. Il s'agit de mesures préventives visant à assurer le respect des fondements démocratiques de la Suisse et des principes de l'Etat de droit, ainsi qu'à protéger les libertés de sa population. N'est pas concerné par contre le matériel de propagande véhiculant des contenus extrémistes ou racistes, mais sans appel à la violence. Le matériel de propagande est confisqué lorsque l'appel à la violence est concret et sérieux<sup>47</sup>. Ainsi les fanions, les autocollants, les t-shirts ou autres objets portant une croix gammée ou tout autre symbole raciste similaire ne peuvent être confisqués en vertu de l'art. 13a LMSI.

---

Jugement rendu dans le canton de Vaud en 2005 : un site Internet représentait des photos de jeunes gens au crâne rasé. Un de ces jeunes portait un vêtement affichant une croix gammée.  
Jugement rendu dans le canton des Grisons en 2005: des fonctionnaires de la police ferroviaire étaient en service à la gare de Landquart afin de contrôler les spectateurs d'un match de hockey qui rentraient chez eux. Après le match, quelques personnes scandaient des slogans « *Sieg Heil* » et « *Heil Hitler* ». Les fonctionnaires ont alors été pris à partie par un groupe de 15 à 20 individus cagoulés. Un des prévenus a levé le bras droit en tendant la main pour le salut hitlérien et a crié plusieurs fois d'une voix forte « *Sieg Heil* » et « *Heil Hitler* ».

<sup>45</sup> Le salut de Kühnen (pouce écarté de l'index et du majeur levés, formant un V symbolique) est apparu pour la première fois dans les années 1970 avec la mouvance d'extrême droite allemande qui le considérait comme un « salut de résistance » permettant de contourner l'interdiction du salut hitlérien. En 1992, ce geste a été appelé « salut de Kühnen », en hommage à l'ancien chef néonazi Michael Kühnen.

<sup>46</sup> RO **2006** 3703 3709; FF **2005** 5285 ss.

<sup>47</sup> Art. 17a OMSI; cf. également le message relatif à la LMSI, FF **2005** 55285

## 3.2 Réglementations possibles

La mise en œuvre de la motion mentionnée plus haut de la CAJ-N (ch. 2.7) soulève la question du choix de la solution: doit-elle être répressive, préventive, ou les deux ? Dans le domaine de la prévention, la Confédération n'a toutefois qu'une compétence législative limitée.

Conformément à l'art. 57 Cst., la Confédération et les cantons pourvoient à la sécurité du pays et à la protection de la population dans les limites de leurs compétences respectives. Toutefois, cet article ne dit pas quelles sont les tâches découlant de ce mandat commun de protection et quel niveau étatique est compétent dans quel domaine de la sécurité intérieure. Cela signifie qu'une autre disposition constitutionnelle explicite ou implicite<sup>48</sup> doit décrire les compétences de la Confédération dans le domaine de la sécurité pour qu'elle puisse légiférer dans ce domaine. En effet, lorsque la Constitution (Cst.) ne prévoit pas d'attribution de compétences à la Confédération, ce sont les cantons qui sont compétents. La législation dans le domaine du droit pénal relève par contre de la Confédération (art. 123 Cst.).

### 3.2.1 Réglementation préventive dans la LMSI

La LMSI repose sur la compétence inhérente de la Confédération en matière de maintien de la sécurité intérieure. La Confédération a la compétence de prendre les mesures nécessaires à sa protection et à la protection de ses institutions et organes. Cela lui permet d'agir dans le domaine de la sécurité intérieure sans base constitutionnelle explicite. Cette compétence inhérente ne peut toutefois être invoquée que lorsqu'il s'agit d'écarter un danger qui présente un caractère existentiel pour l'Etat. La diffusion de matériel au contenu extrémiste ou discriminatoire (sans élément de violence) à des fins de propagande n'est pas de nature à menacer gravement l'Etat dans son existence et son ordre fondamental. Mais pour que la Confédération agisse dans le cadre de cette compétence, il doit absolument y avoir une menace de cette ampleur. Ainsi, comme nous l'avons déjà mentionné au ch. 3.1.2, le matériel de propagande véhiculant des contenus extrémistes ou racistes sans appeler à la violence ne tombe pas sous le coup de la réglementation actuelle de la LMSI. La diffusion de matériel extrémiste ou raciste à elle seule ne constitue pas un danger menaçant gravement l'Etat dans son existence ni risquant de mettre à mal l'ordre démocratique. L'art. 57 Cst. ne peut donc pas fonder de compétence permettant de compléter la législation par des mesures préventives au niveau fédéral.

### 3.2.2 Dans le droit cantonal en matière de police

Avant de pouvoir répondre à la question de savoir si une interdiction des symboles extrémistes, incitant à la violence et racistes relèverait du droit cantonal en matière de police, il convient de définir la notion de police. Parmi ses attributions classiques, la police est chargée d'écarter les dangers menaçant la sécurité et l'ordre publics et d'éliminer les

---

<sup>48</sup> Parmi les dispositions constitutionnelles implicites, nous trouvons les compétences qui, sans être nommées expressément, sont très étroitement liées à des compétences formellement énoncées ou qui sont nécessaires dans la pratique pour que la Confédération puisse accomplir les tâches qui lui sont expressément imparties. On peut classer parmi les compétences implicites les compétences dites inhérentes de la Confédération qui lui permettent, dans le domaine de la sécurité intérieure, de prendre les mesures nécessaires à sa protection et à la protection de ses organes et institutions.

perturbations existantes. Selon la conception récente, la prévention des risques relève des tâches traditionnelles de la défense policière; elle vise, par une action préventive, à réduire ou à écarter les menaces - particulières ou générales. Le droit en matière de police a donc essentiellement pour objet de permettre de maîtriser des situations de danger concrètes ou prévisibles ou de mettre fin à des perturbations, en général par une action policière et si nécessaire même en recourant à la contrainte<sup>49</sup>. Ecarter un danger menaçant la sécurité et l'ordre publics relève donc des attributions classiques de la police. L'utilisation et la diffusion publiques de symboles racistes, extrémistes et incitant à la violence pourrait être considérée comme un danger de ce type. Si l'on prend en considération une solution préventive, d'après ce que nous venons de dire, seuls les cantons seraient compétents pour édicter les dispositions nécessaires dans les lois cantonales sur la police ou sur la sécurité. Si, par contre, le besoin de recourir à une réglementation uniforme au niveau suisse est particulièrement grand, il faut envisager une interdiction de droit pénal. Dans ce cas, une réglementation dans le CP serait indiquée.

### 3.2.3 Réglementation répressive: CP

Les normes de droit pénal n'ont pas la même fonction que les dispositions de droit administratif. Leur rôle premier n'est pas la prévention des dangers, mais l'expression de la désapprobation sociale et si nécessaire la sanction de certains comportements indésirables. Les normes pénales ont toujours pour but la protection de biens juridiques qui sont considérés comme dignes de protection par la majorité de la communauté juridique. Dans ce sens, les normes du CP sont l'expression des convictions d'une communauté juridique. Cela dit, une simple opinion ne peut être déclarée punissable. Un droit pénal qui lierait une sanction à la seule opinion personnelle d'un sujet de droit (*Gesinnungsstrafrecht*)<sup>50</sup> impliquerait un espionnage des convictions contraire, à juste titre, 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: nul ne sera pendu pour ses pensées) illustre bien cette position. C'est pourquoi en droit pénal suisse, seuls les actes exprimés et reconnaissables de l'extérieur sont sanctionnés<sup>51</sup>. Cela est également valable pour l'art. 261<sup>ter</sup> AP-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, lésant ou menaçant ainsi d'autres biens juridiques (par ex. paix publique ou dignité humaine en cas de discrimination raciale).

#### 3.2.3.1 Principe de précision de la base légale

Le principe de précision de la base légale (*Bestimmtheitsgebot*) est inscrit à l'art. 1 CP (*nulla poena sine lege certa*). De rang constitutionnel<sup>52</sup>, il prévoit que seuls les comportements expressément mentionnés dans la loi peuvent être sanctionnés, afin que chacun sache clairement ce qui est punissable et ce qui ne l'est pas. La loi doit être formulée de manière

---

<sup>49</sup> Cf. sur l'ensemble de la question: ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 35 N 2431 ss, 5<sup>e</sup> éd. entièrement revue, Zurich 2006.

<sup>50</sup> Magdalena Rutz, *Die Gefährdung der verfassungsmässigen Ordnung*, thèse 1968, p. 236 ; cf. également le jugement du tribunal supérieur de Bâle-Ville du 24.11.1987, BJM 1988, p. 210.

<sup>51</sup> Il s'agit d'une caractéristique essentielle de la notion d'acte en droit pénal, cf. entre autres: Franz Riklin, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 3e éd., Zurich 2007, § 12 N 13; Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3e éd., Berne 2005, § 7 N 2.

<sup>52</sup> Art. 5, al. 1, Cst.

suffisamment précise pour que le sujet de droit puisse s'y conformer et prévoir avec un certain degré de certitude les conséquences d'un comportement déterminé<sup>53</sup>. En effet, seules des lois dont l'énoncé représente une base suffisamment solide pour l'application du droit permettent aux décisions judiciaires d'être prévisibles. Ni la jurisprudence, ni la doctrine n'exigent que chaque sujet de droit soit en mesure d'appréhender de manière exacte l'interprétation juridique de tous les éléments d'une infraction. Il doit seulement lui être possible de reconnaître l'essentiel de ce qui caractérise le comportement sanctionné. Dans le cas présent, il est impossible de donner une définition claire des symboles extrémistes, racistes et incitant à la violence et par conséquent de subordonner à ces trois notions des symboles qui sont plus ou moins connus, parfois nouveaux ou qui présentent seulement une ressemblance qui les rend susceptibles d'être confondus avec des symboles connus. Bien que l'emploi de clauses générales ouvertes et de notions juridiques indéterminées dans l'art. 261<sup>ter</sup> AP-CP ou 171d AP-CPM ne puisse être considéré en droit comme une violation du principe de précision de la base légale, les doutes émis à l'encontre de telles formulations doivent être pris très au sérieux. Afin de concrétiser au mieux ce principe, il convient d'exiger systématiquement une formulation précise lorsque l'application de la norme en question s'en trouve facilitée. Car moins une norme pénale est formulée clairement, plus le danger est grand que les sujets de droit, par peur d'une condamnation, se restreignent davantage que ce que la norme pénale exige effectivement, ou qu'une procédure pénale soit ouverte contre eux à tort, avec toutes les conséquences négatives que cela entraîne même s'ils sont par la suite acquittés.

Une norme qui mettrait en œuvre la motion exactement telle que celle-ci est formulée contiendrait obligatoirement un grand nombre de notions juridiques imprécises. Le rapport du Conseil fédéral du 25 août 2004 sur l'extrémisme<sup>54</sup> et les débats parlementaires relatifs à la pétition 04.2010 de la Session des jeunes 2003 et à la motion 04.3224 de la CAJ-N<sup>55</sup> ont montré à quel point il est difficile de définir des notions telles que « mouvements », « extrémistes » ou « incitant à la violence ». Il ne devrait donc guère être possible de parvenir à un consensus sur les symboles qui doivent être considérés comme extrémistes. Le portrait de Che Guevara<sup>56</sup>, la lettre A entourée d'un cercle<sup>57</sup> ou le drapeau noir<sup>58</sup> en font-ils partie ? Non seulement de tels symboles ne sont pas connus du public ou le sont peu, mais ils peuvent encore être modifiés ou remplacés par des symboles similaires avec lesquels ils sont susceptibles d'être confondus. Les mêmes problèmes se posent en ce qui concerne les symboles faisant l'apologie de la violence. Un blouson d'aviateur, des rangers et un crâne rasé, tenue répandue dans certains milieux d'extrême droite, sont-ils des symboles incitant à la violence ou un simple effet de mode<sup>59</sup> ?

---

<sup>53</sup> Cf. entre autres: ATF **132** I 49; **128** I 327; **119** IV 242.

<sup>54</sup> Cf. FF **2004** 4701 ss

<sup>55</sup> BO **2005** N 166 ss; BO **2005** E 641 s.

<sup>56</sup> Ernesto Rafael Guevara de la Serna, dit Che Guevara (\* 14 mai 1928 à Rosario, Argentine; † 9 octobre 1967 à La Higuera, Bolivie) était un médecin argentin et un révolutionnaire cubain, politicien et chef de guérilla. Che Guevara a justifié, tout comme Mao Tsé-Toung, la théorie du combat de guérilla moderne (méthode, stratégie et tactique) et a tenté, avec un succès relatif, de mettre ses thèses révolutionnaires en pratique.

<sup>57</sup> Symbole des anarchistes.

<sup>58</sup> Autre symbole des anarchistes.

<sup>59</sup> Les milieux d'extrême droite en Suisse rassemblent différents groupes et mouvements comme Vérité et justice, la communauté Avalon, le Parti des Suisses nationalistes (PSN, symbole: une ancienne bannière suisse avec une masse d'armes, la *Nationale Ausserparlamentarische Opposition*, les skinheads dont des groupements connus tels que les *Hammerskins* suisses (SHS, emblème: deux marteaux croisés), *Blood & Honour* (emblème: triskèle ; tête de mort et C18) et le groupe Morgenstern (emblème: croix suisse avec deux masses d'arme croisées en toile de fond). Ces groupes se démarquent de la société par des signes extérieurs pour certains bien visibles.

Les symboles des milieux d'extrême gauche risquent de poser des problèmes similaires. Ces mouvements comprennent notamment la Reconstruction révolutionnaire suisse (RAS ; symbole : étoile à cinq branches sur bande rouge) qui est le mouvement le plus influent dans le milieu, la Coordination anti-OMC et le Bloc noir dont les adeptes portent des vêtements noirs, une cagoule et divers symboles parmi lesquels figurent des drapeaux, transparents ou étoiles rouges, noirs, noir et rouge ou arborant le symbole anarchiste (lettre A entourée d'un cercle).

Par ailleurs, il est d'autant plus important de rédiger une norme pénale le plus précisément possible lorsque l'acte visé relève d'un domaine protégé par un droit fondamental essentiel pour la démocratie – la liberté d'expression.

### 3.2.3.2 Liberté d'expression

Nul ne contestera que la liberté d'expression fait partie des droits de l'homme qui occupent une place prépondérante sur le plan international. Ce droit fondamental est essentiel au bon fonctionnement d'une société démocratique. Il est d'ailleurs expressément garanti par l'art. 16 Cst. et par l'art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>60</sup>. La liberté d'expression ne vaut néanmoins pas de manière absolue, ni sur le plan national, ni sur le plan international. D'un point de vue constitutionnel, il est incontesté qu'aucun droit fondamental ne bénéficie d'une absolue primauté. Selon l'art. 36 Cst. et l'art. 10, al. 2, CEDH, les restrictions à la liberté d'expression sont admissibles aux conditions suivantes:

- les restrictions des droits fondamentaux doivent être fondées sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés;
- ces restrictions doivent être justifiées par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui;
- elles doivent être proportionnées au but visé ; l'essence des droits fondamentaux est inviolable.

Une norme pénale telle que celle que demande la motion de la CAJ-N pourrait être un moyen de mieux protéger la paix publique ou la dignité de l'homme en Suisse. Mais on peut se demander si la restriction de la liberté d'expression qu'elle implique serait une atteinte trop grande. Contrairement ce qui se passe en Allemagne<sup>61</sup>, les symboles de groupements

---

L'habillement et la coupe de cheveux des skinheads sont particulièrement voyants. La musique est un autre élément de reconnaissance essentiel de ces mouvements. Caractérisée par des rythmes durs et agressifs, elle constitue un élément de cohésion important et joue un rôle significatif dans le recrutement de nouveaux sympathisants ainsi que dans la constitution et la consolidation du groupe. Dans les milieux d'extrême droite, les textes accompagnant la musique contiennent dans leur majorité des propos xénophobes et racistes et confirment ou suscitent l'idée que les étrangers sont des ennemis. Selon les circonstances, ce genre de musique augmente la propension à la violence. Cf. à ce sujet le rapport sur la sécurité intérieure de la Suisse 2006, publication de fedpol, mai 2007, p. 20 ss. Disponible sous: [http://www.fedpol.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/bericht\\_innere\\_sicherheit.Par.0043.File.tmp/f\\_s01\\_s92.pdf](http://www.fedpol.admin.ch/etc/medialib/data/sicherheit/bericht_innere_sicherheit.Par.0043.File.tmp/f_s01_s92.pdf).

<sup>60</sup> RS 0.101.

<sup>61</sup> En Allemagne, l'utilisation de symboles nationaux-socialistes comme la croix gammée et autres symboles nazis est sanctionnée par le paragraphe 86a du code pénal allemand. Selon cette disposition, est punie d'un emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans ou d'une amende toute



seraient interdits sans que les groupes eux-mêmes soient interdits. En Suisse, on doit pouvoir aussi remettre la démocratie en question, discuter sur les droits de l'homme ou sur l'Etat de droit. Selon le Tribunal fédéral<sup>62</sup>, 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 même, parfois, lorsqu'elle formulée de manière outrée. En effet, dans le débat public, il n'est souvent pas possible de faire d'emblée la différence entre critiques fausses, à moitié vraies et justifiées. Le Tribunal fédéral en conclut qu'il est difficile de reconnaître le rabaissement ou la discrimination dans les propos émis dans une discussion politique.

L'art. 261<sup>quater</sup> AP-CP proposé dans le cadre de la procédure de consultation de 2003 ne prévoyait pas de véritable interdiction de ces groupements racistes, mais entendait uniquement rendre punissable la constitution de ces derniers, ainsi que l'appartenance ou toute autre forme de participation à ces groupements. On voulait ainsi sciemment éviter les atteintes graves à la liberté d'association (art. 23 Cst.), mais aussi à d'autres droits fondamentaux comme la liberté d'expression (art. 16 Cst.), la liberté de réunion (art. 22 Cst.) ou la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.). Une interdiction des groupements racistes, extrémistes ou appelant à la violence ne se justifierait sur la base de l'art. 185 Cst. qu'en cas de troubles imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure, tel que cela a été admis à propos d'Al-Qaïda<sup>63</sup>.

L'art. 10, al. 2, CEDH reconnaît aussi, en particulier, la « protection de la morale »<sup>64</sup>, la protection des « droits des tiers », ainsi que l'« ordre public » comme intérêts publics dignes de protection. Il est généralement reconnu que la préservation de la « paix publique » et la « protection contre les discriminations » en font également partie.

Enfin, la norme pénale doit préserver le principe de la proportionnalité. Elle doit donc être un moyen adapté et nécessaire de préserver la paix publique et la dignité des êtres humains en Suisse. Cela devrait être le cas d'une norme d'interdiction des symboles racistes visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion. De plus, le juge pourrait, en cas de doutes d'interprétation dans l'application du droit, tenir compte du caractère fondamental de la liberté d'expression.

### 3.2.3.3 Nécessité de légiférer

Ainsi que nous l'avons déjà mentionné (ch. 3.1.1), l'utilisation de symboles racistes n'est actuellement punissable sur la base de l'art. 261<sup>bis</sup> CP que si ces derniers symbolisent une idéologie qui vise à rabaisser ou dénigrer de façon systématique les membres d'une race,

---

personne qui, en Allemagne, diffuse les symboles caractéristiques des partis ou des associations visées au § 86, al. 1, ch. 1, 2 et 4, du code pénal ou les utilise en public, dans une réunion ou dans les publications qu'elle distribue ou encore produit, prend en dépôt, importe ou exporte des objets représentant ou contenant de tels symboles dans le but de les diffuser ou de les utiliser en Allemagne ou à l'étranger.

<sup>62</sup> ATF 131 IV 23.

<sup>63</sup> La seule interdiction que la Suisse connaisse concerne le groupe Al-Qaïda et les organisations apparentées dont les dirigeants, les buts et les moyens sont identiques à ceux d'Al-Qaïda, ou qui agissent sur son ordre. Cf. l'ordonnance du 7 novembre 2001 qui s'appuie sur les art. 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. (RS 122).

<sup>64</sup> Au titre de la protection de la morale, la Cour européenne des droits de l'homme montre une grande compréhension pour les normes pénales étatiques, particulièrement pour celles protégeant contre les obscénités, les outrages ou le blasphème (cf. les arrêts cités par Poncet, *medialex* 2001/2, p. 85).

d'une ethnie ou d'une religion et qu'ils font l'objet de propagande publique. Lorsque l'une de ces conditions manque, par exemple la diffusion propagandiste ou l'aspect public, il ne s'agit que d'une simple déclaration non punissable. Si l'on veut aussi rendre celle-ci punissable conformément à la motion, il faut créer une nouvelle norme pénale<sup>65</sup>.

Selon le droit en vigueur, il est difficile par exemple pour les autorités de police à l'occasion d'un rassemblement public de plusieurs extrémistes de droite d'estimer à partir de combien de personnes ce genre de comportement constitue un acte de propagande au sens de la norme pénale sur le racisme. Des problèmes d'interprétation surgissent aussi lorsque plusieurs extrémistes de droite se rassemblent publiquement et revendiquent clairement leur appartenance à ce milieu par leur habillement, sans toutefois la manifester par des paroles ou des gestes. On ne sait pas non plus si le comportement raciste de quelques participants peut être aussi imputé aux autres. Lorsque des extrémistes de droite se limitent à porter des brassards avec des croix gammées ou à faire entre eux le salut hitlérien, ils ne sont pas coupables selon le droit actuel car l'acte de diffusion avec son aspect de propagande n'est pas accompli. Une norme pénale sanctionnant l'utilisation publique de symboles racistes obligerait la police à intervenir au cours d'un rassemblement d'extrémistes de droite si ces derniers portent des symboles visés par cette norme.

En outre, il y a aujourd'hui dans ce domaine maintes difficultés pour recueillir des preuves. Ainsi, dans la pratique, il est difficile de prouver qu'il y a acte de propagande. Sur le plan subjectif, l'art. 261<sup>bis</sup>, al. 2, CP requiert en effet que la volonté de l'accusé soit d'influencer le public. Le dol éventuel ne suffit cependant pas, un des éléments constitutifs de l'infraction étant la publicité de l'acte<sup>66</sup>. Même cette difficulté ne serait pas écartée par une nouvelle norme pénale qui rendrait punissable le simple fait de porter un symbole raciste.

On pourrait conclure des développements qui précèdent que la création d'une nouvelle norme pénale relative à l'utilisation publique de symboles racistes augmenterait la marge de manœuvre de la police et pourrait ainsi répondre à un besoin. Néanmoins, malgré la compétence dont ils disposent (ch. 3.2.2), les cantons n'ont prévu, dans leurs lois régissant la police, aucune disposition allant dans ce sens. Les discussions menées dans le cadre de la Conférence des commandants des polices cantonales de Suisse ont également montré que du point de vue de la police, il n'y a aucune nécessité de légiférer. Nul ne niera qu'il faut lutter contre le racisme. Mais, dans la pratique, une interdiction des symboles racistes poserait de grands problèmes d'application et n'améliorerait pas la marge de manœuvre effective de la police.

---

<sup>65</sup> La Suisse doit régulièrement faire rapport sur la mise en œuvre de ses obligations découlant de la convention de l'ONU contre la discrimination raciale ; elle fait l'objet de la surveillance d'autres organes internationales tels que le Conseil des droits de l'homme (cf. notamment les quatrième, cinquième et sixième rapports périodiques présentés par la Suisse au Comité de l'ONU pour l'élimination de la discrimination raciale conformément à l'article 9 de la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, CERD/C/CH/6, § 109). Dans ce cadre, ces organes nous ont également recommandé à répétition de compléter l'art. 261<sup>bis</sup> CP, par une norme interdisant non seulement les symboles et gestes racistes mais encore, en particulier, les groupements racistes (par ex. la Commission du Conseil de l'Europe contre le racisme et l'intolérance, ECRI, dans son dernier *Draft Report* sur la Suisse du 2 avril 2009 et la recommandation finale du CERD concernant le dernier rapport de la Suisse, CERD/C/CH/CO/6, § 15).

<sup>66</sup> NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1670.

## 4 Les réglementations à l'étranger<sup>67</sup>

Dans l'*Union européenne* (UE), la coopération judiciaire entre les Etats membres dans la lutte contre le racisme et la xénophobie a fait l'objet d'une Action commune datée du 15 juillet 1996<sup>68</sup>. L'objectif premier de l'UE était de garantir une coopération juridique efficace entre Etats membres dans la lutte contre le racisme et la xénophobie. Ce texte devait empêcher que les auteurs d'infractions profitent des réglementations pénales divergentes selon les Etats membres et changent simplement de lieu de résidence pour se soustraire à la répression pénale. Il prévoyait également la saisie et la confiscation d'écrits et d'images racistes ainsi que l'échange d'informations entre les Etats<sup>69</sup>. Remplaçant l'Action commune de 1996<sup>70</sup>, la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal est entrée en vigueur le 28 novembre 2008. Cette décision-cadre vise à rapprocher les lois et les dispositions réglementaires des Etats membres et à renforcer la coopération entre leurs autorités judiciaires afin de lutter plus efficacement contre les infractions racistes et xénophobes et de faciliter la coopération entre les Etats membres dans la lutte contre ces infractions. L'Action commune de 1996 tout comme la décision-cadre du Conseil ne concluent pas à une éventuelle interdiction de symboles et insignes extrémistes ou racistes<sup>71</sup>.

En *Allemagne*, l'utilisation de symboles nationaux-socialistes comme la croix gammée et autres symboles nazis est sanctionnée par le § 86a du code pénal allemand. Selon cette disposition, est punie d'un emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans ou d'une amende toute personne qui, en Allemagne, diffuse les symboles caractéristiques des partis ou des associations visées au § 86, al. 1, ch. 1, 2 et 4, du code pénal ou les utilise en public, dans une réunion ou dans les publications qu'elle distribue, ou encore produit, prend en dépôt, importe ou exporte des objets représentant ou contenant de tels symboles dans le but de les diffuser ou de les utiliser en Allemagne ou à l'étranger. Selon le § 86a, al. 2, ces symboles sont notamment les drapeaux, les insignes, les uniformes, les slogans et les formes de salut des organisations de ce type. En raison de la ligne stricte suivie par la jurisprudence, qui ne rangeait pas l'utilisation de symboles similaires parmi les infractions sanctionnées<sup>72</sup>, la loi sur la répression des crimes<sup>73</sup> a mis sur un pied d'égalité les symboles décrits avec ceux qui leur sont similaires et pourraient être confondus avec eux. De même, elle a étendu le champ d'application du § 86a, al. 1, du code pénal allemand quant à l'exportation et à l'utilisation des symboles en dehors de l'Allemagne.

Les biens juridiques protégés sont l'Etat démocratique et la paix politique<sup>74</sup>. Cette protection ne s'applique pas seulement aux symboles d'extrême droite. Elle vise d'une manière large

---

<sup>67</sup> Cette étude comparée est le résumé d'un avis daté des 16 mai 2001 et 24 avril 2006 sur le racisme et l'extrémisme en Allemagne, France, Italie et Autriche, mis à jour le 31 octobre 2008 par l'Institut suisse du droit comparée de Lausanne.

<sup>68</sup> Action commune 96/443/JAI du 15 juillet 1996, adoptée par le Conseil sur la base de l'art. K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'action contre le racisme et la xénophobie.

<sup>69</sup> Motivation de la Commission à propos de la proposition de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre le racisme et la xénophobie, p. 5.

<sup>70</sup> Considérant (16) relatif à la Décision-cadre du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations du racisme et de la xénophobie au moyen du droit pénal.

<sup>71</sup> Disponible sous:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0055:01:FR:HTML> >.

<sup>72</sup> Cf. BGHSt 25, 128 à propos de la représentation d'un homme en forme de croix gammée.

<sup>73</sup> Loi portant modification du code pénal, du code de procédure pénale et d'autres lois (*Verbrechensbekämpfungsgesetz / VerbrBekG*).

<sup>74</sup> Bay NJW 1988, 2902.

des signes symboliques précis dont l'utilisation pourrait donner l'impression que des organisations anticonstitutionnelles, c'est-à-dire extrémistes ou xénophobes, pourraient, bien qu'interdites, renaître librement<sup>75</sup>. Ainsi, le droit allemand tente de juguler la violence extrémiste qu'elle soit de droite ou de gauche. Selon la jurisprudence récente relative à cette norme, toute utilisation permettant de percevoir un symbole optiquement ou acoustiquement constitue une infraction sans qu'il y ait besoin de transmission physique d'un objet. Quant à la notion de publicité, il ne s'agit pas du caractère public de l'endroit, mais du fait que les informations disponibles peuvent être réceptionnées par un assez grand nombre de personnes entre lesquelles il n'existe pas de lien personnel<sup>76</sup>. Tout comme le § 86 du code pénal allemand, cette prescription est limitée par l'application par analogie des al. 4 et 5 du § 86.

Alors que le § 86a du code pénal allemand vise l'utilisation de symboles d'organisations ou de partis interdits, la loi sur les associations<sup>77</sup> vise au § 9, al. 1, l'utilisation de symboles caractéristiques d'une association pendant la durée de la procédure d'interdiction. Sont considérés comme symboles en particulier les drapeaux, les insignes, les uniformes, les slogans et les formes de salut. Une deuxième phrase a été rajoutée au § 9, al. 2, avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2002 (*Bundesgesetzblatt* I, p. 361). Elle établit que les symboles cités à la première phrase sont mis à égalité avec ceux qui leur sont similaires et pourraient être confondus avec eux. Un nouvel al. 3 établit que les symboles d'une association interdite qui sont utilisés sous une forme pour l'essentiel identique par une partie non interdite de cette association ou par des organisations indépendantes partageant les objectifs de l'association interdite, tombent également sous le coup de l'al. 1. Selon le § 20, al. 1, n° 5, de la loi sur les associations<sup>78</sup>, la violation de cette interdiction est menacée d'une peine pouvant aller jusqu'à un an d'emprisonnement lorsque la punissabilité ne découle pas déjà des § 84, 85, 86a ou 129 du code pénal. Conformément à l'al. 2, le tribunal peut renoncer à imposer une peine lorsque la culpabilité de l'auteur est considérée comme minime.

En *Autriche*, à propos des gestes, symboles, insignes ou emblèmes racistes, il convient de mentionner en premier lieu l'art. 115 du code pénal<sup>79</sup> qui incrimine l'insulte. Cette disposition

---

<sup>75</sup> TRÖNDLE/FISCHER, Kommentar zum StGB, 2001, § 86a N 1.

<sup>76</sup> Cf. OLG Frankfurt, NStZ 1999, p. 357, sur la diffusion de croix gammées par messagerie.

<sup>77</sup> *Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts (Vereinsgesetz / VereinsG)*.

<sup>78</sup> Art. 20, dans la teneur du 21.12.2007 (*Zu widerhandlungen gegen Verbote*)

*(1) Wer im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes durch eine darin ausgeübte Tätigkeit (...) (Nr.) 5 Kennzeichen einer der in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Vereine oder Parteien oder eines von einem Betätigungsverbot nach § 15 al. 1 in Verbindung mit § 14 al. 3 Satz 1 betroffenen Vereins während der Vollziehbarkeit des Verbots oder der Feststellung verbreitet oder öffentlich oder in einer Versammlung verwendet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in den §§ 84, 85, 86 a oder den §§ 129 bis 129 b des Strafgesetzbuches mit Strafe bedroht ist. In den Fällen der Nummer 5 gilt § 9 al. 1 Satz 2, al. 2 entsprechend.*  
(...)

*(3) Kennzeichen, auf die sich eine Straftat nach Absatz 1 Nr. 5 bezieht, können eingezogen werden.*

<sup>79</sup> Art. 115 (1) *Wer öffentlich oder vor mehreren Leuten einen anderen beschimpft, verspottet, am Körper misshandelt oder mit einer körperlichen Misshandlung bedroht, ist, wenn er deswegen nicht nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen.*

*(2) Eine Handlung wird vor mehreren Leuten begangen, wenn sie in Gegenwart von mehr als zwei vom Täter und vom Angegriffenen verschiedenen Personen begangen wird und diese sie wahrnehmen können.*

*(3) Wer sich nur durch Entrüstung über das Verhalten eines anderen dazu hinreissen lässt, ihn in einer den Umständen nach entschuldbaren Weise zu beschimpfen, zu misshandeln oder mit*

sanctionne les insultes publiques ou du moins prononcées devant plusieurs personnes. Sont considérées comme insultes l'injure, la raillerie, les mauvais traitements physiques et la menace de tels traitements. La raillerie n'est pas seulement le fait de couvrir quelqu'un d'injures, mais aussi la manifestation du *mépris par des signes et des gestes* ou des actes<sup>80</sup>.

Par ailleurs, il convient de mentionner la loi sur les insignes<sup>81</sup> selon laquelle certains insignes, uniformes, emblèmes et symboles sont interdits. Conformément au § 2, al. 1, de cette loi, les interdictions de l'al. 1 ne sont applicables qu'à certaines conditions aux imprimés et aux objets similaires.

Enfin, mentionnons la loi sur l'interdiction des uniformes<sup>82</sup> selon laquelle le port d'uniformes de l'armée allemande est interdit et frappé d'une amende pouvant jusqu'à 2000 schillings autrichiens (la loi est en vigueur dans sa version de 1974) ou d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à deux mois.

En France, le droit ne connaît pas de disposition qui sanctionne d'une manière générale l'utilisation publique de gestes, symboles, insignes ou emblèmes racistes ou extrémistes ou le port de tels symboles. Il existe par contre diverses dispositions qui interdisent expressément le port d'insignes ou d'emblèmes très précis et prévoient leur confiscation. Ainsi l'art. R 645-1 du code pénal punit le port ou l'exhibition d'uniformes, d'insignes ou emblèmes rappelant ceux d'organisations ou de personnes responsables de crimes contre l'humanité<sup>83</sup>. En outre, du fait que le droit français interdit la participation à un groupe de combat ou à un groupement dissout en vertu de la loi du 10 janvier 1936, le code pénal prévoit expressément comme peine supplémentaire la possibilité de confisquer les uniformes, insignes, emblèmes, armes et tous matériels utilisés ou destinés à être utilisés par de tels groupes et mouvements<sup>84</sup>. Dans le domaine du sport, le fait d'introduire des

---

*Misshandlungen zu bedrohen, ist entschuldigt, wenn seine Entrüstung, insbesondere auch im Hinblick auf die seit ihrem Anlass verstrichene Zeit, allgemein begreiflich ist.*

<sup>80</sup> ERNST E. FABRIZY, StGB und ausgewählte Nebengesetze, Vienne, 9<sup>e</sup> éd. 2006, § 115 N. 1.

<sup>81</sup> Loi fédérale du 5 avril 1960, qui interdit certains insignes (*Abzeichengesetz* 1960).

Art. 1

(1) *Abzeichen, Uniformen oder Uniformteile einer in Österreich verbotenen Organisation dürfen öffentlich weder getragen noch zur Schau gestellt, dargestellt oder verbreitet werden. Als Abzeichen sind auch Embleme, Symbole und Kennzeichen anzusehen.*

(2) *Das Verbot des al. 1 erstreckt sich auch auf Abzeichen, Uniformen und Uniformteile, die aufgrund ihrer Ähnlichkeit oder ihrer offenkundigen Zweckbestimmung als Ersatz eines der in al. 1 erwähnten Abzeichen, Uniformen oder Uniformteile gebraucht werden.*

(3) *Orden und Ehrenzeichen, die eines der im Abs. 1 oder Abs. 2 erwähnten Embleme aufweisen, dürfen öffentlich weder getragen noch zur Schau gestellt werden.*

Art. 2

(1) *Die Verbote des § 1 finden, wenn nicht das Ideengut einer verbotenen Organisation gutgeheissen oder propagiert wird, keine Anwendung auf Druckwerke, bildliche Darstellungen, Aufführungen von Bühnen- und Filmwerken sowie Ausstellungen, bei denen Ausstellungsstücke, die unter § 1 fallen, keinen wesentlichen Bestandteil der Ausstellung darstellen.*

<sup>82</sup> Loi fédérale du 21 décembre 1945, qui interdit le port d'uniformes de l'armée allemande (*Uniform-Verbotsgesetz*).

<sup>83</sup> Il prévoit une amende de 1500 euros, assortie de peines complémentaires, telle l'interdiction de détenir, pour une durée de trois ans au plus, une arme soumise à autorisation. Des sanctions sont également prévues à l'encontre des personnes morales. Le Tribunal de grande instance (TGI) de Paris, statuant en référé a, par ordonnance en date du 22 mai 2000 (D. 2000 IR 172), tiré des conclusions de cet article sur le plan civil. Il a ainsi considéré que l'exposition sur un site Internet, en vue de leur vente, d'objets nazis constitue une infraction à la loi française et a enjoint à l'extension française du site de prendre toutes les mesures afin de prévenir tout internaute que ce type de site constitue une infraction et d'interrompre la consultation du site concerné.

<sup>84</sup> Art. 431-21 du code pénal.

insignes, signes ou symboles rappelant une idéologie raciste ou xénophobe dans une enceinte où un événement sportif a lieu ou est retransmis en public est puni d'une peine d'emprisonnement et d'une amende de 15 000 euros<sup>85</sup>. Des peines complémentaires sont également prévues, à savoir l'interdiction de pénétrer dans une enceinte où se déroule une manifestation sportive ou l'interdiction de se rendre aux abords de cette même enceinte, pour une durée qui ne peut excéder cinq ans<sup>86</sup>. Lorsque la personne condamnée est de nationalité étrangère et a son domicile hors de France, le tribunal peut prononcer une interdiction d'entrée pour une durée maximale de deux ans<sup>87</sup>. Enfin, le port d'objets qui portent atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne en raison de son appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion constitue une circonstance aggravante de l'infraction<sup>88</sup>.

En *Italie*, il n'existe pas de dispositions pénales concernant l'extrémisme politique au sens large, mais toute une palette de réglementations servant à lutter contre les partis politiques et les groupements à tendance fasciste et national-socialiste d'une part et contre les idéologies racistes et xénophobes d'autre part. Ces dispositions ont été renforcées en 1993 afin d'endiguer la montée des manifestations violentes et marquées par l'intolérance, notamment à l'occasion d'événements sportifs. La loi de 1993 prévoyait deux nouvelles infractions: d'une part le comportement raciste au cours d'une réunion publique ou l'exhibition ostentatoire de d'emblèmes ou de symboles de mouvements racistes et, d'autre part, l'accès à des manifestations sportives avec de tels emblèmes ou symboles. Le port de symboles, insignes ou emblèmes racistes peut également constituer un élément constitutif d'autres infractions du code pénal italien: apologie du fascisme, incitation à l'apologie du génocide, diffusion d'idéologies qui reposent sur la supériorité d'une race ou sur la haine des autres en raison de leur appartenance à une race ou une ethnie et incitation aux actes racistes. Selon la cour de cassation, les éléments objectifs de ces deux dernières infractions sont réunis lorsque l'on constate une série d'indices révélateurs comme les mots, les gestes, les signes ou les emblèmes possédant un rapport clair avec la race, l'appartenance nationale et la couleur de la peau entre autres.

## 5 Conclusion

La disposition que demande la motion de la CAJ-N suscite tout d'abord des réserves d'ordre constitutionnel. Une telle norme pénale représenterait une atteinte trop importante à la liberté d'expression. En effet, les restrictions des droits fondamentaux ne doivent pas être seulement fondées sur une loi au sens formel (art. 36 Cst.), mais la base légale doit aussi être formulée de manière suffisamment précise et être proportionnée au but visé (ch. 3.2.3.1 et 3.2.3.2). Exiger, comme le demande la motion de la CAJ-N, que les symboles visés soient en rapport avec un mouvement extrémiste, raciste et incitant à la violence se traduirait par une interdiction de symboles de groupements sans que ces groupements eux-mêmes soient interdits. Par ailleurs, le fait que du point de vue de la police, il n'est pas nécessaire de disposer d'une telle norme pénale (ch. 3.2.3.3) pour lutter efficacement contre le racisme plaide également contre cette norme pénale.

---

<sup>85</sup> Art. L. 332-7 du code du sport.

<sup>86</sup> Art. L. 332-11.

<sup>87</sup> Art. L. 332-14 et L. 332-15.

<sup>88</sup> Art. 132-76 du code pénal, modifié par les lois n°2003-88 du 3 février 2003 et n°2004-204 du 9 mars 2004.

Néanmoins, afin de remplir au moins en partie le mandat de la motion de la CAJ-N, le Conseil fédéral propose une norme pénale qui se limite à l'utilisation et à la diffusion publiques de symboles racistes sans établir de liens entre ces symboles et un mouvement précis. Ainsi, comme à l'art. 261<sup>bis</sup> CP actuel (Discrimination raciale), les biens juridiques protégés seraient la dignité humaine et la paix publique. Comme nous l'avons déjà mentionné (ch. 3.1.1), l'utilisation et la diffusion de symboles racistes sont d'ores et déjà punissables en vertu de l'art. 261<sup>bis</sup> CP lorsqu'ils représentent une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion et que ces symboles font l'objet de propagande publique. Ce qui serait nouveau, ce serait la sanction de l'utilisation publique de symboles racistes même si cette idéologie ne fait pas l'objet d'une propagande publique. Cette norme pénale limitée aux symboles racistes permettrait de poursuivre sur la voie empruntée avec l'art. 261<sup>bis</sup> CP dans la lutte contre la discrimination raciale. En outre, elle restreindrait certes la liberté d'expression, mais dans une mesure proportionnée et de manière conséquente du point de vue de la technique législative. Cette restriction reposerait sur une base légale suffisante et serait instaurée dans l'intérêt public.

## **6 Norme pénale concernant l'utilisation publique de symboles racistes**

### **6.1 Disposition légale proposée**

#### **Code pénal**

##### **Art. 261<sup>ter</sup> AP-CP Utilisation de symboles racistes**

1. Quiconque utilise ou diffuse publiquement des symboles racistes et notamment nazis, ou des variations de ces symboles, tels que des drapeaux, des insignes, des emblèmes, des slogans ou des formes de salut, ou encore des objets qui représentent ou contiennent de tels symboles ou variations, tels que des écrits, des enregistrements sonores ou visuels ou des images,

quiconque fabrique, prend en dépôt, importe, fait transiter ou exporte de tels symboles ou des variations de ces derniers ou de tels objets en vue de leur diffusion ou de leur utilisation publique,

est puni de l'amende.

2. Les objets sont confisqués.

3. Les ch. 1 et 2 ne s'appliquent pas lorsque l'utilisation ou la diffusion publique des symboles ou des objets sert des fins culturelles ou scientifiques dignes de protection.

### **6.2 Place dans la systématique du CP**

Les biens juridiques protégés par le nouvel article sont, comme à l'art. 261<sup>bis</sup> CP (Discrimination raciale), la dignité humaine et la paix publique. Quiconque utilise ou diffuse publiquement des symboles racistes et notamment nazis ou des variations de ces symboles

attente à la dignité humaine. Ces actes ne sont rien d'autre qu'une discrimination publique des membres d'une certaine race, ethnie ou religion. Mais au-delà de la discrimination raciale, il y a aussi une mise en danger de la paix publique, d'où l'insertion de la nouvelle disposition dans le titre 12 du CP (Crimes ou délits contre la paix publique).

### 6.3 Que sont les symboles racistes, les variations de ces symboles et les objets qui représentent ou contiennent de tels symboles ou variations ?

Le terme de « *symboles* » englobe non seulement les drapeaux, insignes, etc., mais aussi les symboles non corporels, tels que le salut hitlérien et d'autres saluts et modes expressifs.

Que sont les symboles racistes ? Il est sûrement à peu près incontesté que les symboles connus du nazisme en font partie, tels la croix gammée (inversée ou non) ou la « rune de la victoire » (*Siegrune*, le « S » stylisé qui, doublé, servait d'insigne aux SS), ou encore le salut hitlérien. Les symboles nazis sont donc expressément cités dans l'art. 261<sup>ter</sup> AP-CP, dont ils sont la cible principale. Le texte mentionne aussi les *variations* de ces symboles, c'est-à-dire les signes qui ressemblent aux symboles clairement reconnus comme racistes tels que la croix gammée ou le salut hitlérien ou qui sont utilisés dans les cercles d'extrême droite en remplacement de ceux-là, par exemple le salut de Kühnen (*Kühnengruss*), variation du salut hitlérien. Lors des manifestations d'extrême droite, on voit aussi souvent un salut bras tendu avec trois doigts écartés à la manière du serment du Grütli, en remplacement des deux précédents. Ce symbole devra également être considéré comme raciste s'il est utilisé publiquement et dans un contexte raciste. Quant aux *objets* qui représentent ou contiennent ces symboles et variations, ce sont par ex. une pochette de CD ou de DVD, ou une jaquette de livre, portant un de ces symboles. Il peut aussi s'agir d'un buste du Führer, d'un brassard orné d'une croix gammée ou d'un vêtement sur lequel un des emblèmes visés est cousu.

Des difficultés apparaissent lorsque les symboles ont une signification pour les membres d'un groupe mais restent hermétiques aux personnes extérieures. Le look skinhead en est un exemple<sup>89</sup> : cheveux ras, rangers, blouson d'aviateur et pull ou tee-shirt de la marque de sport londonienne Lonsdale par exemple sont l'expression de convictions nationalistes. Le choix de la marque Lonsdale se fonde sur le fait que ce nom contient la combinaison de lettres « nsda », allusion au parti allemand NSDAP (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiter Partei*). Il est évident que l'utilisation de ces symboles n'est pas raciste en soi. Dans l'exemple de la marque Lonsdale, aucun lien ne peut être établi entre cette raison sociale, qui date de 1909, et la NSDAP. Il en va de même d'autres symboles, comme les chiffres 88 (pour *Heil Hitler*, le chiffre 8 représentant la 8<sup>e</sup> lettre de l'alphabet), 18 (Adolf Hitler), 14 (pour les 14 mots « *we must secure the existence of our race and a future for our children* »), etc. A supposer même qu'il les remarque, le non-initié ne sait pas ce que ces symboles représentent. Il pourrait s'agir de numéros portés par des sportifs célèbres. Les difficultés sont du même ordre pour les symboles des cercles néo-païens<sup>90</sup>. Une personne ne peut pas

---

<sup>89</sup> Relevons que la scène skinhead est très hétérogène et que les skinheads traditionnels se démarquent de ceux qu'ils nomment « *boneheads* » (les skinheads d'extrême-droite). Ces différences sont difficiles à appréhender pour le profane. Pour une vue d'ensemble, voir l'excellente introduction de KLAUS FARIN / EBERHARD SEIDEL-PIELEN, *Skinheads*, 5<sup>e</sup> édition revue et augmentée, Munich 2002.

<sup>90</sup> Le néo-paganisme comprend plusieurs courants païens modernes dont les adeptes se réclament de traditions préchrétiennes. Sur le néo-paganisme, voir : ANDREAS SPEIT (éd.), *Ästhetische Mobilmachung, Dark-Wave, Neofolk und Industrial im Spannungsfeld rechter Ideologien*, Münster



être déclarée punissable uniquement parce qu'elle a levé le bras en faisant un signe particulier avec les doigts. Dans de tels cas, le contexte général est toujours déterminant. Ainsi, dans l'ATF 133 IV 323, le Tribunal fédéral a déclaré qu'à quelques mètres de distance, un tiers quelconque sans parti pris n'aurait déjà plus pu reconnaître le recourant et son complice comme « néonazis » ou « d'extrême-droite » sur la base de leur apparence générale (veste noire, pullover gris portant « Lonsdale » en grand). Il en a conclu que les actes commis n'étaient pas clairement reconnaissables par des tiers quelconques sans parti pris en tant qu'actes racistes stigmatisant les victimes comme des êtres inférieurs du fait de leur race.

Il revient pour une large part aux autorités de poursuite pénale de déterminer si des symboles sont racistes. Des opinions juridiques divergentes sont inévitables dans les zones grises. Nous renonçons à établir une liste dans la loi car elle serait inévitablement en retard sur la réalité et demanderait des adaptations continues. Cela serait également problématique au regard du principe de précision de la base légale (voir ch. 3.2.3.1). Afin de faciliter l'application de la norme pénale et de garantir l'égalité en droit, le Conseil fédéral a l'intention de faire établir et régulièrement mettre à jour par le Service d'analyse et de prévention (à partir de 2010 le nouvel office fédéral du renseignement), rattaché au Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS), une liste des jugements entrés en force relatifs aux symboles visés par l'art. 261<sup>ter</sup> AP-CP. Il faudra pour cela compléter l'art. 1, ch. 9, de l'ordonnance du 10 novembre 2004 réglant la communication des décisions pénales prises par les autorités cantonales<sup>91</sup> de telle sorte que les cantons soient tenus de communiquer au DDPS les jugements, prononcés administratifs et ordonnances de non-lieu rendus en application de la nouvelle norme pénale. Cela renforcerait en outre l'impact sur la perception par le public de ces symboles – un des objectifs de la révision étant, ne l'oublions pas, de les frapper de la réprobation publique.

#### **6.4 Utilisation et diffusion publiques de symboles racistes, de variations de ces symboles ou d'objets qui représentent ou contiennent de tels symboles ou variations (ch. 1, par. 1)**

Afin d'éviter des problèmes d'interprétation ou de délimitation, le ch. 1, par. 1, de l'art. 261<sup>ter</sup> AP-CP sanctionne globalement l'*utilisation* et la *diffusion* publiques des symboles racistes, de leurs variations et des objets qui représentent ou contiennent de tels symboles ou variations, au lieu d'énumérer les actions condamnables.

Dans le présent contexte, l'*utilisation* recouvre le fait de porter, promouvoir, offrir, montrer, exposer ou rendre accessibles de toute autre manière des symboles racistes<sup>92</sup>. Il n'y a guère d'intérêt pratique, par exemple, à faire la distinction entre montrer et exposer publiquement un symbole. Il serait difficile de savoir si celui qui appose une croix gammée sur sa boîte aux lettres, à la vue de tous, le montre ou bien l'expose. Le choix d'une formulation globale évite ces distinguos subtils et largement théoriques.

La *diffusion* recouvre la transmission orale, écrite ou électronique – lecture publique, projection, audition d'un enregistrement, affichage, exposition, distribution, vente, etc. – de

---

2001; RICHARD FABER / RENATE SCHLESIER (éd.), Die Restauration der Götter, Antike Religion und Neo-Paganismus, Würzburg 1986.

<sup>91</sup> RS 312.3

<sup>92</sup> Voir § 86a du code pénal allemand.

ces symboles et objets à un cercle public de personnes. Cette disposition ne contient pas l'élément de propagande requis au par. 2 de l'art. 261<sup>bis</sup> CP. Ainsi, l'usage du salut hitlérien au sein d'un groupe serait punissable dès lors qu'il serait public.

Le terme « *publiquement* » a été défini par le Tribunal fédéral dans l'ATF 130 IV 111. Quarante à 50 invités du milieu skinhead s'étaient réunis dans un refuge forestier pour assister à un exposé sur la genèse des SS et des Waffen-SS. Le Tribunal fédéral a dénié à cette manifestation un caractère privé, en donnant une définition étroite au « cadre privé », au sein duquel il est possible de se livrer à des propos racistes sans conséquences pénales. Dans cet arrêt, il a qualifié de publiques tous les comportements et allégations qui n'interviennent pas dans un cercle familial ou d'amis ou dans un environnement de relations personnelles ou empreint d'une confiance particulière<sup>93</sup>. Pénaliser l'utilisation privée des symboles visés par l'art. 261<sup>ter</sup> AP-CP serait par contre une atteinte excessive à la liberté personnelle et à la liberté d'expression.

## **6.5 Fabrication, prise en dépôt, importation, transit et exportation de symboles racistes, de variations de ces symboles ou d'objets qui représentent ou contiennent de tels symboles ou variations en vue de leur diffusion ou de leur utilisation publiques (ch. 1, par. 2)**

Le par. 2 du ch. 1 recouvre la fabrication, la prise en dépôt, l'importation, le transit et l'exportation des symboles et objets visés par le par. 1 en vue de leur diffusion ou de leur utilisation publiques.

La *fabrication* comprend le fait de confectionner les symboles visés à l'art. 261<sup>ter</sup> AP-CP. En premier lieu, celui qui fabrique est celui qui produit originellement les symboles, par exemple celui qui crée un drapeau ou une vidéo comportant des représentations tombant sous le coup de la nouvelle disposition. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la fabrication s'étend au fait de reproduire un objet, par exemple en le dupliquant ou en le copiant, mais aussi en l'agrandissant, en le modifiant graphiquement, en l'employant dans un collage, etc. Peu importe, selon le Tribunal fédéral, la technique employée. L'enregistrement durable et intentionnel d'un objet sur le disque dur d'un ordinateur, sur une disquette, un CD-Rom, un DVD ou tout autre support de données est un acte de fabrication, de même que le fait de scanner et sauvegarder une image, ou de télécharger activement un fichier. En résumé, la fabrication comprend toute action accomplie par une personne pour réaliser un produit final répondant à la définition de l'art. 261<sup>ter</sup> AP-CP et destiné à être diffusé ou utilisé publiquement<sup>94</sup>.

Par *prendre en dépôt*, on entend le fait de conserver ou de garder en réserve des objets dans l'intention de les utiliser ou de les diffuser publiquement. Il faut cependant admettre que l'intention sera difficile à prouver en pratique.

---

<sup>93</sup> A la suite de cet arrêt, certains ont exprimé la crainte que l'art. 261<sup>ter</sup> CP soit désormais appliqué aux « propos de comptoir ». Le Conseil fédéral est persuadé que malgré la nouvelle jurisprudence, les propos racistes tenus à la table d'un bistrot ne seront pas punissables du moment qu'ils ne sont pas proférés de manière à être facilement audibles pour des tiers. Mais le Tribunal fédéral a souligné dans son arrêt que le fait que les personnes impliquées aient les mêmes convictions n'exclut pas le caractère public d'une manifestation au sens de l'art. 261<sup>bis</sup> CP. En effet, cet article vise précisément à éviter que les opinions racistes ne s'ancrent et ne se répandent dans les cercles qui y sont déjà favorables.

<sup>94</sup> Voir ATF 131 IV 16.

L'*importation* est le fait de faire entrer un objet en Suisse, l'*exportation* le fait de l'en faire sortir. Le *transit* est le transport de symboles racistes à travers le territoire douanier de la Suisse. L'importation à des fins privées demeurera licite. Importer un certain nombre d'objets identiques sera un net indice de l'intention de les utiliser ou de les diffuser publiquement.

## 6.6 Peine encourue (ch. 1, par. 3)

Le Conseil fédéral juge approprié de faire de la nouvelle infraction une *contravention* – sanctionnée par une amende<sup>95</sup> – pour obtenir l'effet préventif général visé et marquer la réprobation de la société pour ceux qui violeraient cette norme. Les autorités pénales pourront sanctionner ces personnes de manière proportionnée à leur faute et les pousser à se détourner des milieux visés.

Il serait envisageable de rapprocher la nouvelle infraction de l'art. 261<sup>bis</sup> CP punissant la discrimination raciale et d'en faire un délit. Ce serait ignorer qu'il s'agit d'actes de moindre gravité, sans compter qu'une vaste majorité des participants à la consultation menée en 2003 a approuvé la classification comme contravention. Une trop lourde peine érigerait en martyrs les contrevenants. Dans les milieux considérés, il se pourrait fort bien que ceux qui se font condamner pour des actes qui ne procèdent pas d'une culpabilité grave (par ex. le port public d'un insigne) le considèrent comme une consécration s'ils doivent être punis pour un délit et stigmatisés notamment par une inscription au casier judiciaire.

## 6.7 Confiscation des objets (ch. 2)

Pour qu'un objet soit confisqué à titre de mesure de sûreté, il faut qu'il compromette la sécurité des personnes, de la morale ou de l'ordre public (art. 69 CP). Lorsque ces conditions sont remplies, il est obligatoirement confisqué s'il a servi ou devait servir à commettre une infraction. Cependant, les dispositions de la partie spéciale du CP et du droit pénal accessoire priment cette disposition générale. A la différence de cette dernière, selon les dispositions spéciales relatives à la confiscation telles que le ch. 2 de l'article proposé, il n'est pas nécessaire que la sécurité des personnes, de la morale ou de l'ordre public soit concrètement menacée. La menace envers l'ordre public est présumée de par la loi et les objets doivent être rendus inutilisables ou détruits. La seule condition requise est que les éléments de l'infraction soient réunis et que l'acte commis ait été illicite. Cette règle s'inspire largement de l'art. 197, ch. 3, CP (pornographie dure). Contrairement à la saisie, mesure de procédure pénale qui relève de la compétence des autorités de poursuite pénale, la confiscation doit être ordonnée par le juge pénal.

## 6.8 Fins culturelles et scientifiques (ch. 3)

Les actes mentionnés au ch. 1 ne seront pas punissable si l'utilisation ou la diffusion des symboles ou des objets sert des *fins culturelles ou scientifiques dignes de protection*.

Le terme « *culturel* » est pris dans le même sens global qu'aux art. 135 et 197 CP. Il comprend toutes les manifestations spirituelles, artistiques, politiques, littéraires, historiques

---

<sup>95</sup> Voir art. 103 ss. CP.

et religieuses<sup>96</sup>. Les fins culturelles peuvent être informatives (récit de guerre), documentaires (musée des symboles de l'époque nazie), historiques (illustration du salut hitlérien), morales (assistance à un jeune pour quitter les milieux néonazis), religieuses (représentation d'une svastika dans le bouddhisme) etc. Les films de guerre dans lesquels les acteurs portent des symboles racistes au nom de la véracité ont une fin culturelle. Des difficultés pourraient cependant apparaître si ces symboles étaient utilisés par exemple dans des films ou sur des pochettes de disque dont la seule finalité est le divertissement, sans référence historique. On pourrait imaginer, par exemple, un film qui montrerait un groupe de rock portant des brassards ornés de la croix gammée<sup>97</sup>.

La valeur scientifique correspond à l'utilisation ou à la diffusion des symboles mentionnés au ch. 1 dans le cadre de l'enseignement et de la recherche. Elle devra être déterminée selon des critères objectifs.

Dans ces deux cas, les objets ne seront pas confisqués. Cette disposition correspond au par. 1 de l'art. 135 (Représentation de la violence) et au ch. 5 de l'art. 197 (Pornographie) du CP. Les actes licites dans le cadre des devoirs de fonction ou des obligations professionnelles, tels que la surveillance des abus sur Internet par les autorités, ne seront pas punissables (voir art. 14 CP).

Comme c'est généralement le cas lors des modifications de dispositions du droit pénal ordinaire qui ont leur pendant dans le code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM)<sup>98</sup>, les deux codes seront modifiés en parallèle.

---

<sup>96</sup> BO 1989 N 723; BO 1990 N 2330 s.

<sup>97</sup> Citons le film « *Mad Foxes* », une production suisse de série B de 1981, distribué à l'origine par Erwin C. Dietrich ; l'épisode « *Patterns of Force* » de la 2<sup>e</sup> saison de la série télévisée *Star Trek* (1968), dans lequel les acteurs William Shatner (Kirk) et Leonard Nimoy (Spock), entre autres, revêtent l'uniforme des SS ; ou encore la pochette de « *Motörhead* », le premier album du groupe de hard rock du même nom (1977), sur laquelle, dans les premières éditions anglaise et allemande notamment, on voit une petite croix gammée sur une pointe du casque qui coiffe un crâne de monstre. Il faudra encore décider quels films et quelle musique répondent à une fin culturelle digne de protection.

<sup>98</sup> RS **321.0**.

## 7 Code pénal militaire

### 7.1 Disposition légale proposée

#### Code pénal militaire

##### *Art. 171d AP-CPM* Utilisation des symboles racistes

1. Quiconque utilise ou diffuse publiquement des symboles racistes et notamment nazis, ou des variations de ces symboles, tels que des drapeaux, des insignes, des emblèmes, des slogans ou des formes de salut, ou encore des objets qui représentent ou contiennent de tels symboles ou variations, tels que des écrits, des enregistrements sonores ou visuels ou des images,

quiconque fabrique, prend en dépôt, importe, fait transiter ou exporte de tels symboles ou des variations de ces derniers ou de tels objets en vue de leur diffusion ou de leur utilisation publique,

est puni de l'amende.

L'infraction est punie disciplinairement si elle est de peu de gravité.

2. Les objets sont confisqués.

3. Les ch. 1 et 2 ne s'appliquent pas lorsque l'utilisation ou la diffusion publique des symboles ou des objets sert des fins culturelles ou scientifiques dignes de protection.

### 7.2 Commentaire de l'art. 171d AP-CPM

Le CPM sera complété par un nouvel art. 171d, pratiquement identique à l'art. 261<sup>ter</sup> AP-CP. Pour les commentaires, on se référera aux explications qui précèdent. La différence réside dans les sanctions (ch. 1, par. 4). Dans les cas de peu de gravité, des sanctions disciplinairement seront prises<sup>99</sup>. L'art. 171c CPM (Discrimination raciale) prévoit aussi cette possibilité au par. 2, il est donc nécessaire de l'introduire dans le nouvel article qui vise des cas encore moins graves. Les sanctions disciplinairement ordonnées directement constituent une réaction bien plus rapide qu'une procédure judiciaire.

En cas d'incertitude entre la liquidation disciplinaire et la liquidation par un tribunal militaire, les autorités judiciaires militaires ouvrent une procédure d'enquête et administrent provisoirement les preuves, en vertu de l'art. 102, al. 1, let. b, de la procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM)<sup>100</sup>. La plupart des infractions sanctionnées par le CPM, y compris les trois contraventions<sup>101</sup>, sont punies disciplinairement dans les cas de peu de gravité.

---

<sup>99</sup> Art. 180 ss. CPM.

<sup>100</sup> RS **322.1**.

<sup>101</sup> Art. 83 (Insoumission par négligence), 84 (Inobservation d'une convocation au service militaire) et 159a (Désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel) du CPM.