



Prise de position

de l'Association Suisse-Arménie (ASA),
de la Commission politique de l'Union Arménienne de Suisse (UAS)
et du Groupe de Travail Reconnaissance (AGA – dont le siège est à Munich)

concernant le document de travail de l'Office Fédéral de la Justice :

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

Introduction.....	1
1. Nécessité d'une réforme de l'article 261bis CP ?	2
2. Discussion des variantes en vue d'une modification de l'article 261bis CP	4
2.1 Variante 1	4
2.2 Variante 2	5
2.3 Variante 3	5
2.4 Variante 4	6
2.5 Variante 5	7
3. Conclusion.....	8

Introduction

Le droit pénal suisse contre le négationnisme (article 261bis al. 4 CP) constitue, de même que le droit espagnol (article 607 al. 2 CP), une exception en Europe, car il pénalise en principe la négation de tous les génocides. Les dispositions pénales d'autres États, comme par exemple la France, l'Allemagne, la Belgique ou l'Autriche, ne concernent en revanche que la négation des génocides commis sous le régime national-socialiste.

Au cours de la présidence allemande du Conseil européen, une décision-cadre concernant la lutte contre le racisme et la xénophobie a été adoptée le 20 avril 2007. De cette manière, les Etats membres qui n'avaient jusqu'à présent aucune législation en la matière doivent adopter des dispositions pénales appropriées, et ceux dont le droit pénal punissait déjà de telles infractions pourront alourdir les peines prévues. Il est particulièrement intéressant que l'Union européenne essaie d'introduire des dispositions pénales identiques à celles du modèle suisse.

C'est dans ce contexte d'un élargissement à l'échelle européenne du droit pénal réprimant le racisme que l'Office fédéral de la justice (OFJ) a présenté, en mai 2007, un document de travail relatif à l'interdiction pénale de discrimination raciale selon les articles 261bis CP et 171c CPM, dans lequel une réforme des dispositions pénales actuelles est envisagée. La rédaction de ce document de travail s'explique certainement par la critique dont est l'objet en Suisse la norme anti-racisme. Toutefois, ce document de travail ne peut pas être compris indépendamment de son contexte : au mois d'octobre 2006, le Ministre de la justice Christoph Blocher a critiqué la norme anti-racisme à l'occasion d'un voyage en Turquie, et il s'est montré opposé à des procédures pénales alors en cours en Suisse contre deux négationnistes turcs. C'est d'abord devant des médias turcs que le Conseiller fédéral Blocher a annoncé que la norme anti-racisme devait être modifiée. Selon des médias suisses, il aurait à cette occasion déclaré que la norme anti-racisme lui causait des « maux de ventre ». L'OFJ a par la suite présenté un document de travail pour une réforme de l'article 261bis CP. C'est à ce document que nous nous référons ci-dessous :

Le document de travail se compose de trois parties (bien qu'il soit numéroté de I à IV). Après une courte introduction à propos des deux dispositions pénales, le document tente de présenter les critiques de base portées contre la norme anti-racisme. Les développements relatifs à la compatibilité de l'article 261bis CP avec la liberté d'expression sont particulièrement instructifs. Plusieurs variantes pour la réforme de l'article 261bis CP sont ensuite discutées ; des arguments pour et contre sont avancés pour chacune des variantes, sans qu'une position claire et ouverte soit adoptée. En effet, le document de travail a été conçu comme un travail préliminaire et ne contient aucun projet concret de réforme.

Les trois organisations signataires de la présente prise de position rejettent le document de travail de l'OFJ, car cette initiative constitue une régression évidente vers une dépénalisation du négationnisme. En effet, il résulte du document de travail de l'OFJ, et en particulier des variantes commentées, que l'objectif poursuivi consiste en une réduction du champ d'application des dispositions légales suisses pénalisant la discrimination raciale. Ainsi, il est tout à fait singulier que, contrairement à la critique de base formulée dans la partie II, le document de travail porte quasi exclusivement sur la pénalisation du négationnisme. La pénalisation de l'incitation à la haine raciale, de la propagation d'idéologie raciste, ainsi que de la discrimination raciale, n'est en principe pas remise en cause. Le point central de la discussion sur une éventuelle réforme est donc le négationnisme (abstraction faite de la première variante), ce qui correspond tout à fait aux déclarations controversées du Conseiller fédéral Blocher en Turquie.

L'analyse ci-dessous commente les aspects les plus importants du document de travail.

1. Nécessité d'une réforme de l'article 261bis CP ?

La deuxième partie du document de travail essaie de présenter les critiques de base à l'encontre de l'article 261bis CP, afin de justifier la nécessité d'une réforme. Cette critique de base ne reflète néanmoins qu'imparfaitement les critiques formulées dans la doctrine pénaliste.

Le point de départ de la critique est la limitation de la liberté d'expression entraînée par l'article 261bis CP qui, déjà lors des consultations parlementaires, avait provoqué des débats virulents. La norme anti-racisme avait été qualifiée de loi « muselière », constituant une limitation abusive de la liberté d'expression. Le document de travail analyse ensuite si l'on peut considérer l'article 261bis CP comme un droit pénal réprimant les convictions ou les opinions (« *Gesinnungsstrafrecht* »), mais réfute en fin de compte cet argument (page 4 et 5).

S'interrogeant sur les biens juridiquement protégés par la norme anti-racisme, le document de travail présente la jurisprudence et les opinions exprimées en doctrine à cet égard, mais ne prend pas de position (page 5). Que les biens juridiquement protégés ne soient pas clairement énoncés n'est cependant pas un problème, car c'est le cas pour de nombreuses dispositions pénales.

Le document de travail analyse ensuite si l'article 261bis CP est suffisamment précis pour satisfaire aux exigences du principe de précision de la base légale. L'OFJ considère que l'emploi dans l'article 261bis CP de clauses générales ouvertes et de notions juridiques indéterminées ne peut être juridiquement considéré comme un manquement à la précision de la base légale (page 6). Mais il serait toujours opportun de préciser davantage l'article 261bis CP.

Le document de travail revient ensuite la critique de base contre l'article 261bis CP, c'est-à-dire la question de savoir si cette disposition constitue une restriction admissible de la liberté d'expression. Après une présentation détaillée des opinions sur cette question, le document de travail constate que l'article 261bis CP, dans le cas d'une interprétation conforme aux droits fondamentaux, représente effectivement une restriction de la liberté d'expression, mais ne doit pas pour autant être considéré comme une violation de ce droit fondamental.

À la fin de cette partie, l'incrimination de négationnisme est analysée plus en détail, car elle serait semble-t-il plus controversée au regard de la liberté d'expression. C'est principalement la notion de « génocide » qui est problématisée : quels sont les génocides concernés par l'article 261bis CP ? Aux termes du document de travail, l'article 261bis CP n'est applicable qu'aux génocides « notoires » ; ainsi, un débat sur les conditions du génocide pourrait être évité, car seule la notoriété de l'événement devrait être prouvée.

Contrairement aux craintes exprimées dans le document de travail, selon lesquelles la formulation large de l'article 261bis CP pourrait conduire à une surcharge de travail des tribunaux suisses, une telle surcharge n'existe pas en pratique. Selon la Commission fédérale contre le racisme, environ 120 enquêtes ont été ouvertes entre 1995 et 2003 sur la base de l'article 261bis CP, c'est-à-dire en moyenne 15 enquêtes par an. La pratique judiciaire a de plus montré que l'article 261bis CP était utilisé très raisonnablement, et ne causait aucun problème particulier aux tribunaux. Les essais d'instrumentalisation de cette norme ont été au contraire toujours détectés. Environ la moitié des enquêtes basées sur le dépôt d'une plainte n'ont pas été ouvertes ou ont été closes rapidement. Lorsqu'une enquête est ouverte, une condamnation est en revanche très probable (environ 80%).

En pratique, le négationnisme se concentre surtout sur des cas relativement récents et concerne principalement le génocide des Juifs et Roma/Sinti, celui des Arméniens et des autres ethnies chrétiennes de l'Empire Ottoman, ainsi que ceux du Cambodge et du Rwanda. La jurisprudence montre également que les tribunaux ne sont pas

surchargés par des procès pour négationnisme. Jusqu'à présent, seuls les génocides des Juifs et des Arméniens ont été considérés comme des génocides au sens de l'article 261bis CP (voir à cet égard le jugement du Tribunal de police de Lausanne du 9 mars 2007). Le cas du génocide des Arméniens montre bien que l'article 261bis CP constitue un instrument important et qui fonctionne très bien contre les affirmations violant la dignité humaine. Le rejet par la Cour de cassation pénale vaudoise du recours introduit contre le jugement ci-dessus mentionné a confirmé clairement cette analyse le 13 juin 2007.

Ainsi, les critiques de base formulées dans cette partie à l'encontre de la norme anti-racisme ne résistent pas à une analyse objective : car le document de travail parvient lui-même à réfuter presque toutes ces critiques. Il est tout au plus problématique que la notion de « génocide » ne soit pas définie assez précisément, mais cela ne remet pas en cause la constitutionnalité de l'article 261bis CP.

Il est donc complètement incompréhensible que l'OFJ considère une réforme de l'article 261bis CP comme nécessaire. Lorsqu'une disposition pénale est conforme à la constitution et suffisamment précise, une modification de la loi est superflue. Toutefois, le problème pourrait être plutôt de nature politique : mais un référendum contre la norme anti-racisme a été rejeté le 25 septembre 1994 par 54,7% des voix (page 2). Selon deux études, l'acceptation aurait même augmenté depuis. La population suisse est donc clairement et majoritairement en faveur d'une pénalisation de la discrimination raciale, de sorte qu'une discussion politique et a fortiori juridique au sujet d'une réforme de l'article 261bis CP est superflue.

Ce document de travail doit donc, comme précisé dans l'introduction, être considéré à la lumière des déclarations du Conseiller fédéral Blocher en Turquie au mois d'octobre 2006. Il s'agissait, d'une manière ou d'une autre, et pour justifier ces déclarations, de démontrer la nécessité d'une réforme de l'article 261bis CP. Car sinon, il serait difficile de comprendre pourquoi cette disposition pénale cause des « maux de ventre » au Ministre de la justice.

2. Discussion des variantes en vue d'une modification de l'article 261bis CP

La dernière partie du document de travail présente et commente cinq variantes de réforme de l'article 261bis CP, basées sur la critique contenue dans la partie II. Comme exposé ci-dessus, la nécessité d'une réforme de l'article 261bis CP n'a pas été suffisamment démontrée, de sorte que les variantes proposées ne sont guère convaincantes.

2.1 Variante 1

La première variante (abrogation pure et simple de l'article 261bis CP) ne constitue pas une proposition sérieuse. Comme il est mentionné dans l'introduction du document de travail, la norme anti-racisme a été adoptée pour permettre la ratification de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Une abrogation pure et simple serait donc contraire à cette Convention.

En réalité, cette variante n'est discutée ici que pour donner une apparence d'objectivité au document de travail. La deuxième variante montre bien que la réforme devrait porter avant tout sur la pénalisation du négationnisme.

2.2 Variante 2

La deuxième variante (suppression de la pénalisation du négationnisme) exprime le véritable objectif du document de travail. Les arguments en faveur d'une telle suppression sont néanmoins loin d'être convaincants ou cohérents, car le législateur suisse s'est consciemment prononcé **pour** la pénalisation du négationnisme.

De plus, les arguments avancés pour justifier la suppression de cette pénalisation ne précisent pas que la négation d'un génocide n'est pas un crime isolé : au contraire, elle intervient toujours dans un contexte particulier. La recherche internationale sur les génocides considère unanimement que la négation constitue la dernière étape d'un génocide, la « deuxième mort » selon Elie Wiesel. Il existe donc une relation pour le moins idéale entre les négationnistes et les personnes ayant commis un génocide.

En page 14 du document de travail, la référence au jugement du Tribunal de police de Lausanne du 9 mars 2007 est inexacte. La question que le tribunal devait trancher n'était pas celle de savoir si les massacres des Arméniens étaient constitutifs ou non d'un génocide, mais de savoir si le génocide des Arméniens représente en Suisse un fait notoire. Le tribunal décida au moyen d'un faisceau d'indices de différentes natures que le génocide des Arméniens était un fait notoire en Suisse et condamna en conséquence une personne de nationalité turque pour négation intentionnelle de ce génocide. Le Tribunal de police n'a en aucun cas tranché la question de la réalité historique du génocide des Arméniens ; il a au contraire strictement suivi la méthode avancée dans le document de travail pour la concrétisation du concept de « génocide ».

La formulation « question controversée » relativement au génocide des Arméniens (page 14) est très préoccupante. Le jugement du 9 mars 2007 (confirmé par la Cour de cassation pénale cantonale) a bien démontré que la réalité du génocide des Arméniens n'est pas une question controversée en Suisse. Cette formulation est également inacceptable eu égard à la décision du Conseil national du 16 décembre 2003 reconnaissant le génocide des Arméniens comme fait historique. L'opinion personnelle du Ministre de la justice, ainsi que l'opinion officielle en Turquie, ne peuvent en aucun cas être considérées comme déterminantes dans un État de droit pour qualifier des questions de « controversées ». Le document de travail est donc arbitraire à cet endroit.

2.3 Variante 3

La variante 3 (suppression de la pénalisation du négationnisme et du refus de prestation) constitue une tentative pour éviter que les propositions de réformes ne concernent que le crime de négationnisme. Cette variante ne nécessite aucun commentaire particulier.

2.4 Variante 4

La quatrième variante (concrétisation du génocide et des crimes contre l'humanité par une limitation de leur champ d'application) correspond à la critique portée en pages 5 et 10 selon laquelle l'article 261bis CP serait trop imprécis. Cette variante contredit les affirmations précédentes du document de travail qui constatait jusque-là que la norme anti-racisme ne constituait pas une violation du principe de précision. L'affirmation selon laquelle « la constatation de savoir si un événement historique bien précis doit être qualifié de génocide [...] pose bien des difficultés » contredit également la méthode posée en page 10. Car ce n'est pas la réalité historique d'un génocide qui est déterminante pour l'application de l'article 261bis CP, mais sa notoriété en Suisse. Il convient de rappeler ici que le Conseil fédéral, dans son message du 15 novembre 2000 au sujet du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, a explicitement qualifié les atrocités commises envers les Arméniens en 1915 de génocide (<http://www.admin.ch/ch/f/ff/2001/359.pdf>). Ainsi, non seulement l'existence, mais aussi la notoriété du génocide des Arméniens sont indubitables.

La quatrième variante se divise en cinq propositions :

Les variantes 4a (seulement la Shoah) et 4b (liste exhaustive contenue dans la loi), sont en réalité identiques. Elles présentent toutes deux le grave inconvénient de traiter les victimes de génocides différemment, contrairement au principe d'égalité. En outre, une disposition pénale ne concernant que quelques cas particuliers n'est pas compatible avec l'exigence d'applicabilité générale de la loi, car la négation de génocides ou de crimes contre l'humanité commis ultérieurement ne serait pas punissable.

Il est de plus très regrettable que la variante d'une liste non exhaustive de génocides n'ait pas été suffisamment exposée. En Allemagne, après une comparaison détaillée des législations de nombreux États européens, des organisations tentent actuellement de faire introduire dans la loi pénale une liste non exhaustive de génocides dont la réalité historique ne peut être remise en question. Une telle solution pourrait également être envisagée en Suisse, avec par exemple le contenu suivant :

Les génocides commis envers les Juifs sous le régime national-socialiste et envers les Arméniens sous le régime Jeune-Turc, ainsi que les génocides commis au Cambodge, au Rwanda et en Bosnie-Herzégovine doivent, entre autres, être considérés comme des génocides au sens de cet article.

Que cette solution n'ait pas été évoquée, et encore moins discutée, dans le document de travail, mais simplement rejetée dans une note de bas de page, prouve encore une fois l'objectif de l'OFJ, à savoir une réduction du champ d'application de l'article 261bis CP.

Les variantes 4c, 4d et 4e ne constituent en réalité que des sous-variantes de la variante 4b, dans lesquelles la liste exhaustive des génocides concernés n'est pas précisée par la loi mais par certains organes politiques. Il est pour le moins improbable que ces organes aient une plus grande légitimité juridique et démocratique que le législateur.

2.5 Variante 5

La cinquième variante (suppression du passage « pour la même raison ») n'est discutée que superficiellement. Car en effet, comme le constate le document de travail dans la deuxième partie, il s'agit là d'une des principales critiques portées contre l'article 261bis CP. Comme l'admet lapidairement le document de travail en page 12 : « Celui, par exemple, qui nie un génocide par pur zèle politique ou par étroitesse d'esprit ne peut être puni. » C'est donc précisément l'exigence d'une motivation raciste qui limite outre mesure le champ d'application de l'article 261bis CP. Ainsi, les juges du Tribunal d'arrondissement de Berne-Laupen ont décidé, dans une décision du 14 septembre 2001 (voir NZZ du 15 septembre n° 214.14) d'acquitter des négationnistes turcs du génocide des Arméniens en raison de l'absence de motivation raciste. Il est aberrant qu'une personne puisse rester impunie, simplement parce qu'elle parvient à démontrer qu'elle n'a agit que pour se rendre intéressante ou par nationalisme borné. Les expressions « nier », « minimiser grossièrement » ou « chercher à justifier » ne laissent aucune place à une motivation respectable. La critique contre cette exigence d'une motivation raciste est également très importante dans la doctrine : STEFAN TRECHSEL (Kurzkomentar, article 261bis n° 38), HANS VEST (AJP 1/2000, p. 66 et suivantes), DORRIT SCHLEIMINGER (Basler Kommentar, article 261bis n° 65), MARCEL ALEXANDER NIGGLI (Rassendiskriminierung, n° 1222) ainsi que d'autres noms importants de la doctrine critiquent avec véhémence l'exigence d'une motivation raciste. Il semble que l'OFJ se limite dans ses citations à la décision du tribunal de Berne-Laupen déjà mentionnée, pour laquelle d'ailleurs le contrôle d'une instance supérieure n'a pas été accordé, sans se confronter aux critiques de la doctrine.

En raison de l'exigence d'une motivation raciste lors de la négation d'un génocide, le droit suisse demeure en deçà des dispositions pénales allemandes ou françaises – au moins en ce qui concerne le génocide des Juifs. Seule la suppression du passage « pour la même raison » pourrait garantir l'application pleine et entière de l'article 261bis CP.

3. Conclusion

Le document de travail de l'OFJ n'a donc pas démontré en quoi une réforme des dispositions pénales actuelles contre la discrimination raciale, et en particulier contre le négationnisme, était nécessaire, et n'a pas présenté de projet constructif en vue d'une telle réforme. Ce document de travail ne peut, en réalité, être compris que dans le contexte des déclarations compromettantes du Ministre suisse de la justice en Turquie au mois d'octobre 2006, ainsi que des procédures pénales en cours contre des négationnistes à Lausanne.

Il n'est pas acceptable de vouloir modifier une loi en raison des tentatives de pression exercées par un autre Etat, qui continue à affirmer sa propre vision de l'histoire opposée à celle des historiens, et qui stigmatise, tente d'influencer voire même de faire chanter tous les Etats reconnaissant officiellement le génocide des Arméniens. Ceci est d'autant plus vrai alors même que de nombreux Etats européens sont sur le point de réformer leur législation pénale, pour faire en sorte que la négation du génocide des Arméniens soit pénalement sanctionnée, comme cela est le cas en droit suisse.

Les organisations signataires de cette prise de position condamnent donc fermement cette tentative de l'exécutif d'influencer la justice.

Berne, Genève, Munich, le 28 juin 2007