

**Das strafrechtliche Verbot der
Rassendiskriminierung
gemäss Artikel 261^{bis} StGB und Artikel 171c MStG**

Arbeitspapier des BJ
für das Hearing betreffend die Rassismusstrafnorm

Mai 2007

I. Einleitung

Art. 261^{bis} Strafgesetzbuch (StGB)	Art. 171c Militärstrafgesetz (MStG)
<i>Rassendiskriminierung</i> Wer öffentlich gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion zu Hass oder Diskriminierung aufruft, wer öffentlich Ideologien verbreitet, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet sind, wer mit dem gleichen Ziel Propagandaaktionen organisiert, fördert oder daran teilnimmt, wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder diskriminiert oder aus einem dieser Gründe Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht, wer eine von ihm angebotene Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion verweigert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.	<i>Rassendiskriminierung</i> ¹ Wer öffentlich gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion zu Hass oder Diskriminierung aufruft, wer öffentlich Ideologien verbreitet, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet sind, wer mit dem gleichen Ziel Propagandaaktionen organisiert, fördert oder daran teilnimmt, wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder diskriminiert oder aus einem dieser Gründe Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht, wer eine von ihm angebotene Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion verweigert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. ² In leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung.

Die Rassismusstrafnormen - Artikel 261^{bis} StGB bzw. Artikel 171c MStG - sind seit dem 1. Januar 1995 in Kraft¹. Das Referendum gegen sie wurde am 25. September 1994 in einer Volksabstimmung mit 54,7 % Stimmen abgelehnt². Die Einführung dieser Strafnormen war die wesentliche Voraussetzung für die Ratifikation des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965³, das bis heute von 173 Staaten ratifiziert wurde⁴.

Artikel 261^{bis} StGB⁵ enthält fünf Tatbestände: Aufruf zur Diskriminierung (Abs. 1), Verbreitung rassistischer Ideologien (Abs. 2), rassenfeindliche Propagandaaktionen (Abs. 3), Diskriminierung (Abs. 4, erste Satzhälfte), Leugnung von Völkermord (Abs. 4, zweite Satzhälfte) und Leistungsverweigerung (Abs. 5). Für die Auslegung der Norm von zentraler Bedeutung sind die Begriffe „Rasse“, „Ethnie“, „Religion“ und „Öffentlichkeit“. Von der Leistungsverweigerung

¹ AS 1994 2887.

² BBl 1994 V 531.

³ SR 0.104.

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

⁵ Die nachfolgenden Ausführungen gelten auch für den analogen Artikel 171c MStG.

im Sinne von Artikel 261^{bis} Absatz 5 StGB abgesehen, werden nur Verhaltensweisen, die öffentlich erfolgen, unter Strafe gestellt⁶.

II. Zur Grundsatzkritik an der Rassismusstrafnorm

1. Zur Wahl der Mittel bei der staatlichen Bekämpfung von Rassismus

Rassismus ist ein äusserst komplexes gesellschaftliches Phänomen mit vielen Gesichtern. Diffuse Berührungsangst oder Voreingenommenheit gegenüber Menschen aus fremden Kulturkreisen steigern sich mitunter zu Ideologien, welche die Überlegenheit der eigenen Gruppe gegenüber anderen Rassen propagieren. Rassisten beurteilen die Menschen aufgrund ihrer Rasse oder ihres Herkommens. Rassismus ist mit festen Vorstellungsklischees verbunden und beruht auf der Überzeugung, dass die Angehörigen gewisser Bevölkerungsgruppen bestimmte unveränderliche Eigenschaften aufweisen. Solche Stereotypisierungen führen dazu, dass gewisse Gruppen von vorneherein als zweiklassig, als minderwertig angesehen werden.

Ein Klima von Intoleranz und rassistischen Vorurteilen kann aber ein friedliches Zusammenleben verschiedener Gruppen in einer Gesellschaft erschweren oder gar verunmöglichen. Deshalb hat der Staat ein Interesse daran, Verhaltensweisen, in denen sich diese Gesinnung manifestiert, zu bekämpfen. Gesellschaftlich umstritten ist dabei jedoch, welche Mittel er dafür einsetzen soll, ob er sich auf die Aufklärung und Bildung beschränken oder aber auch Verbote erlassen soll. Die heutige Rassismusstrafnorm ist Ausdruck eines politischen Entscheides, dass jede Form von Rassismus, insbesondere menschenverachtende Handlungen, Intoleranz und Feindseligkeiten gegenüber anderen Volksgruppen, auch strafrechtlich zu ahnden sind. Der Streit darüber, ob es richtig ist, Rassismus mit solchen Mitteln zu bekämpfen, dauert bis heute an.

Schon die parlamentarische Beratung des Rassismusartikels und des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassismus wies teilweise eine Heftigkeit und Gehässigkeit auf, wie sie sonst im parlamentarischen Betrieb der Schweiz nur selten anzutreffen ist⁷. Die Kontroverse drehte sich im Wesentlichen darum, wer von den politischen Kräften in diesem Land das Aufkommen des Rassismus in der Schweiz mit zu verantworten habe und ob eine Gesetzgebung gegen den Rassismus nicht das Recht der Schweizerinnen und Schweizer auf Wahrung ihrer eigenen Identität bzw. auf Abgrenzung gegenüber den Fremden in ungebührlicher Weise beeinträchtige. Auch wurde vor einer übermässigen Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit gewarnt und die Strafbestimmung gegen die Rassendiskriminierung als Maulkorbgesetz dargestellt. Es wurde auch der Vorwurf erhoben, dass die Norm Gesinnungsstrafrecht darstelle. Daneben gab es auch eine Gruppe von Kritikern, die mit dem Beitritt zum Übereinkommen gegen Rassendiskriminierung und mit der Zielsetzung der Strafnorm zwar durchaus einverstanden waren, diese aber für missglückt und untauglich hielten. Sie machten geltend, die Strafnorm sei zu unbestimmt und werde in der Praxis zu grossen Anwendungsschwierigkeiten führen⁸. Diese Kritiken an der Rassis-

⁶ Bei der Leistungsverweigerung muss der Täter sich mit seinem Leistungsangebot an die Öffentlichkeit gewandt haben, die Leistungsverweigerung selbst (Tathandlung) braucht dagegen nicht öffentlich vorgenommen zu werden (vgl. Niggli, *Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG*, Zürich 1996, N 1202 [zit. Niggli, *Rassendiskriminierung*]).

⁷ AB N 1992, 2650-2672.

⁸ K.-L. Kunz, Zur Unschärfe und zum Rechtsgut der Strafnorm gegen Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG), *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStR)* 1998, S. 223; G.

musstrafnorm werden heute noch - 12 Jahre nach deren Inkrafttreten - erhoben⁹. Die wichtigsten Einwände sollen nachfolgend etwas genauer unter die Lupe genommen werden.

2. Ist Artikel 261^{bis} StGB „Gesinnungsstrafrecht“?

Unter „Gesinnungsstrafrecht“ versteht man ein Strafrecht, das eine Sanktion allein an die innere Einstellung des Bürgers zu einem Problemkreis knüpft¹⁰. Solche Gesinnungsschnüffelei ist in jedem freiheitlichen Staat zu Recht verpönt. Denn der Bürger soll sich unbeeinflusst von staatlichen Einwirkungen seine Gedanken machen und seine Meinung bilden dürfen. Der alte Grundsatz "Fürs Denken kann niemand henken" bringt dies treffend zum Ausdruck. Deshalb werden auch im Schweizerischen Strafrecht nur von aussen erkennbare, "geäusserte" Handlungen sanktioniert¹¹. Dies gilt auch für die verschiedenen Tathandlungsvarianten von Artikel 261^{bis} StGB: Mit Strafe ist nur bedroht, wer bestimmte Auffassungen öffentlich kundtut, sich also nicht nur seine Gedanken macht, sondern diese auch äussert. Die Antirassismusstrafnorm stellt somit nicht die blosse Gesinnung unter Strafe, sondern deren Manifestation, die zudem andere Rechtsgüter verletzt oder gefährdet. Je unbestimmter die betroffenen Rechtsgüter allerdings sind (z.B. abstrakte Gefährdung des öffentlichen Friedens bei der Völkermordsleugnung), umso schwieriger lässt sich der Vorwurf von der Hand weisen, dass es bei Artikel 261^{bis} StGB letztlich eben doch darum geht, unerwünschte Gesinnungen zu verbieten (vgl. zur Rechtsgutsdiskussion die nachfolgenden Ausführungen in Ziffer 3).

3. Welche Rechtsgüter werden von der Rassismusstrafnorm geschützt?

Strafnormen haben immer den Schutz von Rechtsgütern zum Ziel, die von einer Mehrheit der Rechtsgemeinschaft als schützenswert erklärt werden. In diesem Sinne sind die Normen des StGB Ausdruck der Überzeugungen einer Rechtsgemeinschaft.

Aufgrund der systematischen Stellung von Artikel 261^{bis} im 12. Titel des StGB ("Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Frieden") lässt sich schliessen, dass der öffentliche Friede das von Artikel 261^{bis} geschützte Rechtsgut ist. In seiner Botschaft vom 2. März 1992 hält der Bundesrat denn auch dazu fest, dass "Rassendiskriminierung eine Gefährdung des öffentlichen Friedens darstellt, ob sie sich nun in Form von Aufrufen zu Hass oder Diskriminierung äussert, in Angriffen auf die Menschenwürde oder Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener, die zu den betroffenen Gruppen gehören, oder in Form von Verweigerung einer öffentlich angebotenen Leistung. Der Angriffspunkt ist allerdings die Menschenwürde eines jeden Einzelnen der betroffenen Gruppe. Der Zusammenhang ist jedoch eindeutig. In einem Staat, in dem Teile der Bevölkerung ungestraft verleumdet und herabgesetzt werden können, wo zu Hass und Diskriminierung gegen Angehörige bestimmter rassischer, ethnischer oder religiöser Gruppen aufgestachelt werden darf, ... , da ist der öffentliche Friede gefährdet, das Vertrauen in die Rechtsordnung erschüttert und sehr häufig die Gewährleistung anderer Grundrechte gefährdet ...".

Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 5. Aufl., Bern 2000, § 39 N 21 (zit. Stratenwerth, BT II).

⁹ Vgl. dazu u.a. das Positionspapier der SVP vom November 2006 „Ja zur Meinungsäusserungsfreiheit – Nein zur Bevormundung der Bürger“, abrufbar unter: <http://www.svp.ch/file/061116-antirassismusstrafnorm-d.pdf>.

¹⁰ MAGDALENA RUTZ, Die Gefährdung der verfassungsmässigen Ordnung, Dissertation 1968, S. 236; ebenso das Urteil des Obergerichts des Kantons BS vom 24.11.1987, BJM 1988, S. 210.

¹¹ Es handelt sich um ein Wesensmerkmal des strafrechtlichen Handlungsbegriffs, vgl. statt vieler CLAUS ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, München 1992, § 7 N 4; FRANZ RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., Zürich 2002, § 122 N 18.

In der Lehre wurde demgegenüber die Meinung vertreten, dass grundsätzlich das gesamte Strafrecht den öffentlichen Frieden im Sinne der Botschaft des Bundesrates schützt; daher könne der öffentliche Friede kein selbständiges Rechtsgut darstellen. Diese Frage war denn auch bis zum Grundsatzentscheid des Bundesgerichtes von 1997¹² umstritten. Das Bundesgericht wollte mit Artikel 261^{bis} StGB ursprünglich sowohl den öffentlichen Frieden als auch die Menschenwürde geschützt wissen, jedoch primär die Menschenwürde und nur mittelbar den öffentlichen Frieden. In einem späteren Entscheid hat sich das Bundesgericht in einem anderen Zusammenhang erneut zur Frage des geschützten Rechtsgutes geäußert¹³. In diesem Entscheid erklärte es, dass die Menschenwürde bei Artikel 261^{bis} StGB nur bezüglich der Tatbestandsvarianten nach Absatz 1 und Absatz 4, erste Satzhälfte - jedoch nicht bei Absatz 4, zweite Satzhälfte - das geschützte Rechtsgut sei. Nach Ausführungen zur ratio legis von Artikel 261^{bis} Absatz 4, zweite Satzhälfte StGB kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass in casu die individuelle Betroffenheit im Rechtsinne lediglich eine mittelbare Beeinträchtigung darstelle, auch wenn sie im konkreten Einzelfall schwer wiege und sogar zu einer psychischen Beeinträchtigung führen könne. Infolgedessen sei die Leugnung oder Verharmlosung von Völkermord oder anderer Verbrechen gegen die Menschlichkeit ein Delikt gegen den öffentlichen Frieden, und dieser allein werde unmittelbar geschützt; individuelle Rechtsgüter würden vorliegend nur mittelbar geschützt.

Somit scheinen die geschützten Rechtsgüter beim Rassismus zwar definiert. In der Lehre besteht über diese Frage jedoch nach wie vor keine Einigkeit. Es ist auch unklar, ob sich aus dem geschützten Rechtsgut eine Begrenzung der Strafnorm ergeben müsste. Sowohl die Menschenwürde als auch der öffentliche Frieden sind unbestimmte Rechtsbegriffe, welche sich in ihrer Abstraktheit nur schwer fassen lassen. Ob eine rassistische Handlung den öffentlichen Frieden bzw. die Würde des Menschen in seiner Eigenschaft als Angehöriger einer Rasse, Ethnie oder Religion verletzt, entscheidet der Richter somit im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Situation sowie der weiteren Umstände, unter denen die Äusserungen gemacht wurden.

Insofern ist es auch verständlich, dass Strafnormen, welche schwer fassbare Rechtsgüter schützen, immer wieder in Frage gestellt werden. Allerdings gilt es zu beachten, dass analoge Probleme auch bei zahlreichen anderen Strafbestimmungen bestehen, die deswegen kaum umstritten sind. Im Übrigen spielt die Frage nach dem Rechtsgut in der praktischen Rechtsanwendung letztlich eine eher untergeordnete Rolle. Massgebend ist und bleibt in erster Linie, ob eine bestimmte Verhaltensweise die jeweiligen Tatbestandsmerkmale erfüllt.

4. Ist Artikel 261^{bis} StGB unter dem Blickwinkel des Bestimmtheitsgebots genügend präzise formuliert?

Das Bestimmtheitsgebot ist in Artikel 1 Absatz 1 StGB verankert (nulla poena sine lege certa). Dieser Grundsatz besagt, dass nur Verhaltensweisen sanktioniert werden dürfen, die im Gesetz ausdrücklich umschrieben sind, damit für jedermann klar erkennbar ist, was strafbar ist und was nicht. Denn nur Gesetze, deren Wortlaut eine hinreichend feste Basis für die Rechtsanwendung bilden, vermögen richterliche Entscheidungen berechenbar und vergleichbar zu machen. Der Strafgesetzgeber kommt dieser Idealforderung dann am Nächsten, wenn er für die Umschreibung des tatbestandsmässigen Verhaltens möglichst wertungsfreie Begriffe verwendet. Eine solche Gesetzesredaktion ist jedoch aufgrund der Komplexität der zu regelnden Sachverhalte nur in den seltensten Fällen möglich. Oft muss der Gesetzgeber auf auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe zurückgreifen. Folgerichtig wird von der Rechtsprechung und Lehre auch nicht verlangt, dass jeder einzelne Rechtsunterworfen

¹² BGE 123 IV 202.

¹³ BGE 129 IV 95 E.3.2, S. 99 ff.

in der Lage sein muss, juristisch exakt die Auslegung sämtlicher Tatbestandsmerkmale zu erfassen. Es muss ihm lediglich möglich sein, im Sinne einer sog. „Parallelwertung in der Laiensphäre“ den wesentlichen Verhaltensunwert, der einer Strafnorm zugrunde liegt, zu erkennen. Gewisse Unklarheiten in der Tatbestandsformulierung können nach Auffassung des Bundesgerichts zumindest teilweise durch eine ständige und publizierte Gerichtspraxis zum Bedeutungsgehalt der erwähnten Begriffe kompensiert werden. Die bisherige Praxis zu Artikel 261^{bis} StGB hat denn auch zu einer Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe wie etwa des Begriffs „öffentlich“¹⁴ geführt.

Obschon die Verwendung von offenen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen in Artikel 261^{bis} StGB juristisch wohl kaum als Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot gewertet werden kann, müssen die grundsätzlichen Bedenken gegen solch offene Tatbestandsformulierungen sehr ernst genommen werden. Im Interesse einer bestmöglichen Verwirklichung des Bestimmtheitsgebotes ist es immer opportun, eine Präzisierung der Norm zu fordern, wenn dadurch die Anwendung der Norm vereinfacht wird. Denn je unklarer eine Strafnorm formuliert ist, desto eher besteht die Gefahr, dass sich die Rechtsunterworfenen aus Angst vor möglicher Bestrafung selber stärker einschränken, als dies die Strafnorm von ihnen effektiv verlangt, oder dass Personen zu Unrecht in Strafverfahren verwickelt werden, die für die Betroffenen selbst dann eine Belastung darstellen, wenn sie von den Gerichten später freigesprochen werden¹⁵.

Die Forderung, Strafnormen so bestimmt wie möglich zu fassen, erhält in Bezug auf Artikel 261^{bis} StGB auch insofern besonderes Gewicht, als die entsprechenden Verhaltensweisen in den Schutzbereich eines für unsere Demokratie zentralen Grundrechts fallen - nämlich der Meinungsäusserungsfreiheit (vgl. die nachfolgenden Ausführungen in Ziff. 5).

5. Stellt Artikel 261^{bis} StGB eine unzulässige Beschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit dar?

Die Grundsatzkritik an Artikel 261^{bis} StGB wird immer wieder mit dem Argument verbunden, die Rassismusstrafnorm beschränke die Meinungsäusserungsfreiheit. Die Meinungsäusserungsfreiheit umfasse alle Meinungen - auch falsche, unangebrachte, nicht zutreffende und

¹⁴ Der Begriff "öffentlich" im Kontext von Artikel 261^{bis} StGB wurde vom Bundesgericht in BGE 130 IV 111 definiert. Nach diesem Urteil gelten alle Äusserungen und Verhaltensweisen als öffentlich, die nicht im Familien- oder Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld erfolgen. Auf Grund dieses Urteils wurde die Befürchtung laut, dass Artikel 261^{bis} StGB künftig auf Stammtischrunden Anwendung finden werde. Der Bundesrat ist aber davon überzeugt, dass auch nach dieser neuen Rechtsprechung rassistische Äusserungen am Stammtisch weiterhin nicht strafbar sind, so lange sie nicht problemlos von Dritten wahrgenommen werden [vgl. Antwort des Bundesrates zur Motion (05.3013) der SVP-Fraktion mit Hinweisen]. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil betont, dass eine gemeinsame Gesinnung der Teilnehmer den öffentlichen Charakter einer Veranstaltung im Sinne von Art. 261^{bis} StGB nicht auszuschliessen vermag. Denn Art. 261^{bis} StGB wolle gerade auch verhindern, dass sich rassistisches Gedankengut in Zirkeln, die ihm zuneigen, weiter verfestigt und ausweitet.

¹⁵ Die eidgenössische Kommission gegen Rassismus (EKR) hat Kenntnis von 241 Anzeigen (Fällen), die zwischen 1995 und 2003 bei den zuständigen Behörden eingegangen sind. Die Untersuchungsbehörden haben in knapp der Hälfte dieser Anzeigen das Strafverfahren nach einer summarischen Überprüfung des Sachverhaltes nicht eröffnet bzw. eingestellt oder sind auf die Strafanzeigen gar nicht erst eingetreten. Bei der anderen Hälfte wurde materiell-rechtlich auf die Anzeigen eingegangen. Die Fälle endeten mit einem rechtskräftigen Urteil. In 23 Fällen (knapp 20 % der Urteile) sprachen die gerichtlichen Behörden die angeschuldigten Personen vom Vorwurf der Rassendiskriminierung frei; 100 Fälle (gute 80 % der Urteile) führten zu einer Verurteilung der Angeschuldigten. Abrufbar unter:
<http://www.ekr-cfr.ch/ekr/db/00586/00650/index.html?lang=de>

nicht nachvollziehbare¹⁶. Es sei nicht einzusehen, weshalb irgendwelche Falschaussagen unter Strafe gestellt werden sollen. Es gäbe nämlich auch Leute, die behaupten, die Mondlandung der Amerikaner habe nie stattgefunden oder die Türme des World Trade Centers seien auf Veranlassung der eigenen amerikanischen Regierung zerstört worden. Ein demokratischer Staat müsse das Format, aber auch das nötige Vertrauen in die Vernunft und Mündigkeit seiner Bürger haben, verschiedene Meinungen und Meinungsäusserungen einordnen, beurteilen und bewerten zu können.

Es ist unbestritten, dass die Meinungsäusserungsfreiheit zu denjenigen Menschenrechten gehört, denen auch international eine besondere Vorrangstellung zukommt¹⁷. Dieses Grundrecht ist für das Funktionieren einer demokratischen Gesellschaft von fundamentaler Bedeutung und wird daher auch in Artikel 16 der Bundesverfassung (BV) und in Artikel 10 der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ausdrücklich gewährleistet. Die Freiheit der Meinungsäusserung gilt aber weder auf nationaler noch auf internationaler Ebene absolut. So kann dieses Freiheitsrecht im Rahmen von Artikel 36 BV¹⁸ bzw. von Artikel 10 Absatz 2 EMRK¹⁹ eingeschränkt werden.

Inwieweit Äusserungen im Kontext von Artikel 261^{bis} StGB überhaupt in den Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit fallen, hängt heute weitgehend vom anwendbaren Recht ab. Während in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung die Auffassung klar überwiegt, dass auch rassistische Äusserungen in den Schutzbereich der in Artikel 16 der Bundesverfassung geschützten Meinungsäusserungsfreiheit fallen, vertritt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Anwendung der EMRK eine etwas restriktivere Auffassung. Zwar hat auch der EGMR in konstanter Rechtsprechung erklärt, dass insbesondere auch schockierende und verletzende Meinungsäusserungen von Artikel 10 EMRK geschützt werden. Die Strassburger Organe nehmen jedoch in Fällen mit rassendiskriminierendem Hintergrund stets eine Art Vorprüfung der Klage vor und verweigern in konstanter Rechtsprechung bei „eindeutig rassistischen bzw. revisionistischen“ Äusserungen das Eintreten auf die Klage mit dem Argument, dass es im Sinne von Artikel 17 EMRK rechtsmissbräuchlich sei, sich auf EMRK-Garantien zu berufen, um herabwürdigende Äusserungen zu legitimieren, die nichts

¹⁶ Vgl. Pressekonferenz und Positionspapier der SVP vom November 2006 „Ja zur Meinungsäusserungsfreiheit – Nein zur Bevormundung der Bürger“ (abrufbar unter: <http://www.svp.ch/file/061116-antirassismusstrafnorm-d.pdf>) sowie die Motion Germann (04.3812, Ergänzung des Rassismusartikels); Motion Hess (04.3607, Aufhebung der Rassismusstrafnorm) und Motion SVP (05.3013, Streichung des Rassismusartikels).

¹⁷ In diesem Sinne hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) verschiedentlich darauf hingewiesen, dass gerade strafrechtliche Sanktionen, welche die freie Diskussion von Themen, die im allgemeinen Interesse sind, verhindern sollen, sehr problematisch sind (vgl. Thorgeison v. Island vom 25. Juni 1992, Serie A, n° 239).

¹⁸ Art. 36 BV lautet wie folgt:

¹ *Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.*

² *Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.*

³ *Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein.*

⁴ *Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.*

¹⁹ Art. 10 Abs. 2 EMRK lautet wie folgt:

² *Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung.*

anderes bezwecken, als diejenigen Grundwerte in Frage zu stellen, welche die EMRK gerade schützen wolle²⁰. Solche Äusserungen fallen nach dem Grundrechtsverständnis des EGMR daher gar nicht in den Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit gemäss Artikel 10 EMRK²¹. Zumindest aus Sicht der EMRK trifft die Aussage daher nicht zu, dass eine Verurteilung nach Artikel 261^{bis} StGB in jedem Fall als Beschränkung des Grundrechts auf freie Meinungsäusserung zu verstehen ist. Umgekehrt kann aber auch nicht gefolgert werden, dass bei Verurteilungen nach Artikel 261^{bis} StGB aus Sicht der EMRK nie ein Grundrechtskonflikt besteht. Soweit Artikel 261^{bis} StGB auch Meinungsäusserungen unter Strafe stellt, bei denen die eindeutig rassistische Ausrichtung nicht sofort erkennbar ist, ist die Strafnorm aus Sicht der EMRK durchaus als Beschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit zu werten. In solchen Fällen würde der Gerichtshof im Einzelfall prüfen, ob die Verurteilung im Gesamtkontext der Äusserung mit der Meinungsäusserungsfreiheit vereinbar ist, bzw. ob die Voraussetzungen für eine Einschränkung des Grundrechts im Sinne von Artikel 10 Absatz 2 EMRK erfüllt sind²².

Soweit bereits aus der Tatsache, dass die Meinungsäusserungsfreiheit durch die Strafnorm eingeschränkt wird, die Schlussfolgerung gezogen wird, Artikel 261^{bis} StGB (insbesondere dessen Absatz 4, zweite Satzhälfte) müsse abgeschafft werden, handelt es sich um eine vorwiegend politische, nicht aber um eine rechtliche Würdigung. Verfassungsrechtlich ist nicht die entscheidende Frage, ob eine „Beschränkung“ der Meinungsäusserungsfreiheit vorliegt²³, sondern ob diese Beschränkung gemäss den anerkannten Kriterien für Grundrechtseinschränkungen im konkreten Fall rechtlich zulässig ist. Ist dies nicht der Fall, spricht man von einem „Verstoss“ gegen die Meinungsäusserungsfreiheit bzw. von einer „Verletzung“ des Grundrechts. Dieser Zweischritt (Unterscheidung zwischen Grundrechtseinschränkung und Grundrechtsverletzung) ist auch für die nachfolgende verfassungsrechtliche Beurteilung von Artikel 261^{bis} StGB zentral.

Zwar mussten sich Schweizer Gerichte bisher nicht direkt mit der Frage auseinandersetzen, ob Artikel 261^{bis} StGB eine unzulässige staatliche Grundrechtsbeschränkung darstellt, da es in der Schweiz keine Verfassungsgerichtsbarkeit gibt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist es jedoch unbestritten, dass keinem Grundrecht eine absolute Vorrangstellung zukommt. Vielmehr sind Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit gemäss Artikel 36 BV und Artikel 10 Absatz 2 EMRK unter folgenden Voraussetzungen zulässig:

- Sie müssen auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen: Dies ist hier der Fall. Obschon Artikel 261^{bis} StGB nicht als Verstoss gegen das Bestimmtheitsgebot gewertet werden kann, wäre es unter diesem Blickwinkel wünschbar, wenn Artikel 261^{bis} StGB etwas präziser gefasst werden könnte.

²⁰ Vgl. dazu Mario Oetheimer, La cour européenne des droit de l'homme face au discours de haine, in: Revue trimestrielle de droit de l'homme 69/2007, S. 63 ff., 66, 68 f., mit weiteren Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung (zit. Oetheimer) sowie die zitierten Entscheide bei Poncet, medialex 2001/2, S. 86.

²¹ In der Literatur wird dieser Gedanke auf die eingängige Formel gebracht, dass es „kein Menschenrecht auf Menschenrechtsverletzung“ geben könne. Vgl. Niggli, *Es gibt kein Menschenrecht auf Menschenrechtsverletzung. Leugnung von Völkermord, Menschenwürde und die Problematik von Rassismusverboten*, Arbeitskreis Armenien (Hrsg.): Völkermord und Verdrängung. Der Genozid an den Armeniern - die Schweiz und die Shoah, S. 85-96.

²² So beurteilte beispielsweise der EGMR die Verurteilung eines Journalisten, der eine TV-Dokumentation über eine rassistische Bewegung erstellte und darin die Mitglieder dieser Vereinigung unzensuriert zu Wort kommen liess, wegen Beihilfe zur Rassendiskriminierung als Verstoss gegen die Meinungsäusserungsfreiheit. In diesem Entscheid hielt der EGMR aber ausdrücklich fest, dass die in der Sendung getätigten rassistischen Äusserungen durch Artikel 10 EMRK nicht geschützt seien (so Urteil des EGMR Jersild c. Dänemark vom 23. September 1994, Serie A, Band 298).

²³ Vgl. jedoch zur Bedeutung der Grundrechte im Rahmen der Auslegung die nachfolgenden Ausführungen.

- Sie müssen im öffentlichen Interesse liegen. Artikel 10 Absatz 2 EMRK anerkennt insbesondere auch den „Schutz der Moral“²⁴, den Schutz der „Rechte anderer“ sowie der „öffentlichen Ordnung“ als schutzwürdige öffentliche Interessen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schützt Artikel 261^{bis} Absatz 4, zweite Satzhälfte StGB primär den „öffentlichen Frieden“ im Sinne eines abstrakten Gefährdungsdeliktes und mittelbar auch die Menschenwürde²⁵. Bei den anderen Tatbestandsvarianten ist primär die Menschenwürde das geschützte Rechtsgut. Dass die „Wahrung des öffentlichen Friedens“ und der „Schutz vor Diskriminierung“ schützenswerte öffentliche Interessen darstellen, wird allgemein anerkannt.
- Schliesslich muss die in Frage stehende staatliche Norm das Verhältnismässigkeitsprinzip wahren. Die Strafnorm muss demnach ein geeignetes und notwendiges Mittel sein, den öffentlichen Frieden bzw. die Würde des Menschen in der Schweiz zu wahren. Dies ist nach herrschender Lehre ebenfalls der Fall, vorausgesetzt, die Bestimmung wird im Lichte der Meinungsäusserungsfreiheit eng ausgelegt. Der grundrechtskonformen Auslegung der Tatbestandsmerkmale kommt somit entscheidende Bedeutung zu. Die Meinungsäusserungsfreiheit kann als Auslegungshilfe bei der Subsumtion des tatsächlichen Verhaltens unter die Kriterien der Strafnorm von Bedeutung sein. Im Interesse der Meinungsäusserungsfreiheit ist zu fordern, dass Verstösse gegen die Rassismusstrafnorm nur mit einer gewissen Zurückhaltung anzunehmen sind, also nur in Fällen, wo die Tatbestandsmässigkeit des fraglichen Verhaltens offensichtlich ist. Das bedeutet, dass dem hohen Stellenwert der Meinungsäusserungsfreiheit in interpretatorischen Zweifelsfällen bei der Rechtsanwendung dadurch Rechnung getragen wird, dass nicht jede bagatelhafte Unmutsäusserung und nicht jede politische Ansichtsäusserung unter die Tatbestandsvarianten von Artikel 261^{bis} StGB fallen. "In einer Demokratie" - so das Bundesgericht²⁶ - "ist es von zentraler Bedeutung, dass auch Standpunkte vertreten werden können, die einer Mehrheit missfallen und für viele schockierend wirken. Kritik muss dabei in einer gewissen Breite und bisweilen auch in überspitzter Form zulässig sein. Denn in öffentlichen Debatten ist es oft nicht von Anfang an möglich, eindeutig zwischen unwahrer, halbwahrer und begründeter Kritik zu unterscheiden. Eine Herabsetzung oder Diskriminierung ist daher in der politischen Auseinandersetzung nicht leichthin zu bejahen".

Diesen Ausführungen ist zu entnehmen, dass Artikel 261^{bis} StGB - bei grundrechtskonformer Auslegung der Bestimmung - zwar eine Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit darstellt, aber wohl nicht als Verstoß gegen dieses Grundrecht zu werten ist. Im Interesse der Meinungsäusserungsfreiheit sollten Strafnormen, welche dieses Grundrecht beschränken, nur diejenigen Verhaltensweisen unter Strafe stellen, welche zum Schutze elementarer Rechtsgüter notwendig sind.

6. Zum Leugnungstatbestand (Art. 261^{bis} Abs. 4, zweite Satzhälfte StGB) im Besonderen

An dieser Stelle soll auf die Bestimmung über die Strafbarkeit der vorsätzlichen, öffentlichen Leugnung, gröblichen Verharmlosung oder Rechtfertigung von Völkermorden oder anderer Verbrechen gegen die Menschlichkeit aus rassistischen Beweggründen (Art. 261^{bis} Abs. 4, zweite Satzhälfte StGB) etwas näher eingegangen werden, weil dieser Tatbestand mit Blick auf die Meinungsäusserungsfreiheit besonders umstritten ist.

²⁴ Unter dem Titel „Schutz der Moral“ hat der EGMR bisher grosses Verständnis gezeigt für staatliche Strafnormen insbesondere zum Schutz vor Obszönitäten, Beleidigungen oder Blasphemie (vgl. die zitierten Gerichtsentscheide bei Poncet, medialex 2001/2, S. 85).

²⁵ Vgl. BGE 129 IV 95 ff.

²⁶ BGE 131 IV 23.

6.1 Zu den Begriffen „Völkermord“ und „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“

Die Kritik am Leugnungstatbestand geht hauptsächlich dahin, dass er nicht auf einzelne historische Ereignisse - wie z.B. den Holocaust - beschränkt ist. Gemäss herrschender Lehre²⁷ sollen aber trotzdem nur historische Ereignisse in Frage kommen, deren Realität keinem Zweifel unterliegen. Dass unter die Norm nur Völkermorde und Verbrechen gegen die Menschlichkeit fallen sollen, die quasi als allgemeinkundig gelten, rührt daher, dass es nicht für sinnvoll angesehen wird, wenn das Gericht anlässlich der Leugnung jedes Mal auch noch darüber Beweis führen muss, ob die historischen Ereignisse wirklich stattgefunden haben. Eine einlässliche Debatte über die Völkermordvoraussetzungen an sich könnte die Gerichte überfordern. Daher soll vielmehr nur die Notorietät des Geschehens belegt werden müssen. Wo dies nicht gelingt, wäre auch keine Verurteilung möglich. Dennoch bleibt die Frage, durch wen oder anhand welcher Kriterien die Notorietät von Völkermorden zu erfolgen hat. Diese wird in der Lehre und in der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet²⁸.

Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind keine „Alltagsverbrechen“. Die Geschichte hat gezeigt, dass sie sich jeweils in einen grösseren Kontext einfügen. Häufig beginnt eine Konfliktsituation in einem Land mit der systematischen Unterdrückung einer Minderheit, oder es kommt zur Auseinandersetzung zwischen verschiedenen politischen Gruppierungen, welche in der Folge zu den Waffen greifen. Solche Konflikte können sich dann zu internationalen Konflikten ausweiten. Insbesondere die jüngsten ethnischen Konflikte haben gezeigt, dass häufig nicht mehr unterschieden wird, ob es sich bei den angegriffenen Personen um Militärangehörige oder Zivilpersonen handelt. Die strafrechtliche Aufarbeitung solcher tragischer Ereignisse, z.B. im früheren Jugoslawien oder Ruanda, hat gezeigt, dass Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit oft gleichzeitig begangen werden. Die Vorfälle werden in der Praxis gemeinsam untersucht und angeklagt, so dass es schliesslich dem Gericht obliegt, festzustellen, welcher Tatbestand verwirklicht worden ist.

Massgebliche Rechtsquellen für die Auslegung des Begriffes „Völkermord“ sind das internationale Übereinkommen vom 9. Dezember 1948 über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes²⁹ ; Genozidkonvention) sowie die gestützt darauf erlassene Strafbestimmung des Völkermords im StGB (Art. 264)³⁰. Gemäss Artikel 264 Absatz 1 StGB wird bestraft, wer bestimmte schwere Straftaten gegen Leib und Leben in der Absicht vornimmt, eine durch ihre Staatsangehörigkeit, Rasse, Religion oder ethnische Zugehörigkeit gekennzeichnete Gruppe ganz oder teilweise zu vernichten.

Die zweite Gruppe von Ereignissen, auf die sich die Tathandlungen von Artikel 261^{bis} Absatz 4, zweite Satzhälfte StGB beziehen können, stellen die Verbrechen gegen die Menschlichkeit dar. Verbrechen gegen die Menschlichkeit werden als solche in der Schweiz durch das Strafgesetzbuch noch nicht ausdrücklich erfasst. Im Rahmen der zweiten Etappe zur Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes vom 17. Juli 1998³¹ werden indessen Gesetzesänderungen vorgenommen, die in der Schweiz die explizite Strafbarkeit von Verbrechen gegen die Menschlichkeit gewährleisten. Dazu gehört auch die Schaffung eines spezifischen Straftatbestandes. Als Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne

²⁷ Schleiminger, BSK II StGB, N 60 zu Art. 261^{bis} StGB.

²⁸ Vereinzelt fordern Autoren, dass die Tatsache, ob ein Völkermord vorliegt, völkerrechtsgültig festgestellt sein muss. Andere wiederum sind der Auffassung, dass die Anerkennung durch ein Parlament oder eine Exekutivbehörde genüge. Zum Teil wird explizit eine entsprechende Stellungnahme schweizerischer Behörden verlangt. Schliesslich wird auch die Meinung vertreten, dass das mit dem konkreten Leugnungsfall befasste Gericht, die Frage selbständig entscheiden könne.

²⁹ SR 0.311.11

³⁰ SR 311.0

³¹ SR 0.312.1; für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Juli 2002.

des Völkergewohnheitsrechts und gemäss Römer Statut³² gelten schwerste Menschenrechtsverletzungen, welche in ausgedehnter oder systematischer Weise gegen Mitglieder der Zivilbevölkerung oder gegen Personen, welche nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen, begangen werden. Sie sind sowohl in Friedenszeiten wie auch während bewaffneter Konflikte strafbar. Beispiele solcher Verbrechen sind die Ausrottung, Versklavung, Verfolgung oder Vertreibung von Personen oder eines Bevölkerungsteils.

6.2 Zum Vorsatz

In subjektiver Hinsicht wird Vorsatz bzw. Eventualvorsatz in Bezug auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale verlangt; d.h. der Täter muss wissen oder zumindest billigend in Kauf nehmen, dass es sich bei den geleugneten, verharmlosten oder gerechtfertigten historischen Tatsachen um einen Völkermord oder um ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit handelt. Diese „inneren Vorgänge“ lassen sich nie mit absoluter Sicherheit beweisen; vielmehr muss oft anhand von Erfahrungsregeln aus dem äusseren Geschehen auf die subjektive Tatseite geschlossen werden: So hat das Bundesgericht beispielsweise in Bezug auf die "Nazi-Verbrechen" an den Juden die Meinung vertreten, dass jegliche Leugnung oder gröbliche Verharmlosung des Holocausts angesichts der Offenkundigkeit dieser historischen Tatsache ein Handeln "wider besseren Wissens" darstellt.

6.3 Zum Begriff „öffentlich“

Der Begriff "öffentlich" im Kontext von Artikel 261^{bis} StGB wurde vom Bundesgericht in BGE 130 IV 111 definiert³³. Nach diesem Urteil gelten alle Äusserungen und Verhaltensweisen als öffentlich, die nicht im Familien- oder Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld erfolgen. Auf Grund dieses Urteils wurde die Befürchtung laut, dass Artikel 261^{bis} StGB künftig auf Stammtischrunden Anwendung finden werde. Der Bundesrat ist aber davon überzeugt, dass auch nach dieser neuen Rechtsprechung rassistische Äusserungen am Stammtisch weiterhin nicht strafbar sind, so lange sie nicht problemlos von Dritten wahrgenommen werden [vgl. Antwort des Bundesrates zur Motion (05.3013) der SVP-Fraktion mit Hinweisen].

6.4 Zum Begriff „Leugnen“

Geleugnet werden kann nur, was wirklich existiert und bewiesen werden kann. Die geleugnete Tatsache hat, damit sie im Sinne von Artikel 261^{bis} Absatz 4, 2. Satzhälfte StGB überhaupt geleugnet werden kann, als unzweifelhaft zu gelten. Dies ist etwa dann der Fall, wenn eine Vielzahl glaubwürdiger Augenzeugen oder sonstiger Berichte existiert. Im Strafprozess über die Leugnung soll aber nicht über das konkrete Geschehen Beweis geführt werden, sondern lediglich über dessen Notorietät. Sofern jemand die Fakten wirklich nicht richtig kennt, was etwa bezüglich des Völkermords an den Armeniern verbreitet der Fall sein dürfte, fehlt bereits das für die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands erforderliche Wissens-element.

6.5 Zum Begriff „Verharmlosen“

Beim "gröblich Verharmlosen" werden Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht geleugnet, aber behauptet, dass der angerichtete Schaden, der bewirkte Nachteil oder das Leid der Betroffenen wesentlich kleiner gewesen seien. Das ist auch der Fall, wenn die Zahl der Opfer als wesentlich kleiner oder die Art und Weise der Verbrechen als weniger brutal und barbarisch präsentiert wird, als allgemein angenommen, oder indem die geschehenen Verbrechen als Taten von unkontrollierten Einzeltätern, oder als uner-

³² Art. 7.

³³ Vgl. dazu auch Fussnote 14.

wünschte, gewissermassen notwendige Folgen des Krieges dargestellt werden. Kurzum: Die Wertwidrigkeit des Geschehens wird bagatellisiert.

6.6 Zum Begriff „Rechtfertigen“

Beim "zu rechtfertigen Suchen" werden keine Fakten bestritten und es wird hinsichtlich der begangenen Verbrechen auch deren quantitative Seite nicht in Abrede gestellt oder bezweifelt. Vielmehr wird mit der Rechtfertigung das begangene Unrecht legitimiert, die begangenen Taten als akzeptable oder wenigstens nicht verwerfliche Möglichkeiten der Konfliktlösung dargestellt. Die Tathandlung kann auch darin bestehen, dass den betroffenen Gruppen eine direkt oder indirekt kausale Rolle zugeschrieben wird.

6.7 Zum rassistischen Tatmotiv

Zusätzlich wird auch das Vorliegen eines rassistischen Beweggrundes verlangt. Mit dem Zusatz: "oder aus einem dieser Gründe" schränkt der Wortlaut von Artikel 261^{bis} Absatz 4, zweite Satzhälfte StGB die Strafbarkeit des Leugnens, Verharmlosens oder Rechtfertigens von Völkermord oder anderen Verbrechen gegen die Menschlichkeit ein. Das Leugnen, Rechtfertigen oder gröblich Verharmlosen eines Völkermordes ist straflos, wenn diese Tathandlungen nicht aus rassistischen Motiven begangen werden. Wer beispielsweise aus purem nationalistischem Eifer oder aus Borniertheit heraus einen Völkermord leugnet, ist straflos.

IV. Vorschläge für eine mögliche Gesetzesänderung im Lichte der in Kapitel III. formulierten Kritik

Variante 1: Vollständige Streichung von Artikel 261^{bis} StGB bzw. von Artikel 171c MStG

Dafür spricht,

- dass die Auslegung und Anwendung der Norm mit seinen zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffen dem Rechtsunterworfenen und dem Richter Schwierigkeiten bereitet. Es ist nicht für jedermann klar, was strafbar ist und was nicht; somit sind richterliche Entscheidungen auch nicht berechen- und vergleichbar;
- dass die Meinungsäusserungsfreiheit zu sehr eingeschränkt wird, wenn irgendwelche Falschaussagen unter Strafe gestellt werden.

Dagegen spricht,

- dass der Schutz vor (Rassen-)Diskriminierung ein schützenswertes Interesse darstellt;
- dass die Strafnorm kein Gesinnungsstrafrecht im eigentlichen Sinne darstellt, da nur nach aussen manifestierte Äusserungen unter Strafe gestellt werden, welche elementare - wenn auch schwer fassbare - Rechtsgüter verletzen (vgl. Ziff. II. 2);
- dass aus juristischer Sicht keine zwingenden Gründe für eine ersatzlose Streichung sprechen (es liegt bei verfassungskonformer Auslegung weder ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot noch gegen die Meinungsäusserungsfreiheit vor);

- dass mit der Ratifikation des Internationalen Übereinkommens von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung³⁴ die Schweiz die Verpflichtung eingegangen ist, bestimmte rassistische Handlungen strafrechtlich zu erfassen; die ersatzlose Streichung hätte die Kündigung dieses Übereinkommens, das bis heute von 173 Staaten ratifiziert wurde, zur Folge; was international wohl kaum verstanden würde;
- dass der Bundesrat immer wieder, letztmals am 18. Oktober 2006³⁵, betonte, dass eine ersatzlose Streichung der Rassismusstrafnorm nicht in Frage komme.

Variante 2: Streichung des Leugnungstatbestandes

...
wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder aus einem dieser Gründe Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht,
 ...

Dafür spricht,

- dass keine internationale Verpflichtung zur Beibehaltung von Artikel 261^{bis} Absatz 4, zweite Satzhälfte StGB besteht. Zwar sieht das von der Schweiz noch nicht ratifizierte Zusatzprotokoll zur Europaratskonvention über die Cyberkriminalität³⁶ unter anderem vor, dass die Mitgliedstaaten die Leugnung, grobe Verharmlosung oder Rechtfertigung von Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit unter Strafe stellen. Hingegen könnte die Schweiz zu der entsprechenden Konventionsbestimmung einen Vorbehalt anbringen, falls sie Artikel 261^{bis}, Absatz 4, zweite Satzhälfte StGB aus dem nationalen Recht streichen möchte. Auch in diesem Fall bliebe mithin der Beitritt unseres Landes zu diesem internationalen Instrument möglich;
- dass sich aus dem Anspruch auf Schutz der Menschenwürde keine direkte Pflicht zum Erlass bestimmter strafrechtlicher Rechtsnormen ableiten lässt, da die Freiheitsrechte prinzipiell als Abwehrrechte konzipiert sind;
- dass es letztlich eine vornehmlich politische Wertung sein dürfte, ob der Gesetzgeber die Leugnung von Völkermorden oder von Verbrechen gegen die Menschlichkeit unter Strafe stellen und damit den Kreis strafbarer Meinungsäusserungen erweitern will;
- dass es in krassen Fällen denkbar ist, dass die Leugnung, gröbliche Verharmlosung oder Rechtfertigung von Völkermorden oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit in einem eindeutig rassistischen Kontext unter Umständen auch als Verbreiten von rassistischer Propaganda im Sinne von Artikel 261^{bis} Absatz 2 StGB qualifiziert werden könnte³⁷.

³⁴ SR 0.104.

³⁵ Vgl. <http://www.news.ch/Erklärung+zur+Antirassismus+Strafnorm/255423/detail.htm>

³⁶ Vgl. Europarats-Zusatzprotokoll zur Cybercrime-Konvention über Rassismus auf Netzwerken vom 28.1.2003, in Kraft getreten am 1.3.2006, durch die Schweiz noch nicht ratifiziert; abrufbar unter: <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/189.htm>

³⁷ Vgl. die Kasuistik bei Schleiminger, BSK II StGB, N 66 zu Art. 261^{bis} StGB.

Dagegen spricht,

- dass der Tatbestand im staatlichen Abwehrrdispositiv gegen Rassismus seinen Zweck erfüllt, ohne dass eine unverhältnismässige Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit befürchtet werden muss. Die Leugnung, Verharmlosung oder Rechtfertigung ist nur dann strafbar, wenn sie öffentlich und vorsätzlich erfolgt und darauf gerichtet ist, die Gleichwertigkeit gewisser Menschen aufgrund ihrer Rasse, Ethnie oder Religion zu verneinen. Es wird oft übersehen, dass gerade die Notwendigkeit des Nachweises eines rassistischen Motivs der Grund dafür ist, weshalb die Norm kein blosses "Maulkorbgesetz" ist;
- dass es in Absatz 4, zweite Satzhälfte von Artikel 261^{bis} StGB nicht um die Strafbarkeit einer blossen "Falschinformation" geht, sondern um den Schutz vor herabwürdigender Diskriminierung und damit um die Verwirklichung elementarer Grundwerte in unserer Gesellschaft, nämlich den Prinzipien der Gleichheit und der Menschenwürde;
- dass in der Praxis - wie übrigens auch bei anderen Normen des StGB - gewisse Auslegungs- und Anwendungsprobleme nicht zu leugnen sind, diese aber grösstenteils theoretischer Natur sind, da die meisten Fälle, die von Gerichten in unserem Lande behandelt wurden, sich auf den Holocaust beziehen. Unlängst wurde zudem von einem schweizerischen Gericht auch die umstrittene Frage entschieden, dass die Massaker an den Armeniern als Völkermord zu interpretieren sind³⁸. Unabhängig davon sollen nach herrschender Lehre nur jene historischen Ereignisse unter die Norm fallen, deren Realität keinem Zweifel unterliegen;
- dass die Einschränkung des Tatbestandes auf Kritik von internationalen Gremien (UNO, Europarat) und Nichtregierungsorganisationen stossen könnte;
- dass die Tendenz im internationalen Recht dahingeht, dass nicht nur die Leugnung des Holocausts strafbar sein soll, sondern auch andere Völkermorde³⁹. Daher besteht die Möglichkeit eines antizyklischen Verhaltens gegenüber Staaten, welche entsprechende Gesetzgebungen anstreben.

Variante 3: Streichung des Leugnungstatbestandes und des Tatbestandes der Leistungsverweigerung (= Beschränkung von Artikel 261^{bis} StGB auf die durch die Antirassismuskonvention geforderte Strafbarkeit von rassistischen Handlungen)

*Wer öffentlich gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion zu Hass oder Diskriminierung aufruft,
wer öffentlich Ideologien verbreitet, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet sind,
wer mit dem gleichen Ziel Propagandaaktionen organisiert, fördert oder daran teilnimmt,
wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder diskriminiert ~~oder aus einem dieser Gründe Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht,~~*

³⁸ Vgl. dazu Pressemeldung vom 9.3.2007; abrufbar unter:
<http://www.news.ch/Perincek+wegen+Genozid+Leugnung+verurteilt/269474/detail.htm>.

³⁹ Vgl. Europarats-Zusatzprotokoll zur Cybercrime-Konvention über Rassismus auf Netzwerken vom 28.1.2003, in Kraft getreten am 1.3.2006, durch die Schweiz noch nicht ratifiziert; abrufbar unter:
<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/189.htm>.

~~wer eine von ihm angebotene Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion verweigert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft⁴⁰.~~

Für die zusätzliche Streichung des Tatbestandes der Leistungsverweigerung spricht,

- dass die Antirassismuskonvention der Vereinten Nationen vom 21.12.1965⁴¹ die Vertragsstaaten „nur“ anhält, mit verschiedenen Mitteln⁴² eine Politik der Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung und der Förderung des Verständnisses unter den Rassen zu verfolgen, in strafrechtlicher Hinsicht die Staaten aber lediglich verpflichtet⁴³, die Verbreitung von rassistischem Gedankengut, die Aufforderung zu Rassendiskriminierung sowie die Begehung rassistischer Gewaltakte und die Anstiftung zu solchen unter Strafe zu stellen;
- dass demzufolge auch die Strafbarkeit der Verweigerung einer für die Allgemeinheit bestimmten Leistung gegenüber einer Person oder einer Gruppe von der Konvention nicht explizit gefordert wird, soweit die Tathandlung kein Verbreiten einer rassistischen Idee und keine Aufreizung zu Diskriminierung oder Gewalt darstellt.

Dagegen spricht,

- dass sich Rassismus auch dort manifestiert wo Leistungsangebote an die Allgemeinheit gerichtet werden; dies kann durch eine solche Bestimmung bekämpft werden.

Variante 4: Konkretisierung des Völkermordleugnungstatbestandes im Sinne einer Begrenzung des Tatbestandes auf bestimmte Völkermorde und bestimmte Verbrechen gegen die Menschlichkeit

Vorbemerkung:

In gewissen Fällen kann die Feststellung, ob ein bestimmtes historisches Geschehen als Völkermord bzw. als Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu qualifizieren ist, mit Schwierigkeiten verbunden sein. Aus diesem Grunde würde jede Form der Konkretisierung von Artikel 261^{bis} StGB Absatz 4, zweite Satzhälfte StGB dessen Anwendung zweifellos vereinfachen. Es sind verschiedene Varianten denkbar, wie diese Konkretisierung erfolgen könnte.

⁴⁰ Gemäss Revision des Allgemeinen Teils des StGB, die am 1.1.2007 in Kraft getreten ist; AS 2006 3539 ff.

⁴¹ Internationales Übereinkommen vom 21.12.1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassismus (SR 0.104); für die Schweiz am 29.12.1994 in Kraft getreten.

⁴² Strafrecht, Massnahmen in den Bereichen Kultur, Erziehung und Information, Rechtsschutz.

⁴³ Art. 4 lit. a und b der Konvention.

Variante 4a: Einschränkung von Absatz 4, zweite Satzhälfte von Artikel 261^{bis} StGB auf die Leugnung, Verharmlosung und Rechtfertigung des Holocaust

...
 wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder aus einem dieser Gründe ~~Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit~~ den nationalsozialistischen Völkermord (Variante: den Holocaust) leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht,
 ...

Dafür spricht,

- dass in den parlamentarischen Beratungen die zweite Satzhälfte von Absatz 4 in erster Linie im Hinblick auf die Holocaust-Lüge in den Tatbestand aufgenommen worden ist;
- dass die rassistisch motivierte Leugnung des Holocaust in der Praxis bisher keine Anwendungsprobleme bereitere und die Anwendung des so eingeschränkten Tatbestandes durch das Gericht daher vereinfacht würde. Die Abklärung der Frage, ob in anderen Fällen ein Völkermord vorliegt, bliebe ihm erspart;
- dass eine Einschränkung auf den Holocaust unter dem Aspekt des Bestimmtheitsgrundsatzes ein Gewinn wäre. Es wäre für jedermann klar erkennbar, was strafbar ist und damit würde die Rechtssicherheit erhöht;
- dass auch Deutschland, Österreich, Belgien und auf Grund der Gesetzestexte wohl auch Frankreich in ihren Gesetzgebungen eine solche Einschränkung kennen;
- dass gemäss einem Resolutionsentwurf der Vereinigten Staaten alle UNO-Mitglieder aufgerufen werden sollen, die Leugnung des Holocaust zurückzuweisen⁴⁴.

Dagegen spricht,

- dass der Gesetzgeber 1993 die Bestimmung gerade nicht auf den Holocaust beschränken wollte. Dies geht sowohl aus dem Wortlaut der Bestimmung, als auch aus den Beratungen des Parlamentes klar hervor⁴⁵;
- dass es ferner unter dem Aspekt der Strafwürdigkeit problematisch ist, gewisse Völkermorde von anderen zu unterscheiden, erst recht, wenn ihnen gemeinsam ist, dass sie alle durch ein internationales Gericht anerkannt worden sind.

⁴⁴ Die UNO-Vollversammlung hat am 26. Januar 2007 einstimmig eine Resolution verabschiedet (A/RES/61/255), die alle Staaten dazu auffordert, die Leugnung des Holocaust nicht zuzulassen; vgl. Pressemitteilung der Vereinten Nationen in New York vom 26.1.2007, GA 10569.

⁴⁵ AB N 1992, 2650-2672.

**Variante 4b: Gesetzliche Liste⁴⁶ der anerkannten Völkermorde und
Kriegsverbrechen im Absatz 4, zweite Satzhälfte von Artikel 261^{bis} StGB**

...
wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder aus einem dieser Gründe ~~Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit~~ [... es folgt eine Aufzählung von Völkermorden oder anderen Verbrechen gegen die Menschlichkeit wie z.B. den Holocaust ...] leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht,
 ...

Dafür spricht,

- dass dem Bestimmtheitsgebot besser Rechnung getragen würde;
- dass den Gerichten die Anwendung des Tatbestandes vereinfacht würde.

Dagegen spricht,

- dass die Erstellung einer solchen Liste mit gewissen Schwierigkeiten verbunden sein dürfte. Welches sind die Kriterien nach welchen die Völkermorde aufgelistet werden sollen? Wie weit soll man in der Geschichte zurückgehen?
- dass die Konsensfindung über den Inhalt der Liste übermässig zeitaufwändig sein dürfte;
- dass die Aktualisierung der Liste stets mit der Einleitung eines Gesetzgebungsverfahrens zur Änderung des StGB verbunden wäre, womit unter Umständen nicht schnell genug auf die laufenden Entwicklungen reagiert werden könnte. Unter Effizienzkriterien scheint es ebenfalls wenig sinnvoll, die Bestimmung einem permanenten Revisionsprozess auszusetzen;
- dass es im Übrigen schwierig sein dürfte, eine gesetzliche Liste effektiv in Worte zu fassen; insbesondere bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Denn die Umschreibung von historischen Ereignissen (in zeitlicher, örtlicher und sachlicher Hinsicht) wird vor allem dann schwierig, wenn sie sich nicht - wie beim Holocaust - auf ein eingängiges Schlagwort reduzieren lassen.

⁴⁶ Die Variante der Nennung von typischen Beispielfällen im Gesetz (im Sinne einer *nicht abschliessenden* Aufzählung) wurde im Rahmen dieser Prüfung nicht weiterverfolgt. Eine solche Präzisierung würde die Rechtssicherheit zwar erhöhen, eine Einschränkung des Anwendungsbereichs - wie von den Kritikern gefordert - würde damit aber nicht erreicht werden.

Variante 4c: Einschränkung von Absatz 4, zweite Satzhälfte von Artikel 261^{bis} StGB auf Völkermorde und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die von internationalen Gerichten anerkannt worden sind

...

wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder aus einem dieser Gründe den Holocaust oder einen anderen durch ein von der Schweiz anerkanntes internationales Gericht festgestellten Völkermord oder ein anderes durch ein von der Schweiz anerkanntes internationales Gericht festgestelltes Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht,

...

Dafür spricht,

- dass - wie bei den beiden vorgängigen Varianten - auch diese Gesetzesvariante die Arbeit der Gerichte erleichtern würde, da die Fälle, in denen die Norm zur Anwendung käme, zwar nicht explizit aufgezählt werden, aber aufgrund der begrenzten Anzahl ausgesprochener Urteile als abschliessend betrachtet werden können;
- dass auch diese Variante mehr Rechtssicherheit schaffen würde.

Dagegen spricht,

- dass sich mit Blick auf das geschützte Rechtsgut des öffentlichen Friedens die Frage stellt, ob das strikte Abstellen auf ein Urteil eines internationalen Gerichtes auch in denjenigen Fällen Sinn macht, wenn in der Schweiz überhaupt keine Angehörigen und Nachkommen der betroffenen Gruppe leben;
- dass die Delegation der Entscheidung an ein internationales Gericht immer auch mit einer gewissen Einschränkung der richterlichen Unabhängigkeit einhergeht. In einem solchen Fall wäre der schweizerische Richter nämlich auch dann an die Qualifikation im internationalen Urteil gebunden, wenn er den Urteilsspruch selbst für nicht haltbar hält.
- dass solche Urteile immer nur einen kleinen Ausschnitt eines Geschehens abdecken. Unter Umständen werden nur diejenigen historischen Sachverhalte beurteilt, die einem konkreten Täter zugerechnet werden können. Somit werden zwangsläufig Ereignisse ausgeblendet, die es im Rahmen einer Gesamtbeurteilung verdienen würden, berücksichtigt zu werden.

Variante 4d: Bezeichnung des Bundesrates in Absatz 4, zweite Satzhälfte von Artikel 261^{bis} StGB als Referenzinstanz

...

wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder aus einem dieser Gründe einen vom Bundesrat anerkannten Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht,

...

Dafür spricht,

- dass auch diese Variante die Rechtssicherheit stärken und zur Entlastung der Gerichte beitragen würde.

Dagegen spricht,

- dass sämtliche Gründe, die gegen eine "gesetzliche Liste" genannt wurden, auch bei dieser Variante gelten;
- dass der Bundesrat diese Aufgabe als Landesregierung ausüben würde, was die aussenpolitische Brisanz gewisser Anerkennungen nur unnötig verschärfen würde.

Variante 4e: Bezeichnung einer internationalen oder nationalen Historikerkommission in Absatz 4, zweite Satzhälfte von Artikel 261^{bis} StGB als Referenzinstanz

...

wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder aus einem dieser Gründe einen von der internationalen/nationalen Kommission [Name noch unbekannt] anerkannten Völkermord oder andere von dieser Instanz anerkannte Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht,

...

Dafür spricht,

- dass die Frage, welche historische Ereignisse als Völkermord oder als Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne von Absatz 4, zweite Satzhälfte von Artikel 261^{bis} StGB zu gelten haben, in vielen Fällen nicht ohne Beizug sachverständiger Historiker beantwortet werden kann und deshalb die Idee nahe liegt, eine entsprechende Kommission einzusetzen;
- dass eine solche Kommission vor allem in denjenigen Fällen nützliche Dienste leisten könnte, in denen weiter zurückliegende historische Ereignisse gewissermassen rückwirkend als Völkermord qualifiziert werden müssen (bekanntlich hat der Begriff des Völkermordes erst nach 1945 Einzug in die Rechtsterminologie gefunden).

Dagegen spricht,

- dass es nicht einfach sein dürfte, auf internationaler Ebene eine solche Kommission zu institutionalisieren. Dafür bräuchte es völkerrechtliche Verträge. Zudem ist unklar, wie gross das Interesse anderer Staaten an einer solchen Kommission wäre. Schliesslich dürfte es auch Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Zusammensetzung der Kommission geben;
- dass aber auch eine Einsetzung einer nationalen Kommission mit grossen Schwierigkeiten verbunden wäre;
- dass sich der Aufwand für die Schaffung einer solchen Kommission unter dem Strich nicht wirklich lohnen würde.

Variante 5: Streichung des Passus "aus einem dieser Gründe"

...

wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder ~~aus einem dieser Gründe~~ Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht,

...

Dafür spricht,

- dass die in der Lehre erhobene Forderung nach Streichung dieses Passus meist davon ausgeht, dass die in Absatz 4 aufgezählten Tathandlungen per se strafwürdig sind, weil sie quasi nur aus rassendiskriminierenden Motiven heraus begangen werden können;
- dass mit der Streichung auch die Beweisprobleme dahinfallen würden, die sich bei der Ergründung der Beweggründe ergeben können.

Dagegen spricht,

- dass diese Einschränkung keinesfalls nutzlos ist, sondern deutlich macht, dass die Strafbarkeit nur dann gegeben ist, wenn erstellt ist, dass die Leugnung eines Geschehens bloss Fassade für ein sich dahinter verbergen des Diskriminierungsmotiv bildet. Diese Einschränkung gewährleistet zudem, dass die Meinungsäusserungsfreiheit nicht unnötig beschränkt wird und der Bezug zu Artikel 261^{bis} StGB gewahrt bleibt.

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

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

Mai 2007

I. Introduction

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

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

¹ RO 1994 2887.

² FF 1994 V 521.

³ RS 0.104.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷ BO 1992 N 2650-2672.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹ ATF 123 IV 202.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴ L'essence des droits fondamentaux est inviolable.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁴ Cf. ATF 129 IV 95 ss.

²⁵ ATF 131 IV 23.

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁸ RS 0.311.11.

²⁹ RS 311.0.

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

6.2 L'intention

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

6.3 Le terme « public »

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

6.4 Le terme « nier »

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

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

³¹ Art. 7.

³² Cf. note de bas de page 14.

6.5 Le terme « minimiser »

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

6.6 Le terme « justifier »

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

6.7 La motivation raciste

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

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

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

Les arguments en faveur sont

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

Les arguments en défaveur sont

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

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

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

...

celui qui aura publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaissé ou discriminé d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion

~~ou qui, pour la même raison, niera, minimisera grossièrement ou cherchera à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité,~~

...

Les arguments en faveur sont

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

³³ RS 0.104.

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

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

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

Les arguments en défaveur sont

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Les arguments en défaveur sont

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

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

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

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

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

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

Remarque préalable:

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

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

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

Les arguments en faveur sont

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

Les arguments en défaveur sont

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

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

⁴⁴ BO 1992 N 2650-2672.

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

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

...

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

...

Les arguments en faveur sont

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

Les arguments en défaveur sont

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

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

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

...

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

...

Les arguments en faveur sont

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

Les arguments en défaveur sont

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

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

...

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

...

Les arguments en faveur sont

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

Les arguments en défaveur sont

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

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

...

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

...

Les arguments en faveur sont

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

Les arguments en défaveur sont

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

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

...

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

...

Les arguments en faveur sont

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

Les arguments en défaveur sont

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