



Bern, 13. Dezember 2024

Bundesgesetz über das Verbot des öffentlichen Verwendens von nationalsozialistischen Symbolen

Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens



Übersicht

Der Vorentwurf für das neue Spezialgesetz beinhaltet ein Verbot des Zeigens, Tragens, Verwenden und Verbreitens von nationalsozialistischen Symbolen in der Öffentlichkeit. Damit soll der erste Teil der Motion 23.4318 umgesetzt werden.

Ausgangslage

Das vorliegende Gesetzgebungsprojekt geht zurück auf die Motion 23.4318 der Rechtskommission des Ständerates (RK-S) «Verbot der öffentlichen Verwendung von rassendiskriminierenden, gewaltverherrlichenden und extremistischen, wie beispielsweise nationalsozialistischen Symbolen».

Hintergrund dieser Motion waren drei verschiedene Vorstöße, die 2021 ein Verbot von nationalsozialistischen, rassendiskriminierenden, gewaltverherrlichenden und extremistischen Symbolen thematisiert und gefordert hatten. Die Motion 21.4354 Binder-Keller «Keine Verherrlichung des dritten Reiches. Nazisymbolik im öffentlichen Raum ausnahmslos verbieten», die Parlamentarische Initiative 21.524 Barrile «Verbot der öffentlichen Verwendung von extremistischen, gewaltverherrlichenden und rassistischen Symbolen» und die die Parlamentarische Initiative 21.525 Suter "Öffentliche Verwendung und Verbreitung rassendiskriminierender Symbole in jedem Fall unter Strafe stellen". Die Motion Binder-Keller verlangte ein ausnahmsloses Verbot von in der Öffentlichkeit bekannten Kennzeichen des Nationalsozialismus, inklusive Gesten, Parolen, Grussformen, Zeichen und Fahnen, sowie von Gegenständen, welche solche Kennzeichen darstellen oder enthalten, wie Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen oder Abbildungen, in der realen und digitalen Öffentlichkeit.

Der Bundesrat beantragte die Motion Binder-Keller im Februar 2022 zur Ablehnung vor allem, weil nach seiner Ansicht Antisemitismus primär mittels Prävention angegangen werden müsse. Im Herbst 2022 beauftragte die damalige Departementsvorsteherin des EJPD das Bundesamt für Justiz (BJ) mit einem Bericht zum Handlungsbedarf und den möglichen Umsetzungsvarianten eines Verbots. Die Rechtskommission des Nationalrats sistierte die Behandlung der beiden erwähnten Parlamentarischen Initiativen im August 2022, damit sie die Beratung in Kenntnis des Berichts des BJ fortsetzen konnte. Der Bericht vom 15. Dezember 2022 kam zum Schluss, dass ein explizites Verbot der Verwendung nationalsozialistischer und rassistischer Symbole grundsätzlich zwar eingeführt werden könnte, dass die konkrete Ausgestaltung jedoch rechtlich und redaktionell anspruchsvoll sei.

Die RK-S beschloss, dem Ständerat die Ablehnung der Motion 21.4354 Binder-Keller zu beantragen und reichte zugleich die vorliegende Motion 23.4318 ein.

Der Bundesrat hat am 10. April 2024 entschieden, die von beiden Räten angenommene Motion 23.4318 RK-S stufenweise umzusetzen. Mit dieser Vernehmlassungsvorlage soll die erste Etappe der Umsetzung der Motion, namentlich ein Verbot des öffentlichen Verwendens von nationalsozialistischen Symbolen, vollzogen werden. Diese erste Etappe ist auch eine Reaktion auf den starken Anstieg antisemitischer Vorfälle in der

Schweiz und in Europa. In einer zweiten Etappe soll ein Verbot des öffentlichen Verwendens von rassendiskriminierenden, gewaltverherrlichenden und extremistischen Symbolen folgen.

Inhalt der Vorlage

Die Vorlage beinhaltet die Schaffung eines Spezialgesetzes (Vorentwurf des Bundesgesetzes über das Verbot des öffentlichen Verwendens von nationalsozialistischen Symbolen, VE-VNSG), das ein Verbot des Verwendens, Verbreitens, Tragens und Zeigens von nationalsozialistischen Symbolen in der Öffentlichkeit vorsieht. Das Verbot ist als Übertretungstatbestand konzipiert. Das Spezialgesetz regelt ausserdem die Ausnahmen von diesem Verbot. Eine Ausnahme kann aus edukativen, kulturell und künstlerischen, historischen, journalistischen oder wissenschaftlichen Gründen (Art. 2 Abs. 2 VE-VNSG) gegeben sein. Bereits existierende religiöse Symbole (insbesondere aus dem Buddhismus, Hinduismus, Jainismus), die Nazisymbolen gleich sind oder ähneln, sind vom Anwendungsbereich des Gesetzes von vorneherein ausgeschlossen. Mit dieser Vorlage soll die erste Etappe der Umsetzung der Motion 23.4318 RK-S vollzogen werden.

Die neue Regelung kommt dann zur Anwendung, wenn eine Tathandlung sich im Bereich des bis anhin straflosen Zeigens, Verbreitens, Tragens und Verwendens von Symbolen befindet, das bedeutet, wenn damit keine Ideologie gegenüber Dritten verbreitet werden soll oder, wenn dies in nicht gegen die Menschenwürde verstossender Weise und ohne Diskriminierung oder Herabsetzung einer Person oder Personengruppe geschieht; insofern wird mit der neuen Regelung die bisherige Lücke geschlossen.

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage	6
1.1	Handlungsbedarf	6
1.2	Stufenweise Umsetzung	8
1.3	Ziel des Verbots von Symbolen des Nationalsozialismus	8
1.4	Gefahren der öffentlichen Sichtbarkeit von Symbolen des Nationalsozialismus	9
1.5	Geprüfte Alternativen und gewählte Lösung	10
1.5.1	Geprüfte Alternativen	10
1.5.2	Normdichte und Bestimmtheitsgebot	14
1.5.3	Gewählte Lösung	15
1.6	Verhältnis zur Legislaturplanung und zur Finanzplanung sowie zu Strategien des Bundesrates	16
1.7	Erledigung parlamentarischer Vorstöße	16
2	Rechtsvergleich	16
2.1	Deutschland	17
2.2	Italien	19
2.3	Österreich	20
2.4	Frankreich	22
3	Grundzüge der Vorlage	23
3.1	Die beantragte Neuregelung	23
3.1.1	Spezialgesetz	23
3.1.2	Konkurrenzen	24
3.1.3	Anpassungen anderer Gesetze	25
3.2	Umsetzungsfragen – Umsetzung durch den Bund	26
4	Erläuterungen zu einzelnen Artikeln	27
4.1	Artikel 1 (Gegenstand und Geltungsbereich)	27
4.1.1	Absatz 1 (Geltungsbereich)	27
4.1.2	Absatz 2 (Religiöse Symbole)	28
4.1.3	Gegenstand	29
4.2	Artikel 2 (Verbote Symbole und Ausnahmen)	30
4.2.1	Absatz 1 (Verbote Symbole)	30
4.2.2	Absatz 2 (Ausnahmen)	31
4.3	Artikel 3 (Einziehung)	32
4.4	Artikel 4 (Strafbarkeit)	32
4.5	Artikel 5 (Strafverfolgung)	33
4.6	Artikel 6 (Ordnungsbussengesetz)	33
4.7	Artikel 7 (Referendum und Inkrafttreten)	34
5	Auswirkungen	34
5.1	Auswirkungen auf den Bund	34

5.2	Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden	34
5.3	Auswirkungen auf die Gesellschaft	35
5.4	Auswirkungen auf die Wirtschaft	35
6	Rechtliche Aspekte.....	35
6.1	Verfassungsmässigkeit	35
6.2	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz.....	37
6.3	Erlassform	39
6.4	Unterstellung unter die Ausgabenbremse	39
6.5	Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und des Prinzips der fiskalischen Äquivalenz.....	39
7	Literaturverzeichnis	40

Erläuternder Bericht

1 Ausgangslage

1.1 Handlungsbedarf

Das Bedürfnis nach einem Verbot von Zeichen des Nationalsozialismus besteht politisch und gesellschaftlich schon seit längerer Zeit. Die erste Motion (*Mo. 21.4354 Binder-Keller* zu einem Verbot von Symbolen des Nationalsozialismus) – von insgesamt 5 –¹, die dieses Thema in den letzten Jahren wieder aufgegriffen hat, wurde im November 2021 eingereicht. Der Bundesrat beantragte die *Motion 21.4354 Binder-Keller* im Februar 2022 zur Ablehnung, vor allem, weil nach seiner Ansicht Antisemitismus primär mittels Prävention angegangen werden müsse. Zudem machte der Bundesrat geltend, dass die Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 16 der Bundesverfassung vom 18. April 1999² [BV]) zwar nicht absolut gelte, da sie zum Schutz der Rechte Dritter eingeschränkt werden könne, es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aber hinzunehmen sei, dass auch störende Ansichten vertreten werden dürfen, selbst wenn sie für die Mehrheit unhaltbar seien. Außerdem wies er auf die ergebnislos gebliebenen gesetzgeberischen Arbeiten zur Umsetzung der *Motion 04.3224 RK-N «Verwendung von Symbolen, welche extremistische, zu Gewalt und Rassendiskriminierung aufrufende Bewegungen verherrlichen als Straftatbestand»* hin (Bericht des Bundesrates vom 30. Juni 2010 zur Abschreibung der Motion 04.3224 der RK-N vom 29. April 2004³).

Die Situation und auch die Einschätzung des Bundesrates, was den politischen Handlungsbedarf und das Bedürfnis nach repressiven Massnahmen angeht, präsentieren sich heute anders als noch vor einem oder zwei Jahren. Im Bericht des Bundesamtes für Justiz (BJ) vom 15. Dezember 2022⁴ äusserten Vertreter von Staatsanwaltschaften, Gerichten und der Polizei keinen akuten gesetzgeberischen Handlungsbedarf in Hinblick auf ein Verbot von (Nazi-)Symbolen. Damals waren insbesondere Nazisymbole vermehrt bei Demonstrationen von sog. Coronaleugnern und Massnahmengegnern aufgetreten. Diese Veranstaltungen wurden meist polizeilich «begleitet» und so konnte – gemäss Aussagen dieser Experten – auch rasch (auf Basis von kantonalem oder

¹ *Parlamentarische Initiative 21.525 Suter «Öffentliche Verwendung und Verbreitung rassendiskriminierender Symbole in jedem Fall unter Strafe stellen»; Parlamentarische Initiative 21.524 Barrile «Verbot der öffentlichen Verwendung von extremistischen, gewaltverherrlichen und rassistischen Symbolen»; Parlamentarische Initiative 23.400 RK-N «Spezialgesetzliches Verbot der öffentlichen Verwendung von nationalsozialistischen Symbolen»; Motion 23.4318 RK-S «Verbot der öffentlichen Verwendung von rassendiskriminierenden, gewaltverherrlichen oder extremistischen, wie beispielsweise nationalsozialistischen Symbolen».*

² SR 101

³ BBI 2010 4851

⁴ Bericht BJ 2022, Ziff. 7.

kommunalem Polizeirecht) eingegriffen und das entsprechende Symbol (z. B. Hakenkreuzfahne) eingezogen werden.

Seit Herbst des letzten Jahres (konkret seit dem Terrorangriff auf Israel am 7. Oktober 2023 und dem daraus hervorgegangenen Krieg in Gaza) sind vermehrt Nazisymbole in der Öffentlichkeit zu sehen, die eine Gleichsetzung der jüdischen Bevölkerung mit dem Naziregime (z. B. Davidstern = Hakenkreuz) oder des Staates Israels (das israelische Militär wird als «Waffen tSSahal» bezeichnet als Anspielung auf die «Waffen-SS» der Nazis) zeigen, und es werden entsprechende Symbole an Wände gesprayt oder im Internet veröffentlicht. Ausserdem ist im Jahr 2023 (nach dem 7. Oktober 2023) ein allgemeiner Anstieg antisemitischer Vorfälle festzustellen. In der französischsprachigen Schweiz ist allein bei den schweren Vorfällen aktuell ein Anstieg um 68 Prozent zu verzeichnen.⁵ In der deutsch- und italienischsprachigen Schweiz ist die Anzahl antisemitischer Vorfälle ebenfalls markant angestiegen.⁶ Im Jahr 2023 kam es zu 10 registrierten Tötlichkeiten (in den Jahren zuvor waren es 0-1 Tötlichkeit) und die Anzahl der nicht im Internet verübten Übergriffe hat sich verdreifacht (von 2022: 57 auf 155 Fälle). Jeder einzelne dieser Vorfälle trägt dazu bei, das Sicherheitsgefühl, insbesondere der jüdischen Bevölkerung in der Schweiz, zu erschüttern.

Da die Zeichen des Nationalsozialismus – als Synonyme für ein faschistisches, rassistisches und antisemitisches Regime – auch für die Ausgrenzung und Verfolgung von Menschen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder geschlechtlichen Identität, aufgrund von Hautfarbe, politischer Gesinnung, Religion, ethnischer Zugehörigkeit (insbesondere Roma und Sinti) oder von geistigen oder körperlichen Behinderungen stehen, gefährden sie damit den öffentlichen Frieden und führen zu Unsicherheiten für uns alle. Zu dieser Erkenntnis sind auch bereits einige Kantone gelangt. In der Waadt, Freiburg und Neuenburg sind Bestrebungen im Gange, das öffentliche Verwenden von Nazisymbolen (und teilweise auch rassendiskriminierenden und Hass schürenden Symbolen) auf kantonaler Ebene zu verbieten. Im Kanton Waadt wurde am 21. November 2023 eine Motion angenommen, die den Staatsrat auffordert, die Verwendung und Zur-schaustellung von Nazi-Symbolen auf waadtländischem Boden zu verbieten und zu bestrafen. Sie wurde schliesslich auf alle Hass-Symbole ausgeweitet. Im Kanton Freiburg hat sich das Kantonsparlament am 20. März 2024 für ein Verbot von Nazisymbolen ausgesprochen und die Motion überwiesen. Im Kanton Neuenburg wurde am 27. März 2024 eine Motion angenommen, die die Verwendung, das Tragen und die Verbreitung von Nazi-Symbolen, rassistischen oder extremistischen Symbolen im öffentlichen Raum unter Strafe stellen soll. Der Kanton Genf stimmte am 9. Juni 2024 über eine Verfassungsbestimmung ab. Knapp 85% der Abstimmenden sprachen sich für ein Verbot von Hasssymbolen, namentlich Nazisymbolen, in der Öffentlichkeit aus. Dieses sehr deutliche Abstimmungsergebnis und die Tatsache, dass einige Kantone nicht auf die bundesrechtliche Umsetzung warten wollen, sondern selber legiferieren, zeigt die

⁵ Jahresbericht CICAD 2023.

⁶ Antisemitismusbericht SIG/GRA 2023.

Dringlichkeit und Notwendigkeit, die diesem Anliegen in der Zivilgesellschaft (zumindest von den genannten Kantonen und deren Bevölkerung) beigemessen wird.

1.2 Stufenweise Umsetzung

Bezüglich der Umsetzung wurde von der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats (RK-N) am 23. Februar 2024 – vor dem Hintergrund des starken Anstiegs antisemitischer Vorfälle in der Schweiz und in Europa – der Wunsch nach einer raschen Umsetzung eines Verbots von Symbolen des Nationalsozialismus geäussert. Ein explizites Verbot von Nazisymbolen habe grosse gesellschaftliche Bedeutung und setze ein Zeichen gegen das Vergessen. Gleichzeitig wurde auf die fachliche und politische Komplexität sowie den Zeitbedarf eines umfassenden Verbots rassendiskriminierender, gewaltverherrlichender und extremistischer Symbole hingewiesen. Die RK-N unterstützte aus diesen Gründen die *Motion 23.4318 RK-S* respektive ein Verbot der Gesamtheit rassendiskriminierender, gewaltverherrlichender und extremistischer Symbole, würde aber explizit begrüssen, wenn der Bundesrat das Verbot von Symbolen, die mit dem Dritten Reich in Verbindung gebracht werden, zeitlich vorziehen würde.⁷

Es besteht ein breiter gesellschaftlicher und politischer Grundkonsens darüber, dass nationalsozialistische Symbole in der Öffentlichkeit nichts zu suchen haben. Der Bundesrat und das Parlament wollen bei den Symbolen des Nationalsozialismus mit einem Verbot nicht mehr zuwarten. Das Gebot der Rechtsgleichheit im Strafrecht verpflichtet den Gesetzgeber nicht, die Gesamtheit nationalsozialistischer, rassendiskriminierender, gewaltverherrlichender und extremistischer Symbole umzusetzen. Rechtsgleichheit im Strafrecht ist in Bezug auf den Anwendungsbereich immer «nur» fragmentarisch; sie muss jedoch in Hinblick auf die Subsumption gleichartiger Fälle unter den gleichen Tatbestand gegeben sein. Die Symbole des Nationalsozialismus stellen eine Teilmenge der Gesamtheit rassendiskriminierender, gewaltverherrlichender und extremistischer Symbole dar. Die Umsetzung eines Verbots von Symbolen des Nationalsozialismus delegitimiert die Strafwürdigkeit von rassendiskriminierenden, extremistischen und gewaltverherrlichenden Symbolen nicht. In der Gesetzgebung dürfen und müssen Prioritäten, insbesondere z. B. bei dringlichem Handlungsbedarf, gesetzt werden. Die Erfahrungen, die mit den gesetzgeberischen Arbeiten für ein Verbot von Symbolen des Nationalsozialismus gemacht werden, können für die zweite komplexere Stufe der Umsetzung von Nutzen sein und letztlich als Grundlage für eine Umsetzung der gesamten Motion dienen.

1.3 Ziel des Verbots von Symbolen des Nationalsozialismus

Die bestehende Gesetzeslage auf Stufe Bund und Kantone bietet für die meisten Situationen ein ausreichendes Instrumentarium, um den öffentlichen Gebrauch von nationalsozialistischen (rassendiskriminierenden, gewaltverherrlichenden sowie extremistischen) Symbolen zu unterbinden. Entscheidend ist, was die rechtsanwendenden Be-

⁷ S. Medienmitteilung der RK-N vom 23.02.2024, abrufbar unter: www.parlament.ch > Services > News.

hördern und insbesondere die höchstrichterliche Rechtsprechung mit den ihnen zur Verfügung stehenden Instrumenten machen.⁸ Es verbleiben allerdings Situationen, die nach geltender Rechtslage nicht strafbar sind.

Nicht von Artikel 261^{bis} Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937⁹ (StGB) erfasst werden derzeit folgende Tathandlungen: Das öffentliche Verwenden bzw. Verbreiten nationalsozialistischer (rassendiskriminierender / rassistischer, extremistischer oder gewaltverherrlichender) Symbole¹⁰

1. wenn damit keine Ideologie gegenüber Dritten verbreitet werden soll (Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB e contrario);
2. wenn dies in nicht gegen die Menschenwürde verstossender Weise und ohne Diskriminierung oder Herabsetzung einer Person oder Personengruppe (Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB e contrario) geschieht.

Die neu zu schaffende Norm soll diese Lücke schliessen und – in einem ersten Schritt (vgl. dazu vorne Ziff. 1.2) – das öffentliche Verwenden und Verbreiten von *nationalsozialistischen* Symbolen ohne Verbreitung einer Ideologie oder Herabsetzung oder Diskriminierung einer Person/Personengruppe bestrafen sowie einer schweizweiten rechtsgleichen und einheitlichen Handhabung einer solchen Regelung Vorschub leisten.

1.4 Gefahren der öffentlichen Sichtbarkeit von Symbolen des Nationalsozialismus

Wie gesagt besteht ein breiter gesellschaftlicher und politischer Konsens darüber, dass Symbole des Nationalsozialismus im öffentlichen Raum nichts zu suchen haben. Sie sind – als Zeichen der faschistischen Diktatur von Adolf Hitler, des Holocaust und der an Juden und zahlreichen Minderheiten und Andersdenkenden verübten Gräueltaten – gewaltverherrlichend. Sie sind darum nicht nur schockierend und verstörend für direkte Opfer des Nationalsozialismus oder deren Familien, sondern gefährden damit auch unsere demokratische Gesellschaft und den freiheitlichen Rechtsstaat. Die Dul dung (rechts-)extremistischer Positionen führt zu einer gefährlichen Banalisierung schrecklicher Verbrechen und letztendlich dazu, dass diese Positionen «salonfähig» gemacht werden. Waren bis vor einigen Jahren Symbole des Nationalsozialismus ganz eindeutig dem rechtsextremen Lager zuzuordnen, sind sie in letzter Zeit immer mehr auch von diversen anderen Gruppierungen verwendet worden. Angefangen bei den Demonstrationen von sog. Massnahmen- und Impfgegnern, anlässlich derer Hakenkreuze und auch Hitlergrussgesten zu sehen waren, bis hin zu Personen, die Israel und

⁸ Bericht BJ 2022, Ziff. 7.

⁹ SR 311.0

¹⁰ Tathandlungen im Privatbereich fallen nicht unter Artikel 261^{bis} StGB. Je nach Umständen können aber andere Tatbestände in Betracht kommen (z. B. Art. 173 ff. StGB).

seine Exponenten mit dem Naziregime und seinen Exponenten im Zusammenhang mit dem Krieg in Gaza gleichsetzen. Damit werden diese Symbole auch in zunehmendem Masse sichtbar im öffentlichen Raum, was sich auch den Jahresberichten 2023 zu antisemitischen Vorfällen des Schweizerischen Israelitischen Gemeindebunds (SIG) und der Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus (GRA) sowie der Coordination Intercommunautaire contre l'Antisémitisme et la Diffamation (CICAD) entnehmen lässt (vgl. Ziff. 1.1).

1.5 Geprüfte Alternativen und gewählte Lösung

1.5.1 Geprüfte Alternativen

Im Bericht des BJ wurden bereits verschiedene Gefässe zur Umsetzung eines Verbots von rassendiskriminierenden und nationalsozialistischen Symbolen analysiert. Untersucht wurden die Umsetzung im StGB (Ergänzung von Artikel 261^{bis} oder neue Norm), in einem bestehenden anderen Bundesgesetz (konkret: Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit 21. März 1997¹¹; BWIS), im kantonalen Polizeirecht oder in einem neu zu schaffenden Spezialgesetz im Bundesrecht.

1.5.1.1 Im Strafgesetzbuch und Militärstrafgesetz¹²

Der 12. Titel des StGB beinhaltet die Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Frieden. Artikel 261^{bis} schützt diesen sowie die Menschenwürde (für Details dazu vgl. Ziff. 3.1.1.1). Darum wurde geprüft, ob eine Umsetzung des Verbots von nationalsozialistischen Symbolen im StGB sinnvoll wäre.¹³ Wenn man davon ausgeht, dass die geschützten Rechtsgüter bei einem Verbot von nationalsozialistischen Symbolen dieselben wie beim bestehenden Artikel 261^{bis} StGB wären, könnte die neue Norm entweder als Erweiterung, die diesen Artikel z. B. in einem neuen Absatz ergänzt, oder als neue Bestimmung im 12. Titel des StGB (Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Frieden) konzipiert werden.¹⁴ Diese zweite Lösung hatte der Bundesrat in seinem Vorentwurf zu Artikel 261^{ter} StGB gewählt. Der Vorentwurf war Teil der ergebnislos

¹¹ SR 120

¹² Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927, MStG; SR 321.0

¹³ Zu beachten ist ausserdem, dass bei einer Änderung des Strafgesetzbuches im Militärstrafgesetz in gleicher Weise verfahren werden sollte.

¹⁴ Artikel 261^{ter} VE-StGB und Artikel 171d VE-MStG

Verwendung und Verbreitung nationalsozialistischer Symbole

1. Wer nationalsozialistische Symbole oder Abwandlungen davon, wie Fahnen, Abzeichen, Embleme, Parolen oder Grussformen, oder Gegenstände, die solche Symbole oder Abwandlungen davon darstellen oder enthalten, wie Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen oder Abbildungen, öffentlich verwendet, zeigt, trägt oder verbreitet, wird mit Busse bestraft.
2. Die Gegenstände werden eingezogen.

gebliebenen gesetzgeberischen Arbeiten zur Umsetzung der *Motion 04.3224 RK-N «Verwendung von Symbolen, welche extremistische, zu Gewalt und Rassendiskriminierung aufrufende Bewegungen verherrlichen als Straftatbestand»* hin (Bericht des Bundesrates vom 30. Juni 2010 zur Abschreibung der Motion 04.3224 der RK-N vom 29. April 2004).¹⁵ Als Problemfelder wurden damals insbesondere folgende vier Aspekte ausgemacht:

- Verletzung des Bestimmtheitsgebots: einige Vernehmlassungsteilnehmende gaben zu bedenken, dass die Strafnorm nicht ausreichend klar sei, es sei jedoch Aufgabe des Gesetzgebers, und nicht des Richters, die Grenzen der Strafbarkeit zu ziehen;
- Anwendungsschwierigkeiten: wegen der Unbestimmtheit zahlreicher Begriffe könne die vorgeschlagene Strafnorm nicht oder nur mit grössten Schwierigkeiten angewendet werden;
- Strafrecht sei nicht das geeignete Mittel: Prävention sei zur Lösung gesellschaftlicher Probleme viel effektiver als Repression, da bekanntlich repressive Massnahmen erst greifen würden, nachdem ein Problem aufgetreten sei;
- kein dringender Handlungsbedarf: es gäbe weder einen dringenden Handlungsbedarf noch einen Nachholbedarf einer Angleichung an diejenigen Länder der EU, die in diesem Bereich bereits legiferiert haben.

Beim blossen Verwenden oder Verbreiten eines nationalsozialistischen (oder rassendiskriminierenden, gewaltverherrlichenden und extremistischen) Symbols in der Öffentlichkeit ist eine tatsächliche Verletzung oder Gefährdung der Rechtsgüter nicht Voraussetzung. Es handelt sich mithin um ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Darum wäre eine Erweiterung von Artikel 261^{bis} StGB allein schon in Hinblick auf das geschützte Rechtsgut nicht ganz stimmig. Das Rechtsgut der Menschenwürde würde nämlich lediglich indirekt betroffen sein (d.h. «bloss» gefährdet, aber nicht verletzt), da das strafbare Verhalten «nur» in der Zurschaustellung eines Symbols im öffentlichen Raum besteht, unabhängig von jeder anderen Absicht (im Gegensatz zu Art. 261^{bis} StGB, der die Absicht erfordert, zu diskriminieren, d. h. die Menschenwürde einer Person oder einer Personengruppe zu verletzen). Ein neuer Artikel 261^{ter} unter dem 12. Titel des StGB «Verbrechen und Vergehen gegen den öffentlichen Frieden» wäre jedoch, was das Rechtsgut angeht, durchaus vorstellbar. Dem steht allerdings entgegen, dass die neue Norm, aufgrund der geringen Schwere der Tat, als Übertretung ausgestaltet werden soll. Schliesslich würde eine Einführung der neuen Norm in das Strafgesetzbuch grundsätzlich dazu führen, dass das Ordnungsbussenverfahren nicht angewendet werden könnte, was zur Folge hätte, dass sich Staatsanwaltschaften und Gerichte direkt mit

3. Die Ziffern 1 und 2 finden keine Anwendung, wenn die öffentliche Verwendung und Verbreitung oder das Tragen und Zeigen der Symbole oder Gegenstände religiösen, edukativen, kulturellen und künstlerischen, historischen, journalistischen oder wissenschaftlichen Gründen dient.

¹⁵ BBI 2010 4851

solchen Sachverhalten befassen müssten. Damit würde der bereits bestehenden Überlastung der Justiz weiter Vorschub geleistet.

1.5.1.2 In einem Spezialgesetz

Es gibt zahlreiche Faktoren, die für eine Umsetzung in einem Spezialgesetz sprechen:

- Im Falle einer neuen Norm sollte bei der Definition der Schwere der Straftat berücksichtigt werden, dass das Verbot von nationalsozialistischen Symbolen nicht mit dem Verbot bestimmter Vereinigungen verbunden ist (wie das in Deutschland der Fall ist); die Tathandlung wiegt nicht sehr schwer, weswegen es sich um einen Übertretungstatbestand handeln sollte.
- Die Umsetzung in einem eigenständigen Gesetz ist aufgrund der allfällig betroffenen Rechtsgüter sowie auch der allfälligen systematischen Einordnung unter einen Titel des StGB naheliegender und «einfacher» (vgl. Ziff. 1.5.1.1).
- Ein eigenständiges Gesetz kann den richtigen Rahmen für den umfangreichen Ausnahmekatalog der Verbotsnorm bilden. Im StGB sind solche Ausnahmeregelungen unüblich. Das hat auch damit zu tun, dass Verstöße gegen Normen des Kernstrafrechts regelmässig gravierende Rechtsbrüche darstellen, bei denen eine Rechtfertigung aufgrund privater Interessen höchstens in eng begrenzten Situationen grosser zeitlicher und materieller Dringlichkeit in Frage kommt. Eine Ausnahmeregelung wie diejenige in Artikel 2 Absatz 2 VE-VNSG, die die straflose Verwendung von Symbolen des Nationalsozialismus in der Öffentlichkeit definiert, ist in einem eigenständigen Gesetz besser aufgehoben als im StGB.
- Die Möglichkeit, Ausnahmen bestimmen und im Gesetzestext definieren zu können, erlaubt es zusätzlich, das verbotene Verhalten präzis zu umschreiben und trägt zur Verständlichkeit und Bestimmtheit der Norm bei.
- Im Rahmen eines eigenständigen Gesetzes lässt sich das Ordnungsbussenverfahren, das auch im Zusammenhang mit der vergleichsweisen geringeren Schwere der Schuld angemessen erscheint, einführen (im Gegensatz zum StGB, wo dies nicht möglich ist).¹⁶
- Ausserdem könnte auf diesem Wege auch die Wirksamkeit der Norm (wegen der relativ unmittelbaren Sanktion nach der Tat) erhöht werden.
- Auch eine Präzisierung durch einen allfälligen Katalog verbotener Symbole in einer Verordnung liesse sich zusätzlich zu einem Spezialgesetz stimmiger umsetzen (vgl. Ziff. 1.5.1.3). Präzisierungen durch eine Verordnung sind im Nebenstrafrecht nicht unüblich, dem Kernstrafrecht jedoch fremd. Ausserdem wäre für die Umsetzung der zweiten Etappe der Mo. 23.4318 RK-S, die ein Verbot von rassendiskriminierenden, gewaltverherrlichenden und extremistischen Symbolen zum Ziel hat,

¹⁶ Bericht BJ 2022, Ziff. 6.3.1.

die Möglichkeit, einen Katalog solcher Symbole in einer Verordnung festlegen zu können, von Vorteil, weil in diesem Falle notwendig.

1.5.1.3 Weitere Variante: zusätzliche gesetzesvertretende (ergänzende) Verordnung

Für die Bestimmung des Katalogs der verbotenen Symbole ist die in Kapitel 1.5.1.2 erwähnte Variante denkbar: eine Verordnung könnte die Liste der verbotenen Symbole enthalten. Dies ist im Zusammenhang mit dem Verbot von nationalsozialistischen Symbolen nicht zwingend notwendig, besteht doch ein breiter Konsens darüber, was zumindest zu den Kernsymbolen des Nationalsozialismus gehört (Ziff. 4.2.1). Für die Umsetzung der **zweiten Etappe**, dem Verbot von rassendiskriminierenden, gewaltverherrlichenden und extremistischen Symbolen, könnte ein solches Vorgehen jedoch notwendig sein, weil – wie der Bericht des BJ gezeigt hat – sehr viele und nicht so einfach bestimmbare Zeichen unter das umfassende Symbolverbot fallen. Dem steht ein Verbot von bestimmten Zeichen ohne zusätzliche Verordnung in einer ersten Umsetzungsetappe allerdings nicht entgegen. Das Spezialgesetz kann ohne Weiteres um die weiteren rassendiskriminierenden, gewaltverherrlichenden und extremistischen Symbole in einer zweiten Etappe ergänzt werden und es ist ebenfalls denkbar, dass dann «nur» für diese Symbole eine zusätzliche (regelmässig aktualisierbare) Verordnung eingeführt wird. Konkret wäre eine unselbständige (Grundlage auf Gesetz), gesetzesvertretende (ergänzende) Verordnung denkbar. Gesetzesvertretende Verordnungen ergänzen die gesetzliche Regelung, soweit das Gesetz selbst eine entsprechende Ermächtigung enthält. Sie dienen meist dazu, das Gesetz zu vervollständigen, wo der Gesetzgeber bestimmte Fragen nicht selbst regeln wollte oder regeln konnte – etwa weil es sich um technische Belange handelt oder weil man der Regierung die Möglichkeit geben will, veränderten Verhältnissen zügig Rechnung zu tragen.¹⁷ Grundsätzlich kommen als Verordnungsgeber der Bundesrat und das Parlament in Frage. Verordnungsadressaten sind die Rechtsanwender und die Allgemeinheit, Verordnungsgrundlage bildet das Spezialgesetz (oder evtl. ein neuer Artikel im StGB¹⁸). Die Verordnung würde zur Präzisierung des Gesetzes (Präzisierung des Katalogs der Symbole) dienen.

1.5.1.4 Verworfene Alternativen (BWIS; kantonales Polizeirecht)

Die Umsetzung eines Verbots von Symbolen im BWIS wäre nicht sachgerecht. Denn sowohl die Ziele des BWIS als auch die Bedrohungen, die durch die geplanten polizeilichen Massnahmen abgewendet werden sollen, fallen nicht in den vom Verbot von nationalsozialistischen (rassendiskriminierenden, gewaltverherrlichenden und extremistischen) Symbolen beabsichtigten Anwendungsbereich, wenn diese ohne Propagandaabsicht benutzt werden.¹⁹

¹⁷ Tschannen/Müller/Kern, S. 118, m.w.H.

¹⁸ So ein Vorgehen wäre allerdings aussergewöhnlich.

¹⁹ Bericht BJ 2022, Ziff. 5.3.1.

Die Alternative, dass der Bund nichts spezifisch regelt und dies den Kantonen überlässt, wurde als nicht zielführend gewertet. Bei einer Umsetzung im kantonalen Polizeirecht lägen die Nachteile darin, dass es keine Garantie für eine einheitliche Umsetzung im ganzen Land geben würde, wie sie die Motion fordert.

1.5.2 Normdichte und Bestimmtheitsgebot

Wenn die öffentliche Verwendung von nationalsozialistischen Symbolen strafrechtlich sanktioniert werden soll, muss ausgehend vom Bestimmtheitsgebot genau definiert werden, welches Verhalten durch eine allfällige Norm bestraft wird. Es gilt die Garantiefunktion des gesetzlichen Tatbestands («nulla poena, sine lege»). Diese Garantie dient der Rechtssicherheit und der einheitlichen Handhabung des Rechts durch die Strafverfolgungsbehörden. Dieser Grundsatz verwehrt es dem Gesetzgeber allerdings nicht, auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden und deren Präzisierung der Rechtsprechung zu überlassen. Als Beispiele aus dem StGB können dienen: «skrupellos» (Art. 112 StGB), «böswillig» (Art. 261 StGB), «achtenswerte Beweggründe» (Art. 48 StGB), «Urkunde» nach Art. 110 Ziffer 4 StGB oder in «andere Beschränkung der Handlungsfreiheit» nach Art. 181 StGB.²⁰

Eine neue Verbots- oder Strafnorm muss also unter Beachtung des Bestimmtheitsgebots der gesetzlichen Grundlage (Art. 1 StGB; Art. 5 Abs. 1 BV und 7 Ziffer 1 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950²¹, EMRK) formuliert werden, was bedeutet, dass das Gesetz so formuliert sein muss, dass die Bürgerin oder der Bürger ihr bzw. sein Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Mass an Gewissheit erkennen kann.²² Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf das Gebot nach Bestimmtheit rechtlicher Normen nicht in absoluter Weise verstanden werden. Die Komplexität der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, die Notwendigkeit einer erst bei der Konkretisierung möglichen Wahl, die nicht abstrakt erfassbare Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte oder das Bedürfnis nach einer sachgerechten Entscheidung im Einzelfall sprechen für eine gewisse Unbestimmtheit von Normen.²³

Das Argument bzw. die Bedenken aufgrund unbestimmter Rechtsbegriffe wurde bereits bei der Diskussion um die Einführung von Artikel 261^{bis} StGB von einem Teil der Lehre vorgebracht. Das Bundesgericht stellte jedoch fest, dass Artikel 261^{bis} StGB zwar diverse unbestimmte Rechtsbegriffe enthalte, jedoch im Allgemeinen nicht derart unbestimmt sei, dass die Norm gegen Artikel 1 StGB (Bestimmtheitsgebot) verstosse.²⁴

²⁰ Bucher, S. 36.

²¹ SR 0.101

²² BGE 109 Ia 273 E. 4 d

²³ BGE 109 Ia 273 E. 4 d

²⁴ Urteil des BGer 6P.132/1999 vom 3. März 2000 E. 14.

Am konkreten Beispiel der Urkundenfälschung (Art. 251 StGB), inkl. ihrer Definition in Artikel 110 Ziffer 4 (und bereits so im StGB von 1937 enthalten) lässt sich verdeutlichen, wie weit der Umfang einer Beschreibung eines Tatbestands bzw. einzelner Tatbestandselemente gehen kann und damit wie weit auch das Verständnis der Bestimmbarkeit einer strafrechtlichen Norm sein muss. So sind Nicht-Juristen sicher nicht viele von der Rechtsprechung ausgewiesene Dokumente als Urkunden bekannt: Im Laufe der Zeit hat die Rechtsprechung festgestellt, dass beispielsweise ein Unfallprotokoll²⁵ oder ein Abgaswartungsdokument²⁶ Urkundenqualität haben, ein Baubewilligungsge- such und ein Katastersituationsplan²⁷ zum Beweis des Eigentums oder eine Abschuss- liste im Jagdrecht²⁸ jedoch nicht.

Gemäss dem oben Gesagten sollte also die Bezeichnung «nationalsozialistische Symbole», «Symbole des Nationalsozialismus» oder «Nazisymbole» ausreichen, um für den Rechtsanwender (im vorliegenden Fall die Strafverfolgungsbehörden, hauptsächlich: die Polizei) und die Bürgerinnen und Bürger deutlich zu machen, dass damit das öffentliche Verwenden von Hakenkreuz, Hitlergruss und SS-Runen (um die gängigen und bekanntesten Nazisymbole aufzuzählen) verboten ist. Die Bandbreite der unter die Bezeichnung fallenden Symbole (also von Verboten weiterer gebräuchlicher, aber allenfalls unbekannterer nationalsozialistischer Symbole, die plötzlich vermehrt auftau- chen, oder von Abwandlungen nationalsozialistischer Symbole) kann durch die Rechts- sprechung definiert, präzisiert und aktualisiert werden. So kann ausreichende Rechts- sicherheit bei gleichzeitiger Einzelfallgerechtigkeit gewährleistet werden.

Eine andere Variante zur Bestimmung der verbotenen Symbole könnte eine ergän- zende Verordnung zum Spezialgesetz darstellen. Diese könnte den Katalog der verbo- tenen Symbole und auch einen Mechanismus zu seiner Aktualisierung und Ergänzung enthalten (vgl. Ziff. 1.5.1.3).

1.5.3 Gewählte Lösung

Der Bericht BJ 2022 kam zu dem Schluss, dass ein Verbot einerseits so klar und be- stimmt formuliert sein müsse, dass eine Bürgerin oder ein Bürger erkennen kann, was von ihr oder von ihm erwartet wird (Bestimmtheitsgebot). Anderseits braucht es eine genügend offen formulierte Norm, die es den rechtsanwendenden Behörden erlaube, der Aktualität und dem Kontext des jeweiligen Einzelfalles Rechnung zu tragen.²⁹

²⁵ BGE 118 IV 254 E. 3

²⁶ BGE 115 IV 114 E. 2

²⁷ RFJ/FZR 2008, 277 ff.

²⁸ PKG 2000, 111, Nr. 24.

²⁹ Bericht BJ 2022, Ziff. 7.

Wie vorstehend dargelegt, ist es möglich, eine solche Norm zum Verbot von nationalsozialistischen Symbolen zu verfassen. Mit einem Spezialgesetz *ohne* zusätzliche Verordnung verbleibt den Gerichten³⁰ in Zweifelsfällen ausreichend Spielraum, um dem Kontext jedes Einzelfalls Rechnung zu tragen. Bei einer Präzisierung *mittels* einer Verordnung, die die verbotenen Symbole enthält, würde eine höhere Normdichte erreicht. Allerdings würden die Gerichte damit weniger bis keinen Spielraum zur Konkretisierung der Norm haben. Außerdem ist eine solche – wie gesagt (vgl. Ziff. 1.5.2) – auf Grund der Bestimmbarkeit von nationalsozialistischen Symbolen für die erste Stufe der Umsetzung der Motion 23.4318 RK-S nicht notwendig.

1.6 Verhältnis zur Legislaturplanung und zur Finanzplanung sowie zu Strategien des Bundesrates

Die Vorlage ist weder in der Botschaft vom 24. Januar 2024 zur Legislaturplanung 2023–2027³¹ noch im Bundesbeschluss vom 6. Juni 2024 über die Legislaturplanung 2023–2027³² angekündigt.

1.7 Erledigung parlamentarischer Vorstösse

Das neue Spezialgesetz setzt die *Motion 23.4318 RK-S «Verbot der öffentlichen Verwendung von rassendiskriminierenden, gewaltverherrlichenden oder extremistischen, wie beispielsweise nationalsozialistischen Symbolen»* in einer ersten Stufe in Form des Verbots von nationalsozialistischen Symbolen um und bereitet den Weg für die gesamte Umsetzung der Motion.

Mit dem vorliegenden Gesetzgebungsprojekt würde auch die parlamentarische Initiative 21.524 Barile «Verbot der öffentlichen Verwendung von extremistischen, gewaltverherrlichenden oder rassistischen Symbolen» teilweise umgesetzt.

Ausserdem würden die Anliegen der Parlamentarische Initiative 23.400 RK-N «Spezielles Verbot der öffentlichen Verwendung von nationalsozialistischen Symbolen» durch das vorliegende Gesetzesprojekt umgesetzt.

2 Rechtsvergleich

Kurzzusammenfassung: In Deutschland wird das Verbot der öffentlichen Verwendung bestimmter Symbole von einem Verbot von verfassungswidrigen und terroristischen Organisationen abgeleitet, auf die sich diese Symbole beziehen. Im französischen Recht besteht kein allgemeines Verbot von rassistischen oder extremistischen Gesten,

³⁰ Grundsätzlich sind Angelegenheiten im Ordnungsbussenverfahren mit der fristgerechten Bezahlung der Busse erledigt. Wird die Busse nicht innerst Frist gezahlt, wird ein ordentliches Strafverfahren durchgeführt (Art. 6 Abs. 4 Ordnungsbussengesetz vom 18. März 2016, OBG; SR 314.1).

³¹ BBI 2024 525

³² BBI 2024 1440

Symbolen, Abzeichen oder Emblemen im öffentlichen Raum. Es umfasst hingegen mehrere Bestimmungen mit Verboten, die auf bestimmte Symbole beschränkt sind. In Italien ist die Verwendung bzw. die blosse Zurschaustellung von Nazisymbolen in der Öffentlichkeit per se nicht verboten. Strafbar ist eine solche nur dann, wenn sie als Handlung qualifiziert wird, welche zu einer Reorganisation / Wiedergründung der aufgelösten faschistischen Partei (und damit einer verbotenen Organisation) führen könnte (auch eine Verherrlichung, welche geeignet ist, zur Reorganisation einer solchen Partei zu führen, d. h. die indirekte Aufforderung zur Reorganisation). Strafbar ist auch eine Handlung, welche als Propaganda für bzw. als Verbreitung von Ideen gilt, die auf rassischer, ethnischer oder religiöser Überlegenheit oder Hass beruhen, oder welche zu Hass, Gewalt oder zu diskriminierenden Handlungen aufruft. In Österreich stehen den Behörden mehrere Gesetze zur Verfügung. Das Verbotsgebot ist als Nebenstrafrecht mit Verfassungsrang klassifiziert. Das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen bezieht sich auf das Verbotsgebot und enthält eine Verwaltungsstrafbestimmung. Es soll die Delikte abdecken, welche nicht vom Verbotsgebot abgedeckt werden. Hinzu kommen das Symbolgesetz und das Abzeichengesetz, welche Verstöße als Verwaltungsübertretungen ahnden.

2.1 Deutschland

In Deutschland können Vereine gemäss Artikel 9 Absatz 2 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1; GG) dann verboten werden, wenn ihr Zweck oder ihre Tätigkeiten den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder sich gegen die deutsche verfassungsmässige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richten.

Ein Verein verfolgt strafrechtswidrige Zwecke, wenn er ausdrücklich oder stillschweigend darauf ausgerichtet ist, Straftaten hervorzurufen, zu ermöglichen oder zu erleichtern sowie strafbare Handlungen seiner Mitglieder zu decken. Das deutsche Gesetz zur Regelung des Vereinsrechts vom 5. August 1964 (BGBl. I S. 593; VereinsG) sieht das Vorgehen zum Verbot von Vereinen in seinem § 3 vor. Symbole und Zeichen eines verbotenen Vereins dürfen laut § 9 VereinsG für die Dauer der Vollziehbarkeit des Verbotes nicht mehr öffentlich, in einer Versammlung oder in einem Inhalt (§ 11 Abs. 3 StGB), der verbreitet wird oder zur Verbreitung bestimmt ist, verwendet werden.

Seit Inkrafttreten des VereinsG wurden gemäss der Website des Bundesministeriums des Inneren und für Heimat seitens des Bundes total 62 Verbote gegen Vereine aller Bereiche ausgesprochen, die sich zusätzlich auf insgesamt ca. 139 Teil- und Ersatzorganisationen erstrecken (Stand: Dezember 2023). Von diesen Verboten wurden 94 im Bereich Ausländerextremismus ausgesprochen, wobei 49 auf Ausländervereine und 45 auf ausländische Vereine entfallen. 16 Verbote wurden im Bereich Islamismus ausgesprochen, eines im Bereich Linksextremismus, 22 im Bereich Rechtsextremismus sowie 33 aus den Strafgesetzen zuwiderlaufenden Gründen (kriminelle Organisation, Rockervereinigung) ausgesprochen. Ferner wurden zwei sonstige Vereine verboten.

§ 86 des Deutschen Strafgesetzbuches (D-StGB) verbietet das Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger und terroristischer Organisationen und § 86a D-

StGB das Verwenden von Kennzeichenen verfassungswidriger und terroristischer Organisationen. Wer dem zuwiderhandelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. § 86a D-StGB schützt die Rechtsgüter demokratischer Rechtsstaat und politischer Frieden. Da es sich bei der Norm um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt, sind eine konkrete Gefahr für die geschützten Rechtsgüter oder deren Verletzung nicht nötig, um den Tatbestand zu erfüllen.

Als Kennzeichen sind namentlich Fahnen, Abzeichen, Uniformstücke, Parolen und Grussformen zu verstehen. Den eben genannten Kennzeichen stehen solche gleich, die ihnen zum Verwechseln ähnlich sind (§ 86a Abs. 2 D-StGB).

In Absatz 4 von § 86 D-StGB finden sich die Ausnahmen des Verbots, namentlich gelten die Absätze 1 und 2 nicht, wenn die Handlung der staatsbürgerlichen Aufklärung, der Abwehr verfassungswidriger Bestrebungen, der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre, der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte oder ähnlichen Zwecken dient. Ist die Schuld gering, kann das Gericht aus Opportunität auch ganz auf eine Strafe verzichten (§ 86 Abs. 5 D-StGB).

In Deutschland werden unter Kennzeichen und Symbolen der Nazi-Zeit das Hakenkreuz, Fahnenkult, Runen, Porträtdarstellungen von Adolf Hitler, Kennzeichen ehemaliger nationalsozialistischer Organisationen, bestimmte Uniformteile und Ehrenzeichen, bestimmte Lieder (z. B. "Horst-Wessel-Lied"), bestimmte Grussformen und Losungen, spezielle Mode sowie auch bestimmte KFZ-Kennzeichen gefasst. Außerdem sind bestimmte Symbole strafbar, wenn sie mit Bezug zu verbotenen Gruppierungen gezeigt werden (z. B. die sogenannte Wolfsangel oder das Keltenkreuz).³³ Dabei erfüllt jedes irgendwie geartete Gebrauchmachen von nationalsozialistischen Kennzeichen den Tatbestand des § 86a StGB, unabhängig von der Gesinnung oder Absicht der handelnden Person oder ob die Verwendung einen für den Nationalsozialismus werbenden Charakter aufweist (vgl. insbesondere BGHSt 28, 394/396; 25, 30; BayObLG NStZ-RR 2003, 233; OLG Oldenburg NStZ-RR 2010, 368).

§ 20 VereinsG stellt Zuwiderhandlungen gegen vollziehbare Verbote von Vereinen und Parteien unter Strafe. Konkret handelt es sich bei § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 VereinsG um eine subsidiär geltende Ergänzungsvorschrift zu §§ 86, 86a D-StGB. Während diese Normen unanfechtbare Verbote einer Partei oder Vereinigung voraussetzen, erfasst § 20 Abs. 1 VereinsG bereits Zuwiderhandlungen gegen lediglich vollziehbare Verbote. Sobald ein solches Verbot unanfechtbar wird, sind ausschließlich §§ 86, 86a D-StGB anwendbar.

In Deutschland sind ausserdem bei der Strafzumessung (§ 46 Abs. 2 D-StGB) auch rassistische, fremdenfeindliche, antisemitische und sonst menschenverachtende Tatmotive strafverschärfend zu berücksichtigen.

³³ Eine vollständige Auflistung der aktuell verbotenen Symbole und Kennzeichen findet sich im Bericht des Deutschen Verfassungsschutzes "Rechtsextremismus: Symbole, Zeichen und verbotene Organisationen", September 2022.

2.2 Italien

Straftatbestand der Apologetik für den Faschismus:

Nach dem sogenannten Scelba-Gesetz von 1952 («legge Scelba» del 1952; Gesetz Nr. 645/1952), welches die 12. Übergangsbestimmung der italienischen Verfassung umsetzt ("Die Wiedergründung der aufgelösten faschistischen Partei, in welcher Form auch immer, ist verboten."), wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zwei Jahren bestraft, wer Propaganda für die Gründung einer Vereinigung, einer Bewegung oder einer Gruppe macht, welche die Merkmale der aufgelösten faschistischen Partei aufweist und deren Ziele verfolgt (siehe Art. 4). Apologetik oder Apologie bedeutet, ganz allgemein formuliert, die Rechtfertigung einer (Welt-)Ansicht. Darunter fällt jede Rede/Ansprache, die dazu dienen soll, eine Tatsache, ein tatsächlich stattgefundenes Ereignis oder eine tatsächlich stattgefundene Episode zu verteidigen oder zu verherrlichen. Die Apologie besteht also in der Verteidigung und gleichzeitigen Verherrlichung von Episoden, die das Gesetz als abscheulich und/oder gefährlich bezeichnet. Das sogenannte Scelba-Gesetz stellt auch die Teilnahme an öffentlichen Versammlungen bzw. üblichen Kundgebungen, welche der aufgelösten faschistischen Partei oder nationalsozialistischen Organisationen zuzuordnen sind, unter Strafe ("faschistische Demonstrationen"; siehe Art. 5).

Propaganda bzw. Verbreitung von Ideen, die auf rassischer, ethnischer oder religiöser Überlegenheit oder Hass beruhen, und Aufstachelung bzw. Aufruf zu Hass, Gewalt oder zu diskriminierenden Handlungen (Diskriminierung aus Gründen der Rasse, Ethnie, Nationalität oder Religion):

Nach Artikel 604-bis des italienischen Strafgesetzbuches (Codice Penale [CP]) und dem sogenannten Mancino-Gesetz von 1993 ("legge Mancino" del 1993; Gesetz Nr. 205/1993) wird bestraft, wer in irgendeiner Weise Ideologien verbreitet, die auf rassischer oder ethnischer Überlegenheit oder Hass beruhen, oder wer zu diskriminierenden Handlungen gegen Personen aufgrund ihrer Rasse, Ethnie, Nationalität oder Religion aufruft oder solche Handlungen begeht. Ebenso wird bestraft, wer in irgendeiner Weise zu Gewalt(taten) gegen Personen aufgrund ihrer Rasse, Ethnie, Nationalität oder Religion aufruft oder selber solche Gewalttaten begeht. Alle Organisationen, Vereinigungen, Bewegungen oder Gruppen, deren Ziel es ist, zu Diskriminierung oder Gewalt aus Gründen der Rasse, Ethnie, Nationalität oder Religion aufzurufen, sind verboten. Diejenigen, die solche Organisationen, Vereinigungen, Bewegungen oder Gruppen fördern oder leiten, machen sich strafbar. Wer sich an solchen Organisationen, Vereinigungen, Bewegungen oder Gruppen beteiligt oder diese bei ihren Tätigkeiten unterstützt, wird allein schon wegen einer Beteiligung oder Unterstützung bestraft. Artikel 604-bis CP ist unter den Straftaten gegen die Person (und genauer: Straftaten gegen die Gleichheit; "delitti contro l'egualanza") eingeordnet.

Im September 2017 verabschiedete die Abgeordnetenkammer einen Gesetzesentwurf zur Einführung eines neuen Straftatbestandes (Gesetzesentwurf A.C. 3343; neuer Artikel 293-bis CP), wonach jegliche Propaganda für das faschistische und nazifaschistische bzw. nationalsozialistische Regime bzw. deren entsprechenden Ideologien – und sei es nur durch die Herstellung, den Vertrieb, die Verbreitung oder den Verkauf von

Waren, auf denen Personen, Bilder oder Symbole abgebildet sind, die eindeutig auf solche Parteien oder Ideologien hinweisen – sowie das Zeigen entsprechender Symbole und/oder Gesten in der Öffentlichkeit bestraft werden sollte. Der Entwurf sah Freiheitsstrafen zwischen sechs Monaten und zwei Jahren vor (mit der Möglichkeit der Straferhöhung um einen Dritteln bei Begehung im Internet). Eine Regelung also, die das sogenannte Scelba-Gesetz und das sogenannte Mancino-Gesetz erweitert und die Strafbarkeit auch auf einzelne zu ahndende Gesten, wie beispielsweise den römischen Gruss bzw. den Hitlergruss, und die Vermarktung entsprechender Gegenstände ausgedehnt hätte. Der Gesetzesentwurf hätte nur noch vom Senat abgesegnet werden müssen. Zur Verabschiedung dieser Gesetzesvorlage durch den Senat kam es letztlich aber nicht (mögliche Gründe: mit dem Ende der Legislaturperiode und der Auflösung der Kammern im Dezember 2017 wurde die Diskussion im Senat beendet; insbesondere wohl auch aufgrund des enormen Widerstands der 5-Sterne-Bewegung). Es liegt indes ein neuer Gesetzentwurf (A.C. 3074; neuer Artikel 293-bis CP) vor, welcher auf eine Volksinitiative zurückgeht und sich im Wesentlichen mit dem Inhalt des vormaligen Gesetzesentwurfs (A.C. 3343) deckt. Dieser Gesetzesentwurf wurde mittlerweile der II. Kommission für Justiz zugewiesen (A.C. 4). Mit diesem neuen Straftatbestand soll also jegliche Propaganda für das faschistische und nazifaschistische Regime (unter anderem auch das Zeigen von entsprechenden Gesten und Symbolen in der Öffentlichkeit) bestraft werden. Systematisch soll der neue Artikel 293-bis im Zweiten Buch, Erster Titel, Zweites Kapitel ("Libro II, Titolo I, Capo II") des CP und damit unter den Straftaten gegen den Staat bzw. die innere Sicherheit des Staates ("delitti contro la personalità interna dello Stato") eingeordnet werden.

2.3 Österreich

In Österreich ist bezüglich extremistischer oder rassistischer Gesten, Symbole, Insignien oder Embleme zum einen der Tatbestand des § 115 öStGB zu Beleidigungen massgeblich. Die Bestimmung stellt öffentliche oder zumindest vor mehreren Leuten geschehene Beleidigungen unter Strafe. Unter Beleidigungen sind die Beschimpfung, Verspottung, körperliche Misshandlung und die Androhung solcher Misshandlungen zu verstehen. Beschimpfung ist nicht allein das Belegen mit Schimpfwörtern, sondern auch die Bekundung der Missachtung durch Zeichen und Gebärden oder Handlungen.

Zum anderen ist das sogenannte Verbotsgesetz aus dem Jahr 1947 (VerbotsG) zu nennen, das sämtliche nationalsozialistische Wiederbetätigung untersagt. Jegliche Symbole, Schriften und Druckwerke der NSDAP, ihrer Wehrverbände (SS, SA, NSKK, NSFK), ihre Verbände sowie alle nationalsozialistischen Organisationen sind in Österreich verboten. Nach der Bestimmung des § 3g VerbotsG ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren (bei besonderer Gefährlichkeit des Täters oder der Täterin oder der Betätigung bis zu zwanzig Jahren) zu bestrafen, wer sich im nationalsozialistischen Sinn betätigt. Dieser Straftatbestand kann durch Handlungen verschiedenster Art verwirklicht werden, insbesondere dann, wenn typische Programmpunkte des Nationalsozialismus vertreten werden. Auch die Leugnung der Massenvernichtung von Menschen unter der nationalsozialistischen Herrschaft sind bei entsprechendem Wiederbetätigungsversuch dem Straftatbestand des § 3g VerbotsG zu unterstellen.

In Verbindung mit dem Verbotsgesetz ist auch noch auf Artikel III Absatz 1 Ziffer 4 des Einführungsgesetzes zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen (EGVG) hinzuweisen. Gemäss diesem wird mit einer Geldstrafe von bis zu 10 000 Euro und bei bereits verurteilten Wiederholungstäterinnen mit einer Geldstrafe von bis zu 20 000 Euro oder mit einer Freiheitsstrafe von bis zu sechs Wochen bestraft, wer nationalsozialistisches Gedankengut im Sinne des VerbotsG, verbreitet oder dies versucht.³⁴ Voraussetzung für die Anwendung von Artikel III Absatz 1 Ziffer 4 EGVG ist, dass die Tat nicht nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Die besagte Bestimmung im EGVG unterscheidet sich insofern vom VerbotsG, als dass sie nicht den vom VerbotsG geforderten besonderen Vorsatz, in Österreich wieder ein nationalsozialistisches Regime zu installieren, benötigt. Vielmehr geht es um die Ahndung eines Verhaltens, das objektiv als öffentliches Ärgernis erregender Unfug bestimmter Art empfunden wird.³⁵

Das 2015 im Rahmen eines "Anti-Terror-Paketes" geschaffene Bundesgesetz, mit dem die Verwendung von Symbolen der Gruppierung Islamischer Staat und anderen Gruppierungen verboten wird (Symbole-Gesetz), ist an dieser Stelle ebenfalls zu nennen. Dieses Gesetz zielt zum einen auf islamistische/terroristische Gruppierungen ab (z. B. Islamischer Staat (IS) und Al-Qaida), zum anderen aber auch auf rechtsextreme Gruppierungen wie die Identitäre Bewegung Österreich (IBÖ) oder Die Österreicher (DO5) oder diverse Gruppierungen aus anderen Lagern (Graue Wölfe, die Kurdische Arbeiterpartei (PKK)). Umfasst sind auch deren Teil- oder Nachfolgeorganisationen. Das Symbole-Gesetz verbietet es, Symbole (worunter auch Abzeichen, Embleme und Gesten fallen) der in diesem Gesetz genannten Gruppierungen in der Öffentlichkeit – einschliesslich unter Zuhilfenahme elektronischer Kommunikationsmittel – darzustellen, zur Schau zu stellen, zu tragen oder zu verbreiten. Ebenfalls strafbar ist der Versuch. Zu widerhandlungen werden als Verwaltungsübertretung klassifiziert und mit einer Geldstrafe bis zu 10 000 Euro oder mit Freiheitsstrafe bis zu einem Monat geahndet. Bereits verurteilten Wiederholungstäterinnen droht eine Geldstrafe bis 20 000 Euro und eine Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen. Die Verbote sind nicht anzuwenden auf Druckwerke und periodische Medien, Gesten und bildliche Darstellungen, Aufführungen von Bühnen- und Filmwerken sowie Ausstellungen, bei denen die fraglichen Ausstellungsstücke keinen wesentlichen Bestandteil der Ausstellung darstellen, wenn nicht das Ideengut der fraglichen Gruppierungen gutgeheissen oder propagiert wird. Ebenfalls keine Anwendung finden die Verbote, wenn sich die Ausstellung und deren Zweckbestimmung eindeutig gegen das Ideengut der betreffenden Gruppierung richtet (beispielsweise bei einer Gegendemonstration).

Schliesslich ist das Abzeichengesetz zu erwähnen, bei dem es sich allerdings um ein verwaltungsrechtliches Gesetz handelt. Demgemäß sind jegliche Symbole von einer in Österreich verbotenen Organisation verboten. Da sich gemäss Rechtsprechung das

³⁴ VfGH 11.10.2017, E 1698/2017.

³⁵ Ausgewählte Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs, VfSlg. 12/0021989.

Abzeichengesetz auch auf das Verbotsgebot bezieht,³⁶ fallen auch Symbole des NS-Staats und diverser Unterorganisationen darunter. Ebenfalls verboten sind Symbole, die in ihrer Ähnlichkeit und Zweckbestimmung als Ersatz für ein Nazisymbol dienen. Wenn das Ideengut einer verbotenen Organisation nicht gutgeheissen oder propagiert wird, finden die Verbote keine Anwendung auf Druckwerke, bildliche Darstellungen, Aufführungen von Bühnen- und Filmwerken sowie Ausstellungen, bei denen fragliche Ausstellungsstücke keinen wesentlichen Bestandteil der Ausstellung darstellen. Zu widerhandlungen werden mit einer Geldstrafe bis zu 10 000 Euro oder mit Freiheitsstrafe bis zu einem Monat bzw. im Wiederholungsfall mit einer Geldstrafe bis zu 20 000 Euro oder mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen bestraft. Strafbar ist bereits ein Versuch.

2.4 Frankreich

Im französischen Recht besteht kein allgemeines Verbot von rassistischen oder extremistischen Gesten, Symbolen, Abzeichen oder Emblemen im öffentlichen Raum. Es umfasst hingegen mehrere Bestimmungen mit Verboten, die auf bestimmte Symbole beschränkt sind.

Nach Artikel R645-1 des französischen Strafgesetzbuchs (Code pénal, CP-F) steht das öffentliche Tragen und Zurschaustellen von Uniformen, Abzeichen oder Emblemen unter Strafe, die an Uniformen, Abzeichen oder Embleme erinnern, die entweder von Mitgliedern einer vom Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg für kriminell erklärt Organisation oder von einer Person getragen oder zur Schau gestellt wurden, die von einem anderen Gericht des Verbrechens gegen die Menschlichkeit für schuldig befunden wurde. Vorbehalten bleibt der Bedarf für einen Film, eine Aufführung oder eine Ausstellung, welche die Geschichte in Erinnerung rufen. Dabei handelt es sich um eine Ordnungswidrigkeit der 5. Klasse, d. h. sie wird mit einer Geldstrafe von bis zu 1 500 Euro geahndet (Art. 131-13 CP-F). Die Gegenstände, die zur Begehung der Straftat verwendet wurden oder verwendet werden sollten, können beschlagnahmt werden. Geschützt werden damit die Rechtsgüter Nation, Staat und öffentlicher Friede.

Die Artikel 431-14 und 431-17 CP-F verbieten die Teilnahme an einer Kampfgruppe, d. h. einer Gruppierung von Personen, die Waffen besitzen oder Zugang zu Waffen haben, hierarchisch organisiert sind und die öffentliche Ordnung stören können, oder an einer Gruppierung, die gemäss dem Gesetz über private Kampfgruppen und Milizen vom 10. Januar 1936 aufgelöst wurde. Artikel 431-21 CP-F sieht die Einziehung von Uniformen, Abzeichen, Emblemen, Waffen und sämtlichem Material vor, das von der Kampfgruppe oder der aufrechterhaltenen oder wiedergegründeten Vereinigung oder Gruppierung verwendet wird oder verwendet werden soll.

Das Sportgesetzbuch (Code du sport) enthält Bestimmungen über die Sicherheit von Veranstaltungen. Dazu gehört Artikel L332-7. Gemäss diesem wird bestraft, wer in ei-

³⁶ Parlamentarische Materialien, abrufbar unter: www.parlament.gv.at > Recherchieren > Gegenstände > Anfragen & Beantwortungen > 29.10.2013 - 08.11.2017: XXV. Gesetzgebungsperiode > Abzeichengesetz.

ner Sportstätte während der Durchführung oder öffentlichen Übertragung einer Sportveranstaltung Abzeichen, Zeichen oder Symbole einführt, trägt oder zur Schau stellt, die zu Hass oder Diskriminierung gegen Personen aufgrund ihrer Herkunft, ihrer sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität, ihres Geschlechts oder ihrer tatsächlichen oder vermuteten Zugehörigkeit zu einer bestimmten Ethnie, Nation, Rasse oder Religion aufrufen. Es drohen eine Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr und eine Geldstrafe von bis zu 15 000 Euro.

Schliesslich gilt es gemäss dem allgemeinen Teil des französischen Strafgesetzbuches als erschwerender Umstand, wenn einem Verbrechen oder Vergehen Äusserungen, Schriften, Bilder, Gegenstände oder Handlungen jeglicher Art vorausgehen, damit einhergehen oder auf es folgen, die entweder die Ehre oder das Ansehen des Opfers oder einer Gruppe von Personen, der das Opfer aufgrund seiner tatsächlichen oder vermuteten Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einer angeblichen Rasse, Ethnie, Nation oder bestimmten Religion angehört, verletzen, oder die beweisen, dass die Taten gegen das Opfer aus einem dieser Gründe begangen wurden (Art. 132-76 CP-F).

3 Grundzüge der Vorlage

3.1 Die beantragte Neuregelung

3.1.1 Spezialgesetz

3.1.1.1 Rechtsgut

Als Rechtsgüter werden durch die Rechtsordnung geschützte Interessen bezeichnet, die den grundlegenden Werten einer Gesellschaft entsprechen. In diesem Sinne sind die Normen des StGB Ausdruck der Überzeugungen einer Rechtsgemeinschaft. Mit Strafe ist nur bedroht, wer in der Öffentlichkeit handelt, diese Gedanken auch äussert und damit andere Rechtsgüter verletzt oder gefährdet (z. B. den öffentlichen Frieden oder die Menschenwürde bei der Rassendiskriminierung).

Welches Rechtsgut bzw. welche Rechtsgüter von Artikel 261^{bis} StGB geschützt werden, ist in der Lehre nicht unumstritten. Die herrschende Lehrmeinung nennt als geschütztes Rechtsgut die Menschenwürde und akzessorisch den öffentlichen Frieden.³⁷ Der öffentliche Friede könnte logischerweise nur akzessorisch Rechtsgut sein, da das gesamte StGB den öffentlichen Frieden schütze.³⁸ Dieser Meinung folgend wären alle

³⁷ BGE 123 IV 202 E. 3a; 124 IV 121 E. 2c; 126 IV 20 E. 1c; BSK Strafrecht II-Schleiminger Mettler, Art. 261^{bis} StGB, N 8; Niggli, N 451 ff., 458; OFK StGB-Weder, Art. 261^{bis}, N 2; Handkommentar StGB-Wohlers, Art. 261^{bis}, N 1., Noll/Dreifuss/Markwalder, S. 484 ff., 487; PC CP, art. 261^{bis}, N 2; CR-CP II-Mazou, art. 261^{bis}, N 3.

³⁸ Niggli, N 288 ff.

Tat handlungen von Artikel 261^{bis} StGB Verletzungen der Menschenwürde und es handelt sich somit um ein Verletzungsdelikt. Andere Lehrmeinungen³⁹ sowie die Bot- schaft⁴⁰ zu Artikel 261^{bis} StGB sehen den öffentlichen Frieden als hauptsächliches oder einziges Rechtsgut geschützt. Damit handelt es sich bei Artikel 261^{bis} StGB mithin um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.

Ausführlich und stark kritisiert wird die herrschende Lehre, u. a. die Meinung Niggis von Kunz⁴¹. Kunz räumt ein, der Antidiskriminierungsartikel in Artikel 261^{bis} StGB weise in der Tat eine gewisse Janusköpfigkeit auf (abstrakte Gefährdung des inneren Friedens durch Vergiftung des politischen Klimas und Verletzung der Menschenwürde konkreter Personen durch Zuschreibung von Eigenschaften, die diesen die Qualität als gleichberechtigtes Mitglied der menschlichen Gemeinschaft absprechen). Für Kunz ist Artikel 261^{bis} StGB ein abstraktes Gefährdungsdelikt, das auf den sozialen Frieden im Sinne des Rechtsfriedens zu beziehen ist. Noll/Dreifuss/Markwalder bringen als zusätzliche Komponente den Schutz des subjektiven Sicherheitsempfindens als schützenswertes Rechtsgut bei der Verwendung von nationalsozialistischen Hasssymbolen vor,⁴² das durch die geltende Rechtslage/Rechtspraxis ungenügend adressiert werde. Die verfassungs- und völkerrechtliche Schutzpflicht werde nicht genügend erfüllt.⁴³

Bei der Verwendung von Symbolen des Nationalsozialismus im öffentlichen Raum wird das Rechtsgut des öffentlichen Friedens und auch dasjenige der Menschenwürde beeinträchtigt. Das Zeigen von Symbolen dient einerseits der Selbstdarstellung, andererseits können dadurch Angehörige einzelner Gruppen oder auch ganze Gruppen eingeschüchtert werden. In dem Sinne können nationalsozialistische Symbole von den aviarierten Personen / Personengruppen als Drohung im öffentlichen Raum wahrgenommen werden. Diese Zeichen stehen für Rassendiskriminierung, Antisemitismus und Gewaltverherrlichung (sowie Diskriminierung im Allgemeinen) und gefährden damit ein friedliches Zusammenleben in der Gesellschaft. Sie haben das Potential, das Klima innerhalb der Gesellschaft zu vergiften und den Boden für hetzerische und gewalttätige Handlungen zu legen.⁴⁴

3.1.2 Konkurrenzen

Bei Vorliegen einer Handlung, die die Tatbestandsmerkmale von Art. 261^{bis} StGB erfüllt, und einer Handlung, die eine einfache öffentliche Verwendung eines Nazisymbols im Sinne der neuen Norm darstellt, besteht echte Konkurrenz, d. h. die Erfüllung mehrerer Tatbestände durch mehrere Handlungen.

³⁹ Trechsel/VestArt. 261^{bis}, N 6; Müller, S. 659 ff., 664.

⁴⁰ BBI 1992 269 ff. 303 und 309 f.

⁴¹ Kunz, S. 223-233, 224.

⁴² Noll/Dreifuss/Markwalder, S. 484–501.

⁴³ Noll/Dreifuss/Markwalder, S. 497.

⁴⁴ Rossegger/Graf/Urbaniok/Lau/Witt/Endrass, S. 205 ff.

Fallbeispiel: Eine Person äussert sich rassendiskriminierend und in herabsetzender Weise gegenüber einer anderen Person und trägt dabei ein T-Shirt, auf dem die SS-Runen abgebildet sind. Oder anlässlich einer Demonstration kommt es zu rassendiskriminierenden Äusserungen durch eine Person, die gleichzeitig eine Hakenkreuzfahne trägt. In diesem Fall wird die Person wegen zweier Widerhandlungen, namentlich einerseits einer Zu widerhandlung gegen Artikel 261^{bis} StGB zu einer Geld- oder Freiheitsstrafe sowie andererseits wegen Zeigens eines verbotenen Symbols zu einer Busse verurteilt werden.

Wenn aber die Tathandlung die Tatbestände von Artikel 261^{bis} (Abs. 2 oder 4) StGB erfüllt, dann kommen diese allein zur Anwendung, da sie in diesem Fall das durch das Spezialgesetz Verbotenen enthalten und damit kein Raum bleibt für die spezialgesetzliche Strafbestimmung. Diese kommt nur dann zur Anwendung, wenn die Tathandlung sich im Bereich der ausgemachten «Lücke» befindet, nämlich des bis anhin straflosen Zeigens, Verbreitens, Tragens und Verwendens von Symbolen, wenn damit keine Ideologie gegenüber Dritten verbreitet werden soll oder, wenn dies in nicht gegen die Menschenwürde verstossender Weise und ohne Diskriminierung oder Herabsetzung einer Person oder Personengruppe geschieht (vgl. 1.3).

3.1.3 Anpassungen anderer Gesetze

3.1.3.1 Jugendstrafrecht

Bei einer Umsetzung des Verbots in einem Spezialgesetz wäre dieses neue Gesetz gemäss Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe a des Bundesgesetzes über das Jugendstrafrecht vom 20. Juni 2003⁴⁵ (JStG) auch auf Kinder und Jugendliche anwendbar. Es braucht also *keine* Anpassung des JStG. Es gilt allerdings zu beachten, dass – da Bus sen erst gegen über 15-jährigen Personen ausgesprochen werden können (Art. 24 JStG und Art. 4 Abs. 1 OBG) – jugendliche Täterinnen und Täter im Alter zwischen 10 und 14 Jahren «nur» mit einem Verweis (Art. 22 JStG), einer persönlichen Leistung (Art. 23 JStG) oder einer Schutzmassnahme (Art. 12 ff. JStG) sanktioniert werden können.

3.1.3.2 Militärstrafrecht

Eine Anpassung des MStG mit einem Verweis auf das neue Spezialgesetz ist nicht notwendig. In Artikel 8 verweist das MStG jedenfalls darauf, dass die dem Militärstrafrecht unterstehenden Personen für strafbare Handlungen, die im MStG nicht vorgesehen sind, dem zivilen Strafrecht unterworfen bleiben.

Sollten Verstösse gegen das Verbot des öffentlichen Verwendens von nationalsozialistischen Zeichen der Militärgerichtsbarkeit unterstellt werden (vgl. Art. 180 Abs. 2 MStG), müsste das MStG entsprechend angepasst werden. Als Grundlage für die Unterstellung unter Militärgerichtsbarkeit dient Artikel 218 MStG, ausdrücklich gemäss Absatz 3 auch für den Bereich von Widerhandlungen gegen die Strassenverkehrsgesetzgebung und gemäss Absatz 4 für (ganz) wenige Konstellationen von Widerhandlungen

⁴⁵ SR 311.1

gegen die Betäubungsmittelgesetzgebung. Diese Bestimmung müsste zusammen mit Artikel 180 Absatz 2 MStG zu ergänzen sein, wenn das verbotene Verwenden von nationalsozialistischen Symbolen der Militärgerichtsbarkeit unterstellt werden soll.

3.1.3.3 Ordnungsbussengesetz

Artikel 5 VE-VNSG legt die rechtliche Grundlage für die Einführung des Ordnungsbussenverfahrens. Er sieht vor, dass die Liste in Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe a des Ordnungsbussengesetzes vom 18. März 2016⁴⁶ (OBG) um eine Ziffer ergänzt wird, die es ermöglicht, Verstöße gegen das Verwendungsverbot von Symbolen des Nationalsozialismus im Ordnungsbussenverfahren zu erledigen. Neben der Änderung des OBG braucht es auch eine Änderung der Ordnungsbussenverordnung vom 16. Januar 2019⁴⁷ (OBV), indem Artikel 1 VE-VNSG in den Anhang 2, Bussenliste 2 aufgenommen wird.

Gemäss Artikel 4 Absatz 1 OBG findet das Gesetz keine Anwendung, wenn die Widerhandlung von einer Person begangen wird, die zum Zeitpunkt der Tat das 15. Altersjahr nicht vollendet hat. In Artikel 24 des JStG wird festgelegt, dass erst der Jugendliche, der zur Zeit der Tat das 15. Altersjahr vollendet hat, mit Busse bestraft werden kann (vgl. 3.1.3.1).

3.2 Umsetzungsfragen – Umsetzung durch den Bund

Die Umsetzung eines Verbots der öffentlichen Verwendung von nationalsozialistischen (und auch von rassendiskriminierenden / rassistischen, gewaltverherrlichenden und extremistischen) Symbolen wirft die Frage nach der möglichen Gesetzgebungskompetenz auf. Es geht hier auch um die Abgrenzung von Strafrecht und Polizeirecht. Daher stellt sich zunächst die Frage, ob der Bund über eine Kompetenz zur Gesetzgebung in dem betreffenden Bereich verfügt. Denn wenn die BV dem Bund keine Kompetenzen zuweist, sind die Kantone zuständig. Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts ist Sache des Bundes (Art. 123 BV). Steht eine landesweit einheitliche Lösung mit repressivem Ansatz im Vordergrund, so ist ein strafrechtliches Verbot ins Auge zu fassen. Das Polizeirecht ist in erster Linie Sache der Kantone. Die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ist Aufgabe der Polizei. Die öffentliche Verwendung der besagten Symbole kann als solche Gefahr betrachtet werden. Wird eine vorwiegend präventivrechtliche Lösung in Betracht gezogen, wären somit die Kantone zuständig; die entsprechenden Bestimmungen müssten in den kantonalen Polizei- oder Sicherheitsgesetzen eingeführt werden. Ob die Kantone gesetzgeberisch tätig werden, liegt dabei in ihrem Ermessen.

⁴⁶ SR 314.1

⁴⁷ SR 314.11

Der aktuelle Handlungsbedarf, die Ausführungen in Ziffer 6.2 (insbesondere zur positiven Generalprävention) sowie auch die Feststellung der damaligen Departementsvorsteherin des EJPD im Ständerat im Dezember 2023⁴⁸, dass – zusätzlich zur vom Bundesrat stets propagierten Vorrangstellung der Prävention bei der Bekämpfung von Rassismus und Antisemitismus – repressive Massnahmen notwendig seien, sprechen dafür, das Verbot in einem Spezialgesetz (oder dem StGB) gestützt auf Artikel 123 Absatz 1 BV zu verankern. In Ziffer 1.5.1.2 wurden die Gründe dargelegt, warum eine Umsetzung in einem Spezialgesetz vorzuziehen ist. Im nächsten Kapitel folgen die Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln des neuen Bundesgesetzes über das Verbot des öffentlichen Verwendens von nationalsozialistischen Symbolen (VE-VNSG).

4 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln

4.1 Artikel 1 (Gegenstand und Geltungsbereich)

4.1.1 Absatz 1 (Geltungsbereich)

Der Geltungsbereich des Verbots beschränkt sich auf Tathandlungen in der Öffentlichkeit. Tathandlungen gelten gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts als öffentlich, wenn sie an einen grösseren, durch persönliche Beziehungen nicht zusammenhängenden Kreis von Personen gerichtet sind⁴⁹ bzw. von diesem wahrgenommen werden können. Öffentlich sind danach Handlungen, die nicht im privaten Rahmen erfolgen, d. h. nicht «im Familien- und Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld».⁵⁰ Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, hängt von den konkreten Umständen ab, wobei auch die Zahl der Adressaten von Bedeutung, aber nicht allein ausschlaggebend sein kann.⁵¹

Aus strafrechtlicher Sicht unterscheidet sich das Verwenden von nationalsozialistischen Symbolen in der Öffentlichkeit im virtuellen Raum vom realen Raum nur dadurch, dass sie unter Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnik (IKT) begangen wird. Folglich sind damit nationalsozialistische Symbole auch im Internet verboten, wenn sie «öffentliche» im virtuellen Raum verwendet oder verbreitet werden. Die vom Bundesgericht aufgestellte Definition zur Öffentlichkeit gilt dabei auch hier. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung impliziert die Nutzung der Funktionen „Gefällt mir“ und „Teilen“ in den sozialen Medien den Willen, den entsprechenden Inhalt zu verbreiten⁵². In Verbindung mit einem Nazi-Symbol würde ein solches Verhalten daher

⁴⁸ AB 2023 S 1247.

⁴⁹ BGE 130 IV 111 E. 3.1

⁵⁰ BGE 130 IV 111 E. 5.2.1

⁵¹ BSK Strafrecht II-Schleiminger Mettler, Art. 261^{bis} StGB, N 22.

⁵² BGE 146 IV 23 E. 2.2.3 und 2.2.4

in den Anwendungsbereich der neuen Norm fallen. Allerdings ist die Tatsache problematisch, dass solche Taten oft von einer anonymen Täterschaft begangen werden. Die Identifizierung der Täter oder Täterinnen und die Suche nach und Sicherung von Beweisen auf digitalen Plattformen kann sich darum oft schwierig gestalten.⁵³

Der Geltungsbereich des Verbots beschränkt sich auf Tathandlungen in der Öffentlichkeit. Folglich sind nur öffentliche Handlungen strafbar. Die Strafbarkeit des Verwendens durch das Erfordernis der Öffentlichkeit einzuschränken, ist bereits aus Artikel 261^{bis} Absatz 2 StGB bekannt und durch die Rechtsprechung ausführlich behandelt. Bei der Bestimmung des Begriffes der «Öffentlichkeit» kann demnach auf eine langjährige, ausführliche und ausgereifte Rechtsprechung zum Begriff der Öffentlichkeit in Artikel 261^{bis} StGB zurückgegriffen werden. Um zum Beispiel ein nicht-öffentliches Verkaufen von einem öffentlichen Verkaufen von nationalsozialistischen Symbolen zu unterscheiden, ist dementsprechend die oben beschriebene bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Begriff der Öffentlichkeit in Artikel 261^{bis} StGB heranzuziehen.⁵⁴

4.1.2 Absatz 2 (Religiöse Symbole)

Das Verbot von nationalsozialistischen Symbolen bedeutet, dass Gegenstände und Zeichen, die vom nationalsozialistischen Regime geprägt wurden, verboten werden. Insbesondere das Hakenkreuz ist ein sehr altes Symbol, das in Asien und insbesondere in Indien häufig mit verschiedenen Religionen wie dem Hinduismus, Buddhismus oder dem Jainismus in Verbindung gebracht wird. Das Hakenkreuz (im Sanskrit: Swastika) hat in diesen Kulturen die Bedeutung eines Sonnenzeichens und wird als «Glückbringer» verstanden. Deshalb ist eine Präzisierung des Anwendungsbereichs des Gesetzes (Art. 1 Abs. 2 VE-VNSG) dahingehend angezeigt, dass bereits existierende religiöse Symbole, die mit nationalsozialistischen Symbolen identisch oder ähnlich sind, vom Geltungsbereich des Verbotes von Vorneherein ausgeschlossen sind.

Eine tiefe moralische Überzeugung reicht nicht für die Anerkennung als religiös. Es kann vorkommen, dass die Begriffe „Religionen“, „Überzeugungen“ und „Meinungen“

⁵³ Hassreden. Bestehen gesetzliche Lücken? Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 21.3450, Sicherheitspolitische Kommission des Ständerates, vom 25. März 2021, Ziff. 4.2.3. Abrufbar unter: [> 21.3450 > Bericht in Erfüllung des parlamentarischen Vorschusses.](http://www.parlament.ch)

⁵⁴ Die frühere Rechtsprechung stellte bei der Bestimmung der Öffentlichkeit im Wesentlichen auf die Zahl der Adressaten ab. Das Bundesgericht hat Öffentlichkeit damals beispielsweise verneint im Falle eines Buchhändlers, der ein Holocaust leugnendes Buch in beschränkter Zahl (weniger als zehn Exemplare) an einem für Kunden nicht einsehbaren Ort aufbewahrte, dafür keine Werbung gemacht und es nur auf Verlangen verkauft hatte (BGer, 23. 8. 2000, 65.291/2000). BGE 130 IV 111 stellt hierzu eine klare Praxisänderung dar. Gemäss BGE 130 IV 111, 120 E. 5.2.2. schliesst die gemeinsame Gesinnung den öffentlichen Charakter der Veranstaltung nicht aus, wenn die Gesinnungsgenossen nicht auch persönlich miteinander verbunden sind. Laut der neuen Rechtsprechung würde im Falle des beschriebenen Verkaufs des Holocaust leugnenden Buchs die Öffentlichkeit nur verneint, wenn der Verkäufer/die Käufer nicht im Familien- und Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld sind. Es spielt keine Rolle, dass sie wohl alle dieselbe/ähnliche Gesinnung haben. Ebenfalls spielt es keine entscheidende Rolle, dass es sich bei den Käufern nur um einen engen Adressatenkreis handelt.

miteinander vermischt werden.⁵⁵ Vorliegend erlaubt es die Beschränkung auf religiöse Gründe, die Ausnahme vom Verbot auf bestehende Religionen, die die von Lehre und Rechtsprechung anerkannten Merkmale aufweisen, wie z. B. Hinduismus oder Buddhismus, zu begrenzen, ohne sich jedoch auf moralische Überzeugungen ohne direkte Verbindung zu einer Gottheit oder Transzendenz zu erstrecken.⁵⁶

4.1.3 Gegenstand

Es stellt sich die Frage, ob alle vier Tathandlungen, namentlich das Verwenden, Tragen, Zeigen und Verbreiten genannt werden müssen. Grundsätzlich sind die Handlungen des Tragens und Zeigens in den Begriffen des Verwendens und Verbreitens schon inbegriffen, aber eine genauere Beschreibung der einzelnen Tathandlungen bereits im Tatbestand kann dazu dienen, dass die verbotenen Handlungen für die Bürgerinnen und Bürger leichter zu verstehen sind, weswegen diese vier Tathandlungen in Artikel 1 Absatz 1 genannt werden. Die Begriffe des «Verwendens» und «Verbreitens» umfassen zusätzlich zu den genannten (Tragen und Zeigen) noch mehr Handlungen. Im Bericht und Vorentwurf 2009 finden sich einerseits eine Definition der Begriffe «Verwenden» und «Verbreiten» und andererseits auch praktische Beispiele, die die Vorteile dieser Begriffe darstellen: «Verwenden» wurde als tragen, anpreisen, anbieten, zeigen, ausstellen oder sonst wie zugänglich machen interpretiert. Es sei nicht einzusehen, welche Bedeutung z. B. ein öffentliches Zeigen haben könnte, das sich vom öffentlichen Ausstellen unterscheiden würde. So sei es fraglich, ob es sich beim Anbringen eines Hakenkreuzes z. B. auf dem eigenen öffentlich sichtbaren Briefkasten um ein Ausstellen oder ein Zeigen handelt. Mit der Formulierung des «Verwendens» fallen solche subtilen und zum Teil rein theoretischen Unterscheidungen weg und damit ist auch z. B. das Beschmieren oder Besprayen von Hauswänden mit Hakenkreuzen gemeint. «Verwenden» bedeutet also auch im vorliegenden Kontext ein öffentliches Benutzen von nationalsozialistischen Symbolen. «Verbreiten» wurde als elektronische, mündliche oder schriftliche Weitergabe z. B. durch Vorlesen, Abspielen, Anschlagen, Ausstellen, Verteilen oder Verkaufen der genannten Symbole oder Gegenstände an einen öffentlichen Adressatenkreis, ohne das nach geltendem Recht in Absatz 2 von Artikel 261^{bis} StGB verlangte werbende Element, definiert.⁵⁷

In Bezug auf den subjektiven Tatbestand ist Vorsatz und zwar in Bezug auf die öffentliche Verwendung oder Verbreitung erforderlich. D.h. der Täter muss die Absicht haben, das Symbol ausserhalb seiner Privatsphäre/seines privaten Umfelds zeigen zu wollen.⁵⁸

⁵⁵ Kühler, S. 215.

⁵⁶ BGE 119 Ia 178 E. 4b zur Definition der Religionsfreiheit.

⁵⁷ Bericht und Vorentwurf 2009, Ziff. 6.4.

⁵⁸ In Bezug auf Tätowierungen oder z.B. Anhänger mit Hakenkreuz gilt, dass diese in der Öffentlichkeit verborgen werden sollten, ansonsten es zu einer Sanktionierung mit einer Busse kommen kann.

Da es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt, ist die Tat vollendet, wenn der Täter oder die Täterin eine der in Artikel 2 Absatz 1 beschriebenen Handlungen (Verwenden, Verbreiten, Tragen und Zeigen) in der Öffentlichkeit ausgeführt hat.

Bei Übertretungen werden Versuch und Gehilfenschaft nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen bestraft (Art. 105 Abs. 2 StGB). Es ist allerdings fraglich, ob dies bei einem Delikt, das aufgrund seiner geringen Schwere als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet werden soll, angemessen oder notwendig ist. Bei Fällen, die einen gewissen Schweregrad aufweisen, die also die Tatbestände von Artikel 261^{bis} Absatz 2 (das Zeigen oder Tragen mit werbendem Charakter) oder 4 (zur Herabsetzung oder Diskriminierung von Personen oder Personengruppen) erfüllen, sind Versuch und Teilnahme bereits strafbar. Für die Tathandlungen, die durch das VE-VNSG abgedeckt werden, wird darum auf die Strafbarkeit von Versuch und Gehilfenschaft verzichtet.

4.2 Artikel 2 (Verbote Symbole und Ausnahmen)

4.2.1 Absatz 1 (Verbote Symbole)

Unter Nationalsozialismus wird eine nach dem Ersten Weltkrieg in Deutschland aufgekommene, extrem nationalistische, imperialistische, rassistische und antisemitische politische Bewegung verstanden. Auf dieser Ideologie basierte die faschistische Herrschaft von Adolf Hitler in Deutschland in den Jahren von 1933 bis 1945. Der Nationalsozialismus ist antisemitisch, antidemokatisch, antiliberal und völkisch (in der rassistischen Ideologie des Nationalsozialismus ein Volk als vermeintliche Rasse betreffend). (Ab-)Zeichen,⁵⁹ Embleme,⁶⁰ Fahnen, Gesten,⁶¹ Parolen,⁶² Grussformeln⁶³ usw. dieser faschistischen Herrschaft und von Nazi-Deutschland werden als sogenannte Symbole des Nationalsozialismus verstanden. Die allgemein bekanntesten und am weitesten verbreiteten Symbole sind sicherlich das Hakenkreuz⁶⁴, der Hitlergruss und die SS-

⁵⁹ Damit sind Erkennungs-, Ehren- oder Schmuckabzeichen gemeint, die aus Stoff, Plastik oder Metall hergestellt sein und eine Tätigkeit oder Funktion, einen Rang oder Dienstgrad sowie eine Leistung oder Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft repräsentieren können. Es kann sich dabei z. B. um Aufnäher, Anstecknadeln, Pins oder ähnliches handeln.

⁶⁰ Mit Emblemen sind Hoheitszeichen gemeint, wie z. B. Wappen und Dienstsiegel eines Staates, hier des Dritten Reiches bzw. Nazi-Deutschlands.

⁶¹ Hitlergruss, «Quenelle».

⁶² Damit ist ein kurzer, einprägsamer Spruch gemeint, in dem ein Grundsatz, eine Absicht, eine Forderung, ein Ziel oder ähnliches formuliert ist, z. B. «Sieg Heil», «Ein Volk, ein Reich, ein Führer».

⁶³ Damit ist ein mündlicher oder schriftlicher Gruss gemeint, wie z. B: «Heil Hitler» oder mit deutschem Gruss.

⁶⁴ Gemäss Jahresbericht 2023 des CICAD (S. 19) wurden in der französischsprachigen Schweiz von Juli bis Oktober über 40 Fälle von Hakenkreuzschmierereien gemeldet.

Runen und diese können damit als «Kernsymbole» des Nationalsozialismus bezeichnet werden.⁶⁵ Diese Symbole stehen für: Deportationen und Massenmord, Zerstörung bürgerlicher Rechte und Freiheiten, Krieg und Vernichtung.

Auch Abwandlungen sollen unter das Verbot fallen. Zu den allgemein bekanntesten gehören die Zahlenkombinationen 18 und 88, wobei die Zahlen die für den 1. und 8. Buchstaben des Alphabets stehen und damit «AH» für Adolf Hitler und «HH» für Heil Hitler» (oder rückwärts aus dem Alphabet zweimal der achtletzte Buchstabe und damit «SS») meinen. In Zweifelsfällen können die urteilenden Behörden im Rahmen der Auslegung und im Zusammenhang mit dem Kontext und der Intention des Täters oder der Täterin entscheiden, ob eine Abwandlung im konkreten Fall als strafbar anzusehen ist,⁶⁶ wie beispielsweise das Bundesgericht dies im Zusammenhang mit der sog. «Quenelle»⁶⁷ entschieden hat.⁶⁸

4.2.2 Absatz 2 (Ausnahmen)

Im Rahmen des geltenden Artikels 261^{bis} StGB ist die tatbestandsmässige Nutzung von rassendiskriminierenden Symbolen zu bestimmten Zwecken (z. B. edukativ, journalistisch) erlaubt, sofern eine solche Verwendung nicht die Voraussetzungen der Strafbarkeit erfüllt.

In Bezug auf die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV) verpflichtet Artikel 36 BV den Gesetzgeber, die Strafbarkeit zu definieren und die Strafnorm so zu formulieren, dass sie dieses Grundrecht respektiert. Darüber hinaus ist es Aufgabe der Gerichte, die Meinungsfreiheit bei der Auslegung der Norm zu berücksichtigen. Zulässige Eingriffsinteressen umfassen insbesondere den Schutz der Menschenwürde und der religiösen Überzeugungen.⁶⁹ Die Aufgabe des Gesetzgebers besteht also darin, die Ausnahmen genau zu definieren. Zu weit gefasst sollten sie jedoch nicht sein. Alles unter dem «Deckmantel» eines edukativen, künstlerischen oder kulturellen, historischen, journalistischen und wissenschaftlichen Kontextes zu rechtfertigen, widerspräche dem Sinn der Ausnahmen und sollte nicht möglich sein. Es muss auf jeden Fall eindeutig sein, dass das Zeigen des jeweiligen Symbols im entsprechenden Kontext angebracht und nötig ist. Ansonsten besteht die Gefahr des Missbrauchs.

⁶⁵ Bericht und Vorentwurf 2009, Ziff. 6.3.

⁶⁶ Sollte der Gesetzgeber den Handlungsspielraum der Gerichte eingrenzen wollen, wäre der Weg über eine Verordnung zu Festlegung der verbotenen nationalsozialistischen Symbole möglich.

⁶⁷ Bei diesem wird ein Arm mit offener Handfläche schräg nach unten gestreckt und die andere Hand über die Brust auf die Schulter oder den Oberarm gelegt.

⁶⁸ Der öffentlich ausgeführte Hitlergruss (BGE 140 IV 102 E. 2.4) oder die öffentlich ausgeführte «Quenelle» (BGE 143 IV 308) können je nach den Umständen und den örtlichen Besonderheiten und/oder dem Kreis der Adressaten ein strafloses Bekenntnis, ein Propagieren nach Artikel 261^{bis} Absatz 2 oder eine Herabsetzung nach Absatz 4 darstellen (BGE 140 IV 102).

⁶⁹ BSK BV-Hertig, Art. 16 BV, N 36.

Artikel 2 Absatz 2 enthält Ausnahmen vom Verbot bei der Verwendung von Symbolen des Nationalsozialismus zu edukativen, künstlerischen und kulturellen, historischen, journalistischen und wissenschaftlichen Zwecken. Unter journalistischen Zwecken ist Berichterstattung (Presse, Internet, Fernsehen etc.) zu verstehen, die z. B. von Hakenkreuzschmierereien, Hakenkreuzfahnen an Demonstrationen oder rechtsextreme Gruppierungen und Personen berichtet. In diesem Zusammenhang können Bilder von verbotenen Symbolen straffrei gezeigt werden. Bei den Ausnahmen im Bereich Kunst und Kultur fällt z. B. auch Satire darunter. Satire wird als Kunstgattung (Literatur, Karikatur, Film) definiert, die durch Übertreibung, Ironie und «beissenden» Spott an Personen, Ereignissen Kritik übt, sie der Lächerlichkeit preisgibt, Zustände anprangert, mit scharfem Witz geisselt.⁷⁰ Der Übergang zwischen dem, was unter edukative, historische und wissenschaftliche Zwecke fällt, ist sicher fliessend. Es werden dennoch alle drei Bereiche genannt, um die Ausnahmen möglichst präzise zu umschreiben. Mit «historischen Zwecken» sind z. B. Gedenkstätten, Darstellungen von Uniformen, Waffen etc.⁷¹ gemeint, die keinen edukativen, wissenschaftlichen oder kulturellen Charakter haben, sondern (lediglich) informativ sein sollen.

4.3 Artikel 3 (Einziehung)

Die Symbole – soweit es sich um Fahnen, Abzeichen, Embleme oder Gegenstände, die solche Symbole oder Abwandlungen davon darstellen oder enthalten, wie Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen oder Abbildungen handelt – werden gemäss Artikel 69 StGB eingezogen.

In Artikel 8 Absatz 1 OBG wird präzisiert, dass mit der Erhebung der Ordnungsbuisse Gegenstände, die nach Artikel 69 StGB einzuziehen sind, sichergestellt werden, und in Artikel 8 Absatz 2, dass die sichergestellten Gegenstände mit der Bezahlung der Busse als eingezogen gelten. Die Person, die bestreitet, dass die Voraussetzungen für eine Einziehung erfüllt sind, muss dies im Strafverfahren geltend machen, indem sie das Ordnungsbussenverfahren ablehnt und damit ein ordentliches Strafverfahren eingeleitet wird (Art. 13 Abs. 2 OBG). Eine Ordnungsbuisse kann auch im ordentlichen Strafverfahren ausgesprochen werden (Art. 14 OBG).

4.4 Artikel 4 (Strafbarkeit)

Da das Verbot des Verwendens von nationalsozialistischen Symbolen in einem eigenständigen Gesetz umgesetzt werden soll, muss der Strafrahmen speziell festgelegt werden. Weigert sich eine Person, die verhängte Ordnungsbuisse zu bezahlen, so kommt es zu einem ordentlichen Verfahren. Dann soll der maximale Strafrahmen bei 1000 Franken liegen. Artikel 4 VE-VNSG legt darum den Maximalbetrag der Busse bei einem Verstoss gegen das Verbot der Verwendung von nationalsozialistischen Symbolen auf diese 1000 Franken fest. Die Höhe der Busse im Einzelfall bestimmen die

⁷⁰ In Deutschland ist die Verwendung nationalsozialistischer Zeichen sozialadäquat und damit straflos, wenn der unbefangene Beobachter darin eine Ablehnung der NS-Ideologie erkennen kann, was vorliegend bei der Satire der Fall wäre.

⁷¹ Im Rahmen z. B. einer Retrospektive der Militäruniformen Europas im 20. Jahrhundert.

kantonalen Gerichte. Im ordentlichen Verfahren können bei der Bemessung der Bussenhöhe Umstände wie eine wiederholte Tatbegehung berücksichtigt werden. Im vereinfachten Verfahren liegt die Maximalhöhe einer Busse im Sinne von Artikel 1 Absatz 3 OBG bei 300 Franken. In den im vorliegenden Gesetzesentwurf festgelegten Fällen soll die Busse 200 Franken betragen (vgl. Ziffer 4.6).

Zu berücksichtigen sind dann auch die persönlichen Verhältnisse der Person und ihr Verschulden (Art. 106 Abs. 3 StGB). Dabei ist das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten (Art. 47 und 106 Abs. 3 StGB).

4.5 Artikel 5 (Strafverfolgung)

Gemäss Artikel 5 VE-VNSG obliegt die Strafverfolgung den Kantonen. Diese Zuständigkeit entspringt Artikel 123 Absatz 2 BV, wonach in erster Linie die Kantone für die Umsetzung des Strafrechts verantwortlich sind. Sie schliesst die Verfolgung von Straftaten ein.

4.6 Artikel 6 (Ordnungsbussengesetz)

Artikel 6 VE-VNSG legt die rechtliche Grundlage für die Einführung des Ordnungsbussenverfahrens. Das Ordnungsbussenverfahren erlaubt die effiziente Sanktionierung von Übertretungen mit einem geringen Unrechtsgehalt. Mit der Ordnungsbusse gibt die Strafverfolgungsbehörde den Betroffenen die Möglichkeit, die Begehung der Widerhandlung anzuerkennen und die Busse zu bezahlen. Mit dieser Anerkennung verzichten die Betroffenen darauf, dass die Behörden den Fall weiterbearbeiten. Da den Behörden keine weiteren Aufwände entstehen, ist das Verfahren für die Betroffenen im Gegenzug kostenlos.

Artikel 6 VE-VNSG sieht vor, dass die Liste in Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe a des OBG um eine Ziffer ergänzt wird, die es ermöglicht, Verstösse gegen das Verwendungsverbot von nationalsozialistischen Symbolen im Ordnungsbussenverfahren zu erledigen. Neben dieser Änderung des OBG braucht es auch eine Ergänzung der OBV, indem Artikel 1 VE-VNSG in den Anhang 2, Bussenliste 2 aufgenommen und wie folgt ergänzt wird: «das öffentliche Verbreiten, Verwenden, Tragen und Zeigen von nationalsozialistischen Symbolen, ohne dass eine Ausnahme nach Artikel 2 Absatz 2 VE-VNSG vorliegt».

Die in der OBV festzulegende Bussenhöhe bei einer Erledigung im Ordnungsbussenverfahren soll 200 Franken betragen. Damit liegt die gewählte Bussenhöhe im oberen Drittel des Bussenrahmens, der von 10–300 Franken reicht. Eine Busse über 200 Franken ist beispielsweise vorgesehen für Benützung einer Nationalstrasse ohne Vignette (Anhang 2 Bussenliste 2 Ziffer 6001 OBV) oder die Verletzung der Pflicht zur Preisbekanntgabe im UWG (Anhang 2 Bussenliste 2 Ziffer 3001 OBV). Beim Verbot von nationalsozialistischen Symbolen handelt es sich um eine abstraktes Gefährdungsdelikt. Solche Symbole können durch das, wofür sie stehen, den öffentlichen Frieden gefährden. Der Unrechtsgehalt ist damit nicht gering und sicher vergleichbar mit demjenigen des Fahrens ohne Vignette oder einer Verletzung der Pflicht zur Preisbekanntgabe.

Eine Busse von 250 Franken (oder mehr) wäre allerdings zu hoch gegriffen. Die OBV sieht Bussen von 250 Franken für einige Strassenverkehrsdelikte vor, darunter z. B. das Rechtsüberholen durch Ausschwenken (Anhang 1 Bussenliste 1 Ziffer 314 Nr. 3) oder das Überschreiten der Höchstgeschwindigkeit innerorts um 11–15 km/h (Anhang 1 Bussenliste 1 Ziffer 303 Bst. c). Bei solchen Tathandlungen ist der Unrechtsgehalt aufgrund der abstrakten Gefährdung von Leib und Leben höher.

4.7 Artikel 7 (Referendum und Inkrafttreten)

Gemäss Artikel 7 untersteht das neue Bundesgesetz dem fakultativen Referendum (Art. 141 Abs. 1 Bst. a BV). Der Bundesrat beschliesst das Inkrafttreten.

5 Auswirkungen

5.1 Auswirkungen auf den Bund

Da für die Umsetzung des Verbots von nationalsozialistischen Symbolen (erste Stufe Umsetzung *Motion 23.4318 RK-S*) in einem Spezialgesetz *keine* zusätzliche Verordnung mit den allfällig verbotenen Symbolen notwendig ist (vgl. Ziff. 1.5.1.3) führt dies im Bund zu keinen zusätzlichen Kosten. Neues Personal ist nicht erforderlich.

Bei der Umsetzung eines Verbots von rassendiskriminierenden, gewaltverherrlichen und extremistischen Symbolen (Zweite Stufe Umsetzung *Motion 23.4318 RK-S*) wird – neben der Erweiterung des Spezialgesetzes – *eine* solche zusätzliche Verordnung notwendig sein (vgl. Ziff. 1.5.1.3) und für den Bund wird zusätzlicher Arbeitsaufwand entstehen (evtl. Bundesrat, Parlament), was zu Mehrkosten führen wird. Ob zusätzliches Personal eingestellt werden müsste, ist momentan schwer abzuschätzen, aber vermutlich nicht nötig.

5.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden

Strafverfolgung und richterliche Beurteilung sind Sache der Kantone. Bei den Finanzen und beim Personal könnte sich daher ein Mehrbedarf ergeben. Bei der Umsetzung des Verbots mittels einer spezialgesetzlichen Lösung und der Möglichkeit der Anwendung des Ordnungsbussenverfahren, sollten sich die finanziellen und personellen Auswirkungen vermutlich in einem moderateren Rahmen halten können als bei einer Umsetzung im StGB selbst, weil sich dann Staatsanwaltschaften und Gerichte nur in seltenen Fällen (bei Einsprache gegen Busse) damit beschäftigen müssten. Mit dem Ordnungsbussenverfahren würden die Strafverfolgungs- und Strafjustizbehörden also nicht weiter überlastet und der Mehraufwand im Vergleich zu einer Lösung im StGB kleiner ausfallen. Eine Regelung im StGB würde die systematische Zuständigkeit der Staatsanwaltschaften und Gerichte implizieren. Es ist schwierig, die Anzahl der neu zu beurteilenden Fälle und die damit verbundenen Kosten abzuschätzen. Die von der SIG/GRA und der CICAD unter Ziffer 1.1 oben genannten Zahlen können eine Vorstellung davon vermitteln, wie viele Fälle bei den Strafverfolgungsbehörden landen könnten, zumindest bis das neue Verbot seine volle Wirkung entfaltet.

Eine neue Norm bzw. ein neues Spezialgesetz regelt die Strafbarkeit der Verwendung von nationalsozialistischen Symbolen im öffentlichen Raum umfassend. Stehen kantonale Regelungen im Widerspruch zur Bundesregelung, geht das Bundesrecht aufgrund seiner derogatorischen Kraft vor. Kantonale Regelungen hingegen, die über die Bundesregelung hinausgehen, könnten in diesem Umfang weiterhin anwendbar sein (vgl. auch Ziff. 1.1 zu bereits existierenden Symbolverboten und Symbolverboten de lege ferenda in einzelnen Kantonen).

5.3 Auswirkungen auf die Gesellschaft

Die parlamentarischen Vorstösse in einigen Kantonen, aber auch die politischen Statements im National- und Ständerat und Zeitungsartikel haben gezeigt, dass es einen breiten gesellschaftlichen Konsens darüber gibt, dass nationalsozialistische Symbole in der Öffentlichkeit nicht zu sehen sein sollten. Die Umsetzung der ersten Stufe der *Motion 23.4318 RK-S* dient der Erfüllung dieses gesellschaftlichen Bedürfnisses. Damit kann sich das Verbot direkt auf das Vertrauen des Bürgers und der Bürgerin in den Staat sowie das Sicherheitsgefühl derselben positiv auswirken.

5.4 Auswirkungen auf die Wirtschaft

Das Verbot des öffentlichen Verwendens, Verbreitens, Tragens und Zeigens von nationalsozialistischen Symbolen hat Auswirkungen auf den Verkauf von und den Handel mit Objekten mit solchen Symbolen. Ein öffentliches Anpreisen sowohl im virtuellen als auch im realen Raum erfüllt den Tatbestand des Verbreitens (zur Öffentlichkeit im Internet, vgl. Ziff. 4.1.1). Bei Verkaufs- und Handelsgütern, die Abwandlungen – also, wenn z. B. Zahlencodes verwendet, gewisse Bekleidungsmarken vereinnahmt oder sonstige «normale» Zeichen mit einer anderen Bedeutung benutzt werden – zeigen, sind Verkauf oder Handel grundsätzlich nicht eingeschränkt. Eine allfällig verbotene Handlung würde sich erst durch den Nutzenden ergeben, wobei dabei der Kontext und die Umstände der Tat für eine Verurteilung entscheidend wären.

6 Rechtliche Aspekte

6.1 Verfassungsmässigkeit

Die Regelung stützt sich auf die Kompetenz des Bundes, auf dem Gebiet des Strafrechts Gesetze zu erlassen (Art. 123 Abs. 1 BV, vgl. Ziff. 3.2). Die neue Regelung tangiert die Meinungsfreiheit (Art. 16 BV). Da es sich um eine Norm handelt, die in das Grundrecht der Meinungsfreiheit eingreift, muss sie die Bedingungen von Artikel 36 BV (Einschränkungen der Grundrechte) erfüllen.

Einschränkungen sind zulässig, wenn sie:

- auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen,

- im öffentlichen Interesse liegen bzw. durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sind,
- den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren und den Kerngehalt der Grundrechte nicht antasten.⁷²

In seinem erläuternden Bericht vom Juni 2009 zum Vorentwurf von Artikel 261^{ter} StGB und Artikel 171d MStG kam der Bundesrat zum Schluss, dass ein Verbot rassistischer Symbole, die darauf abzielen, Angehörige einer Rasse, Ethnie oder Religion systematisch herabzusetzen oder zu verunglimpfen, mit der Meinungsäußerungsfreiheit wohl vereinbar sei. Er schlug eine einfache, mit einer Busse zu bestrafender Übertretung vor.⁷³

Die Umsetzung der *Motion 23.4318 RK-S* stellt ein Mittel dar, den öffentlichen Frieden und die öffentliche Sicherheit zu schützen. Außerdem dient sie dem Schutz des demokratischen Rechtsstaats und der Menschenwürde.

Die Meinungsfreiheit in einem pluralistischen und demokratischen Gemeinwesen geht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung weit: Der Meinungsbegriff ist weit gefasst über «die Gesamtheit der Mitteilungen menschlichen Denkens»⁷⁴ und umfasst auch unhaltbare, offensichtlich falsche Mitteilungen,⁷⁵ «provozierende oder schockierende Äusserungen»,⁷⁶ Vereinfachungen oder Übertreibungen.⁷⁷ In einer Demokratie ist es von zentraler Bedeutung, dass auch Standpunkte vertreten werden können, die einer Mehrheit missfallen oder für viele schockierend wirken.⁷⁸ Der Sinn einer Äusserung ist eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht frei prüft. Massgebend ist dabei der Sinn, welchen der unbefangene durchschnittliche Dritte der Äusserung unter den gegebenen Umständen beilegt.⁷⁹ Es ist mithin erforderlich, dass die Äusserung vom Dritten in einem rassendiskriminierenden Sinne verstanden wird und der Beschuldigte eine Interpretation seiner Äusserung in diesem Sinne in Kauf genommen hat.⁸⁰ Der Schutz der Meinungsfreiheit bezieht sich nicht nur auf den Inhalt der Äusserung, sondern umfasst

⁷² BGE **147** IV 145, 162 E. 2.4.1; **137** IV 313, 323 E. 3.3.1

⁷³ Bericht und Vorentwurf 2009, Ziff. 6.1.

⁷⁴ BGE **127** I 145, 152 E. 4b

⁷⁵ BGE **131** IV 23 E. 3.1 mit Hinweis.

⁷⁶ BGE **143** IV 193 E. 1; **138** I 274, 281 E. 2.2.1; **131** IV 23 E. 3.1; EGMR *Thorgeirson v. Island*, 13778/88, A/239 [1992], Ziff. 63; EGMR, *Handyside v. Vereinigtes Königreich*, 5493/72, A/24 [1976], Ziff. 49: «[Das Recht der Meinungsäußerung gilt auch] to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population»; EGMR *Satakunnan Markkinapörssi Oy & Satamedia Oy v. Finnland*, 931/13 [2017], Ziff. 124; SRG v. Switzerland, 34124/06 [2012], Ziff. 51; siehe auch BGE **146** II 217, 247 f. E. 8.2 m.w.H.; **138** I 274, 281 E. 2.2.1.

⁷⁷ BGE **143** IV 193 E. 1; **131** IV 23 E. 2.1, BGer 6B_1126/2020 vom 10. Juni 2021 E. 2.1.1; 6B_644/2020 vom 14. Oktober 2020 E. 1.3, je mit Hinweisen.

⁷⁸ BGE **143** IV 193 E. 1; **138** I 274 E. 2.2.1 m.w.H.; **131** IV 23 E. 3.1; EGMR *Perincek v. Switzerland* [GC], 27510/08, Reports 2015, Ziff. 196.

⁷⁹ BGE **148** IV 113 E. 3; **145** IV 462 E. 4.2.3; **143** IV 193 E. 1; **140** IV 67 E. 2.1.2; BGer 6B_1126/2020 vom 10. Juni 2021 E. 2.1.1; je mit Hinweisen.

⁸⁰ BGE **140** IV 67 E. 2.1.2; BGer 6B_627/2015 vom 4. November 2015, E. 2.5 («Kristallnacht»-Tweet).

auch die freie Wahl der Kommunikationsformen⁸¹ und -mittel⁸² (auch durch Bilder, Gebärden, Tanz, das Tragen von Symbolen,⁸³ Fahnen,⁸⁴ Spruchbändern⁸⁵).

Die Strafnorm muss das Verhältnismässigkeitsprinzip wahren. Die in der neuen Norm vorgeschlagene Sanktion stellt insbesondere dadurch ein verhältnismässiges Mittel dar, dass sie durch die Ausgestaltung als Übertretung dem Umstand Rechnung trägt, dass der Unrechtsgehalt im Vergleich zu Verstößen gegen Artikel 261^{bis} StGB vergleichsweise gering ist. Die vorgeschlagene Norm muss ein geeignetes und notwendiges Mittel sein, um den öffentlichen Frieden zu wahren und vor einer Gefährdung der Menschenwürde zu schützen. Das Strafrecht vermag es nicht (allein), schwierige soziale Verhaltensmuster zu lösen. Jedoch ist das Strafrecht Ausdruck der moralischen Grundhaltungen und Werte einer Gesellschaft. Damit kommt dem Strafrecht im Sinne einer positiven Generalprävention eine vertrauensbildende (Vertrauen in die Rechtsordnung) und stabilisierende gesellschaftliche Funktion (Bestätigung der Normgeltung) zu.⁸⁶ Aus dem Gesagten folgt, dass die vorgeschlagene Verbotsnorm nationalsozialistischer Symbole, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung von Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion, aber auch aufgrund von sexueller Orientierung, Geschlechtsidentität, politischer Überzeugung sowie geistiger oder körperlicher Behinderung, gerichtet sind, ein geeignetes und notwendiges Mittel zur Wahrung des öffentlichen Friedens und zum Schutz der Menschenwürde ist. Die Ausnahmebestimmungen in Artikel 2 Absatz 2 VE-VNSG (vgl. Ziff. 4.2.2) stellen sicher, dass überwiegende individuelle Interessen bei der Umsetzung der ersten Etappe der *Motion 23.4318 RK-S* angemessen geschützt werden können.

6.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Die Regelung tangiert Garantien der EMRK und des UNO-Pakts II⁸⁷, namentlich die Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 10 EMRK, Art. 19 UNO-Pakt II).

Die Freiheit der Meinungsäußerung ist in einer freiheitlich-demokratisch organisierten Gesellschaft ein hohes Gut. Allerdings besteht kein Grundrecht uneingeschränkt, so dass allein die Feststellung, dass eine Regelung ein Grundrecht einschränkt, nicht ausreichen kann, ihre Legitimität in Frage zu stellen. Vielmehr stellt sich die Frage, ob die

⁸¹ BGE **127** I 145, 152 E. 4b

⁸² BGE **117** Ia 472, 478 E. 3c; EGMR *Women on Waves v. Portugal*, 31276/05 [2009], Ziff. 30.

⁸³ EGMR *Vajnaj v. Ungarn* (roter Stern als Anstecker), 33629/06 [2009], BGE **117** Ia 472, 478 E. 3c (Ansteckknöpfe).

⁸⁴ BGE **107** Ia 59 E. 5b, 62

⁸⁵ BGE **111** Ia 322 E. 6a

⁸⁶ Vgl. dazu auch den Bericht Verfassungsschutz, S. 5: Rechtsextremisten können Schweigen und Wegsehen als Zustimmung werten und sich dadurch zu weiteren und häufig folgenschweren Angriffen auf Schwache und Minderheiten herausgefordert fühlen.

⁸⁷ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, Uno-Pakt II; SR **0.103.2**

Einschränkung angemessen ist. Im Strafrecht sind Einschränkungen der Meinungsfreiheit durchaus verbreitet und gehen bei anderen Tatbeständen sogar meist weiter als im Zusammenhang mit Artikel 261^{bis} StGB.⁸⁸ Dies ist z. B. bei Artikel 261 StGB (Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit) der Fall. Der Anwendungsbereich der Bestimmung umfasst vor allem auch künstlerische Darstellungen, die nicht privilegiert werden.⁸⁹ Im Nebenstrafrecht z. B. ist gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a i.V.m. Artikel 23 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986⁹⁰ (UWG) strafbar, wer «andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt.»⁹¹

Eingriffe in die durch Artikel 10 Absatz 1 EMRK garantierte Meinungsfreiheit sind nach EGMR-Rechtsprechung dann gerechtfertigt, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind, einem der in Artikel 10 Absatz 2 EMRK genannten legitimen Zwecke dienen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind, d.h. einem dringenden sozialen Bedürfnis entsprechen, und in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten berechtigten Zweck stehen. Als schutzwürdige öffentliche Interessen erkennt Artikel 10 Absatz 2 EMRK insbesondere auch den «Schutz der Moral»⁹², den Schutz der «Rechte anderer», sowie der «öffentlichen Ordnung». Dass die «Wahrung des öffentlichen Friedens» und der «Schutz vor Diskriminierung» schützenswerte öffentliche Interessen darstellen, wird allgemein anerkannt. Gemäss Rechtsprechung des EGMR schützt die Meinungsäußerungsfreiheit nicht nur wohlwollend oder gleichgültig aufzunehmende Informationen und Auffassungen, sondern auch solche, die beleidigen, schockieren oder stören. Bei Diskursen mit politischem Gehalt oder von öffentlichem Interesse sieht der Gerichtshof einen engeren Spielraum für Eingriffe.⁹³ In dieser Hinsicht bietet die EMRK das gleiche Mass an Schutz wie das innerstaatliche Recht. Ausserdem ist das Bundesgericht im Allgemeinen der Ansicht, dass der UNO-Pakt II keinen eigenständigen Schutz gegenüber der EMRK bietet.⁹⁴ So wird die oben erwähnte Rechtsprechung als mit Artikel 19 UNO-Pakt II und dessen Schutzniveau vereinbar erachtet.

In Anbetracht der durch die neue Norm geschützten Rechtsgüter und der Tatsache, dass die Norm eine einfache Ordnungswidrigkeit darstellt, die mit einer Busse von bis

⁸⁸ Niggli/Fiolka, S. 99–106.

⁸⁹ BSK Strafrecht II-Fiolka, Art. 261 StGB, N 12.

⁹⁰ SR 241

⁹¹ In einem konkreten Fall wurde gestützt auf diese Bestimmung jemand bestraft, der behauptete, Nähmaschinen der Marke Bernina seien «nährtechnisch im Rückstand», siehe BGE 117 IV 193.

⁹² Unter dem "Schutz der Moral" hat der Europäische Gerichtshof bisher grosses Verständnis gezeigt für staatliche Strafnormen insbesondere zum Schutz vor Obszönitäten oder Blasphemie.

⁹³ Zusammenfassend EGMR vom 25.10.2018, E.S. v. Österreich, 38450/12, § 42.

⁹⁴ BGE 148 I 160 E. 7.1, insbesondere.

zu 1000 Franken geahndet werden kann, erscheint der mit der neuen Norm verbundene Eingriff in die Meinungsfreiheit notwendig und verhältnismässig. Sie ist daher mit Artikel 10 EMRK und Artikel 19 UNO-Pakt II vereinbar.

6.3 Erlassform

Der Vorentwurf enthält wichtige rechtsetzende Bestimmungen, die nach den Artikeln 164 Absatz 1 BV und 22 Absatz 1 des Parlamentsgesetzes vom 13. Dezember 2002⁹⁵ in Form eines Bundesgesetzes erlassen werden müssen. Als solches untersteht das Gesetz dem fakultativen Referendum (Art. 141 Abs. 1 Bst. a BV).

6.4 Unterstellung unter die Ausgabenbremse

Mit der Vorlage werden weder neue Subventionsbestimmungen (die Ausgaben über einem der Schwellenwerte nach sich ziehen) geschaffen, noch neue Verpflichtungskredite / Zahlungsrahmen (mit Ausgaben über einem der Schwellenwerte) beschlossen.

6.5 Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und des Prinzips der fiskalischen Äquivalenz

Das Subsidiaritätsprinzip besagt, dass staatliche Aufgaben nur dann dem Bund übertragen werden sollen, wenn dieser die Aufgaben nachweislich besser erfüllt als die untergeordneten staatlichen Ebenen (Kantone und Gemeinden). Die Aufteilung der Zuständigkeiten und Aufgaben zwischen Bund und Kantonen wird in der BV explizit geregelt: Demzufolge muss der Bund die ihm von der BV zugewiesenen Aufgaben erfüllen (Art. 42 BV). Die Kantone sind in allen Bereichen zuständig, die die BV nicht dem Bund zugewiesen hat (Art. 3 BV). Vorliegend ist der Bund zuständig.

Das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz, das besagt, dass die Nutzer öffentlicher Leistungen auch für deren Kosten aufkommen sollten, spielt vorliegend keine Rolle.

⁹⁵ SR 171.10

7 Literaturverzeichnis

Antisemitismusbericht SIG/GRA 2023	Antisemitismusbericht 2023 des Schweizerischen Israelitischen Gemeindebunds (SIG) und der Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus (GRA), abrufbar unter: www.swissjews.ch > Themen > Antisemitismus > Antisemitismusbericht 2023.
Bericht BJ 2022	Verbot nationalsozialistischer, rassendiskriminierender, gewaltverherrlichender und extremistischer Symbole, Bericht zur Rechtslage und zu möglichen Varianten zur Umsetzung eines Verbotes sowie Darstellung der Vor- und Nachteile, Bundesamt für Justiz, Bern 2022, abrufbar unter: www.admin.ch > Dokumentation > Medienmitteilungen > 15.12.2022 > Bericht zum Verbot von nationalsozialistischen und rassistischen Symbolen.
Bericht Verfassungsschutz	Rechtsextremismus: Symbole, Zeichen und verbotene Organisationen, Bundesamt für Verfassungsschutz, Köln September 2022, abrufbar unter: https://www.verfassungsschutz.de > Publikationen > Rechtsextremismus: Symbole, Zeichen und verbotene Organisationen.
Bericht und Vorentwurf 2009	Bericht und Vorentwurf über die Ergänzung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes betreffend Rassistische Symbole, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bern Juni 2009
Botschaft Legislaturplanung	Botschaft vom 24. Januar 2024 zur Legislaturplanung 2023–2027, BBI 2024 525
Botschaft Rassendiskriminierung	Botschaft vom 2. März 1992 über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision, BBI 1992 269
BSK BV-Autor/in	Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015
BSK Strafrecht II-Autor/in	Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 137–392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2019
Bucher	Bucher Romilda, Die öffentliche Verwendung von rassistischen Symbolen und Gesten unter dem

	Blickwinkel von Art. 261 ^{bis} StGB, in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2022
Bundesbeschluss Legislaturplanung	Bundesbeschluss vom 6. Juni 2024 über die Legislaturplanung 2023–2027, BBI 2024 1440
CR-CP II-Autor/in	Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (Hrsg.), <i>Commentaire romand, Code pénal II</i> , Basel 2017
Fiolka	Fiolka Gerhard, Art. 261 und die freie Meinungsäußerung, <i>contra legem</i> 2019/2, S. 99 ff.
Handkommentar StGB-Autor/in	Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stephan, <i>Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar</i> , 4. Aufl., Bern 2020
Jahresbericht CICAD 2023	Rapport Annuel, <i>Antisémitisme en Suisse Romande, Coordination Intercommunautaire contre l'Antisémitisme et la Diffamation - CICAD</i> , 2023, abrufbar unter: www.cicad.ch > Antisémitisme > Rapports > Rapport annuel 2023.
Kühler	Kühler Anne, <i>Das Grundrecht der Gewissensfreiheit</i> , Bern 2012
Kunz	Kunz Karl-Ludwig, <i>Zur Unschärfe und zum Rechtsgut der Strafnorm gegen Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG)</i> , ZStrR 116/1998, S. 223 ff.
Müller	Müller Peter, <i>Abstinenz und Engagement des Strafrechts im Kampf gegen Ausländerfeindlichkeit</i> , AJP 1996, S. 659 ff.
Niggli	Niggli Marcel, <i>Rassendiskriminierung – Ein Kommentar zu Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG</i> , 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007
Niggli/Fiolka	Niggli Marcel/Fiolka Gerhard, <i>Gedanken zur Rassismus-Strafnorm, 20 Jahre Art. 261^{bis} StGB</i> , Zürich 2016
Noll/Dreifuss/Markwalder	Noll Thomas/Dreifuss Michal/Markwalder Nora, <i>Problematik der Verwendung von nationalsozialistischen Hass-Symbolen</i> , AJP 2023, S. 484 ff.
OFK StGB-Autor/in	Donatsch Andreas (Hrsg.), <i>OFK-StGB/JStG Kommentar</i> , 21. Aufl., Zürich 2022

PC CP	Dupuis Michel/Moreillon Laurent/Piguet Christophe/Berger Séverine/Mazou Miriam/Rodigari Virginie, Code pénal, Petit commentaire, 2. Aufl., Basel 2017
PK StGB-Autor/in	Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021
Rossegger/Graf/Urbanik/Lau/Witt/Endrass	Rossegger Astrid/Graf Marc/Urbanik Frank/Lau/Steffen/Witt Rainer/Endrass Jérôme, Von der Vorurteilskommunikation zur Vorurteilskriminalität – Bedrohung durch nationalsozialistische Codes im öffentlichen Raum, AJP 2/2023, S. 205 ff.
Tschannen/Müller/Kern	Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022



Berne, 13 décembre 2024

Loi fédérale sur l'interdiction de l'utilisation publique de symboles nazis

Rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation



Condensé

L'avant-projet revêt la forme d'une loi spéciale interdisant de montrer, d'arborer, d'utiliser et de diffuser publiquement des symboles nazis. Il s'agit de la première étape de la réalisation de la motion 23.4318.

Contexte

Le présent projet législatif découle de la motion 23.4318 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (CAJ-E) « Interdiction de l'utilisation publique de symboles racistes, faisant l'apologie de la violence et extrémistes, comme les symboles nazis ».

À l'origine de cette motion, on trouve trois interventions parlementaires de 2021 qui demandaient une interdiction des symboles nazis, racistes, extrémistes ou faisant l'apologie de la violence: la motion 21.4354 Binder-Keller « Condamnation ferme du Troisième Reich. Interdire sans exception les symboles nazis dans l'espace public », l'initiative parlementaire 21.524 Barrile « Interdiction d'utiliser en public des symboles extrémistes, racistes ou faisant l'apologie de la violence » et l'initiative parlementaire 21.525 Suter « Punir dans tous les cas l'utilisation en public et la propagation de symboles associés à de la discrimination raciale ». La motion Binder-Keller demandait que soit interdite sans exception l'utilisation dans l'espace public, réel comme virtuel, de symboles nazis connus de tous, à savoir les gestes, les slogans, les formes de salut, les signes, les drapeaux et les objets représentant ou contenant de tels symboles, tels que les écrits, les enregistrements sonores ou visuels et les illustrations.

Le Conseil fédéral a proposé de rejeter la motion Binder-Keller en février 2022, notamment parce qu'il estimait que la lutte contre l'antisémitisme passait avant tout par la prévention. À l'automne 2022, la cheffe du Département fédéral de justice et police de l'époque a cependant chargé l'Office fédéral de la justice (OFJ) de rédiger un rapport analysant la situation juridique et exposant des solutions possibles pour mettre en œuvre une interdiction. La Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) avait dès août 2022 suspendu le traitement des deux initiatives parlementaires mentionnées dans l'attente du résultat des travaux de l'OFJ. Le rapport, paru le 15 décembre 2022, concluait qu'il était certes possible d'édicter une interdiction explicite des symboles nazis et racistes, mais que l'élaboration de normes poserait des difficultés juridiques et rédactionnelles.

La Commission des affaires juridiques du Conseil des États (CAJ-E) a décidé de proposer au plénum de rejeter la motion 21.4354 Binder-Keller tout en présentant la motion 23.4318, qui est à l'origine du présent rapport.

La motion de la CAJ-E ayant été acceptée par les deux Chambres fédérales, le Conseil fédéral a décidé, le 10 avril 2024, de la mettre en œuvre en deux étapes. L'avant-projet joint représente la première étape, soit une interdiction de l'utilisation publique de symboles nazis, entre autres en réaction à la forte recrudescence des actes antisémites en

Suisse et en Europe. Dans un deuxième temps, l'interdiction sera étendue à l'utilisation publique des symboles racistes, extrémistes et faisant l'apologie de la violence.

Contenu du projet

L'avant-projet est une loi spéciale (loi fédérale sur l'interdiction de l'utilisation publique de symboles nazis [AP-LISN]) interdisant d'utiliser, de diffuser, d'arborer ou de montrer publiquement des symboles nazis. La violation de cette interdiction a rang de contravention. La loi spéciale prévoit des exceptions à l'interdiction, à des fins éducatives, culturelles, artistiques, historiques, journalistiques ou scientifiques (art. 2, al. 2, AP-LISN). L'utilisation de symboles religieux existants (notamment bouddhistes, hindouistes, jaïnistes) qui sont identiques ou semblables à des symboles nazis ne sera pas interdite. Il s'agit de la première étape de la réalisation de la motion 23.4318.

La nouvelle règle s'appliquera à des actes qui ne sont pas punis aujourd'hui, soit le fait d'utiliser, montrer, arborer ou diffuser des symboles nazis sans propager une idéologie auprès de tiers, sans porter atteinte à la dignité humaine et sans discriminer ou rabaisser une personne ou un groupe de personnes. En ce sens, elle comble une lacune.

Table des matières

1	Contexte	6
1.1	Nécessité d'agir.....	6
1.2	Mise en œuvre par étapes.....	7
1.3	But de l'interdiction des symboles nazis	8
1.4	Dangers de l'exhibition en public de symboles nazis	9
1.5	Solutions étudiées et solution retenue.....	9
1.5.1	Solutions étudiées	9
1.5.2	Densité normative et principe de précision de la base légale.....	13
1.5.3	Solution retenue	15
1.6	Relation avec le programme de la législature et avec le plan financier, ainsi qu'avec les stratégies du Conseil fédéral.....	15
1.7	Classement d'interventions parlementaires.....	15
2	Comparaison avec le droit étranger.....	16
2.1	Allemagne	16
2.2	Italie.....	18
2.3	Autriche	19
2.4	France	21
3	Présentation du projet.....	22
3.1	Règlementation proposée	22
3.1.1	Loi spéciale	22
3.1.2	Concours d'infractions.....	23
3.1.3	Adaptation d'autres lois	24
3.2	Questions de mise en œuvre – mise en œuvre par la Confédération	24
4	Commentaire des dispositions.....	25
4.1	Art. 1 (Objet et champ d'application)	25
4.1.1	AI. 1 (Champ d'application)	25
4.1.2	AI. 2 (Symboles religieux).....	26
4.1.3	Objet.....	27
4.2	Art. 2 (Symboles interdits et exceptions)	28
4.2.1	AI. 1 (symboles interdits)	28
4.2.2	AI. 2 (exceptions).....	29
4.3	Art. 3 (Confiscation d'objets)	30
4.4	Art. 4 (Punissabilité)	30
4.5	Art. 5 (Poursuite pénale)	31
4.6	Art. 6 (Modification de la loi sur les amendes d'ordre).....	31
4.7	Art. 7 (Référendum et entrée en vigueur).....	31
5	Conséquences	32
5.1	Conséquences pour la Confédération	32
5.2	Conséquences pour les cantons et les communes	32

5.3	Conséquences sociales	32
5.4	Conséquences économiques	33
6	Aspects juridiques.....	33
6.1	Constitutionnalité.....	33
6.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse.....	35
6.3	Forme de l'acte à adopter	36
6.4	Frein aux dépenses.....	36
6.5	Conformité aux principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale.....	37
7	Bibliographie	38

Rapport explicatif

1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir

Depuis longtemps, des voix politiques et citoyennes s'élèvent pour demander une interdiction des symboles nazis. Ces dernières années, pas moins de cinq interventions¹ ont relayé cette exigence, à commencer par la *motion 21.4354 Binder-Keller*, déposée en novembre 2021. En février 2022, le Conseil fédéral a recommandé son rejet, en premier lieu parce qu'il estimait que la prévention constituait une solution plus appropriée que la répression pénale. Il a également fait valoir que la liberté d'expression (art. 16 de la Constitution [Cst.])² n'était certes pas absolue en Suisse, puisqu'elle pouvait être soumise à des restrictions afin de garantir les droits d'autrui, mais que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il fallait accepter que des idées dérangeantes puissent être exprimées, même si la majorité les trouvait choquantes. Enfin, il a aussi rappelé les raisons qui avaient conduit à renoncer à édicter une nouvelle norme pénale en exécution de la *motion 04.3224 CAJ-N « Utilisation de symboles de mouvements extrémistes appelant à la violence et à la discrimination raciale comme norme pénale »* (rapport du 30 juin 2010 du Conseil fédéral concernant le classement de la motion 04.3224 de la CAJ-N du 29 avril 2004³).

La situation générale et l'appréciation du Conseil fédéral quant à la nécessité d'agir au plan politique et de prendre des mesures répressives ont évolué ces deux dernières années. Dans le rapport de l'Office fédéral de la justice (OFJ) du 15 décembre 2022⁴, les représentants des ministères publics, des tribunaux et de la police n'avaient pas jugé urgent de légiférer afin d'interdire les symboles notamment nazis. À l'époque, on avait en particulier observé une recrudescence de symboles nazis lors de manifestations organisées par des coronasceptiques et des opposants aux mesures sanitaires. Or, comme ces rassemblements étaient le plus souvent « encadrés » par un dispositif policier, ces experts avaient argué qu'il était possible d'intervenir rapidement (sur la base du droit policier cantonal ou communal) et de confisquer les objets et symboles concernés (par ex. un drapeau à croix gammée).

¹ *Initiative parlementaire 21.525 Suter « Punir dans tous les cas l'utilisation en public et la propagation de symboles associés à la discrimination raciale »; initiative parlementaire 21.524 Barrile « Interdiction d'utiliser en public des symboles extrémistes, racistes ou faisant l'apologie de la violence »; initiative parlementaire 23.400 CAJ-N « Interdiction par une loi spéciale de l'utilisation en public de symboles nazis »; motion 23.4318 CAJ-E « Interdiction de l'utilisation publique de symboles racistes, faisant l'apologie de la violence et extrémistes, comme les symboles nazis ».*

² RS 101

³ FF 2010 4427

⁴ Rapport OFJ 2022, ch. 7

Depuis l'automne 2023 et l'attaque du 7 octobre du Hamas contre Israël qui a déclenché la guerre à Gaza, les symboles nazis assimilant le peuple juif et l'État d'Israël au régime nazi (par ex. étoile de David = croix gammée; armée israélienne surnommée la « Waffen tSSahal », en référence à la « Waffen-SS » des nazis) fleurissent dans l'espace public, sur les murs comme sur Internet. Parallèlement, on a enregistré en 2023 (après le 7 octobre) une hausse des actes à caractère antisémite en général. En Suisse romande, les incidents antisémites graves ont augmenté de pas moins de 68 %⁵. Leur nombre a aussi pris l'ascenseur en Suisse alémanique et au Tessin⁶. En 2023, 10 voies de fait (contre 0 ou 1 les années précédentes) ont été enregistrées dans notre pays, et le nombre des incidents signalés dans le monde réel a triplé en une année pour atteindre 155 (2022: 57). Chacun de ces incidents contribue à émousser le sentiment de sécurité en Suisse, et parmi la population juive en particulier.

Étant donné que les symboles nazis – en tant que signes représentatifs d'un régime fasciste, raciste et antisémite – impliquent aussi l'exclusion et la persécution de personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre, de leur couleur de peau, de leur appartenance politique, religieuse ou ethnique (en particulier les Roms et les Sintés) ou de leur handicap mental ou physique, ils constituent une menace pour la paix publique et créent un climat d'insécurité générale. Un constat que plusieurs cantons ont déjà fait, comme Vaud, Fribourg et Neuchâtel, qui envisagent d'interdire l'exhibition et le port des symboles nazis (et, en partie, aussi de symboles racistes et incitant à la haine) dans l'espace public. Dans le canton de Vaud, le Grand Conseil a accepté le 21 novembre 2023 une motion demandant au Conseil d'État d'interdire et de punir l'utilisation et l'exhibition de symboles relevant du nazisme sur le sol vaudois. D'abord limitée aux symboles nazis, cette motion a ensuite été modifiée pour condamner l'ensemble des symboles de haine. À Fribourg, le Grand Conseil a voté le 20 mars 2024 une motion qui demande l'interdiction des symboles nazis. Dans le canton de Neuchâtel, les députés ont accepté le 27 mars 2024 une motion visant à punir l'utilisation, le port et la diffusion de symboles nazis, racistes ou extrémistes dans l'espace public. Le 9 juin 2024, la population du canton de Genève a accepté à près de 85 % des voix un nouvel article constitutionnel interdisant l'exhibition ou le port de symboles de haine, notamment nazis, dans l'espace public. Ce résultat très net et le fait que d'autres cantons aient aussi décidé de ne pas attendre l'entrée en vigueur de la législation fédérale pour prendre des mesures témoignent de l'urgence et de la nécessité pour la société civile (du moins celle des cantons susmentionnés) de traiter cette question.

1.2 Mise en œuvre par étapes

Face à la forte recrudescence des actes antisémites en Suisse et en Europe, la CAJ-N s'est prononcée, le 23 février 2024, en faveur d'une mise en œuvre rapide de l'interdiction de l'utilisation de symboles nazis. Une interdiction explicite des symboles nazis revêtirait une grande importance sociale et serait un signal fort contre l'oubli. Pour

⁵ Rapport annuel CICAD 2023

⁶ Rapport sur l'antisémitisme FSCI/GRA 2023

toutes ces raisons, la CAJ-N a décidé de soutenir la *motion 23.4318 de la CAJ-E*, qui demande l’interdiction de tous les symboles racistes, extrémistes ou faisant l’apologie de la violence, comme les symboles nazis. Cependant, étant donné la complexité technique et politique d’une interdiction complète de tous les symboles racistes, extrémistes ou faisant l’apologie de la violence ainsi que le temps nécessaire pour la mettre en œuvre, elle a souhaité que le Conseil fédéral procède par étapes et interdise dans un premier temps les symboles liés au Troisième Reich⁷.

Il existe un large consensus au sein de la société et parmi les politiques quant au fait que les symboles nazis n’ont pas leur place dans l’espace public. Pour le Conseil fédéral et le Parlement, une interdiction est impérieuse dans le cas des symboles nazis. En droit pénal, le principe de l’égalité devant la loi n’oblige pas le législateur à soumettre à la loi l’ensemble des symboles nazis, racistes, extrémistes ou faisant l’apologie de la violence; l’égalité devant la loi n’y est jamais « que » fragmentaire. Cependant, elle doit être réalisée dans le sens où des cas similaires doivent relever d’une même infraction. Les symboles nazis font partie des symboles racistes, extrémistes ou faisant l’apologie de la violence. La mise en œuvre d’une interdiction des symboles nazis ne rend pas moins légitime la punissabilité des symboles racistes, extrémistes ou faisant l’apologie de la violence. Lorsqu’on légifère, il est nécessaire, voire indispensable de fixer des priorités, surtout s’il faut agir très rapidement. Les expériences tirées des travaux législatifs en vue d’interdire les symboles nazis pourront être utiles pour la deuxième étape, plus complexe, et servir de base pour la mise en œuvre complète de la motion.

1.3 But de l’interdiction des symboles nazis

Le droit actuel, tant au niveau fédéral que cantonal, offre des moyens suffisants pour empêcher dans la plupart des cas l’utilisation publique de symboles nazis (racistes, extrémistes ou faisant l’apologie de la violence). Leur efficacité dépend de manière décisive de l’usage qu’en font les autorités d’application du droit, et notamment la juridiction suprême⁸. Il subsiste toutefois des situations qui ne sont actuellement pas punissables.

*N’entrent actuellement pas dans le champ d’application de l’art. 261^{bis} du code pénal (CP)⁹ les actes suivants: l’utilisation et la diffusion publiques de symboles nazis (racistes, extrémistes ou faisant l’apologie de la violence)*¹⁰

1. lorsqu’ils ne découlent pas d’une volonté de propager une idéologie auprès de tiers (art. 261^{bis}, al. 2, CP *a contrario*);

⁷ Voir communiqué de presse de la CAJ-N du 23.02.2024, disponible sous: www.parlement.ch > Services > Actualités.

⁸ Rapport OFJ 2022, ch. 7.

⁹ RS 311.0

¹⁰ L’utilisation et la diffusion publiques de ces symboles dans le cadre privé ne sont pas visées par l’art. 261^{bis} CP. Elles peuvent cependant réaliser d’autres infractions (par ex. celles décrites aux art. 173 ss CP).

2. lorsqu'ils n'abaissent ni ne discriminent une personne ou un groupe de personnes d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine (art. 261^{bis}, al. 4, CP *a contrario*).

La nouvelle norme doit combler cette lacune et, dans une première étape (voir ch. 1.2), punir l'utilisation et la diffusion publiques de symboles *nazis* sans intention de propager une idéologie ou de discriminer une personne ou un groupe de personnes, d'une part, et favoriser l'application équitable et uniforme d'une telle réglementation dans toute la Suisse, d'autre part.

1.4 Dangers de l'exhibition en public de symboles nazis

Comme il est dit plus haut, il existe un large consensus dans la société et parmi les politiques sur le fait que les symboles nazis n'ont pas leur place dans l'espace public. En tant que figuration de la dictature fasciste d'Adolf Hitler, de l'Holocauste et des atrocités commises contre les Juifs et de nombreux dissidents et minorités, ils font l'apologie de la violence. C'est pourquoi ces symboles non seulement sont choquants pour les victimes directes du national-socialisme ou leur famille, mais aussi menacent notre démocratie et notre État de droit libéral. En tolérant les positions extrêmes (d'extrême droite), on les accepte et on ouvre la porte à une banalisation dangereuse de crimes abominables. Alors qu'ils étaient il y a quelques années encore très clairement associés à l'extrême droite, les symboles nazis sont désormais de plus en plus utilisés par divers autres groupements. Cela a commencé lors des manifestations contre le vaccin et les mesures anti-Covid, où des activistes ont arboré la croix gammée ou levé le bras pour effectuer le salut hitlérien. Plus récemment, sur fond de guerre à Gaza, certaines personnes ont comparé Israël et ses dirigeants au régime nazi et à ses hauts dignitaires. Les symboles nazis ont gagné en visibilité dans l'espace public, comme le révèlent les chiffres relatifs aux incidents à caractère antisémite publiés dans les rapports annuels 2023 de la Fédération suisse des communautés israélites (FSCI) et de la Fondation contre le racisme et l'antisémitisme (GRA) ainsi que de la Coordination intercommunautaire contre l'antisémitisme et la diffamation (CICAD) (voir ch. 1.1).

1.5 Solutions étudiées et solution retenue

1.5.1 Solutions étudiées

Dans son rapport, l'OFJ a déjà examiné différentes solutions pour la mise en œuvre d'une interdiction des symboles nazis, racistes, extrémistes ou faisant l'apologie de la violence: dans le CP, sous la forme d'une modification de l'art. 261^{bis} ou d'une nouvelle norme, dans une autre loi fédérale existante (en l'occurrence la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure [LMSI]¹¹), dans le droit policier cantonal ou dans une nouvelle loi fédérale spéciale.

¹¹ RS 120

1.5.1.1 Dans le code pénal et le code pénal militaire¹²

Le titre 12 du CP porte sur les crimes et les délits contre la paix publique. L'art. 261^{bis} CP protège la paix publique ainsi que la dignité humaine (pour plus de détails, voir le ch. 3.1.1.1). C'est pourquoi on a examiné s'il était judicieux de régler l'interdiction des symboles nazis dans le CP¹³. Si l'on postule que les biens juridiques protégés sont les mêmes que ceux visés à l'art. 261^{bis} CP, la nouvelle disposition pourrait soit compléter cet article, par exemple sous la forme d'un nouveau paragraphe, soit faire l'objet d'un nouvel article du titre 12 du CP (Crimes et délits contre la paix publique)¹⁴. Dans son avant-projet de 2009, le Conseil fédéral avait choisi la deuxième solution, proposant un art. 261^{ter} AP-CP dans le cadre des travaux législatifs engagés en exécution de la *motion 04.3224 CAJ-N « Utilisation de symboles de mouvements extrémistes appelant à la violence et à la discrimination raciale comme norme pénale »*, mais finalement abandonnés (rapport du Conseil fédéral du 30 juin 2010 concernant le classement de la motion 04.3224 de la CAJ-N du 29 avril 2004¹⁵). À l'époque, les participants à la consultation avaient relevé les quatre grands problèmes suivants:

- Violation du principe de précision de la base légale: certains participants à la consultation ont jugé que la norme pénale n'était pas suffisamment claire et qu'il appartenait au législateur et non pas au juge de fixer les limites de la punissabilité.
- Difficultés d'application: plusieurs participants ont estimé qu'il serait extrêmement difficile, voire impossible d'appliquer la norme pénale proposée en raison du manque de précision de nombreuses expressions.
- Inadéquation du droit pénal pour assurer la prévention: selon de nombreux participants, la prévention serait nettement plus efficace que la répression pour résoudre les problèmes sociaux, car les mesures répressives n'interviennent qu'après l'apparition du problème.

¹² Code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM; RS 120)

¹³ Il convient de noter que, en cas de modification du code pénal, il faudrait adapter le code pénal militaire en conséquence.

¹⁴ Art. 261^{ter} AP-CP et art. 171d AP-CPM

Utilisation et diffusion de symboles nazis

1. *Quiconque utilise, montre, arbore ou diffuse publiquement des symboles nazis ou des variations de ces symboles, tels que des drapeaux, des insignes, des emblèmes, des slogans ou des formes de salut, ou encore des objets qui représentent ou contiennent de tels symboles ou variations, tels que des écrits, des enregistrements sonores ou visuels ou des images, est puni de l'amende.*
2. *Les objets sont confisqués.*
3. *Les ch. 1 et 2 ne s'appliquent pas lorsque l'utilisation et la diffusion publiques ou le port et l'exhibition des symboles ou objets servent des fins religieuses, éducatives, artistiques et culturelles, historiques, journalistiques ou scientifiques.*

¹⁵ FF 2010 4427

- Absence d'une nécessité impérieuse de légiférer: certains participants étaient d'avis qu'il n'y avait ni urgence à légiférer ni retard à rattraper pour s'aligner sur les États de l'UE qui avaient déjà légiféré dans ce domaine.

Lors de la simple utilisation ou diffusion d'un symbole nazi (ou raciste, extrémiste ou faisant l'apologie de la violence) en public, il n'est pas nécessaire que l'auteur porte concrètement atteinte aux biens juridiques ou les mette en péril; il s'agit en l'occurrence d'une infraction de mise en danger abstraite. C'est pourquoi une extension de l'art. 261^{bis} CP n'est de toute évidence pas la solution appropriée, ne serait-ce que pour des raisons tenant au bien juridique protégé. La dignité humaine ne serait en effet pas directement touchée (elle serait « seulement » menacée, mais pas violée), puisque le comportement punissable consiste « uniquement » en l'exhibition d'un symbole dans l'espace public, indépendamment de toute autre intention (contrairement à l'art. 261^{bis} CP, qui exige l'intention de discriminer, c'est-à-dire de violer la dignité humaine d'une personne ou d'un groupe de personnes). En revanche, l'introduction d'un nouvel art. 261^{ter} sous le titre 12 du CP « Crimes et délits contre la paix publique » serait envisageable sous l'angle du bien juridique protégé. Cette solution ne peut cependant pas entrer en considération vu que la nouvelle norme doit faire de l'infraction une contravention en raison de la gravité limitée de l'acte. Enfin, une réglementation dans le CP exclurait l'application de la procédure de l'amende d'ordre, ce qui obligerait les ministères publics et les tribunaux à régler eux-mêmes ces cas et alourdirait leur charge de travail déjà très élevée.

1.5.1.2 Dans une loi spéciale

De très nombreux facteurs plaident en faveur d'une mise en œuvre dans une loi spéciale:

- Dans le cas d'une nouvelle norme, il faudrait tenir compte, lors de la définition de la gravité de l'acte punissable, du fait que l'interdiction des symboles nazis n'est pas liée à l'interdiction de certaines associations (comme c'est le cas en Allemagne); la gravité de l'acte étant limitée, l'infraction devrait être classée comme contravention.
- La mise en œuvre dans une loi distincte est plus logique et plus simple que l'intégration d'un nouvel article sous un titre du CP en raison des biens juridiques concernés (voir ch. 1.5.1.1).
- Une loi distincte peut constituer le cadre approprié pour dresser le catalogue détaillé des exceptions à l'interdiction des symboles nazis. De telles dispositions sont plutôt inhabituelles dans le CP. Cela tient notamment au fait que les violations de dispositions du CP sont souvent des violations graves pour lesquelles des intérêts privés ne peuvent être invoqués que dans un nombre très limité de situations d'urgence et de nécessité extrêmes. Une liste d'exceptions telle que prévue à l'art. 2, al. 2, AP-LISN et qui définit l'utilisation non punissable de symboles nazis en public a donc davantage sa place dans une loi séparée que dans le CP.

- La possibilité de définir des exceptions dans la loi permet de décrire le comportement punissable de manière détaillée et contribue à rendre la disposition plus précise et compréhensible.
- Une loi spéciale autorise (contrairement au CP) l'introduction de la procédure de l'amende d'ordre¹⁶, qui permet de punir des actes de gravité limitée.
- La procédure de l'amende d'ordre accroîtrait l'efficacité de la norme (en raison de l'immédiateté de la sanction).
- Enfin, il serait plus facile avec une loi spéciale de répondre à l'exigence de précision à l'aide d'une ordonnance d'exécution contenant une liste des symboles interdits (voir ch. 1.5.1.3). Cette option, relativement fréquente en droit pénal accessoire, n'existe pas dans le code pénal. L'intégration d'une liste des symboles interdits dans une ordonnance serait aussi un avantage, voire une nécessité dans la perspective de la deuxième étape de la mise en œuvre de la *motion 23.4318 CAJ-E*, c'est-à-dire l'interdiction de l'utilisation publique de symboles racistes, extrémistes ou faisant l'apologie de la violence.

1.5.1.3 Autre solution: ordonnance supplémentaire / ordonnance de substitution (complétant les dispositions légales)

La solution évoquée au ch. 1.5.1.2, à savoir une ordonnance dans laquelle on dresserait la liste des symboles interdits, est une option envisageable. S'agissant de l'interdiction des symboles nazis, une telle ordonnance n'est pas indispensable, dans la mesure où il existe un large consensus sur les principaux symboles relevant du national-socialisme (ch. 4.2.1). En revanche, elle pourrait être nécessaire pour la **deuxième étape** de la mise en œuvre de la motion (interdiction des symboles racistes, extrémistes ou faisant l'apologie de la violence), car – comme l'a souligné le rapport de l'OFJ – les symboles concernés sont très nombreux et difficiles à décrire. Cela n'empêche pas d'interdire dans une première étape certains symboles sans ordonnance puis, dans une deuxième étape, lorsqu'on complètera la loi spéciale par les autres symboles racistes, extrémistes ou faisant l'apologie de la violence, d'édicter une ordonnance (qui pourrait être adaptée régulièrement) applicable uniquement auxdits symboles. Il pourrait s'agir d'une ordonnance de substitution dépendante (fondée sur la loi), qui complèterait les dispositions légales pour autant qu'une délégation de compétence correspondante soit inscrite dans la loi. On utilise généralement ce type d'ordonnance lorsque le législateur n'a pas pu ou voulu régler lui-même certaines questions, parce qu'il s'agit de sujets techniques ou que l'on souhaite donner au gouvernement la possibilité de tenir compte rapidement des changements, par exemple¹⁷. Elle pourrait être édictée par le Conseil fédéral ou par le Parlement, ses destinataires seraient les autorités chargées d'appliquer la loi et les justiciables, son fondement serait la loi spéciale (ou un

¹⁶ Rapport OFJ 2022, ch. 6.3.1

¹⁷ Tschanen/Müller/Kern, p. 118, et les références citées

éventuel nouvel article du CP¹⁸) et elle servirait à préciser la loi (liste détaillée des symboles interdits).

1.5.1.4 Solutions rejetées (LMSI; droit policier cantonal)

La LMSI ne serait pas le lieu approprié pour régler l'interdiction des symboles. En effet, ni ses objectifs ni les menaces auxquelles doivent parer les mesures policières préventives ne recouvrent le domaine d'application d'une interdiction des symboles nazis (racistes, extrémistes ou faisant l'apologie de la violence) sans intention de propagande¹⁹.

La solution consistant à laisser aux cantons le soin de prendre les mesures nécessaires n'a pas été jugée pertinente. Une mise en œuvre dans le droit policier cantonal présenterait l'inconvénient de ne pas garantir une application uniforme du droit dans toute la Suisse, comme l'exige la motion.

1.5.2 Densité normative et principe de précision de la base légale

Si l'utilisation en public de symboles nazis doit être sanctionnée pénalement, il faut que les comportements visés par une éventuelle norme soient clairement définis, conformément au principe de précision de la base légale. Cette règle, qui implique qu'il n'y a pas de peine sans loi (*nulla poena sine lege*), garantit la sécurité juridique et une application uniforme du droit par les autorités de poursuite pénale. Ce principe n'interdit pas au législateur d'employer des notions juridiques indéterminées pour définir les infractions et leurs conséquences juridiques, laissant à la jurisprudence le soin de les préciser. À titre d'illustration, on peut citer les exemples suivants tirés du CP: « absence [...] de scrupules » (art. 112), « méchamment » (art. 261), « mobile honorable » (art. 48), « titres » (art. 110, ch. 4) ou encore « autre entrave dans la liberté d'action » (art. 181)²⁰.

Une nouvelle interdiction ou norme pénale doit donc être formulée compte tenu du principe de précision de la base légale (art. 1 CP; art. 5, al. 1, Cst.; art. 7, ch. 1, de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [CEDH]²¹). Autrement dit, la loi doit être formulée de manière à permettre à la personne concernée d'agir conformément à celle-ci et de reconnaître les conséquences d'un certain comportement avec un degré de certitude adapté aux circonstances²². Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'exigence de précision des normes légales ne doit pas être comprise d'une manière absolue. La complexité de la décision à prendre au cas par cas, la nécessité d'un choix possible seulement au mo-

¹⁸ Cette manière de faire serait toutefois inhabituelle.

¹⁹ Rapport OFJ 2022, ch. 5.3.1

²⁰ Bucher, p. 36

²¹ RS 0.101

²² ATF 109 Ia 273, c. 4 d

ment où se présente un cas concret d'application, la multitude et la diversité des situations à régler et le besoin d'une décision appropriée dans le cas particulier sont autant d'éléments qui plaident en faveur d'une certaine imprécision des normes²³.

Une partie de la doctrine avait déjà mis le doigt sur les difficultés d'application en raison de l'imprécision des notions juridiques lors des discussions sur l'introduction de l'art. 261^{bis} CP. Toutefois, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'art. 261^{bis} CP contient certes plusieurs termes juridiques imprécis, mais, de manière générale, le degré d'imprécision n'est pas suffisamment élevé pour que la disposition viole l'art. 1 CP (principe de précision de la base légale)²⁴.

L'exemple du faux dans les titres (art. 251 CP), y compris la définition des titres à l'art. 110, ch. 4 (qui figurait déjà dans le CP de 1937), illustre bien l'étendue et le niveau de détail possibles de la description d'une infraction ou des différents éléments constitutifs d'une infraction et, donc, le degré de précision nécessaire d'une norme de droit pénal. D'ailleurs, il y a fort à parier que la plupart des non-juristes ignorent quels documents ont valeur de titre selon la jurisprudence: ont par exemple la qualité de titre le constat d'accident²⁵ ou la fiche d'entretien du système antipollution²⁶, mais pas la demande de permis de construire ou le plan de situation cadastral²⁷ en tant que preuve de la propriété ni encore la liste des animaux tirés dans le droit de la chasse²⁸.

Vu ce qui précède, force est d'admettre que les termes « symboles national-sociaux », « symboles du national-socialisme » ou « symboles nazis » devraient suffire pour qu'il soit clair aux yeux des autorités d'application du droit (ici les autorités de poursuite pénale, c'est-à-dire la police principalement) et des justiciables qu'il s'agit de l'interdiction d'utiliser en public la croix gammée, le salut hitlérien et la « rune de la victoire » (*Siegrune*, le « S » stylisé qui, doublé, servait d'insigne aux SS), pour ne citer que les symboles nazis les plus connus. La jurisprudence peut définir, préciser et mettre à jour l'inventaire des symboles qui relèvent de cette notion (c'est-à-dire interdire d'autres symboles nazis courants, mais éventuellement moins connus, qui se multiplient soudainement dans l'espace public, ou des variations de ceux-ci). Cela permet de garantir à la fois une sécurité du droit suffisante et l'équité dans le cas particulier.

Les symboles interdits pourraient aussi être définis dans une ordonnance complétant la loi spéciale, dans laquelle on pourrait dresser la liste des symboles concernés et prévoir un mécanisme pour la mettre à jour et la compléter (voir ch. 1.5.1.3).

²³ ATF 109 Ia 273, c. 4 d

²⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 6P.132/1999 du 3 mars 2000, c. 14

²⁵ ATF 118 IV 254, c. 3

²⁶ ATF 115 IV 114, c. 2

²⁷ PJA/FZR 2008, pp. 277 ss

²⁸ PKG 2000, p. 111, n° 24

1.5.3 Solution retenue

Dans son rapport publié en 2022, l'OFJ est parvenu à la conclusion que, d'une part, l'interdiction devait être formulée de manière assez claire et précise pour que le sujet de droit puisse reconnaître le comportement que l'on attend de lui (principe de précision de la base légale) et que, d'autre part, la norme devait être formulée de manière suffisamment ouverte pour permettre aux autorités d'application du droit de tenir compte de l'actualité et du contexte de chaque cas²⁹.

Comme il est exposé ci-dessus, il est possible de formuler une telle norme d'interdiction des symboles nazis. Une loi spéciale *sans* ordonnance laisserait une marge d'appréciation suffisante aux tribunaux³⁰ pour tenir compte du contexte de chaque cas si nécessaire. Une loi spéciale *avec* ordonnance contenant une liste des symboles interdits accroîtrait la densité normative, il est vrai, mais réduirait, voire supprimerait la marge de manœuvre des tribunaux pour l'application de la norme. De plus, comme on l'a dit au ch. 1.5.2, une telle ordonnance n'est pas nécessaire – en raison de la déterminabilité des symboles à caractère nazi – pour la première étape de la mise en œuvre de la motion 23.4318 CAJ-E.

1.6 Relation avec le programme de la législature et avec le plan financier, ainsi qu'avec les stratégies du Conseil fédéral

Le projet n'est annoncé ni dans le message du 24 janvier 2024³¹ ni dans l'arrêté fédéral du 6 juin 2024 sur le programme de la législature 2023 à 2027³².

1.7 Classement d'interventions parlementaires

La nouvelle loi spéciale met en œuvre la *motion 23.4318 CAJ-E* « Interdiction de l'utilisation publique de symboles racistes, faisant l'apologie de la violence et extrémistes, comme les symboles nazis » dans une première étape sous la forme d'une interdiction des symboles nazis et prépare le terrain pour sa mise en œuvre complète (deuxième étape).

Le présent projet législatif concrétiserait aussi partiellement l'initiative parlementaire 21.524 Barrile « Interdiction d'utiliser en public des symboles extrémistes, racistes ou faisant l'apologie de la violence ».

²⁹ Rapport OFJ 2022, ch. 7

³⁰ Les infractions sanctionnées dans la procédure de l'amende d'ordre sont réglées par le paiement de l'amende dans les délais. Si l'amende n'est pas payée dans le délai prescrit, une procédure pénale ordinaire est engagée (art. 6, al. 4, de la loi du 18 mars 2016 sur les amendes d'ordre (LAO; RS 314.1)).

³¹ FF 2024 525

³² FF 2024 1440

En outre, il répondrait aux objectifs de l'initiative parlementaire 23.400 CAJ-N « Interdiction par une loi spéciale de l'utilisation en public de symboles nazis ».

2 Comparaison avec le droit étranger

Synthèse: en Allemagne, l'interdiction des associations contraires à l'ordre constitutionnel et des associations terroristes entraîne l'interdiction de l'utilisation des symboles qui se rapportent à ces associations. Le droit français ne connaît pas d'interdiction générale des gestes, symboles, insignes ou emblèmes racistes ou extrémistes dans l'espace public. Il contient en revanche plusieurs dispositions qui énoncent des interdictions limitées à certains symboles. En Italie, l'utilisation ou la simple exhibition publiques de symboles nazis ne sont pas interdites, à moins qu'elles ne puissent être qualifiées d'acte susceptible de mener au rétablissement du parti fasciste (et donc d'une organisation interdite); il en va de même pour l'apologie des idées ou des actes de ce parti, à moins qu'elle ne soit considérée comme un appel indirect au rétablissement du parti fasciste. Le droit italien réprime par ailleurs la propagation d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale ou ethnique, et l'incitation à commettre des actes de discrimination fondés sur la race, l'ethnie, la nationalité ou la religion. En Autriche, les autorités disposent de plusieurs lois: la *Verbotsgesetz*, que l'on peut considérer comme un acte de droit pénal accessoire de rang constitutionnel, et la *Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, instrument de droit pénal administratif, qui se réfère à la *Verbotsgesetz* mais qui s'applique à un plus large champ d'infractions. Enfin, la *Symbolgesetz* et la *Abzeichengesetz* répriment des actes considérés comme des contraventions de droit administratif.

2.1 Allemagne

L'art. 9, par. 2, de la loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 (BGBl. p. 1) énonce l'interdiction des associations dont les buts ou l'activité sont contraires aux lois pénales ou qui sont dirigées contre l'ordre constitutionnel ou l'idée d'entente entre les peuples.

Une association poursuit des buts contraires aux lois pénales lorsqu'elle tend expressément ou tacitement à prôner, permettre ou faciliter des actes punissables et à couvrir les actes punissables de ses membres. La loi du 5 août 1964 régissant le droit des associations (*Gesetz zur Regelung des Vereinsrechts*, BGBl. I, p. 593; ci-après « *Vereinsgesetz* ») règle la procédure à suivre pour interdire une association dans son § 3. Selon son § 9, tant que dure l'interdiction, les symboles et insignes d'une association interdite ne peuvent plus être utilisés en public, lors d'une réunion ou sur un contenu (« *Inhalt* », § 11, par. 3, du code pénal allemand) qui est diffusé ou destiné à la diffusion.

Depuis l'entrée en vigueur de la *Vereinsgesetz*, 62 interdictions ont été prononcées contre des associations de tous les domaines; elles s'étendent en outre à 139 organisations qui en sont dérivées ou qui leur succèdent (selon le site Web du Ministère fédéral de l'intérieur, état décembre 2023). Parmi ces interdictions, 94 visaient des mouvements extrémistes étrangers, dont 49 associations d'étrangers et 45 associations étrangères. Seize autres associations interdites relèvent du domaine de l'islamisme,

une de l'extrême gauche, 22 de l'extrême droite et 33 de motifs pénaux divers (organisations criminelles, associations de motards). Deux associations ont été interdites pour d'autres raisons.

Le § 86 du code pénal allemand interdit la diffusion d'instruments de propagande émanant d'organisations anticonstitutionnelles et terroristes. Le § 86a pénalise l'utilisation de symboles (« Kennzeichnen ») de ces organisations. La peine encourue est un emprisonnement de trois ans au plus ou une peine pécuniaire.

Les biens juridiques protégés par le § 86a du code pénal allemand sont l'État démocratique et la paix politique. L'acte réprimé est une infraction de mise en danger abstraite, ce qui signifie qu'elle peut être réalisée sans que ces biens juridiques soient mis en danger concrètement ou qu'il leur soit porté atteinte concrètement.

Les symboles sont notamment les drapeaux, insignes, pièces d'uniforme, slogans et saluts. Leur sont assimilés ceux qui leur ressemblent à s'y méprendre (§ 86a, par. 2, du code pénal allemand).

Le par. 4 du § 86 du code pénal allemand excepte de l'interdiction de diffuser des instruments de propagande, statuée aux par. 1 et 2, la diffusion à des fins d'instruction civique, de lutte contre les mouvements anticonstitutionnels, d'art, de science, de recherche ou d'enseignement, d'exposé des événements historiques ou dans des buts similaires. Le par. 5 prévoit la possibilité pour le juge de renoncer à infliger une peine lorsque la culpabilité est minime (principe de l'opportunité).

L'Allemagne considère comme symboles de l'époque nazie la croix gammée, le culte des drapeaux, certaines runes, les portraits d'Adolf Hitler, les symboles des anciennes organisations nazis, certaines pièces d'uniforme et décorations, certains chants (p. ex. le « Horst-Wessel-Lied »), certains saluts et mots de passe, certains looks vestimentaires et certaines immatriculations de véhicules. Certains symboles sont interdits lorsqu'ils sont arborés en lien avec des groupements interdits (par ex. la *Wolfsangel* ou la croix celtique)³³. Toute utilisation, quelle qu'elle soit, de symboles nazis réalise l'infraction réprimée au § 86a du code pénal allemand, indépendamment de la conviction ou de l'intention des personnes concernées ou du fait que l'utilisation serve à promouvoir les valeurs du social-nationalisme (voir notamment BGHSt 28, 394/396; 25, 30; BayObLG NStZ-RR 2003, 233; OLG Oldenburg NStZ-RR 2010, 368).

Le § 20 de la *Vereinsgesetz* punit les infractions aux interdictions exécutoires prononcées contre des associations et des partis. Concrètement, le § 20, par. 1, 1^{re} phrase, n° 5, complète les §§ 86 et 86a du code pénal et s'applique de manière subsidiaire. Alors que le code pénal prévoit l'interdiction d'un parti ou d'une association sans moyen

³³ On peut trouver une liste complète et actuelle des symboles interdits dans le rapport du *Bundesamt für Verfassungsschutz* de septembre 2022 intitulé « Rechtsextremismus: Symbole, Zeichen und verbotene Organisationen ».

de recours possible, le § 20, par. 1, de la *Vereinsgesetz* implique seulement que l'interdiction soit exécutoire. Dès lors que l'interdiction n'est plus susceptible d'être attaquée, seuls les §§ 86 et 86a du code pénal s'appliquent.

Par ailleurs, le droit allemand fait des motifs racistes, xénophobes, antisémites ou attentatoires à la dignité humaine un facteur d'aggravation des peines de manière générale (§ 46, par. 2, du code pénal).

2.2 Italie

Le droit italien punit l'apologie du fascisme.

Selon la « *legge Scelba* » de 1952 (loi n° 645/1952), qui met en œuvre la XII^e disposition transitoire de la constitution italienne (« *È vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista* »), quiconque fait de la propagande pour la création d'une association, d'un mouvement ou d'un groupement ayant les caractéristiques et poursuivant les buts du parti fasciste dissous, est puni d'une peine de réclusion de six mois à deux ans (art. 4, « *Apologia del fascismo* »). L'apologie, soit, de manière très générale, la justification d'une doctrine, recouvre en l'occurrence tous discours ou paroles servant à défendre un fait, un évènement ou un épisode historique réels. Il est donc punissable de défendre et de magnifier des épisodes historiques lorsque la loi qualifie cet acte d'abominable et/ou de dangereux. La loi Scelba réprime également le fait de participer à des réunions publiques et de se livrer à des actes typiques du parti fasciste dissous ou des organisations nazies (art. 5).

Sont également punissables la propagation d'idées reposant sur un postulat de supériorité raciale, ethnique ou religieuse ou sur la haine, ainsi que l'incitation à la haine, à la discrimination ou à la violence (discrimination fondée sur des motifs raciaux, ethniques, nationaux ou religieux).

Selon l'art. 604-bis du code pénal italien et la « *legge Mancino* » de 1993 (loi n° 205/1993), est punissable quiconque propage des idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale ou ethnique, ou incite à commettre ou commet les actes de discrimination fondés sur la race, l'ethnie, la nationalité ou la religion. Est également punissable quiconque commet ou incite à commettre des actes de violence pour des motifs raciaux, ethniques, nationaux ou religieux. Les organisations, associations, mouvements ou groupements dont le but est la discrimination ou la violence fondée sur ces motifs sont interdits. Le fait de promouvoir ou de diriger ces organisations, associations, mouvements ou groupements est possible d'une peine. Le simple fait de participer à ces entités ou de soutenir leurs activités est déjà punissable. L'art. 604-bis CP fait partie du titre consacré aux infractions contre la personne, et plus précisément de la section regroupant les infractions contre l'égalité (« *delitti contro l'egualanza* ».).

En septembre 2017, la Chambre des députés a adopté un projet de loi visant l'introduction d'un nouvel art. 293-bis dans le code pénal italien (*proposta di legge A.C. 3343*). Il s'agissait de rendre punissable quiconque propage des images ou des contenus du parti fasciste ou du parti national-socialiste allemand, ou des idéologies correspondantes, que ce soit par la production, la distribution, la diffusion ou la vente

de biens représentant des personnes, des images ou des symboles s'y rapportant clairement, ou évoque publiquement leur symbolique ou leur gestuelle. Le projet prévoyait une peine d'emprisonnement de six mois à deux ans, avec la possibilité de la relever d'un tiers si l'acte était commis sur Internet. Cette disposition serait allée plus loin que la loi Scelba et la loi Mancino, en punissant certains gestes, tels que le salut romain ou le salut hitlérien, et la commercialisation d'objets. Le projet n'a cependant pas franchi l'obstacle du Sénat (peut-être parce que la fin de la législature et la dissolution des chambres en décembre 2017 ont mis fin au débat, mais peut-être aussi en raison de la forte résistance du parti nommé *Movimento Cinque Stelle*). Un nouveau projet de loi a été mis en train (A.C. 3074; nouvel art. 293-bis du code pénal). Issu d'une initiative populaire, ce projet qui a à peu près le même contenu que le premier projet a entre-temps été transmis à la II^e commission de justice (A.C. 4). Il vise à réprimer toute propagation des contenus du parti fasciste ou du parti national-socialiste allemand, y compris par l'évocation publique de leur symbolique ou de leur gestuelle. Sur le plan de la systématique, le nouvel art. 293-bis doit être placé dans le livre 2, titre 1, chapitre 2, du code pénal, soit parmi les infractions contre la personnalité interne de l'État (« *delitti contro la personalità interna dello Stato* »).

2.3 Autriche

Le § 115 du code pénal autrichien, réprimant les insultes, est déterminant pour ce qui est des gestes, symboles, insignes ou emblèmes extrémistes ou racistes. Il punit les insultes faites en public ou au moins devant plusieurs personnes. Par insulte, il faut entendre les injures, moqueries, maltraitances physiques et menaces de telles maltraitances. Les injures ne sont pas uniquement des propos injurieux mais recouvrent toute expression de mépris par des signes, des gestes ou des actes.

Il faut citer par ailleurs la *Verbotsgesetz* de 1947, qui interdit toute résurgence national-socialiste. Tous symboles, écrits, imprimés de la NSDAP, de ses organisations paramilitaires (SS, SA, NSKK, NSFK), de ses associations et de toutes les organisations national-socialistes sont interdits en Autriche. Le § 9 de cette loi punit d'une peine d'emprisonnement d'un à dix ans (voire à vingt ans en cas de dangerosité particulière de l'auteur ou de l'acte) toute activité national-socialiste. Cette infraction recouvre des actes de types divers et notamment la défense d'éléments typiques du programme nazi. Le négationnisme est lui aussi soumis au § 3g de cette loi en cas d'activité nazie.

Concernant la *Verbotsgesetz*, il faut aussi citer l'art. III, par. 1, ch. 4, de la loi d'introduction de la procédure administrative (*Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen, EGVG*). En vertu de cette disposition, est puni d'une peine pécuniaire pouvant aller jusqu'à 10 000 euros quiconque propage ou tente de propager des idées national-socialistes au sens de la *Verbotsgesetz*. Les récidivistes encourrent une peine pécuniaire pouvant aller jusqu'à 20 000 euros ou une peine privative de liberté de six semaines au plus³⁴. Elle s'applique dès lors que l'infraction n'est pas passible d'une peine plus lourde en vertu d'autres normes pénales administratives. La disposition de

³⁴ VfGH 11.10.2017, arrêt 1698/2017.

l'EGVG se distingue de la *Verbotsgesetz* en ce sens que l'intention de rétablir un régime nazi en Autriche n'est pas un préalable. Son but est de réprimer un comportement ressenti objectivement comme un désordre suscitant un scandale public³⁵.

Il faut citer également la *Symbolgesetz*, loi fédérale autrichienne édictée en 2015 dans le cadre d'un paquet anti-terroriste et interdisant l'utilisation de symboles de l'État islamique et autres groupements. Les organisations visées sont les groupements islamistes et terroristes tels que l'État islamique et Al-Qaida, des groupements d'extrême droite tels que Identitaire Bewegung Österreich (IBÖ) ou Die Österreicher (DO5), mais aussi d'autres entités telles que les Loups gris ou le Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK), ainsi que les organisations qui en sont dérivées ou qui leur succèdent. La *Symbolgesetz* interdit de représenter, exhiber, porter ou propager les symboles (incluant les insignes, les emblèmes et les gestes) de ces entités en public, y compris par des moyens électroniques. La tentative est également punissable. Les infractions sont qualifiées de contraventions administratives et passibles d'une peine pécuniaire pouvant aller jusqu'à 10 000 euros ou d'une peine privative de liberté d'un mois au plus. Les récidivistes encourrent une peine pécuniaire de 20 000 euros et une peine privative de liberté de six semaines. Les imprimés, périodiques, gestes, images, représentations théâtrales et cinématographiques, ainsi que les expositions n'ayant pas l'objet incriminé comme élément central ne sont pas interdits s'il n'y a pas approbation ou propagation de l'idéologie des groupements en question. Il n'est pas non plus interdit d'utiliser les symboles considérés lorsque leur exhibition est ou vise à être clairement hostile à l'idéologie du groupement visé (par ex. lors d'une contre-manifestation).

Enfin, on mentionnera la loi sur les insignes (*Abzeichengesetz*), qui relève du droit administratif. Elle interdit tout symbole d'une organisation interdite en Autriche. Selon la jurisprudence, elle se réfère à la *Verbotsgesetz*³⁶, si bien que son champ d'application recouvre les symboles du Troisième Reich et de ses divers organes, de même que les symboles qui leur ressemblent et qui leur sont substitués dans un même but. S'il n'y a pas approbation ou propagation de l'idéologie d'une organisation interdite, leur utilisation dans des imprimés, images, représentations théâtrales et cinématographiques, ou expositions n'ayant pas l'objet incriminé comme élément central ne sont pas interdites. La violation de ces règles est passible d'une peine pécuniaire pouvant aller jusqu'à 10 000 euros ou d'une peine privative de liberté d'un mois au plus; une récidive est punie d'une peine pécuniaire pouvant aller jusqu'à 20 000 euros ou d'une peine privative de liberté de six semaines au plus. La tentative est également punissable.

³⁵ Arrêts choisis de la Cour constitutionnelle autrichienne, VfSlg. 12/0021989

³⁶ Travaux préparatoires du parlement autrichien, disponible sous: <https://www.parlament.gv.at> > Recherchieren > Gegenstände > Anfragen & Beantwortungen > 29.10.2013 - 08.11.2017: XXV. Gesetzgebungsperiode > Abzeichengesetz.

2.4 France

Le droit français ne connaît pas d'interdiction générale des gestes, symboles, insignes ou emblèmes racistes ou extrémistes dans l'espace public. Il contient en revanche plusieurs dispositions qui énoncent des interdictions limitées à certains symboles.

L'art. R645-1 du code pénal français (ci-après « CP-F ») punit le port et l'exhibition en public de tout uniforme, insigne ou emblème rappelant les uniformes, les insignes ou les emblèmes qui ont été portés ou exhibés soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle par le tribunal militaire international de Nuremberg, soit par une personne reconnue coupable de crime contre l'humanité par une autre juridiction. Sont réservés les besoins d'un film, d'un spectacle ou d'une exposition comportant une évocation historique. Il s'agit d'une contravention de 5^e classe, c'est-à-dire passible d'une amende de 1 500 euros au plus (art. 131-13 CP-F). Les objets ayant servi ou devant servir à commettre l'infraction peuvent être confisqués. Les biens juridiques protégés sont la nation, l'état et la paix publique.

Les art. 431-14 et 431-17 CP-F répriment le fait de participer à un groupe de combat, c'est-à-dire à un groupement de personnes détenant ou ayant accès à des armes, doté d'une organisation hiérarchisée et susceptible de troubler l'ordre public, ou un groupement dissous en application de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et milices privées. L'art. 431-21 CP-F prévoit la confiscation des uniformes, insignes, emblèmes, armes et tous matériels utilisés ou destinés à être utilisés par le groupe de combat ou par l'association ou le groupement maintenu ou reconstitué.

Le code du sport contient des dispositions relatives à la sécurité des manifestations. Parmi celles-ci, l'art. L332-7 punit le fait d'introduire, de porter ou d'exhiber dans une enceinte sportive, lors du déroulement ou de la retransmission en public d'une manifestation sportive, des insignes, signes ou symboles incitant à la haine ou à la discrimination à l'encontre de personnes à raison de leur origine, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, de leur sexe ou de leur appartenance, réelle ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. La peine encourue est l'emprisonnement jusqu'à un an et l'amende jusqu'à 15 000 euros.

Enfin, il faut encore mentionner que la partie générale du code pénal français érige en circonstance aggravante le fait qu'un crime ou un délit soit précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une prétendue race, une ethnie, une nation ou une religion déterminée, soit établissent que les faits ont été commis contre la victime pour l'une de ces raisons (art. 132-76 CP-F).

3 Présentation du projet

3.1 Règlementation proposée

3.1.1 Loi spéciale

3.1.1.1 Bien juridique

Le terme de biens juridiques désigne les intérêts protégés par le système juridique et qui correspondent aux valeurs fondamentales de la société. En ce sens, les normes du CP sont l'expression des convictions d'une communauté régie par un même droit. Seul est punissable qui agit en public, c'est-à-dire qui exprime une opinion et, par là même, porte atteinte à d'autres biens juridiques ou les met en danger (par ex., en cas de discrimination raciale, la paix publique ou la dignité humaine).

La doctrine n'est pas parfaitement unanime quant aux biens juridiques que protège l'art. 261^{bis} CP. L'opinion dominante désigne comme tels la dignité humaine et, à titre accessoire, la paix publique³⁷, le caractère accessoire de cette dernière découlant en toute logique du fait que le CP tout entier protège la paix publique³⁸. Selon ce point de vue, tous les actes réprimés par l'art. 261^{bis} CP portent atteinte à la dignité humaine et sont des infractions de lésion (*Verletzungsdelikte*, qui requièrent que le bien juridique ait été réellement lésé). D'autres auteurs³⁹, de même que le message⁴⁰ à l'appui de l'art. 261^{bis} CP, voient au contraire la paix publique comme le principal, voire l'unique, bien juridique protégé. Cela fait de l'art. 261^{bis} CP une infraction de mise en danger abstraite.

La doctrine dominante a été vivement critiquée, et de manière très détaillée, notamment par Kunz dans son analyse de l'opinion de Niggli⁴¹. Kunz concède que la norme anti-discriminatoire de l'art. 261^{bis} CP présente une certaine ambivalence (mise en danger abstraite de la paix intérieure par des actes envenimant le climat politique et atteinte à la dignité humaine de personnes concrètes à qui l'on a attribué des caractéristiques telles que leur qualité de membres égaux de la communauté humaine leur est déniée). Pour lui, l'art. 261^{bis} est néanmoins une infraction de mise en danger abstraite qui se réfère à la paix sociale et, partant, à la paix juridique. Noll/Dreifuss/Markwalder consi-

³⁷ ATF 123 IV 202, c. 3a; 124 IV 121, c. 2c; 126 IV 20, c. 1c; BSK Strafrecht II-Schleiminger Mettler, n° 8 ad art. 261^{bis} CP; Niggli, n° 451 ss, 458; Weder, n° 2 ad art. 261^{bis}; Handkommentar StGB-Wohlers, n° 1 ad art. 261^{bis}; Noll/Dreifuss/Markwalder, p. 484 ss., 487; PC CP, n° 2 ad art. 261^{bis}; CR-CP II-Mazou, n° 3 ad art. 261^{bis}.

³⁸ Niggli, n° 288 ss

³⁹ Trechsel/Vest, n° 6 ad art. 261^{bis}; Müller, p. 659 ss, 664.

⁴⁰ FF 1992 III 265 p. 297 s. et 304

⁴¹ Kunz, p. 223 à 233, 224

dèrent comme une composante supplémentaire du bien juridique protégé en cas d'utilisation de symboles de haine nazis la protection du sentiment subjectif de sécurité⁴², élément qu'ils estiment insuffisamment pris en compte par la législation et la jurisprudence actuelles⁴³.

L'utilisation de symboles nazis dans l'espace public affecte les biens juridiques que sont la paix publique et la dignité humaine. Arborer ces symboles sert d'une part à se mettre en scène et peut d'autre part intimider les membres de certains groupes de population, voire un groupe tout entier. En ce sens, les symboles nazis peuvent être perçus par les personnes ou groupes visés comme une menace faite en public. En tant que figuration de la discrimination raciale, de l'antisémitisme et de l'apologie de la violence (et des discriminations en général), ils représentent un risque pour la coexistence pacifique des membres de notre société. Ils ont le potentiel d'envenimer le climat et risquent de constituer le terreau de la haine et de la violence⁴⁴.

3.1.2 Concours d'infractions

Dans le cas où une personne utilise publiquement un symbole nazi au sens de la nouvelle loi spéciale en même temps qu'elle commet un autre acte qui réalise les éléments constitutifs de l'art. 261^{bis} CP, il y aura concours parfait d'infractions, c'est-à-dire que cette personne sera punie pour plusieurs infractions réalisées par plusieurs actes.

Exemple: une personne, vêtue d'un T-shirt décoré du signe « SS », s'exprime de manière discriminatoire et dégradante à l'encontre d'une autre personne. Ou encore, au cours d'une manifestation, une personne portant un drapeau avec une croix gammée tient des propos racistes. Ces personnes seront punies pour deux actes et passibles d'une part d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté en vertu de l'art. 261^{bis} CP et d'autre part d'une amende pour avoir arboré un symbole interdit.

Si, en revanche, un acte unique réunit les éléments constitutifs d'une infraction réprimée par l'art. 261^{bis} (al. 2 ou 4) CP, seule cette disposition s'applique; elle recouvre les faits interdits par la loi spéciale, si bien qu'il n'y a plus de marge pour un recours à cette dernière. La disposition pénale de la loi spéciale s'applique uniquement dans l'espace de la « lacune » relevée plus haut, c'est-à-dire aux actes - non punissables aujourd'hui - que sont le fait de montrer, diffuser, arborer et utiliser les symboles visés sans intention de propager une idéologie auprès de tiers, sans atteinte à la dignité humaine et sans intention de discriminer ou rabaisser une personne ou un groupe de personnes (voir ch. 1.3).

⁴² Noll/Dreifuss/Markwalder, p. 484 à 501

⁴³ Noll/Dreifuss/Markwalder, p. 497

⁴⁴ Rossegger/Graf/Urbaniok/Lau/Witt/Endrass, p. 205 ss

3.1.3 Adaptation d'autres lois

3.1.3.1 Droit pénal des mineurs

Si l'interdiction est réglée dans une loi spéciale, celle-ci est aussi applicable aux mineurs en vertu de l'art. 1, al. 1, let. a, du droit pénal des mineurs du 20 juin 2003 (DPMin)⁴⁵. Il n'est donc *pas nécessaire* d'adapter ce dernier. Notons cependant que les amendes ne peuvent être prononcées qu'à l'encontre de personnes de 15 ans et plus (art. 24 DPMin et art. 4, al. 1, LAO) et que les seules sanctions à prendre contre les délinquants de 10 à 14 ans sont une réprimande (art. 22 DPMin), une prestation personnelle (art. 23 DPMin) ou une mesure de protection (art. 12 ss DPMin).

3.1.3.2 Code pénal militaire

Il n'est pas nécessaire de compléter le CPM par une référence à la nouvelle loi spéciale. Selon l'art. 8 de ce code, le droit pénal ordinaire s'applique aux personnes soumises au droit pénal militaire pour les infractions non prévues par le CPM.

Il faudrait modifier le CPM si l'on voulait soumettre les violations de l'interdiction d'utiliser publiquement des symboles nazis à la juridiction militaire (voir art. 180, al. 2, CPM). La question de la juridiction militaire est réglée à l'art. 218 CPM, y compris, selon l'al. 3, pour les cas d'infraction à la législation sur la circulation routière et, selon l'al. 4, pour les cas d'infraction à la législation sur les stupéfiants. Il faudrait compléter cette disposition en sus de l'art. 180, al. 2, CPM si l'on voulait soumettre à la juridiction militaire l'utilisation illicite de symboles nazis.

3.1.3.3 Loi sur les amendes d'ordre

L'art. 5 AP-LISN modifie la loi du 18 mars 2016 sur les amendes d'ordre (LAO)⁴⁶ afin d'autoriser la procédure de l'amende d'ordre. La liste de l'art. 1, al. 1, let. a, LAO est complétée par un ch. XY qui permet de sanctionner la violation de l'interdiction d'utiliser des symboles nazis par une amende d'ordre. Il faudra encore modifier l'ordonnance du 16 janvier 2019 sur les amendes d'ordre (OAO)⁴⁷ en complétant son annexe 2, liste des amendes 2, par l'art. 1 de la loi spéciale.

Selon l'art. 4, al. 1, LAO, celle-ci ne s'applique pas aux infractions commises par une personne âgée de moins de 15 ans au moment des faits. Cette disposition fait pendant à l'art. 24 DPMin qui prévoit que seul le mineur qui avait 15 ans le jour où il a commis l'acte est passible d'une amende (voir ch. 3.1.3.1).

3.2 Questions de mise en œuvre – mise en œuvre par la Confédération

La mise en œuvre d'une interdiction d'utiliser publiquement des symboles nazis (tout autant que celle de symboles racistes, extrémistes ou faisant l'apologie de la violence)

⁴⁵ RS 311.1

⁴⁶ RS 314.1

⁴⁷ RS 314.11

soulève la question de la compétence législative. Cette question recoupe celle de la délimitation entre droit pénal et droit policier. Il faut en premier lieu se demander si la Confédération a la compétence de légiférer dans le domaine considéré. Dès lors qu'une compétence n'est pas attribuée à la Confédération par la Constitution, elle appartient automatiquement aux cantons. La législation en matière pénale est du ressort de la Confédération (art. 123 Cst.). Une interdiction pénale est la solution à envisager si l'on met au premier plan l'objectif d'avoir une solution uniforme à l'échelle de la Suisse, avec une approche répressive. Le droit policier, lui, relève principalement des cantons. Rappelons que la prévention des menaces pour la sécurité et l'ordre publics — et l'utilisation publique des symboles visés dans le présent rapport peut être considérée comme telle — est une tâche de police. Si l'on mettait l'accent sur une approche préventive, les cantons seraient compétents. Les dispositions nécessaires devraient être édictées dans les lois cantonales en matière de police et de sécurité. L'initiative de légiférer relèverait cependant des seuls cantons.

Or, la nécessité d'agir aujourd'hui, les motifs avancés au ch. 6.2 (notamment concernant la prévention générale positive) et le constat fait en décembre 2023 par la cheffe du Département fédéral de justice et police de l'époque devant le Conseil des États⁴⁸, selon lequel il était nécessaire de prendre des mesures répressives — en plus de la primauté que le Conseil fédéral a toujours voulu donner à la prévention dans la lutte contre le racisme et l'antisémitisme — sont autant d'arguments en faveur d'une mise en œuvre de l'interdiction dans une loi spéciale (ou dans le CP) fondée sur l'art. 123, al.1, Cst. On a exposé au ch. 1.5.1.2 les raisons pour lesquelles une loi spéciale était préférable. Dans le chapitre qui suit, on trouvera le commentaire article par article de l'avant-projet de nouvelle loi fédérale sur l'interdiction de l'utilisation publique de symboles nazis.

4 Commentaire des dispositions

4.1 Art. 1 (Objet et champ d'application)

4.1.1 Al. 1 (Champ d'application)

Le champ d'application de l'interdiction est limité aux actes commis en public. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, des actes ont un caractère public lorsqu'ils s'adressent à un important cercle de personnes hors du cadre des relations personnelles⁴⁹ ou peuvent être appréhendés par un tel cercle. En d'autres termes, ils ne doivent pas avoir lieu dans un cadre privé, par quoi l'on entend un cercle familial ou un cercle d'amis, ou

⁴⁸ BO 2023 E 1247

⁴⁹ ATF 130 IV 111, c. 3.1

un groupe de personnes unies par des liens personnels ou par une relation de confiance particulière⁵⁰. La réalisation de ce critère dépend des circonstances, mais la taille de l'assistance, si elle a une importance, n'est pas déterminante à elle seule⁵¹.

Du point de vue du droit pénal, l'utilisation publique de symboles nazis dans l'espace virtuel se distingue de celle dans le monde réel uniquement par le fait qu'elle implique l'utilisation de moyens informatiques. Il sera donc également interdit d'utiliser ou de diffuser des symboles nazis sur Internet si cela se fait « publiquement ». La définition que le Tribunal fédéral donne de la publicité dans ce contexte reste valable. Selon sa jurisprudence, le fait de « liker » ou de « repartager » une publication sur un réseau social implique une volonté de diffuser le contenu en question⁵². En relation avec un symbole nazi, ce comportement tomberait sous le coup de la nouvelle norme. Toutefois, le fait que les auteurs de tels actes sont souvent anonymes pose problème. Leur identification et la conservation des preuves sur les plateformes numériques s'avèrent souvent difficiles⁵³.

Le champ d'application de l'interdiction se limite aux actes commis en public. Seuls ceux-ci seront donc punissables. Cette restriction existe déjà à l'art. 261^{bis}, al. 2, CP, dans le contexte duquel elle a été abondamment traitée par les tribunaux. On peut donc s'appuyer sur une jurisprudence fournie, mûrie et établie de longue date, à propos de cette disposition, pour cerner la notion de « publicité » de l'acte. On recourra à la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière pour distinguer, par exemple, entre vente publique et non publique de symboles nazis⁵⁴.

4.1.2 AI. 2 (Symboles religieux)

L'interdiction des symboles nazis vise les objets et symboles représentatifs du régime national-socialiste. La croix gammée notamment est un très vieux symbole qui, en Asie

⁵⁰ « Im Familien- und Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld »; ATF 130 IV 111, c. 5.2.1

⁵¹ BSK Strafrecht II-Schleiminger Mettler, n° 22 ad art. 261^{bis} CP

⁵² ATF 146 IV 23, c. 2.2.3 et 2.2.4

⁵³ Discours de haine. La loi présente-t-elle des lacunes? Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 21.3450 de la Commission de la politique de sécurité du Conseil des États du 25 mars 2021, ch. 4.2.3

⁵⁴ La jurisprudence se fonde actuellement principalement sur la taille de l'assistance pour juger du caractère public de l'acte. Le Tribunal fédéral a par exemple considéré comme non public le comportement d'un libraire qui conservait, dans un lieu non accessible aux clients, un petit nombre d'exemplaires (moins de dix) d'un ouvrage négationniste pour lequel il ne faisait pas de publicité et qu'il ne vendait qu'à la demande (arrêt du Tribunal fédéral du 23 août 2000, 6S.291/2000). L'ATF 130 IV 111 représente un clair changement de pratique. Il expose que le fait que les personnes concernées partagent les mêmes idées n'exclut pas le caractère public d'une manifestation si ces personnes n'ont pas de liens personnels (ATF 130 IV 111, 120, c. 5.2.2). Selon cette nouvelle jurisprudence, le caractère public de la vente de l'ouvrage mentionné ci-dessus n'aurait pu être nié que si le libraire et les acheteurs avaient été membres d'une même famille ou d'un cercle d'amis, ou unis par des liens personnels ou une relation de confiance particulière, sans égard au fait qu'ils partagent les mêmes opinions. Il ne serait pas non plus décisif que les acheteurs ne soient qu'un cercle très restreint de personnes.

et surtout en Inde, est associé à diverses religions telles que l'hindouisme, le bouddhisme et le jaïnisme. Ce symbole solaire, appelé « *svastika* » en sanskrit, est un porte-bonheur. Il importe donc de préciser le champ d'application de la loi en énonçant à l'art. 1, al. 2, que les symboles religieux existants qui sont identiques ou semblables aux symboles nazis en sont exclus.

Il faut davantage qu'une conviction morale profonde pour que le caractère « religieux » soit reconnu. Il arrive parfois que les notions de « religion », « croyance » et « opinion » se confondent⁵⁵. L'exclusion des symboles religieux se réfère uniquement aux religions existantes qui présentent des caractères reconnus par la doctrine et la jurisprudence, comme par exemple l'hindouisme et le bouddhisme, sans s'étendre aux convictions morales sans lien direct avec une déité ou une entité transcendante⁵⁶.

4.1.3 Objet

On est en droit de se demander s'il est nécessaire de nommer quatre actions – utiliser, arborer, montrer, diffuser – comme le fait l'article. En principe, le fait d'arborer ou de montrer un symbole est inclus dans les notions d'utilisation et de diffusion. Une énumération détaillée peut néanmoins servir à expliciter, pour les sujets de droit, ce qu'il est interdit de faire. C'est pourquoi le Conseil fédéral a choisi de nommer ces quatre actions à l'art. 1, al. 1. Les notions d'« utilisation » et de « diffusion » comprennent plus de choses que les deux autres termes cités (arborer et montrer). Le rapport et l'avant-projet de 2009 donnent une définition de ces deux notions et des exemples pratiques qui soulignent les avantages de ces choix terminologiques: l'utilisation recouvre le fait de porter, promouvoir, offrir, montrer, exposer ou rendre accessible de toute autre manière les symboles visés. Il n'y a guère d'intérêt pratique à faire la distinction entre montrer et exposer publiquement un symbole. Il serait difficile de savoir si celui qui appose une croix gammée sur sa boîte aux lettres, à la vue de tous, le montre ou bien l'expose. Le choix du terme « utiliser » évite ces distinguos subtils et largement théoriques. Il va jusqu'à comprendre le fait de taguer des croix gammées sur une façade. « Utiliser » des symboles racistes englobe donc aussi dans l'avant-projet tout emploi de ces symboles. Quant à la « diffusion », le rapport de 2009 la détaillait comme transmission orale, écrite ou électronique – lecture publique, projection, audition d'un enregistrement, affichage, exposition, distribution, vente, etc. – à un cercle public de personnes, précisant que cette notion ne contenait pas l'élément de propagande requis à l'al. 2 de l'art. 261^{bis} CP⁵⁷.

Pour ce qui est des éléments subjectifs de l'infraction, l'acte doit être intentionnel et l'intention doit se rapporter à l'utilisation ou la diffusion publiques. En d'autres termes, l'auteur doit avoir l'intention de montrer le symbole en dehors de son cercle privé⁵⁸.

⁵⁵ Kühler, p. 215

⁵⁶ ATF 119 Ia 178, c. 4b, concernant la définition de la liberté de conscience et de croyance

⁵⁷ Rapport et avant-projet 2009, ch. 6.4

⁵⁸ Un tatouage ou un pendentif en forme de croix gammée, par ex., devrait être couvert en public, faute de quoi une amende pourrait être infligée.

Comme il s'agit d'une infraction de mise en danger abstraite, l'acte est réalisé lorsque son auteur a exécuté publiquement une des actions décrites à l'art. 2, al. 1 (utiliser, diffuser, porter ou arborer).

Lorsque l'acte commis est une contravention, la tentative et la complicité ne sont punissables que dans les cas expressément prévus par la loi (art. 105, al. 2, CP). Il n'est sans doute pas approprié ni nécessaire de prévoir une telle disposition dans le cas d'un acte que l'on se propose de punir par la procédure de l'amende d'ordre en raison de sa gravité limitée. La tentative et la complicité sont punissables, en vertu du droit actuel, dans les cas plus graves, c'est-à-dire lorsque l'infraction commise relève de l'art. 261^{bis}, par. 2, (intention de propager) ou par. 4 (intention d'abaisser ou de discriminer). Concernant les infractions visées par la loi spéciale, il faut renoncer par contre à punir la tentative et la complicité.

4.2 Art. 2 (Symboles interdits et exceptions)

4.2.1 Al. 1 (symboles interdits)

Le national-socialisme est né d'un courant d'idées nationaliste, impérialiste, raciste et antisémite apparu en Allemagne après la Première Guerre mondiale. Cette idéologie a été à la base du gouvernement fasciste d'Adolf Hitler en Allemagne de 1933 à 1945. Le national-socialisme est un mouvement antisémite, antidémocratique, antilibéral et « *völkisch* » (ce terme fait référence, dans l'idéologie raciste des nazis, à une conception du « peuple » identifié à la race). Les insignes⁵⁹, emblèmes⁶⁰, drapeaux, gestes⁶¹, slogans⁶², formules de salutation⁶³, etc., de cette ère fasciste et de l'Allemagne nazie sont qualifiés de symboles nazis. Les plus connus et les plus répandus de ces symboles sont certainement la croix gammée⁶⁴, le salut hitlérien et la « rune de la victoire » (*Siegrune*, le « S » stylisé qui, doublé, servait d'insigne aux SS), que l'on peut qualifier de symboles centraux du nazisme⁶⁵. Ces symboles représentent la déportation et le

⁵⁹ On entend par là des signes de reconnaissance, honorifiques ou décoratifs qui peuvent être de tissu, de plastique ou de métal et qui peuvent représenter une activité ou une fonction, un rang, une prestation ou une appartenance à une communauté (sous forme d'écusson, broche, pin, etc.).

⁶⁰ Les emblèmes sont des figures représentant une entité nationale, par ex. les armoires ou le sceau d'un État; dans le cas présent, il s'agit de celles représentant le troisième Reich ou l'Allemagne nazie.

⁶¹ Salut nazi, « quenelle ».

⁶² On entend par là une formule courte et frappante qui exprime un principe, une intention, une injonction, un but ou autre idée similaire: par ex. « *Sieg Heil* », « *Ein Volk, ein Reich, ein Führer* ».

⁶³ Salut oral ou écrit tel que « *Heil Hitler* », éventuellement accompagné du salut hitlérien.

⁶⁴ Selon le rapport annuel CICAD 2023 (p. 19), plus de 40 cas de tags de croix gammées ont été recensés en Suisse romande de juillet à octobre.

⁶⁵ Rapport et avant-projet 2009, ch. 6.3

génocide, la destruction des droits et libertés des citoyens, la guerre et l'anéantissement.

L'interdiction portera également sur les variations des symboles nazis. Les plus connues sont les combinaisons de chiffres 18 et 88; les chiffres représentent les 1^{re} et 8^e lettres de l'alphabet, soit AH (pour « Adolf Hitler ») et HH (pour « *Heil Hitler* »), ou bien, si l'on compte à partir de la fin de l'alphabet, SS. En cas de doute, les autorités judiciaires détermineront, sur la base de l'interprétation et en fonction du contexte et des intentions de l'auteur, si une variation d'un symbole nazi doit être considérée comme punissable⁶⁶, comme le Tribunal fédéral l'a fait⁶⁷ à propos de la « quenelle »⁶⁸.

4.2.2 Al. 2 (exceptions)

En droit actuel, l'utilisation de symboles racistes est autorisée à certaines fins (éducatives, journalistiques, etc.) dans la mesure où elle ne remplit pas les critères de punisabilité de l'art. 261^{bis} CP.

En vertu des principes énoncés à l'art. 36 Cst., le législateur est tenu de formuler la norme pénale de telle sorte que la liberté d'expression (art. 16 Cst.) soit sauvegardée. Les tribunaux devront eux aussi tenir compte de ces principes dans leur interprétation de la norme pénale. La protection de la dignité humaine et des convictions religieuses fait partie des intérêts légitimant une atteinte à la liberté d'expression⁶⁹. Le législateur doit définir les exceptions de manière suffisamment précise. Elles ne doivent pas non plus être comprises de manière trop large: il ne faut pas que, sous couvert de contexte éducatif, artistique, culturel, historique, journalistique ou scientifique, on puisse justifier l'utilisation de symboles en contradiction avec l'esprit de cette disposition. Dans chaque cas, il devra être clair que l'utilisation du symbole incriminé est appropriée et nécessaire. Le risque d'abus serait sans cela trop grand.

L'art. 2, al. 2, AP-LISN énumère les motifs admissibles pour des exceptions à l'interdiction d'utiliser des symboles nazis: les fins pourront être éducatives, culturelles et artistiques, historiques, journalistiques ou scientifiques. Il faut entendre par « fins journalistiques » le fait de rapporter, dans la presse, sur Internet, à la télévision, etc., des faits tels que des croix gammées taguées ou arborées sur des drapeaux lors de manifestations ou rassemblements d'extrême-droite. Les exceptions dans le domaine de l'art et de la culture comprennent par exemple la satire. La satire est un genre artistique

⁶⁶ Si le législateur voulait limiter la marge d'appréciation des tribunaux, il serait envisageable d'édicter une ordonnance circonscrivant les symboles nazis interdits.

⁶⁷ Le salut hitlérien (ATF 140 IV 102, c. 2.4) ou la « quenelle » (ATF 143 IV 308) effectués en public, selon les circonstances, le lieu et les destinataires, peuvent être soit l'expression, dépourvue de conséquences pénales, des convictions de leur auteur, soit la propagation d'une idéologie au sens de l'art. 261^{bis}, par. 2, CP, ou encore une discrimination au sens du par. 4 de cet article (ATF 140 IV 102).

⁶⁸ Ce geste consiste à tendre un bras vers le bas, paume ouverte, tout en plaçant l'autre main sur l'épaule opposée ou sur le haut du bras tendu.

⁶⁹ BSK BV-Hertig, n° 36 ad art. 16 Cst.

qui, en littérature, au cinéma ou sous forme de caricature, critique des personnes ou des faits par l'exagération, l'ironie ou la moquerie, les tourne en ridicule, les fustigent sous forme de plaisanteries mordantes ou dénonce certains états de fait⁷⁰. La limite entre les motifs éducatifs, historiques et scientifiques est certes mouvante, mais le Conseil fédéral propose de citer ces trois domaines pour décrire les exceptions de la manière la plus précise possible. Comme fin historique, on peut imaginer un mémorial ou la représentation d'uniformes, d'armes, etc.⁷¹, sans but éducatif, scientifique ou culturel mais à titre (uniquement) informatif.

4.3 Art. 3 (Confiscation d'objets)

Les symboles – dans la mesure où il s'agit de drapeaux, d'insignes, d'emblèmes ou encore d'objets qui représentent ou contiennent de tels symboles ou leurs variations, tels que des écrits, des enregistrements sonores ou visuels ou des images – seront confisqués en application de l'art. 69 CP.

L'art. 8, al. 1, LAO précise que, lors de la perception de l'amende d'ordre, les objets qui doivent être confisqués en vertu de l'art. 69 CP sont saisis. Selon l'art. 8, al. 2, LAO, les objets saisis sont réputés confisqués une fois l'amende payée. Si une personne estime que les conditions pour une confiscation ne sont pas remplies, elle doit s'opposer à la procédure de l'amende d'ordre afin qu'une procédure pénale ordinaire soit engagée (art. 13, al. 2, LAO). Une amende d'ordre peut également être infligée dans la procédure pénale ordinaire (art. 14 LAO).

4.4 Art. 4 (Punissabilité)

Étant donné que l'interdiction d'utiliser des symboles nazis sera mise en œuvre dans une loi distincte, les peines encourues doivent être définies. Lorsqu'une personne refuse de payer l'amende d'ordre infligée, c'est la procédure ordinaire qui s'applique; la peine maximale s'élève alors à 1000 francs. C'est pourquoi l'art. 4 AP-LISN fixe l'amende maximale encourue en cas de violation de l'interdiction des symboles nazis à 1000 francs. Les tribunaux cantonaux fixeront le montant de l'amende au cas par cas. Dans la procédure ordinaire, le juge peut tenir compte de circonstances telles qu'une récidive. Dans la procédure simplifiée, le montant maximal de l'amende au sens de l'art. 1, al. 3, LAO est de 300 francs. Dans les cas prévus dans le présent projet législatif, le montant de l'amende sera de 200 francs (voir ch. 4.6).

Il faudra également tenir compte de la situation personnelle de l'auteur et de la faute commise par celui-ci (art. 106, al. 3, CP) ainsi que du principe de la proportionnalité (art. 47 et 106, al. 3, CP).

⁷⁰ En Allemagne, l'utilisation de symboles nazis est considérée comme socialement acceptable et non punissable lorsqu'un observateur non prévenu peut y reconnaître un rejet de l'idéologie nazie, ce qui est le cas dans la satire.

⁷¹ Par ex. dans le cadre d'une rétrospective des uniformes militaires en Europe au 20^e siècle.

4.5 Art. 5 (Poursuite pénale)

En vertu de l'art. 5 AP-LISN, la poursuite pénale incombe aux cantons. Cette compétence découle de l'art. 123, al. 2, Cst., selon lequel la mise en œuvre du droit pénal est en première ligne du ressort des cantons. Elle inclut la poursuite des infractions.

4.6 Art. 6 (Modification de la loi sur les amendes d'ordre)

L'art. 6 AP-LISN crée la base légale pour l'application de la procédure de l'amende d'ordre. Celle-ci permet une sanction efficace des contraventions d'une gravité limitée. En infligeant une amende d'ordre, l'autorité de poursuite pénale donne aux personnes concernées la possibilité de reconnaître l'infraction et de s'acquitter de l'amende. Comme cette reconnaissance libère les autorités de tout travail supplémentaire, la procédure est gratuite pour les personnes concernées.

L'art. 6 AP-LISN précise que la liste de l'art. 1, al. 1, let. a, LAO est complétée par un chiffre qui permet de sanctionner par une amende d'ordre la violation de l'interdiction d'utiliser des symboles nazis. Il faudra également modifier l'AO en intégrant dans son annexe 2, liste des amendes 2, une référence à l'art. 1 LISN, formulée comme suit: « Utiliser, arborer, montrer ou diffuser publiquement des symboles nazis, sauf exception au sens de l'art. 2, al. 2, LISN ».

Le montant de l'amende à prévoir dans l'AO pour une sanction infligée dans la procédure de l'amende d'ordre sera fixé à 200 francs. Il se situera ainsi dans le tiers supérieur de la fourchette qui va de 10 à 300 francs. Une amende de 200 francs est par exemple prévue en cas de circulation sur une route nationale sans vignette (annexe 2, liste des amendes 2, ch. 6001, OAO) ou de violation de l'obligation d'indiquer les prix selon la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD; RS 241) (annexe 2, liste des amendes 2, ch. 3001, OAO). L'interdiction d'utiliser des symboles nazis est une infraction de mise en danger abstraite: de tels symboles peuvent, par ce qu'ils représentent, menacer la paix publique. Le degré d'illicéité est donc relativement élevé et de toute évidence comparable à celui de la conduite sans vignette ou de la violation de l'obligation d'indiquer les prix. Une amende plus élevée, de 250 francs (ou plus) par exemple, serait disproportionnée. À titre d'exemple, l'AO prévoit une amende de 250 francs pour certaines infractions aux règles de la circulation, notamment le dépassement par la droite (annexe 1, liste des amendes 1, ch. 314, n° 3) ou le dépassement, à l'intérieur d'une localité, de la vitesse maximale de 11 à 15 km/h (annexe 1, liste des amendes 1, ch. 303, n° 1, let. c). Pour ce type d'infraction, le degré d'illicéité est plus élevé en raison de la mise en danger abstraite de la vie et de l'intégrité corporelle.

4.7 Art. 7 (Référendum et entrée en vigueur)

Conformément à l'art. 7, la nouvelle loi fédérale sera sujette au référendum (art. 141, al. 1, let. a, Cst.). Le Conseil fédéral en fixera la date d'entrée en vigueur.

5 Conséquences

5.1 Conséquences pour la Confédération

Étant donné que la mise en œuvre de l’interdiction des symboles nazis (première étape de l’exécution de la *motion 23.4318 CAJ-E*) dans une loi spéciale ne requiert *pas* d’ordonnance énumérant les symboles interdits (voir ch. 1.5.1.3), il n’en résulte ni coûts ni besoin en personnel supplémentaires pour la Confédération.

Une telle ordonnance (voir ch. 1.5.1.3) sera en revanche nécessaire – en plus d’un complément à la loi spéciale – pour mettre en œuvre l’interdiction des symboles racistes, extrémistes ou faisant l’apologie de la violence (deuxième étape de l’exécution de la *motion 23.4318 CAJ-E*). Elle entraînera une charge de travail supplémentaire pour la Confédération (ordonnance du Conseil fédéral ou du Parlement) et, donc, un surcroît de coûts. Il est pour l’instant difficile de dire si du personnel supplémentaire devra être engagé, mais à première vue, cela ne devrait pas être le cas.

5.2 Conséquences pour les cantons et les communes

La poursuite pénale et le jugement relèveront de la compétence des cantons, d’où un probable besoin supplémentaire en ressources financières et en personnel. Les conséquences en termes de budget et de personnel d’une mise en œuvre de l’interdiction au moyen d’une loi spéciale et de la possibilité d’appliquer la procédure de l’amende d’ordre devraient être moindres qu’en cas de mise en œuvre dans le CP. En effet, les ministères publics et les tribunaux ne devraient intervenir que rarement (en cas de recours contre une amende). La procédure de l’amende d’ordre ne surchargerait donc pas davantage les autorités de poursuite pénale et d’application du droit, et les coûts supplémentaires seraient inférieurs à ceux d’une mise en œuvre dans le CP, laquelle impliquerait systématiquement les ministères publics et les tribunaux. Il est difficile d’évaluer le nombre de cas nouveaux qui seraient soumis aux juges ainsi que les coûts occasionnés, mais les chiffres publiés par la FSCI/GRA et la CICAD (voir ch. 1.1) peuvent déjà donner un ordre de grandeur en attendant que la nouvelle interdiction déploie tous ses effets.

Une nouvelle norme ou loi spéciale permettra de régler de manière exhaustive la puissance de l’utilisation de symboles nazis dans l’espace public. En cas de divergence entre les dispositions cantonales et le droit fédéral, c’est ce dernier qui prime en vertu de sa force dérogatoire. Les réglementations cantonales qui vont plus loin que les dispositions fédérales pourraient cependant continuer de s’appliquer (voir aussi ch. 1.1 sur les interdictions déjà en vigueur et les interdictions prévues dans certains cantons).

5.3 Conséquences sociales

Il existe un large consensus social quant au fait que les symboles nazis n’ont pas leur place dans l’espace public, comme en témoignent les initiatives parlementaires déposées dans plusieurs cantons, les déclarations politiques des deux Chambres fédérales et les nombreux articles parus dans la presse. La mise en œuvre de la première étape

de la *motion 23.4318 CAJ-E* permet de répondre à ces attentes. L’interdiction peut ainsi déployer un effet positif direct sur la confiance des citoyens dans l’État et renforcer leur sentiment de sécurité.

5.4 Conséquences économiques

L’interdiction d’utiliser, de diffuser, d’arburer ou de montrer publiquement des symboles nazis aura des conséquences sur la vente et le négoce d’objets représentant ou contenant de tels symboles. La publicité pour de tels objets, dans l’espace virtuel comme dans le monde réel, sera une diffusion illicite de symboles nazis (au sujet de la publicité sur Internet, voir ch. 4.1.1). Par contre, la vente et le négoce de biens qui présentent des variations de tels symboles – par exemple des suites de chiffres ou que des marques de vêtements ou des signes « normaux » détournés de leur sens premier – ne feront en principe pas l’objet de restrictions. Seul leur utilisateur commettrait éventuellement une infraction, et le contexte serait alors déterminant pour une condamnation.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

La nouvelle réglementation se fonde sur la compétence de la Confédération de légiférer en matière de droit pénal (art. 123, al. 1, Cst., voir ch. 3). Elle touche à la liberté d’expression (art. 16 Cst.). Comme elle restreint ce droit fondamental, elle doit remplir les conditions de l’art. 36 Cst. (Restriction des droits fondamentaux).

Les restrictions sont admissibles lorsqu’elles

- sont fondées sur une base légale suffisante;
- sont justifiées par un intérêt public ou par la protection d’un droit fondamental d’autrui;
- garantissent le principe de la proportionnalité et ne violent pas l’essence des droits fondamentaux⁷².

Dans son rapport explicatif du 9 juin 2009 relatif à l’avant-projet d’art. 261^{ter} CP et d’art. 171d CPM, le Conseil fédéral est parvenu à la conclusion qu’une interdiction des symboles nazis visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d’une race, d’une ethnie ou d’une religion était compatible avec la liberté d’expression.

⁷² ATF 147 IV 145, c. 2.4.1, 162; 137 IV 313, c. 3.3.1, 323

Il a proposé de faire de la nouvelle infraction une simple contravention sanctionnée par une amende⁷³.

La mise en œuvre de la *motion 23.4318 CAJ-E* permet de protéger la paix et la sécurité publiques. Elle sert en outre à protéger l'État de droit démocratique et la dignité humaine.

Le Tribunal fédéral estime que, dans une communauté pluraliste et démocratique, la liberté d'expression (ou d'opinion) doit être comprise au sens large: la notion d'opinion recouvre l'ensemble des communications de la pensée humaine⁷⁴ et englobe aussi les déclarations indéfendables et manifestement fausses⁷⁵, les propos provocateurs ou choquants⁷⁶, les simplifications ou les exagérations⁷⁷. Dans une démocratie, il est primordial que même les opinions qui déplaisent à la majorité ou qui choquent nombre de personnes puissent être exprimées⁷⁸. Le sens à donner à une déclaration est une question juridique que le Tribunal fédéral apprécie librement. Est déterminant en l'espèce le sens qu'un tiers quelconque sans parti pris attribue à la déclaration dans les circonstances données⁷⁹. Il faut que le tiers assimile les propos à un message raciste et que leur auteur ait pris le risque d'une telle interprétation⁸⁰. La protection de la liberté d'expression ne porte pas uniquement sur le contenu des propos, mais aussi sur le libre choix de la forme⁸¹ et du moyen⁸² utilisés (images, gestes, danse, port de symboles⁸³, drapeaux⁸⁴, banderoles⁸⁵).

La norme pénale doit préserver le principe de la proportionnalité. La sanction proposée par la nouvelle norme est proportionnée, dans la mesure où sa classification en tant que contravention tient compte du fait qu'il s'agit d'actes d'une gravité moindre que les violations de l'art. 261^{bis} CP. La norme envisagée doit être un moyen adapté et nécessaire pour préserver la paix publique et protéger la dignité humaine. Le droit pénal ne suffit pas (à lui seul) pour répondre à des comportements sociaux problématiques. Cela dit, le droit pénal reflète les valeurs morales fondamentales d'une société et, à ce titre, déploie un effet préventif général positif qui favorise la confiance (confiance dans l'ordre

⁷³ Rapport et avant-projet 2009, ch. 6.1

⁷⁴ ATF 127 I 145, 152, c. 4b

⁷⁵ ATF 131 IV 23, c. 3.1 et la référence citée

⁷⁶ ATF 143 IV 193, c. 1; 138 I 274, 281, c. 2.2.1 ; 131 IV 23, c. 3.1; arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) affaire *Thor-geirson c. Islande*, 13778/88, A/239 [1992], ch. 63; Cour EDH affaire *Handyside c. Royaume-Uni*, 5493/72, A/24 [1976], ch. 49: « [Le droit à la liberté d'expression] vaut aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population »; Cour EDH affaire *Satakunnan Markkinapörssi Oy & Satamedia Oy c. Finlande*, 931/13 [2017], ch. 124; affaire SRG c. Suisse, 34124/06 [2012], ch. 51; voir aussi ATF 146 II 217, c. 8.2, 247 s. et les références citées; 138 I 274, c. 2.2.1, 281.

⁷⁷ ATF 143 IV 193, c. 1; 131 IV 23, c. 2.1, arrêts du Tribunal fédéral 6B_1126/2020 du 10 juin 2021, c. 2.1.1; 6B_644/2020 du 14 octobre 2020, c. 1.3, et les références citées dans chacun.

⁷⁸ ATF 143 IV 193, c. 1; 138 I 274, c. 2.2.1 et les références citées; 131 IV 23, c. 3.1; Cour EDH affaire *Perinçek c. Suisse* [GC], 27510/08, Recueil 2015, ch. 196

⁷⁹ ATF 148 IV 113, c. 3; 145 IV 462, c. 4.2.3; 143 IV 193, c. 1; 140 IV 67, c. 2.1.2; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1126/2020 du 10 juin 2021, c. 2.1.1 avec les références citées

⁸⁰ ATF 140 IV 67, c. 2.1.2; arrêt du Tribunal fédéral 6B_627/2015 du 4 novembre 2015, c. 2.5 (tweet « nuit de cristal »).

⁸¹ ATF 127 I 145, 152, c. 4b

⁸² ATF 117 Ia 472, 47, c. 3c; Cour EDH affaire *Women on Waves c. Portugal*, 31276/05 [2009], ch. 30.

⁸³ Cour EDH affaire *Vajnaj c. Hongrie* (port de l'étoile rouge sur le revers du veston), 33629/06 [2009], ATF 117 Ia 472, c. 3c, 478 (badges)

⁸⁴ ATF 107 Ia 59, c. 5b, 62

⁸⁵ ATF 111 Ia 322, c. 6a

juridique) et la stabilité sociale (confirmation de la validité des normes)⁸⁶. Il découle de ce qui précède que la norme proposée pour interdire les symboles nazis, qui reflètent le mépris et le dénigrement systématiques de personnes en raison de leur appartenance à une race, à une ethnie ou à une religion, mais aussi de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leurs convictions politiques ou de leurs handicaps psychiques ou physiques, est un moyen approprié et nécessaire pour préserver la paix publique et protéger la dignité humaine. Les exceptions prévues à l'art. 2, al. 2, AP-LISN (voir ch. 4.2.2) garantiront une protection adéquate des intérêts individuels prépondérants lors de la mise en œuvre de la première étape de la *motion 23.4318 CAJ-E*.

6.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

La réglementation touche aux garanties consacrées par la CEDH et le Pacte II de l'ONU⁸⁷, et en particulier à la liberté d'expression (art. 10 CEHD, art. 19 du Pacte II de l'ONU).

Dans une société démocratique libérale, la liberté d'expression est un bien fondamental. Or, comme aucun droit fondamental n'est inconditionnel, le simple de fait de constater qu'une norme restreint un droit fondamental ne suffit pas à remettre en question sa légitimité. Il s'agit plutôt de se poser la question de savoir si la restriction est adéquate. Les restrictions de la liberté d'expression sont assez courantes dans le droit pénal. Pour certaines infractions, elles sont pour la plupart même plus sévères que celles visées à l'art. 261^{bis} CP⁸⁸, comme c'est le cas à l'art. 261 CP (Atteinte à la liberté de croyance et des cultes). Cette disposition se réfère en particulier aussi aux créations artistiques, qui ne sont pas privilégiées⁸⁹. Dans le droit pénal accessoire, est punissable selon l'art. 3, al. 1, let. a, en relation avec l'art. 23 de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD)⁹⁰ celui qui « dénigre autrui, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations, ses prix ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes »⁹¹.

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les restrictions de la liberté d'expression garantie par l'art. 10, al. 2, CEDH sont admissibles

⁸⁶ Voir Bericht Verfassungsschutz, p. 5 : les extrémistes de droite interprètent le silence et le laisser-faire comme un blanc-seing pour commettre d'autres agressions, souvent plus violentes, contre des personnes vulnérables et des minorités.

⁸⁷ Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques ; RS 0.103.2

⁸⁸ Niggli/Fiolka, pp. 99 à 106

⁸⁹ BSK Strafrecht II-Fiolka, n° 12 ad art. 261 CP

⁹⁰ RS 241

⁹¹ Une personne avait été condamnée en application de cette disposition pour avoir affirmé que les machines à coudre de la marque Bernina étaient en retard sur le plan technique, voir ATF 117 IV 193

lorsqu'elles sont prévues par une loi, qu'elles remplissent l'un des buts légitimes énoncés à l'art. 10, al. 2, CEDH et sont nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire répondent à un besoin social impérieux, et qu'elles sont proportionnées au but visé. L'art. 10, al. 2, CEDH mentionne aussi, en particulier, la protection de la morale⁹², la protection des droits d'autrui et l'ordre public comme des intérêts publics dignes de protection. Il est généralement reconnu que la préservation de la paix publique et la protection contre les discriminations en font partie. Dans sa jurisprudence, la Cour précise que la liberté d'expression ne vaut pas seulement pour les informations ou idées reçues avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent. Elle ne laisse guère de place à des restrictions en matière de discours politiques ou de débats sur des questions d'intérêt général⁹³. La CEDH offre donc ici une protection identique à celle du droit suisse. Par ailleurs, le Tribunal fédéral estime d'une manière générale que le Pacte II de l'ONU ne revêt pas de portée propre par rapport à la CEDH⁹⁴. Par conséquent, la jurisprudence susmentionnée est jugée compatible avec l'art. 19 du Pacte II de l'ONU et son niveau de protection.

Étant donné les biens juridiques protégés par la nouvelle norme et le fait que celle-ci fait de l'infraction une simple contravention passible d'une amende d'ordre de 1000 francs au plus, l'atteinte à la liberté d'expression découlant de la nouvelle norme apparaît nécessaire et proportionnée. Par conséquent, elle est compatible avec l'art. 10 CEDH et l'art. 19 du Pacte II de l'ONU.

6.3 Forme de l'acte à adopter

L'avant-projet contient des dispositions importantes qui fixent des règles de droit et doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale en vertu de l'art. 164, al. 1, Cst. et de l'art. 22, al. 1, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement⁹⁵. La loi est donc sujette au référendum (art. 141, al. 1, let. a, Cst.).

6.4 Frein aux dépenses

Le projet ne contient pas de dispositions relatives aux subventions et ne prévoit ni crédits d'engagement ni plafonds de dépenses. Il n'est donc pas soumis au frein aux dépenses (art. 159, al. 3, let. b, Cst.).

⁹² Au titre de la protection de la morale, la Cour a montré jusqu'ici une grande compréhension pour les normes pénales étatiques, particulièrement pour celles protégeant contre les obscénités ou le blasphème.

⁹³ Pour une vue synthétique, voir l'arrêt de la Cour EDH du 25 octobre 2018, affaire *E.S. c. Autriche*, 38450/12, § 42.

⁹⁴ ATF 148 I 160, c. 7.1 en particulier.

⁹⁵ RS 171.10

6.5 Conformité aux principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale

Selon le principe de la subsidiarité, les tâches étatiques ne sont déléguées à la Confédération que lorsqu'elles y seront mieux assumées qu'au niveau inférieur (cantons et communes). Le partage des compétences entre la Confédération et les cantons est explicitement défini dans la Constitution, qui dit que la Confédération accomplit les tâches qu'elle lui attribue (art. 42 Cst.). Les cantons sont pour leur part compétents dans tous les domaines que la Constitution n'a pas attribués à la Confédération (art. 3 Cst.). En l'espèce, c'est la Confédération qui est compétente.

Le principe de l'équivalence fiscale, selon lequel les bénéficiaires de prestations publiques en supportent aussi les coûts, ne joue pas de rôle ici.

7 Bibliographie

Arrêté fédéral programme de la législature	Arrêté fédéral du 6 juin 2024 sur le programme de la législature 2023 à 2027, FF 2024 1440
BSK BV-AUTEUR	Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (éd.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015
BSK Strafrecht II-AUTEUR	Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 137-392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4 ^e éd., Bâle 2019
Bucher	Bucher Romilda, Die öffentliche Verwendung von rassistischen Symbolen und Gesten unter dem Blickwinkel von Art. 261bis StGB, in: Magister, Éditions Weblaw, Berne 2022
CR-CP II-AUTEUR	Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (éd.), Commentaire romand, Code pénal II, Bâle 2017
Fiolka	Fiolka Gerhard, Art. 261 und die freie Meinungsäußerung, contra legem 2019/2, pp. 99 ss
Handkommentar StGB-AUTEUR	Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stephan, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4 ^e éd., Berne 2020
Kühler	Kühler Anne, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, Berne 2012
Kunz	Kunz Karl-Ludwig, Zur Unschärfe und zum Rechtsgut der Strafnorm gegen Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG), ZStrR 116/1998, pp. 223 ss
Müller	Müller Peter, Abstinenz und Engagement des Strafrechts im Kampf gegen Ausländerfeindlichkeit, AJP 1996, pp. 659 ss
Niggli	Niggli Marcel, Rassendiskriminierung – Ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG, 2 ^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2007
Niggli/Fiolka	Niggli Marcel/Fiolka Gerhard, Gedanken zur Rassismus-Strafnorm, 20 Jahre Art. 261bis StGB, Zurich 2016

Noll/Dreifuss/Markwalder	Noll Thomas/Dreifuss Michal/Markwalder Nora, Problematik der Verwendung von nationalsozialistischen Hass-Symbolen, PJA 2023, pp. 484 ss
OFK StGB-AUTEUR	Donatsch Andreas (éd.), OFK-StGB/JStG Kommentar, 21 ^e éd., Zurich 2022
PC CP	Dupuis Michel/Moreillon Laurent/Piguet Christophe/Berger Séverine/Mazou Miriam/Rodigari Virginie, Code pénal, Petit commentaire, 2 ^e éd., Bâle 2017
PK StGB-AUTEUR	Trechsel Stefan/Pieth Mark (éd.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4 ^e éd., Zurich/St-Gall 2021
Message discrimination raciale	Message du 2 mars 1992 concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la révision y relative du droit pénal, FF 1992 269
Message sur le programme de la législature	Message du 24 janvier 2024 sur le programme de la législature 2023 à 2027, FF 2024 525
Rapport annuel CICAD 2023	Rapport Annuel, Antisémitisme en Suisse Romande, Coordination Intercommunautaire contre l'Antisémitisme et la Diffamation - CICAD, 2023, disponible sous: www.cicad.ch > Antisémitisme > Rapports > Rapport annuel 2023
Rapport et avant-projet 2009	Rapport et avant-projet relatifs à la modification du code pénal et du code pénal militaire concernant les symboles racistes, Département fédéral de justice et police, Berne, juin 2009
Rapport OFJ 2022	Interdiction des symboles nazis, racistes, extrémistes ou faisant l'apologie de la violence, Rapport sur la situation juridique et les solutions possibles pour mettre en œuvre une interdiction, avec leurs avantages et leurs inconvénients, Office fédéral de la justice, Berne 2022, disponible sous: www.admin.ch > Documentation > Communiqués > 15.12.2022 > Rapport sur l'interdiction des symboles nazis et racistes
Rapport sur l'antisémitisme FSCI/GRA 2023	Rapport sur l'antisémitisme 2023 de la Fédération suisse des communautés israélites (FSCI) et de la Fondation contre le racisme et l'antisémitisme

(GRA), disponible sous: www.swissjews.ch > Thèmes > Antisémitisme > Rapport sur l'antisémitisme 2023

Rossegger/Graf/Urbanik/Lau/Witt/Endrass

Rossegger Astrid/Graf Marc/Urbaniok Frank/Lau/Steffen/Witt Rainer/Endrass Jérôme, Von der Vorurteilskommunikation zur Vorurteilskriminalität – Bedrohung durch nationalsozialistische Codes im öffentlichen Raum, PJA 2/2023, pp. 205 ss

Tschannen/Müller/Kern

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5^e éd. Berne 2022