

# Zürich-Genève

## Atelier de lecture de jurisprudence

Université de Zurich  
28 novembre 2019

Prof. Ursula Cassani  
Université de Genève



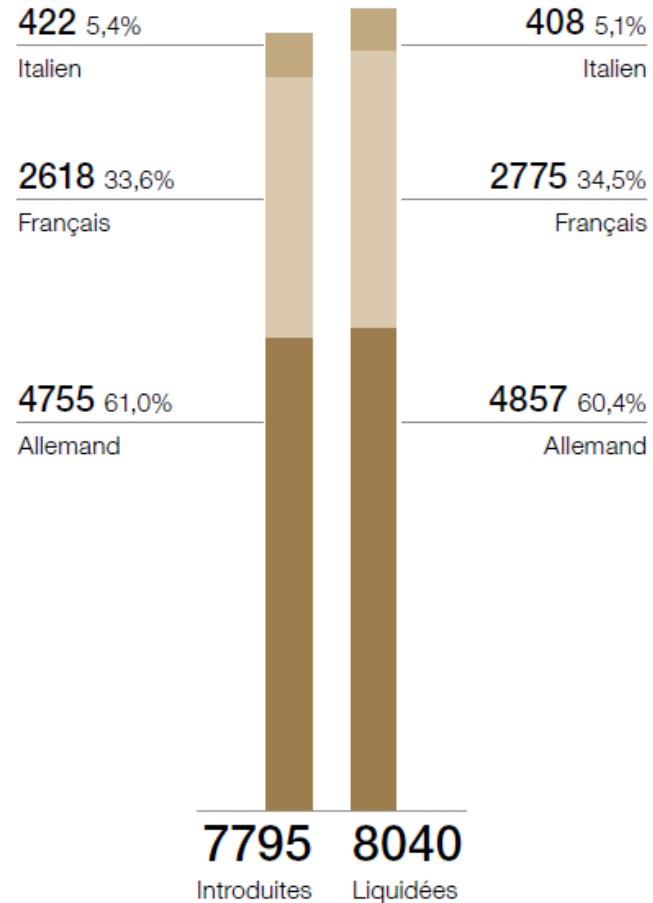
Jean-Etienne Liotard, La liseuse (1746)



Johann Heinrich Füssli, Selbstbildnis (1777)

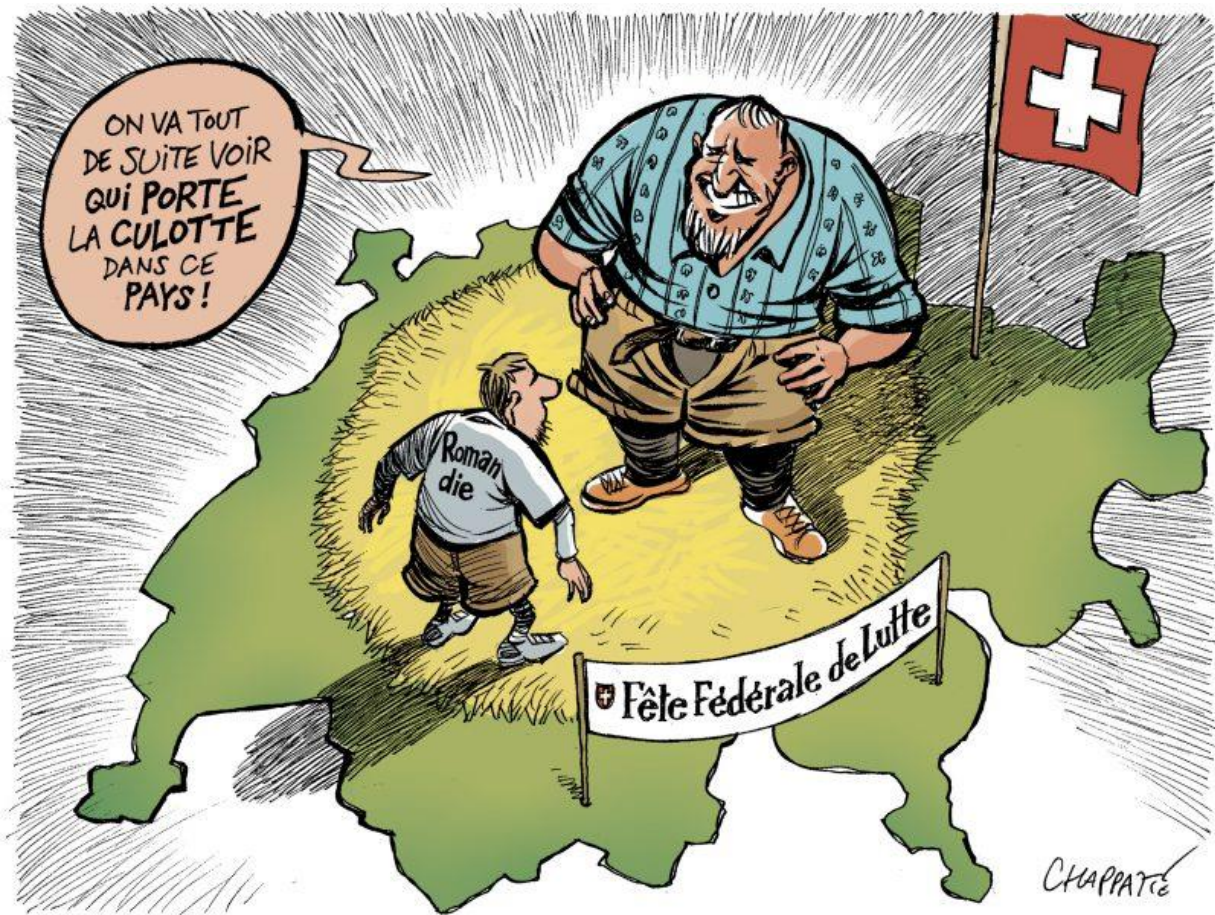
# Les langues dans la jurisprudence du Tribunal fédéral

## 3.1.1 Affaires par langue en 2018



## 3.1.3 Affaires introduites par langue

Rapport de gestion du Tribunal fédéral 2018, p. 19



I. ATF 145 IV 17 - mutilation d'organes génitaux féminins; principe d'universalité illimitée de la poursuite pénale (art. 124 al. 2 CP)

= TF, 6B\_77/2019 du 11 février 2019, X. c. Ministère public de la République et canton de Neuchâtel

# Faits (arrêt, B.a. et B.b.)



Arrivée  
en 2015



2013: excision de  
deux fillettes de 6 ans



2018: condamnation en  
Suisse, art. 124 CP

## Excursus: quelques faits sur les mutilations génitales féminines (MGF)

**OMS (2018)** : « Les mutilations sexuelles féminines recouvrent toutes les interventions incluant l'ablation partielle ou totale des organes génitaux externes de la femme ou toute autre lésion des organes génitaux féminins qui sont pratiquées pour des raisons non médicales. Elles ne présentent aucun avantage connu pour la santé. De surcroît, l'ablation et l'altération de tissus génitaux sains entravent le fonctionnement naturel de l'organisme et peuvent avoir diverses conséquences immédiates et à long terme sur la santé. Les filles et les femmes qui ont subi ces interventions risquent donc de souffrir toute leur vie de leurs complications. »

« On estime que **plus de 200 millions de femmes et de filles** dans le monde vivent avec les effets des MGF (2) ; malgré les efforts pour éradiquer cette pratique, chaque année elles sont quelque 3 millions à être exposées au risque de ces mutilations ».

« Cette pratique persiste dans 30 pays d'Afrique et quelques pays d'Asie et du Moyen-Orient ».



## Prévalence en Somalie

Rapport de l'Office français de protections de réfugiés et apatrides (OFPRA), Les mutilations génitales féminines, Somalie, du 31 août 2017, p. 2

«**Résumé:** La Somalie occupe le premier rang mondial en termes de prévalence des MGF avec un **taux de 98 %**. Cette pratique est profondément ancrée dans la culture somali et est perçue par une grande partie de la population comme constituant une norme sociale et surtout une obligation religieuse. Malgré les efforts de la société civile et la prise de conscience des autorités locales (Puntland, Somaliland et Gouvernement fédéral), ce phénomène ne connaît qu'un recul très lent.»

## En Suisse

Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (rapport 2018), p. 23

En Suisse, environ 14'700 personnes ont subi ou risquent de subir des MGF.

Affaire X. c. MP Neuchâtel

**Jugements au niveau cantonal (A. et B.)**

Peine privative de liberté pour huit mois avec sursis pour infraction à l'art. 124 CP (coactivité).

**Griefs de la recourante devant le TF**

1. Violation de l'art. 124 al. 2 CP (consid. 1)
2. Erreur sur l'illicéité (consid. 2)

Consid. 1: Violation de l'art. 124 al. 2 CP

*« La recourante fait grief à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 124 CP. Selon elle, cette disposition ne permettrait pas de poursuivre en Suisse un auteur ayant mutilé des organes génitaux féminins alors que celui-ci n'avait aucun lien avec ce pays.*

*Il convient ainsi de déterminer si la disposition en question permet de poursuivre un auteur ayant réalisé les éléments constitutifs de l'infraction avant sa venue sur le territoire suisse ».*



# Art. 124 - Mutilation d'organes génitaux féminins / Verstümmelung weiblicher Genitalien (en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2012)

<sup>1</sup> Celui qui aura mutilé des organes génitaux féminins, aura compromis gravement et durablement leur fonction naturelle ou leur aura porté toute autre atteinte sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins.

<sup>2</sup> Quiconque se trouve en Suisse et n'est pas extradé et commet la mutilation à l'étranger est punissable. L'art. 7, al. 4 et 5\*, est applicable.

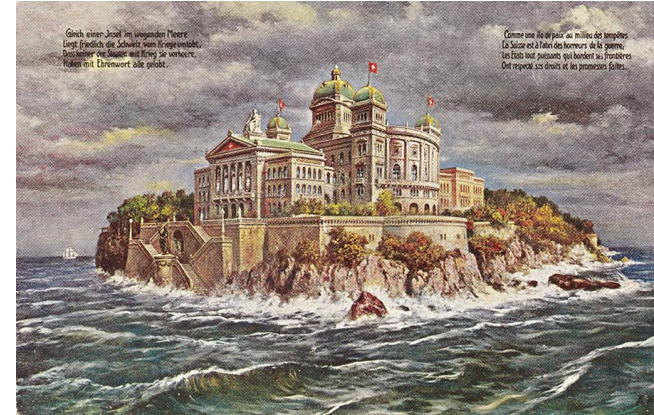
\*= *ne bis in idem* et imputation de la peine subie à l'étranger

<sup>1</sup> Wer die Genitalien einer weiblichen Person verstümmelt, in ihrer natürlichen Funktion erheblich und dauerhaft beeinträchtigt oder sie in anderer Weise schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen bestraft.

<sup>2</sup> Strafbar ist auch, wer die Tat im Ausland begeht, sich in der Schweiz befindet und nicht ausgeliefert wird. Artikel 7 Absätze 4 und 5\* sind anwendbar.

# Compétence du juge pénal suisse/application du droit suisse

- Principe de la territorialité: art. 3 et 8



- Principes extraterritoriaux: art. 4 à 7 et dispositions spéciales, notamment art. 124 al. 2



## Compétence universelle

(compétence du juge suisse pour juger une infraction commise à l'étranger, sans égard à la nationalité de l'auteur et de la victime)

- Art. 6 : universalité classique
  - Accord international dans lequel la Suisse s'est **engagée** à poursuivre l'infraction (N.B. la Convention d'Istanbul, qui prévoit l'infraction de MGF (art. 38), ne connaît pas l'universalité, art. 44)
  - Condition de la double punissabilité (et *lex mitior*)
  - L'auteur se trouve en Suisse et n'est pas extradé
- Art. 124 al. 2 (comme art. 5): universalité illimitée (extrême)
  - **Pas d'accord international exigeant l'universalité**
  - **Pas de double punissabilité (ni *lex mitior*)**
  - L'auteur se trouve en Suisse et n'est pas extradé



## Consid. 1.2. - Interprétation de l'art. 124 al. 2: faut-il un lien avec la Suisse au moment des faits?

- **Littérale (consid. 1.2.1.)**

*« La lettre de l'art. 124 al. 2 CP précise que cette disposition peut sanctionner toute personne, commettant la mutilation à l'étranger, se trouvant en Suisse et n'étant pas extradée. Il ne ressort pas de la lettre de la loi que la poursuite pénale serait exclue lorsque l'auteur a agi alors qu'il ne séjournait ou ne résidait pas en Suisse. »*

- **Historique (consid. 1.2.2) : point controversé**

Initiative parlementaire Roth-Bernasconi, etc.

*« Il découle de ce qui précède que le législateur n'a aucunement voulu limiter les poursuites pénales fondées sur l'art. 124 CP aux auteurs qui séjournaient en Suisse au moment des faits. Une telle restriction, proposée à l'occasion de la procédure de consultation de l'avant-projet, n'a pas été reprise dans le texte soumis à l'Assemblée fédérale. Le Conseil fédéral, dans son avis, a d'ailleurs souligné que la poursuite pouvait concerner des auteurs qui n'étaient aucunement établis en Suisse, voire qui n'y étaient que de passage. Les références à l'art. 5 CP confirment de surcroît qu'un principe d'universalité illimitée était bien envisagé, cette disposition autorisant la poursuite d'infractions rattachées avec la Suisse par la seule présence de l'auteur sur le territoire au moment de l'action pénale ».*

## Consid. 1.2. - Interprétation de l'art. 124 al. 2 (suite)

- **Téléologique (consid. 1.2.3.)**

*« L'interprétation téléologique de la norme concernée conduit au même constat. L'art. 124 CP doit viser la répression la plus large possible des mutilations d'organes génitaux féminins, notamment dans un but de prévention générale. Un tel but ne serait pas atteint en admettant que des personnes puissent échapper à toute poursuite en Suisse par le simple fait d'avoir réalisé les éléments constitutifs de l'infraction à l'étranger. Ces personnes pourraient alors, en toute impunité, se livrer à la mutilation d'organes génitaux féminins dans leur pays avant de gagner la Suisse, en sachant qu'une telle pratique y sera proscrite. Cette situation aboutirait à un résultat contraire à celui que s'est proposé d'atteindre le législateur par l'adoption de l'art. 124 al. 2 CP. »*

## Conclusion (consid. 1.3)

*« 1.3. Ce qui précède conduit à interpréter l'art. 124 al. 2 CP comme permettant la poursuite de l'infraction dès lors que l'auteur, qui a commis la mutilation à l'étranger, se trouve en Suisse et n'est pas extradé.*

*Cette interprétation ne saurait être altérée par le fait que, comme le soutient la recourante, le législateur eût éventuellement adopté une disposition pénale dont la portée s'est révélée plus large que ce qu'avait initialement envisagé la Conseillère nationale à l'origine de l'initiative parlementaire, laquelle cherchait essentiellement à combattre le "tourisme" des mutilations, soit le fait, pour des parents établis en Suisse, de se rendre à l'étranger afin de pratiquer sur leurs filles des actes illicites. Peu importe également que cette large portée conférée à l'art. 124 al. 2 CP - voulue par le législateur - puisse produire un effet dissuasif quant à la venue en Suisse de parents, en particulier de mères, ayant mutilé des organes génitaux féminins. On ne voit pas, en effet, que le législateur aurait souhaité exempter de poursuites des femmes désireuses de "se réfugier en Suisse", comme le prétend la recourante.*

*En définitive, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en considérant que la recourante pouvait être poursuivie pour mutilation d'organes génitaux féminins même si les actes qui lui sont reprochés ont été commis à l'étranger et à une époque où l'intéressée n'était jamais venue en Suisse. Le grief doit être rejeté.»*

## Consid. 2 – Quid de l'erreur sur l'illicéité?

### Art. 21 CP - Erreur sur l'illicéité

Quiconque ne sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement est illicite n'agit pas de manière coupable. Le juge atténue la peine si l'erreur était évitable.

### Art. 21 StGB - Irrtum über die Rechtswidrigkeit

Wer bei Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält, handelt nicht schuldhaft. War der Irrtum vermeidbar, so mildert das Gericht die Strafe.

## Principes jurisprudentiels (consid. 2.1. *in fine*)

*« Une raison de se croire en droit d'agir est "suffisante" lorsqu'aucun reproche ne peut être adressé à l'auteur du fait de son erreur, parce qu'elle provient de circonstances qui auraient pu induire en erreur toute personne consciencieuse (ATF 128 IV 201 consid. 2 p. 210; 98 IV 293 consid. 4a p. 303; arrêt 6B\_1084/2018 précité consid. 2.4.1). Le caractère évitable de l'erreur doit être examiné en tenant compte des circonstances personnelles de l'auteur, telles que son degré de socialisation ou d'intégration (arrêt 6B\_1102/2015 du 20 juillet 2016 consid. 4.1 et les références citées).»*



## En l'espèce (consid. 2.2.)

« 2.2. La cour cantonale a exposé que la Constitution somalienne de 2012 interdisait l'excision, la loi pénale ne contenant cependant pas de disposition expresse à ce sujet. La recourante n'avait peut-être pas une connaissance concrète du cadre constitutionnel, mais elle avait recouru aux services d'une exciseuse, dont l'adresse lui avait été fournie par des habitants du quartier, laquelle exerçait à son domicile. La recourante ignorait si cette personne avait des connaissances médicales. Cela suggérait une certaine clandestinité des interventions, dont la recourante devait avoir conscience. Si des hôpitaux ou des médecins avaient pratiqué ce genre d'intervention, la recourante aurait sans doute préféré s'adresser à eux pour la sécurité de ses filles. L'intéressée savait, selon ses propres déclarations, que l'excision était "quelque chose qui n'est pas bien". Malgré son instruction sommaire, elle pouvait dès lors se douter que l'excision n'était pas ou plus juridiquement admise dans son pays. Elle avait donc à tout le moins eu une certaine conscience de l'illicéité de ses actes. La recourante n'avait cependant pas cherché à se renseigner auprès des autorités, ce qu'elle aurait pu faire puisqu'elle vivait dans la capitale de son pays. Elle avait néanmoins choisi d'agir selon ce qu'elle considérait comme une tradition. Son erreur avait ainsi été évitable et l'intéressée ne pouvait se prévaloir que d'une erreur évitable sur l'illicéité. »

## En l'espèce (consid. 2.3.)

Le TF écarte les critères retenus dans les travaux préparatoires par la CAJ-N.

### **Rapport CAJ-N, FF 2010 5125, p. 5131:**

*« Quant à déterminer si l'auteur avait des motifs suffisants de penser qu'il ne commettait rien d'illicite et s'il doit être acquitté, c'est là une question qui ne peut être tranchée qu'à la lumière des éléments concrets du cas d'espèce. Pour y répondre **le juge devra en particulier s'interroger sur les points suivants**: les mutilations génitales féminines sont-elles punissables dans le pays d'origine de l'auteur? Quel est le niveau d'éducation de celui-ci et de quel milieu est-il issu (plutôt simple ou assez cultivé)? Depuis combien de temps réside-t-il en Suisse et quel est son degré d'intégration? Savait-il que les mutilations génitales féminines opérées contre la volonté de la victime sont interdites en Suisse? Tout décalage constaté dans les valeurs de l'auteur par rapport aux valeurs reconnues dans notre culture peut être pris en compte lors de la fixation de la peine (art. 47 ss CP). »*

## Discussion de l'arrêt



- Quels sont les intérêts en jeu?
- L'ATF vous paraît-il convainquant? Assure-t-il une prévisibilité suffisante pour l'auteur au regard du principe de la légalité?

## II. ATF 143 IV 308 – discrimination raciale

= TF, X c. Ministère public de la République et canton de Genève, 6B\_734/2026 du 18 juillet 2017

### Faits: Procédure

- Ordonnance pénale c. A., B. et X. (discrimination raciale)
- Sur opposition, le Tribunal de police acquitte X.
- Sur appel du Ministère public, la Chambre d'appel et de révision de la Cour de Justice reconnaît X. coupable de discrimination raciale au sens de l'art. 261<sup>bis</sup> al. 4 première partie CP
- Recours de X. au TF : grief = violation de l'art. 261<sup>bis</sup> CP.

### Faits reprochés (ATF 143 IV 309 s.)

*« Au mois de décembre 2013, dans la version électronique du journal C. a été publiée une photographie représentant B., A. et X. en train d'exécuter une "quenelle", geste popularisé par l'humoriste controversé Dieudonné M'Bala M'Bala. Plus précisément, les trois jeunes hommes tenaient leur bras gauche tendu vers le bas et leur bras droit replié vers leur épaule gauche, avec la synagogue D. de Genève comme toile de fond. Au centre des trois protagonistes, B. portait la tenue d'assaut de l'armée suisse et masquait le bas de son visage au moyen d'un tissu. A., à gauche sur la photo, était habillé en sombre et portait des lunettes de soleil, alors que X., à droite, revêtait des habits de sport et une casquette noirs ainsi qu'une grande écharpe, qui ne laissait apparaître que ses yeux ».*



Dieudonné M'Bala M'Bala



A.

B.

X. (recourant)

# Signification de la «quenelle»?



- Expression d'antisémitisme (salut nazi inversé)?
- Geste obscène à connotation sexuelle?
- Provocation jouant sur l'ambiguïté du propos?
- Signe de ralliement des fans de Dieudonné?

N.B. Dieudonné a été condamné pour (d'autres) propos antisémites proférés lors de ses spectacles, en France et en Belgique, mais non pour la «quenelle». Il a perdu des procès en diffamation contre des journaux qui avaient écrit que la «quenelle» était un geste antisémite.

# Art. 261<sup>bis</sup> Discrimination raciale/Rassendiskriminierung

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

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

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

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

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

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

Wer öffentlich gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion zu Hass oder Diskriminierung aufruft,

wer öffentlich Ideologien verbreitet, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet sind,

wer mit dem gleichen Ziel Propagandaaktionen organisiert, fördert oder daran teilnimmt,

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

wer eine von ihm angebotene Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion verweigert,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

## Extrait des considérants (consid. 4):

« 4. Invoquant la violation de l'art. 261bis al. 4 première partie CP, le recourant **conteste la réalisation de l'élément constitutif de "rabaissement" ou de "discrimination"**.

4.1 Selon l'art. 261bis al. 4 première partie CP, l'auteur doit rabaisser ou discriminer une personne ou un groupe de personnes "**d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine**" ("in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise"; "lesivo della dignità umana"). [...] Cette exigence a manifestement pour but de restreindre le champ d'application de la norme pénale. Selon le Message, à la différence des délits contre l'honneur, il ne s'agit pas d'une atteinte à l'honneur de la victime. C'est sa qualité d'être humain qui lui est tout simplement déniée (Message [...], FF 1992 III 265 ss, 308 s. ch. 636.2). Cette interprétation est toutefois trop étroite, comme le relève aussi la doctrine (par ex: TRECHSEL/VEST [...]). **On doit admettre qu'un rabaissement porte atteinte à la dignité humaine au sens de l'art. 261bis al. 4 CP lorsque la personne visée est traitée comme un être humain de deuxième classe** (ATF 140 IV 67 consid. 2.5.1). Une affirmation xénophobe, de mauvais goût, amorale ou choquante sur le plan moral ou encore inconvenante ou non civilisée en rapport avec une ethnie, une race ou une religion n'est pas encore constitutive de discrimination raciale (MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Discrimination raciale, Un commentaire au sujet de l'art. 261<sup>bis</sup> CP et de l'art. 171c CPM, 2000, n. 945 p. 250).»



Consid. 4.1. (suite): « Par ailleurs, le Tribunal fédéral a constaté que l'utilisation publique du "salut hitlérien" pouvait, selon les circonstances et les particularités locales et/ou le cercle des destinataires, remplir les conditions de l'art. 261<sup>bis</sup> al. 4 première partie CP. Dans le cas d'espèce (le prévenu avait effectué le salut hitlérien pendant environ 20 secondes au moment où le serment du Grütli, issu de l'oeuvre "Guillaume Tell" de Friedrich von Schiller, allait être récité, à l'occasion d'une manifestation organisée par un parti politique sur la prairie du Grütli), les conditions n'étaient pas réunies (ATF 140 IV 102 p. 103 ss) ».



## Dans le cas d'espèce:

« 4.2. La cour cantonale a retenu qu'un **observateur moyen** apercevant trois individus, dont le recourant vêtu d'habits noirs, visage et tête cachés, et un militaire en tenue d'assaut, visage en partie camouflé, posant devant la synagogue D., soit un lieu de culte juif notoirement connu à Genève, en effectuant une "quenelle", aura immédiatement pensé à un acte de nature antisémite, tombant sous le coup de l'art. 261bis al. 4, 1re partie, CP ».

« 4.3 Les considérations cantonales peuvent être approuvées. Quoique la signification de la "quenelle" puisse varier selon les contextes et les avis, elle est à tout le moins perçue comme un **geste obscène et méprisant**. Or, à la différence de l'affaire jugée dans l'ATF 140 IV 67\* précité, le tiers non prévenu aurait compris que ce message de mépris ne s'adressait pas à une personne déterminée, dans un contexte concret, **mais à l'ensemble de la confession juive, représentée par le lieu religieux figurant en arrière-plan**. En outre, plus qu'un signe injurieux ordinaire, tel qu'un bras d'honneur, la "quenelle" est empreinte d'une **connotation antisémite compte tenu de la polémique** qui l'entoure, généralement connue de la population genevoise. Le choix d'une synagogue comme toile de fond tend à confirmer, auprès des tiers, que c'est bien un message antisémite que le geste véhicule en l'espèce, à savoir un message hostile et discriminatoire envers les personnes de confession juive. A cela s'ajoute **l'attitude affichée** par le recourant et ses comparses, qui, alignés en rang, s'étaient en partie couvert le visage et, pour l'un deux, avait revêtu une tenue militaire. Une telle mise en scène exclut la thèse du recourant selon laquelle il ne fallait y voir qu'un geste "relevant d'un humour potache". »

\*N.B. L'ATF 140 IV 67 a considéré qu'un policier qui avait arrêté une personne, tout en la traitant de « Sauausländer » et de « Drecksasylant » avait commis une injure (art. 177) et non une infraction à l'art. 261bis.

# Discussion

- L'ATF 143 IV 308 vous paraît-il convainquant?
- Le traitement différent par rapport à l'ATF 140 IV 102 est-il fondé? (N.B. contrairement à ce qu'écrit le TF, cette affaire a été examinée sous l'angle de l'art. 261bis **al. 2** (propagation d'une idéologie raciste).)



Merci de votre attention!



Jean-Luc Godard, Masculin-féminin, 1966