

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/2155/2015

AARP/214/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du 15 mai 2016

Entre

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B,
case postale 3565, 1211 Genève 3,

appelant,

contre le jugement JTDP/825/2015 rendu le 13 novembre 2015 par le Tribunal de police,

et

A_____, comparant par M^e Pascal JUNOD, avocat, rue de la Rôtisserie 6, case postale
3763, 1211 Genève 3,

intimé.

EN FAIT :

A. a. Par courrier expédié le 17 novembre 2015, le Ministère public (ci-après : le MP) a annoncé appeler du jugement rendu par le Tribunal de police le 13 novembre 2015, dont les motifs ont été notifiés le 11 décembre 2015, par lequel le tribunal de première instance a acquitté A_____ du chef de discrimination raciale (art. 261bis al. 2, 3 et 4 1^{ère} partie du code pénal suisse du 21 décembre 1937 [CP ; RS 311.0]) et a condamné l'Etat de Genève à lui verser la somme de CHF 3'000.- à titre d'indemnité pour ses frais de défense (art. 429 du code de procédure pénale du 5 octobre 2007 [CPP ; RS 312.0]), ceux de la procédure étant laissés à la charge de l'Etat de Genève.

b. A teneur de la déclaration d'appel prévue à l'art. 399 al. 3 CPP et expédiée le 11 décembre 2015 à la Chambre pénale d'appel et de révision (ci-après : la CPAR), le MP conclut à l'annulation du jugement entrepris et à ce que A_____ soit reconnu coupable de discrimination raciale au sens de l'art. 261bis al. 2, 3 et 4 1^{ère} partie CP, et condamné à une peine pécuniaire de 90 jours-amende à CHF 30.- l'unité, avec sursis durant deux ans, dite peine étant complémentaire à celle prononcée le 12 novembre 2014 par le Tribunal de police de la Côte à Nyon.

c. Par ordonnance pénale du MP du 22 avril 2015, valant acte d'accusation, il est reproché à A_____ d'avoir, à la fin de l'année 2013, en compagnie de B_____ et de C_____, effectué le geste de la "quenelle" devant la synagogue de Genève.

C_____ et B_____ ont été reconnus coupables, par ordonnances pénales actuellement en force, de discrimination raciale – et d'abus et dilapidation du matériel (art. 73 du code pénal militaire du 13 juin 1927 [CPM ; RS 321.0]) s'agissant du premier –, et condamné à une peine pécuniaire de 100, respectivement 90 jours-amende, à CHF 30.- l'unité, avec sursis durant deux ans.

B. a. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

b. A teneur du rapport du 4 février 2015, la police militaire a enquêté sur la publication de photographies de militaires en uniforme exécutant une "quenelle" – geste popularisé par l'humoriste controversé H_____ – dans la version électronique du journal 20 Minutes au mois de décembre 2013. Un des clichés impliquait le militaire C_____ et deux civils, soit B_____ et A_____. Le dossier a été transmis au MP qui a ouvert une instruction.

c. Sur la photographie incriminée apparaissent ces trois jeunes hommes tenant leur bras gauche tendu vers le bas et leur bras droit replié vers leur épaule gauche, avec la synagogue I_____ de Genève comme toile de fond. Au centre des trois

protagonistes, C_____ porte la tenue d'assaut de l'armée suisse et masque le bas de son visage au moyen d'un tissu. B_____, à gauche sur la photo, est habillé en sombre et porte des lunettes de soleil, alors que A_____, à droite, revêt des habits de sport et une casquette noirs ainsi qu'une grande écharpe, qui ne laisse apparaître que ses yeux.

d.a. Le geste consistant à tendre un bras vers le bas tout en positionnant la main de l'autre bras sur l'épaule a été effectué pour la première fois en 2005 par H_____, dans son spectacle "_____", portant sur la laïcité. Evoquant la bêtise des hommes et décrivant la future révolte des mammifères, il l'a accompli en affirmant simultanément "*le dauphin lui, il le sait que sa nageoire, il va nous la foutre jusque-là*". Cette expression imagée évoquait la sodomie, plus précisément la pratique sexuelle du *fist-fucking*, consistant à pénétrer (*fuck*) le rectum avec le poing. A l'origine simple effet comique dénué de signification politique, la "quenelle" est ensuite devenue récurrente dans les sketches de l'humoriste. Il l'a utilisée en lien avec ceux qu'il considérait comme ses ennemis, qui étaient multiples et pas exclusivement juifs, comme le lobby féministe, et affirmant, entre autres, vouloir "*glisser une quenelle*" à ses adversaires. Ce geste était méconnu du grand public jusqu'en 2009, année où H_____ a participé aux élections européennes sur la liste "*antisioniste*", posant sur des affiches en l'effectuant.

d.b. La "quenelle" revêt une dimension polysémique. Selon son créateur, il s'agit d'un "*bras d'honneur détendu*", soit une manifestation de l'"*antisystème*", sans aucune portée antisémite. D_____, le président de E_____ l'a qualifiée de "*salut nazi inversé, signifiant la sodomisation des victimes de la Shoah*" (https://_____, consulté le 28 avril 2016). Dans l'opinion publique française, elle est associée aux idées et opinions (politiques) de H_____.

En France, la "quenelle" a été reprise par de nombreux sympathisants qui se sont photographiés dans cette posture et ont publié des milliers de clichés sur le site internet de l'humoriste ou ailleurs sur le *Web*. Selon la profession des intéressés (p. ex. des militaires ou des sapeurs-pompiers) ou le lieu de la prise de vue (p. ex. devant un mémorial ou une école religieuse), certaines photographies ont donné lieu à des sanctions disciplinaires ou pénales.

Les photos d'un homme faisant le geste de la "quenelle", notamment devant une synagogue, postées sur son compte _____ [*réseau social*], ont été qualifiées de provocation publique à la discrimination et à la haine raciale par le Tribunal correctionnel de Bordeaux le 1^{er} avril 2014, l'auteur ayant été condamné à EUR 3'000.- d'amende, et au versement d'EUR 1'500.- de dommages et intérêts à E_____, partie civile au procès. Ce verdict n'a vraisemblablement pas fait l'objet d'un appel (http://_____ ; http://_____, consultés le 28 avril 2016).

Le 12 mai 2015, un "essayiste d'extrême droite" figurant sur une photographie au _____ à Berlin en train de faire le geste de la "quenelle" a été condamné par le Tribunal correctionnel de Paris à 100 jours-amendes d'un montant unitaire de EUR 100, pour injures à caractère racial, et au versement d'EUR 14'001.- de dommages et intérêts au profit des sept associations qui s'étaient constituées parties civiles. Ce verdict de culpabilité a été confirmé par arrêt du 18 février 2016 de la Cour d'appel de Paris et fait actuellement l'objet d'un pourvoi en cassation, une voie de recours extraordinaire (http://_____ ; http://_____, consultés le 28 avril 2016).

Dans un récent arrêt du 20 octobre 2015, la Cour Européenne des droits de l'homme (ci-après : CourEDH) a eu l'occasion d'analyser la teneur du discours de H_____ à la lumière de la liberté d'expression (CourEDH H_____ c. France du 20 octobre 2015), celui-ci ayant déposé une requête contre sa condamnation pour injure publique envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, en l'espèce les personnes d'origine ou de confession juive, prononcée par la Cour d'appel de Paris et confirmée par la Cour de Cassation (arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation du 16 octobre 2012 dans le pourvoi en cassation no 11-86866). A la fin d'un spectacle à Paris le 26 décembre 2008, H_____ avait invité F_____, un universitaire condamné en France à plusieurs reprises en raison de ses thèses négationnistes et révisionnistes, à le rejoindre sur scène pour se faire remettre le "*prix de l'infréquentabilité et de l'insolence*" par un homme représentant un déporté juif des camps de concentration. Avant d'accueillir son invité, H_____ avait convié son public à participer à "*une œuvre collective de glissement de quenelle*". Il avait ensuite exécuté lui-même ce geste à deux reprises, en expliquant aux spectateurs qu'il s'agissait de "*glisser une quenelle*" à certains de ses détracteurs. Dans son arrêt, la Cour d'appel de Paris a, notamment, retenu que le "*glissement de quenelle*" annoncé au public par l'humoriste avait pour objectif affiché de faire "*mieux*" que dans l'un de ses précédents spectacles en matière d'antisémitisme.

La CourEDH a déclaré la requête irrecevable et indiqué que la soirée avait perdu son caractère de spectacle de divertissement pour devenir un meeting qui, sous couvert de représentation humoristique, valorisait le négationnisme. Aux yeux de la CourEDH, il ne s'agissait pas d'un spectacle qui, même satirique ou provocateur, relèverait de la protection de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH ; RS 0.101), mais en réalité, dans les circonstances de l'espèce, d'une démonstration de haine et d'antisémitisme, ainsi que d'une remise en cause de l'holocauste. Travestie sous l'apparence d'une production artistique, elle était aussi dangereuse qu'une attaque frontale et abrupte, tout en représentant l'expression d'une idéologie qui va à l'encontre des valeurs de la CEDH.

Par jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 13 mai 2016, H_____ a perdu son procès pour diffamation portant sur les propos tenus par le président de E_____ qui qualifiait la "quenelle" de "*salut nazi inversé signifiant la sodomisation des victimes de la Shoah*". Selon le journal France Soir, les juges ont souligné que "*dans certaines circonstances précises*", le geste de la "quenelle" a pu "*être interprété sans ambiguïté comme ayant une portée antisémite et être, parfois, poursuivi et condamné comme tel*", mais que sa portée et la volonté de son auteur "*ne peu[vent] être généralisée[s]*" (https://_____ ; http://_____ ; consultés le 13 mai 2016).

d.c. En Suisse, le Tribunal fédéral n'a pas été amené à analyser la signification du geste de la "quenelle", laquelle n'a été que ponctuellement médiatisée. Le sens de ce geste a notamment fait l'objet d'un article dans le journal Le Temps en décembre 2013 (http://_____, consulté le 28 avril 2016). Par ailleurs, les sanctions administratives prononcées à l'encontre de sapeurs-pompiers volontaires ou de militaires l'ayant effectué ont été relayées dans la presse fin décembre 2013 début 2014 (http://_____ ; http://_____ ; consultés le 28 avril 2016).

En raison de la proximité du canton de Genève d'avec la France, H_____ est un personnage connu de la population genevoise. Cette notoriété s'est accrue à l'occasion d'une procédure administrative portant sur la location par celui-ci d'une salle de spectacle au centre-ville, dans laquelle l'humoriste avait obtenu gain de cause devant le Tribunal fédéral, affaire dont la presse locale avait abondamment parlé (arrêt du Tribunal fédéral 1C_312/2010 du 8 décembre 2010 ; http://_____, consulté le 28 avril 2016).

e. A teneur de ses déclarations à la Sécurité militaire, qu'il a confirmées par-devant le MP, A_____ reconnaissait être la personne posant à droite sur la photographie, ne se souvenant plus de la date exacte de la prise de vue. Ce jour-là, tous trois s'étaient retrouvés au stade _____ et avaient décidé de se rendre en ville. Dans le tram en direction de la gare, ils étaient passés devant une synagogue et avaient décidé de s'y rendre afin de prendre la photographie querellée. Il était habillé en noir et avait caché son visage pour ne pas être reconnaissable. Il assumait son geste qu'il avait effectué de son plein gré, mais ne voulait pas avoir de problèmes avec les gens qu'il connaissait, se doutant bien que la photographie allait être diffusée, risquait de faire scandale et de provoquer des réactions. Après coup, il l'avait vue sur la page _____ [Réseau social] dédiée à H_____ et pensait que B_____ l'avait diffusée sur la sienne. Il avait connu cet humoriste après le débat sur la "quenelle" et ne comprenait pas que celui-ci puisse être condamné parce qu'il se permettait de rire de tout le monde et pas uniquement des juifs. Il avait effectué ce geste dans le but d'alimenter cette polémique. Celui-ci n'avait aucune signification pour lui, il ne partageait notamment pas l'interprétation de E_____. Il n'avait pas d'idée négationniste ou

antisémite. Il avait rencontré B _____ lors d'une manifestation contre la venue de G _____, à laquelle il s'était rendu sans raison particulière.

Lors d'une audience subséquente au MP, A _____ a admis que la photographie était "assez moche". Il n'avait pas eu envie d'être reconnu même si, pour lui, la "quenelle" n'était pas interdite, quel que soit le contexte dans lequel elle était effectuée.

f.a. C _____ a expliqué qu'après s'être retrouvés au stade _____, avoir enregistré des vidéos et bu quelques bières, ses amis et lui avaient abordé le sujet de H _____. L'idée leur était alors venue de faire une "quenelle". Ils avaient décidé de se rendre devant la synagogue située près de _____ [GE] et d'immortaliser ce geste en effectuant un cliché. Des gens étaient passés devant eux au moment de sa prise.

f.b. Selon B _____, la photographie en cause avait été prise le 30 décembre 2013 au moyen de son appareil photo, par l'un de ses amis. Il l'avait publiée sur sa page _____ [Réseau social], mais pas sur Internet et suspectait fortement une connaissance de l'avoir fait, dans le but de provoquer le "buzz".

g. A l'audience de jugement, A _____ a exposé que ses amis et lui avaient eu l'idée spontanée de faire une "quenelle" lorsqu'ils étaient passés devant la synagogue, et non pas au préalable lorsqu'ils étaient au stade _____. Ce geste n'était donc pas prémédité. Sa seule intention était de soutenir H _____. A la question de savoir sur quoi portait ce soutien, A _____ n'a pas donné de réponse précise. Le lieu où ce geste avait été effectué n'avait pas d'importance particulière ; il l'avait déjà effectué ailleurs. Il savait que certaines personnes considéraient ce geste comme un salut nazi inversé, mais trouvait cela absurde. Il avait masqué son visage sans raison particulière, sinon qu'il ne souhaitait pas être reconnu. S'agissant de la manifestation contre la venue de G _____, il n'appréciait guère ce personnage à l'époque ni sa politique. Il n'avait désormais plus d'amis d'extrême droite.

C. a. Par ordonnance présidentielle (OARP/16/2016) du 28 janvier 2016, la CPAR a ouvert une procédure écrite dans la mesure où l'appel portait exclusivement sur une question de droit (art. 406 al. 1 let. a CPP) et que la requête du MP sollicitant la tenue des débats ne l'y contraignait pas au sens de l'art. 406 al. 2 let. a CPP et de la jurisprudence y relative. La CPAR n'a inféré aucune demande/opposition de la détermination de A _____, qui "*ne souhait[ait] pas non plus requérir la tenue d'une procédure écrite*", relevant que l'on "*pein[ait] à comprendre [cette] formulation [...], dans la mesure où il sera fait application de l'art. 406 al. 1 let. a CPP*".

A _____ n'a pas réagi à cette ordonnance, notamment à l'occasion de sa réponse.

b. Par mémoire du 7 mars 2016, le MP persiste dans les conclusions de sa déclaration d'appel, étant précisé que le verdict de culpabilité requis ne concernait que les infractions visées aux alinéas 2 et 4 1^{ère} partie de l'art. 261bis CP.

L'ensemble des éléments constitutifs objectifs prévus à l'art. 261bis al. 2 CP étaient réalisés. Vu le contexte, il était indiscutable que A_____ visait le judaïsme en tant que religion. C'est à titre de provocation qu'il avait choisi de se placer devant une synagogue pour exécuter son geste, déclarant connaître la polémique y relative, ainsi que son interprétation par E_____. Le caractère public de l'acte était établi, vu le lieu et l'heure choisis. Ce geste était le vecteur d'une idéologie raciste prohibée par cette disposition, quel que soit celui des trois sens qui était retenu, à savoir : une manifestation publique des sympathies pour l'idéologie nationale-socialiste (salut hitlérien simple ou inversé), une adhésion au discours antisémite de H_____ ou une sodomie symbolique, soit en l'espèce du judaïsme. Le geste en tant que tel, indépendamment de sa qualification de "quenelle", replacé dans son contexte, ne pouvait qu'être compris par tout observateur moyen que comme un salut hitlérien, soit une caractéristique de la pensée du national-socialisme, et donc une idéologie raciste selon le Tribunal fédéral. Considéré en tant que "quenelle" et quelle que soit la signification retenue à ce titre, ce geste tombait également sous le coup de la prohibition, en tant que salut hitlérien inversé. Le discours de H_____ ayant été qualifié d'antisémite et de négationniste par la CourEDH, le geste interprété comme un signe de soutien à celui-ci constituait également la manifestation d'une idéologie raciste. Même à considérer la signification donnée par H_____, le geste effectué dans le contexte d'espèce ne pouvait qu'être compris comme une sodomie symbolique du judaïsme. Il était question de propagande, le cas d'espèce se distinguant en de nombreux points du contexte de faits de l'arrêt fédéral sur le salut hitlérien. En effet, A_____ et ses amis avaient choisi un lieu propre à une confession à laquelle ils n'appartenaient pas, visant à la fois les usagers et les passants. Le prévenu ne pouvait pas ignorer que la photographie allait être diffusée et créer la polémique, qu'il avait affirmé vouloir alimenter, en propageant et diffusant les idées de H_____. Sur le plan subjectif, il s'agissait d'un dol direct, subsidiairement d'un dol éventuel. A_____ avait conscience du caractère répréhensible de son acte ; le camouflage de son visage en attestait. Son mobile était raciste, son intention pouvant alternativement ou cumulativement porter sur les trois hypothèses précitées.

L'observateur moyen ne pouvait que comprendre le geste, vu son contexte, comme une manifestation de l'un des trois sens susévoqués, de sorte qu'il s'agissait d'une discrimination portant atteinte à la dignité humaine au sens de l'art. 261bis al. 4 1^{ère} partie CP, dont les autres éléments constitutifs objectifs et subjectif étaient par ailleurs réalisés vu le comportement de l'intimé.

c. A teneur de son courrier du 14 mars 2016, le Tribunal de police conclut au rejet de l'appel.

d. Par mémoire-réponse du 15 avril 2016, A_____ conclut à la confirmation du jugement entrepris, avec suite de frais et dépens d'instance à hauteur de CHF 5'000.-.

Sous l'angle de l'art. 261bis al. 2 CP, le geste effectué ne visait pas l'ensemble de la communauté juive et la notion de publicité n'était pas non plus présente. Le jour de la prise de vue, soit un lundi pendant les fêtes de fin d'année, tant le quartier de _____ que la place de la Synagogue – des lieux habituellement sans grand passage piétonnier – étaient forcément peu fréquentés. Les différents sens retenus par le MP comme reflétant une idéologie raciste n'étaient pas pertinents. Celui du salut hitlérien n'avait même pas été suggéré par les détracteurs de la "quenelle". La thèse du salut hitlérien inversé était infondée, faute d'être démontrée. Affirmer que le geste devait être compris comme une "*sodomie symbolique du judaïsme*" relevait d'une appréciation morale et non juridique. Aucun élément de la procédure ne permettait de considérer A_____ comme un militant raciste ni son comportement comme une forme d'adhésion au discours de l'humoriste H_____, étant rappelé que celui-ci s'était fait condamner pour la teneur de ses propos, mais pas pour leur forme. A_____ n'était d'ailleurs jamais allé à l'un de ses spectacles. Nonobstant son argumentation, le MP faisait lui-même l'aveu des multiples significations du geste de la "quenelle". Le débat, qui n'était pas politique, relevait uniquement du bon goût. Il n'était pas question de propagande, aucune conclusion ne pouvant notamment être tirée du lieu choisi par A_____ et ses acolytes, ni du caractère polémique de la "quenelle". Le MP transformait une plaisanterie de mauvais goût en une action de propagande antisémite.

Sur le plan subjectif, les intentions prêtées à A_____ par le MP étaient exorbitantes et infondées, aucune n'était nazie ou raciste. Le prévenu n'avait jamais eu l'intention de commettre une infraction, sans qu'il ne soit non plus question de dol éventuel.

Sous l'angle de l'art. 261 al. 4 1^{ère} partie, il n'était nullement démontré que A_____ ait publiquement manifesté un message discriminatoire ni que les spectateurs (usagers de la synagogue) se soient sentis atteints dans leur dignité en apercevant le geste querellé.

e. Par missive du 20 avril 2016, le MP a renoncé à répliquer.

f. Par courrier du 21 avril 2016 auquel il n'a pas réagi, A_____ a été informé que la cause serait gardée à juger au terme d'un bref délai.

D. A_____ est né le _____ 1995, célibataire et sans enfants. Il a effectué sa scolarité obligatoire à _____, travaillé dans des fermes avant de commencer un apprentissage

de forestier-bûcheron et d'obtenir son CFC en juin 2014. Il a poursuivi cette activité jusqu'en mars 2015. Depuis lors, il prépare une maturité professionnelle sans exercer d'activité lucrative. Il loge gracieusement chez ses parents, qui assument également la charge de ses primes d'assurance-maladie.

Selon l'extrait de son casier judiciaire suisse, A_____ a été condamné le 12 novembre 2014 par le Tribunal de police de la Côte, Nyon, à une peine pécuniaire de 90 jours-amende à CHF 30.-, avec sursis pendant deux ans, ainsi qu'à une amende de CHF 540.- pour menaces.

EN DROIT :

1. L'appel est recevable pour avoir été interjeté et motivé selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 CPP).

La partie qui attaque seulement certaines parties du jugement est tenue d'indiquer dans la déclaration d'appel, de manière définitive, sur quelles parties porte l'appel, à savoir (art. 399 al. 4 CPP) : la question de la culpabilité, le cas échéant en rapport avec chacun des actes (let. a) ; la quotité de la peine (let. b) ; les mesures qui ont été ordonnées (let. c) ; les prétentions civiles ou certaines d'entre elles (let. d) ; les conséquences accessoires du jugement (let. e) ; les frais, les indemnités et la réparation du tort moral (let. f) ; les décisions judiciaires ultérieures (let. g).

La Chambre limite son examen aux violations décrites dans l'acte d'appel (art. 404 al. 1 CPP), sauf en cas de décisions illégales ou inéquitable (art. 404 al. 2 CPP).

2. **2.1.** Le principe *in dubio pro reo*, qui découle de la présomption d'innocence, garantie par l'art. 6 ch. 2 CEDH et, sur le plan interne, par les art. 32 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101) et 10 al. 3 CPP, concerne tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves.

En tant que règle sur le fardeau de la preuve, ce principe signifie qu'il incombe à l'accusation d'établir la culpabilité de l'accusé, et non à ce dernier de démontrer son innocence. Il est violé lorsque le juge rend un verdict de culpabilité au seul motif que l'accusé n'a pas prouvé son innocence, mais aussi lorsqu'il résulte du jugement que, pour être parti de la fausse prémisse qu'il incombait à l'accusé de prouver son innocence, le juge l'a condamné parce qu'il n'avait pas apporté cette preuve (ATF 127 I 38 consid. 2a p. 40 et les arrêts cités).

Comme règle de l'appréciation des preuves, le principe *in dubio pro reo* interdit au juge de se déclarer convaincu d'un état de fait défavorable à l'accusé, lorsqu'une appréciation objective des éléments de preuve recueillis laisse subsister un doute sérieux et insurmontable quant à l'existence de cet état de fait. Des doutes abstraits ou théoriques, qui sont toujours possibles, ne suffisent certes pas à exclure une condamnation. La présomption d'innocence n'est invoquée avec succès que si le recourant démontre qu'à l'issue d'une appréciation de l'ensemble des preuves, le juge aurait dû éprouver des doutes sérieux et irréductibles sur sa culpabilité (ATF 120 Ia 31 consid. 2 p. 33 ss ; ATF 124 IV 86 consid. 2a p. 87 ss).

2.2.1. A teneur de l'art. 261bis CP, 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 (al. 1) ; 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 (al. 2) ; celui qui, dans le même dessein, aura organisé ou encouragé des actions de propagande ou y aura pris part (al. 3) ; 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 (al. 4), sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

De manière générale, l'art. 261bis CP protège la dignité de l'homme en tant que membre d'une race, d'une ethnie ou d'une religion (ATF 126 IV 20 consid. 1c p. 24 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1100/2014 du 14 octobre 2015 consid. 3.1). Classé parmi les infractions contre la paix publique, il protège celle-ci, notamment lorsqu'elle est menacée par des actes qui peuvent conduire à dresser des groupes humains les uns contre les autres (ATF 130 IV 111 consid. 5.1 p. 118 = JdT 2005 IV 292 ; ATF 124 IV 121 consid. 2c p. 125 ; ATF 123 IV 202 consid. 2 p. 206 = JdT 1999 IV 34). Dans ce contexte, conformément à la volonté du législateur, les trois premiers alinéas de l'art. 261bis CP visent plus précisément à combattre la haine raciale et l'alinéa 4 à interdire les atteintes discriminatoires (ATF 126 IV 20 consid. 1c p. 24 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1100/2014 du 14 octobre 2015 consid. 3.1).

2.2.2. Seule la discrimination fondée sur l'appartenance raciale, ethnique ou religieuse est réprimée par l'art. 261bis CP. Par religion, on vise un groupe de personnes qui se différencient par leurs croyances transcendantales communes (B. CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. II, 3e éd., Berne 2010, no 13 ad art. 261bis). Le judaïsme constitue une religion au sens de l'art. 261bis CP (ATF 123 IV 202 consid. 4c p. 209).

L'auteur doit agir publiquement, ce qui suppose qu'il s'adresse à un large cercle de destinataires déterminés ou qu'il s'exprime de manière telle qu'un cercle indéterminé de personnes peuvent prendre connaissance de son message (ATF 130 IV 111 consid. 3.1 p. 113 ; ATF 126 IV 20 consid. 1c p. 25 ; ATF 126 IV 176 consid. 2b p. 178 ; ATF 126 IV 230 consid. 2b/aa p. 233 ; ATF 124 IV 121 consid. 2b p. 124 ; ATF 123 IV 202 consid. 3d p. 208). Dans un revirement de jurisprudence, le Tribunal fédéral a interprété la notion de publicité de manière spécifique à l'art. 261bis CP, soit en fonction du bien juridique protégé, considérant en substance qu'est public tout ce qui n'est pas privé (ATF 130 IV 111 consid. 5.2 p. 118 ss).

2.2.3. L'alinéa 2 de l'art. 261bis CP réprime la propagation d'une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer, de façon systématique, les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion.

La propagation consiste à toute action ou déclaration qui s'adresse à un public dont le nombre est déterminé ou indéterminé. L'acte délictueux a pour objectif de porter à la connaissance de ceux à qui l'on s'adresse un certain contenu, une situation ou une évaluation et donc, implicitement, d'en faire propagande (M. NIGGLI, *Rassendiskriminierung, Ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG*, 2^e éd., Zurich 2007, no 1120).

Par idéologie, on entend toute expression structurée de la pensée (M. DUPUIS / B. GELLER / G. MONNIER / L. MOREILLON / C. PIGUET / C. BETTEX / D. STOLL (éds), *Code pénal, Petit commentaire*, Bâle 2012, no 35 ad art. 261bis ; cf. M. NIGGLI, *op. cit.*, nos 1124 ss). Par rapport à l'alinéa 1 de l'art. 261bis CP, les idées supposent plus d'efforts intellectuels et de subtilité (ATF 123 IV 202 consid. 3b p. 207 ; arrêt du Tribunal fédéral 6S.719/1999 du 22 mars 2000 consid. 3.d). Il sied toutefois d'appliquer une conception relativement large de l'idéologie (arrêt du Tribunal fédéral 6S.719/1999 du 22 mars 2000 consid. 3.d.bb.)

Quant à ses caractéristiques, l'idéologie doit viser à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion ; il s'agit donc, en s'adressant à des tiers, de développer des idées méprisantes sur une ethnie, une race ou une religion et d'inciter ainsi à la haine ou à la discrimination (ATF 124 IV 121 consid. 2b p. 123 ; B. CORBOZ, *op. cit.*, nos 24-25 ad art. 261bis CP ; arrêt du Tribunal fédéral 6S.719/1999 du 22 mars 2000 consid. 3.d).

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'analyser sous l'angle de cette disposition l'exécution du salut hitlérien (ATF 140 IV 102 = JdT 2015 IV p. 52) lors d'une manifestation organisée par un parti sur la prairie du Grütli, en présence de 150 participants et d'agents de police, mais également de quelques tiers, soit des marcheurs et promeneurs qui pouvaient prendre connaissance de la manifestation.

Notre Haute Cour a retenu en premier lieu que ce geste reflétait une idéologie au sens de cette disposition :

"Le «salut hitlérien» est une caractéristique du national-socialisme, dont la pensée correspond à une idéologie au sens de l'art. 261bis al. 2 CP, visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion. Celui qui, de nos jours et dans notre pays, lève et tend le bras afin d'effectuer le «salut hitlérien», manifeste – dans la mesure où le geste n'apparaît pas comme une simple provocation ou un acte artistique – pour le destinataire moyen et non averti, son appartenance, en partie tout au moins, à la pensée du national-socialisme." (consid. 2.2.1).

La Haute Cour a ensuite analysé la notion de propagation, précisant que le simple fait de revendiquer publiquement son appartenance à une idéologie de discrimination raciale n'était pas suffisant. La propagande poursuit l'objectif d'acquiescer des tiers à son idéologie ou de renforcer leurs convictions, soit de faire de la "propagande" : "[celle-ci] peut objectivement se manifester par n'importe quel mode de commission, par ex. en donnant une conférence, en prêtant ou en distribuant des écrits, en exposant des photos, en portant des insignes, même en effectuant certains gestes. Sur le plan subjectif, la notion de propagande ne nécessite pas uniquement le fait de savoir que l'acte en question sera perçu par des tiers, mais nécessite également l'intention, non seulement d'exprimer une idée, mais d'en faire la publicité, c'est-à-dire agir sur des tiers pour qu'ils deviennent acquis à cette idée ou, s'ils le sont déjà, de les conforter dans leurs convictions." (consid. 2.2.2).

Le caractère promotionnel implique que les tiers ne soient pas déjà partisans de l'idéologie (consid. 2.2.3 et 2.2.4). Le Tribunal fédéral en a déduit que : "Si le «salut hitlérien» n'est pas effectué en public mais dans un cadre privé, l'art. 261bis CP n'est pas applicable, car il manque l'élément de la publicité. Si ledit salut est effectué en public mais entre partisans, il ne tombe pas non plus sous le coup de la norme pénale en question, car il manque l'élément de la propagande publique et donc celui de la «propagation». Il ne suffit pas que le «salut hitlérien» soit publiquement (aussi) adressé à des tiers pour que les éléments constitutifs de l'art. 261bis al. 2 CP soient réalisés. Il faut nécessairement que l'auteur propage une idéologie de discrimination raciale auprès de tiers. L'élément de la propagande publique nécessaire à réaliser la condition de la «propagation» n'est pas réalisé sans autres, lorsque et parce que les gestes sont adressés à des tiers non impliqués. Il est aussi possible que, même dans ce cas, le salut consiste uniquement à manifester sa propre appartenance à une idéologie de discrimination raciale. En effet, la manifestation publique de sa propre appartenance se caractérise aussi par le fait de le porter à connaissance de tiers. Quant à déterminer si l'utilisation publique dudit «salut hitlérien» envers des tiers correspond, selon les éléments objectifs et subjectifs, à la manifestation de sa propre appartenance ou à une véritable

propagande au sens de l'infraction et donc à une propagation, à travers le symbole, d'une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer les membres d'une race, cela dépend des circonstances du cas d'espèce." (consid. 2.2.5).

Le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion suivante : *"Dans le cadre d'une manifestation organisée par le parti Z, le recourant tendit vers le haut son bras droit pendant environ 20 secondes, au moment où le serment du Grütli, issu de l'œuvre «Guillaume Tell» de Friedrich Schiller, allait être récité. Quelques promeneurs ont pu prendre connaissance de la manifestation. Au vu des circonstances, le geste du recourant, considéré de façon objective, n'était pas destiné à gagner des tiers non impliqués à l'idéologie national-socialiste, ni à la promouvoir, tout au plus il consistait à manifester sa propre orientation. Les éléments constitutifs de l'art. 261bis al. 2 CP ne sont pas réalisés." (consid. 2.3).*

2.2.4. Contrairement aux trois précédents, l'alinéa 4 1^{ère} partie de l'art. 261bis CP sanctionne la véritable attaque ayant pour motif la discrimination raciale, soit celle visant directement le groupe concerné ou ses membres (ATF 126 IV 20 consid. 1c p. 24-25). Il n'est pas nécessaire que l'auteur s'adresse à la personne attaquée, son public pouvant être constitué de tiers. Ce qui importe c'est qu'il s'en prenne directement à un groupe déterminé en raison de son appartenance à une race, une ethnie ou une religion (ATF 126 IV 20 consid. 1c et 1g pp. 25, 28-29).

Constituent un abaissement ou une discrimination au sens de cette disposition tous les comportements qui dénie à des membres de groupes humains, en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion, une valeur égale en tant qu'être humain ou des droits de l'homme identiques, ou du moins, qui remettent en question cette égalité. L'art. 261bis al. 4 1^{ère} partie CP protège directement la dignité de l'homme en sa qualité de membre d'une race, d'une ethnie ou d'une religion. En protégeant l'individu du fait de son appartenance à un groupe ethnique ou religieux, la paix publique est indirectement protégée (ATF 140 IV 67 consid. 2.1.1 p. 69 et les références citées = JdT 2015 IV p. 6 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1100/2014 du 14 octobre 2015 consid. 3.2.).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour apprécier si une expression relève du droit pénal, il faut se fonder sur le sens qu'un tiers moyen non averti doit, dans les circonstances d'espèce, lui attribuer. Une expression faite publiquement relève de l'art. 261bis al. 4 1^{ère} partie CP lorsqu'elle serait comprise par un tiers moyen non averti dans les circonstances d'espèce comme relevant de la discrimination raciale et que le prévenu s'est accommodé du fait que son expression pouvait être interprétée dans ce sens. Les circonstances tenant à la personne du prévenu et celles tenant à la personne visée appartiennent aussi aux critères essentiels d'interprétation de l'expression, tout comme les circonstances de l'acte en tant que tel (ATF 140 IV 67 consid. 2.1.2 p. 69 et les références citées = JdT 2015 IV p. 6). Le nombre de

personnes spectatrices du comportement visé n'est pas relevant (ATF 133 IV 308 consid. 9.1).

Au sens de la disposition, il est nécessaire que l'appartenance à une race, à une ethnie ou à une religion déterminées soit la raison pour laquelle l'auteur rabaisse les personnes concernées. Un rabaissement ou une discrimination fondés sur d'autres motifs, comme le sexe, l'orientation sexuelle, des particularités physiques ou intellectuelles ou l'opinion politique, ne remplissent pas les conditions de la discrimination raciale. Dans les expressions comme par exemple "*cochon de noir*", "*yougo de merde*" ou "*cochon de juif*", le rapport avec la race, l'appartenance ethnique ou la religion est évident (ATF 140 IV 67 consid. 2.2.1 et 2.2.2 p. 69-70 et les références citées = JdT 2015 IV p. 6). En revanche, dans les expressions "*cochon d'étranger (Sauausländer)*" et "*requérant d'asile de merde (Dreckasylant)*", le rapport avec une race, une appartenance ethnique ou une religion déterminées fait défaut, tout comme la notion de discrimination. En effet, de telles expressions sont, en tout cas aussi longtemps qu'elles sont dirigées contre une personne concrète, comprises par un tiers moyen non averti comme des atteintes à l'honneur par des considérations xénophobes plus ou moins primitives, et non comme des atteintes racistes à la dignité humaine (ATF 140 IV 67 consid. 2.5.2. p. 73 et les références citées = JdT 2015 IV p. 6). L'interprétation des gestes est cependant plus difficile que les expressions verbales (ATF 133 IV 308 consid. 8.5.2).

Dans l'arrêt susmentionné sur le salut hitlérien, le Tribunal fédéral a précisé que l'utilisation publique de ce geste pouvait, selon les circonstances et les particularités locales et/ou le cercle des destinataires, remplir les conditions de l'art. 261bis al. 4 1^{ère} partie CP, mais que tel n'était pas le cas en l'espèce.

2.2.5. Sur le plan subjectif, l'infraction implique un comportement intentionnel, le dol éventuel suffit (ATF 123 IV 202 consid. 4c p. 210). L'intention doit porter sur tous les éléments constitutifs objectifs de l'infraction, soit ceux propres à chaque variante de l'art. 261bis CP.

Dans les arrêts publiés aux ATF 123 IV 202 (consid. 4c p. 210) et 124 IV 121 (consid. 2b p. 125), le Tribunal fédéral a jugé que ce comportement intentionnel devait être dicté par des mobiles de discrimination raciale. Cela étant et par la suite, il a laissé cette question – débattue en doctrine – ouverte dans plusieurs arrêts (ATF 127 IV 203 consid. 3 p. 206 ; ATF 126 IV 20 consid. 1d p. 26 et arrêts du Tribunal fédéral 6B_1017/2014 du 3 novembre 2015 consid. 2.4.1 et 6B_398/2007 du 12 décembre 2007 consid. 5). Selon cette exigence, l'acte doit s'expliquer principalement par l'état d'esprit de l'auteur, qui déteste ou méprise les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion. En ce sens, l'art. 261bis CP ne doit pas s'appliquer dans le cas d'une recherche scientifique objective ou à un débat politique

sérieux, exempt d'animosité ou de préjugés racistes (B. CORBOZ, *op. cit.*, no 37 ad art. 261bis CP).

2.2.6. L'art. 261bis CP pourra entrer en conflit avec la liberté d'opinion, garantie par l'art. 16 Cst. et l'art. 10 CEDH. A l'instar des autres droits fondamentaux, la liberté d'opinion n'a toutefois pas une valeur absolue. Des restrictions peuvent y être apportées si elles sont fondées sur une base légale, sont justifiées par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et demeurent proportionnées au but visé (art. 36 Cst. ; art. 10 § 2 CEDH). Lors de l'interprétation de l'art. 261bis CP, le juge devra tenir compte de la liberté d'opinion (ATF 131 IV 23 consid. 3.1 p. 27 ss = JdT 2006 IV 88 ; arrêt du Tribunal fédéral 6S.148/2003 du 16 septembre 2003). En particulier, il faut prendre en considération que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la CourEDH, les propos concernant des questions politiques et des problèmes de la vie publique revêtent une importance particulière. Dans une démocratie, il est primordial de pouvoir défendre des points de vue qui déplaisent à une majorité et qui sont choquants pour de nombreuses personnes (ATF 127 I 164 consid. 3d p. 173 ; ATF 101 Ia 252 consid. 3c p. 258 ; CourEDH Thorgeirson c. Islande du 25 juin 1992, § 63).

Les circonstances de temps et de lieux influencent de manière certaine la signification de certains signes ou propos, au point de relever de l'éloge de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité ou de génocide, ce qui les exclurait *ipso facto* du champ de la protection conventionnelle de l'art. 10 CEDH (CourEDH Fáber c. Hongrie du 24 juillet 2012 § 58).

2.3. Pour le MP, le geste communément appelé "quenelle" que l'intimé reconnaît avoir effectué en compagnie de deux amis devant la synagogue I_____ de Genève à la fin de l'année 2013, vraisemblablement le 30 décembre, est constitutif de discrimination raciale au sens de l'art. 261bis al. 2 CP.

Il ne sera pas nécessaire d'examiner l'ensemble des éléments constitutifs de la disposition, dans la mesure où celui de la propagande fait, en tout état, défaut.

Les circonstances d'exécution de la "quenelle" par l'intimé – un jour de vacances scolaires, pendant les fêtes de fin d'année, en présence de ses deux comparses, du photographe et de quelques badauds, devant la Grande synagogue de Genève, juste le temps de faire un cliché photographique – ne comportent aucune caractéristique propre à de la propagande, notion que le Tribunal fédéral a restrictivement définie. Sur le plan subjectif, aucun élément à la procédure n'atteste d'une volonté de propagation chez l'intimé. Son geste n'était pas destiné à gagner des tiers non impliqués à une hypothétique idéologie, ni à la promouvoir.

Compte tenu de ce qui précède, l'alinéa 2 de l'art. 261bis CP ne trouve pas application.

Le jugement entrepris sera ainsi confirmé sur ce point.

2.4. Dans un second grief, l'appelant sollicite la condamnation de l'intimé sous l'angle de l'art. 261bis al. 4 1^{ère} partie CP, considérant que son comportement constituait une véritable attaque ayant pour motif la discrimination raciale.

Sans remettre en cause sa dimension polysémique, la CPAR a acquis la conviction que le geste de la "quenelle" peut, selon les circonstances relatives à son exécution, constituer une manifestation de l'antisémitisme. Tel fut notamment le cas lorsqu'il a été effectué par H_____ lors de spectacles – dont le contenu a été pénalement sanctionné par la justice française comme injure publique envers les personnes de confession juive, respectivement qualifié par la CourEDH de démonstration haineuse et antisémite –, ou encore par un individu d'extrême droite devant le Mémorial de l'Holocauste à Berlin. Dans le cas d'espèce, il ne peut qu'être inféré des circonstances, principalement du lieu exécution – devant la synagogue I_____ au centre-ville de Genève –, que la "quenelle" effectuée par l'intimé visait les personnes de confession juive. Sur la base de ce constat, seules les hypothèses du salut hitlérien inversé ou du symbole de la sodomie des juifs évoquées *supra* (cf. partie EN FAIT) entrent en ligne de compte, excluant ainsi celles avancées par H_____ et l'intimé.

D'un point de vue objectif, le Tribunal fédéral a d'ores et déjà qualifié le salut hitlérien comme une caractéristique du national-socialisme, dont l'exécution pouvait être réprimée par l'art. 216bis al. 4 1^{ère} partie CP selon les circonstances (ATF 140 IV 102 consid. 2.2.1 et 2.4 = JdT 2015 IV p. 52). Que ce salut soit inversé ou non n'est évidemment pas relevant. En tant que symbole de la sodomie des personnes de confession juive, la "quenelle" ne peut que constituer un geste méprisant et rabaissant propre à remettre en question leur valeur en tant qu'être humain. En effet, la sodomie est synonyme de soumission voir d'humiliation pour le sodomisé, et de supériorité pour le sodomisant. La notion de supériorité ressort également de celle de la contrainte, l'auteur de la "quenelle" l'imposant à sa cible. Les condamnations déjà prononcées en France à l'encontre d'individus ayant exécuté ce geste devant le Mémorial de l'Holocauste à Berlin et une synagogue à Bordeaux, pour les chefs d'infractions d'injures à caractère racial, de provocation publique à la discrimination et à la haine raciale, constituent assurément des éléments corroboratifs. Quelle que soit celle des deux hypothèses considérées, il est question d'un acte rabaissant et/ou discriminant les personnes de confession juive au sens de l'art. 261bis al. 4 1^{ère} partie CP, étant précisé que l'on ne distingue aucun autre motif que leur appartenance à cette religion expliquant qu'elles en soient la cible.

Il convient, dans un deuxième temps, de déterminer quel est le sens qu'un tiers moyen non averti aurait, dans les circonstances d'espèce, attribué en observant l'intimé effectuer le geste de la "quenelle" dans un tel contexte. On soulignera, à ce propos, que le citoyen genevois évolue dans un milieu franco-suisse sur le plan géographique mais aussi culturel, eu notamment égard au nombre plus élevé de chaînes télévisées françaises que suisses qui sont diffusées dans le canton, parmi d'autres échanges. Vu l'effervescence médiatique relative aux spectacles, idées et comportements de l'humoriste H_____, on considérera que le citoyen genevois aurait identifié le geste en tant que "quenelle" et l'aurait interprété en fonction de l'un des deux sens susévoqués. Quoi qu'il en soit, un observateur moyen apercevant trois individus, dont l'intimé vêtu d'habits noirs, visage et tête cachés, et un militaire en tenue d'assaut, visage en partie camouflé, posant devant la synagogue I_____, soit un lieu de culte juif notoirement connu à Genève, effectuant le geste litigieux, aurait immédiatement pensé à un acte de nature antisémite. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a d'ores et déjà relevé que celui qui effectue le salut hitlérien manifeste pour le destinataire moyen et non averti, son appartenance, en partie tout au moins, à la pensée du national-socialisme, une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer comme précédemment mentionné (ATF 140 IV 102 consid. 2.2.1 = JdT 2015 IV p. 52). Force est ainsi de constater que, dans le cas d'espèce, les circonstances d'exécution du geste ne laissent planer aucun doute quant au sens que l'observateur *lambda* lui aurait attribué.

Autre est encore la question de la signification subjective, soit celle que l'intimé avait à l'esprit. Selon ses dires, ce geste ne représentait rien de particulier, il souhaitait uniquement alimenter la polémique autour de H_____ et le soutenir alors qu'il était acculé. Il a toutefois refusé de répondre à la question de savoir précisément à quelles idées il se ralliait. Il s'est, par ailleurs, défendu d'avoir des opinions à caractère antisémite ou raciste.

Ses assertions n'emportent pas conviction. On ne voit, en effet, pas pour quelles raisons il aurait effectué un geste, tout en connaissant la polémique relative à son sens, uniquement pour manifester un soutien audit humoriste, s'il ne partageait pas ses idées, étant souligné qu'il avait, pendant un temps, fréquenté le milieu d'extrême droite et participé à la manifestation contre la présence de G_____ à Genève. Il semble encore moins plausible que ses comparses et lui-même aient choisi par hasard la synagogue I_____ comme lieu d'exécution de leurs "quenelles" et toile de fond de leur cliché, et que ce soit également par hasard que l'un d'eux ait revêtu sa tenue de combat de l'armée suisse. Bien au contraire, en décidant d'exécuter ce geste devant ce monument religieux, vêtus de telles façons, la volonté de l'intimé, et de ses comparses, était nécessairement de viser les personnes de confession juive. On peut inférer du camouflage de son visage que l'intimé était conscient du caractère répréhensible de son acte, bien qu'il le conteste, et de ses éventuelles conséquences pénales. A cela s'ajoute le fait que ses deux comparses ont accepté leur condamnation

pour discrimination raciale, ce qui constitue un indice supplémentaire de la réelle volonté qui les animait, au même titre que l'intimé.

En tout état de cause, dans la mesure où il a reconnu savoir que la "quenelle" était considérée par certains comme un salut nazi inversé, l'intimé s'est accommodé du fait que son exécution, qui plus est devant une synagogue, pouvait être interprétée dans ce sens, ce qui suffit à réaliser l'élément constitutif subjectif, selon la jurisprudence précitée.

Alors même que cela découle des précédents considérants, il sied encore de souligner que le critère de la publicité est réalisé, indépendamment du nombre de spectateurs présents, dans la mesure où l'intimé a choisi de s'exécuter dans la rue, soit sur le trottoir jouxtant la synagogue I_____, qui est un espace public. C'est également le lieu de préciser qu'il importe peu de savoir si des usagers de la synagogue ont été témoins directs du geste, en sus des quelques passants, la jurisprudence ne l'exigeant pas.

Au vu de ce qui précède, la CPAR a acquis la conviction que c'est avec conscience et volonté que l'intimé a publiquement effectué un geste rabaissant et/ou discriminant les personnes de confession juive en raison de leur appartenance à cette religion de façon à porter atteinte à leur dignité humaine au sens de l'art. 261bis al. 4 1^{ère} partie CP.

Par voie de conséquence, l'intimé sera reconnu coupable de discrimination raciale.

Le jugement entrepris sera modifié et l'appel admis sur ce point.

3. **3.1.1.** Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2).

La culpabilité de l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution (*objektive Tatkomponente*). Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur (*subjektive Tatkomponente*). A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même (*Täterkomponente*), à savoir les antécédents (judiciaires et non judiciaires), la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations

familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 p. 66 s. ; ATF 136 IV 55 consid. 5 p. 57 ss ; ATF 134 IV 17 consid. 2.1 p. 19 ss ; ATF 129 IV 6 consid. 6.1 p. 20 ss ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_660/2013 du 19 novembre 2013 consid. 2.2).

3.1.2. D'après la conception des nouvelles dispositions de la partie générale du code pénal, la peine pécuniaire constitue la sanction principale dans le domaine de la petite et moyenne criminalité (ATF 134 IV 97 consid. 4 p. 100 ss). La priorité à donner à une peine pécuniaire correspond au demeurant à la volonté du législateur, dont l'un des principaux buts dans le domaine des sanctions a été d'éviter les courtes peines privatives de liberté, qui entravent la resocialisation de l'auteur (ATF 134 IV 97 consid. 4.2.2 p. 101/102, 60 consid. 4.3 p. 65).

Le choix du type de sanction doit être opéré en tenant compte au premier chef de l'adéquation d'une sanction déterminée, de ses effets sur l'auteur et sur sa situation sociale ainsi que de son efficacité du point de vue de la prévention (ATF 134 IV 97 consid. 4.2 p. 100, 82 consid. 4.1 p. 84/85). La situation économique de l'auteur ou le fait que son insolvabilité apparaît prévisible ne constituent en revanche pas des critères pertinents pour choisir la nature de la sanction (ATF 134 IV 97 consid. 5.2.3 p. 104).

3.1.3. Conformément à l'art. 34 CP, la peine pécuniaire est fixée en jours-amende dont le tribunal fixe le nombre en fonction de la culpabilité de l'auteur (al. 1), en application de la règle générale de l'art. 47 CP. Le nombre des jours-amende exprime la mesure de la peine. Un jour-amende est de 3'000 francs au plus. Le juge en arrête le montant selon la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement, notamment en tenant compte de son revenu et de sa fortune, de son mode de vie, de ses obligations d'assistance, en particulier familiales, et du minimum vital (al. 2).

Il n'y a pas lieu de prendre en considération les circonstances personnelles et une éventuelle sensibilité accrue à la sanction au sens de l'art. 47 al. 1 CP qu'autant que ces éléments ne se rapportent pas à la situation financière actuelle de l'auteur. Une double prise en considération de la capacité financière, respectivement de la sensibilité à la peine, lors de la fixation du nombre des jours-amende et dans le calcul de leur montant est exclue (A. DOLGE, *Basler Kommentar, Strafrecht I*, 2^e éd., 2007, n. 40 *ad* art. 34 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_541/2007 du 13 mai 2008 consid. 6.3).

La détermination de la quotité du jour-amende se fait selon le principe du revenu net, soit celui que l'auteur réalise en moyenne quotidiennement, quelle qu'en soit la source, ce qui inclut notamment les prestations d'aide sociale. Le principe du revenu net exige que seul le disponible excédant les frais d'acquisition du revenu soit pris en

considération, dans les limites de l'abus de droit. Ce qui est dû en vertu de la loi ou ce dont l'auteur ne jouit pas économiquement doit en être soustrait. Il en va ainsi des obligations d'assistance pour autant que le condamné s'en acquitte effectivement (ATF 134 IV 60 consid. 6.1 p.68 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_200/2009 du 27 août 2009 consid. 7.1.).

Le prononcé d'une peine pécuniaire modique est ainsi possible à l'encontre des personnes ne réalisant qu'un faible revenu ou qui sont démunies, tels les bénéficiaires de l'aide sociale, les personnes sans activité professionnelle, celles qui s'occupent du ménage ou encore les étudiants, par exemple (ATF 134 IV 97 consid. 5.2.3 p. 104 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_541/2007 du 13 mai 2008 consid. 5.1). Le montant du jour-amende ne peut être inférieur à CHF 10.- (ATF 135 IV 180 consid. 1.4.2 p. 185)

3.1.4. À teneur de l'art. 49 al. 2 CP, si le juge doit prononcer une condamnation pour une infraction que l'auteur a commise avant d'avoir été condamné pour une autre infraction, il fixe la peine complémentaire de sorte que l'auteur ne soit pas puni plus sévèrement que si les diverses infractions avaient fait l'objet d'un seul jugement.

Cette situation vise le concours réel rétrospectif, qui se présente lorsque l'accusé, qui a déjà été condamné pour une infraction, doit être jugé pour une autre infraction commise avant le premier jugement, mais que le tribunal ignorait. L'art. 49 al. 2 CP enjoint au juge de prononcer une peine complémentaire ou additionnelle ("*Zusatzstrafe*"), de telle sorte que l'auteur ne soit pas puni plus sévèrement que si les diverses infractions avaient fait l'objet d'un seul jugement. Concrètement, le juge doit se demander comment il aurait fixé la peine en cas de concours simultané, puis déduire de cette peine d'ensemble hypothétique la peine de base, soit celle qui a déjà été prononcée (arrêt du Tribunal fédéral 6B_28/2008 du 10 avril 2008 consid. 3.3.1).

Pour déterminer si le tribunal doit prononcer une peine complémentaire, il convient de se référer à la date du jugement antérieur, indépendamment de la date d'un éventuel arrêt sur appel ultérieur (ATF 138 IV 113 consid. 3.4.1 et 3.4.2 ; ATF 129 IV 113 consid. 1.1 et 1.2 ; R. ROTH / L. MOREILLON (éds), *Code pénal I : art. 1-100 CP*, Bâle 2009, n. 84 *ad* art. 49). L'auteur est donc "condamné", au sens de l'art. 49 al. 2 CP, dès l'instant du prononcé du jugement et non pas seulement au moment de son entrée en force ; il faut cependant que cette entrée en force intervienne par la suite (ATF 127 IV 106 consid. 2c p. 108ss).

3.2. En l'espèce, la faute de l'intimé n'est pas anodine ; il a porté atteinte à la dignité humaine et à la paix publique, heurtant les principes essentiels d'une société fondée sur le respect de l'homme. Hormis un mépris des personnes de confession juive, on ne voit pas ce qui aurait pu animer la volonté de l'intimé.

Sa situation personnelle est sans particularité et ne saurait donc expliquer ses actes.

Un antécédent, non spécifique, figure dans son casier judiciaire.

La collaboration de l'intimé à la procédure a été mauvaise, il n'a cessé d'occulter le but recherché et de minimiser la portée de son geste, qu'il n'assume pas. Refusant de remettre son comportement en question, il n'a pas pris conscience de ses conséquences et n'a donc pas fait preuve d'amendement.

Aucune circonstance atténuante au sens de l'art. 48 CP n'est réalisée ni au demeurant plaidée.

Au vu des éléments qui précèdent, l'intimé sera condamné à une peine pécuniaire de 80 jours-amende, peine complémentaire à celle prononcée par le Tribunal de police de Côte à Nyon le 12 novembre 2014 dont il a été tenu compte. Eu égard à sa situation financière, soit notamment son jeune âge et au fait qu'il a récemment repris ses études sans exercer d'activité lucrative parallèle, la quotité du jour-amende sera arrêtée au minimum jurisprudentiel de CHF 10.-.

L'intimé sera mis au bénéfice du sursis, dont les conditions sont réalisées (art. 42 al. 1 et 2 CP), avec un délai d'épreuve de trois ans vu l'absence de prise de conscience (art. 44 al. 1 CP).

4. 4.1. Aux termes de l'art. 429 al. 1 let. a CPP, le prévenu acquitté totalement ou en partie ou au bénéfice d'un classement a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure. L'indemnité concerne les dépenses du prévenu pour un avocat de choix (ATF 138 IV 205 consid. 1 p. 206).

4.2. Vu le verdict de culpabilité prononcé en appel, l'intimé ne peut prétendre au versement d'une indemnité fondée sur l'art. 429 CPP, étant précisé que l'activité de son conseil aurait été identique si la procédure n'avait porté que sur l'infraction décrite à l'al. 4 1^{ère} partie de l'art. 261bis CP.

L'intimé sera ainsi débouté de ses conclusions en indemnisation relatives aux procédures de première instance et d'appel.

5. 5.1. Selon les art. 426 al. 1 et 428 al. 1 CPP, les frais de la procédure de première instance – que la CPAR est tenue de revoir lorsqu'elle rend une nouvelle décision (art. 428 al. 3 CPP) – et d'appel sont mis à la charge des parties dans la mesure où elles succombent.

5.2. Dans la suite ce qui a précédemment été évoqué (point. 4.2), il sied de considérer que l'intimé a entièrement succombé, l'acquiescement confirmé étant inopérant dans la

mesure où il a été reconnu coupable de discrimination raciale sous l'angle d'un autre volet de l'art. 261bis CP. Par conséquent, il supportera l'intégralité des frais des procédures de première instance et d'appel, ceux-ci comprenant un émolument de jugement de CHF 2'000.- (art. 14 al. 1 let. e du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale ; E 4 10.03).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit l'appel formé par le Ministère public contre le jugement JTDP/825/2015 rendu le 13 novembre 2015 par le Tribunal de police dans la procédure P/2155/2015.

L'admet.

Et statuant à nouveau :

Déclare A_____ coupable de discrimination raciale au sens de l'art. 261bis al. 4 1^{ère} partie CP.

Le condamne à une peine pécuniaire de 80 jours-amende à CHF 10.- l'unité.

Dit que cette peine est complémentaire avec celle prononcée le 12 novembre 2014 par le Tribunal de police de la Côte, Nyon.

Met A_____ au bénéfice du sursis et arrête la durée du délai d'épreuve à trois ans.

Avertit A_____ que s'il devait commettre une nouvelle infraction durant le délai d'épreuve le sursis pourrait être révoqué et la peine suspendue exécutée, cela sans préjudice d'une nouvelle peine en cas de nouvelle infraction.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de première instance et d'appel, ceux-ci comprenant un émolument de CHF 2'000.-.

Notifie le présent arrêt aux parties.

Le communique, pour information, à l'instance inférieure.

Siégeant :

Madame Valérie LAUBER, présidente ; Monsieur Jacques DELIEUTRAZ, Madame Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE, juges.

La greffière :

Severine HENAUER

La présidente :

Valérie LAUBER

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 78 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF), par-devant le Tribunal fédéral (1000 Lausanne 14), par la voie du recours en matière pénale.

P/2155/2015

ÉTAT DE FRAIS

AARP/214/2016

COUR DE JUSTICE

Selon le règlement du 22 décembre 2010 fixant le tarif des frais et dépens en matière pénale (E 4 10.03).

Total des frais de procédure du Tribunal de police : CHF 1'038.00

Bordereau de frais de la Chambre pénale d'appel et de révision

Délivrance de copies et photocopies (let. a, b et c) CHF 0.00

Mandats de comparution, avis d'audience et divers (let. i) CHF 220.00

Procès-verbal (let. f) CHF 0.00

État de frais CHF 75.00

Émoluments de décision CHF 2'000.00

Total des frais de la procédure d'appel : CHF 2'295.00

Total général (première instance + appel) : CHF 3'333.00