

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 22 mai 2023

Composition : Mme BYRDE, présidente
MM. Krieger et Maillard, juges
Greffière : Mme Müller

Art. 261bis CP ; 310 CPP

Statuant sur le recours interjeté le 30 janvier 2023 par X._____ contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 18 janvier 2023 par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne dans la cause n° **PE22.020526-JMU**, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. Le 11 juillet 2022, X._____ a déposé plainte pénale contre K._____. Il reproche en substance à ce dernier, qui est comme lui membre de la société d'étudiants de [...] de [...], d'avoir, depuis la

découverte de son orientation sexuelle au printemps 2021, à plusieurs reprises tenu des propos et adopté des comportements homophobes.

B. Par ordonnance du 18 janvier 2023, le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a refusé d'entrer en matière sur la plainte de

X. _____ (I) et a laissé les frais à la charge de l'Etat (II).

Il a en substance considéré que les infractions envisageables étaient celles d'injure au sens de l'art. 177 al. 1 CP et de discrimination et incitation à la haine au sens de l'art. 261bis CP. L'infraction d'injure ne pouvait toutefois pas être retenue dès lors que le dernier épisode décrit remontait au mois de mars 2022 et que la plainte, datée du 11 juillet 2022, était ainsi tardive. Les propos reprochés au prévenu n'ayant pas été tenus en public mais adressés directement à la partie plaignante seule ou parfois en présence de certains autres membres de la société d'étudiants[...] de [...], l'élément de publicité faisait en outre défaut de sorte que l'infraction de discrimination et incitation à la haine n'était pas réalisée non plus.

C. Par acte du 30 janvier 2023, X. _____ a recouru contre cette ordonnance en concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation et au renvoi de la cause au Ministère public pour qu'il ouvre une instruction pénale contre K. _____ pour incitation à la haine. Il a en outre requis l'octroi de l'assistance judiciaire, sous la forme d'une exonération d'avances de frais et de sûretés, ainsi que des frais de procédure.

Il n'a pas été ordonné d'échange d'écritures.

En droit :

1.

1.1 Les parties peuvent attaquer une ordonnance de non-entrée en matière rendue par le Ministère public (art. 310 CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0]) dans les dix jours devant l'autorité de recours (art. 310 al. 2, 322 al. 2 CPP ; cf. art. 20 al. 1 let. b CPP) qui est, dans le canton de Vaud, la Chambre des recours pénales du Tribunal cantonal (art. 13 LVCPP [loi vaudoise d'introduction du Code de procédure pénale suisse du 19 mai 2009 ; BLV 312.01] ; art. 80 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; BLV 173.01]).

1.2 En l'espèce, interjeté en temps utile auprès de l'autorité compétente et dans les formes prescrites, par la partie plaignante qui a qualité _____ pour _____ recourir (art. 382 al. 1 CPP), le recours est recevable.

2. Le recourant ne conteste pas le refus d'entrer en matière pour l'infraction d'injure en raison de la tardiveté de sa plainte. Il soutient en revanche que le Ministère public aurait violé le principe *in dubio pro duriore* en retenant que l'élément de publicité faisait défaut. Il fait en substance valoir que, de manière générale, la société de [...] est une association dont les événements sont ouverts à tous, que cette société compte par ailleurs plus d'une centaine de membres qui ne se connaissent pas tous entre eux et qu'il faut ainsi retenir que les événements organisés par cette association d'étudiants ne ressortent pas du domaine privé. Il expose ensuite qu'à chacune des soirées à [...], K._____ le traitait systématiquement de « pédé » ou lui faisait des remarques homophobes, qu'on ne peut considérer que ces propos auraient été tenus dans un cercle privé et que dès lors le Ministère public aurait dû ouvrir une instruction contre l'intéressé.

2.1

2.1.1 Conformément à l'art. 310 al. 1 CPP, le Ministère public rend immédiatement une ordonnance de non-entrée en matière s'il ressort de la dénonciation ou du rapport de police que les éléments constitutifs de l'infraction ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont

manifestement pas réunis (let. a), qu'il existe des empêchements de procéder (let. b) ou que les conditions mentionnées à l'art. 8 CPP imposent de renoncer à l'ouverture d'une poursuite pénale (let. c).

Selon l'art. 310 al. 1 let. a CPP, il importe que les éléments constitutifs de l'infraction ne soient manifestement pas réunis. Cette disposition doit être appliquée conformément à l'adage *in dubio pro duriore*, qui découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. [Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101] et art. 2 al. 2 CPP ; ATF 138 IV 86 consid. 4.2 ; TF 6B_510/2020 du 15 septembre 2020 consid. 3.2) et signifie qu'en principe un classement ou une non-entrée en matière ne peuvent être prononcés par le Ministère public que lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables ou que les conditions à la poursuite pénale ne sont pas remplies (ATF 146 IV 68 consid. 2.1). En d'autres termes, il faut être certain que l'état de fait ne constitue aucune infraction. Une ordonnance de non-entrée en matière ne peut être rendue que dans les cas clairs du point de vue des faits, mais également du droit ; s'il est nécessaire de clarifier l'état de fait ou de procéder à une appréciation juridique approfondie, le prononcé d'une ordonnance de non-entrée en matière n'entre pas en ligne de compte. En règle générale, dans le doute, il convient d'ouvrir une enquête pénale (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1 ; ATF 138 IV 86 précité consid. 4.1.2 ; ATF 137 IV 285 consid. 2.3 et les références citées, JdT 2012 IV 160 ; TF 6B_207/2020 du 14 septembre 2020 consid. 2.1). En revanche, le Ministère public doit pouvoir rendre une ordonnance de non-entrée en matière dans les cas où il apparaît d'emblée qu'aucun acte d'enquête ne pourra apporter la preuve d'une infraction à la charge d'une personne déterminée (TF 6B_541/2017 du 20 décembre 2017 consid. 2.2).

2.1.2 Aux termes de l'art. 261bis CP, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2020, se rendent notamment coupables de discrimination raciale

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) ainsi que 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). Depuis le 1^{er} juillet 2020, et l'entrée en vigueur à cette date de la nouvelle du

14 décembre 2018 (RO 2020 p. 1609), la portée de la disposition est étendue à la discrimination, au rabaissement et à l'incitation à la haine en raison de l'orientation sexuelle (TF 6B_777/2022 du 16 mars 2023, consid. 1.1.1, destiné à publication).

L'art. 261bis CP vise notamment à protéger la dignité que tout homme acquiert dès la naissance et l'égalité entre les êtres humains. En protégeant l'individu notamment du fait de son appartenance à un groupe ethnique ou religieux - et désormais de son orientation sexuelle -, la paix publique est indirectement protégée (ATF 148 IV 188 consid. 1.3; ATF 148 IV 113 consid. 3; ATF 140 IV 67 consid. 2.1.1; ATF 133 IV 308 consid. 8.2 et les références citées; TF 6B_777/2022 du 16 mars 2023, consid. 1.1.1, destiné à publication).

Selon le Tribunal fédéral, le simple fait de revendiquer publiquement son appartenance à une idéologie de discrimination raciale ne suffit pas à ce que les éléments constitutifs de l'art. 261bis al. 2 CP soient réalisés. Cette disposition exige en effet que l'auteur « propage » cette idéologie raciste. Par « propagation », il faut entendre « en faire la publicité », « faire de la propagande », comme cela ressort des textes français et italien (« celui qui ... aura propagé une idéologie ... » ; « chiunque propaga ... un'ideologia ... »). La propagande poursuit l'objectif d'acquérir des tiers à son idéologie ou de renforcer leurs convictions (Message du Conseil fédéral 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 correspondante du droit pénal, FF 1992 III 269 ss, p. 312 ch. 636.1). La propagande 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 (ATF 140 IV 102 consid. 2.2 et les références citées : JdT 2015 IV 52). Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que le salut hitlérien effectué en public ne réalise les éléments constitutifs de l'infraction de discrimination raciale que si son auteur ne se limite pas à afficher ses convictions nationales-socialistes personnelles, mais vise au contraire à propager cette idéologie auprès de tiers (ATF 140 IV 102 consid. 2.2.5, 2.3 et 2.4 : JdT 2015 IV 52).

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 ») (ATF 143 IV 308 consid. 4.1). La règle de l'art. 261bis al. 4 du projet du Conseil fédéral était semblable et prévoyait que se rendait coupable de l'infraction celui qui avait publiquement « porté atteinte à la dignité humaine » d'une personne ou d'un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse. 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 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 III 265 ss, 308 s. ch. 636.2). Cette interprétation est toutefois trop étroite, comme le relève aussi la doctrine (par ex : Trechsel/Vest, in Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2^e éd. 2013, n° 34 ad art. 261bis CP). On doit ainsi 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 143 IV 308 consid. 4.1 ; ATF 140 IV 67 consid. 2.5.1). Constituent un rabaissement ou une discrimination au sens de cette norme tous les comportements qui dénie à des membres de groupes humains, en raison de leur race, de leur appartenance ethnique ou de leur religion – et désormais de leur orientation sexuelle –, une valeur égale en tant qu'être humain ou des droits de l'homme identiques, ou du moins, qui remettent en question cette égalité (ATF 143 IV 193 consid. 1 ; ATF 140 IV 67 consid. 2.1.1 ; ATF 133 IV 308 consid. 8.2 et les références citées ; TF 6B_644/2020 du 14 octobre 2020, consid. 1.2). Une affirmation xénophobe, de mauvais goût, amoral 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 (ATF 143 IV 308 consid. 4.1 ; Niggli, Discrimination raciale, Un commentaire au sujet de l'art. 261bis CP et de l'art. 171c CPM, 2000, n. 945 p. 250). C'est ainsi que les termes tels que « Sau » (cochon), « Dreck » (... « de merde ») et autres similaires, utilisés de manière répandue dans le langage allemand dans le cadre d'expressions de mauvaise humeur et de manifestations de mécontentement, pour offenser une autre personne en raison de son sexe, de son orientation sexuelle ou de particularités physiques ou intellectuelles, étaient ressenties comme de simples injures et non comme des atteintes à la dignité humaine. Il n'en va pas différemment s'agissant de l'utilisation de ces mêmes termes et autres similaires en relation avec des nationalités, respectivement des ethnies particulières. 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 motivées par des considérations xénophobes plus ou moins

primitives, et non comme des atteintes racistes à la dignité humaine. Elles ne remplissent ainsi pas les éléments constitutifs de l'infraction à l'art. 261bis al. 4 première partie CP (ATF 143 IV 308 consid. 4.1 ; ATF 140 IV 67 consid. 2.5.2 et les références citées).

L'infraction réprimée par l'art. 261bis CP prévoit que l'auteur doit agir publiquement. Savoir si un acte a été commis publiquement, au sens d'une infraction déterminée, dépend principalement du bien juridique protégé et du motif pour lequel le caractère public a été érigé en élément constitutif (ATF 130 IV 111 consid. 4.3). Au sens de l'art. 261bis CP, sont prononcées publiquement les allégations qui n'interviennent pas dans un cadre privé, soit dans un cercle familial ou d'amis ou dans un environnement de relations personnelles ou empreint d'une confiance particulière (ATF 130 IV 111 consid. 5.2 ; TF 6B_734/2016 du 18 juillet 2017 consid. 5.1 non publié in ATF 143 IV 308). Le point de savoir si un acte a eu lieu dans un cercle privé doit être tranché sur la base des circonstances concrètes du cas, parmi lesquelles le nombre de personnes présentes peut jouer un rôle sans être en lui-même prépondérant (ATF 143 IV 308 consid. 5.2.2).

Du point de vue subjectif, le délit est intentionnel, le dol éventuel pouvant suffire (ATF 148 IV 113 consid. 3; ATF 145 IV 23 consid. 2.3; TF 6B_1126/2020 du 10 juin 2021 consid. 2.1.3; TF 6B_350/2019 du 29 mai 2019 consid. 1.1 ; TF 6B_777/2022 du 16 mars 2023, consid. 1.1.3, destiné à publication).

2.2 En l'espèce, le recourant allègue en substance que K. _____ le traitait régulièrement de « pédé », qu'à une reprise, il lui avait dit que dans les années 30, il n'y avait pas de « pédés », qu'il avait à une autre occasion feint de vouloir poursuivre son chemin avec lui en disant que c'était parce qu'il était « pédé » et de s'être ensuite moqué de lui avec un

tiers, qu'à une autre reprise encore, il avait imité un couple efféminé d'homosexuels avec un de ses amis en se plaignant de ce que ce dernier l'« enculait » depuis deux semaines et qu'il avait « le trou du cul grand comme ça » et, enfin, que K. _____ aurait notamment dessiné des croix gammées dans les locaux du théâtre[...] ce qui l'aurait heurté, des milliers d'homosexuels ayant été assassinés par le régime nazi.

Selon le recourant, tous les comportements dénoncés se sont produits à l'occasion d'événements organisés par la société d'étudiants [...] alors que d'autres membres de cette société, et parfois même des invités issus d'autres associations d'étudiants, étaient présents. S'il est effectivement probable que X. _____ en connaissait un certain nombre, on ne peut pas pour autant admettre que toutes ces personnes faisaient partie de son cercle d'amis rapprochés ni même qu'il avait noué avec chacune d'elle une relation de confiance particulière. Les inscriptions dénoncées ont quant à elles été apposées dans les locaux du théâtre du [...], soit dans un lieu accessible au public. C'est donc à tort que le procureur a considéré que K. _____ n'avait pas agi publiquement. Cela ne signifie toutefois pas encore que l'ordonnance entreprise est infondée.

S'agissant tout d'abord des inscriptions dénoncées, soit des croix gammées, on rappellera qu'après avoir envisagé de sanctionner spécifiquement l'utilisation publique de symboles extrémistes, le Conseil fédéral puis le Parlement y ont finalement renoncé (cf. sur ce point ATF 140 IV 102 consid. 2.2.4 : JdT 2015 IV 52). L'usage public d'un symbole représentant des idéologies racistes - à l'instar d'une croix gammée qui est caractéristique du national-socialisme - peut toutefois tomber sous le coup de l'art. 261bis al. 2 CP, à la condition cependant qu'il soit utilisé dans un but de propagande, soit dans le but de propager cette idéologie auprès du public. Or, rien ne permet de considérer que les inscriptions dénoncées auraient, dans le cas d'espèce, été apposées dans le but d'acquiescer des tiers à l'idéologie nazie ou de les renforcer dans leurs convictions. Le recourant ne le soutient d'ailleurs pas.

En ce qui concerne les autres comportements et propos reprochés à K. _____, ils ne sont pas constitutifs de l'infraction prévue à l'art. 261bis al. 4 CP. En effet, pour un tiers moyen non averti, le fait de traiter une personne de « pédé », de se moquer d'elle en faisant référence - même lourdement - à certaines pratiques sexuelles ou de la provoquer en prétendant qu'à une autre époque les homosexuels n'existaient pas, ne la fait pas apparaître comme étant de moindre valeur du point de vue de la dignité humaine. On peut donc uniquement voir dans ces comportements primitifs l'expression d'atteintes à l'honneur fondées sur des considérations homophobes qui auraient pu être sanctionnées à titre d'injure (cf. sur ce point TF 6B_673/2019 du 31 octobre 2019, consid. 3.1.2) si le recourant avait déposé plainte en temps utile ce qu'il n'a toutefois pas fait.

Il résulte de ce qui précède que les faits dénoncés ne réalisent pas les éléments constitutifs des infractions prévues aux al. 2 et 4 de l'art. 261bis CP. On ne voit pas - et le recourant ne le précise pas - quels autres alinéas ou infractions pourraient entrer en ligne de compte. C'est donc en définitive à juste titre que le procureur a refusé d'entrer en matière.

3. Au vu de ce qui précède, le recours, manifestement mal fondé, doit être rejeté sans échange d'écritures (cf. art. 390 al. 2 CPP) et l'ordonnance du 18 janvier 2023 confirmée.

La requête d'assistance judiciaire doit être rejetée, dès lors que le recours était manifestement dénué de chances de succès et qu'il en va de même d'éventuelles conclusions civiles, que le recourant n'a du reste pas articulées (art. 136 al. 1 let. b CPP).

Les frais de la procédure de recours, constitués du seul émolument d'arrêt (art. 422 al. 1 CPP), par 1'100 fr. (art. 20 al. 1 TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28

septembre 2010 ; BLV 312.03.1]), seront mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 428 al. 1 CPP).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** L'ordonnance du 18 janvier 2023 est confirmée.
- III.** La requête d'assistance judiciaire est rejetée.
- IV.** Les frais d'arrêt, par 1'100 fr. (mille cent francs), sont mis à la charge de X._____.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- M. X._____,
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Procureur de l'arrondissement de Lausanne,
- Me Albert Habib, avocat (pour K._____),

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110). Ce recours doit être déposé

devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :