

Office fédéral de la justice
Monsieur David Steiner
Par courriel à :
david.steiner@bj.admin.ch

Bâle, 3 octobre 2017

13.407 n Iv. Pa. Reynard. Lutter contre les discriminations basées sur l'orientation sexuelle. Consultation

Monsieur,

La Conférence suisse des Délégué-e-s à l'Égalité entre Femmes et Hommes (CSDE), qui regroupe les Bureaux de l'égalité de la Confédération, des cantons et des villes de Suisse, a l'avantage de vous adresser par la présente ses déterminations sur l'objet mentionné sous rubrique.

1. Généralités

L'avant-projet complétant l'art. 261^{bis} du code pénal (CP) vise à étendre l'actuelle disposition sur la lutte contre la discrimination raciale à la discrimination en raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre ainsi que de l'intégrer par analogie dans le code pénal militaire (CPM). La discrimination en raison du mode de vie est certes interdite en vertu de l'art. 8, al. 2 Cst., mais la loi ne prévoit actuellement pas de protection claire contre les incitations à la haine et à la discrimination en raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre. En outre, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les associations de protection des droits des personnes homosexuelles, bissexuelles, trans* et intersexuées n'ont pas la qualité pour agir s'agissant de délits contre l'honneur (art. 173 ss CP). De même, une personne physique ne peut pas invoquer actuellement une atteinte à son honneur si l'incitation à la haine ou une expression méprisante sont dirigés contre une communauté à laquelle cette personne se sent appartenir.

Les lesbiennes, les gays ainsi que les personnes bissexuelles, transgenres et intersexuées appartiennent, dans notre société, à un groupe social particulièrement vulnérable, qui requiert de ce fait une protection spécifique. En effet, ce groupe est également exposé dans notre pays à la violence, aux incitations à la haine et à d'importantes discriminations au quotidien. La CSDE salue donc la présente révision qui comble un vide juridique en étendant explicitement le champ d'application de l'art. 261^{bis} CP et de l'art. 171c, al. 1 CPM afin de permettre de sanctionner pénalement les personnes auteures de dénigrement proférés en public, d'incitations à la haine et d'autres dépréciations semblables envers des personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre. Il faut également saluer le fait que la modification proposée du CP et du CPM permette son application aux expressions analogues

à l'« identité de genre ». ¹ Du point de vue de la CSDE, il est en outre judicieux de modifier le titre marginal des articles en vigueur en « Discrimination et incitation à la haine ».

Au demeurant, la CSDE souhaite encore apporter les remarques et requêtes suivantes :

2. Commentaires du Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national

2.1. Terminologie

À la lecture du rapport relatif au projet, il est frappant de lire à plusieurs endroits les notions de *transsexualité* ou d'*intersexualité* (cf. p. 8, dernier paragraphe ; p. 10, avant-dernier paragraphe ; p. 11-12). Nous sommes d'avis qu'il faut renoncer à recourir à de telles notions, ceci afin d'éviter leur association avec des formes de désir sexuel et afin de prévenir les malentendus qui peuvent en découler. Ces malentendus ont en effet clairement un impact concret sur la vie des personnes trans* et inter*. Il est important de relever à ce propos que, fondamentalement, ni l'état de trans* ni celui d'inter* n'ont de rapport avec la sexualité ou l'orientation sexuelle. Ce point est régulièrement souligné, notamment par les organisations non-gouvernementales concernées. Si le terme d'inter* se rapporte au *sexe génital*, l'expression trans* désigne une personne dont le sentiment d'appartenance à un sexe ne correspond pas aux caractéristiques physiques qu'elle a reçues à la naissance. Dans cet esprit, et pour définir les termes comme cela échoit à une organisation autonome, il conviendrait à l'avenir de répondre à la demande exprimée d'un usage correct des concepts en parlant de **transidentité**, respectivement d'**intersexuation**.

2.2. Amalgame thématique avec les préférences sexuelles pathologiques (perversions)

Les notions d'orientation sexuelle et de préférence sexuelle sont distinctement définies à la page 11. Le fait que les déclarations discriminatoires et les actes haineux motivés par des préférences sexuelles d'ordre pathologique, qui relèvent de perturbations malades telles que la pédophilie, n'entrent pas dans le champ d'application de la norme proposée, est relevé à la page 14. Cette exclusion doit être considérée comme **allant de soi**, elle ne nécessite pas d'être particulièrement mise en évidence. Il est tout de même assez déconcertant que l'homosexualité ou la transidentité puissent encore être assimilées, selon des schémas d'association que l'on croyait révolus, aux perturbations malades que sont les préférences sexuelles pathologiques (paraphilie).

3. Intégration du critère du « sexe » dans la norme de protection

L'avant-projet prévoit que le champ d'application de l'art. 261^{bis} CP ne soit étendu qu'à l'« orientation sexuelle » et à l'« identité de genre ». Le critère du sexe n'est donc pas pris en compte. Aux yeux de la CSDE, l'élimination de toute discrimination de droit ou de fait en raison de l'identité de genre et/ou de l'orientation sexuelle est intimement liée à la lutte contre les discriminations liées au sexe. Or, dès lors que la loi comporte un vide important dans ce domaine et malgré l'interdiction de discrimination prévue par la Constitution (art. 8, al. 2), un tel projet est problématique et lacunaire s'il n'inclut pas les discriminations en raison du sexe également. L'incitation publique à la haine et à la violence contre les femmes et les autres déclarations discriminatoires qui les rabaisent, en violation de la dignité humaine, existent aujourd'hui encore. Pensons par exemple aux appels à châtier les femmes, aux manifestations musicales publiques où les femmes sont méprisées et où la violence est exaltée², aux « spécialistes de la

¹ Cf. Rapport, page 11, dernier paragraphe : les expressions du sexe désignent les caractéristiques extérieures et les comportements considérés dans la société comme exclusivement masculins ou féminins, par exemple l'habillement, les soins apportés au corps, les particularités, la manière de s'exprimer et les interactions sociales.

² Les domaines du rap, du reggae et du hip-hop sont particulièrement concernés. Cf. le rapport, publié en avril 2016 par le Centre fédéral allemand de contrôle des médias dangereux pour la jeunesse (Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien), sur la pratique des tribunaux concernant une sélection d'albums de hip-hop considérés notamment comme discriminatoires envers les femmes, associant le sexe et la violence et abrutissants.

drague » qui, dans le cadre de leurs « séminaires », font l'apologie de la violence sexuelle à l'encontre des femmes et qui appellent ouvertement à les maltraiter et à les humilier.³ De telles déclarations, qui vont clairement et de manière grossière à l'encontre d'une société axée sur l'égalité et la pluralité, restent largement impunies sous le régime du droit actuel et ceci pour les raisons mentionnées au point 1.

L'art. 261^{bis} CP, dans sa teneur actuelle, a été conçu en 1993 comme une adaptation au droit international. Il s'agissait à l'époque d'une législation connexe en lien avec l'adhésion de la Suisse à la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. En conséquence, il avait alors été consciemment renoncé à intégrer d'autres critères comme le sexe, l'orientation sexuelle ou encore la conception du monde.⁴ Dans ce contexte, notons toutefois une récente modification importante de la situation juridique, à savoir l'entrée en vigueur de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, dite Convention d'Istanbul, que le Parlement fédéral a adoptée le 16 juin 2017. Cette convention, qui comporte une série d'obligations de respect, de protection et de garantie, oblige explicitement les États signataires à prévenir, poursuivre et éliminer la violence à l'égard des femmes (cf. art. 1, let. a). À cet effet, pour remplir lesdites obligations de diligence, ces États doivent notamment prendre toutes mesures législatives et autres requises pour *prévenir*, supprimer et poursuivre les actes de violence faits aux femmes (art. 5, al. 2). En outre, la Suisse a adhéré en 1997 à la Convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF). Cette convention fonde également, par analogie, l'obligation de l'État d'adopter des dispositions législatives protectrices même si elle ne contient pas de référence explicite à la violence envers les femmes.⁵

De plus, une comparaison des législations respectives permet de constater que divers pays européens connaissent déjà des dispositions pénales contre l'incitation à la haine, la violence ou la discrimination, notamment à *raison du sexe*. Citons l'art. 283 du code pénal autrichien (Strafgesetzbuch), l'art. 225, al. 1 à 4 du code pénal français et l'art. 137d du code pénal des Pays-Bas (*Wetboek van strafrecht*).

³ Cf. rapports médiatiques sur la présentation de Julien Blanc en 2014 à Zurich, en particulier : <https://www.nzz.ch/zuerich/widerstand-gegen-ein-phantom-1.18438524> et <http://www.20min.ch/schweiz/news/story/16244011>.

⁴ Cf. FF 1992 III 305.

⁵ Cf. Angelika Kartusch, Verpflichtung der Staaten zur Bekämpfung von Gewalt, dans : Schläppi/Ulrich/Wytenbach (éd.), CEDAW-Kommentar, Berne 2015, p. 1278.

Dans ce contexte et dans la perspective de la **conception cohérente d'une norme de protection**, la CSDE demande que l'art. 261^{bis} CP (et par analogie l'art. 171c, al. 1 CPM) soit modifié comme suit :

Art. 261^{bis} Discrimination et incitation à la haine

Quiconque, publiquement, incite à la haine ou à la discrimination envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse, **de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre**,

quiconque, publiquement, propage une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique cette personne ou ce groupe de personnes,

quiconque, dans le même dessein, organise ou encourage des actions de propagande ou y aura pris part,

quiconque publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaisse ou discrimine 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, **de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre** ou qui, pour la même raison, nie, minimise grossièrement ou cherche à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité,

quiconque refuse à une personne ou à un groupe de personnes, en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse, **de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre**, une prestation destinée à l'usage public ;

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

Nous vous remercions de l'examen bienveillant que vous voudrez bien réserver à nos demandes.

Veuillez agréer, Monsieur, l'expression de notre considération distinguée.

Au nom de la Conférence Suisse des Délégué-e-s à l'Égalité entre Femmes et Hommes,

La présidente :



Leila Straumann