



13.407

Initiative parlementaire
Lutter contre les discriminations basées sur l'orientation sexuelle
Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national

du 11 mai 2017

Condensé

L'initiative parlementaire 13.407 vise à inscrire la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle au nombre des éléments constitutifs d'une infraction énumérés à l'art. 261^{bis} du code pénal (CP). Le projet élaboré par la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) propose de compléter la disposition en question non seulement par le critère que constitue « l'orientation sexuelle », mais aussi par celui de « l'identité de genre ». Ainsi, le champ d'application de l'art. 261^{bis} CP ne serait pas étendu aux seuls crimes de haine et discriminations visant des personnes en raison de leur hétérosexualité, de leur homosexualité ou de leur bisexualité, mais aussi à ceux qui sont commis en raison de la transsexualité ou de l'intersexualité d'une personne. Ces deux notions ne sont pas considérées comme des formes d'expression de l'orientation sexuelle : elles concernent plutôt l'identité de genre.

Rapport

1 Genèse du projet

1.1 Initiative parlementaire

L'initiative parlementaire 13.407 « Lutter contre les discriminations basées sur l'orientation sexuelle » a été déposée le 7 mars 2013 par le conseiller national Mathias Reynard. Sa teneur est la suivante :

« *L'article 261^{bis} du Code pénal est modifié comme suit:*

Art. 261^{bis}

Discrimination et incitation à la haine

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, religieuse ou de leur orientation sexuelle;

celui qui, publiquement, aura propagé une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une communauté fondée sur l'appartenance à une race, à une ethnie ou à une religion ou sur l'orientation sexuelle;

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

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

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

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

L'auteur de l'initiative relève que la Constitution interdit certes toute discrimination fondée sur le mode de vie (art. 8, al. 2), mais qu'il existe un vide juridique en ce qui concerne la poursuite pénale des incitations à la haine basées sur l'orientation sexuelle des individus. Il rappelle aussi que le Tribunal fédéral refuse la qualité pour agir aux associations de protection des droits des personnes homosexuelles dans le domaine des infractions à l'honneur (art. 173ss CP) et qu'une personne homosexuelle ne peut pas se prévaloir d'une infraction à l'honneur à son encontre lorsque des propos homophobes sont proférés à l'encontre de la communauté homosexuelle,

les tribunaux estimant que le groupe visé par les déclarations homophobes n'est pas assez déterminé pour que la personne soit touchée directement dans son honneur¹.

La CAJ-N a procédé à l'examen préalable de l'initiative lors de sa séance du 21 février 2014 et a décidé, par 14 voix contre 10, d'y donner suite. Le 3 juillet 2014, son homologue du Conseil des Etats (CAJ-E) a décidé, par 4 voix contre 3 et 2 abstentions, de ne pas approuver cette décision. La CAJ-N s'est donc à nouveau penchée sur cet objet le 13 novembre 2014 et a proposé à son conseil, par 14 voix contre 9 et 1 abstention, d'y donner suite, ce que ce dernier a fait, par 103 voix contre 73 et 9 abstentions le 11 mars 2015. La CAJ-E a ensuite donné son feu vert le 23 avril 2015 en donnant elle aussi suite à l'initiative par 11 voix contre 1. Le 17 mars 2017, le Conseil national a décidé, à la demande de sa commission, de prolonger jusqu'à la session de printemps 2019 le délai imparti pour élaborer un projet.

1.2 Travaux de la commission

Lors de sa séance du 3 février 2017, la commission a débattu de deux possibilités de mise en œuvre de l'initiative parlementaire. La première d'entre elles consistait à se concentrer sur l'objectif premier de l'initiative, à savoir la lutte contre l'homophobie, en s'en tenant au texte de loi proposé par l'initiative. La seconde possibilité était d'aller plus loin que ce que demandait l'initiative en complétant l'art. 261^{bis} CP² non seulement par le critère de « l'orientation sexuelle », mais aussi par celui de « l'identité de genre ». La commission est parvenue à la conclusion que les personnes transsexuelles ou intersexuelles étaient souvent victimes de crimes de haine et de discriminations au même titre que les personnes homosexuelles ou bisexuelles. Elle s'est par conséquent prononcée, par 15 voix contre 9 et 1 abstention, en faveur de la seconde possibilité. Ainsi, la révision de l'art. 261^{bis} CP devrait régler le problème de manière globale et étendre la protection prévue par cette disposition à toutes les personnes LGBTI³.

Toujours à sa séance du 3 février 2017, la commission a refusé, par 13 voix contre 10 et 2 abstentions, de classer l'initiative et proposé, par 16 voix contre 5 et 1 abstention, de prolonger de deux ans le délai imparti pour l'élaboration d'un projet. Le 17 mars 2017, le Conseil national a décidé, par 127 voix contre 49 et 20 abstentions, d'approuver la prolongation de délai et de rejeter la proposition de classement déposée par une minorité de la commission.

Lors de sa séance des 11 et 12 mai 2017, la commission a approuvé l'avant-projet ainsi que le rapport explicatif.

¹ ATF 6B_361/2010 du 1.11.2010

² Code pénal du 21.12.1937; RS 311.0

³ LGBTI est le sigle de la dénomination internationale de « Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex » et concerne les personnes lesbiennes, homosexuelles, bisexuelles, transgenres et/ou intersexuelles.

Conformément à la loi sur la consultation (LCo)⁴, cet avant-projet fera l'objet d'une consultation. En vertu de l'art. 112, al. 1, LParl, la commission a été secondée dans ses travaux par le Département fédéral de justice et police.

2 **Grandes lignes du projet**

2.1 **Contexte dans le droit en vigueur**

2.1.1 **Art 261^{bis} du code pénal**

L'art. 261^{bis} CP a été ajouté par l'art. 1 de la loi fédérale du 18 juin 1993⁵ et il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995. Comme son pendant, l'art. 171c du code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM)⁶, il a été conçu à la suite de l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale⁷. Le référendum facultatif a été saisi contre l'introduction de l'art. 261^{bis} CP. Le projet a été accepté en votation populaire le 25 septembre 1994, par une majorité de 54,6 % des votants⁸.

La norme figure au titre 12 du code pénal, qui traite des crimes et délits contre la paix publique. Les actes incriminés à l'art. 261^{bis} CP sont des délits. Le bien juridique protégé est la dignité humaine d'une personne du fait de son appartenance à une race, à une ethnie ou à une religion. La disposition ne protège qu'indirectement ou accessoirement la paix publique⁹.

L'art. 261^{bis} CP a été conçu comme une adaptation au droit international. On a renoncé à dessein à prendre en compte d'autres critères, tels que le sexe, l'orientation sexuelle ou les convictions idéologiques. Dans le message du 2 mars 1992, cette position est justifiée par le fait que cela aurait débordé le cadre de la révision et que la disposition visait en premier lieu à mettre en œuvre la convention dans le droit national. Enfin, une norme de portée générale sur la discrimination n'aurait pas été à sa place dans le contexte des infractions contre la paix publique¹⁰.

Les infractions définies à l'art. 261^{bis} CP sont poursuivies d'office. Conformément aux principes régissant le droit pénal et la procédure pénale, les associations ne peuvent avoir la qualité de partie (voir ch. 3.1).

L'objet du délit peut être une personne, en raison de son appartenance à un groupe racial, ethnique ou religieux, ou - contrairement à ce qui est prévu dans le cas des infractions contre l'honneur (voir ch. 2.1.2) - le groupe lui-même. La condition

⁴ RS 172.061

⁵ RO 1994 2887 2888 ; FF 1992 III 265

⁶ RS 321.0

⁷ RS 0.104

⁸ FF 1994 V 521

⁹ D. Schleiminger Mettler, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3e éd., Bâle 2013, Art. 261^{bis} n° 7; ATF 130 IV 111, 118; ATF 140 IV 67, 69.

¹⁰ 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, 306.

commune aux infractions des par. 1 à 5 est l'atteinte à la dignité humaine. Une telle atteinte a lieu quand une ou plusieurs personnes se voient dénier le respect dû à un être humain du fait de leur appartenance à un groupe¹¹.

Les infractions ne sont en principe punissables que si elles sont commises publiquement. Ce critère est rempli, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsqu'elles s'adressent à un large cercle de personnes que ne réunit aucun lien personnel. Autrement dit si elles n'ont pas lieu dans l'espace privé, à savoir « dans le cadre de la famille, dans un cercle d'amis ou auprès de personnes entre lesquelles il existe des liens personnels ou un rapport de confiance ». L'appréciation de ce critère dépend des circonstances concrètes. Le nombre de destinataires a son importance, mais n'est pas déterminant en soi¹².

Par. 1

Est punissable, en vertu du par. 1, celui qui, 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.

L'« incitation à la haine » couvre les cas dans lesquels des personnes sont amenées, par un attisement émotionnel, à développer un sentiment de haine lié aux critères évoqués ou à donner libre cours à un sentiment de haine préexistant¹³. Les paroles prononcées doivent atteindre un certain degré d'intensité et être facilement compréhensibles pour un tiers moyen non averti¹⁴.

L'« incitation à la discrimination » couvre les cas où des personnes sont incitées à adopter un comportement portant atteinte à la dignité humaine d'un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse. Par discrimination, on entend le fait de refuser par principe le respect dû à un être humain¹⁵.

Ces incitations ne sont punissables que si elles ont lieu publiquement (voir plus haut). Sur le plan subjectif, l'auteur doit avoir agi avec intention.

Par. 2

Est punissable, en vertu du par. 2, celui qui, publiquement, propage une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnique ou d'une religion. L'auteur doit propager l'idéologie, c'est-à-dire qu'il ne doit pas seulement l'exprimer, mais doit en « faire la promotion » en vue de la diffuser, et ce par différents moyens comme l'écriture, l'image ou le geste. Le public visé est déterminant : l'auteur doit chercher à s'adresser au plus de destinataires possibles en vue de les influencer¹⁶.

¹¹ D. Schleiminger Mettler, in: Niggli/Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3^e éd., Bâle 2013, Art. 261^{bis} n^o 8 ss.

¹² ATF 130 IV 111, 113 consid. 3.1 et 119 consid. 5.2.1

¹³ Stratenwerth/Wohlens, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3e éd., Berne 2013, Art. 261^{bis} n^o 2; ATF 123 IV 207.

¹⁴ D. Schleiminger Mettler, in: Niggli/Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3e éd., Bâle 2013, Art. 261^{bis} n^o 32.

¹⁵ Stratenwerth/Wohlens, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3e éd., Berne 2013, Art. 261^{bis} n^o 2; ATF 124 IV 124.

¹⁶ D. Schleiminger Mettler, in: Niggli/Wiprächtiger (éd.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3e éd., Bâle 2013, Art. 261^{bis} n^o 36; ATF 140 IV 102.

Comme pour le par. 1, l'infraction doit être commise publiquement et intentionnellement.

Par. 3

Est punissable, en vertu du par. 3, celui qui organise ou encourage des actions de propagande ou y prend part, dans le dessein d'inciter publiquement à la haine ou à la discrimination ou de propager publiquement une idéologie discriminante. Il y a participation lorsque l'auteur soutient activement une action de propagande. Le simple fait d'être présent comme spectateur à une telle action n'est pas suffisant. La possession ou l'importation de matériel de propagande à des fins d'usage personnel uniquement n'est pas non plus punissable.

Il n'est pas nécessaire que la préparation et la participation aient lieu publiquement¹⁷. L'auteur doit avoir agi avec intention.

Par. 4

L'infraction du par. 4 peut aussi se réaliser de deux manières : est punissable celui qui, de quelque manière, rabaisse ou discrimine une personne ou un groupe en raison de sa race, son appartenance ethnique ou sa religion. Le rabaissement ou la discrimination peuvent se réaliser par la parole, l'écriture, le geste, des voies de fait ou de toute autre manière. Le fait de s'adresser à des tiers est suffisant¹⁸.

L'auteur doit agir « d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine ». Les termes « cochon d'étranger », « requérant d'asile de merde » et autres associés à des nationalités, des ethnies, des races ou des communautés religieuses sont, en tout cas aussi longtemps qu'ils sont dirigés contre une personne concrète, compris par des tiers moyens non avertis 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. Ils ne remplissent ainsi pas les éléments constitutifs de l'infraction à l'art. 261^{bis}, par. 4, 1^{re} moitié, CP ici en cause¹⁹.

L'infraction doit être commise publiquement (voir explications dans le commentaire du par. 1) et intentionnellement. Concernant ce second aspect, il suffit que l'auteur accepte que ses propos ou son comportement puissent être interprétés comme racistes²⁰.

La 2^e partie du par. 4 concerne la remise en question et la justification de crimes contre l'humanité attestés. On pense en premier lieu à la minimisation, voire la négation, de l'holocauste²¹.

L'auteur doit avoir agi intentionnellement. Il doit aussi avoir eu l'intention, par la négation, la minimisation ou la justification de génocides, de rabaisser ou discriminer autrui en raison de sa race, son ethnie ou sa religion²².

¹⁷ Stratenwerth/Wohlens, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3e éd., Berne 2013, Art. 261^{bis} n° 11.

¹⁸ ATF 126 IV 25

¹⁹ ATF 140 IV 67, 73

²⁰ ATF 133 IV 312

²¹ D. Schleiminger Mettler, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3e éd., Bâle 2013, Art. 261^{bis} n° 58.

²² Stratenwerth/Wohlens, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3e éd., Berne 2013, Art. 261^{bis} n° 11.

Le 15 octobre 2015, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé, dans l'affaire Perinçek, que la Suisse avait violé la liberté d'expression (art. 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 [CEDH]²³) dans son application de l'art. 261^{bis}, par. 4, CP. La Cour n'a cependant pas remis en question la compatibilité de l'art. 261^{bis} CP avec l'art. 10 CEDH, mais s'est uniquement prononcée sur son application dans le cas d'espèce²⁴.

Par. 5

Est punissable celui qui refuse à une personne ou à un groupe de personnes, en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse, une prestation destinée à l'usage public qu'il est supposé offrir. Une prestation destinée à tout le monde ne peut être refusée en raison de la race, de l'ethnie ou de la religion du demandeur. Si une prestation est dès le départ destinée à un groupe de personnes restreint, le par. 5 s'applique s'il n'y a pas de raisons objectives à cette restriction et que celle-ci vise à contourner l'interdiction de la discrimination. Si la restriction repose sur des motifs objectifs, les conditions de l'infraction ne sont pas remplies²⁵.

L'infraction du par. 5 doit être réalisée intentionnellement, mais non nécessairement en public.

Par. 6

La sanction encourue pour toutes ces infractions est une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire.

2.1.2 Autres dispositions visant à protéger contre les discriminations

L'art. 8, al. 2, de la Constitution (Cst.)²⁶ prévoit que nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique. La liste n'est pas exclusive. La doctrine et la jurisprudence dominantes considèrent que le critère du mode de vie²⁷ englobe l'orientation sexuelle (hétérosexualité, homosexualité ou bisexualité ; voir ch. 2.2) et celui du sexe (intersexualité et transsexualité ; voir ch. 2.2), l'identité de genre²⁸.

²³ **RS 0.101**

²⁴ Rapport du 2 février 2016 de l'Office fédéral de la justice sur la mise en œuvre de l'arrêt dans l'affaire Perinçek contre Suisse à l'intention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (Bilan d'action, Perinçek contre Suisse (Grande Chambre, arrêt du 15 octobre 2015 ; disponible à l'adresse : www.coe.int/fr/web/execution > Affaires > Communications > Suisse > Affaire Perinçek c. Suisse (27510/08) > DD(2016)157 - Communication des autorités suisses - Bilan d'action - 04.02.2016.

²⁵ D. Schleiminger Mettler, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3e éd., Bâle 2013, Art. 261^{bis} n° 75a.

²⁶ **RS 101**

²⁷ R. Schweizer, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3e éd., Zurich 2014, Kommentar zu Art. 8 BV, n° 75.

²⁸ Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4e éd., Berne 2008, p. 737.

Le droit pénal définit plusieurs infractions pouvant s'appliquer aux actes de haine et de discrimination commis à l'endroit de personnes LGBTI, sans que les actions réprimées soient en lien avec l'orientation ou l'identité de genre. On pense notamment aux délits contre l'honneur (art. 173 ss CP)²⁹. L'art. 177 (injure) punit quiconque attaque autrui dans son honneur par la parole, l'écriture, l'image, le geste ou par des voies de fait : par exemple, celui qui attaque une personne en usant de termes injurieux en lien avec son orientation sexuelle pourra, sur plainte, être puni d'une peine pécuniaire de 90 jours-amende au plus. Peuvent aussi être utilisés dans ce contexte les art. 173 sur la diffamation, 174 sur la calomnie, 180 sur les menaces³⁰, 198 sur les désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel ou encore 122 ss sur les lésions corporelles.

Précisons que les art. 173 ss CP relatifs aux délits contre l'honneur protègent l'honneur personnel de particuliers ou d'un groupe de particuliers précis. Les propos doivent donc viser des personnes concrètes. Seules celles-ci ont la qualité de victime et peuvent porter plainte pour atteinte à leur honneur. Les communautés sans personnalité juridique ne peuvent, dans ce contexte, avoir un honneur propre. Des propos lésants dirigés contre une telle communauté ne peuvent porter atteinte à l'honneur de certains de ses membres concrets que si le groupe visé est suffisamment petit pour que l'on puisse considérer que les propos les visaient personnellement³¹. Les dispositions sur les délits contre l'honneur ne peuvent être utilisées en cas de propos rabaisants ou discriminants visant une communauté entière. Les associations ne sont en outre pas habilitées à porter plainte³².

Les art. 28 ss du code civil du 10 décembre 1907 (CC)³³ protègent contre les atteintes à la personnalité. Si une personne subit une atteinte à sa personnalité du fait de son orientation sexuelle ou de son identité de genre, elle peut requérir du juge qu'il l'interdise, la fasse cesser ou en constate le caractère illicite, si le trouble qu'elle crée subsiste³⁴. Elle peut également demander le droit de répondre si l'atteinte a été causée par des médias³⁵. La presse n'a par exemple pas le droit de révéler des informations (vraies) relevant de la sphère secrète ou privée d'une per-

²⁹ Arrêt du TF 6B_562/2011 du 5 décembre 2011 : conditions de l'art. 173, al. 1, CP remplies du fait qu'un homme a été menacé d'être dénoncé comme homosexuel auprès de sa famille et de son entourage professionnel.

³⁰ Arrêt du TF 6B_351/2007 du 9 novembre 2007 : conditions de l'art. 180 CP remplies du fait que, par téléphone, un homme a été traité de pédé à boucle d'oreille et menacé de se faire arracher ladite boucle.

³¹ Riklin, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3e éd., Bâle 2013, remarques préliminaires à l'art. 173 n° 52 ; arrêt du TF 6B_361/2010 du 1er novembre 2010.

³² Voir art. 31 CP; arrêt du TF 6B_361/2010 du 1er novembre 2010.

³³ RS 210

³⁴ Art. 28a CC

³⁵ Art. 28g CC

sonne homosexuelle si celle-ci se retrouve rabaisée de manière illicite parce que les informations ont été présentées de manière inutilement lésante³⁶.

2.1.3 Recommandations

En exécution du postulat Martin Naef 12.3543 « Rapport sur le droit à la protection contre la discrimination », le Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH) a été chargé de rédiger une étude sur l'accès à la justice en cas de discrimination en Suisse. L'étude du CSDH se penche, entre autres sujets, sur les discriminations touchant les personnes LGBTI. Le rapport du Conseil fédéral « Droit à la protection contre la discrimination », du 25 mai 2016, fait la synthèse des résultats de l'étude et des recommandations du CSDH. Concernant les personnes LGBTI, le CSDH recommande explicitement d'étendre le domaine de protection de l'art. 261^{bis} CP afin de rendre punissable le dénigrement ou le rabaissement en public de personnes en raison de leur orientation sexuelle.

Ces dernières années, les organes internationaux de défense des droits de l'homme se sont engagés pour les droits des personnes LGBTI et ont adressé aux États des recommandations. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a par exemple, dans sa recommandation du 31 mars 2010 « CM/Rec(2010)5, Mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre », invité les États membres à « prendre les mesures appropriées afin de combattre toutes les formes d'expression [...] pouvant raisonnablement être comprises comme susceptibles d'inciter, de propager ou de promouvoir la haine ou d'autres formes de discrimination à l'égard des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres. Ces « discours de haine » devraient être prohibés et condamnés publiquement en toute occasion »³⁷.

Le Conseil fédéral a en outre décidé le 29 avril 2015 d'approuver la Déclaration d'intention de La Valette élaborée par un groupe de pays membres du Conseil de l'Europe et approuvée par 18 d'entre eux. Ce texte confirme l'engagement pris dans le cadre de la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. La Déclaration entend compléter la Recommandation de 2010 en étendant expressément la protection due aux personnes intersexuées et en combattant toute forme d'exclusion sociale liée à la non-conformité aux stéréotypes de genre.

Dans le cadre du deuxième examen périodique universel du Conseil des droits de l'homme de l'ONU, recommandation a été donnée à la Suisse de prendre les mesures nécessaires pour renforcer les dispositions du code pénal sur les discours haineux afin d'inclure, en plus de la haine à caractère racial, religieux ou basée sur l'origine de l'individu, des facteurs tels que la langue, la couleur de peau, le sexe, les

³⁶ ATF 126 II 305 ; arrêt du TF 5A_376/2013 du 29 octobre 2013 : confirmation que Blick a porté atteinte à l'honneur du chanteur Michael von der Heide. Suite à la défaite du chanteur au Concours Eurovision de la chanson, Blick avait publié un photomontage représentant la tête de Michael von der Heide sur le corps de Lena Meyer, la gagnante, accompagné d'un jeu de mots douteux en allemand. Le TF a confirmé qu'il y avait eu atteinte à la personnalité : Michael von der Heide étant un homosexuel notoire, le montage du Blick était humiliant du fait qu'il y était représenté comme une « folle ».

³⁷ Recommandation, ch. 6.

déficiences mentales ou physiques, l'orientation sexuelle ou d'autres raisons similaires, ou d'adopter une loi fédérale protégeant contre toutes les formes de discrimination, y compris les discriminations en raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre. La Suisse a rejeté cette recommandation en invoquant qu'elle se conformait à ses obligations internationales³⁸. Le Comité des droits de l'enfant de l'ONU s'est lui aussi adressé directement à la Suisse dans ses observations finales de 2015. Il recommande d'amplifier les efforts tendant à encourager une culture de la tolérance et du respect mutuel et d'adopter une législation complète contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, et d'inscrire ces motifs de discrimination dans l'art. 261^{bis} CP³⁹. On trouve la même recommandation dans le cinquième rapport de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), du 19 juin 2014, qui invite les autorités suisses à « adopter une législation complète pour lutter contre la discrimination pour les motifs de l'orientation sexuelle et de l'identité du genre et d'inclure ces motifs à l'art. 261^{bis} CP »⁴⁰.

2.2 La nouvelle réglementation proposée

La commission propose de compléter l'art. 261^{bis} CP par les critères « orientation sexuelle » et « identité de genre ».

Par orientation sexuelle, on entend la capacité qu'a chacun de ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers des individus de sexe opposé (hétérosexuel), de même sexe (gai, lesbienne) ou de plus d'un sexe (bisexuel), et d'entretenir des relations intimes et sexuelles avec ces individus⁴¹.

Cette notion est distincte de celle de préférence sexuelle, qui est un terme générique pour les prédilections, penchants, souhaits et fantasmes qui peuvent s'exprimer par le biais de comportements sexuels particuliers. Ces préférences peuvent porter sur des types particuliers de pratiques, de partenaires, d'objets ou sur un sexe en particulier. Le terme est aussi employé pour les prédilections ou penchants qui peuvent être considérés comme s'éloignant d'une norme. Les préférences sexuelles pathologiques sont qualifiées de perversions (comme le sadomasochisme, le fétichisme ou la pédophilie).

L'identité de genre est comprise comme faisant référence à l'expérience intime et personnelle de son sexe profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autres) et d'autres expressions du sexe, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire⁴². Transsexualité et intersexualité ne correspondent pas à une orientation sexuelle, mais à une identité de genre.

³⁸ Réponse de la Suisse concernant les recommandations de l'EPU du 27 février 2013, p. 10.

³⁹ Recommandation, ch. 25.

⁴⁰ Recommandation, ch 19 et 78.

⁴¹ Les Principes de Jogjakarta, Fondation Hirschfeld-Eddy, p. 11, note de bas de page 1.

⁴² Les Principes de Jogjakarta, Fondation Hirschfeld-Eddy, p. 11, note de bas de page 2.

Le terme d'identité sexuelle est par contre utilisé de manière beaucoup moins unifiée. Il désigne l'identité fondée sur l'orientation sexuelle d'une personne. Il se réfère à l'individu et décrit la manière dont la personne se définit elle-même, alors que l'orientation sexuelle est dirigée vers une autre personne et définit l'intérêt durable d'une personne pour le sexe d'un partenaire potentiel. Certains pensent que l'identité sexuelle correspond à la définition qu'une personne a fondamentalement d'elle-même, de ce qu'elle est en tant qu'être sexué, comment elle se perçoit et comment elle est perçue par les autres. Ils supposent que le terme englobe aussi bien la définition de son propre sexe (biologique, psychique et social) que l'orientation sexuelle. Cette définition de l'identité sexuelle couvre aussi bien les hommes et les femmes homosexuels que les personnes hétérosexuelles, bisexuelles, transsexuelles ou intersexuées. Souvent, le terme d'identité sexuelle est également utilisé comme synonyme d'orientation sexuelle, excluant les phénomènes de la transsexualité et de l'intersexualité.

La commission est d'avis qu'il faut étendre le champ d'application de l'art. 261^{bis} CP non seulement aux personnes ou groupes de personnes victimes d'actes de haine ou de discrimination en raison de leur orientation sexuelle (hétérosexualité, homosexualité ou bisexualité), mais aussi aux personnes et groupes de personnes visées parce qu'elles sont transsexuelles⁴³ ou intersexuées⁴⁴. Parce que ces dernières sont souvent confrontées aux mêmes actes haineux ou discriminatoires que les homosexuels et les bisexuels. De plus, les ordres juridiques étrangers qui prévoient une infraction pénale pour discrimination en raison de l'orientation sexuelle punissent également la discrimination en raison de l'identité de genre ou du sexe (voir ch. 2.3). Et les recommandations évoquées au ch. 2.1.3 demandent une protection contre la discrimination à raison de ces deux critères. Il ne faut cependant pas négliger le fait que le code pénal évoque et protège alors explicitement des biens qui ne sont mentionnés qu'implicitement à l'art. 8, al. 2, de la Constitution fédérale, sous les termes de « sexe » et de « mode de vie ». Les normes antiracisme contenues dans le CP et le CPM ne punissent pour leur part que les discriminations explicites au sens de l'art. 8, al. 2, Cst.

Les par. 1 à 5 de l'art. 261^{bis} CP ne doivent quant à eux pas être modifiés. Ni la peine privative de liberté de trois ans au plus ou la peine pécuniaire encourue.

Les compléments apportés au CP doivent aussi l'être au CPM.

⁴³ Le terme transsexuel qualifie les personnes dont l'identité de genre diffère du sexe biologique qui leur a été assigné à la naissance. Ces personnes viennent au monde avec un corps clairement masculin ou féminin, mais se considèrent comme étant de l'autre sexe, se situant entre les deux sexes ou présentant des éléments de l'un et l'autre sexe. Elles sont confrontées à un décalage entre leur l'identité de genre et leur sexe officiel, et peuvent être d'orientation homosexuelle ou hétérosexuelle (Hammarberg, 2011, p. 132, traduit de l'allemand).

⁴⁴ Le terme intersexué ou « troubles du développement sexuel » (DSD en anglais) fait référence à un état dans lequel un individu est né avec une anatomie reproductrice ou sexuelle et/ou un schéma chromosomique qui ne semble pas correspondre aux notions biologiques typiques de féminin ou masculin. Ces états peuvent être apparents à la naissance, peuvent le devenir à la puberté ou peuvent n'être découverts que lors d'un examen médical (Principes directeurs du HCR sur la protection internationale no 9, p. 8).

2.3 Comparaison avec le droit étranger

Plusieurs pays européens ont déjà adopté des dispositions pénales punissant les appels à la haine, à la violence ou à la discrimination en raison de l'orientation sexuelle.

En Autriche, l'art. 283 du code pénal punit l'incitation à la haine (Verhetzung). La peine encourue est la privation de liberté pour deux ans au plus⁴⁵. L'art. 283 du code pénal autrichien protège les membres d'Églises ou de communautés religieuses, ainsi que les personnes ou groupes de personnes pouvant être définies selon les critères suivants : race, couleur de peau, langue, convictions religieuses ou philosophiques, nationalité, origine, appartenance ethnique, sexe, handicap physique ou mental, âge et orientation sexuelle. Les critères de la couleur de la peau, de la langue, des convictions philosophiques, du sexe, du handicap, de l'âge et de l'orientation sexuelle ont été intégrés dans l'art. 283 au 1er janvier 2012⁴⁶. Sont punis d'une part les propos visant à inciter à la violence ou à la haine contre certaines personnes ou certains groupes de personnes et, d'autre part, les propos visant à dénigrer certaines personnes ou certains groupes de personnes. Les propos tenus doivent avoir pour but de faire considérer par des tiers comme sans valeur ou indignes les personnes qui en sont la cible. L'incitation à la haine ne peut être que publique, c'est-à-dire qu'elle doit être perceptible par au moins 30 personnes (« un grand nombre de personnes »). Si elle est perceptible par plus de 150 personnes (« un large public »), les peines applicables sont plus sévères⁴⁷.

En France, l'art. 225, al. 1 à 4, du code pénal interdit toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Aux Pays-Bas⁴⁸ et au Danemark⁴⁹, pour citer d'autres exemples, les discriminations à raison de l'orientation sexuelle ont été assimilées à la discrimination raciale et sont également punissables.

⁴⁵ Les peines varient pour les infractions ou infractions qualifiées définies aux par. 2 à 4.

⁴⁶ Une nouvelle version de l'art. 283 du code pénal autrichien est entrée en vigueur le 1er janvier 2016. Si la liste des personnes et groupes de personnes protégés est restée inchangée, le texte précise désormais explicitement que le groupe protégé peut être défini aussi bien de manière positive que de manière négative. L'incitation à la haine contre les « étrangers » ou les « mécréants » entre ainsi également dans le champ d'application de l'art. 283 du code pénal autrichien.

⁴⁷ Art. 283, al. 2, du code pénal autrichien ; la peine encourue est la privation de liberté pour trois ans au plus

⁴⁸ Art. 137d du code pénal des Pays-Bas

⁴⁹ Art. 266b du code pénal du Danemark

3 Commentaire des dispositions

3.1 Code pénal

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

Les critères de la race, de l'ethnie et de la religion figurant aux par. 1 à 5 en vigueur sont à compléter par ceux de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre. En conséquence, le par. 2 doit être adapté au plan linguistique. Les modifications ont pour effet que les actes haineux ou discriminatoires commis envers des personnes LGBTI tombent sous le coup de l'art. 261^{bis} AP-CP. Les déclarations discriminatoires et les actes haineux visant des préférences sexuelles pathologiques telles que la pédophilie n'entrent pas en revanche dans le champ d'application de la norme proposée (voir ch. 2.2).

L'allongement de la liste des critères retenus rend le titre marginal de l'art. 261^{bis} CP (discrimination raciale) trop étroit. C'est pourquoi il faut le modifier en l'intitulant « Discrimination et incitation à la haine ».

Pour le reste, l'art. 261^{bis} CP est largement inchangé. Les infractions visées restent les mêmes. On peut donc se référer aux explications concernant le droit en vigueur, au ch. 2.1.1. Il faut seulement noter, de manière générale, que l'art. 261^{bis} AP-CP ne punit toujours les déclarations discriminatoires, et en particulier homophobes, que si elles sont faites publiquement et qu'elles rabaisent les personnes auxquelles elles s'adressent d'une manière contraire à la dignité humaine (cf. ch. 2.1.1). La liberté d'expression conserve donc toute sa valeur.

La sanction prévue au par. 6 - une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire - reste elle aussi inchangée. Enfin, les infractions à l'art. 261^{bis} AP-CP restent poursuivies d'office : les autorités de poursuite pénale doivent donc intervenir dès qu'elles ont connaissance d'actes de haine et de discriminations à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre. Les associations continuent par contre d'être privées de la qualité de partie et de voies de recours. Le droit pénal et la procédure pénale en vigueur ne reconnaissent pas la qualité pour agir des organisations, le Ministère public agissant en tant qu'autorité chargée de défendre les droits collectifs généraux et de mener d'office l'action pénale.

3.2 Code pénal militaire

Art. 171c Discrimination et incitation à la haine

Cette disposition a la même teneur, dans le droit en vigueur, que l'art. 261^{bis} CP. Pour préserver cette homogénéité, les modifications proposées à l'art. 261^{bis} AP-CP concernent également l'art. 171c.

4 Conséquences en matière de finances et de personnel

Les modifications proposées n'ont aucune conséquence en matière de finances et de personnel.

5 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Les modifications proposées sont compatibles avec les obligations internationales de la Suisse.

6 Base légale

6.1 Constitutionnalité et légalité

Le projet repose sur l'art. 123, al. 1, Cst., en vertu duquel la législation en matière de droit pénal et de procédure pénale relève de la compétence de la Confédération.

6.2 Délégation de compétences législatives

Le projet ne contient aucune délégation de compétences législatives.

6.3 Forme de l'acte à adopter

Le projet consiste dans une révision de lois fédérales.