



Berne, le 14 décembre 2017

13.407

Initiative parlementaire

Lutter contre les discriminations basées sur l'orientation sexuelle

Synthèse des résultats de la procédure de consultation

Table des matières

1	Introduction	3
2	Résumé des résultats	4
2.1	Appréciation générale de l'avant-projet	4
2.2	Approbation sans réserves	4
2.3	Approbation avec réserves quant à la portée pratique	5
2.4	Approbation avec propositions supplémentaires	5
2.4.1	Extension du champ d'application à d'autres critères de discrimination	5
2.4.1.1	Le sexe	5
2.4.1.2	L'expression de genre	6
2.4.1.3	Les caractères sexuels	6
2.4.1.4	Le handicap	6
2.4.1.5	Toutes les formes de discrimination	6
2.4.2	Précision des éléments constitutifs	6
2.4.2.1	La notion d'orientation sexuelle	6
2.4.2.2	La notion d'identité de genre	7
2.4.2.3	La notion de publicité	7
2.4.2.4	L'intention	7
2.4.2.5	Le refus d'une prestation destinées à l'usage public	8
2.4.3	Rapport explicatif	8
2.4.3.1	Identité sexuelle	8
2.4.3.2	Transidentité et intersexuation	8
2.4.3.3	Préférences sexuelles pathologiques	9
2.4.3.4	Conséquences en matière de finances et de personnel	9
2.4.4	Autres propositions	9
2.4.4.1	Création d'une norme distincte	9
2.4.4.2	Qualité pour agir des associations	9
2.4.4.3	Loi générale sur l'égalité, autres mesures législatives, administratives et autres	9
2.4.4.4	Monitoring et recensement statistique	10
2.4.4.5	Adaptation des tâches de la Commission fédérale contre le racisme (CFR)	10
2.5	Rejet de l'avant-projet	10
2.5.1	Problèmes de mise en œuvre	10
2.5.2	Inutilité de la nouvelle norme pénale	11
2.5.3	Défense de la liberté d'opinion et d'information	11
2.5.4	Défense de la liberté de conscience et de croyance	11
2.5.5	Défense de la liberté de la science	12
2.5.6	Défense de la paix publique	12
2.5.7	Inadéquation du critère de l'orientation sexuelle	12
2.5.8	Inadéquation du critère de l'identité de genre	13
3	Liste des participants à la consultation	14
3.1	Kantone / Cantons / Cantoni	14
3.2	Parteien / Partis politiques / Partiti politici	14
3.3	Betroffene Kreise / Milieux concernés / Ambienti interessati	15

1 Introduction

L'initiative parlementaire Reynard 13.407 « Lutter contre les discriminations basées sur l'orientation sexuelle » vise à inscrire la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle au nombre des comportements réprimés par l'art. 261^{bis} du code pénal (CP). La Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) a décidé de lui donner suite le 21 février 2014. Suite au refus, le 3 juillet 2014, de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (CAJ-E) d'approuver cette décision, la CAJ-N a proposé au Conseil national, le 13 novembre 2014, de donner suite à l'initiative, ce que celui-ci a fait le 11 mars 2015. La CAJ-E s'est ralliée à cette décision le 23 avril 2015. En date du 17 mars 2017, le Conseil national a prolongé jusqu'à la session de printemps 2019 le délai imparti pour traiter l'initiative.

Convaincue que les personnes transidentitaires ou intersexuées sont souvent victimes de crimes de haine et de discriminations au même titre que les personnes homosexuelles ou bisexuelles, la CAJ-N a décidé d'élaborer un avant-projet allant au-delà de ce que réclame l'initiative en complétant l'art. 261^{bis} CP non seulement par le critère de « l'orientation sexuelle » (hétérosexualité, homosexualité et bisexualité), mais aussi par celui de « l'identité de genre » (transidentité et intersexuation).

La procédure de consultation a été ouverte le 16 juin 2017 et a duré jusqu'au 9 octobre 2017.

Ont été invités à participer : les cantons, la Conférence des gouvernements cantonaux, les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale, les associations faîtières des communes, des villes et des régions de montagne qui œuvrent au niveau national, les associations faîtières de l'économie actives au niveau national, les Universités disposant d'une Faculté de droit, ainsi que 23 autres organisations et institutions concernées par l'avant-projet.

Parmi les destinataires consultés, 45 se sont exprimés, dont 3 pour renoncer expressément à une prise de position matérielle (Union patronale suisse, Association des communes suisses, Association suisse des Magistrats de l'ordre judiciaire). Les autres réponses reçues se composent de :

- 22 prises de position de la part des cantons : AG, AR, BE, BL, BS, FR, GL, GR, JU, LU, NE, NW, OW, SG, SH, SO, SZ, TG, TI, VD, ZG, ZH ;
- 6 prises de position émanant de partis politiques : le parti bourgeois-démocratique (PBD), les libéraux-radicaux (PLR), le parti socialiste suisse (PS), les verts (PES), les vert'libéraux Suisse (PVL), l'union démocratique du centre (UDC) ;
- 1 prise de position des associations faîtières des communes, villes et régions de montagne : Union des Villes suisses (UVS) ;
- 3 prises de position de la part des associations faîtières de l'économie : l'Union suisse des arts et métiers (USAM), Travail.Suisse, l'Union syndicale suisse (USS) ;
- 10 prises de position d'organisations et institutions : Amnesty International, Centre patronal (CP), Conférence des procureurs de Suisse (CPS), Juristes démocrates de Suisse (JDS), Milchjugend, Organisation suisse des lesbiennes (LOS), Pink Cross, Transgender Network Switzerland (TGNS), Université de Lausanne (UNIL), ZwischenGeschlecht.org.

En outre, 20 autres organisations, institutions et personnes intéressées se sont prononcées spontanément sur le projet : Ministère public de la Confédération (MPC), Commission fédérale pour l'enfance et la jeunesse (CFEJ), Commission fédérale pour la santé sexuelle (CFSS), Conférence suisse des délégués à l'égalité entre femmes et hommes (CSDE), Aide suisse contre le sida, Business & professional women Switzerland (BPW), Conseil suisse

des activités de jeunesse (CSAJ), Femmes juristes Suisse (JuCH), humanrights.ch, Freikirchen.ch, « Freundinnen, Freunde, Eltern von Lesben und Schwulen » (FELS), Homosexuelle Arbeitsgruppen Bern (HAB), Jugend & Familie, Network – gay leadership (Network), Santé sexuelle Suisse, Union démocratique fédérale (UDF), up!schweiz, Vogay, Zukunft CH, Werlen Mirjam.

2 Résumé des résultats

2.1 Appréciation générale de l'avant-projet

10 participants à la procédure de consultation s'opposent à l'avant-projet, tandis que 55 participants le soutiennent. Parmi ceux-ci, 19 l'approuvent sans réserve, tandis que 2 émettent des réserves quant à ses effets pratiques et 34 proposent de l'amender ou de le compléter, relèvent ses points faibles ou encore réclament certaines adaptations du rapport explicatif.

2.2 Approbation sans réserves

19 participants à la procédure de consultation approuvent l'avant-projet sans réserve :

- 8 cantons : BL, JU, OW, SH, SO, TG, TI, ZG ;
- 2 partis politiques : PBD, PES ;
- 1 organisation faîtière de l'économie : Travail.Suisse ;
- 8 organisations et institutions : CFEJ, CFSS, MPC, Amnesty International, JuCH, FELS, HAB, UNIL.

Plusieurs participants saluent le fait que l'avant-projet va au-delà du texte de l'initiative parlementaire en incluant la notion d'identité de genre¹ et qu'il comble une lacune dans la protection pénale des victimes de discriminations prohibées par l'art. 8, al. 2, Cst.² Le droit en vigueur n'offre en effet aucune protection contre les appels publics à la haine et à la violence tels que l'exigence de la peine de mort pour les homosexuels, ce qui constitue une justification pour les auteurs de tels actes³. Or, une protection pénale est absolument nécessaire à la lutte contre les discriminations toujours plus nombreuses qui sont fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre⁴. Ces discriminations touchent particulièrement les enfants et les adolescents : le risque de suicide est 2 à 5 fois plus élevé chez les jeunes femmes et hommes homosexuels que chez les jeunes hétérosexuels⁵. Elles touchent également de près les parents, amis et proches des victimes⁶. Elles restent en particulier trop élevées dans le monde du travail⁷. L'avant-projet permettra de mettre en œuvre les recommandations du Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)⁸, du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, ainsi que de l'Organisation des Nations unies (ONU), et de placer ainsi la Suisse au niveau des autres pays européens qui ont déjà adopté des dispositions similaires⁹.

¹ CFSS, PES

² BL, CFEJ, JU, SO

³ HAB

⁴ PBD

⁵ CFEJ

⁶ FELS

⁷ Travail.Suisse

⁸ Rapport « Accès à la justice en cas de discrimination » réalisé en juillet 2015 sur mandat du Conseil fédéral en exécution du postulat Naef 12.3543 « Rapport sur le droit à la protection contre la discrimination ».

⁹ TI, ZG

2.3 Approbation avec réserves quant à la portée pratique

Deux participants¹⁰ approuvent l'avant-projet tout en émettant des réserves concernant sa portée.

Selon eux, il ne faut en effet pas trop en attendre, dans la mesure où le nombre de procédures pénales ouvertes en application du droit en vigueur demeure restreint et qu'il n'existe aucune raison de penser que l'extension proposée modifiera fondamentalement cela. L'effet préventif de la nouvelle norme sera donc limité.

2.4 Approbation avec propositions supplémentaires

2.4.1 Extension du champ d'application à d'autres critères de discrimination

24 participants approuvent l'avant-projet mais déplorent le fait que la protection pénale contre la discrimination demeure lacunaire. Ils réclament dès lors l'ajout de critères supplémentaires de discrimination :

- 8 cantons : AR, BE, BS, GR, NE, NW, VD, ZH ;
- 1 parti politique : PS ;
- 1 association faîtière des communes, villes et régions de montagne : UVS ;
- 1 organisation faîtière de l'économie : USS ;
- 13 organisations et institutions : Aide suisse contre le sida, BPW, CSAJ, CSDE, humanrights.ch, JDS, LOS, Network, Pink Cross, Santé sexuelle Suisse, TGNS, Vogay, Zwischengeschlecht.org.

2.4.1.1 Le sexe

La plupart des participants¹¹ réclament l'extension de l'avant-projet au critère du sexe expressément énoncé à l'art. 8, al. 2, Cst. Les appels à la haine et à la violence, ainsi que les propos discriminatoires portant atteinte à la dignité humaine continuent d'être proférés, en particulier à l'encontre des femmes¹². Il est ainsi notamment possible, de manière largement impunie, de faire des blagues douteuses sur les femmes et d'écrire des chansons faisant l'apologie de la violence à l'encontre de ces dernières¹³. Or, le 16 juin 2017, l'Assemblée fédérale a approuvé la convention du Conseil de l'Europe du 11 mai 2011 sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (convention d'Istanbul) et autorisé le Conseil fédéral à la ratifier. Par cette convention, les Etats s'obligent notamment à prendre les mesures législatives et autres nécessaires pour prévenir, poursuivre et éliminer la violence à l'égard des femmes¹⁴. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe recommande par ailleurs à ses membres de réprimer le sexisme de la même manière que le racisme¹⁵. En outre, la Suisse a ratifié en 1997 déjà la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes¹⁶.

Deux participants estiment que renoncer à une telle extension reviendrait à envoyer un mauvais signal politique selon lequel les comportements sexistes méritent moins d'être sanction-

¹⁰ AG, GL

¹¹ AR, BE, BS, GR, NE, NW, VD, ZH, USS, UVS, CSDE, Aide suisse contre le sida, BPW, Humanrights.ch, LOS, Pink Cross, Santé sexuelle Suisse, Vogay

¹² BE, ZH, PS, UVS, BPW, CSDE, LOS, Pink Cross, Santé sexuelle Suisse

¹³ BPW

¹⁴ BE, BS, NE, ZH, PS, UVS, CSDE, Aide suisse contre le sida, Humanrights.ch, LOS

¹⁵ PS, Aide suisse contre le sida, LOS

¹⁶ BS, ZH, PS, CSDE

nés pénalement que la discrimination fondée sur la race, l'orientation sexuelle ou l'identité de genre¹⁷.

Un participant est d'avis que la notion d'identité de genre englobe le critère du sexe et permet donc de réprimer les comportements sexistes sans mention précise de ce critère¹⁸.

2.4.1.2 L'expression de genre

L'expression de genre se réfère aux attributs externes (comportement, gestuelle, apparence) par lesquels les individus expriment leur genre ou selon lesquels leur genre est perçu par les autres. Un participant¹⁹ propose de compléter l'avant-projet avec ce critère afin de protéger les individus contre les discriminations indépendantes de leur orientation sexuelle (hétérosexualité, bisexualité ou homosexualité), leur sexe (mâle, femelle ou intersexe) ou leur identité de genre (sentiment personnel d'être un homme, une femme ou sans genre). Seraient ainsi protégés, par exemple, les hommes hétérosexuels discriminés parce qu'on les croit à tort homosexuels en raison de leur attitude perçue comme efféminée ou, à l'inverse, les femmes hétérosexuelles perçues comme trop masculines et discriminées en raison de leur supposée homosexualité.

2.4.1.3 Les caractères sexuels

Huit participants²⁰ saluent la volonté de l'avant-projet d'inclure les personnes intersexuées dans la protection pénale tout en constatant que le texte légal proposé ne permet pas d'atteindre cet objectif, car les variantes du développement sexuel ne correspondent ni à la notion d'orientation sexuelle ni à celle d'identité de genre. Ils réclament dès lors l'ajout de la notion « caractères sexuels » (« Geschlechtsmerkmale »). En effet, les caractères sexuels corporels (parties génitales, organes reproducteurs, tractus génital, chromosomes, hormones et autres caractères sexuels secondaires) des personnes intersexuées ne correspondent pas aux normes médicales « femelle » (« weiblich ») ou « mâle » (« männlich »).

2.4.1.4 Le handicap

Trois participants²¹ demandent que le champ d'application de l'avant-projet soit étendu aux discriminations fondées sur un handicap physique ou mental.

2.4.1.5 Toutes les formes de discrimination

Deux participants²² estiment souhaitable de reformuler l'avant-projet pour en faire une norme pénale générale contre la diffamation, les discours de haine, la propagande haineuse et les discriminations.

2.4.2 Précision des éléments constitutifs

2.4.2.1 La notion d'orientation sexuelle

Pour deux participants²³, la notion d'orientation sexuelle est trop vague et pourrait regrouper des préférences sexuelles pathologiques comme la pédophilie ou la gérontophilie. L'un d'eux²⁴ propose donc de la préciser de la manière suivante : « orientation hétéro, homo ou bisexuelle ». Le second²⁵ propose de l'abandonner au profit de celle de « discrimination en

¹⁷ Aide suisse contre le sida, LOS

¹⁸ PS

¹⁹ Vogay

²⁰ PS, CSAJ, JDS, Network, Pink Cross, Santé sexuelle Suisse, TGNS, Zwischengeschlecht.org

²¹ AR, ZH, JDS

²² NW, Humanrights.ch

²³ FR, CPS

²⁴ FR

²⁵ CPS

raison de l'hétérosexualité, de l'homosexualité ou de la bisexualité » (« Diskriminierung wegen Hetero-, Homo- oder Bisexualität »).

2.4.2.2 La notion d'identité de genre

Un participant²⁶ souligne les difficultés d'interprétation de la notion d'identité de genre. Celle-ci se manifeste en effet avant tout au moyen de processus intérieurs et non par des faits concrètement vérifiables tels que la couleur de la peau ou l'appartenance religieuse par exemple. Il est dès lors à craindre que l'interprétation de la norme conduise à une extension imprévisible et sans limite des comportements punissables, au point de ne plus avoir de rapport avec la *ratio legis* originelle, ce qui est problématique du point de vue des exigences de l'Etat de droit. A cela s'ajoute que la notion d'identité de genre n'est pas compatible avec le *numerus clausus* des identités reconnues par le droit de l'état civil, de sorte que la notion protégée pénalement constituera une contradiction par rapport à la réalité du droit civil dont les effets sont, de fait, beaucoup plus importants pour les individus.

2.4.2.3 La notion de publicité

Trois participants²⁷ souhaitent que le terme « publiquement » de l'alinéa 4 des art. 261^{bis} CP et 171c, al. 1, CPM soit précisé. Pour d'eux d'entre eux²⁸, l'extension du champ d'application de la norme ne doit pas conduire à un contrôle trop étroit des propos échangés entre individus par plaisanterie, par insouciance ou parfois de manière irréfléchie et ne doit pas avoir pour conséquence que les citoyens n'osent plus participer à des conversations en dehors du cercle familial, par peur d'une condamnation. Le terme « publiquement » devrait dès lors être clarifié pour que les laïques sachent qu'il n'englobe pas les propos tenus à la table d'un établissement public ou lors d'un voyage en train. Cela pourrait se faire, en se basant sur la jurisprudence, de la manière suivante²⁹ : « Sont publics les actes commis dans un cercle d'une certaine importance réunissant des personnes qui n'ont pas de liens personnels. Ne sont pas publics en particulier les actes qui interviennent dans un cercle familial ou d'amis » („Als öffentlich gelten Tathandlungen, welche sich an einen grösseren, durch persönliche Beziehungen nicht zusammenhängenden Kreis von Personen richten. Nicht öffentlich sind insbesondere Handlungen im privaten Freundes- und Familienbereich“).

Pour un troisième participant³⁰, la définition donnée par la jurisprudence permet des exceptions qui sont problématiques dans l'environnement connecté des médias sociaux.

2.4.2.4 L'intention

Selon deux participants³¹, il convient de souligner que seules les discriminations d'une certaine gravité doivent être prises en considération. L'un d'eux³² suggère dès lors de préciser l'alinéa 4 des art. 261^{bis} CP et 171c, al. 1, CPM en ce sens que l'auteur doit sérieusement chercher à dénigrer et consciemment le faire en public. Le second³³ propose plutôt de reformuler complètement cet alinéa de la manière suivante : « Quiconque, publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, traite 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 hétérosexualité, de leur homosexualité, de leur bisexualité ou de leur identité de genre, afin d'abaisser ou de discriminer cette personne ou ce groupe de personnes, quiconque, par de

²⁶ BS

²⁷ LU, CPS, Pink Cross

²⁸ LU, CPS

²⁹ CPS

³⁰ Pink Cross

³¹ LU, CPS

³² LU

³³ CPS

tels actes, tient une discrimination ou un dénigrement pour possibles... » (« Wer öffentlich durch Wort Schrift, Bild, Gebärden Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion, Hetero-, Homo- oder Bisexualität oder ihrer Geschlechtsidentität in einer gegen die Menschenwürde verstossender Weise behandelt, um diese Personen oder Personengruppen herabzusetzen oder zu diskriminieren, wer mit derartigen Handlungen eine diskriminierende oder herabsetzende Wirkung in Kauf nimmt (...) wird (...) bestraft. »).

2.4.2.5 Le refus d'une prestation destinées à l'usage public

Un participant³⁴ souhaite préciser l'interprétation et la portée de l'état de fait énoncé à l'art. 261^{bis}, al. 5, CP. Dans le cadre de l'exécution des peines et mesures, les détenus sont placés en fonction de leurs caractères sexuels primaires sur la base de la distinction classique « mâle » (« männlich ») et « femelle » (« weiblich »). Il n'est guère possible, pour des raisons d'organisation et de coûts, de tenir compte de l'identité de genre à court et moyen terme. Ce participant part dès lors du principe que la nouvelle norme n'impliquera pas un droit à un placement selon l'identité de genre lorsque celle-ci ne correspond pas à la définition traditionnelle du sexe. Il importe en effet d'éviter une condamnation pénale du personnel du service de l'application des peines et mesures lorsqu'il n'est pas possible de placer les personnes transidentitaires (« Transmenschen ») ou intersexuées (« Intermenschen ») séparément des autres personnes pour des raisons d'organisation ou de coûts.

2.4.3 Rapport explicatif

2.4.3.1 Identité sexuelle

Pour un participant³⁵, le terme « identité sexuelle » (« sexuelle Identität ») est utilisé à mauvais escient dans le rapport explicatif, car il fait référence à l'identité d'une personne en relation avec son orientation sexuelle et non à l'identité de genre (« Geschlechtsidentität »), ni à l'expression des caractéristiques du sexe (« Geschlechtsausdruck »), pas plus qu'aux caractères sexuels (« Geschlechtsmerkmale »). Il n'englobe donc ni les personnes transidentitaires (« Transmenschen ») ni les personnes intersexuées (« Intermenschen »).

2.4.3.2 Transidentité et intersexuation

Plusieurs participants³⁶ critiquent l'emploi, dans le rapport explicatif, des termes « transsexualité » (« Transsexualität ») et « intersexualité » (« Intersexualität »), car ils laissent à tort penser qu'ils se rapportent à l'orientation sexuelle ou à la sexualité comprise dans le sens de l'ensemble des comportements relatifs à l'instinct sexuel (désir sexuel). Ils suggèrent de remplacer le premier terme par « transidentité » (« Transidentität »), car il s'agit de définir l'état de la personne qui se sent appartenir à un sexe qui ne correspond pas à celui que les caractéristiques corporelles lui ont attribué à la naissance. Le second terme devrait quant à lui être remplacé par « intersexuation » (« Intergeschlechtlichkeit ») afin de souligner que l'on se réfère à l'aspect biologique, c'est-à-dire aux caractères propres à chaque sexe, à l'appareil génital. Une participante³⁷ propose à cet égard de parler plutôt de « variations du développement sexuel » (« Varianten der Geschlechtsentwicklung ») selon les recommandations de la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine.

³⁴ ZH

³⁵ TGNS

³⁶ BS, GR, ZH, UVS, CSDE, TGNS, Werlen Mirjam

³⁷ Werlen Mirjam

2.4.3.3 Préférences sexuelles pathologiques

Trois participants³⁸ reprochent au rapport explicatif d'exposer de manière inutile que l'avant-projet ne protège pas les déclarations discriminatoires et les actes haineux visant des préférences sexuelles pathologiques telles que la pédophilie. D'une part, en effet, cette délimitation du champ d'application est évidente. D'autre part, il est surprenant et discutable de mettre en relation l'homosexualité et la transidentité avec des troubles pathologiques selon des schémas de pensée surannés. Il est donc inutile d'en parler dans le rapport explicatif.

2.4.3.4 Conséquences en matière de finances et de personnel

Un participant³⁹ relève que la création d'une nouvelle norme pénale engendre toujours un surcroît de travail des autorités de poursuite pénale et, partant, davantage de coûts, de sorte qu'il est erroné de prétendre, dans le rapport explicatif, que les conséquences de l'avant-projet en matière de finances et de personnel sont nulles.

2.4.4 Autres propositions

2.4.4.1 Création d'une norme distincte

Plusieurs participants⁴⁰ approuvent l'avant-projet mais critiquent son intégration dans les art. 261^{bis} CP et 171c, al. 1, CPM. Ils suggèrent la création d'une norme distincte. En effet, l'extension de la norme existante risque d'entraîner une dilution et une fragilisation de la lutte contre les différentes formes de discrimination, tandis que l'élaboration d'un nouvel article permettrait au contraire de renforcer la protection des personnes concernées⁴¹. En outre, la création d'une nouvelle disposition au sein du Titre 12 de la partie spéciale du code pénal éviterait une discussion de principe enflammée sur la pertinence de l'art. 261^{bis} CP⁴².

Pour les mêmes raisons, un participant⁴³ se déclare défavorable à la modification du titre marginal des art. 261^{bis} CP et 171c, al. 1, CPM.

2.4.4.2 Qualité pour agir des associations

Deux participants⁴⁴ plaident pour la reconnaissance aux associations et organisations spécialisées du droit de se constituer parties en procédure. Cela faciliterait l'accès à la justice des personnes discriminées⁴⁵. En outre, la défense des intérêts collectifs concernés nécessite une conscience des discriminations dont sont victimes les personnes visées⁴⁶.

2.4.4.3 Loi générale sur l'égalité, autres mesures législatives, administratives et autres

Se fondant sur les recommandations du rapport du CSDH de juillet 2015⁴⁷, ainsi que sur les recommandations émises par l'ONU dans le cadre de la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de la Convention relative aux droits de l'enfant et de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, plusieurs participants⁴⁸ réclament d'autres mesures législatives, administratives et autres, en collaboration avec la société civile et les organisations, afin de prévenir, poursuivre et éliminer les actes de discrimination et de violence, soutenir les personnes concernées et assurer que les auteurs rendent compte de manière adéquate de leurs actes. Cela pourrait se faire

³⁸ ZH, UVS, CSDE

³⁹ CPS

⁴⁰ FR, SG, Werlen Mirjam

⁴¹ FR, SG

⁴² SG

⁴³ SG

⁴⁴ FR, Pink Cross

⁴⁵ FR

⁴⁶ Pink Cross

⁴⁷ Accès à la justice en cas de discrimination ; rapport réalisé sur mandat du Conseil fédéral en exécution du postulat Naef 12.3543 « Rapport sur le droit à la protection contre la discrimination ».

⁴⁸ UVS, CSAJ, JDS, Milchjugend, Pink Cross, Santé sexuelle Suisse, TGNS

sous la forme d'une loi générale sur l'égalité ou anti-discrimination⁴⁹. A titre de mesures non législatives, il est en particulier nécessaire de prévoir des mesures de sensibilisation et de formation⁵⁰, notamment dans les milieux de l'éducation, du travail et de la médecine⁵¹, ainsi que des mesures de soutien aux victimes⁵².

2.4.4.4 Monitoring et recensement statistique

Plusieurs participants⁵³ souhaitent que le recensement statistique des condamnations prononcées en application de l'art. 261^{bis} CP distingue à l'avenir les motifs de discrimination. Dans la mesure où ces données sont publiques, cela permettra en effet de sensibiliser la population.

Certains participants⁵⁴ réclament en outre un monitoring des actes concernés.

2.4.4.5 Adaptation des tâches de la Commission fédérale contre le racisme (CFR)

Un participant⁵⁵ suggère d'examiner la mesure dans laquelle il convient d'adapter les tâches de la CFR qui observe et analyse l'application de l'art. 261^{bis} CP.

2.5 Rejet de l'avant-projet

10 participants s'opposent à l'avant-projet :

- 1 canton : SZ ;
- 2 partis politiques : PLR, UDC ;
- 1 organisation faîtière de l'économie : USAM ;
- 6 organisations et institutions : CP, Freikirchen.ch, Jugend & Familie, UDF, up!schweiz, Zukunft.ch.

L'un de ces opposants⁵⁶ serait cependant favorable au projet s'il se contentait de punir les appels à la haine en préservant la liberté de conscience et de croyance.

En outre, AR demande que, si l'avant-projet n'est pas étendu à d'autres critères, comme par exemple le sexe, il y soit renoncé. En effet, les art. 261^{bis} CP et 171c CPM ont été adoptés dans le cadre de vives discussions et ils présentent des difficultés de mise en œuvre auxquelles la pratique a toutefois apporté des solutions défendables et praticables. Il se pose dès lors la question de l'opportunité d'étendre encore leur champ d'application. A cela s'ajoute que ces dispositions peuvent être considérées superflues dans la mesure où d'autres dispositions du droit pénal, ainsi que le droit civil, offrent une protection suffisante à l'encontre des agissements et propos discriminatoires ou attentatoires à l'honneur.

2.5.1 Problèmes de mise en œuvre

Deux participants⁵⁷ rejettent l'avant-projet en raison des difficultés supplémentaires d'interprétation de la norme anti-discrimination qui en résulteraient. En particulier, les notions

⁴⁹ UVS, Pink Cross

⁵⁰ CSAJ, JDS, Pink Cross, TGNS

⁵¹ CSAJ

⁵² Pink Cross

⁵³ PVL, JDS, Pink Cross, TGNS

⁵⁴ JDS, Pink Cross, TGNS

⁵⁵ PVL

⁵⁶ Freikirchen.ch

⁵⁷ SZ, USAM

« orientation sexuelle » et « identité de genre » nécessitent d'être interprétées et créent une insécurité juridique⁵⁸.

2.5.2 Inutilité de la nouvelle norme pénale

Tout en condamnant toute forme de discrimination, plusieurs participants⁵⁹ jugent l'avant-projet inutile dans la mesure où le droit pénal en vigueur offre une protection suffisante à la victime et permet au juge de tenir compte des mobiles particulièrement vils de l'auteur dans le cadre de la fixation de la peine. Il serait démesuré de prévoir une protection particulière dans la loi pour chaque groupe reconnu comme non majoritaire⁶⁰. De plus, l'extension constante de l'interdiction de la discrimination conduit à mettre tout le monde sur le même plan de manière absolue, en niant les différences et particularités qui existent entre les individus, ce qui contribue à créer le contraire d'une société ouverte, diverse et tolérante⁶¹.

2.5.3 Défense de la liberté d'opinion et d'information

Plusieurs participants⁶² sont hostiles à l'avant-projet en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'opinion et d'information. Il convient en effet de combattre les opinions que l'on désapprouve en en débattant avec leurs défenseurs dans le but d'essayer de convaincre ceux-ci d'en changer, ce qui nécessite une liberté d'expression totale et la tolérance des opinions politiquement incorrectes⁶³. En outre, la question de savoir si l'orientation sexuelle et le fait de se percevoir transgenre sont innés et non modifiables n'est pas tranchée et mériterait de faire l'objet d'une étude scientifique approfondie⁶⁴. L'intérêt de la démocratie commande dès lors que certaines pratiques sexuelles et certains modes de vie puissent être commentés de manière critique, ce qui implique l'expression d'opinions qui peuvent être sujettes à controverse, désagréables ou dérangeantes pour certaines personnes⁶⁵. Il doit également demeurer possible d'émettre un jugement moral négatif sur les pratiques homosexuelles et les modes de vie homosexuels⁶⁶. Or, la notion d'incitation à la discrimination de l'art. 261^{bis}, al. 1, CP est vague et pourrait conduire à une interprétation extensive qui conduirait à la condamnation pénale de la simple critique publique d'un certain mode de vie⁶⁷. La notion d'idéologie visant au dénigrement systématique selon l'art. 261^{bis}, al. 2, CP pourrait également être interprétée sans limites et conduire à la poursuite pénale de quiconque critique certaines pratiques sexuelles et certains modes de vie⁶⁸.

Un participant⁶⁹ réclame même l'abrogation pure et simple des art. 261^{bis} CP et 171c CPM.

2.5.4 Défense de la liberté de conscience et de croyance

Plusieurs participants⁷⁰ s'opposent à l'avant-projet en raison du danger qu'il représente pour la liberté de conscience et de croyance.

L'un d'eux⁷¹ craint que, sous l'angle de l'art. 261^{bis}, al. 3, CP, certaines manifestations chrétiennes traitant des thèmes de la sexualité et du mode de vie soient pénalement répréhensibles.

⁵⁸ USAM

⁵⁹ PLR, UDC, USAM, CP

⁶⁰ UDC

⁶¹ UDC

⁶² Freikirchen.ch, Jugend & Familie, UDF, up!schweiz, Zukunft CH

⁶³ up!schweiz

⁶⁴ UDF, Zukunft CH

⁶⁵ Freikirchen.ch, Jugend & Familie, UDF

⁶⁶ Jugend & Familie, Zukunft CH

⁶⁷ UDF

⁶⁸ Jugend & Familie, UDF

⁶⁹ up!schweiz

⁷⁰ Freikirchen.ch, UDF, Zukunft CH

⁷¹ UDF

Pour deux autres⁷², le projet d'art. 261^{bis}, al. 4, CP constitue un sujet particulier d'inquiétude. Certains comportements peuvent en effet très rapidement être interprétés comme discriminatoires par certaines personnes. Or, la Bible ne s'exprime pas de manière positive sur la thématique de l'homosexualité. Il pourrait en résulter que la distribution de bibles soit interdite en application de cette nouvelle norme. Un participant⁷³ craint même qu'il ne soit plus possible aux prédicateurs de s'exprimer de manière critique sur les pratiques homosexuelles et qu'un confiseur ne puisse pas refuser, pour des motifs religieux, de confectionner un gâteau pour célébrer l'union de deux personnes de même sexe.

La révision de l'art. 261^{bis}, al. 5, CP rendrait plus difficile la mise en œuvre de l'exigence de l'UDF de permettre aux officiers d'état civil et aux titulaires d'une fonction dans une église de refuser de célébrer un mariage homosexuel pour des motifs de conscience⁷⁴.

2.5.5 Défense de la liberté de la science

Selon un participant⁷⁵, l'homosexualité (et la bisexualité par analogie) est un phénomène controversé, tant sur le plan social que scientifique, et ses origines n'ont toujours pas été élucidées. De nombreuses études scientifiques ont mis en évidence les problèmes liés à l'inclination homosexuelle et à ses modes de vie. En l'état de la science, l'homosexualité n'est pas innée. En protégeant pénalement ce phénomène controversé, l'avant-projet met en péril la liberté de la science.

2.5.6 Défense de la paix publique

Selon un participant⁷⁶, l'art. 261^{bis} CP, dans la mesure où il prend place dans le Titre 12 du Livre 2 du code pénal, doit protéger la paix publique. Or, en protégeant pénalement des phénomènes comme l'homosexualité et la transsexualité qui ne font pas l'objet d'un consensus social, l'avant-projet met en péril la liberté d'opinion et d'information, la liberté de conscience et de croyance, ainsi que la liberté scientifique. Cela représente un danger pour la paix publique.

2.5.7 Inadéquation du critère de l'orientation sexuelle

Deux participants⁷⁷ contestent que l'orientation sexuelle constitue un critère pouvant fonder une discrimination portant atteinte à la dignité humaine. Il est en effet scientifiquement contesté que l'orientation sexuelle soit innée et non modifiable⁷⁸. Or, pour le premier participant⁷⁹, l'art. 261^{bis} CP devrait protéger uniquement des caractéristiques humaines qui sont imposées et déterminées génétiquement et qui échappent à tout jugement de valeur, telles que la couleur de peau ou le sexe. Il est donc exclu de protéger pénalement des pratiques sexuelles telles que l'homosexualité. Pour le second participant⁸⁰, il est discutable de définir l'identité humaine selon des ressentis sexuels plutôt que sur la base du sexe biologique (homme ou femme). On ne peut donc pas mettre sur le même pied, d'une part, l'homosexualité et la bisexualité et, d'autre part, l'hétérosexualité et il est discutable de protéger pénalement des pratiques sexuelles telles que l'homosexualité qui ne font pas l'objet d'un consensus social.

⁷² Freikirchen.ch, UDF

⁷³ Freikirchen.ch

⁷⁴ UDF

⁷⁵ Zukunft CH

⁷⁶ Zukunft CH

⁷⁷ Jugend & Familie, Zukunft CH

⁷⁸ Jugend & Familie, Zukunft CH

⁷⁹ Zukunft CH

⁸⁰ Jugend & Familie

2.5.8 Inadéquation du critère de l'identité de genre

Trois participants⁸¹ s'opposent au critère de l'identité de genre qui revient à introduire la théorie du genre dans le droit pénal. Celle-ci part du principe que le genre est une construction sociale que la société impose à l'individu et que ce dernier devrait pouvoir choisir librement son genre⁸². Elle nie la cohérence naturelle qui existe entre le sexe biologique, l'identité de genre ressentie et le désir sexuel⁸³.

Pour un participant⁸⁴, l'art. 261^{bis} CP devrait protéger uniquement des caractéristiques humaines qui sont imposées et déterminées génétiquement. Le critère de l'identité de genre défini selon la théorie du genre ne saurait dès lors constituer un critère pertinent.

Un second participant⁸⁵ relève que la réponse à la question de savoir si on est ou non en présence d'une discrimination portant atteinte à la dignité humaine varie selon que l'on considère la transsexualité et l'intersexualité comme des anomalies ou, au contraire, comme des formes normales de l'identité de genre humaine. Il est dès lors discutable de protéger pénalement des phénomènes comme la transsexualité qui ne font pas l'objet d'un consensus social.

Un troisième participant⁸⁶ craint que l'inscription de la notion d'identité de genre dans la loi ouvre toute grande la porte aux revendications individuelles à la reconnaissance juridique de toutes sortes de pratiques et de transformations corporelles, plutôt que de contribuer à la saine reconnaissance des réalités corporelles et à la saine structuration des individus et de la société. Il souligne cependant que les personnes qui n'ont pas de sexe biologiquement clairement défini ne doivent pas être discriminées en raison de ce fait.

⁸¹ Jugend & Familie, UDF, Zukunft CH

⁸² Jugend & Familie

⁸³ Zukunft CH

⁸⁴ Jugend & Familie

⁸⁵ Zukunft CH

⁸⁶ UDF

3 Liste des participants à la consultation

3.1 Kantone / Cantons / Cantoni

AG	Aargau / Argovie / Argovia
AR	Appenzell Ausserrhoden / Appenzell Rh.-Ext. / Appenzello Esterno
BE	Bern / Berne / Berna
BL	Basel-Landschaft / Bâle-Campagne / Basilea-Campagna
BS	Basel-Stadt / Bâle-Ville / Basilea-Città
FR	Freiburg / Fribourg / Friburgo
GL	Glarus / Glaris / Glarona
GR	Graubünden / Grisons / Grigioni
JU	Jura / Giura
LU	Luzern / Lucerne / Lucerna
NE	Neuenburg / Neuchâtel
NW	Nidwalden / Nidwald / Nidvaldo
OW	Obwalden / Obwald / Obvaldo
SG	St. Gallen / Saint-Gall / San Gallo
SH	Schaffhausen / Schaffhouse / Sciaffusa
SO	Solothurn / Soleure / Soletta
SZ	Schwyz / Svitto
TG	Thurgau / Thurgovie / Turgovia
TI	Tessin / Ticino
VD	Waadt / Vaud
ZG	Zug / Zoug / Zugo
ZH	Zürich / Zurich / Zurigo

3.2 Parteien / Partis politiques / Partiti politici

BDP/PBD/PBD	Bürgerlich-Demokratische Partei Parti bourgeois-démocratique Partito borghese democratico
FDP/PLR/PLR	Die Liberalen Les Libéraux-Radicaux Liberali Radicali
GLP/PVL/PVL	Grünliberale Schweiz Vert'libéraux Suisse Verdi liberali Svizzera
GPS/PES/PES	Grüne Les Verts I Verdi
SVP/UDC/UDC	Schweizerische Volkspartei Union démocratique du Centre Unione Democratica di Centro

SP/PS/PS Sozialdemokratische Partei der Schweiz
Parti socialiste suisse
Partito socialista svizzero

3.3 Betroffene Kreise / Milieux concernés / Ambienti interessati

	Aids-Hilfe Schweiz Aide suisse contre le sida Aiuto aids svizzero Amnesty International
BA/MPC/MPC	Bundesanwaltschaft Ministère public de la Confédération Ministero pubblico della Confederazione
BPW	Business & professional women Switzerland
CP	Centre patronal
DJS/JDS/GDS	Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz Juristes démocrates de Suisse Giuristi e Giuriste Democratici Svizzeri
EDU/UDF/UDF	Eidgenössisch-Demokratische Union Union démocratique fédérale Unione democratica federale
EKKJ/CFEJ/CFIG	Eidgenössische Kommission für Kinder- und Jugendfragen Commission fédérale pour l'enfance et la jeunesse Commissione federale per l'infanzia e la gioventù
EKSG/CFSS/CFSS	Eidgenössische Kommission für sexuelle Gesundheit Commission fédérale pour la santé sexuelle Commissione federale per la salute sessuale Freikirchen.ch
FELS	Freundinnen, Freunde, Eltern von Lesben und Schwulen
HAB	Homosexuelle Arbeitsgruppen Bern Humanrights.ch Jugend & Familie
JuCH	Juristinnen Schweiz Femmes Juristes Suisse Giuriste Svizzera
LOS	Lesbenorganisation Schweiz Organisation suisse des lesbiennes Organizzazione svizzera delle lesbiche Milchjugend
Network	Network – gay leadership Pink Cross
SAV/UPS/USI	Schweizerischer Arbeitgeberverband Union patronale suisse Unione svizzera degli imprenditori

SAJV/CSAJ/FSAG	Schweizerische Arbeitsgemeinschaft der Jugendverbände Conseil suisse des activités de jeunesse Federazione svizzera delle associazioni giovanili Schweizerischer Gemeindeverband Association des Communes Suisses Associazione dei Comuni Svizzeri
SGV/USAM/USAM	Schweizerischer Gewerbeverband Union suisse des arts et métiers Unione svizzera delle arti e mestieri
SGB/USS/USS	Schweizerischer Gewerkschaftsbund Union syndicale suisse Unione sindacale svizzera
SKG/CSDE/CSP	Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten Conférence suisse des délégués à l'égalité entre femmes et hommes Conferenza svizzera delle delegate alla parità fra donne e uomini
SSK/CPS/CPS	Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz Conférence des procureurs de Suisse Conferenza dei procuratori della Svizzera
SSV/UVS/UCS	Schweizerischer Städteverband Union des villes suisses Unione delle città svizzere
SVR/ASM/ASM	Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter Association suisse des magistrats de l'ordre judiciaire Associazione svizzera dei magistrati Sexuelle Gesundheit Schweiz Santé sexuelle Suisse Salute sessuale Svizzera
TGNS	Transgender Network Switzerland
TS	Travail.Suisse
UNIL	Université de Lausanne up!schweiz Vogay Werlen Mirjam Zwischengeschlecht.org Zukunft CH