

La révision de l'article 261bis CP du 14 décembre 2018

TABLE DES MATIÈRES

1. L'article 261^{bis} CP.....	2
1.1 La commission d'un acte réprimé.....	3
1.2 Les groupes protégés.....	3
1.3 Le caractère public.....	3
2. La révision de l'article 261^{bis} CP.....	4
2.1 Le contexte jurisprudentiel.....	4
2.2 L'initiative parlementaire Reynard.....	5
2.3 Les travaux préparatoires.....	5
2.4 Les débats parlementaires.....	6
3. Questions du Réseau évangélique.....	7
4. Annexe	9

Olivier Bigler, av.
Dr en droit

1. L'article 261^{bis} CP

La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales impose d'en réprimer les violations par des sanctions pénales (FF 1992 III 296). En Suisse, le parlement a adopté un nouvel article dans le Code pénal pour remplir ces obligations. Lors de son adoption, le Conseil fédéral était conscient du conflit potentiel entre cette disposition et la liberté d'expression; c'est la raison pour laquelle il précise que «Ni l'information objective ni le débat politique — nécessaires dans une démocratie — ne sont compromis par une répression pénale de la discrimination raciale» (*op. cit.*, p. 299).

Celui-ci réprime la discrimination et l'incitation à la haine raciale par un discours public (al. 1) une idéologie (al. 2) la propagande (al. 3) par une autre manière publique (al. 4) ou par le refus d'une prestation publique (al. 5). La peine menace s'élève à une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. La poursuite a lieu d'office et pas seulement sur plainte. Il a la teneur suivante :

Art. 261^{bis} CP 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;

celui qui, publiquement, aura propagé une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion;

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 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;

celui qui aura refusé 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,

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

La doctrine distingue trois éléments constitutifs objectifs d'une incitation à la haine (CR CP II-MAZOU, art. 261^{bis}):

1 la commission d'un acte réprimé (propagande raciste, atteinte à la dignité humaine ou refus d'une prestation publique)...

2... l'encontre d'un groupe protégé...

3... de manière publique.

1.1 La commission d'un acte réprimé

La loi réprime tout d'abord celui qui incite à la haine, qui la propage ou qui participe à sa propagation.

L'incitation à la haine peut se définir comme le fait d'agir sur des personnes avec le but ou l'effet d'engendrer un comportement hostile contre certains individus en raison de leur appartenance ethnique, raciale ou religieuse ou de renforcer un climat hostile. Celle-ci doit atteindre une certaine intensité (CR CP II-MAZOU, art. 261^{bis}, N 19ss). Le législateur a défini ces propos comme menaçants, insultants, injurieux, calomnieux ou volontairement méprisants, ils doivent constituer un appel à la haine, une incitation à la violence ou à l'arbitraire ou exposer quelqu'un au mépris ou à la persécution (FF 1992 III 303).

Ainsi, a été reconnu comme punissable le fait d'assimiler les « noirs à des bêtes » (ATF 124 IV 121 c. 2b) mais pas une affiche montrant des musulmans en train de prier face contre terre, devant le Palais fédéral, à Berne accompagnée du slogan suivant: «Utilisez vos têtes! Votez UDC. Suisse, toujours libre » (arrêt du TF 6B_664/2008).

L'article 261^{bis} CP punit également la négation d'un génocide et le rabaissement et la discrimination publics.

Il punit enfin celui qui refuse une prestation destinée à l'usage public. Il faut comprendre par là les prestations prévues à l'article 5 lit. (f) de la Convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale du 21 décembre 1965, soit les moyens de transport, hôtels, restaurants, cafés, spectacles et parcs. La doctrine déduit qu'une prestation est destinée à l'usage public lorsqu'elle est de courte durée et offerte de façon de façon standardisée à un nombre indéterminé de personnes avec lesquelles le débiteur n'a qu'un contact impersonnel (DUPUIS et *alii*, PC CP, art. 261^{bis}, N 76).

1.2 Les groupes protégés

Si cette disposition visait en premier lieu à protéger de discours de haine les membres de race, d'ethnie ou de religion particulière, le Parlement fédéral a étendu le champ de protection aux propos visant également quelqu'un en raison de son orientation sexuelle, à savoir l'hétérosexualité, l'homosexualité et la bisexualité (FF 2018 5331). Il a refusé d'étendre cette disposition à l'identité de genre.

1.3 Le caractère public

Pour tomber sous le coup de la répression, l'incitation à la haine doit avoir un caractère public. Est public, selon la jurisprudence, tout ce qui n'a pas lieu dans le cadre privé, soit le cercle familial, le cercle des amis ou dans un environnement de relations personnelles ou de confiance particulière (ATF 130 IV 111, c. 5.2.1).

Ainsi, des propos racistes tenus dans une réunion à laquelle ne peuvent prendre part que les personnes en mesure de présenter une invitation, des contrôles d'accès étant effectués, sont néanmoins publics, à mesure que 40 à 50 personnes sont présentes et qu'elles ne se connaissent pas toutes entre elles et ne sont pas toutes liées par des relations personnelles (ATF 130 IV 111, c. 6).

2. La révision de l'article 261^{bis} CP

La révision de l'article 261^{bis} CP est née en réponse à un arrêt du Tribunal fédéral de 2010 excluant les personnes homosexuelles des groupes protégés par cet article (2.1). Par conséquent, le Conseiller national Reynard a déposé une initiative parlementaire pour élargir ce champ d'application (2.2). Les travaux préparatoires ont envisagé d'étendre encore ce champ de protection à l'identité de genre (2.3) mais cette révision n'a pas passé la rampe des débats parlementaires (2.4).

2.1 Le contexte jurisprudentiel

Le 17 mai 2009, à l'occasion de la journée mondiale contre l'homophobie, les jeunes UDC valaisans ont publié un communiqué intitulé «non à la banalisation de l'homosexualité!». Cette prise de position condamne l'homosexualité comme un comportement déviant à l'aune des valeurs traditionnelles telles que la famille et la nation et dont la banalisation est susceptible de mettre en danger l'équilibre psychique et moral de la jeunesse.

Entre juillet et août 2009, quarante personnes ont déposé plainte contre le bureau des jeunes UDC valaisan pour injures, diffamations et calomnies. Le juge d'instruction, puis le Tribunal cantonal valaisan ont refusé d'entrer en matière sur les plaintes déposées.

Les recourants portent l'affaire au Tribunal fédéral. Dans son arrêt 6B_361/2010, du 1^{er} novembre 2010, ce dernier refuse d'entrer en matière, pour deux raisons principales. En premier lieu, il nie aux recourant la qualité de victime d'une atteinte à l'honneur (art. 173ss CP). En effet, pour revêtir cette qualité, il faut avoir été visé personnellement. Les propos incriminés ne le faisaient pas mais visaient toutes les personnes homosexuelles, sans distinction. Dans cette constellation, une atteinte à l'honneur ne peut être

admise que dans des circonstances particulières, soit notamment lorsque l'infraction est en concours avec des atteintes à l'intégrité physique ou psychique ou encore lorsqu'elle est d'une gravité particulière (consid. 4.1).

En deuxième lieu, le Tribunal fédéral considère que les homosexuels, en tant que groupe, ne sont pas protégés par l'article 261^{bis} CP, lequel ne condamne que la discrimination et l'incitation à la haine en raison de la race, l'ethnie ou la religion.

2.2 L'initiative parlementaire Reynard

En réponse à l'arrêt du Tribunal fédéral, le 7 mars 2013, le Conseiller national Reynard Mathias a déposé une initiative parlementaire (no 13.407) visant à lutter contre les discriminations basées sur l'orientation sexuelle, cosignées par cinquante conseillers nationaux¹. Celle-ci vise à étendre le champ d'application de l'article 261^{bis} CP. Le canton de Genève a déposé une initiative cantonale le 13 novembre 2014 (13.304) et la Session des jeunes une pétition en 2013 (13.2062), toutes deux allant dans le même sens.

L'initiative parlementaire vise à réprimer non seulement la discrimination et l'incitation à la haine raciale, mais aussi fondée sur «l'orientation sexuelle». Elle déplorait que les propos homophobes ne visassent pas un groupe assez déterminé pour que la personne qui entend ces propos soit touchée directement dans son honneur, comme l'avait jugé le Tribunal fédéral.

2.3 Les travaux préparatoires

Cette initiative a passé par beaucoup de méandres, puisque la Commission des affaires juridiques du Conseil national y a donné suite, mais que sa commission sœur du Conseil des États a décidé le contraire. Le Conseil national a confirmé la décision de sa commission, après quoi le Conseil des États lui a emboîté le pas. Après avoir obtenu une prolongation du délai de traitement, la CAJ-CN a traité l'initiative le 12 février 2017. Elle a débattu de deux possibilités pour mettre en œuvre cette initiative parlementaire. La première possibilité consistait à se concentrer sur le but initial, à savoir la lutte contre l'homophobie. La seconde possibilité était d'intégrer en plus la notion de l'«identité de genre». Au cours des travaux, la commission a acquis la conviction que les personnes trans-identitaires ou intersexuées étaient aussi victimes de haine et de discrimination.

¹ Aebischer Matthias, Allemann Evi, Amarelle Cesla, Amherd Viola, Aubert Josiane, Badran Jacqueline, Bertschy Kathrin, Carobbio Guscetti Marina, Chevalley Isabelle, Chopard-Acklin Max, Derder Fathi, Favre Laurent, Fehr Hans-Jürg, Fehr Jacqueline, Feri Yvonne, Fridez Pierre-Alain, Friedl Claudia, Germanier Jean-René, Girod Bastien, Gross Andreas, Gysi Barbara, Hadorn Philipp, Hardegger Thomas, Heim Bea, Hiltbold Hugues, Hodggers Antonio, John-Calame Francine, Jositsch Daniel, Kiener Nellen Margret, Leuenberger Ueli, Maire Jacques-André, Marra Ada, Masshardt Nadine, Meier-Schatz Lucrezia, Müller Geri, Naef Martin, Neiryck Jacques, Nordmann Roger, Nussbaumer Eric, Pardini Corrado, Piller Carrard, Valérie Quadranti, Rosmarie Ribaux, Alain Rossini, Stéphane Schelbert, Louis Schenker, Silvia Schneider, Schüttel Ursula, Schwaab Jean Christophe, Semadeni Silva, Tornare Manuel, van Singer Christian, Vogler Karl, Voruz Eric, Wermuth Cédric.

Dans son message à l'attention du parlement du 3 mai 2018, le Conseil fédéral, accepte l'extension de l'article 261^{bis} CP à l'orientation sexuelle, mais rejette l'identité de genre à mesure qu'il s'agit d'une notion trop floue.

2.4 Les débats parlementaires

Lors des délibérations au Conseil national le 25 septembre 2018, les rapports de la Commission des affaires juridiques ont défendu leur projet, accepté par 13 voix contre 11. Yves Nidegger propose de ne pas entrer en matière, en raison du flou juridique lié aux notions d'orientation sexuelle et d'identité de genre. Les groupes PDC, PLR, verts, verts libéraux, socialistes, ont proposé de suivre le rapport de la Commission. Le projet de la commission est accepté par 118 voix contre 60.

Lors des délibérations au Conseil des États du 28 novembre 2018, la rapporteuse de la Commission, Anne Seydoux-Christe, a défini l'orientation sexuelle comme «la capacité qu'a chacun de ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers des individus de sexe opposé, de même sexe ou des deux sexes et d'entretenir des relations intimes et sexuelles avec ces individus» et l'identité de genre comme « 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 à la conscience personnelle du corps et à d'autres expressions du sexe » (BO 2018, E 850). Andrea Caroni s'est opposé à l'extension de l'article 261^{bis} CP, à mesure qu'il faudrait protéger de nouveaux groupes: linguistiques, handicapés... Pour Claude Janiak, la loi ne doit s'appliquer qu'à des cas extrêmes et les propos de comptoirs ne sont pas menacés (« *Der Stammtisch ist nicht in Gefahr* »). Daniel Jositch précise que la jurisprudence applicable en matière d'incitation à la haine raciale est très restrictive: seuls les propos publics sont punissables, le droit pénal n'est applicable qu'aux propos dont la gravité est telle qu'elle touche le noyau de la dignité humaine. Le Conseiller aux États Hefti a dénoncé le manque de précision du concept d'identité de genre, et, partant, le Conseil des États a renoncé à intégrer ce motif dans la loi, par 32 voix contre 10, contrairement à ce qu'avait décidé le Conseil national.

Lorsqu'il se saisit de la question, les 3 décembre 2018 et 14 décembre 2018, le Conseil national a pris acte de la divergence avec le Conseil des États. Lisa Mazzone a relevé que les infractions à l'article 261^{bis} CP sont poursuivies d'office et protégeront la communauté homosexuelle dans son ensemble dorénavant. Yves Nidegger qu'il n'y a pas eu de pogrom fondé sur l'identité de genre et que les parkings, les hôtels ou les fitness réservés aux femmes pourraient tomber sous le coup de l'article 261^{bis} al. 5 CP, si l'on étendait le champ de l'article 261^{bis} CP à l'identité de genre. Finalement, le Conseil national se rallie à la proposition du Conseil des États, qui adopte la loi le même jour.

3. Questions du Réseau évangélique

Werden Pfarrpersonen in Zukunft in der Verkündigung und Predig kritische Einschätzungen zu Homosexualität oder Bisexualität auf Grund ihrer Interpretation der Bibel machen dürfen? – Les pasteurs pourront-ils à l'avenir faire des évaluations critiques de l'homosexualité ou de la bisexualité basées sur leur interprétation de la Bible lors de prédication?

La révision législative vise à étendre la répression des propos à l'encontre des personnes ayant une orientation hétérosexuelle, bisexuelle ou homosexuelle. Des propos tenus par des pasteurs condamnant l'homosexualité peuvent dorénavant tomber sous le coup de l'article 261^{bis} CP, pour autant qu'ils atteignent une intensité suffisante; ce sera le cas si le discours prononcé est injurieux, calomnieux ou injurieux. Il ne fait guère de doute que l'affiche des jeunes UDC valaisans dénonçant une dégénérescence de la race humaine, comparée à des amibes (!) tombe sous le coup de l'article 261^{bis} CP.

La question des discours se limitant à citer des versets bibliques condamnant l'homosexualité est moins claire. En août 2015, lors d'un congrès des catholiques allemands, à Fulda, Vitus Huonder, l'évêque catholique de Coire cite deux versets du Lévitique qui parlent de l'homosexualité comme d'une abomination et ajoute que ces versets devraient "suffire à remettre dans la bonne direction la question de l'homosexualité du point de vue de la foi". Le Ministère public des Grisons n'entre pas en matière sur une plainte déposée par Pink Cross, une organisation spécialisée dans la défense des minorités sexuelles. Celle-ci est définitivement rejetée le 20 mai 2016 par le Tribunal cantonal des grisons. Comme l'article 261^{bis} CP n'était pas encore en vigueur, le classement de cette procédure est logique. Son issue maintenant serait plus incertaine.

Comme le relève COLEMAN, même si la procédure pénale est clôturée, le dégât pour la réputation d'un prédicateur considéré comme homophobe est très important. Il peut décourager l'expression libre d'idées (Paul Coleman, *Censored, How European « Hate Speech » Laws are Threatening Freedom of Speech*, Vienne, 2014, p. 58).

Werden Kirchen und christliche Organisationen Personen auf Grund ihrer sexuellen Orientierung von bestimmten Ämtern ausschliessen dürfen? – Les églises et les organisations chrétiennes pourront-elles exclure des personnes de certains ministères en raison de leur orientation sexuelle?

L'exclusion d'une personne en raison de son orientation sexuelle est susceptible de tomber sous le coup d'une discrimination portant atteinte à la dignité humaine (art. 261^{bis} al. 4 CP). Une discrimination se définit comme une distinction arbitraire, c'est-à-dire fondée sur un motif qui ne présente

aucun lien suffisant avec le droit ou la situation juridique en cause (DUPUIS et *alii*, PC CP, art. 261^{bis}, N 29). Une atteinte à la dignité humaine est donnée lorsqu'une personne est traitée comme un être humain de seconde zone (CR CP II-MAZOU, art. 261^{bis} N 44).

Le fait de considérer un homosexuel comme indigne à exercer un ministère en raison de son orientation sexuelle uniquement peut tomber sous le coup du nouvel article 261^{bis} CP, de même que refuser à quelqu'un d'exercer un ministère pour des motifs racistes.

Les règles juridiques applicables sont différentes, selon que l'on parle d'une exclusion d'un ministère exercé dans le cadre d'une église ou dans le cadre d'un contrat de travail.

Les églises en Suisse sont organisées selon les principes du droit de l'association (art. 60ss du Code civil suisse). Une association peut prévoir des motifs d'exclusion dans ses statuts (art. 72 CC). On pourrait imaginer que les statuts d'une église prévoient l'adhésion de ses membres à une certaine conception du mariage ou de la famille par exemple.

En ce qui concerne le droit du travail, les relations entre un employeur ou un travailleur sont régies par les articles 319ss du Code des obligations (CO). L'employeur doit respecter la personnalité du travailleur (art. 328 CO) dont fait partie l'orientation sexuelle. Un congé donné en raison de tendances homosexuelles peut tomber sous le coup de l'interdiction du congé abusif (art. 336a CO).

Werden Personen oder Institutionen in mündlichen oder schriftlichen Stellungnahmen die homosexuelle Praxis kritisieren und Heterosexualität als anzustrebenden Praxis nennen dürfen? - Wann würde bezüglich der Erweiterung etwas als « Aufruf zu Hass oder Diskriminierung » eingeschätzt? - Des personnes ou des institutions seront-elles autorisées à critiquer la pratique homosexuelle dans des déclarations orales ou écrites et à désigner l'hétérosexualité comme une pratique souhaitable? Quand l'élargissement sera-t-il considéré comme un "appel à la haine ou à la discrimination"?

La liberté religieuse et d'opinion reste garantie par la Constitution. La restriction visée par l'article 261^{bis} CP vise à interdire des discours haineux. Actuellement, le caractère haineux d'un discours est évalué selon un sens objectif, c'est-à-dire qu'un auditeur moyen est capable de saisir. Il existe une tendance en Europe à considérer le discours haineux d'un point de vue subjectif, c'est à dire du point de vue du plaignant. Ainsi, selon le gouvernement anglais, un discours est haineux lorsqu'il est perçu par la victime comme tel (any incident « *which is perceived by the victim or any other person, as being motivated by prejudice or hate* », COLEMAN, op. cit., p. 8).

Même si le droit suisse est fondé sur une perception objective d'un discours de haine, il n'est pas à exclure que des procédures puissent être ouvertes contre des personnes ou des institutions, sur la base d'un critère subjectif, leur causant ainsi un dommage de réputation.

Welche « Leistung, die für die Öffentlichkeit gedacht ist » dürften Kirchen und Organisationen gegenüber Personen auf Grund ihrer sexuellen Orientierung verweigern? Genauer: Könnten den Betroffenen Segenshandlungen, allfällige Trauungen und andere Angebote straffrei verweigert werden? – Quel “service destiné au public” les églises et les organisations auraient-elles le droit de refuser de fournir à des personnes en raison de leur orientation sexuelle? Plus précisément, pourrait-on refuser des bénédictions, des mariages et d'autres offres aux personnes homosexuelles ou bisexuelles ?

Une prestation publique est destinée à un cercle indéterminé de personne et de courte durée (voyage en bus, commander un verre, acheter du pain...).

Une bénédiction de mariage ne tombe pas sous le coup de cette définition, à mesure qu'elle consiste en un accompagnement personnalisé et en un témoignage de l'adhésion du couple à la doctrine de l'église concernée de même que le baptême ou un enterrement. Ces cérémonies ne sont pas ouvertes à un cercle public mais sont réservées aux adhérents, qui partagent la même confession de foi. Ainsi, la célébration d'un mariage n'est pas offerte inconditionnellement, mais elle est réservée aux personnes qui souscrivent à une conception évangélique du mariage. Mais, actuellement, ni la doctrine ni la jurisprudence ne semble voir un élargissement de la notion de prestation publique dans ce sens.

4. Annexe

Communiqué de presse du 17 mai 2009 des jeunes UDC valaisans