

**13.407****Parlamentarische Initiative****Reynard Mathias.****Kampf gegen die Diskriminierung
aufgrund der sexuellen Orientierung****Initiative parlementaire****Reynard Mathias.****Lutter contre les discriminations
basées sur l'orientation sexuelle***Erstrat – Premier Conseil***CHRONOLOGIE**

NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 11.03.15 (VORPRÜFUNG - EXAMEN PRÉALABLE)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 17.03.17 (FRIST - DÉLAI)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 25.09.18 (ERSTRAT - PREMIER CONSEIL)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 25.09.18 (FORTSETZUNG - SUITE)
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 28.11.18 (ZWEITRAT - DEUXIÈME CONSEIL)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 03.12.18 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 14.12.18 (SCHLUSSABSTIMMUNG - VOTE FINAL)
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 14.12.18 (SCHLUSSABSTIMMUNG - VOTE FINAL)

Antrag der Mehrheit

Eintreten

AB 2018 N 1584 / BO 2018 N 1584**Antrag der Minderheit**(Nidegger, Bauer, Egloff, Geissbühler, Reimann Lukas, Rickli Natalie, Walliser, Zanetti Claudio)
Nichteintreten**Proposition de la majorité**

Entrer en matière

Proposition de la minorité(Nidegger, Bauer, Egloff, Geissbühler, Reimann Lukas, Rickli Natalie, Walliser, Zanetti Claudio)
Ne pas entrer en matière

Le président (de Buman Dominique, président): Dans le débat d'entrée en matière, nous traiterons également la proposition de non-entrée en matière de la minorité Nidegger, ainsi que la proposition de la minorité Bauer, qui porte sur les chiffres 1 et 2.

Flach Beat (GL, AG), für die Kommission: Die parlamentarische Initiative 13.407, "Kampf gegen die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung", wurde am 7. März 2013 von Nationalrat Mathias Reynard eingereicht. Sie schlägt vor, Artikel 261bis des Strafgesetzbuches, der die Rassendiskriminierung unter Strafe stellt, um die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung zu ergänzen.

An ihrer Sitzung vom 3. Februar 2017 hat die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates beschlossen, weiter zu gehen, als es die parlamentarische Initiative fordert, und neben der Ergänzung von Artikel 261bis



mit dem Kriterium der sexuellen Orientierung zusätzlich das Kriterium Geschlechtsidentität in die Bestimmung aufzunehmen.

Am 11. Mai 2017 genehmigte sie den entsprechenden Vorentwurf. Nach der Vernehmlassung, die vom 16. Juni bis zum 9. Oktober 2017 durchgeführt wurde, beschloss sie am 3. Mai 2018, dem Rat einen diesen Bestimmungen entsprechenden Entwurf vorzulegen. An der Sitzung vom 31. August dieses Jahres hat Ihre Kommission das Resultat der Vernehmlassung zur Kenntnis genommen und die Stellungnahme des Bundesrates diskutiert.

Eine klare Mehrheit der Vernehmlassungsteilnehmer hat sich für den Vorentwurf ausgesprochen. Viele Teilnehmer forderten sogar, die Liste der Diskriminierungskriterien zu erweitern. Einige wiesen hingegen auf Auslegungsprobleme in Verbindung mit den beiden neuen Kriterien hin oder relativierten die präventive Wirkung der vorgeschlagenen Norm.

In der Kommission gab es einen Rückkommensantrag auf Nichteintreten, der mit 12 zu 8 Stimmen abgelehnt wurde.

Die vorliegende Gesetzesänderung will Artikel 261bis des Strafgesetzbuchs sowie den entsprechenden Artikel 171c des Militärstrafgesetzes mit den Kriterien der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität ergänzen. Damit soll der Anwendungsbereich dieser Bestimmungen auf die Hasskriminalität und die Diskriminierungen wegen Hetero-, Homo- oder Bisexualität sowie wegen Transidentität und Intergeschlechtlichkeit erweitert werden. Menschen dieser Gruppen sind oft Opfer derselben Hasskriminalität und derselben Diskriminierungen.

Der Bundesrat und eine Minderheit der Kommission möchten auf den Begriff der Geschlechtsidentität im Gesetz verzichten, weil dieser Begriff zu Auslegungsschwierigkeiten führen könnte. In der Kommission überwog jedoch die Meinung, dass es angezeigt ist, in diese Änderung des Gesetzes auch diesen Begriff aufzunehmen. Die Geschlechtsidentität hat nichts mit sexueller Orientierung zu tun, sie ist nicht mit Sexualität verbunden, betrifft aber in der Schweiz etwa 40 000 Menschen. Es wäre bedauerlich, wenn das Kriterium der Geschlechtsidentität nicht in das Gesetz aufgenommen würde und die kollektive Verunglimpfung und Herabwürdigung solcher Mitmenschen – durch Aufruf zu Gewalt an ihnen oder zur Missachtung ihrer Rechte – nicht unter Strafe gestellt würde, wie das bei anderen Minderheiten in diesem Land der Fall ist. Es wird für das Gericht möglich sein, diese Fälle – es werden wahrscheinlich nicht viele sein – zu identifizieren und klarzustellen, dass dieser Schutz gewährt werden muss.

Die Kommission ist dieser Meinung mit 13 zu 11 Stimmen gefolgt.

Ich bitte Sie, einzutreten und bei der Detailberatung der Mehrheit Ihrer Kommission zu folgen.

Fehlmann Rielle Laurence (S, GE), pour la commission: Cette initiative parlementaire intitulée "Lutter contre les discriminations basées sur l'orientation sexuelle" a été déposée en 2013 déjà. Elle consiste à compléter l'article 261bis du Code pénal afin que les incitations à la haine ou à la discrimination en fonction de l'orientation sexuelle soient punies, tout comme c'est déjà le cas pour les discriminations liées à la race, à l'ethnie ou à la religion.

L'auteur de l'initiative relève que, bien que la Constitution interdise toute discrimination fondée sur le mode de vie, il y a un vide juridique sur la question des incitations à la haine axées sur l'orientation sexuelle. Il a aussi rappelé que le Tribunal fédéral refuse la qualité pour agir aux associations de protection des droits des personnes homosexuelles dans le domaine des infractions contre l'honneur.

Cette initiative a passé par beaucoup de méandres, puisque la Commission des affaires juridiques du Conseil national lui a donné suite, mais que sa commission soeur a décidé le contraire. Le Conseil national a confirmé la décision de sa commission, après quoi le Conseil des Etats 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 oeuvre 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 transidentitaires ou intersexuées étaient aussi victimes de haine et de discrimination. Elle a donc accepté, par 15 voix contre 9 et 1 abstention, la seconde possibilité, à savoir d'inclure les deux types de discrimination.

Une minorité de la commission a proposé de classer cette initiative, mais en date du 17 mars 2017 notre conseil a rejeté cette proposition et a approuvé la prolongation du délai de traitement.

Lors de sa séance des 11 et 12 mai 2017, la commission a approuvé l'avant-projet d'acte et le rapport explicatif. Le projet a fait l'objet d'une consultation qui a montré que ce dernier est soutenu par quatre partis politiques – le PBD, les Verts, le Parti socialiste et les Vert'libéraux – et l'ensemble des cantons, sauf un. De nombreux



participants ont même demandé l'introduction de critères supplémentaires. Parmi les opposants figurent les partis PLR et UDC.

Au vu des résultats de la procédure de consultation, la commission a décidé de remplacer, dans le rapport explicatif, les expressions "transsexualité" et "intersexualité" par "transidentité" et "intersexuation".

Plusieurs pays européens, dont la France, l'Autriche, les Pays-Bas, le Danemark, etc., connaissent des dispositions pour punir les incitations à la haine sur la base de l'orientation sexuelle. Ce faisant, ils ont pour la plupart inscrit dans leur législation aussi la question de l'identité de genre.

La minorité Nidegger propose de ne pas entrer en matière sur ce projet. Elle estime que celui-ci va trop loin et ne résoudra pas les problèmes liés à la discrimination en raison de la difficulté de le mettre en oeuvre. Elle pense aussi que cela peut entraver la liberté d'expression. Un nouveau rebondissement a eu lieu avec la prise de position du Conseil fédéral qui s'oppose à l'aspect de la discrimination sur la base de l'identité de genre. Le Conseil fédéral pense qu'un tel élargissement va trop loin et qu'il faut s'en tenir à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, cela pour deux raisons.

La première raison est que le droit en vigueur protège déjà les personnes à titre individuel ou en tant que groupe contre la haine visant l'orientation sexuelle et l'identité de genre. Le Conseil fédéral cite notamment l'article 177 du Code pénal qui punit quiconque attaque autrui dans son honneur en lien avec l'homosexualité, la transidentité ou encore l'intersexualité. Mais il reconnaît que le projet de la commission va plus loin que le droit en vigueur puisqu'il englobe les

AB 2018 N 1585 / BO 2018 N 1585

discriminations à l'encontre d'un groupe en raison de son orientation sexuelle et de son identité sexuelle.

La deuxième raison du refus du Conseil fédéral réside dans la difficulté à définir le critère de l'identité de genre. Il estime que l'identité de genre est une notion floue qui fait référence à un sentiment individuel, intime et subjectif, et que le périmètre de ce groupe de personnes est difficile à définir.

Suite à cette prise de position, une nouvelle discussion a été tenue en commission. Plusieurs commissaires ont fait remarquer que les débats avaient déjà duré plusieurs années et que l'on était mûr pour prendre une décision en connaissance de cause. Des membres de la commission ont relevé le fait que la taille du groupe ne diminue pas la responsabilité de la société vis-à-vis des personnes transidentitaires, qui sont quand même environ 40 000 dans notre pays.

Les recommandations du Conseil de l'Europe en 2009 ont inclus la question de l'identité de genre. Il serait dommageable d'édicter une loi qui serait déjà dépassée en supprimant cet aspect important. Un autre membre de la commission a relevé le fait que tous les cantons, à une exception près, ont plébiscité cette option. Il s'agit de les prendre au sérieux.

Au final, la commission s'est prononcée, par 13 voix contre 11, en faveur de la proposition comportant les deux critères de discrimination.

Je vous propose donc, au nom de la majorité de la commission, d'entrer en matière sur le projet d'acte et d'accepter la solution proposée incluant les deux aspects de discrimination.

Nidegger Yves (V, GE): Ce n'est pas lorsque les injustices ou les discriminations sont fortes qu'elles sont combattues, cela n'arrive jamais historiquement, mais c'est toujours lorsque les injustices et les discriminations diminuent, voire lorsqu'elles ont complètement disparu qu'elles sont combattues. C'est vrai pour les révoltes, vous connaissez tous "l'effet Tocqueville" à propos de la Révolution française, c'est vrai ici aussi. C'est bien parce qu'il n'y a plus personne pour promouvoir l'idée que l'on doive discriminer autrui sur la base de son orientation sexuelle ou sur la base de ce qu'il est d'une manière générale que ce Parlement, sentant avoir le vent dans le dos, a le courage de légiférer, à l'exemple des poissons morts qui sont emportés par le courant, ce qu'un poisson vivant ne fait jamais.

Le fait que le Parlement s'intéresse à cela est un bon signe – cela montre que le problème dont on parle est derrière nous –, et il faut s'en réjouir. Mais lorsque le Parlement agit, il le fait par la législation, et il le fait aujourd'hui par le plus mauvais bout possible, qui est le droit pénal. Le droit pénal, c'est la bombe atomique dans l'arsenal du droit, c'est ce que l'on utilise en dernier recours lorsque, véritablement, il faut dissuader un large nombre de personnes de commettre des actes socialement dangereux, et on a choisi en plus dans le droit pénal une disposition particulièrement problématique.

Je vous rappelle que l'article 261bis de notre Code pénal a valu en 2015 une condamnation de la Suisse par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg pour violation de la liberté d'expression et que, en 2017, trois autres condamnations – cela en fait quatre sur deux ans – ont été infligées par Strasbourg à la Suisse pour les mêmes raisons. Cet article contient des éléments juridiques flous qui,



évidemment, sont problématiques à appliquer.

Je vous lis l'avis de la juge allemande de la Cour européenne des droits de l'homme sur ce sujet: "La règle pénale que renferme l'article 261bis alinéa 4 est libellée de telle sorte que l'on ne sait pas vraiment si les juridictions censées l'appliquer doivent décider elles-mêmes si tel ou tel événement historique mérite le qualificatif de 'génocide'" – il était question de ce sujet à l'époque – "et, dans l'affirmative, sur quel fondement. Laisser subsister un grand doute dans des débats aussi importants compromet la liberté d'expression plus qu'il n'est nécessaire dans une société démocratique."

On aurait pu espérer de la majorité de la commission, sensible à la jurisprudence de Strasbourg, qu'elle entende le message et veuille préciser ou corriger cette disposition. C'est malheureusement l'inverse qui s'est produit: on va y ajouter deux notions juridiquement problématiques et indéfinissables que sont d'une part l'"orientation sexuelle" et, d'autre part, l'"identité sexuelle".

L'orientation sexuelle se définit par une pulsion, une direction du désir. Alors, des hommes attirés par des hommes, cela c'est facile à comprendre; des femmes attirées par des femmes, aussi. La bisexualité comme orientation, c'est une boussole qui vous indiquerait à la fois le nord et le sud; l'orientation est évidemment difficile. Et je ne vous parle pas de l'intersexualité et de toutes les initiales que l'on ajoute au groupe LGBT, etc. – toutes les trois semaines, on ajoute une nouvelle lettre. Cela montre bien qu'on est dans un flou relativement important.

Je lis déjà dans la jurisprudence de demain de la Cour européenne, en condamnant la Suisse bien sûr, qu'on ne sait pas si les juridictions censées appliquer la nouvelle norme pénale contre la discrimination sexuelle doivent décider elles-mêmes si la pédophilie, la bisexualité, la gérontophilie, la nécrophilie, le fétichisme, la zoophilie, et j'en passe – la créativité humaine en la matière étant inépuisable –, sont des orientations sexuelles qui doivent être protégées ou qui ne doivent pas l'être. Nous allons au-devant de nouvelles condamnations en utilisant à nouveau des termes idéologiquement très tendance, mais aussi tendance qu'ils sont indéfinis.

S'agissant de l'identité de genre, c'est aussi une notion problématique. Il y a deux genres: le genre masculin et le genre féminin. Il peut y avoir quelques personnes qui désirent en changer. Mais, si vous vous mettez à appliquer l'article 261bis en disant qu'il n'est pas permis de refuser une prestation à quelqu'un – parce que c'est ce que dit l'alinéa 5 – en raison de son orientation ou de son genre, vous allez exactement à fin contraire de ce que l'auteur de l'initiative voudrait.

Il existe aujourd'hui des fitness réservés aux femmes, ce qui implique évidemment qu'on doive les interdire aux hommes, donc les interdire à quelqu'un en raison de son appartenance à un genre, de son identité de genre. Il y a aussi une revendication des mouvements homosexuels masculins, qui demandent à ce que l'on réserve des EMS aux personnes de cette orientation, ce qui signifie que, pour les leur réservé, il faudra évidemment en interdire l'accès aux personnes qui ont d'autres orientations. Vous allez donc lutter contre les revendications féminines de parkings pour les femmes, d'hôtels pour les femmes, de fitness pour les femmes – et que sais-je encore –, et contre les revendications des mouvements homosexuels qui souhaiteraient qu'on leur réserve également des prestations.

En d'autres termes, cette norme est extrêmement mal faite. Le seul moyen de bien faire, c'est de se réjouir du fait que la discrimination aujourd'hui soit réprouvée de manière générale, du fait que personne n'ait l'idée, ni dans cette salle ni en dehors, de maltraiter quelqu'un en raison de ce qu'il est sexuellement ou pour n'importe quelle autre raison, et de ne pas utiliser le droit pénal, qui est une ultima ratio, pour des questions qui ne se posent plus et qui par conséquent, si le projet était accepté, ne poseront que des problèmes supplémentaires. Je vous remercie de ne pas entrer en matière, et si vous deviez, à Dieu ne plaise, le faire, de suivre la minorité Bauer et le Conseil fédéral sur la question de l'identité de genre.

Herzog Verena (V, TG): Nationalratskollege Nidegger, vielleicht noch auf Deutsch: Sind Sie nicht auch der Meinung, dass durch die Bundesverfassung die Homosexuellen richtigerweise eigentlich genügend vor Diskriminierung geschützt sind?

Nidegger Yves (V, GE): Oui, évidemment. Cela dit, le Code pénal est là pour sanctionner des gens qui adoptent des comportements jugés mauvais. Ainsi, le droit à la vie est également inscrit dans la Constitution et il existe une norme pénale qui vous interdit de tuer, même votre belle-mère lorsqu'elle l'a mérité. Ce n'est pas parce qu'une disposition est dans la Constitution qu'on ne doit pas forcément l'appliquer, mais je suis d'accord avec vous sur le fond: la protection contre la discrimination est aujourd'hui une valeur de notre société et

AB 2018 N 1586 / BO 2018 N 1586

il n'est pas nécessaire de menacer de prison des gens qu'on soupçonnerait de vouloir ne pas partager cette



AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Nationalrat • 5014 • Zwölfte Sitzung • 25.09.18 • 08h00 • 13.407
Conseil national • 5014 • Douzième séance • 25.09.18 • 08h00 • 13.407



valeur.

Portmann Hans-Peter (RL, ZH): Ja, Herr Kollege, nach dieser Frage unserer Nationalrätin die Gegenfrage: Ist es in der Schweiz nicht so, dass in unserer Verfassung zwar viele Dinge stehen, die aber, weil wir kein Verfassungsgericht haben, nicht einklagbar sind? Wenn etwas nicht einklagbar ist, ist man eben auch nicht geschützt.

Nidegger Yves (V, GE): Oui et non, Monsieur Portmann, mais en tout cas le droit pénal n'est pas le seul moyen de faire valoir un principe. C'est le dernier moyen, c'est l'ultima ratio, lorsqu'on n'a vraiment pas d'autre choix que celui-là. Et ce n'est pas le cas ici.

*Die Beratung dieses Geschäftes wird unterbrochen
Le débat sur cet objet est interrompu*