

La transidentité dans les politiques pénales suisses : de l'impensé à l'effacement ?

Camille Montavon*

Table des matières

Résumé.....	1
Zusammenfassung	2
1. Introduction	2
2. La transidentité, un impensé (des politiques pénales) au XX ^e siècle ..	5
3. L'inclusion de l'identité de genre dans le droit pénal antidiscriminatoire : récit d'une tentative échouée	7
3.1 Des débats parlementaires gouvernés par l'argument de l'imprécision terminologique	8
3.2 Au-delà du prétendu flou notionnel, des hypothèses explicatives alternatives.....	13
4. La loi pénale face aux violences transphobes	17
4.1 Une absence de protection spécifique aux effets excluants.	17
4.2 Une victimisation accrue des personnes trans	19
5. Remarques conclusives, à l'aube d'une répétition du débat ?	23

Résumé

En Suisse, le sujet de la transidentité est longtemps absent des discours de politique pénale, à l'inverse de l'homosexualité qui occupe largement les pénalistes, d'abord sous l'angle de la répression, puis, dès 2013, de la protection contre la discrimination. C'est dans le prolongement de ces considérations de droit pénal antidiscriminatoire que l'identité de genre intègre, en 2018, les débats parlementaires, pour en être aussitôt exclue, rayée du projet de loi visant son ajout aux critères protégés par l'art. 261^{bis} CP incriminant

* Docteure en droit, Maître-Assistante à la Faculté de droit de l'Université de Genève, co-responsable de la Law Clinic sur les droits des personnes vulnérables.

l'incitation à la haine et la discrimination. Ainsi la trajectoire de la transidentité dans les politiques pénales semble-t-elle passer d'un impensé à un effacement. Pour tester cette hypothèse, nous analysons l'appréhension pénale de la « question trans » depuis l'élaboration du code pénal fédéral, pour finalement évaluer les conséquences de l'absence de protection spécifique des personnes trans dans la législation pénale, au regard des connaissances scientifiques et statistiques sur leur victimisation en matière de criminalité de haine.

Zusammenfassung

Transidentität war lange Zeit kein Thema in der Strafrechtspolitik, im Gegensatz zur Homosexualität, welche die Strafrechtler lange beschäftigten, zuerst unter dem Aspekt der Strafverfolgung und, ab 2013, unter dem des Schutzes vor Diskriminierung. Im Zuge von Überlegungen zu einem nicht diskriminierenden Strafrecht findet die Geschlechtsidentität 2018 Eingang in die parlamentarische Debatte. Sie wurde jedoch sofort aus dem Gesetzesentwurf entfernt, mit dem sie zu den durch Art. 261^{bis} StGB geschützten Kriterien der Diskriminierung und des Aufrufs zu Hass hinzugefügt werden sollte. Die Transidentität in der Strafrechtspolitik scheint sich also von einer Undenkbarkeit zu einer Auslöschung zu entwickeln. Um diese Hypothese zu testen, wird die Behandlung von Transidentität im Strafrecht seit der Ausarbeitung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs untersucht. Schliesslich werden die Folgen des Fehlens eines besonderen Schutzes von Transpersonen im Strafrecht angesichts der wissenschaftlichen und statistischen Erkenntnisse über ihre Viktimisierung durch Hasskriminalität beurteilt.

1. Introduction

« *Transgender persons are strangers to the law* » écrit le chercheur John Nguyet Erni¹. La transidentité désigne une identité de genre différente du sexe assigné à la naissance, soit un désaccord entre le genre ressenti et le sexe biologique². Au cours des quinze dernières années, le traitement social, puis juridique, de la transidentité s'est construit à travers la notion d'identité de genre, elle-même adoptée dans différents textes juridiques internationaux et européens, ainsi que dans le droit interne de certains pays³. Le vocable *identité de genre* ou

1 John Nguyet Erni, Legitimizing Transphobia: The legal disavowal of transgender rights in prison, *Cultural Studies* 1/2013 136.

2 Arnaud Alessandrin, *Sociologie des transidentités*, Paris 2018, 122.

3 Alexandre Jaunait, *Genèses du droit de l'identité de genre : Approche des configurations sociojuridiques*, *Droit et société* 2/2020 430 et 434, où l'auteur précise que « la notion d'identité de genre dans des systèmes de droit variés en est ainsi venue à incarner une «question trans» des sociétés

transidentité est en cela récent, et vient remplacer celui, pathologisé, de *transsexualisme* ou *transsexualité*⁴.

Parce que le droit positif est largement pensé en référence à une binarité du sexe biologique, l'identité de genre reste difficilement appréhendée juridiquement, en tous les cas controversée, compliquant la traduction de la « question trans » dans le droit. Tel est le cas en Suisse, où la législation fédérale ne nomme pas (textuellement) l'identité de genre, mais se réfère uniquement au sexe, masculin ou féminin. Si d'importants développements ont néanmoins été réalisés en matière de droits des personnes trans, notamment avec la simplification de la procédure de changement de sexe à l'état civil en 2022⁵, il est une discipline juridique pour laquelle la transidentité semble à première vue demeurer étrangère : le droit pénal.

En effet, la transidentité est longuement absente des discours de politique pénale⁶, à l'inverse de la question homosexuelle – à laquelle est fréquemment reliée la question trans dans les luttes sociales et revendications politico-juridiques – qui, elle, a largement occupé les pénalistes, tant sous l'angle de la répression des actes homosexuels que de celui de l'incrimination de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle⁷. L'identité de genre n'intègre ces

contemporaines, l'identité de genre étant généalogiquement attachée aux premières représentations et formulations de la transidentité ». La concrétisation juridique de cette question trans s'est notamment faite à travers la reconnaissance du principe d'autodétermination du genre à l'état civil (à ce propos, cf. CourEDH, *Affaire A.P. Garçon et Nicot c. France*, requêtes n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, 6.4.2017 ; et pour approfondir : Olivia Bui-Xuan, *Le droit au défi des identités de genre*, *Revue des droits et libertés fondamentaux* 19/2022 s.p.).

4 Chloé Maillet, *Du travestissement à la question trans* au Moyen Âge : L'exemple d'Hildegonde-Joseph dans un monastère du XIIe siècle à Schönau*, in : Anne Castaing/Fanny Lignon (éd.), *Travestissements : Performances culturelles du genre*, Aix-en-Provence 2020, 53. Dans la mesure où la transidentité ne relève pas de la sexualité, il se justifie d'autant plus que les personnes concernées soient désignées non pas comme *transsexuelles* mais comme *trans*, *transgenres* ou *transidentitaires*, tant d'expressions auxquelles s'ajoutent d'autres (p. ex. *non binaires* pour les personnes qui ne s'identifient pas à la binarité des genres). En effet, comme l'explique Chloé Maillet, « [l]a variabilité des autodéfinitions des personnes trans* est très vaste, parce qu'elle correspond à une constellation d'expériences personnelles » (id.). C'est également pour cette raison que nous favorisons ici le terme parapluie *trans*.

5 Art. 30b CC.

6 Par *politique pénale*, nous entendons, dans la suite de Nicolas Queloz, « un sous-ensemble de la politique criminelle », dont la fonction « est d'élaborer les *incriminations* (définition des infractions) et les *sanctions* qui s'ensuivent et qui s'individualisent dans les *sentences* prononcées par la justice pénale » (mise en évidence ajoutée lors de la rédaction ; Nicolas Queloz, *Politique criminelle*, in : *Dictionnaire de criminologie en ligne*, 2010, <<http://www.criminologie.com>> [consulté le 30.1.2024]). Comme plus grand dénominateur, la politique criminelle désigne les actions de prévention et de contrôle de la criminalité, ainsi que de réaction à celle-ci (id.).

7 A ce propos, cf. Camille Montavon, *De la criminalisation de la « débauche contre nature » à la répression de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle : l'homosexualité dans le droit pénal suisse du XIX^e siècle à nos jours*, RPS 140/2022 27 ss.

discours qu'en 2018, lors des débats parlementaires relatifs à l'ajout de l'identité de genre dans la liste des critères couverts par l'art. 261^{bis} CP incriminant l'incitation à la haine et la discrimination ; elle en est cependant presque aussitôt exclue, se voyant rayée du projet de révision législative. D'où cette interrogation : l'appréhension pénale de la question trans (formulée juridiquement à travers la notion d'identité de genre) se résume-t-elle en le passage d'un impensé à un effacement ?

Pour répondre à cette question, la présente contribution retrace la trajectoire de la transidentité dans les politiques pénales suisses, en prenant pour point de départ l'élaboration du code pénal fédéral de 1937. Nous éclaircissons d'abord les raisons de l'absence de préoccupation des pénalistes pour la transidentité à cette époque (2). Nous nous arrêtons ensuite plus longuement sur la tentative échouée d'inclusion des personnes trans dans la liste des groupes « protégés »⁸ par l'art. 261^{bis} CP. Sur la base d'une analyse des travaux parlementaires, nous discutons de l'argumentaire ayant soutenu cette issue législative (3) pour enfin préciser ses conséquences juridiques, au regard des connaissances scientifiques sur la victimisation des personnes trans en matière de criminalité de haine⁹ (4). Ce faisant, la présente recherche contribue au défrichage du terrain encore très peu investi qu'est celui des *trans studies* en Suisse, en particulier par les juristes et les criminologues¹⁰.

-
- 8 Nous utilisons le terme *protégé* dans la mesure où celui-ci reflète le but de protection attribué aux dispositions pénales antidiscriminatoires par les autorités politiques et législatives. Il importe néanmoins de garder à l'esprit les limites du droit pénal comme outil de dissuasion ou de protection (cf. p. ex. Christian-Nils Robert, *L'abolition*, in : Collectif Octobre 2001 (éd.), *Comment sanctionner le crime ?*, Ramonville 2002, 35 ss ; André Kuhn, *Peut-on se passer de la peine pénale ?*, *Revue de Théologie et de Philosophie* 2/2009 179 ss ; Margaux Coquet, *L'abolition du système pénal*, thèse, Lyon 2021 ; et dans les théories critiques de la législation sur les lois pénales antidiscriminatoires plus spécifiquement, cf. p. ex. Dean Spade/Craig Wilse, *Confronting the Limits of Gay Hate Crimes Activism: A Radical Critique*, *Chicano Latino Law Review* 21/2000 38 ss ; Sarah Lamble, *Queer Necropolitics and the Expanding Carceral State*, *Law Critique* 24/2013 229 ss. Cette précision faite, nous renonçons à l'usage des guillemets dans la suite de cette contribution.
- 9 Les crimes de haine sont des violences commises à l'encontre d'une personne en raison d'une caractéristique identitaire (p. ex. la « race », l'ethnie, la religion, l'orientation sexuelle, l'identité de genre), à savoir parce qu'elle appartient à un groupe social envers lequel l'auteur ou auteure des actes considérés ressent une forme d'hostilité ou de préjugé. Le discours de haine s'en distingue en ce qu'il s'adresse à un public tiers, dont il s'agit d'attiser l'animosité envers le groupe cible. Pour approfondir : Camille Montavon, *À propos des crimes de haine anti-LGBT : théorisation, législation et perspectives en droit pénal suisse*, *Nouvelle Revue de Criminologie et de Politique Pénale* 2/2023 12 ss.
- 10 Cf. Alecs Recher, *Les droits des personnes trans*, in : Andreas R. Ziegler/Michel Montini/Eylem Ayse Copur (éd.), *Droit LGBT*, Bâle 2015, 101 ss ; Lynn Bertholet/Roxane Sheybani, *Quels droits pour les personnes transgenres en 2019 ?*, *Revue de l'avocat* 2019 203 ss ; Jean-Sébastien Blanc/Nicolas Peigné, *La prison est-elle compatible avec la diversité ? Le cas des personnes transgenres en détention*, *Revue médicale suisse* 8/2022 1353 ss ; Quentin Markarian, *Peine privative*

2. La transidentité, un impensé (des politiques pénales) au XX^e siècle

A l'inverse de l'homosexualité, qui est d'abord érigée en infraction par plusieurs codes pénaux cantonaux au XIX^e siècle, puis partiellement pénalisée dans le code pénal fédéral de 1937 avant d'être totalement légalisée en 1992¹¹, la transidentité, *per se*, n'est pas appréhendée par le droit pénal suisse durant les siècles derniers. En effet, alors que le traitement juridique à réserver aux actes homosexuels préoccupe largement les parlementaires dans le cadre des travaux d'unification du droit pénal (dès la fin des années 1880) et de révision du droit pénal des mœurs (à partir de 1970), la transidentité est quant à elle totalement absente de ces réflexions.

Que la transidentité apparaisse comme un impensé des politiques pénales trouve cependant une explication des plus pragmatiques : jusqu'à la moitié du XX^e siècle, la médecine et la psychiatrie elles-mêmes ignorent la transidentité. Or, comme le montre Thierry Delessert, ce sont la médecine et la psychiatrie qui façonnent des catégories, dont le droit s'empare éventuellement par la suite¹². Inconnue de la médecine, la transidentité ne pouvait donc exister juridiquement. C'est pourquoi il s'agit aussi de faire preuve de prudence pour éviter tout anachronisme conceptuel, en tenant compte du fait que la *transidentité*, l'*identité de genre* et les personnes trans ne sont pas encore désignées comme telles au siècle dernier¹³.

Les recherches sur le sujet se développent à partir des années 1950 aux Etats-Unis, notamment grâce aux travaux pionniers des médecins Harry Benjamin, John Money et Robert Stoller. A cette époque, la discordance entre le « sexe » ressenti et le sexe biologique est clinique et pathologisée, sous l'appellation de *transsexualisme*, pendant que les premières opérations de réassignation sexuelle, souvent expérimentales, voient le jour¹⁴. En Suisse, de telles pratiques

de genre : ce que la prison fait aux identités et corps trans, in : In-corpore: ce que le droit fait à nos corps, Zurich 2024 (à paraître).

11 Cf. n. 7.

12 Thierry Delessert, L'homosexualité dans le Code pénal suisse de 1942 : Droit octroyé et préventions de désordres sociaux, Vingtième Siècle Revue d'histoire 3/2016 125 ss ; Thierry Delessert, Sortons du ghetto : Histoire politique des homosexualités en Suisse, 1950-1990, Zurich/Genève 2021.

13 Dans la même veine, Gabrielle Houbre, Parcours transgenres dans la France du XIX^e siècle, médecine/sciences 10/2022 806 note que « l'historien.ne doit ici rester humble, afin de ne pas risquer l'anachronisme de sensibilité avec des catégories d'identité de genre et de sexualité inadéquates ».

14 Arnaud Alessandrin, *op. cit.* n. 2, 19 ss ; Taline Garibian, La fabrique chirurgicale du sexe : Une histoire de la sexuation des corps trans en Suisse romande (1940-1960), in : Hélène Martin/Marta Roca i Escoda (éd.), Sexuer le corps : Huit études sur des pratiques médicales d'hier et d'aujourd'hui, Lausanne 2019, 41 ; Alexandre Jaunait, *op. cit.* n. 3, 432.

sont effectuées dès les années 1940, en l'absence de toute réglementation juridique, et avant même la création d'une catégorie nosographique, en 1980, lors de l'inscription d'un diagnostic de transsexualisme dans le Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM)¹⁵.

Taline Garibian, historienne de la médecine, explique que, avant cela, et à défaut de diagnostic spécifique, la psychiatrie suisse appréhendait les dissonances entre sexe/genre ressenti et sexe biologique à travers les figures du travesti, de l'homosexuel ou de l'intersexué, lesquelles ont tendance à être amalgamées¹⁶. L'identification des personnes trans – que l'on ne nomme pas encore – semble donc se faire à travers des caractéristiques d'expression de genre telles que les vêtements, qui sont elles-mêmes considérées comme du travestissement et rattachées à l'homosexualité, dont certaines manifestations sont encadrées par la norme pénale jusqu'en 1992¹⁷.

Ayant à l'esprit le pouvoir exercé par la médecine et la psychiatrie sur les catégorisations juridiques¹⁸, il n'est donc guère surprenant d'observer que le droit pénal ne s'intéresse pas spécifiquement à la personne trans au XX^e siècle, mais que des autorités de poursuite pénale adhèrent à l'amalgame scientifique entre homosexualité et travestissement, lequel pouvait être, mais pas forcément, une expression de la transidentité. Des traces d'un tel rapprochement peuvent notamment être retrouvées dans les archives de la police du canton de Berne qui procède, de 1977 à 1990, à un fichage des individus suspectés d'être homosexuels¹⁹. Ces cartes de renseignement policières sont alors révélatrices d'une certaine classification sémantique de l'homosexualité, en l'occurrence exclusivement masculine, et revenant à catégoriser la personne fichée selon des « particularités », parmi lesquelles figurent le « travesti »²⁰. Aussi Thierry

15 Taline Garibian, *op. cit.* n. 14, 35 s. et 41. Également intégrée dans la Classification Internationale des Maladies (CIM), la notion de transsexualisme en est retirée en 2022, avec la dépsychiatriation de l'« incongruence de genre ». Le DSM V, adopté en 2013, se réfère à la « dysphorie de genre », qui n'est plus considérée comme un trouble mental (Hervé Picard/Simon Jutant, Rapport relatif à la santé et aux parcours de soins des personnes trans remis au ministre des Affaires sociales et de la Santé, s.l. 2022, 17).

16 Taline Garibian, *op. cit.* n. 14, 47 s. Cf. ég. Thierry Delessert, Des testicules au cerveau : Convertir chirurgicalement un corps homosexuel (1916-1960), in : Hélène Martin/Marta Roca i Escoda (éd.), *Sexuer le corps : Huit études sur des pratiques médicales d'hier et d'aujourd'hui*, Lausanne 2019, 17 ss.

17 Thierry Delessert (2021), *op. cit.* n. 12, 4.

18 Au sujet de « l'autorité médicale » (« *medical authority* ») sur les questions juridiques liées à la transidentité et sur les existences trans plus généralement, cf. Dean Spade, *Laws as Tactics*, *Columbia Journal of Gender Law* 2011 47 ss.

19 François Baur/Alecs Recher, *Historique*, in : Andreas R. Ziegler/Michel Montini/Eylem Ayse Copur (éd.), *Droit LGBT*, Bâle 2015, 4; Thierry Delessert (2021), *op. cit.* n. 12, 228 ss, qui relate également des fichages dans le canton de Zurich.

20 Thierry Delessert (2021), *op. cit.* n. 12, 232, avec reproduction d'une fiche. Les autres particularités susceptibles d'être cochées sont « bisexuel », « fétichiste », « fréquente les milieux de la

Delessert note que, si le travestissement n'est certes pas une infraction en soi dans le code pénal, il est néanmoins « une profonde transgression des normes de genre » et « communément associé à l'homosexualité »²¹.

De là, il peut être supposé que des affranchissements des normes de genre, en public, aient fait l'objet d'une répression policière à tout le moins en tant qu'« épiphénomènes » de l'homosexualité²². Un travail de recherche historique dans les archives de police et judiciaires des différents cantons serait au surplus nécessaire afin de savoir si, comme certaines manifestations de l'homosexualité, des expressions d'une identité de genre différente du sexe assigné à la naissance ont été appréhendées sur la base de l'art. 203 aCP incriminant l'outrage public à la pudeur²³. La question se pose d'autant plus que l'art. 203 aCP est largement utilisé dans les années 1950 et 1960 comme fondement d'arrestations policières dans les établissements fréquentés par des hommes gays²⁴.

Toujours est-il que la transidentité est bien, en tant que telle, un impensé des politiques pénales du XX^e siècle, et même de ce début de siècle. Car il faut en effet attendre 2018 pour que la question trans intègre les discours politico-juridiques relatifs au droit pénal.

3. L'inclusion de l'identité de genre dans le droit pénal antidiscriminatoire : récit d'une tentative échouée

La question trans gagne en importance durant les trois dernières décennies dans les pays d'Europe, comme aux Etats-Unis, en même temps que se multiplient les revendications adressées à l'Etat par les associations LGBT+²⁵, notamment sous l'angle de la lutte contre les discriminations au moyen du

drogue », « photographies pornographiques », « masochiste », « sodomite », « voleur », « sadique », « brigand » et, de manière pour le moins surprenante, « propriétaire d'animal ».

21 Thierry Delessert (2021), *op. cit.* n. 12, 233.

22 Dans un même sens, Thierry Delessert (2021), *op. cit.* n. 12, 4. Notons que le travestissement est prohibé par certaines dispositions réglementaires cantonales au XX^e siècle, p. ex. par l'ancien art. 31a du Règlement genevois du 17.6.1955 sur la propreté, la salubrité et la sécurité publiques, qui interdit de se travestir lors d'une participation à une réunion ou une manifestation ; l'interdiction est néanmoins abandonnée en raison de l'imprécision de la notion de travestissement (GE, Secrétariat du Grand Conseil, Rapport de la Commission judiciaire, PL 9126-A, 13.4.2005, 13 et 20).

23 A ce propos : Camille Montavon (2022), *op. cit.* n. 7, 33 s.

24 Roger Portmann, *Konzepte männlicher Homosexualität in der Schweiz 1932-1967 im Spiegel der Zeitschriften « Freundschafts-Banner », « Menschenrecht » und « Der Kreis »*, Zurich 2000, 86.

25 L'acronyme *LGBT* désigne les personnes lesbiennes, gaies, bisexuelles et trans. L'apposition du signe + vise à inclure la diversité des sexualités, des genres, et des caractéristiques sexuelles.

droit pénal²⁶. En Suisse, l'année 2018 est à cet égard significative, puisque le sujet de la transidentité s'imisce pour la première fois dans les politiques pénales, lorsqu'est discutée l'opportunité d'ajouter l'identité de genre dans la liste des caractéristiques identitaires protégées par l'art. 261^{bis} CP incriminant l'incitation à la haine et la discrimination. Si les premières réflexions relatives à la transidentité dans le droit pénal se font donc du point de vue de sa protection contre la discrimination et non de sa répression (contrairement à l'homosexualité), elles manquent toutefois d'aboutir. Afin d'en comprendre les raisons, nous analysons les débats parlementaires relatifs au projet de révision de la norme pénale antidiscriminatoire. Nous discutons les arguments politico-juridiques fondant le refus d'intégration de l'identité de genre dans l'art. 261^{bis} CP (3.1), tout en envisageant des hypothèses explicatives alternatives, à la lumière des connaissances criminologiques sur le sujet (3.2).

3.1 Des débats parlementaires gouvernés par l'argument de l'imprécision terminologique

En mars 2013, le conseiller national socialiste Matthias Reynard dépose une initiative parlementaire visant à compléter l'art. 261^{bis} CP réprimant l'incitation à la haine et la discrimination publiques fondées sur la « race », l'ethnie et la religion, pour y ajouter le critère de l'orientation sexuelle. Là encore, si l'homosexualité (et la bisexualité) se retrouve au cœur de discours de politiques pénales, cette fois en tant que critère identitaire à protéger contre la discrimination, la transidentité, elle, y échappe. Dans un premier temps du moins, puisque, en mai 2018, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) présente un projet de modification de la norme excédant la révision projetée dans l'initiative parlementaire, en proposant son extension non seulement à l'orientation sexuelle, mais également à l'identité de genre²⁷. Sur le constat que les personnes trans et intersexuées « sont souvent confrontées aux mêmes actes haineux ou discriminatoires que les homosexuels et les bisexuels »²⁸, la CAJ-N explique vouloir « régler le problème de manière globale »²⁹. Elle invoque, à l'appui, les diverses recommandations adressées à la Suisse par des organes onusiens et du Conseil de l'Europe, en faveur de l'inclusion de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre dans la liste des critères

26 Dean Spade/Craig Wilse, *op. cit.* n. 26, 38 ss; Massimo Prearo, *Le moment politique de l'homosexualité*, Lyon 2019; Laurel Westbrook, *Unlivable Lives: Violence and Identity in Transgender Activism*, Oakland 2021, 1 ss.

27 Conseil national, Rapport de la Commission des affaires juridiques du 3.2.2017, 3.

28 FF 2018 3908.

29 FF 2018 3900.

protégés par l'art. 261^{bis} CP³⁰, non sans rappeler que l'identité de genre est couverte par le droit pénal antidiscriminatoire de plusieurs pays étrangers³¹.

Le projet de la CAJ-N s'accompagne de définitions de l'*orientation sexuelle* et de l'*identité de genre*, qu'il convient ici de restituer, tant la question terminologique occupera le Conseil fédéral et les Chambres parlementaires par la suite : « 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 individus. [...] 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 conduire »³². Ces définitions sont issues des Principes de Jogjakarta³³, devenus référence en la matière sur la scène internationale, et largement utilisés dans d'autres documents de *soft law* des Nations Unies et du Conseil de l'Europe³⁴.

Pourtant, c'est bien un problème de flou terminologique qui mène le Conseil fédéral, dans son avis du 15 août 2018, à recommander de ne pas suivre le projet de la CAJ-N, et de s'en tenir au texte de loi proposé dans l'initiative parlementaire. En effet, tout en concédant que les définitions de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre proposées dans le projet « font l'objet d'un consensus » et que « que le juge pénal pourra [s'y] référer », le gouvernement parvient à la conclusion que la notion d'identité de genre (mais pas celle d'orientation sexuelle) poserait de trop grandes difficultés d'interprétation, faute d'exister en droit suisse et d'être délimitable³⁵. Parce qu'« elle correspond à un sentiment individuel et profondément intime qui est indépendant du sexe biologique, de l'état civil et de l'orientation sexuelle », cette notion serait trop « vague » et « problématique du point de vue de la prévisibilité du droit

30 FF 2018 3907 et les documents onusiens cités, auxquels peuvent notamment être ajoutés aujourd'hui : Nations Unies, Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Suisse, CCPR/C/CHE/CO/4, 22.8.2017, § 16 s ; Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Résolution 2417 (2022), § 14.

31 FF 2018 3908.

32 FF 2018 3908 s.

33 Préambule des Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre (Principes de Jogjakarta), mars 2007.

34 Not. Nations Unies, Assemblée générale, A/HRC/19/41, 17.11.2011 ; Conseil de l'Europe, Human Rights and Gender Identity, 29.7.2009, 3.

35 FF 2018 5331.

pénal »³⁶. Il est intéressant de relever que ce problème terminologique ne s'est guère posée en France notamment, où la clarté de la notion d'identité de genre, pourtant similairement inconnue en droit interne, s'était imposée comme une évidence au Conseil constitutionnel en 2016, lors de l'examen de la loi Egalité et citoyenneté, introduisant l'identité de genre dans le champ d'application des infractions contre l'honneur et de provocation à la discrimination³⁷.

L'argument du Conseil fédéral sera largement repris par les parlementaires opposés à l'inclusion de l'identité de genre dans l'art. 261^{bis} CP durant les débats de 2018, qui se font le lieu d'une scission nette entre partis de gauche et de droite, laissant apparaître des approches différentes des fonctions mêmes de la loi pénale. Pour les socialistes, au-delà d'un souci de cohérence de la norme qui, selon elles et eux, devrait répondre globalement aux violences touchant l'ensemble de la communauté LGBT+³⁸, c'est la dimension symbolique et expressive du droit pénal qui est mise en avant. Est alors évoquée « *die faktische Kraft des Normativen* » – en ce sens que « *[i]m Strafrecht sagen wir als Gesellschaft, was wir nicht wollen* »³⁹ –, ou encore « *[das] starke Zeichen der Menschlichkeit* » que représenterait la modification de l'art. 261^{bis} CP⁴⁰.

Il s'agit là d'une fonction symbolique et déclarative fréquemment attribuée à la législation sur les crimes et discours de haine, laquelle permet d'envoyer un message clair sur le plan sociopolitique, tel qu'observé par les criminologues⁴¹. Ces normes pénales antidiscriminatoires seraient ainsi l'expression d'une désapprobation étatique de certaines formes de violences identitaires et, en miroir, d'un engagement en faveur de la protection (des droits humains) des personnes qui y sont exposées. Aussi l'extension de l'art. 261^{bis} CP devrait-elle offrir aux personnes homosexuelles, bisexuelles et trans une reconnaissance de leur légitimité en tant que citoyens et citoyennes et êtres humains, et, en revers, de l'illégitimité et de la gravité des discriminations à leur égard⁴². Il peut

36 Id.

37 Alexandre Jaunait, *op. cit.* n. 3, 444 ss. La notion est aujourd'hui présente dans diverses dispositions du Code pénal français (art. 132-77, 222-13, 225-1, 225-4-13, 226-19).

38 BO 2018 N 1913 ; BO 2018 E 854 ; BO 2018 N 1913. Relevons une position similaire au sein du PLR, à savoir celle de Giovanni Merlini (BO 2018 N 158).

39 BO 2018 E 854.

40 BO 2018 N 1913.

41 A ce propos, cf. Frederick M. Lawrence, *Punishing Hate*, Cambridge 1999 ; Paul Iganski, 'Hate Crime' and the City, Bristol 2008 ; Ryken Grattet/Valerie Jenness, *Transforming Symbolic Law into Organizational Action: Hate Crime Policy and Law Enforcement Practice*, *Social Forces* 87/2008 501 ss ; Gail Mason, *The Symbolic Purpose of Hate Crime Law*, *Theoretical Criminology* 1/18, 75 ss ; Kay Goodall/Mark Walters, *Legislating to address hate crimes against the LGBT community in the Commonwealth*, s.l. 2019, 15 ss.

42 Sur ce point, cf. ég. Camille Montavon (2023), *op. cit.* n. 9.

être vu ici un écho des théories criminologiques évoquant, dans les années 1990, la fonction de « *remoralization* » du droit pénal⁴³.

En opposition, les discours politico-juridiques des représentants et représentantes des partis de droite et de centre-droite (UDC, PDC et, dans une certaine mesure, PLR) répètent majoritairement l'argument du Conseil fédéral selon lequel l'identité de genre est une notion « inconnue du droit suisse »⁴⁴ et trop vague pour répondre au principe de la légalité pénale posé à l'art. 1 CP. De fait, il n'est aucune occurrence du terme *identité de genre* dans les textes normatifs fédéraux, ce qui peut en partie se comprendre par la jeunesse de ce vocable. On ne saurait d'ailleurs suivre sans réserve les voix doctrinales arguant que l'identité de genre n'avait pas posé de difficultés au Conseil fédéral dans son rapport explicatif de l'avant-projet destiné à simplifier la modification du sexe à l'état civil⁴⁵. En effet, ce rapport ne définit aucunement l'identité de genre elle-même, qui au demeurant a bien fait débat dans les discussions parlementaires relatives à la modification du code civil, dont le nouvel art. 30b traite du changement de *sexe* à l'état civil, sans référence au genre. Il est donc incontestable que, *de lege lata*, l'identité de genre n'a pas de réalité juridique en droit fédéral.

Pour autant, ceci ne signifie pas que l'argument du flou terminologique et, corrélativement, de la menace au principe de la légalité soit convaincant. Outre le fait que l'indéfinition de l'identité de genre soit discutable au regard de la valeur de référence acquise par les Principes de Jogjakarta, ce souci particulier de précision de la loi pénale interroge, en ce qu'il laisse penser que ce corps normatif serait dépourvu de toute notion juridique indéterminée. Or, si l'on parcourt le code pénal, force est de constater qu'il renferme des termes dont les frontières ont dû être délimitées dans la jurisprudence, qui du reste crée elle aussi des notions juridiques difficilement objectivables. Pour ne citer que ces exemples : les lésions corporelles *simples* ou *graves* au sens des art. 123 et 124 CP⁴⁶ ; le fait de *se livrer à la traite d'un être humain* (art. 182 al. 1 CP) ; la *pornographie* incriminée à l'art. 197 CP ; la *publicité* selon l'art. 261^{bis} CP ; le *caractère particulièrement dangereux* à l'art. 139 ch. 2 CP ; ou, pour ce qui est des notions créées par la jurisprudence, le *tiers moyen non averti* comme référence pour juger du caractère discriminatoire de propos ou actes répréhensibles en vertu de l'art. 261^{bis} CP⁴⁷.

43 David Marsland, *Understanding Youth*, London 1991 ; David Garland, *Punishment and Culture: The Symbolic Dimension of Criminal Justice*, *Studies in Law, Politics, and Society* 11/1999 191 ss ; Pat O'Malley, *Volatile and contradictory punishment*, *Theoretical Criminology* 3/1999 175 ss.

44 BO 2018 E 854.

45 Conseil fédéral, Rapport explicatif du 23.5.2018 relatif à l'avant-projet concernant la révision du code civil suisse (changement de sexe à l'état civil), 8.

46 Il en va de même des voies de fait, comme le rappelle le Tribunal fédéral dans l'ATF 134 IV 189, c. 1.3.

47 ATF 133 IV 308.

Il s'agit de l'une des tâches des juges que d'interpréter la loi et, si nécessaire, d'en clarifier les termes, comme l'avait d'ailleurs imaginé Carl Stoss en acceptant des lacunes *intra legem* dans le code pénal⁴⁸. A cette fin, les juges peuvent recourir aux méthodes d'interprétation historique et téléologique, qui leur permettraient de délimiter la notion d'identité de genre au regard de la genèse et du but de l'art. 261^{bis} CP. Les travaux parlementaires constitueraient ici une source interprétative pertinente, rappelant que le critère de l'identité de genre était proposé en référence aux personnes trans et intersexuées, qu'il s'agit de protéger contre la discrimination et la violence identitaire, au même titre que les personnes lesbiennes, gaies et bisexuelles⁴⁹.

Mais le fait est que, en Suisse, la controverse terminologique a fait disparaître la notion même de transidentité, le débat tendant à s'abstraire, loin de la question des violences transphobes subies par les personnes concernées. En se focalisant sur la *définition* de l'identité de genre, les parlementaires semblent avoir idéologisé la question juridique à régler, en négligeant ce fait : les juges appelés à se prononcer sur la typicité d'un acte au sens de l'art. 261^{bis} CP n'agissent pas dans l'abstraction, mais analysent un comportement inscrit dans un contexte constitué d'indices permettant de déterminer si l'infraction a été commise en raison de l'identité de genre de la potentielle victime. Dans son interprétation, le tribunal ne doit pas recourir à une définition stable ou unifiée de la caractéristique protégée, mais doit s'interroger sur la compréhension que l'accusé ou l'accusée a de l'identité de genre de la victime potentielle, et sur la perception des propos ou actes litigieux par un tiers impartial (le « tiers moyen non averti ») : l'accusé a-t-il ou l'accusée a-t-elle agi en raison de l'identité de genre réelle ou présumée de la victime potentielle et, cas échéant, le caractère discriminatoire de son comportement est-il perceptible en tant que tel par une tierce personne ? La tâche du tribunal est donc profondément interprétative, et revient moins à objectiver une notion qu'à déterminer si, dans un cas d'espèce, et sur la base de divers indices, la raison sous-jacente du comportement de l'auteur ou auteure peut être perçue, par un tiers, comme fondée sur un préjugé ou une hostilité lié à l'identité de genre de la victime. Soit la personne prévenue n'a nullement verbalisé son état d'esprit – auquel cas il sera difficile de considérer qu'est donné l'élément constitutif de la commission de l'infraction *en raison de* la caractéristique protégée, quelle qu'elle soit, avec pour conséquence l'abandon de la qualification au sens de l'art. 261^{bis} CP⁵⁰ ; soit elle

48 Philippe Graven, Note sur l'interprétation des lois pénales en Suisse, in : Jean-François Perrin (éd.), Les règles de l'interprétation, Fribourg 1989, 156.

49 Notons que les parlementaires n'ont à aucun moment envisagé de suivre la solution législative de pays comme le Royaume-Uni, qui a inscrit la *transidentité* plutôt que l'*identité de genre* dans la liste de critères protégés par ses normes pénales antidiscriminatoires, délimitant ainsi davantage leur champ d'application. La section 66 du Sentencing Act de 2020 sur l'aggravation de la peine évoque ainsi « *an offence which is aggravated by [...] hostility related to transgender identity* ».

50 Suivant la forme du comportement, d'autres infractions peuvent en revanche être réalisées.

a agi en exprimant un mépris pour la personne ciblée (ou du groupe auquel elle appartient) au moyen de mots associés au genre (par exemple des injures transphobes), ou en réaction directe à une expression de genre manifestement en décalage avec le sexe assigné à la naissance ou avec la norme binaire – auquel cas les raisons de son acte seront plus aisées à établir. Relevons alors que la recherche sur les crimes de haine montre que les auteurs et auteures de ce type de criminalité verbalisent souvent leur hostilité à l'encontre du groupe dont la victime est issue durant la commission de leur infraction⁵¹.

Pour résumer, l'enjeu central à l'application de l'art. 261^{bis} CP est probatoire, et ce quel que soit le critère protégé et, surtout, sans considération pour une éventuelle définition universelle dudit critère. C'est pourquoi l'argument du flou terminologique peine à convaincre comme fondement du refus d'ajout de l'identité de genre dans l'art. 261^{bis} CP, nous menant à nous interroger sur d'autres raisons éventuelles à ce choix.

3.2 Au-delà du prétendu flou notionnel, des hypothèses explicatives alternatives

D'autres hypothèses susceptibles d'expliquer l'opposition politique à l'inclusion de l'identité de genre dans l'art. 261^{bis} CP peuvent être posées à la lumière de la littérature criminologique et juridique sur la sélection des groupes protégés par la législation sur les discours et crimes de haine. Premièrement, des auteurs et auteures ont montré que le choix des groupes protégés par les normes pénales antidiscriminatoires dépend en partie de l'empathie à l'égard desdits groupes au sein de la société⁵². Cette émotion serait alors influencée par deux « facteurs » au moins.

D'une part, l'empathie découlerait d'une idée de « méritabilité », intimement liée à la figure de la « victime idéale »⁵³. Ne répondraient pas à cette représentation les personnes jugées responsables de leur victimisation, par exemple car elles transgresseraient délibérément certaines normes ou valeurs morales, familiales et/ou religieuses, dont la cishétéronormativité⁵⁴. Ainsi les minorités sexuelles et de genre sont-elles parfois blâmées pour leur « mauvais choix de

51 A ce propos : Bureau des Institutions Démocratiques et des Droits de l'Homme (BIDDH) de l'OSCE, Les Lois sur les Crimes de Haine, Varsovie 2009, 55 ; Amanda Haynes/Jennifer Scheppe, LGB and T? The Specificity of Anti-Transgender Hate Crime, in : Amanda Haynes/Jennifer Scheppe (éd.), *Critical Perspectives on Hate Crime*, London 2017, 116 s'agissant spécifiquement de l'usage d'un « *anti-transgender language* ».

52 Not. Sandra Walklate, Reframing criminal victimization: Finding a place for vulnerability and resilience, *Theoretical Criminology* 15/2011 179 ss ; Gail Mason, *op. cit.* n. 41, 80 ss.

53 Gail Mason, *op. cit.* n. 41, 80 ss.

54 La *cishétéronormativité* est une contraction des termes *cisnormativité* et *hétéronormativité*, qui naturalisent et promeuvent la cisidentité (identité de genre concordante avec le sexe assigné à la naissance) et l'hétérosexualité comme normes sociales légitimes.

vie », considéré à la source de leur stigmatisation et discrimination⁵⁵. Dans une même veine, pour ce qui est plus précisément de la transidentité, la philosophe Talia Mae Bettcher explique que l'« *appearance-reality contrast between gender presentation and sexed body* » serait au fondement d'un stéréotypage des personnes trans en tant que « *deceivers* »⁵⁶, faisant d'elles des « victimes coupables »⁵⁷.

D'autre part, l'empathie serait favorisée par la familiarité, en ce sens que connaître (les réalités de vie) des personnes appartenant au groupe en question minimiserait les potentiels préjugés à leur égard, encourageant ainsi la reconnaissance de leur légitimité à être protégées par les lois pénales antidiscriminatoires⁵⁸. Alors que la plus grande visibilité des personnes gaies et lesbiennes dans la société permettrait de comprendre l'intégration progressive de l'orientation sexuelle dans les lois sur les crimes de haine de différents Etats, l'invisibilisation (sociale, politique) toujours actuelle des personnes trans pourrait expliquer que le critère de l'identité de genre reste au contraire en marge de ces dispositions pénales.

Deuxièmement, lorsque le Conseil fédéral déclare que l'identité de genre est une notion fuyante, il le justifie notamment au regard de son indépendance du sexe biologique. En filigrane de ce discours, peut être décelée l'idée selon laquelle le choix des critères protégés par le droit pénal antidiscriminatoire devrait reposer sur leur immuabilité et stabilité (qui feraient alors prétendument défaut à l'identité de genre mais pas au sexe)⁵⁹. Tel serait le cas pour les critères biologiques innés, acquis à la naissance, dont la couleur de peau, protégée sous l'enseigne de la « race »⁶⁰. En revanche, historiquement, la résistance à l'inclusion de l'orientation sexuelle dans la législation sur les crimes de haine de plusieurs Etats s'est exprimée au prétexte que ce critère ne serait pas immuable, à tout le moins pas au même titre que l'appartenance raciale⁶¹.

55 Gail Mason, *op. cit.* n. 41, 84 et les références citées; Talia Mae Bettcher, *Evil deceivers and make-believers: On transphobic violence and the politics of illusion*, *Hypatia* 22/2007 43 ss; Sandra Walklate, *op. cit.* n. 52, 179 ss; Teela Sanders/Jane Scoular/Rosie Campbell, *Sex Work, Hate Crime and the Criminal Law*, *The Journal of Criminal Law* 86/2022 113, à propos des personnes travailleuses du sexe qui, pour des raisons similaires, ne correspondent pas non plus à la représentation socialement construite de la victime idéale.

56 Talia Mae Bettcher, *op. cit.* n. 55, 48.

57 L'expression est empruntée à Milena Jakšić, *Figures de la victime de la traite des êtres humains : de la victime idéale à la victime coupable*, *Cahiers internationaux de sociologie* 1/2008 127 ss.

58 Gregory M. Herek, *The psychology of sexual prejudice*, *Current Directions in Psychological Science* 9/2000 20; Gail Mason, *op. cit.* n. 41, 85.

59 Frederick M. Lawrence, *op. cit.* n. 41, 18; Michael Blake, *Geeks and Monsters: Bias Crimes and Social Identity*, *Law and Philosophy* 20/2002 125; Jennifer Scheppe, *Defining characteristics and politicising victims: A legal perspective*, *Journal of Hate Studies* 10/2012 180.

60 Frank S. Pezzella/Matthew D. Fetzer, *The Measurement of Hate Crimes in America*, *Cham* 2021, 19.

61 Frederick M. Lawrence, *op. cit.* n. 41, 18; Jennifer Scheppe, *op. cit.* n. 59, 180.

Il est dès lors intéressant d'observer que cet argument n'est aujourd'hui plus utilisé en lien avec l'orientation sexuelle (que l'on pourrait pourtant considérer dynamique elle aussi⁶²), mais avec l'identité de genre. De fait, cette dernière est une catégorie « plus proche de l'identité religieuse ou de l'identité politique que de l'invariable génétique »⁶³, comme l'écrit le juriste Daniel Borrillo, avant d'en tirer cette conclusion, à notre sens transposable au contexte helvétique : « Les résistances juridiques à utiliser le terme «genre» manifestent la difficulté du droit national à abandonner la conception traditionnelle d'une catégorie fondée sur une réalité immuable et naturalisée : le sexe »⁶⁴.

Ces considérations ne sont d'ailleurs pas déconnectées de celles relatives à la « méritabilité », tel que le souligne Gail Mason : « *attributes that are immutable or innate cannot be easily dismissed as blameworthy or bad moral choices* »⁶⁵. Or, force est de constater qu'il est un critère classiquement protégé par les dispositions pénales antidiscriminatoires, alors même qu'il ne saurait être présenté comme immuable : la religion. C'est pourquoi le recours à l'immuabilité d'un critère comme moyen de légitimer sa protection par les normes pénales antidiscriminatoires est aujourd'hui vivement critiqué dans la littérature interdisciplinaire⁶⁶.

Troisièmement, l'exclusion de l'identité de genre pourrait tenir à une méconnaissance de la vulnérabilité juridique et sociale particulière des personnes trans. En effet, le choix législatif des critères protégés est généralement soutenu par l'existence de données scientifiques empiriques apportant la preuve d'une exposition accrue de certains groupes sociaux à la violence et à la discrimination en raison de ce qu'elles sont. De telles données en lien avec la transidentité étaient certes rares en Suisse au temps des débats parlementaires, mais force est de constater que la disponibilité de chiffres relatifs aux actes et propos homophobes était également limitée, sans que cela fasse obstacle à l'ajout de l'orientation sexuelle dans l'art. 261^{bis} CP. Ceci peut-être car il est une trace des plus évidentes, dans le droit, de l'oppression et de la discrimination des personnes homosexuelles en Suisse : la répression pénale des actes homosexuels au cours des siècles derniers. De manière quelque peu cynique,

62 Surtout, si la notion d'orientation sexuelle apparaît suffisamment précise au Conseil fédéral, c'est car il semble la relier au sexe, ce qui est discutable. En effet, au-delà de l'hétéro-, l'homosexuel et la bisexualité, des personnes se disent *pansexuelles*, à savoir émotivement et sexuellement attirées par des personnes indépendamment de leur *genre* (et de leur sexe), y compris donc par des personnes non binaires.

63 Daniel Borrillo, L'identité de genre et le droit : entre ordre public et vie privée, Audition devant la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, 19.3.2013, 3.

64 Id.

65 Gail Mason, *op. cit.* n. 41, 85.

66 Cf. not. Frederick M. Lawrence, *op. cit.* n. 41, 19 ; Mohamad Al-Hakim, Making a Home for the Homeless in Hate Crime Legislation, *Journal of Interpersonal Violence* 30/2015 1779 ; Mark Walters, Criminalising Hate: Law as Social Justice Liberalism, *Cham* 2022, 113.

l'absence d'incrimination des transgressions des normes de genre dans le passé est telle qu'il n'est pas de preuve historique aussi incontestable de la discrimination des personnes transgenres. Reste qu'un regard sur la littérature scientifique internationale aurait permis de constater que les personnes LGBT sont généralement les plus exposées à la criminalité de haine, avec une surreprésentation des personnes trans au sein même de ce groupe⁶⁷.

L'hypothèse explicative de la méconnaissance d'une exposition accrue des personnes trans à la violence identitaire tend au demeurant à se vérifier à la lecture de discours parlementaires niant l'existence d'une forme de criminalité ciblant certaines personnes en raison de leur identité de genre. Ainsi un élu UDC déclare-t-il, lors de la session d'hiver 2018 du Conseil national, que l'ajout de l'identité de genre à l'art. 261^{bis} CP ne se justifierait pas car « [u]ne norme pénale [...] doit servir à réprimer un comportement qui existe » et qu'« il n'y a pas de cas historiques où des pogroms ont été lancés contre les hommes en général, [...] contre les femmes et [...] certainement pas non plus [...] contre les intersexués »⁶⁸. Là encore, il est saisissant d'observer qu'un tel discours ne revient pas seulement à contester la réalité des violences transphobes, mais aussi à éluder du débat la notion même de *transidentité*, pour réinscrire ce dernier dans le registre binaire du sexe (hommes, femmes et personnes intersexuées), et ce quand bien même le projet de révision législative de la CAJ-N visait à lutter contre les violences identitaires touchant les personnes trans et intersexuées.

Et c'est bien cette élusion qui se concrétisera lors de la procédure parlementaire d'élimination des divergences, puisque la majorité du Conseil national se rallie à la position du Conseil des Etats en limitant l'extension de l'art. 261^{bis} CP à l'orientation sexuelle, au détriment de l'identité de genre. Cette exclusion est plus précisément issue d'une alliance politique de la droite avec des membres de partis de gauche craignant « de mettre en danger l'ensemble du projet »⁶⁹ si l'identité de genre n'en était pas retirée. Une décision de politique pénale qui emporte inéluctablement un certain nombre de conséquences (méta)juridiques pour les personnes trans.

67 Cf. not. Amanda Haynes/Jennifer Scheppe, *op cit.*, 114 ss ; Tasseli McKay/Christine Lindquist/Shilpi Misra, Understanding (and Acting On) 20 Years of Research on Violence and LGBTQ+ Communities, Trauma, Violence, & Abuse 20/2019 665 ss ; Jill Kehoe, Anti-LGBTQ hate: An analysis of situational variables, Journal of Hate Studies 1/2020 21 ; Mark Walters *et al.*, Hate Crimes Against Trans People: Assessing Emotions, Behaviors, and Attitudes Toward Criminal Justice Agencies, Journal of Interpersonal Violence 35/2020 4583 ss ; Jane Gauthier/Kevin Medina/Carly Dierkhising, Analysis of Hate Crimes in Transgender Communities, Journal of Hate Studies 17/2021 4 ss.

68 BO 2018 N 1914.

69 BO 2018 N 1915, citant la socialiste Laurence Fehlmann Rielle.

4. La loi pénale face aux violences transphobes

Le 1^{er} juillet 2020, à la suite d'une votation populaire, la nouvelle teneur de l'art. 261^{bis} CP entre en vigueur, intégrant l'orientation sexuelle parmi les caractéristiques identitaires protégées, mais laissant l'identité de genre en marge de son champ d'application. Si les actes et propos à caractère transphobe n'échappent pas totalement au droit pénal, ils ne sont cependant appréhendés que de manière limitée par ce dernier et, surtout, ne font pas l'objet d'une incrimination spécifique. La révision législative de juillet 2020 est une illustration éloquentes du double effet de reconnaissance et d'exclusion de toute forme de législation sur les discours et crimes de haine, laquelle offre un statut particulier à certains groupes de victimes, au détriment d'autres (4.1). Là où cette situation juridique interroge, c'est qu'elle contraste avec une multiplication de données témoignant d'une victimisation accrue des personnes trans en Suisse (4.2).

4.1 Une absence de protection spécifique aux effets excluants

Que l'identité de genre n'ait pas été ajoutée à l'art. 261^{bis} CP ne signifie certes pas que les personnes trans ne bénéficient d'aucun moyen de droit pénal pour se défendre face aux violences, verbales ou physiques, commises à leur rencontre en raison de ce qu'elles sont. Les actes et propos transphobes visant une personne déterminée peuvent en effet être appréhendés, suivant leur forme, sous l'angle des atteintes à l'honneur ou à l'intégrité physique⁷⁰. Ils ne peuvent toutefois l'être en tant qu'atteintes à la dignité humaine, protégée par l'art. 261^{bis} CP.

En outre, une motivation haineuse ou discriminatoire fondée sur l'identité de genre devrait être considérée lors de l'évaluation de la culpabilité de l'auteur ou auteure en vue de la fixation de sa peine selon l'art. 47 al. 2 CP⁷¹. Cette dernière norme ne contient toutefois pas de clause prescrivant spécifiquement la prise en compte d'une motivation haineuse ou discriminatoire fondée sur des caractéristiques identitaires déterminées⁷². L'analyse d'une telle motivation au stade de la fixation de la peine suppose du reste qu'elle ait été recherchée en amont par les autorités de poursuite pénale. En pratique, l'enquête relative

70 Pour approfondir, cf. Camille Montavon (2022), *op. cit.* n. 7, 38 ss.

71 Dans la mesure où le Tribunal fédéral admet que des motifs de discrimination raciale doivent être considérés lors de la fixation de la peine (ATF 133 IV 308, c. 9.4), toute motivation à caractère discriminatoire, dont transphobe, devrait logiquement être prise en compte à ce titre.

72 Kay Goodall/Mark Walters, *op. cit.* n. 41, 49 ont pu observer que l'insertion des critères dans la clause d'aggravation de peine encourage la prise en compte effective des motivations discriminatoires. Cette solution est connue dans à l'art. 46(2) du Code pénal allemand, prévoyant que « die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche, antisemitische oder sonstige menschenverachtende » doivent être considérés pour déterminer la peine.

à une éventuelle motivation transphobe suppose une certaine sensibilisation des autorités de poursuite pénale à ce type de discrimination⁷³, notamment au moyen de formations des corps de police, encore rares en Suisse⁷⁴.

Par ailleurs, si l'on s'intéresse aux propos transphobes visant non pas des individus déterminés, mais les personnes trans dans leur ensemble, le droit pénal se révèle lacunaire, du fait de l'absence de l'identité de genre parmi les critères protégés par l'art. 261^{bis} CP. Le premier paragraphe de cette disposition est en effet l'unique outil pénal permettant de réprimer les propos discriminatoires formulés en termes généraux, en lien exclusivement avec les critères identitaires qu'il reconnaît.

Dans tous les cas, le refus d'ajouter l'identité de genre dans l'art. 261^{bis} CP a pour conséquence une absence d'incrimination des actes transphobes *en tant que tels*. C'est ici qu'il convient de renouer avec nos considérations relatives à la fonction expressive de cette norme pénale, qui est aussi intimement liée à une question de transparence, en tant qu'elle participe à la visibilisation de certaines formes de discriminations et violences identitaires. Les auteurs et auteures potentiels ont conscience de l'illicéité de leurs agissements, et les victimes se savent spécifiquement protégées ; *in fine*, les auteurs et auteures des actes délictueux sont condamnés pour avoir commis non pas uniquement un acte pénalement répréhensible, mais un acte pénalement répréhensible *car* fondé sur un préjugé raciste, homophobe, etc., ce qui concourt respectivement à une reconnaissance à la fois juridique et métajuridique⁷⁵ des victimes et, plus largement, du groupe dont elles sont issues.

Si la dernière révision de l'art. 261^{bis} CP prend donc acte de la réalité des violences fondées sur l'orientation sexuelle, offrant ainsi une reconnaissance aux personnes homo- et bissexuelles, elle procède à une délimitation telle que les personnes trans en sont privées. On touche ici à un point sensible de toute forme de reconnaissance, savoir son effet d'exclusion, fût-il non délibéré. C'est que reconnaître certains groupes de personnes revient simultanément et inévitablement à en exclure d'autres. Pour le dire dans les mots d'Olivier de Frouville, « [i]l y a toujours des exclus de la reconnaissance, ou des victimes

73 Kay Goodall/Mark Walters, *op. cit.* n. 41, 34.

74 Selon une étude du Justiz- und Sicherheitsdepartement du canton de Bâle-Ville, trois cantons prévoient la dispense d'une formation sur les crimes de haine au bénéfice des policiers et policières ; il n'est pas précisé si ces formations (dont la durée varie de 3 heures à 30 minutes) abordent les violences transphobes (Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt, Kantonspolizei, Benchmark « Hate Crimes » : Enregistrement des potentiels crimes de haine auprès des corps de police en Suisse, en Allemagne et en France, 2023, 11).

75 Payam Akhavan, *Reducing Genocide to Law*, Cambridge 2012, 147 (« *meta-legal recognition* »).

d'une moindre reconnaissance »⁷⁶, et l'évidence s'impose au-delà des lois sur les crimes de haine.

Cet enjeu est étudié avec beaucoup de finesse par Judith Butler lorsqu'elle s'intéresse au « cadrage » (« *framing* ») opéré par les perceptions et définitions de la précarité de l'existence humaine. Pour la philosophe, la reconnaissance implique des « cadres » épistémologiques (« *frames* ») ou des critères, dont elle démontre les effets excluants : « *The frame does not simply exhibit reality, but actively participates in a strategy of containment, selectively producing and enforcing what will count as reality. [...] This means that the frame is always throwing something away, always keeping something out, always de-realizing and de-legitimizing alternative versions of reality [...]* »⁷⁷. Ainsi, l'exclusion de l'identité de genre du texte de l'art. 261^{bis} CP participerait de la « déréalisation » de la violence transphobe en tant que problème social méritant une réponse spécifique des politiques pénales.

Cette délimitation revient aussi à « *classifying distinct victim types as more worthy of legal protection* »⁷⁸ et, en cela, à établir une hiérarchie entre des victimes de violences identitaires dont il est jugé légitime qu'elles reçoivent une protection particulière et des victimes qui ne la mériteraient pas (autant)⁷⁹. A cet égard, le texte de l'art. 261^{bis} CP apparaît alors en décalage avec les données récemment recueillies en Suisse, attestant d'une importante exposition des personnes trans à la criminalité de haine.

4.2 Une victimisation accrue des personnes trans

Si les études destinées à mesurer l'ampleur des crimes de haine anti-LGBT foisonnent depuis plusieurs années dans les pays anglo-saxons, les recherches sur le sujet n'en sont qu'à leurs débuts en Suisse. Les premiers chiffres recueillis au cours des six dernières années par des associations de la société civile, des académiciens et académiciennes, et certains corps de police, tendent néanmoins tous à confirmer ce fait sur lequel s'accordent les recherches étrangères : les personnes trans sont surreprésentées parmi l'ensemble des groupes exposés à ce type de criminalité⁸⁰.

Premièrement, les rapports sur les crimes de haine publiés annuellement par l'antenne de signalement LGBTIQ Helpline et des associations partenaires

76 Olivier De Frouville, Le droit de l'Homme à la vérité en droit international, in : Olivier Guerrier (éd.), La vérité, Saint-Etienne 2013, 142.

77 Judith Butler, *Frames of War: When is Life Grievable*, London 2016, xiii.

78 Jennifer Schweppe, *op. cit.* n. 59, 178.

79 Teela Sanders/Jane Scoular/Rosie Campbell, *op. cit.* n. 55, 110; Jennifer Schweppe, *op. cit.* n. 59, 177; Neil Chakraborti, Re-Thinking Hate Crime: Fresh Challenges for Theory and Practice, *Journal of Interpersonal Violence* 30/2015 1743.

80 Cf. n. 67.

depuis 2018 révèlent une augmentation des signalements de crimes de haine anti-LGBT, en particulier contre les personnes trans. Les derniers chiffres en date font état de 134 crimes de haine contre des personnes LGBT au cours de l'année 2022, le plus grand nombre jamais rapporté, avec plus d'un tiers touchant les personnes trans⁸¹. Les cas sont annoncés à la Helpline par téléphone ou au moyen d'un questionnaire standardisé en ligne⁸².

Deuxièmement, l'enquête longitudinale menée par le Swiss LGBTIQ+ Panel (chapeauté par les docteurs en psychologie sociale Leïla Eisner et Tabea Hässler) auprès de plus de 3000 personnes révèle ce qui suit : 11,2 % des membres des minorités de genre rapportent avoir été victimes de violences physiques au cours de l'année 2021, contre 7,4 % des personnes LGB, en sus d'autres formes de discrimination plus fréquentes encore⁸³ ; chaque année, depuis 2019, les membres de minorités de genre signalent d'avantage de discriminations, parmi lesquelles des violences physiques⁸⁴. L'enquête est réalisée au moyen d'un sondage en ligne, avec un échantillon de participants et participantes autosélectionnés⁸⁵.

Troisièmement, l'enquête Crime Survey réalisée en 2022 par les criminologues Nora Markwalder, Lorenz Biberstein et Dirk Baier porte notamment sur les crimes de haine à l'encontre de personnes issues de groupes minoritaires. Ce sondage de victimisation mène au constat que les minorités de genre sont les plus exposées à la criminalité de haine⁸⁶. L'enquête repose sur un échantillon aléatoire de 41 316 résidents et résidentes suisses, corrigé à 40 601, dont 15 519 ont fourni des réponses exploitables dans le cadre d'un sondage en ligne⁸⁷.

Si ces chiffres sont indispensables pour saisir l'ampleur des violences fondées sur un préjugé à l'égard des personnes trans, c'est avant tout car des statistiques nationales officielles en la matière font défaut. Le Conseil fédéral s'oppose en effet à la mise en œuvre d'un tel recensement, laissant la compétence aux cantons d'y procéder sur leur territoire⁸⁸. Or seule une minorité de cantons et la ville de Zurich requièrent, depuis peu, l'enregistrement d'un

81 LGBTIQ Helpline, Rapport sur les crimes de haine 2023, Berne 2023, 23.

82 <<https://www.lgbtiq-helpline.ch/fr/>> (consulté le 30.1.2024).

83 Swiss LGBTIQ+ Panel (Leïla Eisner/Tabea Hässler), Rapport de synthèse, 2022, 11.

84 Swiss LGBTIQ+ Panel, *op. cit.* n. 83, 3.

85 Swiss LGBTIQ+ Panel, *op. cit.* n. 83, 1.

86 Nora Markwalder/Lorenz Biberstein/Dirk Baier, Hate-Crime-Opfererfahrungen in der Schweiz : Ergebnisse des Crime Survey, Université de Saint-Gall 2022, 20. Les résultats montrent que les groupes minoritaires en raison de leur couleur de peau, de leur orientation sexuelle et de leur apparence physique courent également des risques accrus de victimisation, bien que moindre par rapport aux minorités de genre. La victimisation fondée sur la religion est la plus faible.

87 Nora Markwalder/Lorenz Biberstein/Dirk Baier, *op. cit.* n. 86, 1.

88 BO 2022 N 885.

mobile LGBTphobe dans les statistiques policières⁸⁹. Les crimes de haine anti-LGBT recensés par les corps de police du canton de Fribourg et de la ville de Zurich, seuls à disposer de chiffres pour l'année 2022, se révèlent plus nombreux encore que ceux recueillis par la LGBTIQ Helpline, et majoritairement fondés sur l'identité de genre⁹⁰.

Les sondages de victimisation sont d'autant plus importants qu'ils permettent de combler, en partie du moins, un chiffre noir dû à une faible propension des victimes de crimes de haine à porter plainte pénalement. Ce phénomène d'*underreporting*, largement documenté dans la littérature scientifique et souligné dans le rapport Crime Survey⁹¹, est attribué à diverses raisons, dont : un manque de confiance des victimes LGBT en les autorités en raison d'un passé (et parfois encore d'un présent) marqué par la répression policière ; la normalisation des violences identitaires ; la peur d'un *outing* du fait de la procédure pénale⁹².

Bien que limitées, ces données témoignent de la réalité des violences transphobes en Suisse, et de leur augmentation. Sur ce dernier constat, un postulat parlementaire est déposé, en juin 2020, en vue de charger le gouvernement « de concevoir un plan d'action national visant à réduire le nombre de cas de violence et de crimes de haine à l'encontre de la communauté LGBTQ » et comprenant « des mesures ayant pour but de soutenir et protéger les victimes (en garantissant notamment l'accès à l'aide aux victimes et à la justice), des mesures pour la prévention des violences et des attitudes hostiles à l'encontre des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, trans et queer ainsi que des mesures imposant aux agresseurs de faire un travail sur eux-mêmes »⁹³.

Ainsi les minorités de genre, aux côtés des minorités sexuelles, réintègrent-elles un discours de politique criminelle, mais non de politique pénale, puisque le plan d'action n'envisage pas d'intervention législative directement dans le droit pénal matériel. A lire la réponse du Conseil fédéral recommandant de

89 Il s'agit des cantons de Fribourg dès 2021, et de Bâle-Ville depuis 2022, la police municipale zurichoise tenant des statistiques à partir de 2021. L'enregistrement statistique est en cours de planification dans d'autres cantons (cf. la section *Politiques et projets* dans Swiss LGBTIQ+ Panel [Debra Lanfranchi/Leïla Eisner/Tabea Hässler], Jeunes LGBTIQ+ en Suisse: Vue d'ensemble des organisations, des acteur·trice·x·s clés, des politiques et des projets, 2023).

90 Selon les informations restituées dans LGBTIQ Helpline, *op. cit.* n. 81, 13 et Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt, *op. cit.* n. 74, 16.

91 Nora Markwalder/Lorenz Biberstein/Dirk Baier, *op. cit.* n. 86, 15.

92 Not. Neil Chakraborti, Stevie-Jade Hardy, LGB&T Hate Crime Reporting, Research Report, s.l. 2015 ; Neal Palmer/Luka Besiki, What Prosecutors and the Police Should Do About Underreporting of Anti-LGBTQ Hate Crime, *Sexuality Research and Social Policy* 19/2022 1190 ss ; Suzan van der Aa *et al.*, A Comparative Perspective on the Protection of Hate Crime Victims in the European Union, *Erasmus Law Review* 3/2021 178 ; Arnaud Alessandrin, La transphobie en France : insuffisance du droit et expériences de discrimination, *Cahiers du Genre* 1/2016 203 s.

93 BO 2022 N 885.

rejeter le postulat, il semblerait même que l'absence de l'identité de genre dans l'art. 261^{bis} CP ait été oubliée. En effet, dans son avis du 19 août 2020, le Conseil fédéral dit « interpr[éter] le résultat de la votation [...] sur l'extension de l'art. 261^{bis} CP comme un signal clair de l'opposition explicite de la population suisse à toute discrimination fondée sur l'orientation ou l'identité sexuelle », ajoutant que « [l]es normes pénales doivent toutefois être complétées par des mesures adéquates de sensibilisation, de prévention, d'intervention et de monitoring »⁹⁴. S'il n'est pas clair de savoir ce que le Conseil fédéral entend par *identité sexuelle* dans le cas présent, le fait que cette dernière soit distinguée de l'orientation sexuelle laisse penser que le terme est ici utilisé pour désigner la transidentité.

Ce n'est pas l'unique confusion du Conseil fédéral sur ce point, puisqu'un rapport de juin 2022 fait mention de « crimes de haine au sens de l'art. 261^{bis} CP liés à l'appartenance à un genre ou à l'orientation sexuelle »⁹⁵. L'erreur se retrouve aussi dans *le Benchmark « Hate Crimes »* publié par le Justiz- und Sicherheitsdepartement du canton de Bâle-Ville, où il peut être lu : « Outre l'enregistrement [des potentiels crimes de haine], il est également question de poursuites pénales plus conséquentes. Un premier pas dans cette direction a été fait avec l'extension de la norme pénale antiraciste (article 261^{bis} du Code pénal), qui [...] prévoit l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle et oblige les autorités de poursuite pénale à traiter de tels délits »⁹⁶.

Le risque de l'amalgame entre orientation sexuelle et identité de genre dans les discours politico-juridiques relatifs au champ d'application de l'art. 261^{bis} CP est dès lors d'« effacer l'effacement » et, dans le prolongement, de faire obstacle à une nouvelle considération de l'extension de cette disposition légale pour répondre aux propos et actes transphobes, dont la récurrence est aujourd'hui démontrée. En somme, et tout bien considéré, ce qui précède révèle que les violences et discriminations fondées sur un préjugé ou une hostilité à l'encontre des personnes trans demeurent soit mal comprises dans les discours de politique pénale, soit négligées.

94 Id.

95 Conseil fédéral, Rapport du 8.12.2021 en réponse au postulat Reynard 16.3961, Collecter des données sur les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, en couvrant les discriminations multiples, 22.6.2022, 14.

96 Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Basel-Stadt, *op. cit.* n. 74, 4.

5. Remarques conclusives, à l'aube d'une répétition du débat ?

Au 20^e siècle, le désintérêt des pénalistes pour la question trans se comprend aisément au regard du pouvoir exercé par la médecine sur la construction des catégories juridiques : parce que la transidentité est, *per se*, encore ignorée dans le milieu médical, elle ne saurait être saisie par le droit. Lorsque la transidentité, appréhendée au prisme de l'identité de genre, s'imisce pour la première fois dans les discours de politique pénale en 2017, elle s'en voit presque aussitôt exclue, pour des raisons qui interrogent davantage. En opposition au projet parlementaire d'extension de l'art. 261^{bis} CP à l'incitation à la haine et la discrimination fondées non seulement sur l'orientation sexuelle, mais également sur l'identité de genre, le Conseil fédéral, suivi par les partis de droite, invoquent l'incertitude définitionnelle de l'identité de genre, et la menace à l'exigence de précision de la loi pénale.

L'argument terminologique, qui gouverne alors l'ensemble des débats parlementaires, jusqu'à faire disparaître la *personne* trans derrière le *concept* discuté d'identité de genre, peine toutefois à convaincre, pour deux raisons au moins. Premièrement parce que l'identité de genre bénéficie aujourd'hui d'une assise en droit international, qui en définit les contours notionnels. Deuxièmement car, au-delà du fait que la loi pénale est loin d'être dénuée de notions juridiquement indéterminées, la plasticité du concept n'apparaît pas incompatible avec le principe de la légalité dans le cadre de l'art. 261^{bis} CP. D'une part, une interprétation historique et téléologique de cette norme permettrait de comprendre que le critère de l'identité de genre se réfère aux personnes trans (et intersexuées). D'autre part, les juges analysent la situation au regard d'un faisceau d'indices concrets permettant de déterminer si une incitation à la haine ou une discrimination a été commise en raison de l'identité de genre (réelle ou supposée) de la ou des potentielles victimes, sans qu'une définition universelle de cette notion ne soit ici pertinente. Aussi l'argument de l'indéfinition, qui fonde le refus d'intégration de l'identité de genre dans le droit pénal antidiscriminatoire, semble-t-il traduire davantage un manque de volonté politique qu'une difficulté juridique. Celui-ci est susceptible d'être expliqué par un manque d'empathie à l'égard des personnes trans, une méconnaissance de leur vulnérabilité sociale et juridique, et une tendance à justifier le choix des critères identitaires protégés par le droit pénal antidiscriminatoire sur la base de leurs prétendues immuabilité et objectivité.

La conséquence est celle d'une absence d'incrimination des actes transphobes *en tant que tels* dans le droit positif. Compte tenu de la dimension symbolique et déclarative de l'art. 261^{bis} CP, qui exprime une reconnaissance étatique d'une exposition à la violence de certains groupes de personnes en raison de ce qu'elles sont, le renvoi de l'identité de genre dans les marges de l'art. 261^{bis}

CP peut être perçu comme un « effacement » symbolique, dans le sens d'une « déréalisation » du problème social des violences transphobes. Une situation juridique qui contraste alors avec les données, toujours plus nombreuses, attestant d'une victimisation accrue des personnes trans en Suisse, dans la lignée des recherches étrangères démontrant que ce groupe est, plus que tout autre, exposé à la criminalité de haine.

Alors que le Conseil national a accepté, en juin 2022, le postulat pour un « plan d'action national contre les crimes de haine anti-LGBTQ », reste à savoir quelle attention sera accordée à l'identité de genre dans les politiques pénales au cours des prochaines années. Au vu d'autres objets parlementaires récents, il est au moins une certitude : le débat sur l'inscription de la notion d'identité de genre dans le droit pénal devrait s'ouvrir à nouveau, en lien cette fois avec la question de l'incrimination, au niveau fédéral, des « thérapies de conversion » visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne pour la faire correspondre à l'hétérosexualité et à la cisidentité⁹⁷. Sachant que l'identité de genre apparaît aujourd'hui dans le droit cantonal⁹⁸, il sera intéressant de savoir si cette concrétisation progressive d'une catégorie juridique rebattra les cartes d'un débat autrefois focalisé sur l'imprécision de la notion, notamment car inconnue du droit suisse.

En conclusion, s'il ne peut plus être dit que les personnes trans sont « *strangers to the law* »⁹⁹ en Suisse, la question se pose de savoir pour combien de temps encore elles demeureront toutefois ignorées du droit *pénal* fédéral, et ce en dépit des chiffres ne laissant plus place au doute quant à leur vulnérabilité particulière face à la discrimination et aux violences identitaires.

97 Motion 19.3840 (Interdiction de « guérir » les mineurs homosexuels) ; Interpellation 20.3870 (La Suisse, refuge des « guérisseurs d'homos ») ; et Initiatives 21.483 (Interdiction des thérapies de conversion sur les mineurs), 21.496 (Interdiction et pénalisation des thérapies de conversion sur des mineurs et des jeunes adultes) et 21.497 (Interdiction et pénalisation des thérapies de conversion). Tous ces objets ont été retirés dans l'attente d'un rapport de l'administration fédérale sur la fréquence de ces pratiques et la suffisance du cadre légal, demandé dans le cadre du Postulat 21.4474.

98 Not. Loi genevoise du 23.3.2023 sur l'égalité et la lutte contre les discriminations liées au sexe et au genre ; et Projet de loi genevoise sur la privation de liberté et les mesures d'encadrement.

99 John Nguyet Erni, *op. cit.* n. 1, 136.