

ex/ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforschung
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 2/2021

Heilung
Guérison
Cure

PHILIPPE STAWISKI / IVA STAMENKOVIC
**Pandemiebekämpfung durch gerechte Verteilung
von Impfstoffen – eine rechtliche Analyse**

FABIAN LÜTZ
**Covid-19 als Lackmustest für die Elternzeit
in der Schweiz und Europa – rechtliche
und verhaltensökonomische Überlegungen**

CARLOTTA MANZ
**The use of genetic data by private parties:
how does the new Swiss legislation address
the human rights threats?**

LUCILE MACHERET / NICOLAS PAQUIER
Le droit suisse face à la loi du préau

MICOL FERRARIO / MARTA TARONI
**La pathologisation de l'homosexualité :
le rôle du droit dans le chemin vers l'interdiction
des thérapies de conversion en Suisse**

Dissertationsliste des Frühjahrssemesters 2021

NEU
mit Dissertationen
Frühjahr 2021

DIKE 

Herausgeber / éditeurs

William Barbey (Koordination französischsprachiger Beiträge), Enzo Bastian (Marketing), Stephanie Bernet (Koordination deutschsprachige Beiträge), Claude Eric Bertschinger (Marketing), Suzan Can (Finanzen und Sponsoring), Andrés Payer (Webmaster und Kommunikation), Jan Wenk (Finanzen und Sponsoring), Floris Zuur (Präsidium)

Redakteure / évaluateurs

Tilla Caveng, Clémence Demay, Valérie Dittli, Kaspar Ehrenzeller, Florian Fasel, Pascal Favrod-Coune, Ryan Gauderon, Gabriel Gertsch, Rehana Harasgama, Louise Hauptmann, Manon Joseph, Till Kaufmann, Maya Kiepe, Alex Kistler, Nadia Kuźniar, Natalie Lisik, Kastriot Lubishtani, Aldina Mehmedovic, Michael Meier, Aleksandra Milosevic, Raquel Pochon, Fiona Savary, Roman Schister, Martin Seelmann, David Zandirad

Vertrieb und Abonnementsverwaltung /

Diffusion et abonnements

Dike Verlag AG

Weinbergstrasse 41, CH-8006 Zürich

Tel. 044 251 58 30, E-Mail service@dike.ch, www.dike.ch

Erscheint zweimal pro Jahr (Juni, November) / Parution deux fois l'an (juin, novembre)

Abonnementspreis / Prix de l'abonnement

Jahresabonnement / Abonnement annuel:

CHF 74.– inkl. MWSt/TVA incluse

Jahresabonnement Studierende (bitte Kopie der Legitimationskarte beilegen) / Abonnement annuel étudiants (joindre une copie de la carte de légitimation): CHF 59.– inkl. MWSt/TVA incluse

Die Zeitschrift kann auch als Einzelheft bezogen werden /

La revue est également vendue sous forme de cahiers séparés

Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. Beanstandungen können nur innert 8 Tagen nach Eingang der Sendung berücksichtigt werden. Für durch die Post herbeigeführte Beschädigungen sind Reklamationen direkt bei der Poststelle am Zustellort anzubringen.

La résiliation de l'abonnement pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période. Seules les réclamations faites dans les huit jours dès réception du numéro seront prises en compte. Les réclamations relatives aux dommages causés par les services postaux doivent être directement adressées à l'office postal de distribution.

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Jeder Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der vorherigen schriftlichen Einwilligung der Dike Verlag AG.

Toute réimpression, reproduction, mise sur microfilm, enregistrement sur un support électronique de données et exploitation sous toute autre forme de chacune des parties de cette revue requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition Dike Verlag AG.

Weitere Informationen zur Zeitschrift, Inserate-, Unterstützungs- und Publikationsmöglichkeiten finden Sie unter www.ex-ante.ch.

Vous trouverez plus d'informations sur la revue, l'insertion d'annonces ainsi que les possibilités de soutien et de publication sur www.ex-ante.ch.

Umschlagbild: © natara – Adobe Stock

ISSN 2297-9174

ISBN 978-3-03891-395-5



Felix Uhlmann | Stefan Höfler (Hrsg.)

Notrecht in der Corona-Krise

19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre

Die Corona-Krise ist nicht nur ein Stresstest für die Gesellschaft, sondern auch für das Recht. Für viele Fragen, die bisher nur in der Theorie relevant waren, muss man nun praktische Lösungen finden. Dieser Band legt eine erste Beurteilung der Rechtslage vor.

2021, 212 Seiten, broschiiert
ISBN 978-3-03891-351-1
CHF 64.–

www.dike.ch/3511



Schriften des Zentrums
für Rechtsetzungslehre

12

Felix Uhlmann / Stefan Höfler (Hrsg.)

Notrecht in der Corona-Krise

19. Jahrestagung des Zentrums
für Rechtsetzungslehre

DIKE

DIKE

Avant-propos

Chères lectrices, Chers lecteurs,

Alors que la pandémie de coronavirus régente toujours notre quotidien, les enjeux sociaux gouvernent désormais l'actualité d'un monde en quête d'un nouvel élan. Le droit – science humaine et sociale, s'il en est – n'échappe naturellement pas au climat politique de notre époque. Les questions juridiques sont rarement neuves, mais elles jouissent d'un éclairage nouveau, parfois inédit, souvent intensifié par les circonstances. Si cela suscite des réactions variées, la tâche qui incombe aux chercheurs en droit est bien celle de proposer des solutions fondées sur les principes de notre ordre juridique et qui garantissent la permanence de l'État de droit. En accord avec ces considérations générales, le thème générique de la « guérison » est donc celui qui a présidé à l'élaboration de ce cahier 2/2021.

Les deux premières contributions que nous vous proposons portent directement sur les effets de la situation sanitaire que traverse la planète. Philippe Stawiski et Iva Stamenkovic apportent des réponses à la question d'une distribution équitable des vaccins qui doit trouver un équilibre entre la santé publique et la protection de la propriété intellectuelle. Dans la même veine, Carlotta Manz analyse la législation relative à la recherche sur le génome humain et en fait une critique fondée sur les droits fondamentaux. Plus orienté vers des enjeux sociaux, Fabian Lütz propose, après en avoir esquissé les fondements constitutionnels, « un congé parental de crise ». Puis, Lucile Macheret et Nicholas Paquier posent la toujours délicate question du harcèlement en milieu scolaire et de l'efficacité de la réglementation actuelle. Enfin, Micol Ferrario et Marta Taroni s'interrogent sur la nécessité d'une interdiction explicite des thérapies dites de « conversion » dont la pratique perdure encore.

En sus de ces contributions de fond, nous vous proposons, sous la forme d'une liste, une recension des thèses de doctorat en droit issues des universités suisses dans la première partie de l'année 2021. La richesse et la variété des thèses juridiques méritent en effet une certaine mise en exergue permettant à un large public d'y avoir facilement accès et d'en faire le meilleur usage.

William Barbey, LL.M. (Genève)¹

Vorwort

Geschätzte Leserinnen und Leser

Während die Coronavirus-Pandemie nach wie vor unser tägliches Leben beherrscht, dominieren die Aktualität soziale Themen, in einer Welt auf der Suche nach neuem Atem. Als Geistes- und Sozialwissenschaft wird die Rechtswissenschaft natürlich vom politischen Klima unserer Zeit beeinflusst. Rechtsfragen sind selten neu, aber sie erscheinen durch die Umstände oftmals in (ganz) neuem Licht. In einem Meer von Reaktionen ist es Aufgabe der Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler, Lösungen vorzuschlagen, die auf den Grundsätzen unserer Rechtsordnung beruhen und den Fortbestand des Rechtsstaates gewährleisten. Im Einklang mit diesen Überlegungen trägt diese Ausgabe 2/2021 daher den Titel «Heilung».

Die ersten beiden Beiträge dieser Ausgabe befassen sich unmittelbar mit den Auswirkungen der aktuellen globalen Gesundheitssituation. Philippe Stawiski und Iva Stamenkovic geben Antworten auf die Frage der gerechten Verteilung von Impfstoffen, die ein Gleichgewicht zwischen dem Recht auf Gesundheit und dem Schutz des geistigen Eigentums finden muss. Ferner analysiert Carlotta Manz die Gesetzgebung betreffend die Forschung über das menschliche Genom und legt dabei Probleme mit Blick auf die Menschenrechte offen. Fabian Lütz, der sich mehr an sozialen Fragen orientiert, stützt sich auf verfassungsrechtliche Grundlagen, um eine «Krisen-Elternzeit» vorzuschlagen. Weiter befassen sich Lucile Macheret und Nicholas Paquier mit dem stets heiklen Thema des Mobbing in der Schule und der Effizienz der geltenden Vorschriften. Micol Ferrario und Marta Taroni fragen sich schliesslich, ob ein explizites Verbot der sogenannten «Konversionstherapien», die immer noch praktiziert werden, erforderlich ist.

Zusätzlich zu diesen Beiträgen bieten wir Ihnen eine Liste der rechtswissenschaftlichen Dissertationen, aufgrund derer im ersten Teil des Jahres 2021 an Schweizer Universitäten die Doktorwürde vergeben wurde. Wir sind der Überzeugung, dass der Reichtum und die Vielfalt der juristischen Dissertationen es verdienen, hervorgehoben und einer möglichst breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht zu werden.

William Barbey, LL.M. (Genf)²

¹ Doctorant et assistant diplômé à l'Université de Lausanne, membre du comité éditorial de la présente revue.

² Doktorand und wissenschaftlicher Assistent an der Universität Lausanne, Mitglied des Herausgeberteams dieser Zeitschrift.

Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

Pandemiebekämpfung durch gerechte Verteilung von Impfstoffen – eine rechtliche Analyse

PHILIPPE STAWISKI / IVA STAMENKOVIC

3

Covid-19 als Lackmustest für die Elternzeit in der Schweiz und Europa – rechtliche und verhaltensökonomische Überlegungen

FABIAN LÜTZ

14

The use of genetic data by private parties: how does the new Swiss legislation address the human rights threats?

CARLOTTA MANZ

23

Le droit suisse face à la loi du préau

LUCILE MACHERET / NICOLAS PAQUIER

34

La pathologisation de l'homosexualité : le rôle du droit dans le chemin vers l'interdiction des thérapies de conversion en Suisse

MICOL FERRARIO / MARTA TARONI

43

Dissertationsliste des Frühjahrssemesters 2021

52

La pathologisation de l'homosexualité : le rôle du droit dans le chemin vers l'interdiction des thérapies de conversion en Suisse

MICOL FERRARIO* / MARTA TARONI**

MOTS CLÉS	Thérapies de conversion – Homosexualité – Homothérapies – Stigmatisation – Mesures anti discriminatoires
RÉSUMÉ	Les thérapies de conversion visant à guérir l'homosexualité sont encore répandues en Europe et également en Suisse. Cet article s'interroge sur la possibilité de les interdire de manière explicite et sur les avantages qu'une telle mesure législative pourrait apporter.
ZUSAMMENFASSUNG	Die sogenannte Konversionstherapien, die darauf abzielen, die Homosexualität zu heilen, sind in Europa und sogar in der Schweiz noch weit verbreitet. Dieser Artikel untersucht die Machbarkeit eines expliziten Verbots solcher Therapien und den Nutzen, den eine solche gesetzliche Massnahme bringen könnte.
ABSTRACT	So-called conversion therapies aimed at curing homosexuality are still widespread in Europe, including Switzerland. This article aims at questioning whether such practices should be explicitly banned and which benefits could derive from such a legislative intervention.

I. Introduction

Au début du XIX^e siècle, la conviction que l'homosexualité était une maladie à soigner a commencé à se répandre et, par conséquent, l'idée qu'elle pouvait être guérie par des interventions de nature médicale, psychologique ou spirituelle s'est graduellement imposée. Également connues sous le nom de *thérapies de conversion*, ces dernières ont pour but d'éliminer cette « déviance » afin de ramener l'hétéro-normalité. Bien qu'à l'heure actuelle leur dangerosité et inefficacité soient désormais reconnues, ces thérapies sont toutefois encore pratiquées et la plupart des États européens ne les ont pas encore proscrites explicitement. C'est aussi le cas de la Suisse : au niveau fédéral, les thérapies de conversion ne sont interdites que *de facto*. Après un bref aperçu de la représentation de l'homosexualité comme pathologie (II.) et des thérapies envisagées pour la traiter (III.), cet article décrit les mesures adoptées jusqu'à aujourd'hui pour les bannir en Suisse (IV.) et s'interroge

enfin sur la possibilité de les interdire explicitement, ainsi que sur les bénéfices qui pourraient en résulter (V.).

II. Les « anormaux » et l'homosexualité en tant que maladie

Considérée pendant des siècles comme un péché contre la nature et contre Dieu¹, souvent punie comme un crime², l'homosexualité a été déclarée à partir du XIX^e siècle comme une maladie. Le positivisme³ du XIX^e siècle a défini l'homosexualité comme une déviation d'essence pathologique, qui devait donc être traitée, comme toute autre maladie, par les traitements les plus innovants. Alors que

* Doctorante à l'Université de Neuchâtel et assistante à l'Università della Svizzera italiana.

** Doctorante à l'Università « G. D'Annunzio » di Chieti-Pescara et assistante à l'Università di Bologna. Cet article est le résultat d'une élaboration commune. Les paragraphes 3 et 4 ont été matériellement écrits par la première autrice, tandis que le deuxième par la seconde. Les paragraphes 1, 5 et 6 ont été élaborés par les deux autrices.

¹ Aussi bien l'Ancien que le Nouveau Testament définissent l'homosexualité comme un crime contre la nature, une conduite pécheresse à réprimer à travers le droit séculier. Voir, entre autres, Sodome dans la Genèse (19), Lévitique (18, 22 et 29; 20, 13).

² Pour approfondir l'histoire de l'homosexualité entendue comme un crime, voir JOHN BOSWELL, *Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality : Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century*, 1^{re} éd., Chicago 1980.

³ Nous nous référons au mouvement culturel et philosophique né en France dans la première moitié du XIX^e siècle et qui soumet de manière rigoureuse les connaissances acquises à l'épreuve des faits, voir en particulier, AUGUSTE COMTE, *Cours de philosophie positive*, 1^{re} éd., Paris 1830.

l'État décide de ne plus sanctionner⁴ un comportement « inoffensif » et relatif à la sphère privée – qui s'inscrit dans le sillage des orientations théorico-juridiques des Lumières⁵ et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 – la répression de l'homosexualité est ainsi confiée à la science médicale⁶. Pour FOUCAULT, au XIX^e siècle⁷, la psychiatrie a remplacé la justice dans la gestion et la répression des anomalies individuelles, engendrant un racisme « ethnique »⁸ spécifique. Ce type de racisme cible « les anormaux », tous ces individus qui portent des stigmates. Il ne s'agit pas d'un racisme qui oppose deux groupes distincts, mais d'un racisme d'oppression et de correction des membres de son propre groupe qui, par leur différence, sont considérés comme *dangereux*⁹.

La croisade de la psychiatrie du XIX^e siècle place la sexualité – ou mieux, l'utilisation sexuelle de son propre corps selon des modalités différentes du schéma hétéro-normatif¹⁰ – à l'origine de nombreux troubles psychiques. Les individus qui ne correspondent pas aux critères de « normalité sexuelle » sont considérés comme « anormaux » et sont traités, internés, mutilés et torturés. Le couple hétérosexuel devient le paradigme de la normalité et s'impose comme un modèle universel. L'instinct sexuel qui ne s'apparente pas à l'instinct biologique est considéré

comme une perversion qui doit être corrigée. Au cours de cette période historique, nous assistons à un processus de psychiatrisation des perversions, notamment envers toutes les pratiques sexuelles (y compris les relations homosexuelles) qui ne sont pas subordonnées à l'économie rigide de la reproduction. Ces déviances doivent alors être réorganisées selon l'ordre social et moral bourgeois, à travers des traitements médicaux et pédagogiques¹¹.

Selon la pensée foucauldienne, à partir du XIX^e siècle le savoir-pouvoir de la médecine se dirige vers une forme de normalisation¹², qui se réalise à travers « la somatisation de la sexualité » et la médicalisation consécutive du corps de l'individu, un corps qui doit être soigné et emmené vers cette forme de normalité. Ce système de sanction disciplinaire est conforme au « modèle de la peste », modèle d'inclusion et d'internement des malades fondé sur la quarantaine qui se substitue à partir du XVI^e siècle au « modèle de la lèpre », modèle d'exclusion et de marginalisation par l'éloignement des lépreux de la ville, considérés comme des individus dangereux¹³. Au sein du « modèle de la peste », les individus *différents* ne sont ni éloignés, ni éliminés de la société, mais sont enfermés, soignés et rééduqués. Ainsi, les homosexuels ne sont plus condamnés à mort ou à l'emprisonnement¹⁴, comme le prévoyait le « modèle de la lèpre », mais ils sont désormais internés dans des hôpitaux psychiatriques pour être normalisés et éduqués.

La sodomie¹⁵, perçue comme un péché et un crime, appartenait à un ensemble d'actes interdits et leurs auteurs n'étaient que sujets de droit. Lorsque l'homosexualité devient une maladie, « *l'homosexuel devient un person-*

4 Sans prétention d'exhaustivité, nous faisons référence aux réformes du Code Napoléon et de manière générale à l'orientation des États européens après la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cependant, il convient de préciser que plusieurs États européens ont décriminalisé bien plus tard les relations homosexuelles : par exemple, la Suisse (au niveau fédéral) seulement en 1942. Pour une reconstruction de l'histoire juridique de l'homosexualité, voir FLORA LEROY-FORGEOT, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, 1^{re} éd., Paris 1997.

5 Par exemple, aussi bien MONTESQUIEU que VOLTAIRE considèrent l'homosexualité comme un acte contre nature à réprimer à travers l'éducation et non pas par le droit pénal (MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, 1^{re} éd., Paris 1748 ; VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, 1^{re} éd., Paris 1764).

6 À l'instar d'autres attitudes concernant la sphère sexuelle non conformes à l'ordre moral bourgeois. Nous nous référons, par exemple, à la masturbation. Voir MICHEL FOUCAULT, *Les anormaux*. Cours au Collège de France, 1974–1975, 1^{re} éd., Paris 1999 ; JOS VAN USSEL, *Histoire de la répression sexuelle*, 1^{re} éd., Paris 1972.

7 Le traité *Psychopathia sexualis* de HEINRICH KAAH de 1844 peut servir d'indicateur, selon FOUCAULT (n. 6), 525.

8 FOUCAULT (n. 6), 603.

9 FOUCAULT (n. 6), 603 ss.

10 L'hétéronormativité est une norme sociale faisant en sorte que l'hétérosexualité soit considérée comme une norme. MICHAEL WARNER a popularisé le terme en 1991, dans l'une des premières œuvres majeures de la théorie *queer* (MICHAEL WARNER, *Introduction : Fear of a Queer Planet*, *Social Text* 1991 [29], 3 ss).

11 FOUCAULT (n. 6), 56–103.

12 À propos de la normalisation et de la norme, voir aussi : GEORGES CANGUILHEM, *Le Normal et le Pathologique*, 1^{re} éd., Paris 1972, 169 ss.

13 FOUCAULT (n. 6), 89–90.

14 Au Moyen-Âge et jusqu'au début du XVII^e siècle, les hermaphrodites et les homosexuels étaient punis par la loi et souvent condamnés à la peine de mort. Ce n'est qu'à la fin du XVII^e siècle qu'une nouvelle approche par l'internement et la correction commence à se répandre. Voir FOUCAULT (n. 6), 67 ss. Le célèbre article de WESTPHAL de 1870 sur les sensations sexuelles contraires peut être considéré comme la date de naissance de la catégorie psychiatrique de l'homosexualité : CARL WESTPHAL, *Die konträre Sexualempfindung, Symptome eines neuropathischen (psychopathischen) Zustand*, *Archiv für Psychiatrie und Nervenkrankheiten*, vol. II, 1870, 73 ss.

15 Dans ce contexte, nous faisons référence à la sodomie comme synonyme d'homosexualité. Il convient de préciser, cependant, que le terme « sodomie » peut également désigner en général tout acte sexuel non copulatoire, y compris entre personnes hétérosexuelles.

nage»¹⁶, une sorte de modèle physique, qui est imprégné par son anormalité dans l'ensemble de ses comportements. Il souffre d'« *hermaphrodisme dans l'âme* »¹⁷ : il est son homosexualité. Le cadre juridique de la répression est exercé sur l'individu, et non plus sur l'acte considéré contre nature et contre la loi : l'expertise psychiatrique permet de passer de l'acte à la conduite, en soulignant la manière d'être du coupable comme étant le crime lui-même. Alors que les sodomites étaient considérés comme des criminels, les homosexuels sont quant à eux devenus, au cours du XIX^e siècle, des individus considérés comme « non conformes » au modèle de normalité. Le terme même d'« homosexualité » est relativement récent et illustre de manière lapidaire la naissance de cette minorité qui présente des caractéristiques identitaires précises¹⁸.

La pathologisation de l'homosexualité a survécu au-delà du XIX^e siècle. Dans les années 1950, l'homosexualité était encore considérée comme une maladie mentale, classée comme un trouble de la personnalité. Puis, en 1968, elle a été considérée comme une déviance sexuelle et, en 1973, elle a été qualifiée de « *perturbation de l'orientation sexuelle* »¹⁹. Ce n'est qu'en 1990 que l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) a retiré l'homosexualité de la classification internationale des maladies²⁰.

Trente ans après ce moment historique, l'idée que l'homosexualité peut être soignée est toutefois encore très répandue, à tel point que les thérapies dites de conversion sont encore pratiquées aujourd'hui.

III. Les thérapies de conversion : « soigner » les homosexuels

Également connues sous le nom de *thérapies de réparation*, de *réintégration*, de *réorientation* ou, encore, *homo-thérapies*, les thérapies de conversion consistent dans un ensemble de différentes pratiques visant à changer ou modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre des personnes homosexuelles, bisexuelles et transgenres²¹. Ces traitements, fondés sur la conviction que toute orientation non hétérosexuelle et toute identité transgenre représentent des pathologies « à soigner », visent donc à rétablir respectivement l'hétérosexualité et la cisidentité des individus qui en souffrent²². Dans ce but, à partir du milieu du XIX^e siècle²³, une multitude de thérapies ont été expérimentées²⁴. Initialement, étant conçues comme de véritables pathologies, l'homosexualité et l'identité transgenre étaient traitées médicalement : entre autres, à côté d'interventions « plus traditionnelles » telles que la lobotomie, l'hypnose, la castration chirurgicale ou chimique²⁵ et l'hormonothérapie, des médecins estimaient que de rigoureux entraînements de cyclisme pouvaient supprimer l'appétit sexuel tout court²⁶. D'autre part, le recours aux « thérapies d'aversion » par électrochoc ou induction de vomissements était devenu de plus en plus fréquent : le patient était simultanément exposé à un *stimulus* positif (par exemple la représentation d'images de personnes nues du même sexe que le patient) et à un *stimulus* négatif

¹⁶ MICHEL FOUCAULT, *La volonté de savoir*, 1^{re} éd., Paris 1976, 92.

¹⁷ FOUCAULT (n. 16), 94.

¹⁸ Le terme « homosexualité » est une invention allemande. Il est apparu pour la première fois comme « Homosexualität » en 1869 dans une brochure contestant la répression prussienne de la sodomie (KARL M. KERTBENY, *Schriften zur Homosexualitätsforschung*, 1^{re} éd., Berlin 1869). Pour un aperçu large et complet de l'histoire de l'homosexualité en Occident, voir notamment DANIEL BORRILLO/DOMINIQUE COLAS, *L'Homosexualité de Platon à Foucault : Anthologie critique*, 1^{re} éd., Paris 2005. Il convient également de souligner que, dans notre article, nous faisons référence à l'homosexualité au sens large, bien que de nombreux textes cités se concentrent davantage sur l'histoire de l'homosexualité masculine. En effet, le lesbianisme a été longtemps oublié tant dans l'historiographie que dans la littérature : JUDITH BUTLER, *Gender Trouble : Feminism and the Subversion of Identity*, 1^{re} éd., New York 1990.

¹⁹ ROBERT L. SPITZER, *The Diagnostic Status of Homosexuality*, in : *DSM-III: a Reformulation of Issues*, *American Journal of Psychiatry* 1981 138 (2), 210 ss.

²⁰ Voir <https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/gender/news/news/2011/05/stop-discrimination-against-homosexual-men-and-women>, consulté le 10 août 2021.

²¹ SEBNEM K. FINANCI/MICHELE HEISLER/STEEN H. HANSEN, *Statement on Conversion Therapy*, *Journal of Forensic and Legal Medicine* 2020 72, 1 ss, 1.

²² CHRISTINA LUDWIG, *Conversion Therapy, Its Detrimental Consequences, and Its Place in the National Spotlight*, *Rutgers Journal of Law and Religion* 2016 18 (2), 121 ss, 122. Voir également CARL G. STREED, JR./J. SETH ANDERSON/CHRIS BABITS/MICHAEL A. FERGUSON, *Changing Medical Practice, Not Patients — Putting an End to Conversion Therapy*, *The New England Journal of Medicine* 2019 381 (6), 500 ss, 500.

²³ LUCAS R. MENDOS pour ILGA, *Curbing Deception: A World Survey on the Legal Regulation of so-called « conversion therapies »*, Genève 2020, 1 ss, 23 : https://ilga.org/downloads/ILGA_World_Curbing_Deception_world_survey_legal_restrictions_conversion_therapy.pdf, consulté le 4 juin 2021.

²⁴ Pour un aperçu général voir JAMES E. PHELAN, *Successful Outcomes of Sexual Orientation Change Efforts. An Annotated Bibliography*, 1^{re} éd., Charleston 2014.

²⁵ Des tentatives de convertir ou de calmer l'homosexualité par le biais de la castration ont été pratiquées même en Suisse : THIERRY DELESSERT, *Des testicules au cerveau. Convertir chirurgicalement un corps homosexuel (1916–1960)*, in : Martin/Roca i Escoda (édit.), *Sexuer le corps. Huit études sur des pratiques médicales d'hier et d'aujourd'hui*, 1^{re} éd., Lausanne 2019, 17 ss, 33.

²⁶ MENDOS (n. 23), 23.

(par exemple le choc électrique ou l'injection de médicaments causant de la nausée) de façon à susciter l'aversion envers les premiers²⁷. Bien que les traitements médicaux n'aient pas encore totalement disparus²⁸, avec sa dépsychiatisation en 1973²⁹ l'homosexualité a ainsi commencé à être traitée principalement par le biais de la psychothérapie : dès lors, des sessions de thérapies individuelle ou de groupe ont commencé à être promues comme des remèdes efficaces³⁰. Plus récemment, parmi les thérapies de conversion ont commencé à figurer aussi les procédés fournis par des aumôniers : à l'heure actuelle, l'exorcisme, l'anamnèse et les sessions de prière sont désormais les méthodes les plus répandues pour soigner ces « déviances »³¹.

Cependant, outre perpétuer le stigmate de l'homosexualité, il est désormais scientifiquement reconnu que ces formes de traitement peuvent entraîner des souffrances à la fois mentales et physiques : en effet, selon les témoignages de plusieurs ex-patients, ces thérapies peuvent même mener à la dépression, aux pensées suicidaires et aux dysfonctionnements sexuels³². De plus, lorsque ces tentatives de correction sont adressées aux mineurs, les dommages envisageables peuvent être encore pires : les adolescents ressentent bien plus les pressions sociales et le fait d'être étiquetés comme « différents » peut facilement les amener à l'isolement et à des idées d'automutilation³³.

Ces dernières années, compte tenu de leur dangerosité et du fait qu'elles sont totalement dépourvues de base

scientifique, les principales associations médicales, ainsi que certains ex-praticiens³⁴, ont publiquement dénoncé les thérapies de conversion³⁵. Cette impulsion vertueuse n'a toutefois pas encore été massivement accueillie par tous les États³⁶, vu que, à l'heure actuelle, sur la scène internationale, rares sont les lois visant à les interdire explicitement. Bien que plusieurs États viennent d'assurer qu'une législation visant à interdire ces thérapies sera prochainement adoptée³⁷, à présent seuls le Brésil³⁸, l'Équateur³⁹, Malte⁴⁰ et l'Allemagne⁴¹ ont déjà implémenté une prohibition au niveau national, alors que les États-Unis⁴², le Canada⁴³, l'Espagne⁴⁴ et l'Australie⁴⁵ ont introduit des interdictions infranationales⁴⁶. Cependant, les autres États prétendent que ces thérapies peuvent déjà être sanction-

³⁴ CELLA (n. 32), 124.

³⁵ Voir, par exemple, AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, Task Force on Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation, 2009 : <https://www.apa.org/pi/lgbt/resources/therapeutic-response.pdf>, consulté le 9 juin 2021. Plus récemment, même l'ordre des psychologues albanais les a dénoncées : <https://www.pinkembassy.al/en/albania-bans-conversion-therapy-lgbt-persons>, consulté le 9 juin 2021.

³⁶ Pour un survol comparatif voir MENDOS (n. 23), 115 ss.

³⁷ Entre autres, la Grande-Bretagne et la Nouvelle-Zélande ont récemment confirmé qu'elles adopteront prochainement une loi pour les interdire : voir, respectivement, KATE HOLTON, UK to Ban LGBT Conversion Therapy and Provide More Support, article de presse du 11 mai 2021, Reuters : <https://www.reuters.com/world/uk/uk-ban-lgbt-conversion-therapy-provide-more-support-2021-05-11/> et HON KRIS FAAFOI, Government Reaffirms Urgent Commitment to Ban Harmful Conversion Practices, article de presse du 22 février 2021, Beehive.govt.nz : <https://www.beehive.govt.nz/release/government-reaffirms-urgent-commitment-ban-harmful-conversion-practices>, consulté le 9 juin 2021.

³⁸ Resolução cfp no. 001/99 du 22 mars 1999.

³⁹ Reglamento no. 767 para la regulación de los centros de recuperación para tratamiento a personas con adicciones o dependencias a sustancias psicoactivas du 11 mai 2012.

⁴⁰ ACT no. LV du 9 décembre 2016.

⁴¹ Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen – KonvBG du 12 juin 2020.

⁴² Notamment dans les États fédérés de California, New Jersey, Columbia (district), Oregon, Illinois, Vermont, Connecticut, Nevada, New Mexico, Rhode Island, Delaware, Hawaii, Maryland, Washington, New Hampshire, New York, Massachusetts, Colorado, Maine, Puerto Rico, Utah.

⁴³ Notamment dans les provinces du Ontario, Nova Scotia et Prince Edward Island, aussi bien que dans les villes de Vancouver et Edmonton.

⁴⁴ Notamment dans les communautés autonomes de Madrid, Murcia, Andalousia, Aragona et Valencia.

⁴⁵ Notamment dans les États fédérés de Queensland et Victoria.

⁴⁶ Pour un aperçu détaillé général (néanmoins daté de l'année 2020) voir <https://spartacus.gayguide.travel/gaytravelindex.pdf>, consulté le 5 juin 2021.

²⁷ JEAN-LOUP ADÉNOR/TIMOTHÉE DE RAUGLAUDRE, Dieu est amour : infiltrés parmi ceux qui veulent « guérir » les homosexuels, 1^{re} éd., Paris 2019, 46.

²⁸ JOSINA BOTHE pour IRCT, It's Torture not Therapy. A Global Overview of Conversion Therapy : Practices, Perpetrators and the Role of States, 2020, 1 ss, 7–10. Comme le témoigne ce rapport, il y a encore plusieurs États qui recourent aux soins médicaux : par exemple, en Chine l'emploi de l'électrochoc demeure répandu, ainsi qu'en Russie des médecins se servent encore des médicaments tel que les antidépresseurs.

²⁹ Les conceptions psycho – dynamiques états-uniennes ont mené à une nouvelle catégorisation de l'homosexualité même en Suisse : THIERRY DELESSERT, Sortons du ghetto. Histoire politique des homosexualités en Suisse, 1950–1990, 1^{re} éd., Zurich et Genève 2021, 75–76.

³⁰ Plus généralement, JACK DRESCHER, I'm Your Handyman : A History of Reparative Therapies, Journal of Homosexuality 1998 3, 19 ss.

³¹ ADÉNOR/DE RAUGLAUDRE (n. 27), 55–63.

³² ARCANGELO S. CELLA, A Voice in the Room : The Function of State Legislative Bans on Sexual Orientation Change Efforts for Minors, American Journal of Law & Medicine 2014 40 (1), 113 ss, 123.

³³ KAROLYN A. HICKS, « Reparative » Therapy : Whether Parental Attempts to Change a Child's Sexual Orientation Can Legally Constitute Child Abuse, American University Law Review 1999 49 (2), 505 ss, 518.

nées conformément au droit national, et considèrent alors comme inutile une réglementation *ad hoc*⁴⁷.

La Suisse fait partie de cette dernière catégorie. Néanmoins, des initiatives au niveau cantonal à cet égard ont été récemment promues.

IV. Bannir les thérapies de conversion en Suisse : entre l'immobilisme fédéral et le dynamisme cantonal

Au cours des dernières années, plusieurs faits divers concernant les thérapies de conversion ont directement intéressé la Suisse : par exemple, en 2018, le cas d'un médecin actif dans les cantons de Genève et Vaud qui proposait des traitements homéopathiques pour soigner l'homosexualité⁴⁸, ou, encore en 2020, celui d'un psychiatre qui promettait de restaurer l'hétérosexualité de ses patients par des séances de *Eye Movement Desensitization and Re-processing*⁴⁹, ont fait du bruit.

Bien que les thérapies de conversion soient évidemment répandues, la Suisse compte parmi les États qui considèrent que ces thérapies peuvent déjà être sanctionnées conformément au droit en vigueur et qui par conséquent ne ressent pas la nécessité de les interdire spécifiquement.

Au niveau fédéral, ce sujet a été pour la première fois abordé en 2016, notamment avec l'interpellation Quadranti « *Interdiction et punissabilité des thérapies visant à < traiter > l'homosexualité chez des mineurs* »⁵⁰. Dans son avis⁵¹, tout en admettant qu'il n'en avait pas connaissance, le Conseil fédéral a expressément dénoncé les thérapies de conversion et a en même temps reconnu que la Suisse a le devoir de protéger les enfants et les adolescents de ces traitements inefficaces et dangereux. Parallèlement, l'exécutif a toutefois reconnu que, pour y parvenir, la Confédération disposait déjà d'un réseau de services publics et privés pour la protection de la jeunesse et a par la suite conclu qu'il n'y avait « *ni possibilité ni besoin de prendre*

des mesures supplémentaires »⁵² à cette fin. Trois ans plus tard, par la motion Quadranti « *Interdiction de < guérir > les mineurs homosexuels* »⁵³, le Conseil fédéral a été chargé de proscrire ces thérapies pour les jeunes et d'envisager une interdiction d'exercer à l'encontre des psychologues, thérapeutes et aumôniers qui néanmoins les pratiquaient, ainsi que d'assurer que ces traitements ne puissent pas être remboursés par les caisses-maladie. En proposant de la rejeter, même dans cet avis⁵⁴, l'exécutif a, d'une part, condamné ces thérapies, mais, de l'autre, il a confirmé qu'il « *n'est toutefois pas possible* »⁵⁵ de les interdire expressément. À l'appui de cet argument, le Conseil fédéral a signalé que les parents qui soumettent leurs enfants à ces prétendues thérapies par la force sont déjà passibles de sanctions pénales pour violation du devoir d'assistance et d'éducation et que la loi sur les professions de la psychologie⁵⁶, et respectivement la Loi sur les professions médicales⁵⁷, imposent aux psychologues, psychothérapeutes et médecins d'exercer leur activité de manière non discriminatoire et professionnelle, la violation de la loi pouvant même aboutir au retrait de l'autorisation de pratiquer. L'exécutif a aussi rappelé que l'efficacité de ce système est au demeurant assurée par l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) et par l'autorité cantonale de surveillance, dont il souhaite « *le soutien actif* »⁵⁸. En dernier lieu, le Conseil fédéral a aussi affirmé que, en application de la Loi sur l'assurance-maladie⁵⁹, la prise en charge de ces thérapies est en tout cas écartée.

Par l'avis délivré en réponse à la dernière interpellation Barrile sur ce sujet, notamment « *La Suisse, refuge des < guérisseurs d'homos >* »⁶⁰, le Conseil fédéral a enfin eu l'occasion de remarquer que même le droit pénal offre déjà une protection efficace contre ces traitements vu que, à dépendance du bien juridique lésé, ces traitements peuvent être poursuivis en tant que formes de lésions corporelles (art. 122–123 CP⁶¹), extorsion (art. 156 CP), menace (art. 180 CP) ou contrainte (art. 181 CP).

⁴⁷ MENDOS (n. 23), 71–72.

⁴⁸ Genève veut interdire les thérapies de conversion, article de presse du 5 mars 2021, Le Temps : <https://www.letemps.ch/suisse/geneve-veut-interdire-therapies-conversion>, consulté le 17 juin 2021.

⁴⁹ MARION MARCHETTI, Un psychiatre schwytois prétend soigner l'homosexualité, article de presse du 3 juillet 2019, Le Temps : <https://www.letemps.ch/culture/un-psychiatre-schwytois-pretend-soigner-lhomosexualite>, consulté le 17 juin 2021.

⁵⁰ Interpellation Quadranti 16.3073 « Interdiction et punissabilité des thérapies visant à < traiter > l'homosexualité chez des mineurs » du 10.03.2016.

⁵¹ Avis du Conseil fédéral du 25.05.2016.

⁵² Avis (n. 51).

⁵³ Motion Quadranti 19.3840 « Interdiction de < guérir > les mineurs homosexuels » du 21.06.2019.

⁵⁴ Avis du Conseil fédéral du 04.09.2019.

⁵⁵ Avis (n. 54).

⁵⁶ Loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie du 18 mars 2011 (LPsy), RSV 935.81.

⁵⁷ Loi fédérale sur les professions médicales universitaires du 23 juin 2006 (LPMéd), RSV 811.11.

⁵⁸ Avis (n. 54).

⁵⁹ Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal), RSV 832.10.

⁶⁰ Interpellation Barrile 20.3870 « La Suisse, refuge des < guérisseurs d'homos > » du 19.06.2020.

⁶¹ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP), RS 311.0.

Ainsi, en estimant que l'arsenal juridique national est suffisant, le Conseil fédéral s'est à plusieurs reprises déclaré contre l'introduction d'une prohibition *de iure* des thérapies de conversion qui, à l'heure actuelle, ne sont bannies qu'indirectement⁶².

Face à cette inertie au niveau fédéral, l'on enregistre toutefois une prolifération d'initiatives au niveau cantonal pour interdire expressément les thérapies de conversion.

En dehors de la prise de position du gouvernement de Bâle-Ville qui, à travers un communiqué officiel, a condamné ces traitements⁶³, et de la direction de la santé du canton de Zurich, qui veut ouvrir une procédure de surveillance à l'égard des médecins qui les pratiquent⁶⁴, des motions pour interdire explicitement ces traitements viennent d'être acceptées, respectivement déposées, dans les cantons de Genève et de Vaud.

Le 5 mars 2021 le Grand Conseil genevois a finalement accepté la motion déposée par plusieurs députés en 2020⁶⁵, dont le nouveau titre est « *Interdire toutes les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre dans le canton de Genève* »⁶⁶. Par cette dernière motion, le Conseil d'État genevois a été chargé de rédiger dans les six mois à compter de mars 2021 un projet de loi (ou, le cas échéant, de modifier une loi existante ou d'élaborer un règlement d'application) qui interdise toute activité ayant pour but de changer l'orientation sexuelle ou l'identité de genre des personnes, mineures ou majeures, qui s'y soumettent. Pour y parvenir, la motion prévoit que l'exécutif cantonal devra tout d'abord créer un groupe de travail pluridisciplinaire (médico-juridico-socio-religieux) qui pourra l'accompagner dans l'élaboration du texte. De plus,

la motion prévoit d'introduire des espaces de reconstruction pour les victimes des thérapies de conversion et de prendre contact avec les autres autorités cantonales et fédérales de sorte qu'une prohibition soit enfin réalisée au niveau national. L'exemple genevois a été récemment suivi par le canton de Vaud où la motion « *Pour l'interdiction des « thérapies de conversion »* »⁶⁷ a été déposée le 2 mars 2021 : par celle-ci, le Conseil d'État vaudois a été également chargé d'intervenir pour interdire toute pratique visant à modifier l'orientation sexuelle, affective ou l'identité de genre d'une personne.

V. Vers une interdiction explicite des thérapies de conversion en Suisse ?

Les « thérapies de conversion » sont pourtant l'héritage contemporain de la pathologisation, de la stigmatisation⁶⁸ et de la répression de l'homosexualité. En effet, la présence même de nombreuses thérapies pour soigner l'homosexualité présuppose l'existence d'une « *maladie de l'homosexualité* »⁶⁹, hypothèse désormais inacceptable et surtout incompatible avec la nécessité de protéger les droits fondamentaux.

Ainsi, comme en témoignent les mesures déjà mises en œuvre dans certains systèmes juridiques⁷⁰, l'interdiction du recours aux « thérapies de conversion » s'impose avant tout parce qu'elles sont intrinsèquement discriminatoires à l'égard des homosexuels⁷¹. En plus de porter atteinte à

⁶² Le fait que les thérapies de conversion soient seulement interdites *de facto* est toutefois déjà positivement considéré par certaines indexations internationales : par exemple, dans l'annexe à SPARTACUS Gay Travel Index le fait que, même si en l'absence d'une loi spécifique, les citoyennes suisses peuvent agir en justice si elles sont touchées par de telles pratiques est déjà jugé comme satisfaisant. Voir SPARTACUS (n. 46).

⁶³ <https://www.grosserrat.bs.ch/dokumente/100390/000000390581.pdf?t=156947169820190926062138>, consulté le 19 juin 2020.

⁶⁴ Zürcher Regierung greift hart durch bei « Homoheilung », article de presse du 7 novembre 2019, TOP : <https://www.toponline.ch/news/people/detail/news/zuercher-regierung-greift-hart-durch-bei-homoheilung-00123096/>, consulté le 19 juin 2020.

⁶⁵ Motion M2640 « Interdire les thérapies de conversion dans le canton de Genève » du 17.05.2020: <http://ge.ch/grandconseil/data/texte/M02640.pdf>, consulté le 18 juin 2021.

⁶⁶ Motion M2640A « Interdire toutes les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre dans le canton de Genève » du 09.02.2021: <https://ge.ch/grandconseil/data/texte/M02640A.pdf>, consulté le 17 juin 2021.

⁶⁷ Motion 21_MOT_6 « Pour l'interdiction des « thérapies de conversion » » du 2.03.2021: https://www.vd.ch/toutes-les-autorites/grand-conseil/depute-e-s/detail-objet/id/21_MOT_6/membre/144596/, consulté le 19 juin 2021.

⁶⁸ À propos de la stigmatisation, voir ERVING GOFFMAN, *Stigma*, 1^{re} éd., London 1963.

⁶⁹ Opinion partagée par ADRIENNE DESSEL, *Moving Beyond a Systematic Review of Sexual Reorientation Therapy*, *Social Work* 2011 56 (2), 178 ss, 178: « If being lesbian or gay is not unhealthy or dysfunctional, there is no need to « repair » or « reorient » lesbian and gay individuals ».

⁷⁰ Nous réservons une attention particulière à l'Allemagne, qui vient d'interdire les thérapies de conversion au niveau fédéral (n. 41). Pour plus de détails sur l'intervention législative allemande, voir FRANCESCA BERTELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere in Germania : la legge « zum Schutz vor Konversionsbehandlungen »*, *Persona e mercato* 2020 (3), 263 ss.

⁷¹ La raison d'être d'un choix de criminalisation des thérapies de conversion est la même que celle à la base des initiatives législatives visant à introduire des circonstances aggravantes pour des actes criminels inspirés de sentiments d'homophobie, c'est-à-dire réprimer des formes de discrimination directe ou indirecte portant atteinte aux individus homosexuels : en

l'identité sexuelle⁷² des « patients » qui s'y soumettent, ces thérapies violent aussi plusieurs de leurs droits fondamentaux comme, par exemple, celui de la protection de la santé mentale et de la liberté sexuelle⁷³ ou de l'intégrité physique et psychique⁷⁴, voir même le respect de la dignité humaine selon l'article 7 de la Constitution fédérale⁷⁵. La dignité humaine, qui protège entre autres l'intégrité sexuelle⁷⁶, constitue le fondement du droit à l'autodétermination et représente non seulement l'essence des droits de la personnalité, mais a aussi la portée d'une garantie subsidiaire transversale qui peut être invoquée lorsqu'un aspect élémentaire de la personnalité est lésé et qu'aucun autre droit fondamental ne peut venir en aide⁷⁷. D'autre part, la décision de criminaliser les « thérapies de conversion » s'impose aussi en raison de l'obligation du législateur d'assurer activement l'effectivité de la dignité humaine. A cause de son caractère programmatique, il est nécessaire d'adopter les règles pour la garantir⁷⁸, et ce, notamment « dans les domaines et les circonstances où elle est le plus susceptible de subir des atteintes de la part de l'État, de tiers ou du sort »⁷⁹. La portée absolue de l'art. 7 Cst., aussi bien que sa nature de principe directeur de l'action de l'État⁸⁰, en impose ainsi la protection *effective* et non seulement formelle dans l'ensemble du système national⁸¹. En effet, selon MARTENET, en vertu de l'article 35 Cst. : « *Les droits fondamentaux représentent non seulement des limites mais aussi des obligations d'agir [...]. Tant la Confédération que*

les cantons et les communes sont soumis à ces obligations, pour leurs compétences respectives »⁸².

Par ailleurs, un tel choix législatif aurait également une valeur symbolique cruciale⁸³, à savoir la condamnation de comportements susceptibles de consolider le préjugé selon lequel l'homosexualité doit être considérée comme une déviation morbide de la normalité. Le droit joue en effet un rôle essentiel contre la stigmatisation, qui ne doit pas être sous-estimée ; selon McADAMS : « *law provides information ; information change beliefs; new beliefs change behaviour* »⁸⁴. Dans un système libéral⁸⁵ et pluraliste comme celui de la Suisse, il semble donc raisonnable que le législateur fédéral prenne position explicitement pour condamner des thérapies qui visent à soigner ce qui n'est pas une maladie.

Enfin, il faut noter que l'interdiction de ces thérapies serait un choix cohérent même au regard des accords internationaux signés par la Suisse et entrés en vigueur il y a quelques années⁸⁶. Nous faisons surtout référence à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁸⁷. En effet, dans son Rapport 2020, l'Expert indépendant de l'ONU sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre a expressément affirmé que « *les « thérapies de conversion » font par essence intervenir un traitement dégradant, inhumain et cruel, et risquent de donner lieu à la commission d'actes de torture* ». Dès lors, il a estimé « *[...] que les auteurs devraient être poursuivis et sanctionnés, s'il y a lieu, conformément à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui*

Suisse, l'art. 261^{bis} du code pénal vient d'être modifié afin de punir les *hate crimes* contre les personnes LGBTQ+.

⁷² Entendu comme un droit au libre développement de sa propre sexualité, de sa propre orientation sexuelle et de sa propre identité de genre : ELISA SCAROINA, Prospettive di criminalizzazione delle terapie di conversione, *Diritto Penale Contemporaneo* 2020 (4), 33 ss, 46.

⁷³ BSK BV-TSCHENTSCHER, N 35 *ad* art. 10.

⁷⁴ Art. 10 al. 2 Cst. féd. ; voir même : TSCHENTSCHER (n. 73), N. 35.

⁷⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

⁷⁶ BSK BV-BELSER/MOLINARI, N 56 *ad* art. 7.

⁷⁷ FEDERICA DE ROSSA, Pour un revenu équitable (mais non inconditionnel), *RDS* 2019, 539 ss, 551.

⁷⁸ « [L]a portée positive et absolue [de l'art. 7] implique que l'on reconnaisse à l'individu la faculté d'en déduire directement des droits à des prestations positives de la part de l'État » : DE ROSSA (n. 77), 552.

⁷⁹ JACQUES DUBEY, *Droits fondamentaux*, vol II : Libertés, garanties de l'État de droit, droits sociaux et politiques, 1^{re} éd., Bâle 2017, 25.

⁸⁰ BELSER/MOLINARI (n. 76), N 44.

⁸¹ Cette garantie est conçue comme une conséquence de l'état de droit et constitue – avec le fédéralisme et le principe de démocratie – un principe fondamental de l'ordre juridique suisse. Voir BSK BV-WALDAMANN, N 11 *ad* art. 35.

⁸² VINCENT MARTENET, La réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique Suisse, *RDS* 2011, 243 ss, 244.

⁸³ MARIE-AMÉLIE GEORGE, Expressive Ends : Understanding Conversion Therapy Bans, *Alabama Law Review* 2017 68 (3), 793 ss, 795.

⁸⁴ RICHARD McADAMS, *The Expressive Powers of Law: Theories and Limits*, 1^{re} éd., Cambridge Mass, 2005, 136.

⁸⁵ ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I: L'État, 3^e éd., 2013, 16.

⁸⁶ MARTENET souligne également que s'aligner aux traités internationaux garantit la pleine protection des droits fondamentaux : « Les rapports, recommandations et observations des commissions ou comités compétents en matière de droits de l'homme revêtent un poids particulier, même si la Suisse n'y donne pas toujours la suite attendue sur le plan législatif ». Voir MARTENET (n. 82), 245.

⁸⁷ Convention conclue le 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (RS 0.105). En ce qui concerne la portée de cette Convention, voir Message du 30 octobre 1985 concernant la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, FF 1985 III 273, 282.

compte parmi les obligations internationales relatives aux droits de l'homme ». À défaut, il a finalement constaté que « ces affaires peuvent engager la responsabilité de l'État »⁸⁸. Sous cet angle, une interdiction de ce genre concrétiserait même les engagements pris avec le Pacte ONU II⁸⁹ et la Convention relative aux droits de l'enfant⁹⁰.

VI. Réflexions conclusives

Comme nous l'avons vu, jusqu'à présent l'interdiction explicite des « thérapies de conversion » n'a été proposée en Suisse que par certains cantons. En revanche, le Conseil fédéral a exprimé à plusieurs reprises son opposition à l'élaboration d'une réglementation *ad hoc* puisqu'il considère que le droit civil et le droit pénal en vigueur garantissent déjà une protection appropriée.

Cette contribution propose en revanche d'introduire une interdiction explicite de ces thérapies au niveau fédéral, et ceci à plusieurs titres : d'une part, leur nature intrinsèquement discriminatoire et préjudiciable aux droits fondamentaux les plus élémentaires s'oppose à ce qu'elles puissent encore être pratiquées ; d'autre part, malgré l'avis du Conseil fédéral, elles sont très répandues en Suisse⁹¹ et leur nombre risque d'augmenter ultérieurement suite à l'interdiction progressive de thérapies similaires dans les États européens voisins.

Ainsi, une loi *ad hoc* interdisant à quiconque⁹² de promouvoir ou de pratiquer des thérapies visant à changer ou modifier tant l'orientation sexuelle que l'identité de genre des personnes mineurs et majeurs s'impose. Outre à représenter un outil précieux contre la stigmatisation des personnes homosexuelles⁹³, une telle intervention législative permettrait à l'État d'exercer son devoir primordial

de garantir l'effectivité des libertés et l'égalité des chances à tous les citoyens. La décision d'interdire les « thérapies de conversion » de manière indépendante par rapport aux infractions déjà existantes répond ainsi en définitive au devoir de l'État de protéger la dignité humaine sous toutes ses formes et d'éliminer le risque d'une Suisse à « plusieurs vitesses »⁹⁴, dans laquelle l'intégrité sexuelle qui, comme énoncé précédemment constitue une composante essentielle de la dignité humaine et a partant une portée absolue, soit protégée par certains cantons seulement.

Certes, une telle intervention législative pourrait être taxée de paternaliste⁹⁵. Toutefois, en l'espèce, tant la structure fédéraliste de la Suisse que la démocratie directe qui la caractérise, permettent de réfuter aisément un tel reproche. D'abord, l'éventuelle intervention de la Confédération pourrait profiter du consensus déjà mûri « par le bas » : en effet, les cantons de Genève et de Vaud ont respectivement accepté et déposé un texte visant à les interdire expressément et ceux de Bâle-Ville et de Zurich se sont déjà montrés favorables à une telle initiative, ce qui peut déclencher un mécanisme d'impulsion, désormais typique de la Suisse, vers une réglementation au niveau fédéral⁹⁶. Ensuite, en 2020, le peuple s'est prononcé en faveur de l'introduction d'un crime de haine pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle⁹⁷, dont la *ratio* est la même que celle qui sous-tendrait une décision de criminaliser les thérapies de conversion, ce qui démontre l'existence d'un fort consensus sur la nature intangible de cet aspect de la dignité humaine.

Enfin, il convient de rappeler que, au cours des dernières décennies, la Suisse s'est révélée être un État attentif à la protection de la diversité et, notamment, de la communauté LGBTQ+ : il suffit d'évoquer, par exemple, des interventions telles que l'adoption de la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe⁹⁸, la simplification de la pratique pour changer l'inscription

⁸⁸ Rapport de l'Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre du 1 mai 2020, Pratique des thérapies dites « de conversion », A/HRC/44/53, 1 ss, 17.

⁸⁹ Art. 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques conclu le 16 décembre 1966 (Pacte II de l'ONU, RS 0.103.2).

⁹⁰ Art. 37, let. a de la Convention conclue le 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107).

⁹¹ Motion (n. 65).

⁹² En effet, limiter le champ d'application de cette disposition seulement aux thérapeutes risquerait d'exclure d'autres individus tels que, par exemple, les membres de la famille, les enseignants et les aumôniers qui, en revanche, sont souvent directement impliqués.

⁹³ Selon le rapport de 2020 sur les thérapies de conversion de ILGA World, le droit est l'instrument le plus utile et le plus immédiat pour supprimer ces pratiques et lutter contre l'idée que l'homosexualité est une maladie : MENDOS (n. 23), 7–83.

⁹⁴ MICHEL HOTTELIER, La loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, *Revue française de droit constitutionnel* 2007 (69), 39 ss, 50.

⁹⁵ Sur le thème du paternalisme, voir JOEL FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV : Harmless Wrongdoing, 1^{re} éd., Oxford 1987 ; GERALD DWORKIN, *Paternalism*, *The Monist* 1972 56 (1), 64 ss.

⁹⁶ On pense, par exemple, à l'introduction du suffrage féminin en 1971 ou, plus récemment, à l'interdiction du voile islamique intégral en 2021.

⁹⁷ Votation populaire du 9 février 2020 sur l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

⁹⁸ Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 18 juin 2004 (LPart), RSV 211.231.

officielle du sexe dans les registres civils⁹⁹, l'inclusion du changement de sexe parmi les raisons personnelles majeures pouvant justifier la poursuite du séjour en Suisse¹⁰⁰ en vertu de l'article 50 alinéa 1b de la Loi sur les étrangers¹⁰¹ ou, encore, la récente approbation du referendum sur le mariage pour tous¹⁰².

En définitive, une interdiction explicite des « thérapies de conversion » serait également conforme à cet esprit inclusif et progressiste.

⁹⁹ Sur ce point, voir aussi l'arrêt du 29 mars 2021 du Tribunal cantonal d'Argovie par lequel a été reconnue la possibilité de transcrire en Suisse la suppression de son propre sexe officiel.

¹⁰⁰ Arrêt F-2233/2019 du 22 avril 2021, c. 7.3.

¹⁰¹ Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI), RSV 142.20.

¹⁰² Modification du code civil suisse (Mariage pour tous), votation du 26.09.2021.