

**DEVANT LA HAUTE COUR DE FIJI  
À LA SUVA  
APPEL LATE JURIDICTION**

AFFAIRE D'APPEL PÉNAL NOS. HAA0085 & 86 DE 2005

ENTRE :

**DHIRENDRA NADAN  
THOMAS MCCOSKAR**

Appelant

ET :

**ÉTAT**

Répondant

Avocats : Mme N. Khan - pour les deux  
requérants M. K. Tunidau - pour l'État  
Dr. S. Shameem - pour la Commission des droits de  
l'homme Mme D. Herman - pour la Commission  
des droits de l'homme Mme S. Tabaiwalu - pour  
le Procureur général  
Mme M.R. Vuniwaqa - pour le procureur général

Dates d'audience : 15, 16 et 17 août 2005 (à Suva) Date de  
l'arrêt : 26 août 2005 (à Lautoka)

**ARRÊT**

**Introduction**

Le droit pénal a parfois tenté de contenir les puissantes forces de l'expression sexuelle. Certaines de ces lois sont absolument nécessaires pour protéger les enfants et les personnes vulnérables contre l'exploitation sexuelle ou la corruption et pour protéger les adultes contre les approches non désirées des prédateurs sexuels. Dans la plupart des sociétés, ces lois nécessaires ont trouvé leurs limites dans le droit des citoyens à la vie privée et à l'égalité.

Dans ce recours, la Cour est invitée à trouver et à déclarer des limites aux poursuites, à la condamnation et à la peine de deux homosexuels engagés dans un comportement consensuel, intime, privé mais criminel.

**Contexte**

M. McCoskar était un touriste en provenance de Melbourne, en Australie. Il est arrivé le 20 octobre. Les deux hommes ont été rencontrés ensemble et ont passé le reste de leur séjour ensemble. Le 30 octobre, M. McCoskar est parti en vacances et a rencontré le deuxième requérant, M. Nadan. Ils sont restés ensemble pendant leur séjour. A la fin de ses vacances, le 3 avril, Mr. Nadan a rencontré M. McCoskar. A la fin de ses vacances, le 3 avril, M. McCoskar a soupçonné que M.

Nadan lui avait volé 1500 dollars australiens au cours de leur relation. Il a déposé une plainte auprès de la police, s'est enregistré aux départs internationaux et a pris son vol de retour.

Il ignorait que M. Nadan était rapidement interrogé par la police au poste de police de l'aéroport. Après avoir été interrogé, M. Nadan a révélé que M. McCoskar avait pris des photos de lui nu et que tous deux avaient eu des relations sexuelles anales et orales. Il a ensuite affirmé que M. McCoskar lui avait fait une promesse.

McCoskar de payer ses honoraires de mannequin après la publication des photos sur Internet.

Cela a conduit la police à empêcher M. McCoskar de quitter le pays et à lui demander d'apporter son concours à l'enquête. Il a été emmené de la salle de transit de l'aéroport au poste de police pour y être interrogé. Il a reconnu avoir pris les photos de nu et son appareil photo numérique a été saisi en conséquence. Les images (pièces à conviction 1 à 18) représentent clairement un couple entretenant une relation homosexuelle intime.

Après un interrogatoire plus poussé, MM. McCoskar et Nadan ont tous deux admis qu'entre mars et avril, pendant ces vacances, ils avaient eu des relations sexuelles anales et orales consensuelles.

Les appelants ont été séparément accusés d'infractions à la section 175(a) et (c) du code pénal fidjien (Cap. 17) pour avoir, entre mars et avril 2005 à Nadi, eu ou permis à l'un d'eux d'avoir des relations charnelles avec l'autre contre l'ordre de la nature.

Ils ont également été accusés séparément d'avoir commis, au cours de la même période, des actes de grossière indécence entre hommes, en violation de l'article 177 du code pénal fidjien (Cap. 17).

McCoskar et Nadan ont comparu, sans être représentés, devant le magistrat résident M. S.M. Shah à Nadi, ont plaidé coupable et ont été condamnés à 12 mois d'emprisonnement pour chaque chef d'accusation, à exécuter consécutivement. Ils ont été condamnés à une peine d'emprisonnement de deux ans.

Au début de cet appel, un autre avocat représentait M. McCoskar. L'appel portait alors sur la condamnation et la peine. L'appelant a demandé l'autorisation de retirer son appel contre la condamnation devant mon frère le juge Govind. Cette demande d'autorisation n'a été ni refusée ni accordée. Le juge Govind a fait remarquer qu'étant donné que l'appel soulevait d'importantes questions constitutionnelles, il aurait besoin d'entendre M. McCoskar. L'appel de la condamnation de Nadan a été traité en premier. Cela signifiait pratiquement que M. McCoskar ne pouvait pas assurer son droit à la liberté d'expression. L'objectif de l'avocat était d'obtenir un "appel de condamnation" rapide qui pourrait régler l'affaire rapidement et lui permettre de rentrer chez lui. Il a changé d'avocat et a maintenu son appel initial.

Par l'intermédiaire de leur conseil actuel, Mme Khan, les deux requérants confirment leur appel modifié contre la déclaration de culpabilité et la condamnation.

## Les arguments

Les avocats ont présenté des observations écrites détaillées. Ils ont été complétés par des mémoires d'amicus curiae du procureur général et de la Commission des droits de l'homme. Chaque document contient de nombreux détails étayés par des autorités, mais je crois comprendre que les principaux arguments peuvent être résumés de la manière suivante.

L'appelant soutient que les articles 175(a) et (c) et 177 du code pénal fidjien sont invalides car ils violent les droits garantis par la Constitution, et en l'occurrence illimités, à la vie privée, à l'égalité et à l'absence de traitement dégradant. En conséquence, l'avocat soutient qu'il était inapproprié et illégal pour le magistrat de se déclarer compétent et de prononcer la sentence.

En outre, le second requérant soutient que son plaidoyer de culpabilité était équivoque. Il affirme que la police lui a assuré que les délits de ce type commis à Fidji entre partenaires masculins consentants étaient inévitablement sanctionnés par une amende et qu'il ne serait pas envoyé en prison. Sur la base de cette incitation, le requérant a refusé d'être représenté par un avocat et a plaidé coupable. Ce plaidoyer de complaisance avait pour but de lui épargner d'autres embarras et de lui permettre de rentrer rapidement chez lui.

Les requérants soutiennent en tout état de cause que la peine est sévère et manifestement excessive. Les requérants demandent à être condamnés à des dommages et intérêts.

Tout en reconnaissant l'autorité et la sagesse de ces droits constitutionnels, le directeur des poursuites publiques fait valoir qu'ils sont limités, à Fidji, pour des raisons d'intérêt public et de moralité.

S'inspirant du préambule chrétien de la Constitution, le conseil affirme que, dans un État aussi religieux et conservateur, l'homosexualité est odieuse et peut être criminalisée en imposant des limites proportionnelles aux droits des citoyens à la vie privée et à l'égalité.

L'avocat soutient en outre que la section 175 (a) et (c) n'est pas discriminatoire car elle est neutre en termes de genre et d'orientation sexuelle. En outre, il soutient que la section 175 ne discrimine pas l'orientation ou la préférence sexuelle, mais proscrit plutôt certains actes sexuels contraires à l'ordre de la nature.

L'avocat craint que si les articles 175 (a) et (c) et l'article 177 sont supprimés dans leur ensemble, l'État ne puisse plus poursuivre un crime de connaissance charnelle non consensuelle contre l'ordre de la nature ou d'indécence masculine flagrante. La suppression de l'une ou l'autre de ces dispositions entravera, selon lui, le pouvoir discrétionnaire des procureurs.

Il soutient donc que ces articles sont constitutionnellement valides.

L'État admet que la peine est contraire à la "règle de l'opération unique" mais, pour le reste, il soutient que le jugement n'est pas remarquable et que la durée de la peine d'emprisonnement est acceptable.

Le procureur général soutient que les dispositions constitutionnelles sont soumises à des limitations dans l'intérêt public. L'avocat soutient qu'une interprétation particulièrement fidjienne de ces droits de l'homme internationalement reconnus est nécessaire. À cet égard, l'avocat soutient l'argument moral soulevé par le directeur des poursuites publiques et affirme que les droits à l'égalité et à la vie privée sont valablement limités par les articles contestés.

La Commission des droits de l'homme soutient le cas des appelants. Le Dr. Shameem a soutenu que les articles 175(a) et (c) et 177 étaient invalides immédiatement après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1997 et qu'ils devaient être déclarés inconstitutionnels. Le Dr. a soutenu que les sections

de violer les droits du requérant à la vie privée et à l'égalité devant la loi. D'autres avocats affirment qu'il n'y a pas de raison valable de limiter ces droits. La Commission des droits de l'homme a ensuite fait valoir qu'il s'agissait en réalité d'un cas de poursuites pour le mauvais délit. Le Commissaire aux droits de l'homme demande instamment aux autorités d'envisager de poursuivre ces deux appelants pour trafic de matériel pornographique.

### **Atteintes à la moralité**

Cette partie du code pénal comprend les infractions de viol, de souillure, d'attentat à la pudeur, de prostitution, de tenue de maison close, d'avortement, d'inceste, de délits contre nature et d'outrage aux bonnes mœurs. Les articles contestés se lisent comme suit :

#### *Infractions contre nature*

*Toute personne qui -*

*a des relations charnelles avec une personne contre l'ordre de la*

*nature ; ou a des relations charnelles avec un animal ; ou*

*permet à une personne de sexe masculin d'avoir une connaissance charnelle d'elle contre l'ordre de la nature,*

*se rend coupable d'un crime et est passible d'une peine d'emprisonnement de quatorze ans avec ou sans châtiment corporel.*

#### *Pratiques indécentes entre hommes*

*177 Toute personne de sexe masculin qui, en public ou en privé, commet un acte de grossière indécence avec une autre personne de sexe masculin, ou incite une autre personne de sexe masculin à commettre un acte de grossière indécence avec elle, ou tente d'inciter une personne de sexe masculin à commettre un tel acte avec elle-même ou avec une autre personne de sexe masculin, en public ou en privé, se rend coupable d'un crime et est passible d'une peine d'emprisonnement de cinq ans, avec ou sans châtiment corporel.*

### **Article 175, points a) et c)**

L'origine de ces lois sur la "sodomie", qui font de certains actes sexuels des crimes sexuels, remonte à l'Angleterre. Elles ont été copiées fidèlement dans l'ensemble de l'ancien empire britannique et héritées par les Fidji.

Sir William Blackstone, dans ses "commentaires sur les lois d'Angleterre", a défini le crime de sodomie comme "un crime abominable et détestable contre la nature". Ce langage a été importé dans la section 175(a) et (c).

Historiquement, la loi suivait une doctrine chrétienne et faisait partie du vaste ensemble d'infractions qui interdisaient toutes les formes de relations sexuelles non procréatives et non maritales, car ces actes étaient contraires à la fois à Dieu et à la nature. Le délit de connaissance charnelle contre l'ordre de la nature est souvent considéré comme un délit.

comme se référant uniquement à la sodomie. Ce n'est pas le cas.

La question de savoir si cet article était neutre du point de vue du genre et de l'orientation sexuelle a été débattue en appel. Il convient de régler cette question préliminaire dès à présent.

L'État soutient qu'il n'y a pas d'inégalité dans la section 175 (a) et (c) car ces sections sont neutres en termes de genre et d'orientation sexuelle. Le directeur des poursuites publiques affirme qu'il poursuivrait toute personne, homme ou femme, pour tout acte de connaissance charnelle contraire à l'ordre de la nature.

L'appelant a affirmé que la disposition était discriminatoire car elle s'appliquait uniquement aux hommes homosexuels et criminalisait leurs expressions primaires de la sexualité.

Le mot "charnel" vient du latin carnalis qui signifie "charnu". L'article 183 définit la connaissance charnelle de la manière suivante :

#### *Définition de la connaissance charnelle*

*183 Lorsqu'au cours du procès pour un délit puni par le présent code, il peut être nécessaire de prouver la connaissance charnelle, il n'est pas nécessaire de prouver l'émission effective de semence pour constituer une connaissance charnelle, mais la connaissance charnelle est réputée complète sur la seule preuve de la pénétration.*

Il est clair que la section 175 ne crée pas un autre délit de violation sexuelle par viol qui est défini ailleurs dans le code (section 149). J'accepte le dicta dans ***C V Tabua and The Queen***, Criminal Appeal No. 64 of 1986 et ***Biu v The State***, HAA0085 of 2000, selon lequel le législateur ne pouvait pas avoir l'intention de prévoir deux infractions identiques de pénétration vaginale non consensuelle et qu'en tout état de cause, en common law, le viol était connu sous le nom de viol vaginal et se distinguait de la sodomie. Sans doute en raison d'influences religieuses, la sodomie a été intégrée dans un ensemble plus large de délits de sodomie visant à interdire tout acte sexuel non procréatif.

L'article prévoit que le délit de connaissance charnelle est complet dès la pénétration et rien de plus. L'expression "connaissance charnelle contre l'ordre de la nature" s'applique à "toute personne" mais n'est pas définie. Toutefois, étant donné que la définition de l'article 183 exige la preuve de la pénétration et non de "l'émission de semence" et que le viol vaginal est proscrit ailleurs, j'estime que les sous-sections incluent tous les éléments suivants les actes sexuels avec pénétration contre la chair, y compris, par exemple, les relations orales et anales, mais à l'exclusion des relations vaginales.

Techniquement, la section 175(a) et (c) s'applique aux hommes et aux femmes de toute orientation sexuelle.



Cette section est neutre du point de vue du genre et de l'orientation sexuelle. À ce titre, j'accepte l'argument de l'État selon lequel l'interdiction prévue à l'article 175, points a) et c), est d'application large et égale et décrit des infractions pour des actes sexuels contre nature commis avec ou sur une personne de sexe masculin ou féminin. En tant que telle, la section fidjienne se distingue des infractions qui ne proscrivent que la sodomie ou les infractions sexuelles spécifiques aux hommes. En conséquence, il convient d'être prudent avant d'adopter l'intégralité de la jurisprudence étrangère qui considère ces lois morales comme non valables au regard des droits à l'égalité ou à la non-discrimination garantis par la Constitution.

La description technique de la loi peut être considérée comme égale. L'application de la loi ne l'est pas. L'avocat de l'État n'a pas été en mesure de me fournir des statistiques démontrant qu'une poursuite avait été engagée à Fidji contre un couple hétérosexuel pour des actes privés consensuels contraires à l'ordre public.

nature. J'accepte l'argument de la Commission des droits de l'homme selon lequel, bien que les infractions visées à l'article 175 ne soient pas exclusivement anti-homosexuelles, elles sont appliquées de manière sélective, principalement à l'encontre des homosexuels.

Pour des raisons qui deviendront évidentes, ce point d'interprétation de la loi ne joue pas un grand rôle, car j'estime que l'appel se résout sur le principe de la protection de la vie privée soutenu par l'égalité.

### **Article 177**

Contrairement à l'article 175, cette infraction ne s'applique qu'aux personnes de sexe masculin, quel que soit leur âge et que l'acte soit commis en public ou en privé, avec ou sans consentement. Cette section interdit et criminalise ce type de comportement entre personnes de sexe masculin. Il n'existe pas d'interdiction similaire pour les pratiques entre femmes.

Cet article a pour effet de criminaliser certains comportements entre hommes, tout en épargnant au droit pénal les conduites comparables lorsqu'elles ne sont pas exclusivement le fait d'hommes.

C'est pourquoi j'estime que l'article 177 est discriminatoire à l'égard des hommes et inégalitaire dans le traitement juridique des citoyens. En tant que tel, il est ouvertement discriminatoire à l'égard des homosexuels puisqu'il criminalise leur expression sexuelle. L'effet de cette conclusion sera discuté plus loin dans l'arrêt.

### **Réforme**

Au cours de la procédure d'appel, j'ai eu l'occasion d'examiner le chapitre 17 du code pénal. Les dispositions sont obsolètes, presque au point d'être inapplicables. Une loi améliorée et amendée décrivant un délit de violation sexuelle pour englober toutes les formes de comportement sexuel non consensuel ou prédateur est plus que nécessaire et je demande instamment au commissaire chargé de la législation d'accélérer ses efforts de réforme de la loi à cet égard.

### **La Constitution fidjienne**

Il ne fait aucun doute que la Constitution fidjienne est encadrée par la religion. Le préambule souligne l'influence durable du christianisme et sa contribution, avec celle d'autres religions, à la vie spirituelle des Fidji.

L'article 5 reconnaît que le culte et le respect de Dieu sont la source d'un bon gouvernement et d'une bonne direction.

Les principes du préambule, tout en rappelant et en soulignant la conversion chrétienne de ces îles en tant que fait historique, réaffirment néanmoins pour l'avenir les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous les individus et groupes, sauvegardés par l'adhésion à l'État de droit et le respect de la dignité humaine.

Ces principes sont reflétés dans les dispositions de la constitution relatives aux pactes. L'article 6, points a), c) et d), et l'article 6, point b), de l'accord de libre-échange.

(e) reconnaître que la conduite du gouvernement est fondée sur le respect de l'égalité des droits des individus, des communautés et des groupes. Ces principes ne sont pas justiciables (article 7).

Il est également important de noter que si le christianisme est à la base de nombreuses valeurs aux Fidji, nous sommes un État laïque influencé par le christianisme, mais non prédominant. La Constitution reconnaît l'influence de nombreuses religions et croyances. Il s'agit simplement d'un reflet du riche héritage multiculturel de cette nation. Je rejette l'affirmation de l'État selon laquelle la Constitution de Fidji repose uniquement sur des valeurs chrétiennes.

La Constitution est la loi suprême de l'État (article 2, paragraphe 1). Toute loi incompatible avec la Constitution est invalide dans la mesure de cette incompatibilité (article 2, paragraphe 2).

Les Fidji disposent d'une charte des droits inscrite au chapitre 4 de la Constitution. Ce chapitre lie les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à tous les niveaux (article 21, paragraphe 1, point a)). Toutes les lois adoptées et les mesures administratives ou judiciaires prises après l'entrée en vigueur de la Constitution sont soumises aux droits décrits (article 21, paragraphe 3), tout comme les lois en vigueur à l'entrée en vigueur de la Constitution (article 21, paragraphe 5).

Conformément aux dispositions transitoires de l'article 195, paragraphe 2, toutes les lois écrites en vigueur à la date précédant immédiatement l'entrée en vigueur de la Constitution sont présumées ne pas être contraires à la Constitution à la date de leur adoption ou ne pas excéder les pouvoirs du Parlement qui les a adoptées. Elles ne bénéficient pas d'une telle présomption après l'entrée en vigueur de la Constitution. Ces lois pré-constitutionnelles sont toujours valables mais doivent être examinées au titre de l'article 195(3) afin de déterminer si elles sont ou non incompatibles avec les dispositions de la Constitution. Si elles sont incompatibles, elles sont légalement supposées subir les modifications et les qualifications nécessaires pour les rendre conformes à la Constitution (cf. **The State (Sheerin) v Kennedy** [1966] I.R. 379 à la page 386 par Walsh J ; **Frazer v State Services Commission** [1984] I NZLR 116 à la page 121 et **State v Pickering** [2001] FJ HC 69).

J'estime que les articles 175 et 177 du code pénal étaient valables et restaient en vigueur tels qu'ils avaient été adoptés au début de la Constitution de 1997. Toutefois, ces articles doivent être interprétés à partir de l'entrée en vigueur de la Constitution avec les modifications et les réserves nécessaires pour les rendre conformes à la Constitution. En d'autres termes, les articles 175 et 177 du code pénal, s'ils ne sont pas conformes ou s'ils sont incompatibles avec la Constitution, sont invalides dans la mesure de cette incompatibilité (articles (2) ; 21(5) et 195).

L'article 43, paragraphe 2, de la Constitution m'oblige à tenir compte du droit international public pour interpréter les droits énoncés au chapitre 4. Je n'hésite pas à adopter ce principe, qui a été approuvé à plusieurs reprises par cette Cour (cf. **State v Mark Mutch** [1999] FJHC 149 HAC0008 of 1998 ; **State v Audie Pickering**, Misc. Action No. HAM0007 of 2001S ; **State v Timoci Silatolu & Attorney General** [intervenants] and **Fijian Human Rights Commission** [intervenants],

by leave], Criminal Action No. HAC0001.2001).

Les dispositions relatives aux droits à examiner ne doivent pas être interprétées isolément mais dans un contexte qui

comprend l'histoire et le contexte de l'adoption de la Constitution, d'autres dispositions de la Constitution elle-même et en particulier en ce qui concerne les conventions ratifiées (cf. **Dower v Attorney General** [1992] LRC (Const) 623 à 668 et **Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v Teoh** [1995] 128 ALR à la page 353).

Dans l'affaire **Teoh (supra)**, la Haute Cour d'Australie a estimé que la ratification par un État d'un instrument international de protection des droits de l'homme était une condition préalable à l'octroi d'une protection internationale.

crée une "attente légitime" que le pouvoir discrétionnaire de la loi sera exercé conformément au traité. La Cour a déclaré :

*"..... La ratification par l'Australie d'une convention internationale ne doit pas être considérée comme un acte purement pluriannuel ou inefficace, en particulier lorsque l'instrument met en évidence des normes internationalement acceptées devant être appliquées par les tribunaux et les autorités administratives dans le domaine des droits de l'homme fondamentaux... Au contraire, la ratification d'une convention est une déclaration positive du gouvernement exécutif de ce pays au monde et au peuple australien, selon laquelle le gouvernement exécutif et ses agences agiront en conformité avec la convention. Cette déclaration positive constitue un fondement adéquat pour une loi.  
attentes".*

Les Fidji ont ratifié la Convention internationale sur les droits civils et politiques. Les requérants sont en droit d'attendre que j'interprète ces droits conformément à ses dispositions.

Le pouvoir judiciaire est le gardien de cette constitution et je dois, en interprétant ses dispositions, garder toutes ces conditions à l'esprit. Le premier devoir d'un juge lorsqu'il examine de telles dispositions constitutionnelles doit être de leur donner une interprétation large et ciblée afin de s'assurer qu'en vertu de cette loi suprême, il n'y a jamais qu'un exercice légitime du pouvoir gouvernemental et une protection inébranlable des droits et des libertés individuels.

La fonction judiciaire dans un cas comme celui-ci est donc de comparer les dispositions légales contestées avec les dispositions constitutionnelles invoquées et si, à la lumière des faits établis, une comparaison entre les deux ensembles de dispositions montre une invalidité, les dispositions légales doivent être annulées en tout ou en partie pour remédier à cette invalidité et rendre ces dispositions statutaires conformes à la Constitution.

Toutes les parties à cet appel reconnaissent qu'il existe une forte conviction authentique et sincère, partagée par un grand nombre de membres responsables de la communauté fidjienne, selon laquelle toute modification de la loi visant à dépénaliser le comportement homosexuel porterait gravement atteinte au tissu moral de la société. L'existence d'opinions aussi tranchées au sein d'un secteur aussi important de la société est certainement pertinente aux fins de l'interprétation de la constitution.

Toutefois, si les membres du public qui considèrent l'homosexualité comme amoral peuvent être choqués, offensés ou dérangés par des actes homosexuels privés, cela ne peut à lui seul

valider une loi inconstitutionnelle. La présente affaire concerne l'aspect le plus intime de la vie privée.

Il faut donc des raisons particulièrement graves pour que l'État ou la collectivité puisse interférer avec le droit à la vie privée d'une personne.

### **Vie privée**

Le principe selon lequel l'État n'a pas à intervenir dans le domaine de la moralité privée et n'a pas le droit de légiférer sur le comportement sexuel privé d'adultes consentants est au cœur de l'affaire des requérants.

Les requérants affirment que leur droit à la vie privée en vertu de l'article 37 de la Constitution a été violé lorsqu'ils ont été inculpés de ces infractions non valides sur le plan constitutionnel.

L'article 37 de la Constitution stipule que

*"(1) Toute personne a droit au respect de sa vie privée, y compris le droit au respect de la confidentialité des communications personnelles.*

*Les droits énoncés à l'alinéa 1 peuvent être soumis aux limitations prévues par la loi qui sont raisonnables et justifiables dans une société libre et démocratique".  
(accentuation ajoutée)*

Dans le droit international des droits de l'homme, le droit à la vie privée est protégé par l'article 17 de la Convention internationale sur les droits civils et politiques (PIDCP). Cet article est libellé comme suit

*"Article 17*

*(1) Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.*

*Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles accusations ou attaques".*

Ces droits à la vie privée ont été décrits pour la première fois par le philosophe John Stuart Mill. Son point de vue selon lequel la loi ne devrait pas s'intéresser au domaine de la moralité privée, sauf dans la mesure nécessaire à la protection de l'ordre public et à la protection des citoyens contre les blessures ou l'exploitation, a reçu un soutien important dans le rapport de la commission Wolfenden sur les délits d'homosexualité et la prostitution. Le rapport de cette commission, remis au Parlement britannique en 1957, contenait la déclaration suivante à l'appui de sa recommandation de décriminalisation limitée des actes homosexuels :

*"Il reste un autre contre-argument que nous croyons décisif, à savoir l'importance que la société et la loi doivent accorder à la liberté individuelle de choisir ses actions en matière de moralité privée. A moins que la société, agissant par l'intermédiaire de la loi, ne tente délibérément d'assimiler la sphère du crime à celle du péché, il doit subsister un domaine de moralité et d'immoralité privées qui, en termes brefs et crus, n'est pas l'affaire de la loi. Dire cela, ce n'est pas approuver ou encourager l'immoralité privée".*

Le comité Wolfenden a été créé par le ministère de l'intérieur écossais. Il a recommandé la suppression des sanctions pénales pour les comportements homosexuels lorsqu'ils sont



pratiqués en privé entre deux personnes.

les hommes adultes responsables. Il s'en est suivi une série d'abrogations pour des infractions de nature très similaire à celles qui font l'objet du présent recours. En Angleterre et au Pays de Galles (Sexual Offences Act 1967) et en Écosse (Criminal Justice Scotland Act 1980). Le Parlement britannique a ensuite été contraint de modifier la loi en Irlande du Nord à la suite de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire **Dudgeon contre Royaume-Uni** [1981] 4 E.H.R. 149.

La prudence avec laquelle un tel revirement de politique législative a été opéré, non seulement au Royaume-Uni, mais aussi en Amérique et finalement en Australie, est simplement le reflet des profondes croyances religieuses et morales en jeu.

Une décision du Comité des droits de l'homme des Nations unies a déclaré invalides exactement les mêmes lois qui existaient alors en Tasmanie, en Australie. Cette décision, fondée sur le droit à la vie privée, est louable. Je ne doute pas que, si on le lui demandait, le Comité des droits de l'homme des Nations unies rendrait une décision similaire à l'encontre des dispositions contestées des îles Fidji.

M. Toonen, un militant homosexuel, a contesté les articles 122(a) et (c) et 123 du code pénal tasmanien. Ces articles reflètent les articles 175(a) et (c) et 177 du code pénal fidjien.

Le Comité des droits de l'homme des Nations unies a été invité à déterminer si M. Toonen avait été victime d'une ingérence illégale ou arbitraire dans sa vie privée, en violation de l'article 17, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (supra), et s'il avait fait l'objet d'une discrimination dans son droit à une égale protection de la loi, en violation de l'article 26.

La commission s'est réunie :

*"En ce qui concerne l'article 17, il est incontestable que les relations sexuelles entre adultes consentants sont interdites.*

*L'activité privée est couverte par le concept de "vie privée", et que M. Toonen est réellement et actuellement affecté par l'existence continue de la loi tasmanienne". cf.*

**Toonen c. Australie** (Common No. 488/1992) (31 mars 1994) (<sup>50</sup>ème session), ONU Comité H.R....No. CCPR/C/50/D/488/1992.I.I.H.R.R.97.

Je considère qu'il s'agit là d'un exposé correct du droit et je l'adopte aux fins du présent pourvoi.

Le droit à la vie privée a été appelé par le juge Brandeis de la Cour suprême fédérale des États-Unis "le droit d'être laissé tranquille" (cf. **Dudgeon supra**, dissidence du juge Walsh, p. 8). Toutefois, ce qui est en cause ici, c'est l'étendue de ce droit ou, en d'autres termes, l'étendue du droit d'être laissé tranquille.

Le juge Blackmun, dans l'affaire **Bowers, Attorney General of Georgia v Hardwick et al**, 478 US 186 [1985], a clairement indiqué que le "droit d'être laissé seul", si souvent cité, ne devait pas être considéré simplement comme un droit négatif d'occuper un espace privé à l'abri de l'intrusion du gouvernement, mais comme un droit de poursuivre sa vie, d'exprimer sa personnalité et de prendre des décisions fondamentales concernant ses relations intimes sans

être pénalisé.

Dans l'affaire ***Bernstein vs Besta*** [1996] (4) PCLR 449 (cc) : 1996 2 SA 751(cc) au para. 67, il a été dit que les droits à la vie privée ne devraient pas être interprétés d'une manière qui nie le fait que tous les individus sont des membres de la société civile.

la communauté au sens large et sont définis de manière significative par cette appartenance :

*"Dans le contexte de la vie privée, cela signifierait que seul le sanctuaire intérieur d'une personne, tel que sa vie familiale, ses préférences sexuelles et son environnement domestique, est protégé.  
de l'érosion par des droits conflictuels de la communauté ...".*

La Constitution reconnaît que les personnes vivent dans leur corps, leur communauté, leur culture, leur lieu et leur époque. C'est pour cette raison que l'État protège les individus et les groupes par le biais de principes et de droits non justiciables. Ces protections sont au cœur du pacte constitutionnel entre le citoyen et l'État. La manière dont nous exprimons notre sexualité est la façon la plus fondamentale dont nous établissons et entretenons des relations. Les relations affectent fondamentalement nos vies, notre communauté, notre culture, notre lieu et notre temps. Si, en exprimant notre sexualité, nous agissons de manière consensuelle et sans nuire à l'autre, l'invasion de cette zone met en péril les relations, la durabilité de notre contrat avec l'État et constitue une violation de notre vie privée.

Rien dans la jurisprudence d'autres sociétés ouvertes et démocratiques fondées sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté ne m'amène à une conclusion différente. Dans beaucoup de ces pays, il y a eu une tendance nette à la décriminalisation de l'intimité homosexuelle consensuelle entre adultes. En 1996, la sodomie en privé entre adultes consentants avait été dépénalisée au Royaume-Uni et en Irlande, dans la majeure partie de l'Europe occidentale, en Australie (à l'exception de la Tasmanie, qui a maintenant suivi le mouvement), en Nouvelle-Zélande et au Canada. Les États-Unis d'Amérique, bien qu'ayant initialement suivi l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire **Bowers** (supra), ont récemment réexaminé cet arrêt et l'ont renversé en déclarant que les lois sur la sodomie dans l'État du Texas étaient invalides car contraires à la garantie du respect de la vie privée et de la dignité.

**Lawrence et al v Texas**, 539 US 203. En Afrique du Sud, une décision historique contre la loi sur la sodomie a conduit à des déclarations décriminalisant les actes homosexuels. (**La Coalition nationale pour l'égalité des gays et des lesbiennes et la Commission sud-africaine des droits de l'homme contre le ministre de la Justice**). **Justice, le ministre de la Sécurité et de la Sûreté et le procureur général du Witwatersand**. (1998) (12) PCLR 1517).

À mon avis, la Cour devrait adopter une interprétation large et ciblée de la notion de vie privée qui soit cohérente avec la reconnaissance en droit international du fait que le droit à la vie privée va au-delà de la conception négative de la vie privée en tant que liberté contre l'intrusion injustifiée de l'État dans la vie privée d'une personne, pour inclure le droit positif d'établir et d'entretenir des relations humaines à l'abri de sanctions pénales ou même de sanctions communautaires.

On ne peut nier qu'un certain degré de réglementation du comportement homosexuel masculin, comme d'ailleurs d'autres formes de comportement sexuel, par le biais du droit pénal peut être justifié comme nécessaire dans une société démocratique. Les fonctions générales du droit pénal dans ce domaine sont, selon les termes du **rapport Wolfenden (supra)**, "la préservation de l'ordre public et de la décence ..... (et).... la protection des droits de l'homme" le citoyen de ce qui est offensant ou préjudiciable". En outre, cette nécessité d'un certain degré

de contrôle peut même s'étendre aux actes consensuels commis en privé, notamment lorsqu'il est nécessaire "d'offrir des garanties suffisantes contre l'exploitation et la corruption d'autrui, notamment de ceux qui sont particulièrement vulnérables parce qu'ils sont jeunes, faibles de corps ou d'esprit, inexpérimentés ou dans un état de dépendance physique, officielle ou économique particulière" (*Dudgeon v The United*

*Kingdom* (7525/76) [1981] CEDH 5 (22 octobre 1981) au paragraphe 49).

### **L limitations**

Le droit à la vie privée garanti par la Constitution fidjienne est un droit limité. La limitation doit toutefois être prévue par la loi et être raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique. La charge de la preuve de la nécessité d'une limitation d'un droit incombe à la partie qui revendique cette limitation (***S v Makwanyane and Another*** [1995] 6 BCLR 665 à 707).

En 1984, un groupe de 31 experts internationaux s'est réuni à Syracuse, en Sicile, et a adopté un ensemble uniforme d'interprétations des clauses de limitation contenues dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Bien qu'elles n'aient pas force de loi, ces interprétations fournissent des indications importantes sur les cas où il peut y avoir des limites légales aux libertés fondamentales. Les rares exceptions où les droits d'un groupe peuvent l'emporter sur les droits d'un individu sont les suivantes :

En dernier recours

Lorsque la loi le prévoit

Lorsqu'il est démontré qu'il s'agit d'un intérêt public légitime

Lorsqu'ils sont jugés strictement nécessaires, en l'absence de moyens moins intrusifs ou restrictifs permettant d'atteindre le même objectif.

Lorsqu'elle n'est pas imposée arbitrairement.

L'État fait valoir que l'invalidation de l'ensemble de ces dispositions priverait le directeur des poursuites publiques de son pouvoir discrétionnaire d'inculper les délinquants pour des infractions sexuelles telles que le viol d'un homme ou la grossièreté de la pudeur masculine. L'avocat soutient en outre que les limitations du droit à la vie privée sont justifiées par des raisons morales.

Les requérants soutiennent qu'aucune limite au droit à la vie privée et au droit de prendre des décisions fondamentales concernant les relations intimes ne sera raisonnable et justifiable dans une société démocratique.

D'une part, le droit violé et son importance dans une société ouverte et démocratique, ainsi que la nature et l'étendue de la limitation proposée, d'autre part, l'importance de l'objectif de la limitation.

En ce qui concerne la section 175(a) et (c), la criminalisation de la connaissance charnelle contre l'ordre de la nature, bien que techniquement non discriminatoire, est en même temps une intrusion grossière dans la vie sexuelle privée d'adultes consentants. À mon avis, malgré la marge d'appréciation accordée à l'État pour restreindre les actes sexuels pour des raisons de moralité, les limitations suggérées par des sanctions pénales sont totalement disproportionnées par rapport au droit à la vie privée. La criminalisation d'actes charnels contre l'ordre de la nature entre des hommes ou des femmes adultes consentants en privé est une restriction sévère du droit des citoyens à établir des relations dans la dignité et sans intervention de l'État, et ne peut être justifiée comme nécessaire.

L'article 177 viole clairement le droit des hommes à l'égalité devant la loi. Pour les mêmes raisons, la criminalisation du comportement sexuel d'un homme adulte consentant ne peut être valablement restreinte par l'État. La pénalisation arbitraire des hommes par l'article 177 est inacceptable.

L'intérêt public légitime de permettre des poursuites pour de tels crimes de viol masculin ou de grossière indécence masculine prédatrice peut être servi par la préservation spécifique de cet intérêt tout en supprimant de ces dispositions pénales toute infraction pour des actes sexuels masculins ou féminins adultes consensuels.

J'estime que ce droit à la vie privée est si important dans une société ouverte et démocratique que l'argument moral ne peut l'emporter sur l'invalidité constitutionnelle. La criminalisation d'actes sexuels privés entre adultes consentants, à l'encontre du cours de la nature et de l'intimité sexuelle entre hommes adultes consentants, n'est pas une limitation proportionnée ou nécessaire.

J'ai envisagé de supprimer entièrement la common law et ces dispositions codifiées, mais je ne vois pas la nécessité de le faire. Les actes de viol commis par des hommes constituent toujours des crimes en common law, qu'il s'agisse d'attentat à la pudeur ou d'agression avec l'intention de causer des lésions corporelles graves.

Néanmoins, je suis particulièrement attentif aux dispositions de l'article 195 et de l'article 2 de la Constitution qui autorisent la Cour à modifier une loi uniquement dans la mesure où elle est incompatible avec la Constitution. Il s'agit d'un recours pénal dont la portée est limitée. Il ne serait pas approprié, à mon avis, d'envisager un processus de révision aussi large que celui encouragé par le requérant avec le soutien du Commissaire aux droits de l'homme.

À mon avis, il convient d'imposer certaines limites à la common law et aux articles 175 et 177 qui circonscrivent l'étendue de ces dispositions.

### **Égalité, protection de la vie privée et absence de traitement dégradant**

L'égalité fondée sur le principe de l'acceptation vise à créer une symétrie dans les expériences vécues par tous les membres de la société en éliminant les conséquences inégales découlant de la différence. L'égalité signifie une attention et un respect égaux pour toutes les différences (cf. **Littleton in**

**Reconstructing Sexual Equality** [1987] 75 California Law Review 1279 à 1285).

J'adopte cette définition de l'égalité. Elle affirme que la différence ne doit pas être le fondement de l'exclusion, de la marginalisation, de la stigmatisation et de la punition (**affaire de la Coalition nationale (supra)** au para. 132). J'estime que si, techniquement, les dispositions de l'article 175 ne sont pas anti-homosexuelles, elles proscrivent néanmoins un comportement criminel essentiel à l'expression sexuelle de la relation homosexuelle et sont perçues comme telles.

En outre, en l'absence de toute preuve réelle du contraire, j'accepte les arguments du commissaire aux droits de l'homme, soutenus par les appelants, selon lesquels cet article est appliqué de manière inégale car il est principalement utilisé pour des poursuites contre des homosexuels.

J'estime que l'article 177 porte clairement atteinte aux garanties constitutionnelles en matière d'égalité.



Conformément à l'article 38, paragraphe 1, j'estime qu'une telle inégalité de traitement devant la loi fondée sur le sexe et l'orientation sexuelle est contraire à la Constitution et que les articles sont invalides en ce qu'ils punissent les hommes, mais pas les femmes, pour leurs actes sexuels menés de manière consensuelle, mais en privé.

Je ne classe pas les droits à la vie privée et à l'égalité par ordre décroissant de valeur. J'adopte le point de vue

Sachs SJ dans l'**affaire Coalition (supra)** au paragraphe 112 que les droits à l'égalité et à la vie privée ne peuvent pas être séparés ici parce qu'ils sont tous deux violés en même temps par ces lois. J'adopte plutôt les mots de Madame L'heureux-Dube J. dans l'affaire **Egan c. Canada** [1995] 29 CRR (2d) 79120 où son Honneur a fait la remarque suivante :

*"En réalité, ce ne sont plus les "motifs" qui permettent de déterminer s'il existe une discrimination, mais le contexte social de la distinction qui importe. Le contexte est primordial et les "motifs de distinction" abstraits ne sont qu'une méthode indirecte pour atteindre l'objectif qui pourrait être atteint plus simplement et plus honnêtement en posant la question directe : "cette distinction est-elle discriminatoire à l'égard de ce groupe de personnes ?"".*

Je suis convaincu que les distinctions créées par les articles 175 (a) et (c) et 177 du code pénal sont discriminatoires à l'égard des homosexuels. Ces articles sont donc invalides.

Je comprends que l'argument de l'appelant en ce qui concerne l'article 25 de la Constitution relatif au droit de ne pas subir de traitement dégradant est qu'en inculquant ces appelants (en vertu des articles 175 et 177), l'État les a soumis à un traitement dégradant et disproportionné lorsqu'ils ont comparu devant le magistrat résident à Na di.

Il ne fait aucun doute que les remarques du magistrat n'étaient pas tempérées mais offensantes et qu'elles dépassaient de loin la nécessité d'un commentaire judiciaire pour mettre l'accent sur la dissuasion. Toutefois, je ne suis pas persuadé que ces remarques ou la stigmatisation perçue par le requérant me permettent de conclure à une violation de l'article 25. En effet, je ne pense pas que cet argument particulier ajoute quoi que ce soit à l'affaire en appel.

Je ne considère pas qu'il soit approprié pour moi d'accéder aux dommages et intérêts dans le cadre de l'appel pénal et je refuse de le faire.

### **Plaidoyer sans équivoque**

Cette question a fait l'objet d'un jugement préliminaire rendu par mon éminent confrère, le juge Govind, à la suite d'une argumentation limitée à la question de savoir si les plaidoyers de culpabilité étaient valables ou non, étant donné que les informations lues au tribunal n'étaient pas les accusations. Je dois souscrire au jugement de mon éminent confrère, en particulier lorsqu'il recommande aux juridictions inférieures de veiller à ce qu'une divulgation complète soit faite avant qu'un plaidoyer ne soit prononcé. En rejetant le motif discret invoqué, j'en déduis que son honneur a néanmoins laissé en suspens les questions relatives aux plaidoyers équivoques restants.

Malheureusement, cette affaire a été traitée à la hâte par les Magistrates Courts, sans que l'on se préoccupe des charges appropriées et encore moins des procédures régulières. Deux jours à peine après leur arrestation, les deux appelants ont plaidé coupables, sans avoir bénéficié d'une information complète ou d'une représentation juridique.

J'accepte le témoignage du deuxième appelant selon lequel il a été incité à plaider par l'assurance d'un policier qu'il ne serait pas envoyé en prison pour ce type de délit (Affidavit 12/04/05 7(m) et

(n).

J'accepte l'affirmation de M. Nadans selon laquelle il n'a modifié son plaidoyer qu'après avoir été poussé à le faire par l'avocat.

magistrat lui faisant honte à propos des photos de nu (EX.1 -18).

Je suis convaincu que les deux appelants ont démontré qu'ils ont plaidé coupable sans avoir pleinement compris l'effet de leur plaidoyer ou le fait qu'ils admettaient avoir commis une infraction qui les rendrait passibles d'une peine aussi draconienne. Les requérants m'ont convaincu qu'ils ont introduit une contestation valable du plaidoyer de culpabilité qui a été enregistré.

Ce magistrat avait le devoir d'exercer la plus grande vigilance afin de s'assurer, avant d'accepter un plaidoyer de culpabilité, que les accusés avaient bien compris ce que ce plaidoyer impliquait.

À mon avis, il devait être évident pour le magistrat que ces graves accusations embarrassaient complètement les deux accusés et qu'ils ne savaient pas qu'une telle relation sexuelle privée était illégale. Le magistrat savait que M. McCoskar venait d'Australie et qu'il ne connaissait peut-être pas le droit fidjien. Il a dû se rendre compte de la pression émotionnelle qui pesait sur l'accusé, qui ne demandait qu'à rentrer chez lui. Le juge était tenu de demander aux deux accusés s'ils plaidaient coupable volontairement et s'ils avaient subi des pressions ou avaient été incités à le faire.

Pour toutes ces raisons, j'estime que les moyens invoqués étaient équivoques et que l'ensemble de la procédure engagée contre chaque accusé peut être considérée comme nulle.

Cette conclusion est totalement indépendante de la conclusion que je fais maintenant, à savoir que le magistrat s'est en tout état de cause déclaré à tort compétent pour ces infractions, car j'estime que la loi qui sous-tendait les dénonciations n'était pas valable.

### **Conclusion**

La Constitution exige que la loi reconnaisse la différence, affirme la dignité et accorde un respect égal à chaque citoyen tel qu'il est. L'acceptation de la différence célèbre la diversité. L'affirmation de la dignité individuelle offre le respect à l'ensemble de la société. La promotion de l'égalité peut être une source de vitalité interactive. L'État qui embrasse la différence, la dignité et l'égalité n'encourage pas les citoyens à ne pas avoir le sens du bien ou du mal, mais crée plutôt une société forte, fondée sur des relations tolérantes et un respect sain de l'État de droit.

Un pays ainsi fondé remettra l'expression sexuelle dans les relations privées dans sa juste perspective et permettra aux citoyens de définir leurs propres sensibilités morales, laissant à la loi le soin d'assurer le contrôle de l'expression sexuelle en protégeant les personnes vulnérables et en pénalisant les prédateurs.

Je déclare que la section 175(a) et (c) du code pénal est incompatible avec la Constitution et invalide dans la mesure où cette loi criminalise des actes constituant un comportement sexuel consensuel privé contre le cours de la nature entre adultes.

Je déclare que l'article 177 du code pénal est incompatible avec la Constitution et invalide dans la mesure où cette loi criminalise les actes constituant le comportement sexuel privé consensuel de

les hommes adultes.

Si des hommes adultes se livrent à des actes sexuels consensuels en privé et sont poursuivis en vertu des articles 175(a) et (c) ou de l'article 177 du code pénal, en application des principes constitutionnels généraux, les articles concernés du code pénal sont invalides et les poursuites sont nulles.

Dans le cas où des adultes se livrent à des actes sexuels consensuels contre l'ordre de la nature en privé et sont poursuivis en vertu de la section 175(a) et (c) du code pénal en appliquant les principes constitutionnels généraux, les sections pertinentes du code pénal sont invalides et les poursuites sont nulles.

Dans ce contexte, l'invalidité ne signifie pas que les articles incriminés du code pénal ont cessé d'exister, mais qu'ils sont simplement rendus inopérants dans la mesure de l'incohérence. Selon toute vraisemblance, les articles traitant de la connaissance charnelle contre l'ordre de la nature et des actes d'indécence grossière s'appliqueront toujours au comportement sexuel entre adultes et hommes adultes lorsque l'activité sexuelle a lieu en public ou sans consentement ou qu'elle implique des parties âgées de moins de 18 ans.

J'estime que les moyens invoqués par les deux requérants devant la Magistrates Court sont équivoques et je déclare la procédure nulle.

Je fais droit à ces recours et annule la déclaration de culpabilité et la condamnation prononcées par la Nadi Magistrates Court.

sur les 5 jour d'avril 2005. Dans ces circonstances, aucune nouvelle audience n'est ordonnée.

**Gerard Winter**  
**J U G E**

AtthLautoka

26 août 2005