

À SIGNALER À

LA COUR SUPRÊME DE L'INDE

CRIMINAL ORIGINAL JURISDICTION

WRIT PETITION (CRL.) NO. 76 DE

2016

Navtej Singh Johar et autres

es

...Pétitionnaire

VERSUS

Union de l'Inde Ministère de la Justice
et le ministre de la Justice

...Répondant

AVEC

W.P. (C) NO. 572/2016

W.P. (CRL.) NO. 88/2018

W.P. (CRL.) NO. 100/2018

W.P. (CRL.) NO. 101/2018

W.P. (CRL.) NO. 121/2018

J U D G E M E N T

INDU MALHOTRA, J.

1. J'ai eu l'avantage de lire les avis préparés par

l'honorable président de la Cour suprême et mes frères juges

Nariman et Chandrachud. Les arrêts ont traité en profondeur les différentes questions qui doivent être examinées par ce banc pour répondre au renvoi.

2. La présente série de requêtes a été déposée pour contester la validité constitutionnelle de l'article 377 du code pénal indien de 1860 ("**IPC**") au motif spécifique qu'il criminalise les rapports sexuels consensuels entre personnes adultes appartenant au même sexe en privé.
3. La question de savoir si la décision rendue dans l'affaire *Suresh Kumar Koushal & Anr. c. Naz Foundation & Ors.*¹ doit être réexaminée a été soumise au banc constitutionnel *par* ordonnance du 8 janvier 2018.
4. Les pétitionnaires ont *notamment* fait valoir que l'expression sexuelle et l'intimité entre adultes consentants du même sexe en privé devraient bénéficier de la protection de la partie III de la Constitution, étant donné que la sexualité est au cœur de l'identité innée de l'être humain. L'article 377, dans la mesure où il criminalise les relations consensuelles entre couples de même sexe, viole les droits fondamentaux garantis par les articles 21, 19 et 14 de la partie III de la Constitution.

¹(2014) 1 SCC 1

Les principaux arguments soulevés par les requérants au cours de l'audience sont les suivants :

- i. Les droits fondamentaux sont accessibles aux personnes LGBT indépendamment du fait qu'elles constituent une minorité.
 - ii. L'article 377 est contraire à l'article 14 car il est totalement arbitraire, vague et a un objectif illégal.
 - iii. L'article 377 pénalise une personne sur la base de son orientation sexuelle et est donc discriminatoire au sens de l'article 15.
 - iv. L'article 377 viole le droit à la vie et à la liberté garanti par l'article 21, qui englobe tous les aspects du droit de vivre dans la dignité, du droit à la vie privée et du droit à l'autonomie et à l'autodétermination en ce qui concerne les décisions les plus intimes d'un être humain.
5. Au cours de l'audience, l'Union indienne a présenté un affidavit daté du ¹¹ juillet 2018 dans lequel elle a indiqué qu'en ce qui concerne la validité constitutionnelle de l'article 377 dans la mesure où il s'applique à des actes consensuels d'adultes en privé, l'Union indienne s'en remettrait à la sagesse de cette honorable Cour pour trancher cette question.

Toutefois, si la Cour devait trancher et examiner une question autre que la validité constitutionnelle de l'article 377, ou interpréter tout autre droit en faveur de la communauté LGBT, l'Union indienne souhaiterait déposer un affidavit détaillé, car cela aurait une portée et des ramifications considérables, qui ne sont pas envisagées dans le renvoi.

6. CONTEXTE LÉGISLATIF

6.1. Les traités juridiques Fleta et Britton, qui datent respectivement de 1290 et 1300, documentent les lois en vigueur en Angleterre à l'époque. Ces traités font référence à la sodomie en tant que crime.²

6.2. La loi sur la sodomie de 1533 a été réintroduite en 1563 sous le régime de la reine Élisabeth I, qui sanctionnait les actes de sodomie par la pendaison.

En 1861, la peine de mort pour sodomie a été abolie en Angleterre et au Pays de Galles. Toutefois, elle reste un crime "que les chrétiens ne doivent pas mentionner".

6.3. La loi de 1861 est devenue la charte des textes législatifs élaborés dans les colonies de la Grande-Bretagne.

² John Boswell, *Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality : Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century* (University of Chicago Press, 1980), p. 292.

6.4. La note marginale de l'article 377 fait référence aux "infractions contre nature". La section 377 est libellée comme suit

"377. Quiconque a volontairement des rappports charnels contre nature avec un homme, une femme ou un animal est puni de l'emprisonnement à vie ou d'un emprisonnement de l'un ou l'autre type pour une durée pouvant aller jusqu'à dix ans, et est également passible d'une amende.

Explication - La pénétration est suffisante pour constituer le rapport charnel nécessaire à l'infraction décrite dans la présente section.

(souligné par l'auteur)

6.5. L'article 377 ne définit pas les "rappports charnels contre l'ordre de la nature". Même si la disposition est neutre en apparence, les pétitionnaires soutiennent que l'idée maîtresse de cette disposition a été de cibler la communauté LGBT à la lumière de l'histoire coloniale des lois anti-sodomie, et de pénaliser ce qui était perçu comme un comportement sexuel "déviant" ou "pervers".

7. Au début du 20^e siècle, de nombreuses théories psychiatriques considéraient l'homosexualité comme une forme de psychopathologie ou d'arrêt du développement.³ On pensait que le développement normal conduisait l'enfant à devenir un adulte hétérosexuel et que l'homosexualité n'était qu'un état de malaise.

³ *Rapport de la commission sur les délits homosexuels et la prostitution, 1957, paragraphe 30.*

L'homosexualité était considérée comme un trouble ou une maladie mentale, qui était sanctionnée par l'ostracisme social et la répulsion.

8. Vers la fin du 20^e siècle, cette notion a commencé à évoluer et les théories antérieures ont cédé la place à une perspective plus éclairée qui caractérise l'homosexualité comme une variante normale et naturelle de la sexualité humaine. Des études scientifiques ont montré que la sexualité humaine est complexe et inhérente.⁵

Kurt Hiller, dans son discours prononcé lors du deuxième congrès international pour la réforme sexuelle qui s'est tenu à Copenhague en 1928⁶, a déclaré

"L'amour entre personnes du même sexe n'est pas une moquerie de la nature, c'est plutôt la nature qui joue... Comme Nietzsche l'a exprimé dans Daybreak, la procréation est un résultat accidentel fréquent d'une façon de satisfaire la pulsion sexuelle - ce n'est ni son but, ni sa conséquence nécessaire. La théorie qui ferait de la procréation le but de la sexualité est révélée comme hâtive, simpliste et fautive par le seul phénomène de l'amour entre personnes de même sexe. Les lois de la nature, contrairement aux lois formulées par l'esprit humain, ne peuvent être violées. L'affirmation selon laquelle un phénomène spécifique de la nature pourrait en quelque sorte être "contraire à la nature" relève de l'absurdité pure... Appartenir non pas à la règle, non pas à la norme, mais plutôt à l'exception, à la minorité, à la variété, n'est ni un symptôme de dégénérescence ni de pathologie."

⁴ Benjamin J. Sadock et al, Kaplan and Sadock's Comprehensive Textbook of Psychiatry

(Manuel complet de psychiatrie de Kaplan et Sadock)

(⁹e éd., 2009), aux pp. 2060-89

⁵ *Id*

⁶ Great Speeches on Gay Rights (James Daley ed. ; Dover Publications, 2010), pp. 24-30

(souligné par l'auteur)

9. En 1957, le Royaume-Uni a publié le rapport du comité Wolfenden (supra) qui reconnaissait que les lois contre la sodomie avaient créé une atmosphère propice au chantage, au harcèlement et à la violence à l'encontre des homosexuels. Un extrait des conclusions de ce comité se lit comme suit :

"Nous avons eu du mal à décider si l'arme principale du maître chanteur est la menace de divulgation à la police, avec les conséquences juridiques qui en découlent, ou la menace de divulgation aux parents, employeurs ou amis de la victime, avec les conséquences sociales qui en découlent. Il se peut que cette dernière soit l'arme la plus efficace, mais il se peut aussi qu'elle perde beaucoup de son intérêt si les conséquences sociales n'étaient pas associées à la situation juridique actuelle".

À la suite de ce rapport, la Chambre des Lords a pris l'initiative d'une législation visant à dépénaliser les actes homosexuels accomplis en privé par des personnes consentantes. La loi sur les délits sexuels de 1967 a été adoptée en Angleterre et a dépénalisé les actes homosexuels commis en privé, à condition que les parties y aient consenti et qu'elles soient âgées de plus de 21 ans.

10. La tendance à la dépénalisation des lois anti-sodomie dans le monde entier a gagné du terrain au cours des dernières

décennies, car ces lois ont été reconnues comme violant les droits de l'homme. Au cours de l'année

En 2017, l'International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association a noté dans son rapport annuel sur l'homophobie parrainée par l'État⁷ que 124 pays ne pénalisaient plus l'homosexualité. Le changement de législation dans ces pays s'est concrétisé soit par des modifications des textes législatifs, soit par des décisions de justice.

Les relations entre les couples de même sexe bénéficient d'une protection croissante de la part des États du monde entier. Selon le rapport susmentionné, 24 pays au total autorisent désormais les couples de même sexe à se marier, tandis que 28 pays reconnaissent légalement les partenariats entre couples de même sexe. Plusieurs pays ont adopté des lois d'habilitation qui protègent les personnes LGBT contre la discrimination et leur permettent d'adopter des enfants.⁸ Par exemple, le Royaume-Uni interdit désormais la discrimination en matière d'emploi, d'éducation, de protection sociale et de logement fondée sur l'orientation sexuelle. Le mariage entre couples de même sexe a été reconnu en Angleterre et au Pays de Galles.

⁷ Aengus Carroll et Lucas Ramón Mendos, *Rapport annuel 2017 de l'Ilga sur l'homophobie parrainée par l'État : Une enquête mondiale sur les lois relatives à l'orientation sexuelle* :

Criminalisation, protection et reconnaissance (12^e édition, 2017), p. 26-36.

⁸ *Id*

Dans le discours qu'elle a prononcé lors du Forum conjoint du Commonwealth le 17 avril 2018, la Première ministre britannique Theresa May a exhorté les pays du Commonwealth à réviser les lois anti-homosexuelles "obsolètes" et a regretté le rôle joué par la Grande-Bretagne dans l'adoption de ces lois⁹ :

" Dans le monde entier, des lois discriminatoires adoptées il y a de nombreuses années continuent d'affecter la vie de nombreuses personnes, en criminalisant les relations entre personnes de même sexe et en ne protégeant pas les femmes et les jeunes filles.

Je ne sais que trop bien que ces lois ont souvent été mises en place par mon propre pays. Elles étaient erronées à l'époque, et elles le sont encore aujourd'hui. En tant que Premier ministre du Royaume-Uni, je regrette profondément que de telles lois aient été introduites et que l'héritage de la discrimination, de la violence et même de la mort persiste aujourd'hui. "

11. L'article 377 est toutefois resté dans sa forme originale dans l'IPC jusqu'à ce jour.

12. INTERPRÉTATION JUDICIAIRE

12.1. L'élément essentiel requis pour constituer un délit au titre de l'article 377 est le "rapport charnel contre l'ordre de la nature", qui est passible d'une peine d'emprisonnement à perpétuité ou d'une peine d'emprisonnement de l'une ou l'autre catégorie jusqu'à la fin de l'année.

⁹Le discours de Theresa May lors de la séance plénière du Forum conjoint du Commonwealth est disponible à l'adresse suivante :
<https://www.gov.uk/government/speeches/pm-speaks-at-the-commonwealth-joint-forum-plenary-17-april-2018>

à dix ans. L'article 377 s'applique indépendamment du sexe, de l'âge ou du consentement.

12.2. L'expression "rapports charnels" utilisée dans la section 377 est distincte des "rapports sexuels" qui figurent dans les sections 375 et 497 de l'IPC. L'expression "rapports charnels contre l'ordre de la nature" n'est pas définie par l'article 377, ni dans le code.

12.3. Le terme "charnel" a fait l'objet d'une interprétation judiciaire dans plusieurs décisions. Selon le New International Webster's Comprehensive Dictionary of the English Language¹⁰, "charnel" signifie :

- "1) Relatif à la nature charnelle ou aux appétits corporels.*
- 2. Sensuel ; sexuel.*
- 3. Relatif à la chair ou au corps ; non spirituel ; donc mondain".*

12.4. Les tribunaux avaient précédemment interprété le terme "charnel" comme se référant à des actes qui ne relèvent pas des rapports sexuels entre le pénis et le vagin et qui ne sont pas destinés à la procréation.

¹⁰ *Le nouveau dictionnaire international Webster de la langue anglaise*
(Edition encyclopédique de luxe, 1996)

Dans l'affaire *Khanu v. Emperor*¹¹, la Haute Cour de Sindh était saisie d'un cas où l'accusé avait été reconnu coupable d'avoir commis *le coït per os de Gomorrhe* avec un petit enfant, et avait été condamné en vertu de l'article 377. La Cour a estimé que l'acte de relations charnelles était clairement contraire à l'ordre de la nature, car l'objet naturel des relations charnelles est de permettre la conception d'êtres humains, ce qui est impossible dans le cas du *coït per os*.

Dans l'affaire *Khandu v. Emperor*¹², la Haute Cour de Lahore était saisie d'une affaire dans laquelle l'accusé avait pénétré le nez d'un taureau avec son pénis. La Cour, tout en s'appuyant sur la décision de la Haute Cour de Sindh dans l'affaire *Khanu v. Emperor* (supra) a jugé que les actes des accusés constituaient un *coït per os* et étaient punissables en vertu de l'article 377.

Dans l'affaire *Lohana Vasantlal Devchand & Ors v. State*¹³, la Gujarat High Court a condamné deux accusés en vertu de la section 377 lu avec l'article 511 de l'IPC, en raison de

¹¹ AIR 1925 Sind 286

¹² AIR 1934 Lah 261 : 1934 Cri LJ 1096

¹³ AIR 1968 Guj 252

avoir des rapports charnels par l'anus et introduire le pénis dans la bouche d'un jeune garçon. Il a été jugé que :

"Les termes utilisés (dans la section 377) sont très complets et, à mon avis, un acte comme le présent acte (sexe oral), qui était une imitation de rapports sexuels dans le but de satisfaire son appétit sexuel, serait un acte punissable en vertu de la section 377 du code pénal indien.

Plus tard, dans l'affaire *Fazal Rab Choudhary v. State of Bihar*¹⁴, cette Cour, tout en réduisant la peine de l'appelant qui avait été condamné pour avoir commis un délit sur un jeune garçon en vertu de l'article 377 du CPI, a déclaré ce qui suit :

"Il s'agit d'une infraction au titre de la section 377 du Code pénal international, qui implique une perversité sexuelle. Aucune force ne semble avoir été utilisée. Ni les notions de société permissive, ni le fait que dans certains pays l'homosexualité ait cessé d'être un délit n'ont influencé notre réflexion".

(souligné par l'auteur)

Le critère d'application des dispositions pénales de l'article 377 a évolué au fil des ans, passant d'actes sexuels non créatifs dans l'affaire *Khanu v. Emperor* (supra), à des rapports sexuels imitatifs tels que le sexe oral dans l'affaire *Lohana Vasantlal Devchand & Ors. v. State* (supra), à la perversité sexuelle dans l'affaire *Fazal Rab*.

¹⁴ (1982) 3 SCC 9

v. *État de Bihar* (supra). Ces affaires concernaient des relations sexuelles non consenties sous la contrainte.

13. L'HOMOSEXUALITÉ - PAS UNE ABERRATION MAIS UNE VARIANTE DE LA SEXUALITÉ

13.1. Alors que de nombreuses recherches scientifiques ont examiné les possibles effets de la maladie sur la santé humaine, l'environnement et l'économie, les chercheurs se sont penchés sur la question. génétique, hormonales, développementales, psychologiques, sociales et culturelles sur l'orientation sexuelle, aucune découverte n'a permis de lier de manière concluante l'orientation sexuelle à un ou plusieurs facteurs particuliers. On pense que la sexualité d'une personne est le résultat d'une interaction complexe entre la nature et l'éducation.

L'orientation sexuelle est un attribut inné de l'identité d'une personne et ne peut être modifiée. L'orientation sexuelle n'est pas une question de choix. Elle se manifeste au début de l'adolescence. L'homosexualité est une variante naturelle de la sexualité humaine.

La Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Lawrence et al. v. Texas*¹⁵

s'est appuyé sur le mémoire d'Amici Curiae¹⁶ qui stipule que

"Les comportements hétérosexuels et homosexuels sont tous deux des aspects normaux de la sexualité humaine. Ils ont tous deux été documentés dans de nombreuses cultures humaines et époques historiques différentes, ainsi que dans une grande variété d'espèces animales. Il n'y a pas de consensus parmi les

¹⁵ 539 U.S. 558 (2003)

¹⁶ Brief for the Amici Curiae American Psychological Association, American Psychiatric Association, National Association of Social Workers, and Texas Chapter of the National Association of Social Workers in *Lawrence et al. v. Texas* 539 U.S. 558(2003), disponible à l'adresse <http://www.apa.org/about/offices/ogc/amicus/lawrence.pdf>.

Les scientifiques ne savent pas exactement pourquoi un individu développe une orientation hétérosexuelle, bisexuelle ou homosexuelle. Toutefois, selon les connaissances scientifiques et professionnelles actuelles, les sentiments et les attirances qui forment la base de l'orientation sexuelle adulte apparaissent généralement entre le milieu de l'enfance et le début de l'adolescence. En outre, ces schémas d'attirance sexuelle apparaissent généralement sans aucune expérience sexuelle préalable. La plupart des gays et des lesbiennes, voire beaucoup d'entre eux, n'ont pas ou peu le choix de leur orientation sexuelle.

(souligné par l'auteur)

13.2. Un article par K.K. Gulia et H.N. Mallick intitulé

"L'homosexualité : Un dilemme dans le discours "¹⁷ :

"En général, l'homosexualité en tant qu'orientation sexuelle se réfère à un modèle durable ou à une disposition à éprouver des attirances sexuelles, affectives ou romantiques principalement envers des personnes du même sexe. Elle désigne également le sentiment d'identité personnelle et sociale d'un individu fondé sur ces attirances, les comportements qui les expriment et l'appartenance à une communauté d'autres personnes qui les partagent. Il s'agit d'un état dans lequel une personne est attirée par son propre sexe, ce qui se traduit par une implication érotique et émotionnelle avec les membres de son propre sexe...

...Au cours du 20^e siècle, l'homosexualité est devenue un sujet d'étude et de débat considérable dans les sociétés occidentales. Elle était principalement considérée comme un trouble ou une maladie mentale. À cette époque, deux grandes études pionnières sur l'homosexualité ont été réalisées par Alfred Charles Kinsey (1930) et Evelyn Hooker (1957)... Cette étude empirique du comportement sexuel des adultes américains a révélé qu'un

nombre significatif d'entre eux étaient des hommes et des femmes.

¹⁷ KK Gulia et HN Mallick, "*Homosexuality : a dilemma in discourse*", 54 Indian Journal of Physiology and Pharmacology (2010), pp. 5, 6 et 8.

nombre de participants étaient homosexuels. Dans cette étude, lorsqu'on demandait directement aux participants s'ils avaient eu des relations homosexuelles, le pourcentage de réponses positives doublait presque. Le résultat de cette étude est devenu l'échelle de sexualité de Kinsey, largement popularisée. Cette échelle classe tous les individus sur un spectre de sexualité allant de 100 % hétérosexuel à 100 % homosexuel..."

(souligné par l'auteur)

13.3. En décembre 1973, l'American Psychiatric Association a supprimé le terme "homosexualité" du Manuel diagnostique et statistique des troubles psychologiques et a estimé que la manifestation d'une attirance sexuelle envers des personnes du sexe opposé ou du même sexe était un état naturel.¹⁸

13.4. L'Organisation mondiale de la santé a supprimé l'homosexualité de la liste des maladies de la classification internationale des maladies lors de la publication de la CIM-10 en 1992.¹⁹

¹⁸ Jack Drescher, *Out of DSM : Depathologizing Homosexuality*, 5(4) Behavioral Sciences (2015), p. 565.

¹⁹ *La classification CIM-10 des troubles mentaux et du comportement : descriptions cliniques et directives diagnostiques*, Organisation mondiale de la santé, Genève (1992), disponible à l'adresse suivante : <http://www.who.int/classifications/icd/en/bluebook.pdf>.

13.5. En Inde, la Société psychiatrique indienne a également estimé que l'orientation sexuelle n'était pas un trouble

psychiatrique²⁰ :

"...il n'existe aucune preuve scientifique que l'orientation sexuelle puisse être modifiée par un quelconque traitement et que de telles tentatives peuvent en fait conduire à une faible estime de soi et à la stigmatisation de la personne".

13.6. Il convient de noter qu'en vertu de l'article 3 de la loi de 2017 sur les soins de santé mentale, la détermination de ce qui constitue une "maladie mentale" doit être effectuée conformément aux normes médicales acceptées au niveau national et international, y compris la dernière édition de la classification internationale des maladies de l'Organisation mondiale de la santé.

14. L'ARTICLE 377, S'IL EST APPLIQUÉ À DES ADULTES CONSENTANTS, CONSTITUE UNE VIOLATION DE LA LOI SUR LES DROITS DE L'HOMME.

ARTICLE 14

14.1. L'un des principaux arguments avancés par les requérants pour contester la validité constitutionnelle de l'article 377 est fondé sur l'article 14 de la Constitution. L'article 14 consacre le principe de l'égalité en tant que droit fondamental et stipule que l'État ne peut refuser à qui que ce soit le droit d'avoir des relations sexuelles.

²⁰ Société indienne de psychiatrie : "Position statement on Homosexuality"

IPS/Statement/02/07/2018 disponible à l'adresse

http://www.indianpsychiatricsociety.org/upload_images/imp_download_files/15311250_54_1.pdf

Elle reconnaît à toute personne l'égalité devant la loi ou l'égale protection des lois sur le territoire de l'Inde. Elle reconnaît et garantit le droit à l'égalité de traitement à toutes les personnes dans ce pays.

Il est soutenu que l'article 377 est discriminatoire à l'égard des adultes du même sexe qui veulent avoir une relation sexuelle consensuelle en privé, en traitant cette relation comme une infraction pénale, et qu'il est donc contraire à l'article 14.

14.2. Le double critère de classification prévu à l'article 14 prévoit que :

- (i) il doit y avoir une classification raisonnable fondée sur des différenciations intelligibles ; et
- (ii) cette classification doit avoir un lien rationnel avec l'objectif recherché.

14.3. L'article 377 s'applique de manière très différente à deux catégories de personnes en fonction de leur "orientation sexuelle", à savoir les personnes LGBT et les personnes hétérosexuelles. L'article 377 pénalise toutes les formes de rapports sexuels non pénien et non vaginaux. En effet, les relations volontaires et consensuelles entre personnes LGBT sont totalement criminalisées.

L'importance et l'effet de l'article 377 sont que si une relation hétérosexuelle consensuelle est permise, une relation consensuelle avec une autre personne est interdite. consensuelle entre LGBT est considérée comme "charnelle" et contraire à l'ordre de la nature. est considérée comme "charnelle" et contraire à l'ordre de la nature. L'article 377 crée artificielle dichotomie dichotomie artificielle. L'orientation sexuelle naturelle ou innée d'une personne ne peut être a motif de discrimination. Lorsque a législation opère une discrimination sur la base d'une caractéristique intrinsèque et essentielle d'une personne. d'un individu, elle ne peut former a raisonnable classification fondée sur une différenciation intelligible.

14.4. Dans l'affaire *National Legal Services Authority v. Union of India & Ors.*²¹, cette Cour a accordé une protection égale des lois aux personnes transgenres. Il n'y a donc aucune raison de refuser la même protection aux personnes LGBT.

14.5. L'orientation sexuelle d'une personne est intrinsèque à

son être. Elle est liée à son individualité et à son identité. Une classification qui établit une discrimination entre des personnes sur la base de leur nature innée serait une violation de leurs droits fondamentaux et ne peut résister à l'épreuve de la morale constitutionnelle.

²¹ (2014) 5 SCC 438

14.6. Dans la jurisprudence civilisée contemporaine, où les États reconnaissent de plus en plus le statut des relations entre personnes de même sexe, il serait rétrograde de qualifier ces relations de "perverses", "déviantes" ou "contre nature".

14.7. L'article 375 définit le délit de viol. Il prévoit des actes de pénétration qui, s'ils sont accomplis par un homme sur une femme sans son consentement ou en obtenant son consentement sous la contrainte, constituent un viol. Les actes de pénétration (après l'amendement de 2013) comprennent les relations sexuelles anales et orales.

L'implication nécessaire qui peut être tirée de la disposition modifiée est que si de tels actes de pénétration sont effectués avec le consentement de la femme, ils ne sont pas punissables en vertu de l'article 375.

Alors que l'article 375 autorise les actes de pénétration consensuels (la définition de "pénétration" inclut les rapports sexuels oraux et anaux), l'article 377 rend les mêmes actes de pénétration punissables indépendamment du consentement. Cela crée une dichotomie dans la loi.

14.8. L'interdiction d'une relation sexuelle consensuelle en vertu de l'article 377 ne repose sur aucun critère connu

ou rationnel. L'expression sexuelle et l'intimité d'un

La nature consensuelle, entre adultes en privé, ne peut être traitée comme un "rapport charnel contre l'ordre de la nature".

14.9. Mettant l'accent sur la deuxième partie de l'article 14, qui enjoint à l'État d'assurer à tous une égale protection des lois, le juge Nariman, dans son opinion concordante dans l'affaire *Shayara Bano v. Union of India & Ors.*²², a élucidé la doctrine de l'arbitraire manifeste en tant que facette de l'article 14. Outre les deux critères classiques de classification examinés dans les paragraphes précédents, une législation, ou une partie de celle-ci, peut également être annulée en vertu de l'article 14 au motif qu'elle est manifestement arbitraire. Il serait instructif de se référer au passage suivant de l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Shayara Bano v. Union of India & Ors* (supra) :

"101...L'arbitraire manifeste doit donc être le fait du législateur de manière capricieuse, irrationnelle et/ou sans principe déterminant adéquat. De même, lorsque quelque chose est fait qui est excessif et disproportionné, une telle législation serait manifestement arbitraire".

Section 377 dans la mesure où dans la
mesure où dans la mesure où il criminalise les actes

sexuels consensuels entre adultes en privé, n'est pas
fondée sur les principes de la liberté d'expression.

²² (2017) 9 SCC 1

aucun principe sain ou rationnel, puisque la base de la criminalisation est l'"orientation sexuelle" d'une personne, sur laquelle elle n'a "que peu ou pas de choix".

En outre, l'expression "rapports charnels contre l'ordre de la nature" figurant à l'article 377 en tant que principe déterminant d'une disposition pénale est trop ouverte, ce qui ouvre la voie à des abus à l'encontre des membres de la communauté LGBT.

Ainsi, en plus de ne pas satisfaire au double critère de l'article 14, l'article 377 est manifestement arbitraire et donc contraire à l'article 14 de la Constitution.

15. L'ARTICLE 377 EST CONTRAIRE À L'ARTICLE 15

L'article 15 interdit à l'État de pratiquer à l'égard de tout citoyen une discrimination fondée sur la religion, la race, la caste, le sexe ou le lieu de naissance. L'objectif de cette disposition est de garantir la protection des citoyens qui ont subi un désavantage historique, qu'il soit de nature politique, sociale ou économique.

15.1. Le terme "sexe", tel qu'il apparaît à l'article 15, a fait l'objet d'une interprétation extensive par cette Cour dans l'affaire *National Legal Services Authority v. Union of India & Ors.*

pour inclure l'identité sexuelle. Le paragraphe 66 de l'arrêt se lit comme suit :

"66...Le genre et les attributs biologiques constituent des composantes distinctes du sexe. Les caractéristiques biologiques comprennent bien sûr les organes génitaux, les chromosomes et les caractéristiques sexuelles secondaires, mais les attributs liés au sexe comprennent l'image de soi, le sens psychologique ou émotionnel profond de l'identité et du caractère sexuels. La discrimination fondée sur le sexe au sens de l'article 15 et 16 incluent donc la discrimination fondée sur l'identité de genre. L'expression "sexe" utilisée dans les articles 15 et 16 ne se limite pas au sexe biologique masculin et féminin, mais vise à inclure les personnes qui ne se considèrent ni masculines ni féminines".
(soulignement fourni et citations internes omises)

Le sexe, tel qu'il apparaît à l'article 15, ne se limite pas aux attributs biologiques d'un individu, mais inclut également son "identité et son caractère sexuels".

Le comité J.S. ^{Verma}²³ avait recommandé que le terme "sexe" au sens de l'article 15 doit inclure l'"orientation sexuelle" :

"65. Nous devons également reconnaître que notre société a besoin de reconnaître les différentes orientations sexuelles comme une réalité humaine. Outre l'homosexualité, la bisexualité et le lesbianisme, il existe également une communauté transgenre. Compte tenu du manque de compréhension scientifique des différentes variations d'orientation, même les sociétés avancées ont dû commencer par déclassifier

l'"homosexualité", qui n'est plus considérée comme un trouble mental, mais comme une "maladie mentale", et l'on considère désormais qu'il s'agit d'une "maladie mentale".

²³ Rapport de la commission sur les modifications du droit pénal (2013)

développement triangulaire dû à l'évolution, au conditionnement partiel conditionnement et des fondements neurologiques dus à des raisons génétiques. En outre, il est clair que l'article 15(c) de la Constitution indienne utilise le mot "sexe" comme incluant l'orientation sexuelle.

L'interdiction de la discrimination fondée sur le "sexe" prévue à l'article 15 devrait donc englober les cas où une telle discrimination est fondée sur l'orientation sexuelle d'une personne.

cet égard, il convient de citer le point de vue adopté par le Comité des droits de l'homme des Nations unies dans l'affaire *Nicholas Toonen c. Australie*²⁴, dans laquelle le Comité a noté que la référence au "sexe" à l'article 2, paragraphe 1, et à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques incluait l'"orientation sexuelle".

15.2. Dans un article intitulé "*Reading Swaraj into Article 15 : A New Deal For All Minorities*"²⁵, Tarunabh Khaitan note que le point commun sous-jacent entre les motifs spécifiés à l'article 15 repose sur les idées de "statut immuable" et de "choix fondamental". Il fait référence à l'idée de "statut immuable" et de "choix fondamental".

²⁴ Communication n° 488/1992, U.N. Doc.CCPR/C/50/D/488/1992 (1994)

²⁵ Tarunabh Khaitan, *Reading Swaraj into Article 15 : A New Deal For All Minorities*, 2 NUJS Law Review (2009), p. 419.

La citation suivante de John Gardener permet de situer le contexte dans lequel s'inscrit le point commun susmentionné :

*"La discrimination fondée sur notre statut immuable tend à nous priver d'une vie [autonome]. Il en résulte que nos choix futurs sont limités non pas principalement par nos propres choix, mais par les choix des autres. Parce que les choix des autres sont fondés sur notre statut immuable, nos propres choix ne peuvent faire aucune différence pour eux.Et La discrimination fondée sur des choix fondamentaux peut également être illicite. Pour mener une vie autonome, nous avons besoin d'un éventail adéquat d'options valables tout au long de cette vie.... y a des options valables particulières que chacun d'entre nous devrait avoir indépendamment de ses autres choix. Lorsqu'un choix particulier est un choix entre des options valables qui devraient être disponibles pour les gens quels que soient leurs autres choix, il s'agit d'un choix fondamental. Lorsqu'une discrimination est exercée à l'encontre de personnes sur la base de leurs choix fondamentaux, elle tend à fausser ces choix en rendant une ou plusieurs des options valables parmi lesquelles elles doivent choisir plus douloureuses ou plus contraignantes que d'autres "*²⁶.

(souligné par l'auteur)

La race, la caste, le sexe et le lieu de naissance sont des aspects sur lesquels une personne n'a aucun contrôle et qui sont *donc* immuables. En revanche, la religion est un choix fondamental de la personne.²⁷ La discrimination fondée sur l'un ou l'autre de ces motifs porterait atteinte à l'autonomie personnelle de l'individu.

²⁶ John Gardner, *On the Ground of Her Sex (uality)*, 18(2) Oxford Journal of Legal Studies (1998), p. 167.

²⁷ *Supra* note 25

La Cour suprême du Canada, dans ses arrêts *Egan c. Canada*²⁸ et *Vriend c. Alberta*²⁹, a interprété l'article 15(1)³⁰ de la Charte canadienne des droits et libertés, qui est *pari materia* à l'article 15 de la Constitution indienne.

L'article 15(1) de la Charte canadienne, tout comme l'article 15 de notre Constitution, n'inclut pas l'"orientation sexuelle" parmi les motifs de discrimination interdits. Néanmoins, la Cour suprême du Canada, dans les décisions susmentionnées, a estimé que l'orientation sexuelle était un "motif analogue" aux autres motifs spécifiés à l'article 15, paragraphe 1. La discrimination fondée sur l'un de ces motifs a un impact négatif sur l'autonomie personnelle d'un individu et porte atteinte à sa personnalité.

²⁸ [1995] SCC 98

²⁹ [1998] SCC 816

³⁰ "15. *l'égalité devant la loi et l'égalité de protection et de bénéfice de la loi*

(1) Tous les individus sont égaux devant la loi et ont droit à une égale protection et à un égal bénéfice de la loi, sans discrimination et, en particulier, sans discrimination fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques...".

Article 15(1), Charte canadienne des droits et libertés.

Une conclusion similaire peut être tirée dans le contexte indien à la lumière des aspects sous-jacents de l'immutabilité et du choix fondamental.

La communauté LGBT est une minorité sexuelle qui a souffert d'une discrimination hostile injustifiée et injustifiable et qui a également droit à la protection offerte par l'article 15.

16. L'ARTICLE 377 VIOLE LE DROIT À LA VIE ET À LA LIBERTÉ GARANTI PAR L'ARTICLE 21

L'article 21 dispose que nul ne peut être privé de sa vie ou de sa liberté individuelle si ce n'est conformément à la procédure prévue par la loi. Cette procédure doit être équitable, juste et raisonnable.³¹

Le droit à la vie et à la liberté protège tout citoyen ou non-citoyen, quelle que soit son identité ou son orientation, sans discrimination.

16.1. DROIT DE VIVRE DANS LA DIGNITÉ

La Cour a interprété de manière extensive les termes "vie" et "liberté personnelle" pour reconnaître une panoplie de droits

³¹ *Maneka Gandhi c. Union of India & Anr.* (1978) 1 SCC 248, paragraphe 48

L'article 21 est "le droit le plus précieux de l'homme et constitue l'arche de tous les autres droits", comme le souligne l'arrêt Francis Coralie Mullin c. Administrateur, Territoire de l'Union de Delhi & Ors³², dans lequel il a été noté que le droit à la vie est un droit de l'homme. L'article 21 est "le droit de l'homme le plus précieux et constitue l'arche de tous les autres droits", comme le souligne l'arrêt *Francis Coralie Mullin v. Administrator, Union Territory of Delhi & Ors*³², dans lequel il a été noté que le droit à la vie ne pouvait être limité à une simple existence animale et qu'il prévoyait bien plus qu'une simple survie ^{physique}³³ :

"Nous pensons que le droit à la vie comprend le droit de vivre dans la dignité humaine et tout ce qui l'accompagne, à savoir le strict nécessaire pour vivre, comme une alimentation, des vêtements et un logement adéquats, ainsi que la possibilité de lire, d'écrire et de s'exprimer sous diverses formes, de se déplacer librement, de se mélanger et de se mêler à d'autres êtres humains... Il doit, en tout état de cause, comprendre le droit aux nécessités de base de la vie ainsi que le droit d'exercer les fonctions et les activités qui constituent l'expression minimale du moi humain. Tout acte qui porte atteinte à la dignité humaine constituerait une privation pro tanto de ce droit à la vie et devrait être conforme à une procédure raisonnable, équitable et juste établie par la loi qui résiste à l'épreuve des autres droits fondamentaux".

(souligné par l'auteur)

³² (1981) 1 SCC 608

³³ (1981) 1 SCC 608 au paragraphe 7

Cela a été réaffirmé par la décision de la Cour constitutionnelle dans les affaires *K.S. Puttaswamy & Anr. v. Union of India & Ors.*³⁴ et *Common Cause (A Registered Society) v. Union of India & Anr.*³⁵.

Bien que la dignité soit un concept amorphe incapable d'être défini, il s'agit d'une valeur intrinsèque fondamentale de tout être humain. La dignité est considérée comme essentielle pour une existence pleine de sens.³⁶

Dans l'affaire *National Legal Services Authority v. Union of India & Ors.* (supra), la Cour a reconnu le droit des personnes transgenres à décider de leur identité sexuelle. Dans le contexte des droits juridiques des personnes transgenres, la Cour a estimé que l'orientation sexuelle et l'identité de genre font partie intégrante de leur personnalité.

L'extrait pertinent de l'opinion de Radhakrishnan, J., est reproduit ci-dessous :

"22. ...L'orientation sexuelle et l'identité de genre que chaque personne définit elle-même font partie intégrante de sa personnalité et constituent l'un des aspects les plus fondamentaux de l'autodétermination, de la dignité et de la liberté..."

(souligné par l'auteur)

³⁴ (2017) 10 SCC 1

³⁵ (2018) 5 SCC 1 aux paragraphes 156, 437, 438, 488 et 516.

³⁶ *Common Cause (A Registered Society) v. Union of India and Anr*, (2018) 5 SCC 1, aux paragraphes 437 et 438.

L'orientation sexuelle est innée chez l'être humain. C'est un attribut important de sa personnalité et de son identité. L'homosexualité et la bisexualité sont des variantes naturelles de la sexualité humaine. Les personnes LGBT n'ont pas ou peu le choix de leur orientation sexuelle. Les personnes LGBT, comme les autres personnes hétérosexuelles, ont droit au respect de leur vie privée et à une existence digne, sans crainte de persécution. Elles ont droit à une autonomie complète sur les décisions les plus intimes relatives à leur vie personnelle, y compris le choix de leur partenaire. Ces choix doivent être protégés par l'article 21. Le droit à la vie et à la liberté engloberait le droit à l'autonomie sexuelle et à la liberté d'expression.

L'extrait suivant de la décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud dans l'affaire *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Anr. v. Minister of Justice and Ors.*³⁷ est également instructif à cet égard :

"Tout en reconnaissant la valeur unique de chaque personne, la Constitution ne présuppose pas qu'un titulaire de droits est une figure isolée, solitaire et abstraite, dotée d'une personnalité désincarnée et

d'une identité propre.

³⁷ [1998] ZACC 15

Le concept d'autonomie est un élément essentiel de l'identité de l'individu et de sa capacité à se déconnecter socialement. Elle reconnaît que les gens vivent dans leur corps, leur communauté, leur culture, leur lieu et leur époque. L'expression de la sexualité nécessite un partenaire, réel ou imaginaire. Ce n'est pas à l'État de choisir ou d'organiser le choix du partenaire, mais aux partenaires de se choisir eux-mêmes".

(soulignement fourni)

L'article 377, dans la mesure où il restreint la liberté personnelle de l'homme, ne peut pas être considéré comme une infraction à la loi.

Le fait de ne pas permettre aux personnes LGBT de s'engager dans des relations sexuelles volontaires et consensuelles avec un partenaire de leur choix, dans un environnement sûr et digne, constitue une violation de l'article 21. Cela les empêche de nouer et d'entretenir des relations durables. En conséquence, les personnes LGBT sont contraintes soit de mener une existence solitaire sans compagnon, soit de mener une vie clandestine en tant que "*criminels non appréhendés*".³⁸

L'article 377 criminalise l'ensemble des personnes LGBT, car les relations sexuelles entre ces personnes sont considérées comme charnelles et "contre l'ordre de la nature". L'article 377 interdit aux personnes LGBT

d'avoir des relations sexuelles intimes en privé.

³⁸ Selon le professeur Edwin Cameron, les personnes LGBT sont réduites à l'état de "*criminels non appréhendés*" en raison de la menace omniprésente de poursuites judiciaires.

Edwin Cameron, *Sexual Orientation and the Constitution : A Test Case for Human Rights*, 110 South African Law Journal (1993), p. 450.

L'ostracisme social à l'égard des personnes LGBT les empêche de participer à toutes les activités en tant que citoyens à part entière et, par conséquent, de réaliser pleinement leur potentiel en tant qu'êtres humains.

Sur la question de la criminalisation de l'homosexualité, l'opinion dissidente du juge Blackmun de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Bowers v. Hardwick*³⁹ est instructive, qui cite une décision antérieure dans l'affaire *Paris Adult Theatre I v. Slaton*⁴⁰ et note ce qui suit :

"Seul l'aveuglement le plus volontaire pourrait occulter le fait que l'intimité sexuelle est une relation sensible et essentielle de l'existence humaine, au cœur de la vie familiale, du bien-être de la communauté et du développement de la personnalité humaine".

(soulignement fourni)

La Cour suprême des États-Unis a annulé l'arrêt *Bowers v.*

Hardwick (supra) dans l'affaire *Lawrence et al. v. Texas*. (supra) et a déclaré qu'une loi interdisant aux homosexuels d'avoir un comportement sexuel intime était invalide au motif qu'elle violait le droit à la vie privée et à la dignité des personnes homosexuelles. Le

juge Kennedy, dans son opinion majoritaire, a observé
ce qui suit :

³⁹ 478 U.S. 186 (1986)

⁴⁰ 413 U.S. 49 (1973)

"Dire que la question dans l'affaire Bowers était simplement le droit de se livrer à certains comportements sexuels rabaisse la revendication de l'individu, tout comme cela rabaisserait un couple marié si l'on disait que le mariage est simplement le droit d'avoir des rapports sexuels...

...Il nous suffit de reconnaître que les adultes peuvent choisir d'entamer cette relation dans le cadre de leur foyer et de leur vie privée, tout en conservant leur dignité de personnes libres. Lorsque la sexualité s'exprime ouvertement dans un comportement intime avec une autre personne, ce comportement peut n'être qu'un élément d'un lien personnel plus durable. La liberté protégée par la Constitution permet aux personnes homosexuelles de faire ce choix... Ce stigmatisme qu'impose cette loi pénale n'est d'ailleurs pas anodin. Certes, l'infraction n'est qu'un délit de classe C, une infraction mineure dans le système juridique texan. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une infraction pénale, avec tout ce que cela implique pour la dignité des personnes accusées. Les pétitionnaires porteront à leur dossier l'historique des condamnations pénales...

...La présente affaire ne concerne pas des mineurs. Il ne s'agit pas de personnes qui pourraient être blessées ou contraintes ou qui se trouvent dans des relations où le consentement ne pourrait pas être facilement refusé. Il ne s'agit pas de comportement public ou de prostitution. Il ne s'agit pas de savoir si le gouvernement doit reconnaître officiellement toute relation que des personnes homosexuelles cherchent à établir. L'affaire concerne deux adultes qui, avec le consentement mutuel et total de l'autre, s'engagent dans des pratiques sexuelles communes à un style de vie homosexuel. Les requérants ont droit au respect de leur vie privée. L'État ne peut pas rabaisser leur existence ou contrôler leur destin en faisant de leur comportement sexuel privé un crime. Le droit à la liberté en vertu de la clause de respect de la légalité leur donne le plein droit de s'engager dans leur conduite sans intervention du gouvernement.

La Constitution promet qu'il existe un domaine de liberté personnelle dans lequel le gouvernement ne peut pas pénétrer. Casey, supra, p. 847. La loi texane

ne sert aucun intérêt légitime de l'État qui puisse justifier son intrusion dans la vie personnelle et privée de l'individu".

(souligné par l'auteur)

Ainsi, l'article 377 empêche les personnes LGBT de mener une vie digne telle que garantie par l'article 21.

16.2. DROIT À LA VIE PRIVÉE

Le droit à la vie privée est désormais reconnu comme faisant partie intégrante du droit à la vie et à la liberté personnelle en vertu de l'article ²¹⁴¹.

L'orientation sexuelle fait partie intégrante de l'identité des personnes LGBT. L'orientation sexuelle d'une personne est un attribut essentiel de la vie privée. Sa protection est au cœur des droits fondamentaux garantis par les articles 14, 15 et 21.⁴²

Le droit à la vie privée est un droit général et omniprésent dans notre système constitutionnel, qui englobe l'autonomie décisionnelle et couvre les aspects intimes/personnels de la vie privée.

⁴¹ *K.S. Puttaswamy & Anr. c. Union of India & Ors*, (2017) 10 SCC 1.

⁴² *K.S. Puttaswamy & Anr. c. Union of India & Ors*, (2017) 10 SCC 1, aux paragraphes 144, 145, 479 et 647.

et préserve le caractère sacré de la sphère privée d'un individu.⁴³

Le droit à la vie privée n'est pas simplement le "droit d'être laissé tranquille" et a largement dépassé ce concept initial. Il s'étend au droit de faire des choix personnels fondamentaux, y compris en matière de comportement sexuel intime, sans ingérence injustifiée de l'État.

L'article 377 affecte la sphère privée de la vie des personnes LGBT. Il prive les personnes LGBT de leur autonomie décisionnelle pour faire des choix conformes à leur orientation sexuelle, ce qui leur permettrait de mener une existence digne et de donner un sens à leur vie en tant que personne à part entière. L'article 377 interdit aux personnes LGBT d'exprimer leur orientation sexuelle et d'avoir un comportement sexuel en privé, une décision qui s'inscrit dans les espaces les plus intimes de l'existence.

⁴³ *K.S. Puttaswamy & Anr. c. Union of India & Ors*, (2017) 10 SCC 1, aux paragraphes 248, 250, 371 et 403.

⁴⁴ *K.S. Puttaswamy & Anr. c. Union of India & Ors*, (2017) 10 SCC 1, aux paragraphes 248, 249, 371 et 521.

La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud dans l'affaire *National Coalition for Gay and Lesbian Equality & Anr. v. Minister of Justice & Ors.* (supra) a noté ce qui suit :

"La vie privée reconnaît que nous avons tous droit à une sphère d'intimité privée et d'autonomie qui nous permet d'établir et d'entretenir des relations humaines sans interférence de la part de la communauté extérieure. La manière dont nous exprimons notre sexualité est au cœur de cette sphère d'intimité privée. Si, en exprimant notre sexualité, nous agissons de manière consensuelle et sans nuire à l'autre, l'invasion de cette sphère constituera une violation de notre vie privée".

Tout comme les autres droits fondamentaux, le droit à la vie privée n'est pas un droit absolu et est soumis à des restrictions raisonnables. Toute restriction du droit à la vie privée doit respecter les exigences de légalité, d'existence d'un intérêt légitime de l'État et de proportionnalité.⁴⁵

Une notion subjective de moralité publique ou sociétale qui discrimine les personnes LGBT et les soumet à des sanctions pénales, simplement sur la base d'une caractéristique innée, va à l'encontre du concept de moralité constitutionnelle et ne peut constituer la base d'un intérêt légitime de l'État.

⁴⁵ *K.S. Puttaswamy & Anr. c. Union of India & Ors.*, (2017) 10 SCC 1, aux paragraphes 325, 638 et 645.

Le thème de l'inclusion est omniprésent dans la partie III de la Constitution. Outre le code d'égalité de la Constitution, qui comprend les articles 14, 15(1), 16, et d'autres dispositions sous la forme de l'article 17 (abolition de l'intouchabilité), de l'article 21A (droit à l'éducation), de l'article 25 (liberté de conscience et libre profession, pratique et propagation de la religion), L'article 26 (liberté de gérer les affaires religieuses), l'article 29 (protection des intérêts des minorités) et l'article 30 (droit des minorités à créer et à administrer des établissements d'enseignement) visent à créer une société inclusive où les droits sont garantis à tous, indépendamment de leur statut de minorité.

16.3. DROIT À LA SANTÉ

Le droit à la santé et l'accès aux soins de santé sont également des aspects essentiels du droit à la vie garanti par l'article 21 de la Constitution.⁴⁶

Les personnes LGBT, en tant que minorité sexuelle, ont été victimes de préjugés, de discriminations et de discriminations de la part de la société.

⁴⁶ *Common Cause (A Registered Society) c. Union of India & Anr*, (2018) 5 SCC 1, au paragraphe 304 ; *C.E.S.C. Limited & Ors. c. Subhash Chandra Bose & Ors*, (1992) 1 SCC 441, au paragraphe 32 ; *Union of India v. Mool Chand Khairati Ram Trust*, (2018) SCC

OnLine SC 675, au paragraphe 66 ; et, *Centre for Public Interest Litigation v. Union of India & Ors*, (2013) 16 SCC 279, au paragraphe 25.

violence en raison de leur orientation sexuelle. Comme l'article 377 criminalise les "rapports charnels contre l'ordre de la nature", il contraint les personnes LGBT à mener une vie cachée. En conséquence, les personnes LGBT sont gravement désavantagées et victimes de préjugés lorsqu'il s'agit d'accéder aux services de santé. Il en résulte de graves problèmes de santé, notamment des dépressions et des tendances suicidaires parmi les membres de cette communauté.⁴⁷

Les personnes LGBT, et plus particulièrement les HSH et les transsexuels, courent un risque plus élevé de contracter le VIH car ils ne disposent pas d'espaces sûrs pour s'adonner à des pratiques sexuelles sans risque. Elles ne peuvent pas demander d'aide médicale pour le dépistage, le traitement et les soins de soutien, car elles risquent d'être "exposées" et de faire l'objet de poursuites.⁴⁸ Les taux élevés de prévalence du VIH/sida chez les HSH, qui sont à leur tour mariés à d'autres personnes du sexe opposé, associés à la difficulté de détection et de traitement du VIH/sida dans les pays en voie de développement, constituent une menace pour les personnes LGBT.

-
- ⁴⁷ M.V. Lee Badgett, *The Economic Cost of Stigma and the Exclusion of LGBT People : Une étude de cas de l'Inde l'Inde*, Banque Banque Groupe (2014) disponible à l'adresse <http://documents.worldbank.org/curated/en/527261468035379692/The-economic-cost-of-stigma-and-the-exclusion-of-LGBT-people-a-case-study-of-India> (Dernière consulté le 11 août 2018)
- ⁴⁸ Govindasamy Agoramoorthy et Minna J Hsu, *India's homosexual discrimination and health consequences*, 41(4) Rev Saude Publica (2007), pp. 567-660 disponible à l'adresse <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v41n4/6380.pdf>.

Le fait de ne pas recevoir de traitement les rend très vulnérables à la contraction et à la transmission du virus.

Il est instructif de se référer aux conclusions du Comité des droits de l'homme des Nations unies dans l'affaire *Nicholas Toonen c. Australie* (supra) :

"8.5 En ce qui concerne l'argument de santé publique des autorités de Tasmanie, le Comité note que la criminalisation des pratiques homosexuelles ne peut être considérée comme un moyen raisonnable ou une mesure proportionnée pour atteindre l'objectif de prévention de la propagation du SIDA/VIH. Le gouvernement australien fait observer que les lois qui criminalisent l'activité homosexuelle tendent à entraver les programmes de santé publique en poussant dans la clandestinité un grand nombre de personnes qui risquent d'être infectées. La criminalisation de l'activité homosexuelle semble donc aller à l'encontre de la mise en oeuvre de programmes d'éducation efficaces en matière de prévention du VIH/SIDA. Deuxièmement, le Comité note qu'aucun lien n'a été démontré entre la poursuite de la criminalisation de l'activité homosexuelle et le contrôle efficace de la propagation du virus du VIH/SIDA.

(soulignement fourni et notes de bas de page internes omises)

L'American Psychological Association, l'American Psychiatric Association, la National Association of Social Workers et la section texane de la National Association of Social Workers, dans leur mémoire d'amicus curiae dans l'affaire *Lawrence et al. v. Texas* (supra), ont déclaré ce qui

suit :

"III. Le code pénal texan S. 21.06 renforce les préjugés, la discrimination et la violence à l'encontre des gays et des lesbiennes... Bien que de nombreux gays et lesbiennes apprennent à faire face à la stigmatisation sociale de l'homosexualité, ce modèle de préjugé peut provoquer une grave détresse psychologique chez les gays, en particulier s'ils tentent de dissimuler ou de nier leur orientation sexuelle...."⁴⁹.

(Il est pertinent de

mentionner qu'en Inde, la loi sur les soins de santé mentale de 2017 est entrée en vigueur le 7 juillet 2018. Les articles 18(1) et (2) lus avec 21(1)(a) de la loi de 2017 sur les soins de santé mentale prévoient le droit d'accès aux soins de santé mentale et l'égalité de traitement des personnes souffrant de maladies physiques et mentales sans discrimination, *entre autres, sur la base de la " sexualité ", de l'orientation sexuelle, de l'âge, de l'orientation sexuelle, de l'orientation sexuelle, de l'âge et de l'orientation sexuelle.*

l'orientation".

Cela donne lieu à une situation paradoxale puisque l'article 377 criminalise les personnes LGBT, ce qui les empêche d'accéder aux établissements de soins de santé, alors que la loi sur les soins de santé

mentale de 2017 prévoit un droit d'accès aux soins de santé mentale sans discrimination, même sur la base de l'"orientation sexuelle".

⁴⁹ *Supra* note 16, page 3

17. L'ARTICLE 377 VIOLE LE DROIT À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DES FEMMES.

PERSONNES LGBT

17.1. L'article 19, paragraphe 1, point a), garantit la liberté d'expression à tous les citoyens. Toutefois, des restrictions raisonnables peuvent être imposées à l'exercice de ce droit pour les motifs spécifiés à l'article 19, paragraphe 2.

Les personnes LGBT expriment leur orientation sexuelle de multiples façons. L'une d'entre elles consiste à s'engager dans des actes sexuels intimes tels que ceux interdits par l'article 377.⁵⁰ Par crainte d'être harcelées par les forces de l'ordre et poursuivies en justice, les personnes LGBT ont tendance à rester "dans le placard". Elles sont contraintes de ne pas divulguer un aspect essentiel de leur identité personnelle, à savoir leur orientation sexuelle, tant dans leur sphère personnelle que professionnelle, afin d'éviter les persécutions de la société et l'opprobre qui s'attache à l'homosexualité. Contrairement aux personnes hétérosexuelles, elles sont empêchées de nouer ouvertement et de nourrir des relations épanouissantes, ce qui restreint les droits à une

pleine identité et à une vie digne.

⁵⁰ *Lawrence et al. v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) ; et *National Coalition for Gay and Lesbian Equality & Anr. v. Minister of Justice & Ors*, [1998] ZACC 15

l'existence. Elle a également un impact sur leur bien-être mental.

17.2. Dans l'affaire *National Legal Services Authority v. Union of India & Ors.* (supra), cette Cour a noté que l'identité de genre est un aspect important de l'identité personnelle et qu'elle est inhérente à une personne. Elle a estimé que les personnes transgenres ont le droit d'exprimer leur identité sexuelle par la parole, les manières, le comportement, la présentation et l'habillement, *etc.*⁵¹.

La Cour a également noté que, tout comme l'identité de genre, l'orientation sexuelle fait partie intégrante de la personnalité et constitue un aspect fondamental de l'autodétermination, de la dignité et de la liberté.⁵² La proposition selon laquelle l'orientation sexuelle fait partie intégrante de la personnalité et de l'identité d'une personne a été confirmée par la Cour constitutionnelle dans l'affaire *K.S. Puttaswamy & Anr. v. Union of India & Ors.*⁵³

À cet égard, il est instructif de se référer à la décision de cette Cour dans l'affaire *S. Khushboo c. Kanniammal & Anr.*⁵⁴, dans laquelle l'observation suivante a été faite dans

l'affaire

⁵¹ (2014) 5 SCC 438, paragraphes 69-72.

⁵² (2014) 5 SCC 438, au paragraphe 22

⁵³ (2017) 10 SCC 1, aux paragraphes 144, 145, 647.

⁵⁴ (2010) 5 SCC 600

le contexte de l'expression "décence et moralité" telle qu'elle apparaît

à l'article 19, paragraphe 2 :

"45. Même si la liberté constitutionnelle de parole et d'expression n'est pas absolue et peut être soumise à des restrictions raisonnables pour des motifs tels que "la décence et la moralité", entre autres, nous devons insister sur la nécessité de tolérer les opinions impopulaires dans l'espace socioculturel. Les auteurs de notre Constitution ont reconnu l'importance de sauvegarder ce droit, car la libre circulation des opinions et des idées est essentielle pour soutenir la vie collective des citoyens. Si une citoyenneté informée est une condition préalable à une gouvernance significative au sens politique, nous devons également promouvoir une culture de dialogue ouvert lorsqu'il s'agit d'attitudes sociétales.

46...Les notions de moralité sociale sont intrinsèquement subjectives et le droit pénal ne peut être utilisé comme un moyen d'interférer indûment avec le domaine de l'autonomie personnelle. Moralité et criminalité ne sont pas coextensifs".

(souligné par l'auteur)

Par conséquent, l'article 377 ne peut être justifié en tant que restriction raisonnable au titre de l'article 19, paragraphe 2, sur la base de la moralité publique ou sociétale, puisqu'il est intrinsèquement subjectif.

18. SURESH KUMAR KOUSHAL REJETÉ

Les deux juges deux juges de cette Cour dans

l'affaire Suresh Kumar Koushal & Anr. v. Naz Foundation & Ors. (supra) a annulé la décision de la Cour dans *l'affaire Suresh Kumar Koushal & Anr. v. Naz Foundation & Ors.*

la décision de la Haute Cour de Delhi dans l'affaire *Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi & Ors.*⁵⁵ qui avait déclaré que l'article 377, dans la mesure où il criminalisait les actes sexuels consensuels d'adultes en privé, était contraire aux articles 14, 15 et 21 de la Constitution.

Les motifs pour lesquels le banc de deux juges de cette Cour a annulé l'arrêt rendu dans l'affaire *Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi & Ors* (supra) étaient les suivants :

- i. L'article 377 ne criminalise pas des personnes, des identités ou des orientations particulières. Il identifie simplement certains actes qui, s'ils étaient commis, constitueraient un délit. Une telle interdiction régit le comportement sexuel, indépendamment de l'identité et de l'orientation sexuelles.

Ceux qui se livrent à des rapports charnels dans le cours normal des choses et ceux qui se livrent à des rapports charnels contre l'ordre de la nature constituent des classes différentes. Les personnes appartenant à cette dernière catégorie ne peuvent pas prétendre que la section 377 souffre du vice de

l'arbitraire et de l'irrationnel.

⁵⁵ (2009) 111 DRJ 1 (DB)

classification. L'article 377 se contente de définir un délit particulier et d'en prescrire la sanction.

- ii. Les personnes LGBT constituent une "fraction minuscule" de la population du pays et il y a eu très peu de poursuites en vertu de cette section. Il n'aurait donc pas été possible d'en faire une base solide pour déclarer que l'article 377 est contraire aux articles 14, 15 et 15 de la Constitution.

21.

- iii. Il a été jugé que le simple fait que la section 377 de l'IPC ait été utilisée pour harceler, faire chanter et torturer des personnes appartenant à la communauté LGBT ne peut constituer un motif pour contester la validité de cette section.
- iv. Après avoir constaté que la section 377 était *intra vires*, cette Cour a observé que le législateur était libre d'abroger ou de modifier la section 377.

19. L'erreur dans l'arrêt *Suresh Kumar Koushal & Anr.*

v. *Naz Foundation & Ors.* (supra) est que :

- i. Le délit de "rapports charnels contre nature" n'a pas été défini dans la section

377. Il est trop large et trop ouvert, et il engloberait et criminaliserait même les actes sexuels d'adultes consentants en privé.

Dans ce contexte, il serait instructif de se référer à la décision d'un banc constitutionnel de cette Cour dans l'affaire *A.K. Roy v. Union of India*⁵⁶, dans laquelle il a été jugé que :

" 62. L'exigence selon laquelle les crimes doivent être définis avec une précision appropriée est considérée comme un concept fondamental du droit pénal et doit maintenant être considérée comme un thème omniprésent de notre Constitution depuis la décision rendue dans l'affaire Maneka Gandhi. Le principe sous-jacent est que toute personne a le droit d'être informée de ce que l'État ordonne ou interdit et que la vie et la liberté d'une personne ne peuvent être mises en péril par une ambiguïté. Toutefois, même dans le domaine du droit pénal, dont les procédures peuvent aboutir à la suppression de la vie elle-même, seul un degré raisonnable de certitude doit être accepté comme un fait. Ni le droit pénal ni la Constitution ne requièrent l'application de normes impossibles et, par conséquent, ce qui est attendu, c'est que le langage de la loi contienne un avertissement adéquat du comportement qui peut tomber dans le domaine interdit, lorsqu'il est mesuré par la compréhension commune...."

(souligné par l'auteur)

⁵⁶ (1982) 1 SCC 271

L'arrêt n'évoque pas la distinction entre des adultes consentants ayant des relations sexuelles et des actes sexuels sans la volonté ou le consentement de l'autre partie. Il convient d'établir une distinction entre les relations consensuelles entre adultes en privé, qu'elles soient de nature hétérosexuelle ou homosexuelle.

En outre, les relations consensuelles entre adultes ne peuvent être classées parmi les délits de bestialité, de sodomie et de relations non consensuelles.

L'orientation sexuelle est immuable, puisqu'il s'agit d'une caractéristique innée de l'identité d'une personne, et ne peut être modifiée à volonté. Le choix des personnes LGBT d'avoir des relations sexuelles intimes avec des personnes du même sexe est un exercice de leur choix personnel et une expression de leur autonomie et de leur autodétermination.

L'article 377 dans la mesure où il criminalise
les relations sexuelles volontaires entre
personnes LGBT du même sexe en privé,

les discrimine sur la base de leur "orientation sexuelle", ce qui constitue une violation de leurs droits fondamentaux garantis par les articles 14, 19 et 21 de la Constitution.

- ii. Le simple fait que les personnes LGBT constituent une "fraction minuscule" de la population du pays ne peut être un motif pour les priver de leurs droits fondamentaux garantis par la partie III de la Constitution. Même si les LGBT constituent une minorité sexuelle, les membres de la communauté LGBT sont des citoyens de ce pays qui ont également droit à l'application de leurs droits fondamentaux garantis par les articles 14, 15, 19 et 21.

Les droits fondamentaux sont garantis à tous les citoyens, qu'ils soient ou non une minorité numérique. Les démocraties modernes reposent sur le double principe de la règle de la majorité et de la protection des droits fondamentaux garantis par la partie III de la Constitution. Dans le cadre du système constitutionnel, si la

majorité est

Les minorités, comme tous les autres citoyens, sont protégées par les garanties solennelles des droits et des libertés de la partie III.

Le Comité J.S. Verma, à cet égard, dans le paragraphe 77 de son rapport (supra) déclare que :

"77. Nous devons nous rappeler que les pères fondateurs de notre Constitution n'ont jamais pensé que la Constitution était le 'miroir d'une discrimination sociale perverse'. Au contraire, elle promettait un miroir dans lequel l'égalité se refléterait avec éclat. Ainsi, toutes les identités sexuelles, y compris les minorités sexuelles et les communautés transgenres, ont le droit d'être totalement protégées. La Constitution permet un changement de croyances, une plus grande compréhension et constitue également un instrument garantissant les droits des minorités sexuellement méprisées.
"

(souligné par l'auteur)

- iii. Bien que l'article 377 soit neutre en apparence, il a été utilisé à mauvais escient en soumettant les membres de la communauté LGBT à une discrimination hostile, en les rendant vulnérables et en les faisant vivre dans la crainte d'une menace permanente de poursuites judiciaires en raison de leur orientation sexuelle.

La criminalisation des "*rappports charnels contre nature*" a pour effet de criminaliser l'ensemble des personnes LGBT.

étant donné que tout type de relation sexuelle dans le cas de ces personnes serait considéré comme contraire à "*l'ordre de la nature*", selon l'interprétation existante.

- iv. La conclusion dans l'affaire *Suresh Kumar Koushal & Anr. v. Naz Foundation & Ors.* (supra) d'attendre des amendements législatifs à cette disposition n'est peut-être pas nécessaire. Dès que la Cour est informée d'une violation des droits fondamentaux d'un citoyen ou d'un groupe de citoyens, elle ne restera pas un spectateur muet et n'attendra pas qu'un gouvernement majoritaire apporte un tel changement.

Étant donné le rôle de cette Cour en tant que sentinelle sur le *qui vive*, il est du devoir constitutionnel de cette Cour d'assurer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cour de d'examiner les dispositions de l'article l'article, et lire l'article de jusqu'à dans la mesure de son incompatibilité avec la Constitution. Dans le cas présent, la lecture de

l'article

377 est nécessaire pour exclure les relations
sexuelles consenties entre adultes, qu'il
s'agisse de les

Les dispositions de la loi sur l'égalité entre les femmes et les hommes, qu'il s'agisse de personnes du même sexe ou d'autres personnes, doivent être respectées en privé, de manière à éliminer l'imprécision de la disposition dans la mesure où elle est incompatible avec la partie III de la Constitution.

20. L'histoire doit s'excuser auprès des membres de cette communauté et de leurs familles pour avoir tardé à réparer l'ignominie et l'ostracisme dont ils ont souffert au cours des siècles. Les membres de cette communauté ont été contraints de vivre dans la crainte de représailles et de persécutions. Cette situation est due à l'ignorance de la majorité qui ne reconnaît pas que l'homosexualité est une condition tout à fait naturelle, qui fait partie de l'éventail de la sexualité humaine. L'application erronée de cette disposition les prive du droit fondamental à l'égalité garanti par l'article 14. Elle a porté atteinte au droit fondamental à la non-discrimination garanti par l'article 15, ainsi qu'au droit fondamental à vivre dans la dignité et le respect de la vie privée garanti par l'article

21. Les personnes LGBT méritent de vivre une vie libre de

toute contrainte.

l'ombre d'être des "criminels non appréhendés".

21. CONCLUSION

- i. Au vu des constatations susmentionnées, il est
déclaré que dans la mesure où l'article
l'article 377 criminalise

L'interdiction des actes sexuels consensuels entre adultes (c'est-à-dire des personnes âgées de plus de 18 ans et capables de consentir) en privé est contraire aux articles 14, 15, 19 et 21 de la Constitution.

Il est toutefois précisé que ce consentement doit être libre, c'est-à-dire totalement volontaire et dépourvu de toute contrainte ou coercition.

- ii. La déclaration de l'interprétation susmentionnée de l'article 377 n'entraînera toutefois pas la réouverture des poursuites engagées, mais pourra certainement être invoquée dans toutes les affaires en cours, que ce soit au stade du procès, de l'appel ou de la révision.
- iii. Les dispositions de l'article 377 continueront à régir les actes sexuels non consensuels à l'encontre d'adultes, tous les actes sexuels charnels à l'encontre de mineurs et les actes de bestialité.
- iv. L'arrêt *Suresh Kumar Koushal & Anr.*
- v. *Naz Foundation & Ors.*⁵⁷ est rejetée pour les raisons indiquées au point 19.

Il est répondu à la demande de renseignements en conséquence.

En vu de de ci-dessus

conclusions, les les requêtes écrites
sont accueillies.

..... J.
(Indu Malhotra)

**New Delhi ; 6
septembre 2018.**