

1/ L'orientation sexuelle comme catégorie protégée contre la discrimination

a/ L'orientation sexuelle comme catégorie protégée

Selon l'article 26 du PIDCP¹ :

« Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit, sans discrimination, à une protection égale de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et effective contre toute discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou autre, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

L'article 7 de la DUDH² dispose que :

« Tous sont égaux devant la loi et ont droit, sans distinction, à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination en violation de la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination. »

Enfin, l'article 2 de la CADHP³ énonce que :

« Tout individu a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente Charte sans distinction d'aucune sorte, telle que la race, le groupe ethnique, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale et sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

La CADHP a une portée particulièrement large. Les expressions « *ou toute autre situation* » et « *sans distinction d'aucune sorte* » démontrent que la liste des critères de protection n'est pas exhaustive et que de nouvelles catégories peuvent être reconnues.

La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, dans sa **Résolution 275**, a expressément interprété la Charte comme incluant l'orientation sexuelle parmi les motifs prohibés de discrimination.⁴

De même, le **Comité des droits de l'homme des Nations unies** a jugé que l'orientation sexuelle est comprise dans la notion de *sexe* visée à l'article 26 du PIDCP.⁵

D'autres juridictions régionales – la **Cour européenne des droits de l'homme**,⁶ la **Cour interaméricaine des droits de l'homme**⁷ et la **Cour suprême de l'Organisation des États**

¹ Pacte International des Droits Civils et Politiques

² Déclaration Universelle des Droits de l'Homme

³ Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples

⁴ Voir aussi ComADHP, Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe, Communication 245/02, (2006); ComADHP, Zimbabwe Lawyers for Human Rights & Associated Newspapers of Zimbabwe v Zimbabwe, Communication 284/2003, (2009)

⁵ UN Human Rights Committee, *Nicholas Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, 4 April 1994

⁶ European Court of Human Rights, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, 21 Dec. 1999, No. 33290/96, §28

⁷ Inter-American Commission on Human Rights, *Atala Riffo and Daughters v. Chile*, 24 Feb. 2012, §91

des Caraïbes orientales⁸ – ont également considéré que l’orientation sexuelle constitue une catégorie protégée, même lorsqu’elle n’est pas expressément mentionnée dans les instruments pertinents.

Ainsi, l’orientation sexuelle doit être reconnue comme une **catégorie protégée** au sens de la CADHP, de la DUDH et du PIDCP.

b/ Distinction juridique discriminatoire fondée sur l’orientation sexuelle

Selon la **Cour de justice de la CEDEAO**,⁹ interprétant la CADHP :

« Il y a discrimination lorsque des personnes placées dans des situations analogues sont traitées différemment sans justification objective et raisonnable. Toutefois, une différence de traitement n’est potentiellement discriminatoire que lorsqu’elle entraîne un traitement moins favorable de certaines personnes par rapport à d’autres dans une situation similaire. “Analogues” ne signifie pas “identiques en tout point”. Ce qui importe, eu égard à la nature du grief, c’est que le requérant se trouve dans une situation comparable à celle des personnes traitées plus favorablement. »¹⁰

De même, la **Commission interaméricaine des droits de l’homme**, dans sa décision *Gareth Henry et Simone Carline Edward c. Jamaïque* (2020), a jugé que la **criminalisation de l’homosexualité viole le principe de non-discrimination**.¹¹

Dans l’arrêt de la **Cour constitutionnelle sud-africaine** dépénalisant l’homosexualité, le juge Albie Sachs a déclaré :

« Il est important de commencer l’analyse en se demandant ce qui est réellement puni par les lois anti-sodomie. S’agit-il d’un acte ou d’une personne ? En dehors de tout contrôle réglementaire, un comportement qui s’écarte d’une norme socialement acceptée n’est généralement punissable que s’il est violent, malhonnête, traître ou s’il perturbe la paix publique ou cause un préjudice. Dans le cas de l’homosexualité masculine, la déviance perçue est punie simplement parce qu’elle est perçue comme déviante. »¹²

De même, dans l’arrêt de la **Cour suprême de Maurice** dépénalisant l’homosexualité, la Cour a jugé que :

⁸ Eastern Caribbean Supreme Court, *David & Women Against Rape Inc. v. The Attorney General of Antigua and Barbuda*, 5 July 2022, No. ANUHCv2021/0042, §75

⁹ Cour de Justice de la Communauté Economique des Etats d’Afrique de l’Ouest, dont le Sénégal est un Etat membre

¹⁰ ECOWAS Court of Justice, *Dame Fodi Mohamed v. State of Niger*, 24 June 2021, ECW/CCJ/JUD/19/21, §138–140, p. 32

¹¹ Inter-American Commission on Human Rights, *Gareth Henry and Simone Carline Edward v. Jamaica*, 31 Dec. 2020, Case 13.637, §60

¹² Constitutional Court of South Africa, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, 9 Oct. 1998, CCT 11/98, §108

« L'effet de la loi est d'accorder un traitement différent au requérant et à d'autres hommes homosexuels en raison de leur orientation sexuelle, en les soumettant à des restrictions sur l'expression de leur sexualité d'une manière naturelle pour eux, alors que les hommes hétérosexuels ne sont pas soumis à de telles restrictions. [...] Cette loi criminalise en réalité l'orientation sexuelle du requérant, qui constitue un attribut inné de son identité et sur lequel il n'a aucun contrôle. »¹³

En l'espèce, la législation sénégalaise dispose :

« Sans préjudice des peines plus graves prévues par les alinéas qui précèdent ou par les articles 320 et 321 du présent Code, sera puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 100 000 à 1 500 000 francs, quiconque aura commis un acte impudique ou contre nature avec un individu de son sexe. Si l'acte a été commis avec un mineur de 21 ans, le maximum de la peine sera toujours prononcé. »¹⁴

Ainsi, le droit sénégalais opère une distinction entre des situations analogues où des adultes consentants entretiennent des relations sexuelles en privé. Les couples hétérosexuels peuvent librement exprimer leur sexualité ; les couples homosexuels ne le peuvent pas, car la seule manière d'exprimer leur intimité est criminalisée. Il en résulte une **discrimination directe** fondée sur l'orientation sexuelle.

2/ Droit de ne pas être arbitrairement arrêté ou détenu

Article 6 de la CADHP :

« Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est pour des motifs et dans les conditions préalablement déterminés par la loi ; en particulier, nul ne peut être arbitrairement arrêté ou détenu. »

Article 9 de la DUDH :

« Nul ne sera arbitrairement arrêté, détenu ni exilé. »

Article 9(1) du PIDCP :

« Toute personne a droit à la liberté et à la sécurité. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi. »

Selon la **jurisprudence de la CEDEAO**, interprétant la CADHP, la détention fondée sur l'orientation sexuelle d'une personne doit être considérée comme **arbitraire** :

« La notion d'“arbitraire” ne se confond pas avec “contraire à la loi”, mais s'interprète de manière plus large pour inclure l'injustice, l'imprévisibilité, le déni de procédure régulière, et des éléments de raisonnable, de nécessité et de proportionnalité [...]. La privation de liberté

¹³ Supreme Court of Mauritius, *Ah Seek v. Mauritius*, 4 Oct. 2023, 2023 SCJ 399, p. 23

¹⁴ Article 319 du Code pénal, alinéa 3, issu de la loi 66-16 du 12 février 1966

est arbitraire lorsqu'elle viole le droit international en raison d'une discrimination fondée sur la naissance, l'origine, la langue, la religion, l'opinion, le sexe, **l'orientation sexuelle** ou tout autre statut. »¹⁵

La **Commission africaine des droits de l'homme et des peuples** a condamné les arrestations arbitraires et autres formes de persécution fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, réelles ou supposées.¹⁶

Cette position rejoint celle du **Groupe de travail des Nations unies sur la détention arbitraire**, qui reconnaît également que les arrestations fondées sur l'orientation sexuelle constituent des **détentions arbitraires et discriminatoires**.¹⁷

En conséquence, **l'arrestation et la détention de personnes poursuivies pour “infractions contre nature / homosexualité”** constituent une violation du **droit de ne pas être arbitrairement arrêté ni détenu**, car elles reposent sur un motif discriminatoire. Comme vu précédemment, on ne saurait distinguer entre l'acte et l'identité : criminaliser la seule manière d'exprimer son orientation sexuelle revient à **criminaliser l'homosexualité elle-même**.

¹⁵ ECOWAS Court of Justice, *Kodjo v. Côte d'Ivoire*, 26 April 2021, ECW/CCJ/JUD/09/21, pages 15-16

¹⁶ Resolution 275 of the African Commission on Human and Peoples' Rights on the Protection against Violence and other Human Rights Violations on the Basis of Real or Imputed Sexual Orientation or Gender Identity

¹⁷ Working Group on Arbitrary Detention, Opinion No. 7/2002 concerning Egypt (E/CN.4/2003/8/Add.1); Working Group on Arbitrary Detention, Opinion No. 22/2006 concerning Cameroon (A/HRC/4/40/Add.1), § 19; Working Group on Arbitrary Detention, Opinion No. 42/2008 concerning Egypt (A/HRC/13/30/Add.1), § 25; and Opinion No. 25/2009 concerning Egypt (A/HRC/16/47/Add.1). See also the Report of the Working Group on Arbitrary Detention (A/HRC/16/47), annex, § 8, e