Légalisation de l'homosexualité en Inde, illustration de l'activisme de la Cour Suprême indienne

Hana Rousse

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/4791>

DOI : 10.4000/revdh.4791

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Hana Rousse, « Légalisation de l'homosexualité en Inde, illustration de l'activisme de la Cour Suprême indienne », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 03 octobre 2018, consulté le 01 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/4791> ; DOI : 10.4000/revdh.4791

Ce document a été généré automatiquement le 1 mai 2019.

Tous droits réservés

Légalisation de l'homosexualité en Inde, illustration de l'activisme de la Cour Suprême indienne

Hana Rousse

- 1 Le 6 septembre 2018, la Cour Suprême indienne, dans une décision historique, a décriminalisé l'homosexualité en Inde. Plus d'une douzaine de demandeurs LGBT avaient déposé une plainte pour violation de leurs droits fondamentaux contre l'Etat indien, par un recours direct devant la Cour Suprême, comme le permet la Constitution indienne. L'article 377 du Code Pénal indien incriminait en effet les relations sexuelles « contre l'ordre de la nature », interprétées comme étant majoritairement des relations sexuelles entre hommes. Relevons que former un tel recours devant la Cour, et ainsi affirmer son homosexualité, aurait pu conduire à l'arrestation des requérants.
- 2 Alors que l'hindouisme, la première religion en Inde, est très libéral s'agissant de la sexualité, l'arrivée des Britanniques au XIXe siècle a conduit à une interdiction drastique des rapports homosexuels. C'est la colonisation britannique qui est à l'origine du Code Pénal indien et de l'article 377. Toutefois, celui-ci n'a jamais été modifié depuis. De ce fait, cette décriminalisation est le résultat d'une longue lutte, tant juridique que militante. En 2009, la Haute Cour de Dehli avait déjà jugé que l'interdiction des relations homosexuelles violait des droits fondamentaux prévus dans la Constitution. Néanmoins, suite à une plainte déposée par des groupes hindous, catholiques et musulmans, cette décision, qui n'était applicable que dans l'Etat de Dehli, a été annulée en 2013 par la Cour Suprême aux motifs que la part de personnes LGBT était tellement infime dans la population indienne que cela ne pouvait justifier l'abrogation de l'article 377 du Code pénal. C'est pourtant cette même Cour qui a reconnu, la même année, un droit à la protection de la vie privée, ce qui a été interprété par certains comme ayant ouvert la voie à la légalisation de l'homosexualité. C'est ce qu'elle a fait cinq ans plus tard dans le présent arrêt du 6 septembre 2018. Après avoir exposé les arguments des parties (I), seront examinés la part d'activisme de la Cour Suprême indienne et notamment son appui sur les jurisprudences étrangères pour justifier sa décision (II).

1. Les argumentaires des parties: droits fondamentaux *versus* moralité sociale

- 3 Les requérants, pour contester la criminalisation de l'homosexualité, se fondaient sur les droits fondamentaux garantis par la Constitution indienne, notamment la protection de la vie privée, la liberté, la dignité, l'égalité, ainsi que la liberté d'expression. L'article 21 de cette Constitution dispose en effet que « *personne ne saurait être privé de sa vie ou de sa liberté personnelle à l'exception de procédures prévues par la loi* ». Selon les requérants, de ce principe découlerait la possibilité de disposer de son corps de manière souveraine et autonome et, par conséquent, également, la protection de l'orientation sexuelle, qui serait un corollaire du principe de protection de l'identité sexuelle (§ 20). Les requérants s'appuient également sur l'article 19 selon lequel tout citoyen a droit à la liberté d'expression. L'interdiction de l'homosexualité violerait, selon eux, ces principes dans la mesure où elle aurait pour effet « d'estropier » les désirs ressentis par les personnes LGBT (§15). L'article 377 du Code Pénal indien aurait dès lors un effet dissuasif sur la jouissance des droits des personnes LGBT qui ne peuvent, sous aucune forme, exprimer leur identité et leur orientation sexuelle (§29). Enfin, les requérants s'appuient sur les articles 14 et 15 de la Constitution qui prohibent la discrimination et proclame le principe d'égalité devant la loi ainsi que le droit de toute personne à être protégée par la loi de manière égalitaire. La notion de l' « ordre de la nature » inscrite à l'article 377 du Code Pénal mettrait en cause ces principes dans la mesure où elle n'est définie nulle part dans le corpus législatif indien (§26). Les requérants avancent en outre que l'article 377 présenterait un caractère discriminatoire intrinsèque puisqu'il est fondé sur le sexe du partenaire (§28).
- 4 L'argumentation des requérants est également étayée par la mention d'arrêts rendus précédemment par la Cour Suprême. L'arrêt *K.S. Puttaswamy* (2017) avait ainsi affirmé la valeur constitutionnelle du droit à la protection de la vie privée inscrit à l'article 21 de la Constitution et admis que l'orientation sexuelle soit un « attribut essentiel » de la vie privée (§ 21). Cela a été confirmé dans les arrêts *Shakti Vahini v. Union of India and others* (2018) et *Shafin Jahan v. Asokan K.M.* (2018) quant à la possibilité de choisir son partenaire dans le cadre de mariages inter-religieux (§§ 22-23). Toutefois, bien que la Cour Suprême ait reconnu dans l'arrêt *NALSA* (2014) que les personnes transgenres soit d'un genre différent à la fois du masculin et du féminin, les activités sexuelles consenties de personnes transgenres sont restées incriminées par l'article 377 du Code Pénal. Dès lors, les requérants soutiennent que les droits des personnes LGBT ne peuvent être considérés entièrement protégés tant que leurs pratiques sexuelles sont encore criminalisées (§18). Enfin, ils se réfèrent à l'arrêt *Naz Foundation* (2009) prononcé par la Haute Cour de Delhi qui avait une première fois déclaré l'inconstitutionnalité de l'article 377 du Code Pénal sur le fondement d'une moralité constitutionnelle qui l'emporte sur la moralité sociale (§ 23). Toutefois, cet arrêt avait été annulé par la Cour Suprême.
- 5 L'Etat et des groupes religieux, en qualité de défendeurs, insistent au contraire sur la supériorité de la moralité sociale. Ils soutiennent que les droits fondamentaux ne sont pas absolus (§46). Ils pressent ainsi la Cour Suprême à prendre en compte les intérêts de la société dans son ensemble, et non ceux d'une infime partie de celle-ci. Ils attirent l'attention de la Cour sur la dangerosité de l'homosexualité quant aux risques de la propagation du VIH (§43) ainsi que ceux relatifs à la moralité publique qui ne devrait pas

être sous l'influence d'idéologies venant des pays occidentaux qui ne partageant pas la même culture ni les mêmes traditions. La Cour Suprême l'aurait confirmé dans des arrêts antérieurs (§§55-56). Enfin, quant à l'article 377 du Code Pénal en lui-même, les défenseurs soutiennent sa validité tout autant en ce qu'il concerne des actions sexuelles consenties que non consenties. De ce fait, si la Cour Suprême autorisait la légalisation des rapports homosexuels en distinguant entre les deux types de rapports, elle créerait des situations et des droits nouveaux qui ne sont pas présents dans la lettre de la loi (§46). Les défenseurs craignent en outre une potentielle diminution des droits des victimes de viol dans le cadre de l'article 377 ou encore une absence de dédommagement pour les femmes ayant un mari bisexuel engageant des activités sexuelles avec un homme (§48).

2./L'activisme de la Cour Suprême indienne : la protection de la moralité constitutionnelle

- 6 Depuis trente ans, la Cour Suprême indienne s'est distinguée par un véritable activisme judiciaire dans le domaine des droits fondamentaux, dans un pays profondément marqué par le poids de la moralité religieuse. Elle fait donc souvent face à des difficultés tenant à la nécessité de concilier son activisme avec le principe de neutralité envers les religions (voir J.L. Halpérin, *Portraits du Droit Indien*, A Droit Ouvert, Dalloz, 2011).
- 7 En l'espèce, cet activisme s'exprime tout d'abord par le fait que la Cour Suprême indienne, avant de fonder sa solution sur les droits fondamentaux, place sa décision sous l'égide de grands philosophes tels que Goethe, Stuart Mill, ou encore des écrivains comme Shakespeare.
- 8 Il s'exprime ensuite par la fundamentalité que la Cour confère à la quête de l'identité dont l'absence de reconnaissance violerait notamment la dignité, le droit à la protection de la vie privée et la liberté d'expression. La Cour Suprême rappelle ainsi le caractère constitutionnel de la protection de l'identité dans la lignée de l'arrêt *NALSA*. Selon elle, le concept de protection de l'identité inclut notamment un droit à l'autodétermination. La Cour revient également sur son annulation de l'arrêt précité *Naz Foundation* et affirme son attachement à la doctrine de réalisation progressive des droits, dont le corollaire est le principe de non-régression du niveau de garantie des droits énoncés par la Constitution.
- 9 La Cour Suprême rappelle par ailleurs que la Constitution indienne est un instrument vivant. A ce titre, ses dispositions peuvent s'adapter aux demandes et besoins changeants de la société afin de garantir les chances de chaque individu à un développement social, économique et politique. Cela est d'autant plus important lorsque les requérants proviennent de minorités qui ont été pendant longtemps privées de droits fondamentaux. La Cour s'appuie notamment sur le concept de « constitution transformative » selon lequel l'interprétation des énoncés constitutionnels ne se limite pas à la lettre de la constitution.
- 10 La Cour prend en outre appui sur la notion de moralité constitutionnelle, qu'elle oppose dans cette affaire à celle de moralité sociale. Avec la notion de moralité constitutionnelle, la Cour suprême entend préserver l'hétérogénéité de la société en évitant qu'une majorité puisse priver les minorités de leurs droits fondamentaux. Plus particulièrement, la Cour suprême réaffirme l'importance du droit de vivre avec dignité, qu'elle a reconnu dans des décisions antérieures. Dans le contexte de la légalisation de l'homosexualité, ce principe

est associé à l'expression de l'individualité de chaque personne, à la liberté d'expression et au droit de la protection de la vie privée.

- 11 On souligner aussi que la Cour fait référence à plusieurs juridictions étrangères pour étayer ses propos. Elle inclut dans son analyse une étude des décisions décriminalisant l'homosexualité notamment aux Etats-Unis, Canada, Afrique du Sud et Royaume-Uni. Elle prête aussi une attention particulière aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, en ce qui concerne notamment la lutte contre les discriminations ou encore la définition de la notion d'orientation sexuelle.
- 12 A la lumière de l'ensemble de ces éléments, la Cour Suprême affirme que l'engagement dans des relations sexuelles consenties mais sans objectif de procréation n'entraîne pas nécessairement la caractérisation d'actes « contre l'ordre de la nature ». Par conséquent, elle conclut que la criminalisation de l'homosexualité est arbitraire, discriminatoire et déraisonnable ; elle viole le droit à la protection de sa vie privée et de sa dignité. L'article 377 du Code Pénal indien est donc déclaré inconstitutionnel.
- 13 Cour Suprême Indienne, 6 septembre 2018, Navtej Singh Johar & Ors. versus Union of India thr. Secretary Ministry of Law and Justice

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

RÉSUMÉS

Le 6 septembre 2018, la Cour Suprême indienne a décriminalisé l'homosexualité en Inde. Alors que le Code Pénal indien incriminait les relations homosexuelles consenties, des militants LGBT ont déposé plainte auprès de la Cour Suprême pour violation de leurs droits fondamentaux. La Cour a fait primer la moralité constitutionnelle et les droits fondamentaux des demandeurs sur la moralité sociale, invoquée en défense par l'Etat indien.

AUTEUR

HANA ROUSSE

Etudiante du Master 2 French Law, Common Law, International and European Law.