

# De la régulation des choix de société par la promotion des droits fondamentaux. Les enseignements de la Cour constitutionnelle sud-africaine\*

Alexander ABOTSI\*\*

## Résumé

*La Cour constitutionnelle sud-africaine a été conçue au sortir de l'apartheid pour assurer la suprématie juridictionnelle de la Constitution et accompagner le processus de refondation de l'État et de la société. Ainsi, est-elle souvent appelée à intervenir dans les grands débats de société, et à faire des choix en lieu et place des institutions politiques élues. En partant des cas sur la peine de mort, les étrangers et les homosexuels, cet article démontre que la Cour, chaque fois qu'elle intervient dans le débat de société, fait primer les droits fondamentaux, quelle que soit la pression qui accompagne le sujet en cause. Ce faisant, le juge constitutionnel sud-africain se retrouve souvent en avance sur*

## Abstract

*The South African Constitutional Court was conceived, following the collapse of the apartheid regime, to guarantee the supremacy of the Constitution and to oversee the process of reconstruction of the State and the society. As a result, the Court is often called to decide disputes of high social controversy, and even to act in loco of elected political body. Whenever it intervenes and whatever pressure it might face, the Court consistently acts in such a way as to promote a culture of democracy and human rights. Illustrations are cases dealing with death penalty, foreign nationals and homosexuals. Whether the Court remains within the sphere of its jurisdiction is not as such an issue. In*

---

\* L'auteur tient à remercier le professeur José Woehrling (Faculté de droit de l'Université de Montréal) pour son commentaire critique d'une première version de cet article.

\*\* Diplômé de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence ; ancien élève de la *Wits University School of Law*, Johannesburg.

*le politique et la société sans craindre de voir sa légitimité contestée. Car il reste, dans sa politique de promotion des droits de la personne, fidèle à la volonté des pères fondateurs, lesquels lui ont assuré des pouvoirs élargis et atypiques, de sorte qu'il puisse être effectivement la véritable clé de voûte du système constitutionnel de la Nouvelle Afrique du Sud.*

*effect, it is beyond doubt that the Founding Fathers of the New South Africa, who erected the Constitution to the supreme law of the land and provided for an entrenched bill of Rights as the cornerstone of democracy, did vest the Court with wide and atypical power, so as to enable it to effectively act as the pillar of the post-apartheid system.*

## Plan de l'article

|                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Introduction</b> .....                                                                       | 371 |
| <b>I. Les principaux traits du système constitutionnel sud-africain</b> .....                   | 372 |
| A. Du respect des droits fondamentaux.....                                                      | 373 |
| B. De la suprématie constitutionnelle.....                                                      | 378 |
| C. Une cour constitutionnelle distincte des tribunaux ordinaires .....                          | 384 |
| 1. Les raisons de la création de la Cour constitutionnelle .....                                | 386 |
| a. Les considérations d'ordre politique.....                                                    | 386 |
| b. Les considérations d'ordre technique.....                                                    | 387 |
| 2. Les modalités du contrôle de constitutionnalité .....                                        | 389 |
| <b>II. La Cour constitutionnelle et la peine de mort</b> .....                                  | 394 |
| A. L'affaire <i>S. v. Makwanyane</i> : faits et procédure.....                                  | 395 |
| B. L'inconstitutionnalité de la peine de mort.....                                              | 396 |
| 1. Un verdict unanime .....                                                                     | 397 |
| 2. L'apport de la jurisprudence canadienne à la construction de l'arrêt <i>Makwanyane</i> ..... | 399 |
| C. La doctrine <i>ubuntu</i> au soutien de l'inconstitutionnalité de la peine de mort .....     | 407 |
| <b>III. Les étrangers : une jurisprudence humaniste</b> .....                                   | 409 |
| A. Aperçu de l'évolution de la condition sociale de l'étranger .....                            | 409 |

|                                                                                            |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| B. Le désaveu du minimalisme préjudiciel<br>des tribunaux ordinaires .....                 | 412        |
| C. Les étrangers sont bénéficiaires de la protection<br>de la Déclaration des droits ..... | 413        |
| 1. L'égalité est la règle, la discrimination<br>l'exception.....                           | 414        |
| 2. La protection de l'étranger en vertu de la dignité<br>humaine .....                     | 419        |
| <b>IV. Une jurisprudence protectrice des droits<br/>     des homosexuels .....</b>         | <b>421</b> |
| A. Une révolution culturelle .....                                                         | 423        |
| B. Aperçu de quelques jugements sur l'homosexualité .....                                  | 425        |
| <b>V. De la soumission de l'opinion<br/>     à la jurisprudence constitutionnelle.....</b> | <b>432</b> |
| <b>Conclusion .....</b>                                                                    | <b>435</b> |

À l'instar des cours constitutionnelles ou suprêmes des démocraties occidentales, la Cour constitutionnelle sud-africaine est souvent appelée à arbitrer des conflits politiques et à opérer des choix de société en lieu et place des institutions démocratiquement élues. Ainsi, en 1995, la Cour constitutionnelle<sup>1</sup> dut trancher la question du maintien ou non de la peine de mort dans le droit criminel sud-africain, une question tellement sensible que même le législateur démocratique n'a osé l'aborder. Par ailleurs, la controverse qui surgit de temps à autre sur l'immigration finit par s'inscrire au rôle du juge constitutionnel, lequel se voit obligé d'intervenir pour dépassionner le débat et rationaliser les choix politiques. Aussi, le sujet fort sensible de l'orientation sexuelle se retrouve souvent devant la Cour constitutionnelle. Et force est de constater que le juge constitutionnel saisit les occasions qui se présentent pour protéger les homosexuels. Le dernier cas en date fut la reconnaissance en 2005 du mariage homosexuel; et cette jurisprudence obligea le législateur démocratique à entériner ce choix de société.

Ces trois exemples ont été tirés au hasard d'une jurisprudence constitutionnelle abondante, complexe et variée. Mais nous pensons qu'ils sont assez illustratifs de la politique jurisprudentielle de la Cour, laquelle politique consiste à promouvoir les droits fondamentaux. En effet, chaque fois que la Cour intervient sur les sujets de société, elle privilégie les droits de la personne<sup>2</sup>, et ce, quelles que soient la pression et la controverse qui accompagnent la question disputée. Elle utilise ses fonctions de régulation et de pacification de la vie sociale pour faire en sorte que le respect des droits fondamentaux s'installe durablement dans le réflexe des gouvernants et puisse s'ancrer dans l'action étatique et dans la conscience collective des Sud-Africains.

En se montrant généreuse et disponible en matière de droits fondamentaux, la Cour reste en phase avec la volonté du constituant qui lui a mis le pied à l'étrier sur trois fronts. Premièrement,

---

<sup>1</sup> Quand nous disons « Cour constitutionnelle », « Cour sud-africaine » ou « Cour », nous parlons de la Cour constitutionnelle sud-africaine. Mais quand nous disons « juge constitutionnel », nous parlons, selon le contexte, soit de la Cour constitutionnelle sud-africaine, soit des tribunaux constitutionnels en général.

<sup>2</sup> Au sujet des droits humains, nous emploierons indistinctement et au prix d'une simplification le concept de « droits fondamentaux », utilisé en droit comparé, et celui de « droits de la personne », plus connu au Québec.

les rédacteurs de la Constitution sud-africaine<sup>3</sup> se sont exercés à tenir un langage clair et détaillé, se démarquant ainsi des formulations succinctes, vagues et abstraites qui caractérisent trop souvent les textes constitutionnels. Deuxièmement, le statut constitutionnel accordé aux droits fondamentaux y est affirmé sans ambages. En effet, à l'article 7 (1) de la Constitution, il est dit *expressis verbis* que la Déclaration des droits est « la pierre angulaire de la démocratie ». Troisièmement, la Constitution garantit au juge constitutionnel un champ de compétence large offrant à celui-ci les moyens d'être effectivement la clé de voûte de l'ordre constitutionnel.

Sans prétendre embrasser toutes les questions sociétales par lesquelles la Cour sud-africaine a fait triompher les droits fondamentaux, nous nous proposons d'illustrer sa politique jurisprudentielle par les trois exemples cités plus haut, à savoir la peine de mort, les étrangers et les homosexuels. Ce faisant, nous espérons amener les juristes d'expression française à la découverte du droit constitutionnel sud-africain, lequel est devenu un laboratoire de droit comparé sous l'impulsion de la Cour constitutionnelle. Dans cette veine, commençons notre propos par une brève présentation des principaux traits du système constitutionnel sud-africain.

## **I. Les principaux traits du système constitutionnel sud-africain**

La Constitution sud-africaine de 1996, à la suite de la Constitution intérimaire de 1993<sup>4</sup>, crée un système républicain démocratique qui repose notamment sur le principe de la suprématie constitutionnelle et le respect des droits fondamentaux. Pour en assurer l'effectivité, elle prévoit une cour constitutionnelle distincte et indépendante des tribunaux ordinaires<sup>5</sup>. Tandis que ceux-ci, sous l'autorité régu-

---

<sup>3</sup> *The Constitution of the Republic of South Africa, 1996*; ci-après la « Constitution sud-africaine », la « Constitution définitive », la « Constitution de 1996 », « la Constitution » ou en abrégé dans les notes de bas de page, « Const. 96 ».

<sup>4</sup> *The Constitution of the Republic of the South Africa, Act 200 of 1993*, ci-après la « Constitution intérimaire », la « Constitution de 1993 » ou abrégé en notes de bas de page « Const. 93 ». La Constitution intérimaire entra en vigueur le 27 avril 1994, le jour des premières élections démocratiques de l'histoire du pays. Elle disparut en raison de l'avènement de la Constitution de 1996.

<sup>5</sup> Par « tribunaux ordinaires » nous entendons l'ensemble des tribunaux, y compris la Cour suprême, mais à l'exception de la Cour constitutionnelle.

latrice de la Cour suprême d'appel, s'occupent du contentieux de droit ordinaire (droit civil, droit administratif, droit pénal, droit fiscal...), celle-là se charge du contrôle de constitutionnalité.

### A. Du respect des droits fondamentaux

En Afrique du Sud, l'inclusion des droits fondamentaux dans la Constitution est en soi une révolution. Le pays fut longtemps soumis à l'autoritarisme, et surtout à une idéologie obscurantiste et destructrice : l'apartheid.

Le mot « apartheid » est apparu pour la première fois dans le vocabulaire politique sud-africain dans les années 1930, à l'initiative du Dr. Daniel Malan<sup>6</sup>, alors député de l'opposition. Emprunté de l'afrikaans<sup>7</sup>, « apartheid » signifie littéralement « séparation ». Sur le plan politique, il représente l'idéologie qui, en Afrique du Sud, a fait de l'inégalité raciale un mode gouvernement et un code de vie.

*Grosso modo*, les thuriféraires de l'apartheid prétendent que les êtres humains se répartissent en races et que ces celles-ci sont inégales<sup>8</sup>. L'inégalité raciale étant l'ordre naturel des choses, la conséquence de cet évangile est que l'homme qui n'est pas blanc de peau, notamment le Noir, est biologiquement inférieur et nul ne saurait remettre en cause l'évidence de cette inégalité sans offenser Dieu. L'État se doit d'être l'incarnation, le garant et le promoteur de cette

---

<sup>6</sup> Daniel François Malan, descendant de migrants huguenots, pasteur de l'Église protestante réformée afrikaner, inventeur de l'apartheid, Premier ministre de 1948 à 1953. Voir : Georges LORY, *L'Afrique du Sud*, Paris, Karthala, 1998, p. 62 et suiv.

<sup>7</sup> L'afrikaans est une langue sud-africaine, parlée par les Afrikaners (la population blanche d'ascendance germano-hollandaise, ceux qu'on appelait autrefois « Boers ») et par les Métis. Ces derniers forment la catégorie de la population appelée *Coloureds*, laquelle comprend les descendants des liens entre les premiers colons européens et les autochtones ainsi que les descendants de migrants indonésiens et malais. Ils sont établis, principalement mais non exclusivement, dans la grande région du Cap.

<sup>8</sup> *Population and Registration Act 30 of 1950*. Cette loi attribue à chaque individu un groupe racial dès sa naissance et celui-ci devra vivre en fonction du groupe qui lui a été attribué. La loi définit la « hiérarchie » des races. Par ordre d'importance, elle distingue en premier lieu la race blanche, vient ensuite la race des Métis, suivie de celle des Indiens (Asiatiques), et enfin au bas de l'échelle se trouve la race noire.

inégalité raciale. Tout ce qui a trait à l'homme et à la société, est régi et déterminé en fonction de la couleur de peau des individus. Ainsi, les Blancs et les non-blancs doivent demeurer séparés en tout temps et en tout lieu<sup>9</sup>, suivant un schéma juridique et institutionnel qui exprime et favorise l'assujettissement permanent de ceux-ci par ceux-là<sup>10</sup>. La religion, dans laquelle l'apartheid prétend trouver ses fondements, doit y mettre du sien pour construire et pérenniser cette société dans laquelle le Blanc restera toujours le *baas* (le patron) et le Noir, son éternel serviteur. Ainsi, les trois églises afrikaners<sup>11</sup> se bousculent dans l'offre de leur catéchèse et de leur personnel qualifié au service du régime d'apartheid<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> *Group Areas Act 41 of 1950*. Cette loi détermine le lieu de résidence selon la couleur de peau de l'individu. Elle prône la ghettoisation urbaine des Noirs. Des cités africaines, telle Sophiatown, ont été rasées, en vertu de cette loi. S'y ajoute la *Separate Amenities Act 49 of 1953* qui régit l'accès ségrégué aux lieux publics. Notons également la *Suppression of Communism Act 44 of 1950* qui, sous prétexte d'interdire le communisme, criminalise toute opposition au gouvernement de l'apartheid. C'est sous le régime de cette loi que le pouvoir interdit le Congrès national africain. La *Bantu Education Act 47 of 1953* et la *Extension of University Act 45 of 1959* : ces deux lois contraignent les écoliers et étudiants noirs à suivre un système d'éducation ségrégué et de niveau très médiocre. Selon les thuriféraires de l'apartheid, l'école n'a d'utilité pour les Noirs que si elle les aide à servir l'homme blanc. Notons, par ailleurs, la *Prohibition of Mixed Marriages Act 55 of 1949*, qui interdit le mariage entre l'homme et la femme de couleur de peau différente, et la *Immorality Act 5 of 1927* (amendée en 1949), qui interdit les relations sexuelles entre personnes de couleur de peau différente.

<sup>10</sup> Richard SPITZ et Matthew CHASKALSON, *The Politics of Transition. A hidden history of South Africa's negotiated settlement*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 4 et suiv ; Roger OMOND, *The Apartheid Handbook*, London, Penguin UK, 1986, p. 9 et suiv.

<sup>11</sup> Les trois églises sont la *Nederduitse Gereformeerde Kerk (NGK)*, la *Nederduitsch Hervormde Kerk van Afrika* et la *Gereformeerde Kerk*.

<sup>12</sup> Ainsi, D.F. Malan était pasteur de l'une de ces églises. Pendant longtemps, l'Église NGK fut présidée par le pasteur Koot Vorster dont le frère John Balthazar fut ministre de la Justice puis Premier ministre (1966-1978). Le Dr Hendrik Frensch Voerwoerd (Premier ministre de 1958 à 1966), très enthousiaste et déterminé serviteur et architecte de l'apartheid, fut pasteur assistant avant de professer la psychologie à l'Université de Stellenbosch, le temple intellectuel du « national-christianisme » cher au NP. Voir notamment : Paul COQUEREL, *L'Afrique du Sud, l'histoire séparée*, Paris, Gallimard, 1992, p. 94 ; G. LORY, préc., note 6, p. 70.

La politique d'apartheid fut officialisée en 1948, au lendemain de la victoire électorale du Parti national afrikaner (NP)<sup>13</sup>. Elle ne prendra fin que dans les années 1990, à la suite d'un long dialogue national<sup>14</sup>, lequel dialogue a fait naître la Déclaration des droits.

Le respect des droits fondamentaux est inscrit dans le préambule de la Constitution sud-africaine. On le trouve également à l'article 1 énonçant les « valeurs fondatrices » de la République sud-africaine. Mais la principale source textuelle des droits fondamentaux reste le chapitre II de la Constitution portant « Déclaration des droits » (*Bill of Rights*).

---

<sup>13</sup> Le Parti national, plus connu sous son acronyme afrikaans *NP* pour *Nasionale Party*, fut fondé en 1912 par des nationalistes afrikaners, dont le général Barry Hertzog, héros de la guerre anglo-boer (1899-1902) et Premier ministre de 1924 à 1939. À l'origine, le Parti défend l'identité et les intérêts du peuple afrikaner tout en coopérant avec la minorité anglaise. Mais au lendemain de la deuxième guerre mondiale, les extrémistes du parti, qui ne cachaient pas leur admiration pour Hitler et leur aversion des Anglais, parviennent à neutraliser la fraction conservatrice proche du général Hertzog. Se disant des nationalistes « purifiés », ils prônent un nationalisme afrikaner exclusif et veulent instaurer un gouvernement fondé sur l'apartheid. Vainqueurs des élections censitaires de 1948, ils prennent le pouvoir et réunifient le parti. Ils mettent aussitôt en application leur politique d'apartheid. Le Parti national exercera la totalité des pouvoirs jusqu'en 1994. Battu aux élections démocratiques et non racistes d'avril 1994 (les premières de l'histoire), le NP enregistrera des résultats bien plus médiocres lors des deux scrutins démocratiques ultérieurs (1999 et 2004). Discrédité, le vieux parti afrikaner voit perdre l'essentiel de son électorat et de son élite. Même sa transformation en 1998 en un Nouveau Parti National (*New National Party*) ne suffira pas pour arrêter le naufrage. Le parti se saborde par une auto-dissolution en 2005. Sur l'histoire du NP, voir : William BEINART, *Twentieth-Century South Africa*, Oxford, Oxford University Press, 1994 ; Christi van der WESTHUIZEN, *White Power & the Rise and Fall of the National Party*, Cape Town, Zebra Press, 2007.

<sup>14</sup> Sur le processus de négociation politique et constitutionnelle, voir : Nelson MANDELA, *Un long chemin vers la liberté*, Paris, Fayard, 1995, p. 617 et suiv., Allister SPARKS, *Demain est un autre pays : histoire secrète de la révolution sud-africaine*, Paris, Éditions Ifrane, 1996 ; R. SPITZ et M. CHASKALSON, préc., note 10, p. 4 et suiv. ; G. LORY, préc., note 6, p. 79 et suiv.

Incorporée à la Constitution, la Déclaration des droits est une liste ouverte<sup>15</sup> de droits et libertés de toutes catégories<sup>16</sup>, droits et libertés liant toutes les branches du droit, y compris la common law<sup>17</sup>, opposables à l'État et à ses agents (article 8 (1)), applicables

<sup>15</sup> Il y a « liste ouverte » lorsque l'instrument qui prévoit les droits et libertés n'exclut pas la possibilité de reconnaître des droits et libertés autres que ceux qui y sont inscrits. Ainsi, l'article 39 (3) de la Constitution sud-africaine dispose : « La Déclaration des droits ne nie pas l'existence de tout autre droit, de toute autre liberté reconnus ou conférés par la common law, le droit coutumier, la loi, sous réserve de conformité à la Déclaration ». Dans la même veine, notons l'article 50 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, (ci-après : « Charte québécoise ») qui dispose : « La Charte doit être interprétée de manière à ne pas supprimer ou restreindre la jouissance ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne qui n'y est pas inscrit ».

<sup>16</sup> La Constitution sud-africaine dresse la liste des droits et libertés sans faire de gradation. Elle les place sur un pied d'égalité et la jurisprudence constante va dans le même sens : *The Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom*, 2000 (11) BCLR 1169 (CC), 2001 (1) SA 46 (CC), par. 21-23, ci-après *Grootboom* : Sous la plume du juge Yacoob, la Cour a jugé, à l'**unanimité** de ses membres, que les droits socioéconomiques inscrits dans la Constitution sont justiciables, c'est-à-dire qu'ils peuvent être mis en œuvre devant les tribunaux, d'autant plus que leur effectivité est la condition même de l'effectivité des droits et libertés classiques. La Cour vient de réitérer **unanimentement** cette jurisprudence dans l'affaire *Occupiers of 51 Olivia Road Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v. City of Johannesburg*, Case CTT 243/07, affaire jugée le 19 février 2008, ci-après *51 Olivia Road*.

<sup>17</sup> Dans l'affaire *De Klerk v. Du Plessis*, 1996 (3) SA 850 (CC), la Cour sud-africaine, s'appuyant notamment sur la jurisprudence canadienne *Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.*, (1987) 33 D.L.R. (4th) 174, a jugé que la Constitution ne s'appliquait pas directement à la règle de common law lorsque cette dernière régit les rapports de droit privé. Elle a limité l'application directe de la Constitution aux seules règles de common law régissant les rapports de droit public. Remarquons que c'est une Cour divisée qui rendit la décision *Du Plessis* : le juge Kriegler rédigea un jugement dissident, auquel ont adhéré les juges Ackermann et Didcott (par. 113-150). Selon cette dissidence, la Constitution s'applique à tout le droit et point n'est besoin de distinguer entre la common law selon qu'elle régit le droit privé ou le droit public. Le juge Madala (par. 151-166) rédigea également un jugement dissident, notamment pour reprocher à la majorité d'avoir été influencée par le droit étranger, en l'occurrence le droit canadien, au détriment des réalités sud-africaines, de l'histoire sud-africaine et de l'esprit de la Constitution sud-africaine. La décision majoritaire fut rédigée par le juge Kentridge, avec l'appui des juges Chaskalson, Langa, Mahomed, Mokgoro, O'Regan et Sachs. Mais au sein même de cette majorité, les voix étaient nuancées. Par exemple, le juge Mahomed (par. 76-78) était en partie d'accord avec les arguments des deux dissidences. La jurisprudence *De Klerk v. Du Plessis* sera revue à l'occasion de l'affaire *Khumalo v. Holomisa* 2002 (5) SA 401(CC). En effet, dans un jugement **unanime**, la juge Kate

sous certaines conditions aux relations de droit privé (article 8 (2, 3 et 4)), justiciables (articles 38 et 39), limitables (article 36) et dérogeables (article 37). Notons également que la Déclaration sud-africaine des droits est enchâssée : ses dispositions ne peuvent être modifiées que selon la procédure contraignante et complexe de l'article 74(2) qui prévoit une majorité de deux tiers des membres de l'Assemblée nationale et l'aval d'au moins six des neuf provinces du pays, provinces dont les délégués forment la deuxième chambre du Parlement. La procédure d'amendement de la Déclaration des droits est d'autant plus contraignante qu'elle s'opère sous le contrôle du juge constitutionnel<sup>18</sup>.

Pierre angulaire de la démocratie (*supra*), pilier central de la Constitution où elle est enchâssée, la Déclaration des droits bénéficie de la primauté normative en vertu de l'affirmation expresse du principe de la suprématie constitutionnelle.

---

O'Regan dit que la Constitution s'applique horizontalement. Même si *Khumalo v. Holomisa* n'a pas clairement fait disparaître la distinction entre la common law appliquée aux rapports de droit public et la common law appliquée aux rapports de droit privé, il est désormais clair que la common law doit interioriser la Constitution, sous peine d'invalidité. En toute hypothèse, la common law ne peut plus, comme le fait remarquer si bien le professeur Xavier Philippe, évoluer en autarcie. Voir Xavier PHILIPPE, « Afrique du Sud : Actualité constitutionnelle », RFDC 2002.49.222.

<sup>18</sup> Dans *United Democratic Movement v. President of the Republic of South Africa* (N° 2), 2003 (1) SA 495 (CC), par. 26, la Cour constitutionnelle juge que son rôle est de s'assurer que la procédure de modification constitutionnelle a été respectée ou non par la loi d'amendement constitutionnel. Ce faisant, la Cour semble privilégier la retenue judiciaire en se contentant d'un contrôle minimum lorsqu'il s'agit d'amendement constitutionnel. Mais dans la même décision, elle n'exclut pas sa compétence dans l'hypothèse où l'amendement tendrait à modifier les principes substantiels de la Constitution. Par exemple, un amendement qui tendrait à saper le système de démocratie pluraliste ne passera pas le test. Dans ce cas, la politique ne sera pas la retenue. En définitive, la Cour ne s'enferme pas ; elle se laisse une marge. L'étendue de son contrôle sera fonction du contenu de l'amendement constitutionnel. Ainsi, dans *Premier of KwaZulu-Natal v. President of the Republic of South Africa*, 1996 (1) SA 769 (CC), par. 49, le juge en chef Ismail Mahomed (alors membre de la Cour) déclarait dans un *obiter dictum* : « Un prétendu amendement constitutionnel qui aurait été fait selon la procédure prescrite, mais qui tendrait à restructurer ou à réorganiser radicalement et fondamentalement les principes fondamentaux de la Constitution ne saurait être qualifié d'amendement ». Voir : Iain CURRIE et Johan DE WAAL, *The Bill of Rights Handbook*, 5th Edition, Cape Town, Juta, 2005, p. 452 et suiv.

## B. De la suprématie constitutionnelle

Comme le Canada, l'Afrique du Sud, ancienne colonie britannique, avait hérité de Londres la tradition juridique de common law ainsi que le principe de gouvernement fondé sur la suprématie parlementaire. Or, le Parlement n'est pas infaillible et le Canada, depuis 1982, a rompu avec le principe de la souveraineté parlementaire<sup>19</sup>.

Dans le cas particulier de l'Afrique du Sud, l'histoire a exécrablement démontré que le Parlement pouvait nuire. Obsédé par l'idéologie obscurantiste et destructrice de l'apartheid, le Parlement sud-africain, qui plus est non représentatif de la population, donna licence à la politique de terreur et de haine menée par le gouvernement. Ce dernier pouvait s'appuyer sur un gigantesque arsenal législatif immunisé de tout contrôle judiciaire en vertu de la règle de la suprématie parlementaire, laquelle interdisait au juge de sanctionner le législateur. C'est pourquoi, dans les années 1990, au sortir de l'apartheid, l'idée d'une constitution ayant primauté sur tous les organes étatiques, y compris le Parlement démocratique, et sur toute autre règle de droit avait rapidement emporté l'adhésion des promoteurs du nouvel ordre constitutionnel.

Ainsi, le principe de la suprématie constitutionnelle est affirmé sans ambages dans le préambule de la Constitution et dans différents articles de celle-ci : l'article 1 portant « valeurs fondatrices », l'article 7 (1) traitant du statut de la Déclaration des droits, les articles 165 et suivants portant « Autorité judiciaire » de la République. Mais la principale disposition portant sur ce sujet reste sans doute l'article 2 de la Constitution ainsi libellé : « La présente Constitution est la loi suprême de la République ; toute loi, toute conduite non conforme à elle, est invalide, et les obligations qu'elle impose doivent être respectées ».

---

<sup>19</sup> L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.) consacre en termes clairs la suprématie constitutionnelle. De plus, le Canada est doté depuis 1982 d'une *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)]. Cette Charte est enchâssée dans la Constitution et opposable au Parlement fédéral et aux législatures provinciales ; voir : José WOEHLING, « Protection des droits de l'homme et contrôle de constitutionnalité au Canada », (2001) 12 *Revue hellénique des droits de l'homme* 943 ; Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les Constitutions du Canada et du Québec. Du régime français à nos jours*, Montréal, Éditions Thémis, 1992.

Il est donc clair que l'ordre juridique et politique sud-africain, à l'instar du système canadien<sup>20</sup>, place la Constitution au-dessus de l'édifice constitutionnel et met formellement fin au principe de la suprématie parlementaire. De même, en vertu du texte précité, toute règle de droit procède de la Constitution. Celle-là doit être conforme à celle-ci, sous peine d'invalidité, et c'est ce que nous enseigne la décision *Pharmaceutical Manufacturers*<sup>21</sup>, dans laquelle le juge en chef Arthur Chaskalson déclare :

« La common law n'est pas un corpus juridique distinct de la Constitution. Il n'y a pas deux systèmes juridiques [...] Il y a un seul système juridique chapeauté par la Constitution qui est la loi suprême. Toute loi, y compris la common law, tire sa force de la Constitution, et elle est soumise au contrôle de constitutionnalité. »<sup>22</sup>

De l'avis unanime de la Cour<sup>23</sup>, le principe de la suprématie constitutionnelle fait que toute question portant sur la légalité d'un acte ou d'une conduite devient une question constitutionnelle. Autrement dit, la légalité découle de la constitutionnalité. C'est dire, en définitive, pour reprendre cette formule du doyen Favoreu, que « la constitutionnalité supplante la légalité »<sup>24</sup>.

Avant l'affaire *Pharmaceutical Manufacturers* de la Cour constitutionnelle, la Cour suprême d'appel avait jugé dans l'affaire *De Lille*<sup>25</sup> que le principe de la suprématie constitutionnelle était opposable à la puissance publique, que celle-ci soit administrative, exécutive, législative ou judiciaire. À notre sens, l'affaire *De Lille* est assez édifiante pour comprendre la démocratie sud-africaine et le rôle assigné au contrôle de constitutionnalité dans ce pays. Attardons-nous donc un peu sur cette affaire.

<sup>20</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, article 52(1). Voir aussi : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

<sup>21</sup> *Pharmaceutical Manufacturers Association of South Africa : In re : ex parte President of the Republic of South Africa* 2000 (2) SA 676 (CC), par. 44 ; ci-après *Pharmaceutical Manufacturers*.

<sup>22</sup> *Id.*, 44.

<sup>23</sup> *Id.*, 50.

<sup>24</sup> Louis FAVOREU, Patrick GAIA, Jean-Louis MESTRE, Otto PFERSMANN, André ROUX et Guy SCOFFONI, *Droit Constitutionnel*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2006, n° 491, p. 332.

<sup>25</sup> *Speaker of the National Assembly v. De Lille*, 1999 (4) SA 863 (SCA), ci-après *De Lille*.

Madame Patricia De Lille, chef du parti des Démocrates indépendants<sup>26</sup>, est actuellement l'une des grandes voix de l'opposition parlementaire sud-africaine. En octobre 1997, au cours d'un débat à l'Assemblée nationale, elle accusa nommément et sans preuve des députés membres du Congrès national africain (ANC)<sup>27</sup>, le parti majoritaire, d'avoir joué les agents doubles au service du régime d'apartheid. De telles allégations graves et gratuites soulevèrent un tollé au sein de la Chambre et du milieu politique. Sur ordre du président de l'Assemblée, la députée De Lille retira sur le champ et sans condition ses propos accusatoires et diffamants. On croyait ainsi clos l'incident, mais c'était sans compter la détermination vindicative de l'ANC. En effet, malgré les excuses de la députée, l'ANC décida de se venger. Il fit alors usage de l'arme redoutable que constitue l'écrasante majorité dont il dispose à la Chambre pour voter la

<sup>26</sup> *Independent Democrats*, plus connu sous son acronyme *ID*.

<sup>27</sup> Fondé en janvier 1912, le Congrès national africain, plus connu sous son acronyme anglais *ANC* pour *African National Congress*, est peut-être le plus vieux parti politique encore en activité de toute l'Afrique subsaharienne. Il fut créé au lendemain de la Convention de 1909 qui jeta les bases de l'Afrique du Sud moderne avec la création de l'Union sud-africaine en 1910. Mais cette Convention avait en elle une sorte de péché originel : elle s'était contentée d'un partage du pouvoir entre colons afrikaners et colons britanniques, hier ennemis, désormais alliés. Elle avait exclu et ignoré les Noirs, pourtant majoritaires et autochtones. Londres et l'établissement anglo-boer restèrent sourds aux doléances, pétitions et sollicitations de tout genre formulées par les Noirs. Face à cet échec, ceux-ci décidèrent de mieux s'organiser en se rassemblant dans une organisation nationale représentative, capable de porter et de défendre leurs aspirations. C'est ainsi que l'ANC est né d'abord sous le nom de « Congrès national des indigènes sud-africains », puis depuis 1923, sous le nom de Congrès national africain. Ses membres viennent de toutes les composantes ethniques et raciales. Sous l'apartheid, l'ANC devint le principal pilier de la résistance. Aux premières élections démocratiques de 1994, il sortit largement vainqueur, ce qui permit à son chef, le très charismatique Nelson Mandela, de devenir le premier président noir et le premier président démocratiquement élu de l'histoire sud-africaine. L'ANC remporta par la suite les deux élections démocratiques de 1999 et de 2004 sous la présidence de Thabo Mbeki. Le parti, actuellement dirigé par Jacob Zuma, vient de confirmer son emprise sur l'échiquier politique en remportant les élections d'avril 2009 : 66% des sièges pour 264 élus aux élections d'avril 2009. À ce sujet, voir le site du Parlement sud-africain : <[http://www.parliament.gov.za/live/content.php?Item\\_ID=324](http://www.parliament.gov.za/live/content.php?Item_ID=324)> ; et le site de la Commission électorale indépendante : <[http://www.elections.org.za/news\\_get.asp?NewsID=421](http://www.elections.org.za/news_get.asp?NewsID=421)> (consulté le 8 juin 2009). Sur l'ANC, voir entre autres : Nelson MANDELA, préc., note 14 ; Francis MÉLI, *Histoire de l'ANC (African National Congress)*, Paris, L'Harmattan, 1994 ; Thierry VIRCOULON, *L'Afrique du Sud ou la réinvention d'une nation*, Paris, L'Harmattan, 2004.

suspension de la députée De Lille. Celle-ci saisit alors la Cour supérieure du Cap contre cette sanction disciplinaire qu'elle estimait arbitraire et inconstitutionnelle. Elle eut gain de cause. Mais le « Congrès »<sup>28</sup> en appela de ce jugement devant la Cour suprême. C'est cette dernière qui rendit le jugement final que nous présentons<sup>29</sup>. Les questions en litige portaient sur deux dispositions constitutionnelles, à savoir l'article 57 (immunités parlementaires, maîtrise par le Parlement de son règle intérieur) et l'article 58 (liberté de parole des députés).

Le juge en chef Ismail Mahomed, auparavant membre de la Cour constitutionnelle<sup>30</sup>, venait de prendre la tête de la Cour suprême.

<sup>28</sup> Le « Congrès » est une autre appellation courante du **Congrès** national africain.

<sup>29</sup> On le verra plus loin, en matière constitutionnelle, le dernier mot juridique revient, **non pas à la Cour suprême, mais à la Cour constitutionnelle**. Ainsi, les décisions constitutionnelles rendues par les tribunaux ordinaires, y compris la Cour suprême, peuvent être attaquées par voie d'appel et de cassation devant la Cour constitutionnelle. Si le jugement constitutionnel que le justiciable cherche à attaquer vient de la Cour supérieure, il peut, selon les cas, interjeter directement son appel devant la Cour constitutionnelle sans passer par la Cour suprême. Le justiciable peut aussi passer par cette dernière avant d'arriver au juge constitutionnel. Par exemple, le justiciable pourra opter pour l'appel direct (de la Cour supérieure à la Cour constitutionnelle) si l'affaire ne soulève que des questions constitutionnelles. En revanche, si l'affaire soulève à la fois des questions constitutionnelles et des questions de droit ordinaire (common law, légalité), il est de l'intérêt du justiciable de faire appel dans un premier temps à la Cour suprême. Celle-ci tranchera en dernière instance le litige de droit ordinaire. Elle tranchera également le litige de droit constitutionnel, si celui-ci entre dans le domaine partagé, mais ce ne sera pas en dernière instance. Le justiciable pourra l'attaquer, dans un deuxième temps, en appel devant la Cour constitutionnelle, qui se prononcera en dernière instance. Toutefois, n'oublions pas que la Cour constitutionnelle ne connaît que de questions constitutionnelles et que la Cour suprême n'est juge suprême que pour les litiges de droit ordinaire. Ajoutons également, sans prétendre épuiser les hypothèses sur ce sujet, que le justiciable dont l'affaire ne soulève que des questions constitutionnelles peut passer par la Cour supérieure, puis la Cour suprême, et enfin la Cour constitutionnelle. C'est la procédure linéaire normale en trois instances. Dans l'affaire *De Lille*, les parties sont d'abord allées devant la Cour supérieure (première instance), puis en appel devant la Cour suprême, et l'on s'est arrêté là. Mais l'appelant débouté aurait pu demander à aller devant la Cour constitutionnelle. En l'espèce, l'ANC n'a pas osé le faire. Sans doute, savait-il qu'il n'avait aucune chance de l'emporter. Sur le contentieux constitutionnel sud-africain, voir : I. CURRIE et J. DE WAAL, préc., note 18, p. 98 et suiv.

<sup>30</sup> Dans le système judiciaire sud-africain, le titre et la fonction de juge en chef (abrégé *CJ* en anglais pour *Chief Justice*) sont uniques, en ce que seule une personne peut détenir ce titre et exercer cette fonction. Ainsi, il n'y a qu'un juge en

C'est lui qui rédigea la décision *De Lille* avec le soutien unanime de ses collègues. D'abord, le juge en chef Mahomed trouve que la maîtrise par le Parlement de son règlement et de ses affaires internes ne lui donne pas pour autant le pouvoir de suspendre un membre, *a fortiori* lorsque la suspension n'obéit qu'à une logique de vengeance<sup>31</sup>. De même, le pouvoir du Parlement de légiférer sur les immunités et privilèges parlementaires ne lui confère pas le pouvoir de limiter injustement la liberté de parole de ses membres<sup>32</sup>. Selon le juge en chef, le Parlement doit, au contraire, utiliser son pouvoir pour promouvoir la liberté de parole de ses membres. Et si le Parlement a le pouvoir de définir les sanctions applicables à ses membres lorsque ceux-ci enfreignent les règles internes et commettent outrage à la Chambre, il ne peut utiliser ce pouvoir qu'aux fins de discipliner l'activité législative et d'aider au bon fonctionnement de la Chambre<sup>33</sup>. Mais en aucun cas, le Parlement ne peut utiliser ce pouvoir pour se venger contre un membre dont le seul tort aurait

---

chef. Avant novembre 2001, le président de la Cour suprême d'appel était d'office le juge en chef de la République. Les juges placés à la tête des autres cours, y compris la Cour constitutionnelle, étaient dénommés « présidents » et assistés, chacun, d'un vice-président. En 1998, le juge Ismail Mahomed (alors vice-président de la Cour constitutionnelle) fut nommé à la tête de la Cour suprême et devint juge en chef (le premier magistrat non blanc à occuper une telle fonction). À la suite de son décès en juin 2000, le Parlement vota un amendement constitutionnel pour attribuer le titre et la fonction de juge en chef au président de la Cour constitutionnelle (*The Constitution of the Republic of South Africa Amendment Act 34 of 2001*). Cette réforme correspondait à la logique, car la Cour constitutionnelle, en tant que juge de la Constitution, est statutairement au-dessus de la Cour suprême, juge de la loi. Par cette réforme, le constituant dérivé entendait dire qu'il n'y avait pas deux systèmes, mais un système juridique soumis à la Constitution qui est la loi suprême de la République. Ainsi, le président de la Cour constitutionnelle Arthur Chaskalson devint juge en chef. Il occupa ce poste jusqu'à sa retraite en mai 2005. Les autres membres de la Cour constitutionnelle portent l'appellation de *Justice*. Notons que depuis cette réforme, le président de la Cour suprême est dénommé « président » (abrégié *P*) ; il est assisté d'un vice-président (abrégié *DP* en anglais pour *Deputy President*). Les autres membres de la Cour suprême sont dénommés « juges d'appel » (abrégié *JA* en anglais pour *Judges of Appeal*). Quant à la Cour supérieure, elle à sa tête un « juge président » (abrégié *JP* en anglais pour *Judge President*), assisté d'un ou de plusieurs vice-présidents (*DJP*, pour *Deputy Judge President*). Notons que les juges à la tête des cours ayant le même rang que la Cour supérieure portent les mêmes titres que ceux de celle-ci. Les membres de ces cours portent le titre de *Judge*.

<sup>31</sup> *De Lille*, préc., note 25, par. 16 et 17.

<sup>32</sup> *Id.*, par. 16 et 29.

<sup>33</sup> *Id.*, par. 12 et 16.

été d'avoir fait des allégations, fussent-elles fausses et injustifiées, contre le parti majoritaire<sup>34</sup>. Et le juge en chef Mahomed de déclarer :

« Aucun Parlement, même de bonne foi, aucun élu aussi éminent soit-il, aucun président, aussi formidable que soit sa réputation, quelque élevé que soit son niveau d'instruction, aucun fonctionnaire aussi compétent et sensé soit-il, personne ne peut faire une loi, prendre un acte qui soit hors de la sanction constitutionnelle [...] Aucun parlement, aucun fonctionnaire, aucune institution n'est immunisée contre le contrôle juridictionnel. »<sup>35</sup>

Le principe de la suprématie constitutionnelle est un fondement du contrôle judiciaire des actes étatiques. En effet, le juge en chef Mahomed estime qu'en vertu de ce principe, le contrôle judiciaire doit protéger le citoyen lorsqu'il est victime de l'exercice d'un pouvoir non autorisé par la Constitution. Dans l'affaire *De Lille*, la Cour suprême sanctionne le Parlement pour détournement de pouvoir, c'est-à-dire une mise en œuvre par le Parlement de ses pouvoirs à des fins autres que celles pour lesquelles ils lui ont été confiés par la Constitution.

L'affaire *De Lille* met en lumière le rôle politique des tribunaux dans la nouvelle Afrique du Sud. Les querelles politiques finissent devant le prétoire du juge et il s'ensuit un phénomène : la « judiciarisation » de la vie politique et institutionnelle, marquée d'une part par la soumission du politique au droit<sup>36</sup> (ce qui se traduit notamment par l'utilisation de l'argumentation juridique à l'appui du débat politique), et de l'autre par la généralisation des recours au juge pour trancher les conflits qui opposent le personnel politique et ceux qui opposent gouvernants et gouvernés. Ce phénomène n'est pourtant pas propre au système sud-africain. Il est observable, notamment au Canada, où, comme l'explique le professeur José Woehrling, le contrôle de constitutionnalité exercé par l'ensemble des tribunaux sous l'autorité régulatrice de la Cour suprême influe énormément sur le fonctionnement de la démocratie canadienne<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> *Id.*, par. 25.

<sup>35</sup> *Id.*, par. 14.

<sup>36</sup> Et par le terme « droit », il faut entendre principalement, le droit constitutionnel, et surtout le droit constitutionnel jurisprudentiel.

<sup>37</sup> José WOEHRLING, « Protection des droits de l'homme et contrôle de constitutionnalité au Canada », préc., note 19, 1022 et suiv.

Pour terminer, notons que dans l'affaire *De Lille*, ce n'est pas le Parlement en tant que tel qui a été sanctionné par le juge, mais c'est l'ANC, le puissant parti majoritaire, qui a été sanctionné. Certes, ce parti dispose d'une majorité absolue<sup>38</sup> et exerce le pouvoir à tous les niveaux (national, provincial, et municipal), mais le juge lui rappelle qu'il n'est pas au-dessus de la Constitution et que sa majorité ne doit ni écraser ni opprimer<sup>39</sup>.

### C. Une cour constitutionnelle distincte des tribunaux ordinaires

Dans le système sud-africain, l'organisation judiciaire est définie, non par le législateur (loi), mais par le constituant lui-même (la Constitution)<sup>40</sup>. La principale caractéristique du système est la cohabitation entre la Cour constitutionnelle et les tribunaux ordinaires. Ces derniers se subdivisent en deux catégories de juridictions, à savoir les juridictions ordinaires supérieures et les juridictions ordinaires inférieures. Entrent dans la première catégorie, la Cour suprême d'appel<sup>41</sup>, la Cour supérieure et les tribunaux de rang identique à la Cour supérieure<sup>42</sup>. La deuxième catégorie (juridictions inférieures) comprend les *Magistrates' Courts*<sup>43</sup>, les tribunaux correctionnels (*Regional Courts*), les tribunaux de droit coutumier africain<sup>44</sup> (*Courts of headmen*) et les tribunaux de petites créances (*Small Claims' Courts*).

Notons que la Cour supérieure est la clé de voûte du système judiciaire ordinaire. C'est un tribunal de droit commun, c'est-à-dire qu'il connaît de toutes les matières, à l'exception de celles que le

---

<sup>38</sup> Voir note 27.

<sup>39</sup> Il faut cependant bien reconnaître que, malgré sa prépondérance et son assise populaire, l'ANC se soumet de lui-même au droit et à l'autorité des tribunaux en général et du juge constitutionnel en particulier. Il en va ainsi même dans les cas où le verdict ne lui est pas favorable (exemple : *De Lille*, préc., note 25). D'ailleurs, la majorité ANC elle-même a fréquemment recours aux tribunaux pour tenter de renforcer la légitimité de son action. Tout ceci est un facteur rassurant pour la vitalité de la démocratie sud-africaine.

<sup>40</sup> Const. 96, art. 166 et suiv.

<sup>41</sup> Const. 96, art. 168.

<sup>42</sup> Const. 96, art. 169.

<sup>43</sup> Const. 96, art. 170.

<sup>44</sup> Const. 96, art. 211 et 212.

législateur ou le constituant a confiées à d'autres tribunaux<sup>45</sup>. En effet, la Constitution permet au législateur de créer des tribunaux de même statut que la Cour supérieure et de leur confier des matières spécifiques<sup>46</sup>. Ainsi, la règle est la compétence de la Cour supérieure, l'exception celle des tribunaux spéciaux. L'autre règle à retenir est que tout tribunal dont le statut est inférieur à la Cour supérieure tombe dans la catégorie des tribunaux inférieurs.

Pour ce qui est des compétences des tribunaux ordinaires en matière de constitutionnalité, notons que seuls les tribunaux supérieurs peuvent connaître du contrôle de constitutionnalité, et ils ne le peuvent que dans certains cas seulement (*infra*). La Constitution interdit aux tribunaux inférieurs de se prononcer sur la constitutionnalité des lois et des actes du président de la République<sup>47</sup>. À notre sens, cette interdiction n'est pas absolue. Les tribunaux inférieurs peuvent tout au moins connaître de la constitutionnalité des actes infra-législatifs autres que les actes du président de la République (constitutionnalité d'un arrêté municipal, constitutionnalité d'une conduite dictée par la tradition africaine).

S'agissant de la Cour constitutionnelle, notons, au prix d'une répétition, qu'elle est en marge des tribunaux ordinaires et ne se confond donc pas avec la Cour suprême d'appel. La Cour constitutionnelle a été formellement créée par la Constitution intérimaire de 1993 et confirmée par la Constitution définitive de 1996. Mais ces deux textes, en réalité, n'ont fait qu'entériner l'existence de la Cour, car le choix en faveur de celle-ci fut opéré par les parties au dialogue national des années 1990, lequel dialogue a permis de sortir de l'apartheid (*supra*). Attardons-nous un peu aux mobiles qui ont conduit au choix d'une cour constitutionnelle à l'européenne plutôt que d'une cour suprême à l'américaine.

---

<sup>45</sup> Const. 96, art. 169.

<sup>46</sup> Par ex. : *Land Claims' Court, Labour Court, Labour Court of Appeal, Electoral Court, Special Income Tax Courts*. Créés par le législateur, ces tribunaux supérieurs connaissent d'un domaine spécialisé qui, autrement, reviendrait à la compétence de la Cour supérieure. Toute matière ordinaire non attribuée à ces tribunaux spécialisés entre dans la compétence de la Cour supérieure.

<sup>47</sup> Const. 96, art. 170.

## 1. Les raisons de la création de la Cour constitutionnelle

De notre point de vue, les raisons du choix d'une cour constitutionnelle se résument à deux séries de considérations; les unes sont d'ordre politique, les autres d'ordre technique.

### a. Les considérations d'ordre politique

Au sortir de l'apartheid, il était politiquement inconcevable, tant aux yeux du public que des parties au dialogue, de confier le contrôle de constitutionnalité à l'autorité judiciaire existante, alors même que celle-ci n'avait aucune crédibilité<sup>48</sup> et ce, pour plusieurs raisons. *Primo*, les membres des tribunaux issus de l'apartheid n'étaient pas représentatifs de la population sud-africaine; les juges sud-africains étaient tous des mâles blancs<sup>49</sup>. *Secundo*, il y avait une connivence<sup>50</sup> entre la plupart des juges et le régime raciste de Pretoria, lequel instrumentalisait les tribunaux dans le cadre de sa politique de répression et de culture de la haine. *Tertio*, la plupart des juges n'avaient ni la compétence ni la formation adéquates en droit constitutionnel, encore moins en droit des libertés fondamentales.

À l'heure de faire des choix en faveur de l'État de droit, il était indispensable de marquer la rupture avec l'ordre ancien en donnant un signal fort. La création d'une Cour constitutionnelle est donc vite apparue comme ce signal fort, comme la garantie contre un retour aux dérives de l'ancien régime. Le juge en chef Arthur Chaskalson est du même avis puisqu'il affirma dans un entretien : « Il se devait d'y avoir une juridiction nouvelle dont les membres

<sup>48</sup> Carmel RICKARD, *The Certification of the Constitution of South Africa*, mémoire de maîtrise, Durban, University of Natal, 1997, p. 2.

<sup>49</sup> Une femme (Afrikaner) était membre de la magistrature : madame le juge Van den Heever, nommée en 1969 à la Cour supérieure. Voir : Lex MPATI, *Transformation in the Judiciary. A Constitutional Imperative*, Bloemfontein, University of the Free State, 2004, p. 7 et suiv.

<sup>50</sup> Xavier PHILIPPE, « Le statut constitutionnel des juges du siège et du parquet en Afrique du Sud », dans *Annuaire internationale de justice constitutionnelle*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 1995, p. 336 et suiv.; Françoise DREYFUS, « La Constitution intérimaire d'Afrique du Sud », RFDC 1994.19.465, 475.

seraient nommés conformément aux nouveaux principes constitutionnels pour donner au nouvel ordre constitutionnel sa pleine légitimité »<sup>51</sup>.

En optant pour la Cour constitutionnelle, les pères de la Nouvelle Afrique du Sud se sont inspirés des expériences allemandes, autrichiennes et italiennes. En effet, dans ces systèmes, la chute du nazisme et du fascisme avait rendu nécessaire la création d'une cour constitutionnelle, conçue comme un garde-fou contre toute dérive. En Afrique du Sud, la méfiance était tellement manifeste que la Constitution intérimaire ne reconnut aucune compétence constitutionnelle à la Cour suprême existante (*infra*).

Outre les considérations d'opportunité, le choix en faveur d'une cour constitutionnelle répondait à un souci technique et pratique.

### **b. Les considérations d'ordre technique**

Au sortir de l'apartheid, il fallait un tribunal, non seulement pour assurer le contrôle de constitutionnalité, mais aussi pour accompagner le processus de transformation de l'Afrique du Sud, d'autant plus que les parties au dialogue s'étaient entendues sur un processus constitutionnel en deux phases<sup>52</sup>.

La première était celle de la Constitution intérimaire de 1993. Celle-ci fut conçue pour régir la période transitoire incarnée par les institutions d'union nationale nées des élections démocratiques d'avril 1994.

La seconde était celle de l'élaboration par l'Assemblée constituante élue de la Constitution définitive. Celle-ci devait définitivement concrétiser l'entrée de l'Afrique du Sud dans une nouvelle ère. Elle fut élaborée conformément à trente-quatre principes constitutionnels arrêtés par les parties au dialogue et inscrits dans la Constitution intérimaire.

Aussi, les parties se sont-elles entendues pour soumettre le texte élaboré et adopté par le constituant au **contrôle de certification**.

---

<sup>51</sup> Xavier PHILIPPE, «Entretien avec la Cour constitutionnelle sud-africaine», *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* 2000.77.78.

<sup>52</sup> Jeremy SARKIN et Alexander ABOTSI, «L'écriture de la Constitution sud-africaine», RFDC 2000.747.

Par celui-ci, il faut entendre le processus par lequel la Cour constitutionnelle devait contrôler et authentifier le projet de texte constitutionnel élaboré en jugeant de sa conformité ou non aux trente-quatre principes constitutionnels arrêtés par les parties au dialogue et inclus dans la Constitution intérimaire. Il ne s'agissait pas d'un simple avis consultatif ni d'une simple formalité. La Cour devait produire un véritable jugement opposable. En définitive, la certification ou l'homologation par la Cour du texte était une condition de validité de ce dernier.

Rappelons que dans un premier jugement<sup>53</sup>, la Cour constitutionnelle refusa d'authentifier le texte, au motif que des dispositions (notamment mais non exclusivement, celles portant sur les compétences provinciales, les formules d'amendement ainsi que les conventions collectives) n'étaient pas conformes aux trente-quatre principes constitutionnels. L'Assemblée constituante qui, rappelons-le, était élue, dut refaire ses devoirs. Elle soumit le texte revu et corrigé à l'appréciation de la Cour, ce qui donna lieu à un deuxième jugement de certification<sup>54</sup>. Mais cette fois, la Cour valida le projet constitutionnel en le certifia conforme aux principes constitutionnels, ce qui permit sa promulgation par le président de la République<sup>55</sup>.

Par le mécanisme du contrôle de certification, la Cour constitutionnelle prit une part active à l'élaboration de la Constitution. Elle fut « coconstituante ». Cette fonction, atypique pour un tribunal, rend compte de la spécificité et de l'importance du rôle assigné à la Cour constitutionnelle sud-africaine. Or, les tribunaux ordinaires, avec à leur tête la Cour suprême, n'avaient ni la légitimité ni la compétence pour assurer une telle fonction. En raison de l'ampleur de la mission qui a été confiée au contrôle de constitutionnalité en

---

<sup>53</sup> *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: in re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, 1996 (4) SA 744 (CC).

<sup>54</sup> *Certification of the Amended Text of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, 1997 (2) SA 97 (CC).

<sup>55</sup> Le président Mandela avait choisi de promulguer le texte constitutionnel homologué le 10 décembre 1996, à l'occasion de la journée onusienne des droits de la personne. La promulgation eut lieu à Sharpeville, cité martyre de l'Afrique du Sud. Au début des années 1960, le régime d'apartheid y avait violemment massacré des manifestants pacifiques opposés à sa politique. Sur l'histoire de cette petite ville martyre, voir : N. MANDELA, préc., note 14, p. 291 et suiv.

Afrique du Sud<sup>56</sup>, il était donc logique d'instituer une juridiction nouvelle en marge des juridictions ordinaires, d'autant plus que cette solution présentait l'avantage de l'efficacité.

Confier le contrôle de constitutionnalité à la Cour suprême d'appel eut encombré davantage son prétoire, puisqu'elle eût été en situation de cumul du contrôle de constitutionnalité et de son rôle traditionnel de juge d'appel et de cassation en droit ordinaire. Or, le contentieux ordinaire, qui couvre notamment les matières civile, administrative, pénale, commerciale et fiscale, dépasse largement, de par son volume, le contentieux constitutionnel. Un tel cumul n'eut sans doute pas favorisé l'efficacité ni l'éclosion rapide de la jurisprudence constitutionnelle.

À notre sens, si la Cour constitutionnelle sud-africaine a pu produire, en seulement une décennie, une jurisprudence aussi impressionnante, aussi riche, aussi variée que les juridictions constitutionnelles occidentales, c'est bien parce que son unique raison d'être est la constitutionnalité ; c'est bien parce qu'elle est, pour paraphraser le doyen Favoreu, une juridiction constitutionnelle « à temps complet »<sup>57</sup>. De plus, cette Cour, de par sa seule existence, a forcément un impact sur les modalités de mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité.

## 2. Les modalités du contrôle de constitutionnalité

Notre propos n'est pas d'étudier le système sud-africain de contrôle de constitutionnalité, un sujet qui, on s'en doute, dépasse le cadre et l'objectif du présent article. Il s'agit d'en présenter rapidement les traits qui nous semblent essentiels. D'ores et déjà, retenons que, du fait même de l'existence de la Cour constitutionnelle, les modalités de la constitutionnalité ne sont en définitive que les corollaires de l'existence de cette Cour.

Le premier point a trait au **domaine réservé** de la constitutionnalité. Il comprend les matières de compétence exclusive de la Cour

---

<sup>56</sup> La Cour avait également pour mission de purger la législation sud-africaine en la débarrassant de ces nombreux éléments hérités de l'apartheid qui sont contraires aux nouvelles normes constitutionnelles.

<sup>57</sup> Louis FAVOREU, « La notion de Cour constitutionnelle », dans *Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 15, à la page 21.

constitutionnelle. Ce sont les matières prévues aux paragraphes 3, 4 et 5 de l'article 167 de la Constitution de 1996. Sans en épuiser la liste, notons que seule la Cour connaît du contentieux de nature constitutionnelle entre les organes étatiques, tant dans leur relation horizontale (pouvoir exécutif et pouvoir législatif par exemple) que dans leur rapport vertical (État central, provinces, municipalités). La consécration d'un domaine réservé entraîne un **contrôle concentré** et parfois **abstrait**. Le contrôle est concentré parce que la Cour a l'exclusivité du contrôle ; il est abstrait parce que la Cour peut être saisie en dehors de tout litige au sens classique du terme.

Le deuxième point porte sur le **domaine partagé** de la constitutionnalité. Il faut d'abord noter que la consécration d'un tribunal spécialisé en matière de constitutionnalité n'a pas forcément pour conséquence d'exclure les tribunaux ordinaires de ce champ de compétence. Ceux-ci, comme indiqué précédemment, peuvent, dans certains cas, connaître du contentieux constitutionnel. Par exemple, on a vu dans l'affaire *De Lille*, précitée, que la question en litige était constitutionnelle et elle fut tranchée non pas par la Cour constitutionnelle, mais par les tribunaux ordinaires (la Cour supérieure en première instance et la Cour suprême en appel).

Parler de domaine partagé, c'est dire que le tribunal spécial qu'est la Cour constitutionnelle partage partiellement le contrôle de constitutionnalité avec les tribunaux ordinaires. La catégorie des matières communes sur lesquelles interviennent la Cour constitutionnelle et les tribunaux ordinaires représente le domaine partagé de la constitutionnalité. Le domaine est partagé, précisément, parce que le contrôle juridictionnel auquel il est assujéti s'exerce concurremment par le juge constitutionnel et les tribunaux ordinaires.

Concrètement, dans le système sud-africain, les tribunaux ordinaires supérieurs (la Cour suprême d'appel, la Cour supérieure, et les tribunaux de même rang que la Cour supérieure), peuvent, aux termes des articles 167 (5), 168 (3), 169 et 172 (2) de la Constitution de 1996, connaître de la constitutionnalité d'une loi parlementaire (loi émanant de l'une ou l'autre chambre du Parlement)<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> Le Parlement sud-africain comprend deux chambres : l'Assemblée nationale composée de députés élus au suffrage universel (première chambre) et le Conseil national des provinces (deuxième chambre). Ce Conseil représente au niveau national et sur une base égalitaire les entités territoriales qui forment la République sud-africaine (10 représentants par province, soit 90 membres en tout).

ou des deux à la fois) ou d'une loi provinciale<sup>59</sup> (loi émanant d'une assemblée législative provinciale), de la constitutionnalité des actes ou de la conduite du président de la République et de la constitutionnalité de tout acte infra-législatif, tels qu'une règle de common law, un acte administratif, un acte ou une conduite de droit coutumier africain.

Toutefois, notons que la chose jugée par les tribunaux ordinaires en matière constitutionnelle n'est revêtue que d'une **autorité provisoire**<sup>60</sup>. Aussi, doit-on faire observer que la compétence des tribunaux ordinaires supérieurs ne porte que sur des matières constitutionnelles limitativement définies<sup>61</sup>.

On retiendra, par ailleurs, que toutes les fois qu'ils interviennent dans le contentieux constitutionnel, ces tribunaux sont sous l'autorité de la Cour constitutionnelle qui, tant dans le domaine partagé que dans le domaine réservé, bénéficie du **dernier mot juridique**. Car en matière de constitutionnalité, ce qui s'impose, c'est ce que décide le juge constitutionnel ; ce que décide ce dernier lie tous les organes de l'État de même que les tribunaux.

---

Parmi les 10 délégués, quatre sont dits «délégués spéciaux» dont trois sont désignés par le gouvernement provincial, l'autre délégué spécial n'est autre que le Premier Ministre provincial ou son représentant. Les six autres délégués dits «délégués permanents» sont élus par les assemblées législatives provinciales selon un mode qui permet aux minorités politiques élues d'avoir leurs représentants. Voir : Const. 96, art. 60, 61 et 62. Notons cependant que l'Afrique du Sud n'est pas un État fédéral. Elle n'est pas non plus un État unitaire. L'État sud-africain présente une forme hybride, avec autant de caractères de fédéralisme que de caractères d'État unitaire. À tout prendre, on dira qu'il s'agit d'un État régionalisé proche des systèmes italien et espagnol.

<sup>59</sup> Les Assemblées provinciales, appelées «législatures», disposent d'un pouvoir législatif propre (Const. 96, art. 140 et suiv.). Elles disposent également d'un pouvoir constituant puisqu'elles ont la faculté de se doter de leur propre constitution interne (Const. 96, art. 142-144). Bien entendu, elles n'agissent que sous réserve de conformité avec la constitution nationale, qui est la loi suprême du pays.

<sup>60</sup> L'article 172 (2) (b) de la Constitution sud-africaine permet au juge ordinaire de suspendre l'effet d'une loi, d'accorder des réparations provisoires et de prendre des mesures conservatoires lorsqu'il conclut à l'inconstitutionnalité d'une norme ou d'un acte. Lorsque la norme invalidée est une loi, un acte ou une conduite du président de la République, il faudra que la décision soit confirmée par voie de certification par la Cour constitutionnelle.

<sup>61</sup> En principe, les tribunaux ordinaires ne peuvent pas trancher les questions relevant du domaine réservé de la Cour constitutionnelle. Voir les paragraphes 3, 4, et 5 de l'article 167 de la Constitution de 1996.

Ainsi, quand la Cour invalide une norme, sa décision est entachée d'une **autorité absolue**; elle a effet *erga omnes*, c'est-à-dire qu'elle est opposable à tous, au-delà des seules parties qui étaient à l'origine de la demande d'invalidation, en vertu de l'article 2 de la Constitution portant suprématie constitutionnelle<sup>62</sup>. Cependant, il va de soi que lorsque la matière disputée est une conduite ou un comportement, et non une norme ou une règle de droit qui a porté atteinte à un droit garanti, la décision de la Cour n'aura d'effet qu'entre les parties ayant intérêt. Et, dans ce cas de figure, la Cour, si elle conclut à une violation injustifiée d'un droit, ordonnera une juste réparation sous le régime de l'article 38 de la Constitution<sup>63</sup>. Toutefois, la décision sera finale, étant entendu qu'en matière constitutionnelle, la Cour est le tribunal de dernier ressort<sup>64</sup>.

Le troisième et dernier caractère porte sur la saisine ou l'accès au contentieux de constitutionnalité. Le système sud-africain associe **saisine réservée** et **saisine ouverte**. Dans le premier cas (saisine réservée ou restreinte), seules des autorités limitativement désignées peuvent déclencher le contrôle de constitutionnalité. Ces autorités sont politiques et juridictionnelles. Entrent nommément dans la catégorie des autorités politiques le Président de la République, les premiers ministres provinciaux, les membres du Parlement, les membres des assemblées provinciales, les présidents des chambres du Parlement, les présidents des assemblées provinciales. Ainsi, en vertu des articles 79 et 84 (2) (c) de la Constitution, le président peut refuser de promulguer une loi votée par le Parlement et l'attaquer devant la Cour. De même, les députés peuvent-ils attaquer devant la Cour une loi votée par le Parlement et promulguée par le président (article 80 de la Constitution)<sup>65</sup>. La saisine juridictionnelle est celle initiée par les tribunaux ordinaires. Il en va ainsi,

<sup>62</sup> *Fose v. Minister of Safety and Security*, 1997 (3) SA 786 (CC), 94 (j. Kriegler).

<sup>63</sup> I. CURRIE et J. DE WAAL, préc., note 18, p. 189-228.

<sup>64</sup> Const.96, art. 167 (3) (a) et (c).

<sup>65</sup> Au niveau provincial, les Premiers ministres ont, à l'égard des lois provinciales, la même compétence de saisine que le président de la République (article 121 de la Constitution). Les députés provinciaux peuvent également attaquer une loi provinciale dans les mêmes conditions que leurs collègues nationaux (article 122 de la Constitution). La saisine **a lieu d'office** lorsqu'il s'agit d'une constitution provinciale, que l'on soit dans le cas d'une nouvelle constitution provinciale ou qu'il s'agisse d'un amendement à un texte constitutionnel provincial (article 144 de la Constitution).

lorsque ceux-ci procèdent par **renvoi préjudiciel**<sup>66</sup> ou par **renvoi en certification**<sup>67</sup>.

Pour terminer, on retiendra que la saisine restreinte donne lieu à l'exercice d'une compétence directe, car elle permet à la Cour constitutionnelle de statuer **en tant que juge de premier et dernier ressort**.

Dans le second cas (saisine ouverte), tout justiciable (personnes physiques, personnes morales de droit privé ou de droit public) peut s'adresser à la Cour constitutionnelle soit **directement par voie de requête individuelle**, soit par **voie d'appel**<sup>68</sup> d'un jugement rendu par un juge ordinaire sur une question constitutionnelle. Certes, le justiciable a le droit de saisir la Cour constitutionnelle, mais il ne peut le faire que sous conditions : la question soulevée doit être d'ordre constitutionnel, elle doit être dans l'intérêt de la justice et du public, elle doit avoir des chances sérieuses de succès et, dans tous les cas, il faut que la Cour consente à sa saisine<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> **Le renvoi préjudiciel** a lieu lorsque surgit, devant le tribunal ordinaire, une question constitutionnelle, à l'occasion d'un procès ordinaire, question que le juge ordinaire renvoie au juge constitutionnel, et attend la réponse de ce dernier avant de reprendre le procès proprement dit. Il en va ainsi lorsque la question de constitutionnalité entre dans le domaine exclusif de la Cour constitutionnelle. Le renvoi préjudiciel ou question préjudicielle est un caractère du modèle européen de justice constitutionnelle, modèle auquel appartient le système sud-africain. Voir : L. FAVOREU, P. GAIA et al., préc., note 24, n° 337 et suiv., p. 246 et 247. Cette procédure ne se confond pas avec l'exception d'inconstitutionnalité. Dans la mise en œuvre de l'exception, c'est le même juge qui se prononce sur la question d'inconstitutionnalité incidemment soulevée devant lui. Voir : Louis FAVOREU, « La question préjudicielle de constitutionnalité. Retour sur un débat récurrent », dans *Mélanges Philippe Ardent. Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 265 à 273.

<sup>67</sup> **Le renvoi en certification** a lieu lorsqu'un tribunal ordinaire déclare inconstitutionnelle une loi ou une conduite du président de la République. Cette décision doit être déférée à la Cour constitutionnelle pour confirmation ou infirmation : ce n'est que lorsque la Cour se sera prononcée dans le même sens que l'inconstitutionnalité aura valeur juridique définitive. [Article 167 (5) lu avec l'article 172 (2) (a)(b) (c) de la Constitution de 1996]. Le recours en certification ne se confond ni avec l'appel, ni avec le renvoi préjudiciel, ni avec la procédure de certification (constitutionnelle) qui a été étudiée plus haut.

<sup>68</sup> Const. 96, art. 172 (2) (c).

<sup>69</sup> Les critères sont fixés notamment au paragraphe 6 de l'article 167 de la Constitution.

En matière de saisine individuelle, la Cour constitutionnelle et les juridictions ordinaires se montrent très généreuses et très souples quant au régime de recevabilité<sup>70</sup>. Cette politique libérale et généreuse corrobore notre propos selon lequel, la Cour constitutionnelle saisit toutes les occasions qui lui sont offertes pour valoriser les droits fondamentaux. Cette politique de promotion des droits est davantage illustrée par les trois cas que nous avons proposé d'examiner à savoir, la peine de mort, les étrangers, et les homosexuels.

## II. La Cour constitutionnelle et la peine de mort

Dans la première moitié des années 1990, le dialogue direct entre le Congrès national africain (ANC) de Nelson Mandela et le Parti national afrikaner (NP) de Frederick de Klerk<sup>71</sup> fit tomber les lois et pratiques du régime d'apartheid les unes après les autres. Mais il subsistait la question de la peine de mort, ce nœud gordien que ni les parties au dialogue ni les institutions représentatives issues des élections démocratiques d'avril 1994 n'ont pu dénouer. Il reviendra à la Cour constitutionnelle, une figure elle-même nouvelle dans le paysage juridictionnel et institutionnel sud-africain, de s'en occuper.

La question de la peine de mort fut inscrite au rôle de la Cour le jour même de son inauguration le 14 février 1995. Avant d'examiner

---

<sup>70</sup> La Cour supérieure du Transvaal (Pretoria) a reconnu à une association non déclarée, donc juridiquement inexistante et dépourvue de toute personnalité juridique, l'intérêt pour agir en faveur de résidents d'un quartier défavorisé victimes de coupures fréquentes d'eau courante. L'association, qui en droit n'en était pas une, n'avait aucun lien avec les personnes qu'elle défendait. C'était une sorte de justicier. Les juges de Pretoria ont accepté ce recours, au motif que les personnes au nom desquelles elle agissait avaient indiscutablement intérêt à agir, mais elles n'étaient pas en mesure de le faire, en raison de leur condition socioéconomique (*Highveldridge Residents Concerned Party v. Highveldridge*, TCL, 2002 (6) SA 66 (T)).

<sup>71</sup> Frederik De Klerk, président du Parti national (NP) et de la République sud-africaine (1989-1994). On lui doit les réformes audacieuses (suspension de la peine de mort, libération de Nelson Mandela, légalisation de l'ANC...) qui ont rendu possible l'ouverture du dialogue sud-africain. Avant de se retirer de la vie politique en 1998, il fut, entre 1994 et 1996, vice-président du gouvernement d'union nationale dirigé par Nelson Mandela. De Klerk partage avec Mandela le Prix Nobel de la Paix 1993. Voir Nelson Mandela, préc., note 14, p. 738 et suiv.

le verdict auquel elle a abouti, familiarisons-nous avec l'affaire qui l'a vu naître.

### **A. L'affaire *S. v. Makwanyane*<sup>72</sup> : faits et procédure**

Deux individus aux noms de Makwanyane et Mchunu avaient été jugés coupables et condamnés à la peine de mort pour meurtre<sup>73</sup>, tentative de meurtre et vol à main armée avec des circonstances aggravantes par la chambre criminelle de la Cour supérieure de Johannesburg. Les deux condamnés contestaient cette peine en prenant appui, d'une part, sur la loi (la loi sur la procédure criminelle)<sup>74</sup> en vertu de laquelle ils avaient été condamnés, et de l'autre, sur la Constitution intérimaire de 1993. Ils saisirent donc la Cour suprême d'appel pour faire casser le verdict du juge du procès.

Rejetant le moyen tiré de la loi, la Cour suprême estima qu'en raison des crimes dont ils avaient été reconnus coupables et des circonstances dans lesquelles ces crimes avaient été commis, les demandeurs ne pouvaient échapper à la peine maximale prévue par le législateur. La Cour suprême conclut donc que, du point de vue de la loi, l'imposition de la peine de mort était justifiée en l'espèce.

En revanche, la Cour suprême accueillit favorablement la demande d'examiner leur peine par rapport à la nouvelle Constitution intérimaire de 1993. En effet, il était question de savoir si la Constitution intérimaire, postérieure à la condamnation des accusés par les premiers juges, mais en vigueur au moment de l'examen du pourvoi en cassation, autorisait la pratique de la peine de mort<sup>75</sup>. Une telle question devenait pressante, d'autant plus que les avocats des deux condamnés soutenaient que la peine de mort était en contradiction avec l'article 9 (droit à la vie) de la Constitution intérimaire et qu'elle constituait un traitement cruel, inhumain et dégradant contraire aux articles 11 (2) et 10 de la Constitution susdite.

---

<sup>72</sup> *S. v. Makwanyane and Another*, 1995 (6) BCLR 665 (CC), ci-après *Makwanyane*.

<sup>73</sup> Ils avaient en effet tué deux agents de police et deux agents de sécurité d'une banque.

<sup>74</sup> *Criminal Procedure Act* 51 of 1977, art. 277(1) (a).

<sup>75</sup> *Makwanyane*, préc., note 72, par. 4.

Mais la Cour suprême faisait face à un sujet très sensible et très controversé qu'elle ne pouvait pas résoudre. La question de constitutionnalité qui lui était posée échappait à sa compétence. En effet, contrairement à la Constitution définitive de 1996<sup>76</sup>, la Constitution intérimaire avait exclu la Cour suprême du contentieux constitutionnel. Le constituant intérimaire avait néanmoins laissé une petite marge à la Cour suprême, laquelle marge lui permettait de déclencher le renvoi préjudiciel<sup>77</sup>. En l'espèce, la Cour suprême décida d'y recourir : elle prononça le sursis à statuer et saisit la Cour constitutionnelle. De la décision de cette dernière devait, en tout état de cause, dépendre la suite à donner à l'affaire initiale pendante<sup>78</sup>.

Tout le pays avait les yeux rivés sur les onze membres de la toute jeune Cour constitutionnelle. La pression était d'autant plus forte qu'il s'agissait bien de la peine de mort, un sujet de civilisation, un choix de société. De surcroît, le contexte était celui d'un pays en pleine renaissance, en pleine réflexion sur lui-même, un pays qui tentait de se construire un pont vers un avenir fondé sur les valeurs démocratiques et le respect des droits et libertés.

## **B. L'inconstitutionnalité de la peine de mort**

La Cour rendit son verdict le 6 juin 1995, après trois jours d'audience et quatre mois de délibéré. La décision fut rédigée par le juge en chef Arthur Chaskalson qui reçut l'appui unanime<sup>79</sup> des dix autres membres de la Cour.

---

<sup>76</sup> Const. 96, art. 167(5), 168 et 172.

<sup>77</sup> Const. 93, art. 102 (7) (8).

<sup>78</sup> *Makwanyane*, préc., note 72, par. 3.

<sup>79</sup> Les autres membres de la Cour (les juges Ackermann, Didcott, Kentridge, Langa, Mahomed, Madala, Mokgoro, O'Regan et Sachs) ont tenu à rédiger chacun leur propre jugement pour appuyer le verdict du juge en chef. Notons que, tout en partageant la démarche et la conclusion du juge en chef, certains de ses collègues, dont le juge Albie Sachs, ont tenu à faire observer qu'il n'était pas indispensable d'aller au-delà de la clause sur le droit à la vie pour conclure à l'inconstitutionnalité de la peine de mort. Selon le juge Sachs, la peine de mort ne peut pas être une limitation des droits ; elle ne limite pas les droits, elle les éteint. Or, la Constitution ne permet que la limitation et non l'extinction des droits. Ce seul élément suffirait pour déclarer la peine de mort inconstitutionnelle. Voir : *Makwanyane*, préc., note 72, par. 345 et suiv. (j. Sachs).

## 1. Un verdict unanime

Dans cette affaire, le juge en chef Chaskalson conclut à l'inconstitutionnalité de la peine de mort. Le jugement qui s'étend sur presque 300 pages est un texte savant qui a le mérite, comme tous les autres jugements de la Cour, d'être rédigé en termes accessibles. Le jugement *Makwanyane* est un traité de droit comparé, puisqu'il passe en revue l'état de la question de la peine de mort dans la plupart des démocraties avancées, selon une approche dialectique et didactique. Au prix d'une simplification, résumons rapidement ce jugement autour des points suivants : la Constitution, le sens commun, le droit international et le droit comparé.

Se plaçant sous l'entendement ordinaire, c'est-à-dire le sens commun attribué à la peine de mort, le juge en chef Chaskalson confirme l'idée ordinairement admise que la peine de mort, en elle-même, représente une peine cruelle<sup>80</sup>. Elle est cruelle, notamment en raison de l'attente dans le couloir de la mort. Le juge en chef fait le constat suivant : « L'accusé, une fois condamné à mort, doit attendre l'exécution de sa peine dans le couloir de la mort en compagnie des autres condamnés. Il vit alors dans l'incertitude et l'angoisse quant à l'aboutissement des recours [...] que lui offre le droit »<sup>81</sup>.

Bien que l'attente dans le couloir de la mort soit prévue par la loi, bien qu'elle soit justifiée voire nécessaire, il est généralement entendu que cette attente amplifie la cruauté que représente la peine de mort. Le prisonnier qui vit cette attente subit une véritable torture. De plus, la peine de mort, de par sa nature même, est entendue comme une peine inhumaine, puisqu'elle « nie au prisonnier sa condition humaine en le confinant à un simple objet dont l'État doit se débarrasser »<sup>82</sup>.

De toute évidence, le sens commun s'entend sur la nature cruelle, inhumaine et dégradante de la peine de mort. Cependant, le juge en chef Chaskalson fait remarquer que le travail de la Cour n'est pas de se contenter de décider selon le sens commun attribué à la peine de mort. La Cour est juge de la Constitution, et c'est par rapport à

---

<sup>80</sup> *Makwanyane*, préc., note 72, par. 26.

<sup>81</sup> *Id.*

<sup>82</sup> *Id.*

celle-ci que doit être examinée la prétention selon laquelle la peine de mort est un traitement cruel, inhumain et dégradant<sup>83</sup>.

Sous l'angle de la Constitution [intérimaire], le juge en chef constate que la peine de mort est une peine dont « l'exécution est définitive et irrévocable, et elle met fin, non seulement au droit à la vie, mais aussi à tous les autres droits individuels que la Constitution garantit à la personne »<sup>84</sup>. Or, la Constitution sud-africaine consacre le droit à la vie sans l'assortir de limitation interne<sup>85</sup>. En effet, l'article 9 est rédigé en termes lapidaires : « Toute personne a droit à la vie ». En conséquence, exécuter un condamné, c'est violer son droit à la vie au sens de l'article précité.

Toujours sous l'angle de la Constitution, le juge en chef Chaskalson trouve que la peine de mort est un traitement cruel, inhumain et dégradant en ce qu'elle porte atteinte à la dignité humaine garantie à l'article 10 de la Constitution intérimaire<sup>86</sup>. Dans sa démonstration de l'incompatibilité entre la peine de mort et les droits à la vie et à la dignité, le juge en chef insiste sur le noyau dur que représentent ces deux droits fondamentaux. À ce propos, il écrit :

« Le droit à la vie et le droit à la dignité sont les plus importants de tous les droits humains. Ils forment la source de tous les autres droits individuels prévus par la Constitution. En nous engageant dans une société fondée sur la reconnaissance des droits humains, nous nous devons de valoriser ces deux droits au-dessus de tous les autres. Et c'est à l'État de donner l'exemple dans tout ce qu'il fait, y compris dans sa façon de punir les criminels. »<sup>87</sup>

Selon le juge en chef, il existe des sanctions alternatives sévères qui préservent la vie et de tels moyens doivent être considérés. Il en est ainsi de la condamnation à perpétuité que le juge en chef invite l'État à appliquer contre les criminels, au lieu de les tuer. Certes, la Cour reconnaît que la prison en elle-même porte atteinte à la dignité humaine, ne serait-ce que parce qu'elle restreint la liberté du prisonnier, mais il y a une grande différence entre la condamnation

---

<sup>83</sup> *Id.*

<sup>84</sup> *Id.*, par. 80

<sup>85</sup> *Id.*

<sup>86</sup> *Id.*

<sup>87</sup> *Id.*, par. 144.

à une peine de prison et la condamnation à mort<sup>88</sup>. Car, le prisonnier, en entrant en prison, ne perd pas tous ses droits fondamentaux ni toute sa dignité humaine<sup>89</sup>. En revanche, la peine de mort détruit et annihile totalement la dignité humaine du condamné à mort<sup>90</sup>.

Pour en arriver à sa conclusion, le juge en chef Chaskalson s'est par ailleurs appuyé sur le droit international et le droit comparé. Rappelons que la Constitution sud-africaine demande aux tribunaux de prendre en considération le droit international<sup>91</sup>, et leur permet de recourir au droit comparé<sup>92</sup> lorsqu'ils interprètent les dispositions de la Déclaration des droits. Cependant, lorsqu'un tribunal traite du droit international ou du droit comparé, il doit constamment avoir à l'esprit que son rôle n'est pas d'appliquer un instrument international ou étranger, mais la Constitution sud-africaine<sup>93</sup>. Dit en termes simplifiés, il ne s'agit pas pour le juge de faire du « copier coller ». Ce dernier doit utiliser le droit international et le droit comparé comme guides dans la recherche de la solution la plus adéquate, la mieux indiquée à la question « locale » qui lui a été posée. L'éclairage n'a d'utilité que si le droit international ou le droit étranger considéré convient au système sud-africain, à l'histoire sud-africaine, au contexte de ce pays et de l'affaire spécifique portée devant le juge. En définitive, le droit international et le droit comparé sont au service de la Constitution sud-africaine, mais l'inverse n'est pas exact.

Parmi les jurisprudences étrangères le plus souvent citées, celle de la Cour suprême du Canada figure en bonne place. Elle jouit d'une très bonne audience auprès de la Cour constitutionnelle sud-africaine, comme le démontre l'affaire *Makwanyane*.

## **2. L'apport de la jurisprudence canadienne à la construction de l'arrêt *Makwanyane***

Comme précédemment indiqué, la position de la Cour est que la solution étrangère, pour être utilement considérée, doit seoir ou

---

<sup>88</sup> *Id.*, 142.

<sup>89</sup> *Id.*

<sup>90</sup> *Id.*, par. 143.

<sup>91</sup> Const. 96, art. 39 (1) (b).

<sup>92</sup> Const. 96, art. 39 (1) (b).

<sup>93</sup> *Makwanyane*, préc., note 72, par. 39.

convenir (*to fit*) au droit sud-africain et à la solution concrètement recherchée. C'est dans ce contexte que, dans la recherche d'une solution à l'affaire *Makwanyane*, la Cour a fait une exploitation extensive du droit canadien, s'appuyant notamment sur les arrêts : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*<sup>94</sup>, *Kindler c. Canada*<sup>95</sup> et *R. c. Oakes*<sup>96</sup>.

Premièrement, la Cour sud-africaine s'est appuyée sur la théorie canadienne de l'interprétation libérale développée par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*<sup>97</sup>. Dans cette affaire, on se rappelle, des commerçants contestaient la constitutionnalité de la *Loi sur le dimanche*<sup>98</sup>, une loi qui interdisait la plupart des activités commerciales le dimanche. La Cour suprême du Canada l'avait invalidée au motif que, dans son objectif même, elle portait une atteinte injustifiée et déraisonnable à la liberté de conscience et de religion protégée par l'article 2 de la *Charte canadienne*. En effet, cette loi, par son objet, rendait « obligatoire l'observance religieuse »<sup>99</sup>. Le juge en chef Dickson qui rédigea le jugement majoritaire, insista sur la différence entre l'interprétation d'un texte constitutionnel et celle d'un texte ordinaire.

En partant de *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, la Cour constitutionnelle sud-africaine tira la leçon que la Déclaration sud-africaine des droits devait bénéficier d'une approche libérale et téléologique. Une telle approche convient effectivement au contexte sud-africain, car la Constitution sud-africaine exige des tribunaux et des pouvoirs publics de promouvoir les droits fondamentaux. Pour ce faire, il faut leur donner une interprétation qui leur assure une garantie maximale. Ainsi, dans *Makwanyane*, le juge sud-africain opta pour la théorie canadienne, d'autant plus qu'elle lui permettait d'adopter « une interprétation contextuelle tenant compte de l'histoire et des fondements de la Constitution sud-africaine en général, et des dispositions de la Déclaration des droits en particulier »<sup>100</sup>. Éclairée par la jurisprudence canadienne, le juge sud-africain aboutit à la conclusion que la

<sup>94</sup> *R. c. Big Drug M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

<sup>95</sup> *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, ci-après *Kindler*.

<sup>96</sup> *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, ci-après *Oakes*.

<sup>97</sup> *R. c. Big Drug M Drug Mart Ltd.*, préc., note 94.

<sup>98</sup> *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, c. L-13.

<sup>99</sup> *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, préc., note 94, 353.

<sup>100</sup> *Makwanyane*, préc., note 72, 10.

notion de traitement cruel, inhumain et dégradant ne pouvait s'entendre qu'au sens large, incluant la peine de mort.

L'arrêt *Makwanyane* tira également avantage de la décision *Kindler c. Canada*<sup>101</sup>. Dans un premier temps, la Cour sud-africaine exposa minutieusement les faits et le verdict de la Cour suprême canadienne<sup>102</sup>. Dans cette affaire, rappelons-le, le gouvernement canadien avait décidé d'extrader vers les États-Unis Joseph Kindler, reconnu coupable de meurtre au premier degré et d'autres crimes graves dans l'État de Pennsylvanie. Peu avant le prononcé de sa peine, l'accusé s'était évadé de prison et s'était enfui vers le Canada où il fut arrêté. Le gouvernement canadien extrada le criminel fugitif vers les États-Unis sans demander à son homologue américain l'assurance que l'accusé ne serait pas puni de la peine de mort. L'affaire fut portée devant la Cour suprême du Canada. Il s'agissait de savoir si ce procédé du Ministre de la justice était en violation avec les droits visés aux articles 7 et 12 de la *Charte canadienne*. La Cour suprême valida la décision du Ministre. La majorité (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin) estima que le gouvernement avait le droit et le devoir d'arrêter et d'expulser les criminels fugitifs pour éviter que le Canada ne devienne un refuge pour les criminels. Selon la majorité, le Ministre avait agi dans l'intérêt de la sécurité des Canadiens. De plus, elle jugea que l'extradition d'un criminel de cette catégorie vers un pays tel que les États-Unis, qui a un système de justice semblable à celui du Canada, ne choquait pas la conscience des Canadiens. Elle ajouta que si, à la suite de cette extradition, le criminel venait à être exécuté, une telle exécution serait faite en vertu du droit américain, pour un crime commis par un citoyen américain, sur le territoire américain.

Après avoir présenté la position majoritaire dans *Kindler*, la Cour sud-africaine fit remarquer que la Cour suprême du Canada fut divisée quant à la décision à prendre : quatre juges pour (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin) et trois contre (le juge en chef Lamer, les juges Cory et Sopinka)<sup>103</sup>. Selon la Cour sud-africaine, la position majoritaire dans *Kindler* ne convenait pas à la situation sud-africaine parce qu'elle ne tend pas à la promotion des droits fondamentaux en cause. Pour corroborer son constat, la Cour

---

<sup>101</sup> *Kindler*, préc., note 95.

<sup>102</sup> *Makwanyane*, préc., note 72, par. 62.

<sup>103</sup> *Makwanyane*, préc., note 72, par. 60.

sud-africaine s'appuya sur le prolongement de l'affaire *Kindler*, c'est-à-dire sur le recours international intenté contre le Canada auprès du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Comme les juges canadiens, les commissionnaires onusiens étaient divisés sur la question. En conséquence, la position majoritaire dans *Kindler* ne pouvait servir de guide utile à la recherche d'une solution sud-africaine au problème de la peine de mort. En revanche, la position dissidente exprimée par les trois juges minoritaires était fort utile et c'est sur elle que s'appuya la Cour sud-africaine<sup>104</sup>.

En effet, dans *Kindler*, la minorité était d'avis que la peine de mort, interdite au Canada, était une profanation ultime de la dignité humaine et qu'elle était une peine cruelle et inusitée, en violation de l'article 12 de la *Charte canadienne*. Les dissidents estimèrent qu'il ne suffisait pas de se limiter aux circonstances qui choquent la conscience des Canadiens pour décider de l'atteinte aux principes de justice fondamentale. La Cour sud-africaine s'appropriä ce raisonnement minoritaire parce qu'elle valorisait le droit à la vie. Elle en conclut donc que, dans le contexte sud-africain, la peine de mort était un traitement cruel, inhumain et dégradant.

*R. c. Oakes*<sup>105</sup> est la troisième décision canadienne largement exploitée dans *Makwanyane*. Elle fut utilisée à l'occasion de l'examen par la Cour sud-africaine de la question de savoir si la peine de mort, jugée cruelle, inhumaine et dégradante, constituait tout de même une limitation raisonnable et justiciable aux droits qu'elle viole, dans le contexte d'une société démocratique, libre et ouverte.

Fidèle à sa méthode dialectique, la Cour sud-africaine exposa minutieusement l'arrêt *Oakes* avant d'en tirer les conséquences. Dans *Oakes*, le litige portait sur la présomption d'innocence et la *Loi sur les stupéfiants*<sup>106</sup>. Cette loi prévoyait que toute personne en possession de drogues illicites était, du seul fait de cette possession, présumée trafiquante et qu'il lui incombait de réfuter cette présomption. Cette loi portait atteinte à la présomption d'innocence. La Cour suprême du Canada devait déterminer si cette restriction satisfaisait à la clause constitutionnelle de limitation des droits (article 1 de la Charte). Elle dégagä en le précisant le sens de cet article rédigé en

---

<sup>104</sup> *Id.*, par. 61.

<sup>105</sup> *Oakes*, préc., note 96.

<sup>106</sup> *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, c. N-1.

termes généraux et vagues. La Cour suprême développa les critères qu'une atteinte au droit doit respecter pour qu'elle devienne une limitation aux sens de la *Charte*. Cette ingénierie jurisprudentielle, couramment appelée « test de de *Oakes* » ou « test de limitation », reste une contribution canadienne significative à l'ancrage des droits fondamentaux et au développement du contrôle judiciaire de l'activité législative. La Cour sud-africaine examina les bonnes leçons à tirer de cette jurisprudence canadienne.

Le premier avantage tiré de l'arrêt *Oakes*<sup>107</sup> est la méthode de limitation en deux volets (*two stage-approach*). Cette méthode consiste dans un premier temps à considérer le lien entre l'importance de l'objectif poursuivi par l'acte attaqué et l'atteinte au droit ou à la liberté en cause. Dans un deuxième temps, la méthode porte sur le caractère raisonnable et justifiable des moyens utilisés pour atteindre l'objectif déjà identifié. Selon la Cour sud-africaine, cette démarche canadienne est utile d'une part parce qu'elle offre une interprétation large aux droits et libertés inscrits dans la Constitution sud-africaine et de l'autre parce qu'elle permet de justifier la limitation selon les critères de la clause de limitation de la Constitution sud-africaine<sup>108</sup>.

Le deuxième point, lié au premier, est l'appropriation par la Cour sud-africaine de la description des critères de proportionnalité faite par le juge en chef Dickson dans *Oakes*. La Cour sud-africaine intégra expressément dans son jugement les propos ci-après du juge en chef canadien<sup>109</sup>:

« À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures doivent soigneusement être conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent pas être arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question : *R.c. Big M Drug Mart Ltd* [...] Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme "suffisamment important". »<sup>110</sup>

<sup>107</sup> *Makwanyane*, préc., note 72, par. 100.

<sup>108</sup> *Id.*

<sup>109</sup> *Id.*, par. 105.

<sup>110</sup> *Oakes*, préc., note 96, 139.

Cela dit, la Cour sud-africaine confronta les critères précités à la peine de mort. Ce faisant, elle admit l'existence d'un lien rationnel entre la peine capitale et l'objectif pour lequel elle est prescrite. Cependant, les risques d'arbitraire, d'injustice et d'irrationalité dans l'imposition de la peine sont autant de facteurs à prendre en compte dans l'application du premier critère de proportionnalité.

Pour ce qui est du deuxième critère du test de proportionnalité, la Cour fit remarquer que le fait qu'il soit possible d'administrer, en tant que peine alternative, une peine sévère sous forme d'emprisonnement à vie serait utile à la question de savoir si la peine de mort porte atteinte le moins possible au droit à la vie. Selon la Cour sud-africaine, si l'on prenait en compte les trois critères de proportionnalité du juge en chef Dickson, la peine de mort ne survivrait pas au test de *Oakes*.

Mais la Cour constitutionnelle, tout en prenant appui sur *Oakes*, chercha à aller plus loin que le juge canadien. Elle remarqua qu'au lendemain de l'arrêt *Oakes*, les tribunaux canadiens ont dû atténuer le test pour éviter de se livrer à un contrôle d'opportunité et donc de substituer leur point de vue à celui du législateur<sup>111</sup>. Tout en partageant l'évidence selon laquelle il n'est pas de la compétence du juge de légiférer ni de gouverner, la Cour sud-africaine se démarqua de la déférence judiciaire affichée par les tribunaux canadiens à la suite de *Oakes*.

Certes, le système sud-africain, comme celui du Canada, dispose d'une clause limitative des droits, mais les deux textes ne sont pas rédigés en termes identiques. À l'image de l'ensemble de la Constitution sud-africaine, la clause portant limitation des droits<sup>112</sup> est plus détaillée, plus pointilleuse que la clause canadienne, courte, générale

---

<sup>111</sup> *Makwanyane*, préc., note 72, par. 107.

<sup>112</sup> Article 36 (1) de la Constitution sud-africaine de 1996 (version identique au texte intérimaire) : « Les droits prévus dans la Déclaration des droits ne peuvent être limités que par une règle de droit d'application générale, sous réserve que la limitation soit raisonnable et justifiable dans une société ouverte et démocratique fondée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté, et en tenant compte des facteurs utiles, incluant (a) la nature du droit, (b) l'importance de l'objectif de la limitation (c) la nature et l'étendue de la limitation (d) la relation entre la limitation et son objectif et (e) le moyen le moins restrictif pour atteindre l'objectif ». Article 36 (2) : « À l'exception de la limitation prévue au paragraphe 1 et dans d'autres dispositions de la Constitution, aucune loi ne peut limiter un droit enchâssé dans la Déclaration des droits ».

et imprécise. Par exemple, les critères du test de *Oakes*, que le juge canadien a dû construire par lui-même, se trouvent inscrits dans la clause sud-africaine de limitation des droits. Le constituant sud-africain se les est appropriés de sorte que la Cour constitutionnelle, en les appliquant, n'a pas à craindre d'être accusée d'usurpation. Le constituant, qui répartit les compétences entre les pouvoirs étatiques, a donné au juge constitutionnel un titre de compétence en prévoyant expressément les critères de limitation des droits.

La grande marge dont bénéficie la Cour sud-africaine ne peut se comprendre que dans le contexte sud-africain, lequel est, bien entendu, différent de celui du Canada. En effet, l'Afrique du Sud, ne l'oublions pas, a subi l'apartheid durant un demi-siècle, et les séquelles de ce régime resteront encore longtemps visibles. Pendant plus de trois cents ans, les gouvernements qui se sont succédé avant 1994 ainsi que les tribunaux<sup>113</sup> n'avaient aucune culture en matière de respect de droits humains. Ils passaient leur quotidien à nier à l'écrasante majorité des citoyens ses droits les plus élémentaires. C'est en réponse à ce passé sinistre et douloureux que le pays s'est doté d'une charte prolixe justiciable devant les tribunaux. C'est également en réponse à cette histoire singulière que la Cour constitutionnelle a été créée et investie d'un champ de compétence large. Il est attendu de cette Cour, non seulement qu'elle gère le quotidien des droits comme le font les cours des pays ayant une tradition en matière de respect des droits humains, mais aussi, comme une pionnière, qu'elle aille plus loin pour assurer l'ancrage de ces droits et accompagner l'État et la société dans leur renaissance. Le contexte lui donne la légitimité d'être la plus généreuse possible dans la garantie des droits. C'est pour cette raison qu'elle fait montre d'activisme judiciaire et que dans l'affaire *Makwanyane*<sup>114</sup>, elle s'est écartée de la sévérité dont les juges canadiens avaient dû faire preuve au lendemain de l'arrêt *Oakes*.

Compte tenu de tout ce qui vient d'être mentionné sur la limitation des droits, la Cour constitutionnelle a conclu que la peine de mort ne remplissait pas les critères de limitation des droits, pour au moins trois considérations.

---

<sup>113</sup> Stacia L. HAYNIE, *Judging in Black and White: Decision-Making in the South African Appellate Division, 1950-1990*, New York, Peter Lang Publishing Inc. (2003).

<sup>114</sup> *Makwanyane*, préc., note 72, par. 107.

*Primo*, selon la Cour, la peine de mort est arbitraire. En effet, son application risque de dépendre de la position personnelle des juges sur le sujet. La défense de l'accusé, selon qu'elle soit bonne ou mauvaise, peut influencer sur le prononcé de la peine de mort. Or, le plus souvent, seules les personnes nanties peuvent s'offrir une bonne défense. Il existe donc un risque réel de discrimination fondée sur la condition sociale de l'individu. Par ailleurs, maintenir la peine de mort, en Afrique du Sud, entraînerait une discrimination fondée sur le lieu de résidence<sup>115</sup>. L'arbitraire de la peine de mort vient également du risque d'erreur dans son application. Le problème, c'est qu'en cas d'erreur, on ne peut ramener la personne tuée à la vie.

*Secundo*, la peine de mort n'est pas nécessaire, car il existe une peine alternative sévère ; l'emprisonnement à vie<sup>116</sup>. De plus, il n'est pas établi que le recours à la peine de mort dissuade ou prévienne la criminalité<sup>117</sup>. Le juge en chef ajoute que l'État n'a pas non plus besoin de s'engager dans la tuerie froide et calculée des meurtriers pour exprimer son outrage moral face à leur conduite<sup>118</sup>. Son administration ne répond pas non plus à la notion de punition : punit-on vraiment quelqu'un en mettant fin à sa vie ?

*Tertio*, la peine de mort ne répond pas au critère d'atteinte minimale possible, car elle met fin à la vie et éteint le bénéfice de tous les

---

<sup>115</sup> La loi sud-africaine sur la procédure criminelle ne s'appliquait pas uniformément sur le territoire sud-africain à cause de la politique d'apartheid et de ses bantoustans prétendument indépendants. Par exemple, le bantoustan prétendument indépendant du Ciskei avait aboli la peine de mort en 1990, tandis que son voisin du Transkei ne l'avait pas fait. Suite au démantèlement de l'apartheid, le territoire sud-africain a été réuni. Les bantoustans ont disparu, mais pas toutes leurs lois. Pour des fins de sécurité juridique, la Constitution intérimaire a prévu que, pendant la période transitoire, les lois issues de l'apartheid qui n'étaient pas jugées incompatibles avec le nouvel ordre constitutionnel, continueraient à s'appliquer. Cela étant, si la peine de mort avait été déclarée constitutionnelle par la Cour, elle aurait été appliquée au Transkei, mais pas au Ciskei, alors que les deux entités faisaient désormais partie d'une même province, la Province de Eastern Cape. Selon la Cour constitutionnelle, cette situation aurait opéré une discrimination injuste entre les personnes d'une même province, discrimination constitutive d'inégalité de traitement devant la loi et d'inégalité dans la protection de la loi. Or, de l'avis de la Cour, aucun argument rationnel ne pouvait justifier une telle disparité (*Makwanyane*, préc., note 72, par. 29).

<sup>116</sup> *Makwanyane*, préc., note 72, par. 128.

<sup>117</sup> *Id.*, par. 129 et suiv.

<sup>118</sup> *Id.*, par. 129.

autres droits fondamentaux ; elle est irrémédiable. En définitive, la peine de mort est inconstitutionnelle parce qu'elle est une peine cruelle, inhumaine et dégradante, et qu'elle porte injustement et déraisonnablement atteinte au droit à la vie.

Pour terminer notre commentaire sur la décision dans l'affaire *Makwanyane*, notons que la Cour s'est également inspirée de la doctrine *ubuntu*.

### **C. La doctrine *ubuntu* au soutien de l'inconstitutionnalité de la peine de mort**

Pour invalider la peine de mort, le juge constitutionnel s'est également appuyé sur la doctrine *ubuntu*. Le juge en chef Chaskalson fait remarquer que la doctrine *ubuntu* a contribué au succès du dialogue politique et constitutionnel qui a mis fin à l'apartheid<sup>119</sup>. Certes, ce concept n'apparaît pas explicitement dans la Constitution sud-africaine, mais il imprègne celle-ci.

*Ubuntu* est un terme bantou. Mot-à-mot, il signifie « humanité aux autres ». Mais il s'agit en réalité d'un courant philosophique africain selon lequel les êtres humains sont interdépendants, et en tant que tels, ils se doivent pardon, tolérance, hospitalité, respect, partage, solidarité. À tout prendre, *ubuntu* est l'ensemble des valeurs humanistes africaines.

Au sortir de l'apartheid, le président Mandela et Mgr Desmond Tutu<sup>120</sup> se sont appuyés sur la doctrine *ubuntu* pour instaurer la Commission Vérité et Réconciliation<sup>121</sup>, laquelle eut pour mission d'enregistrer publiquement les aveux des auteurs de crimes sous l'apartheid en échange de l'amnistie. Il est vrai que ce compromis de la vérité contre le pardon<sup>122</sup> fut une pilule très douloureuse à avaler, surtout du point de vue des victimes ou de leurs parents, d'autant plus que les bourreaux venaient raconter les atrocités de leurs

<sup>119</sup> *Makwanyane*, préc., note 72, par. 131.

<sup>120</sup> Mgr Desmond Tutu, archevêque anglican, prix Nobel de la Paix 1984, premier évêque noir d'Afrique du Sud, figure de proue de la lutte anti-apartheid, promoteur de la non-violence et du pardon en Afrique du Sud. Voir : Desmond TUTU, *Il n'y a pas d'avenir sans pardon*, Paris, Albin Michel, 2000.

<sup>121</sup> La Commission Vérité et Réconciliation fut créée par la *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995*.

<sup>122</sup> Sophie PONS, *Apartheid : l'aveu et le pardon*, Paris, Bayard, 2000.

actes « sans devoir présenter des excuses ni demander pardon ni faire acte de remords »<sup>123</sup>. Des groupes tentèrent, mais sans succès, de contester la légitimité de ce compromis devant la Cour constitutionnelle<sup>124</sup>. Cependant, quelque amer fut-il, ce compromis, fondé sur la philosophie *ubuntu*, démontra que les hommes, sans oublier le passé, étaient capables de se pardonner, et de se tourner vers l'avenir. De sorte que la société, si elle doit punir les crimes, ne doit jamais pour autant oublier que le meurtrier le plus froid, le plus odieux, doit être traité avec *ubuntu*, c'est-à-dire humanité.

Dans *Makwanyane*, la doctrine *ubuntu* fut exploitée par les juges Langa, Madala, Mahomed, Mokgoro pour corroborer le verdict final du juge en chef<sup>125</sup>. Ainsi, de l'avis du juge Yvonne Mokgoro, la doctrine *ubuntu* enseigne que « la vie n'a pas de prix » et, par conséquent, même le pire criminel ne doit pas être puni de mort<sup>126</sup>. Dans la même veine, le juge en chef Pius Langa, alors juge puîné<sup>127</sup>, présente la doctrine *ubuntu* en ces termes :

« *Ubuntu* est une culture qui met l'accent sur les règles de vie en communauté et l'interdépendance des membres d'une communauté et qui reconnaît à la personne le statut d'être humain et lui fait bénéficier sans condition du respect, de la dignité, de la valeur et de l'acceptation des autres membres de la communauté [...] *Ubuntu* régule l'exercice des droits par le mécanisme de la responsabilité partagée et la jouissance mutuelle des droits. »<sup>128</sup>

Dans la philosophie *ubuntu*, le verbe (le dialogue) est l'unique mode de résolution des conflits. C'est pourquoi le dialogue s'est imposé comme la seule voie de sortie de l'apartheid en Afrique du Sud. Quant à la punition, elle ne peut s'opérer par la mort, car les hommes étant interdépendants, la mort de l'un d'entre eux, fut-il un meurtrier, affecte forcément le réseau de l'interdépendance. Tuer quelqu'un, c'est en quelque sorte se détruire soi-même, d'où la

<sup>123</sup> Jack LANG, *Nelson Mandela. Leçon de vie pour l'avenir*, Paris, Perrin, 2004, p. 228.

<sup>124</sup> *AZAPO v. President of the Republic of South Africa*, 1996 (4) SA 671 (CC).

<sup>125</sup> Juge Pius Langa (*Makwanyane*, préc., note 72, par. 215-234), juge Thole Madala (*id.*, par. 236-260), juge Ismail Mahomed (*id.*, par. 61-299) et juge Yvonne Mokgoro (*id.*, par. 300-318).

<sup>126</sup> *Makwanyane*, préc., note 72 (j. Mokgoro).

<sup>127</sup> Il est juge en chef depuis juin 2005, ayant succédé au juge en chef Arthur Chaskalson, parti à la retraite.

<sup>128</sup> *Makwanyane*, préc., note 72, par. 214 (j. Langa).

nécessité d'abolir la peine de mort. De l'avis de la Cour constitutionnelle, *ubuntu* est une valeur qui demande à la société d'œuvrer à prévenir la criminalité plutôt que de se contenter de tuer les meurtriers<sup>129</sup>.

### III. Les étrangers : une jurisprudence humaniste

La politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle est bienveillante et protectrice de l'étranger. Avant de l'illustrer par des cas, procédons à un bref aperçu de la condition sociale de l'étranger en Afrique du Sud postapartheid.

#### A. Aperçu de l'évolution de la condition sociale de l'étranger

Depuis la fin des années 1980, les frontières européennes et occidentales sont devenues quasiment infranchissables pour des millions de personnes en quête d'un monde meilleur<sup>130</sup>. Nombreux sont donc ceux qui optent pour l'Afrique du Sud qui, depuis la fin de l'apartheid, fait figure de puissance économique continentale et de démocratie stable et fiable. Les candidats à l'immigration viennent d'Asie, d'Amérique latine, d'Europe centrale et orientale. Mais c'est l'Afrique qui en fournit le plus gros lot<sup>131</sup>. La déroute des économies, la faillite des institutions, les guerres civiles généralisées, les processus démocratiques en trompe-l'œil, l'aspiration à une qualité de vie, la quête naturelle de la liberté, sont autant de facteurs qui poussent bon nombre d'Africains, qualifiés ou non, à chercher à franchir le Limpopo<sup>132</sup>. Le pays de Nelson Mandela est donc très attrayant.

<sup>129</sup> *Id.*, par. 131 (J. Chaskalson)

<sup>130</sup> Songeons à cette célèbre formule de Michel Rocard (Premier ministre français de 1988 à 1991) : « La France ne peut pas accueillir toute la misère du monde... ». Selon son auteur, la formule était tronquée, car elle n'était pas reproduite dans sa totalité. Il est vrai que l'auteur avait déclaré : « La France ne peut pas accueillir toute la misère du monde, mais elle doit savoir en prendre fidèlement sa part ». Voir : Michel ROCARD, « La part de la France », *Le Monde*, 24 août 1996.

<sup>131</sup> Aurélia wa KABWE-SEGATTI, « Reformuler la politique de l'immigration dans l'Afrique du Sud post apartheid », dans Philippe GUILLAUME et Nicolas PEJOUT (dir.), *L'Afrique du Sud dix ans après : Transition accomplie ?*, Johannesburg et Paris, IFAS/Karthala, 2004, p. 249-269.

<sup>132</sup> Fleuve d'Afrique australe dont une partie du cours détermine la frontière entre le Zimbabwe et l'Afrique du Sud. Limpopo (anciennement *Northern Province*) est

Cependant, tandis que l'intégration des étrangers blancs se passe relativement bien, celle des étrangers noirs africains se révèle beaucoup plus difficile. En effet, ces derniers s'attirent souvent la colère et le rejet des Noirs sud-africains qui les accusent bien souvent à tort de se livrer à des activités criminelles<sup>133</sup>. Les migrants africains, en général mieux qualifiés que les autochtones sud-africains, sont perçus par ces derniers comme des concurrents déloyaux et illégitimes sur un marché du travail qui compte plus de 26% de taux de chômage<sup>134</sup>. Ainsi, des minorités xénophobes agissantes n'hésitent pas à entreprendre des expéditions punitives parfois mortelles contre les étrangers africains<sup>135</sup>. Mais il y a plus grave encore : il n'est pas rare que la police elle-même se livre à des activités xénophobes contre les étrangers noirs africains. On se souvient des images diffusées en novembre 2000 par les grandes télévisions du monde, montrant des policiers sud-africains jeter leurs chiens de combat sur trois hommes noirs non armés, dont « le crime » était d'être présumés étrangers illégaux<sup>136</sup>. Or, la Nouvelle Afrique du Sud se veut « une société démocratique ouverte fondée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté »<sup>137</sup>.

Face à de telles dérives, et soucieux de la crédibilité de ce pays qui a fait du respect des droits humains le fondement même de son système de gouvernement, les pouvoirs publics interviendront rapidement et simultanément sur deux fronts.

---

par ailleurs le nom de l'une des neuf provinces de la République sud-africaine. Cette province est située dans le nord du pays à la frontière avec le Zimbabwe.

<sup>133</sup> Sur la xénophobie en Afrique du Sud postapartheid, voir : Aurélia wa KABWE-SEGATTI, « Reformuler la politique de l'immigration dans l'Afrique du Sud post apartheid », dans P. GUILLAUME et N. PEJOUT (dir.), préc., note 131, 249-269 ; Harris BRONWYN, « Xenophobia: A new Pathology for a new South Africa? », dans D. HOOK et G. EAGLE, *Psychopathology and Social Prejudice*, Cape Town, University of Cape Town Press, 2002, p. 169-184 ; Jonathan CRUSH, « Immigration, Xenophobia and Human Rights in South Africa », (2001) 22 *Migration Policy Series* 1.

<sup>134</sup> Voir le Service des statistiques du gouvernement, en ligne : <<http://www.statssa.gov.za>>.

<sup>135</sup> Aurélia wa KABWE-SEGATTI, « Reformuler la politique de l'immigration dans l'Afrique du Sud post apartheid », dans Ph. GUILLAUME et N. PEJOUT (dir.), préc., note 131, p. 249, à la page 266.

<sup>136</sup> Des violences ont fait l'objet de reportages à *BBC News Africa Live* du 15 août 2003 et dans *The Mail and Gardian* du 22 août 2005.

<sup>137</sup> Const. 96, art. 36(1) et 39 (1). Voir aussi le Préambule de la Constitution.

D'un côté, les dirigeants interviennent pour apaiser le climat et rassurer les étrangers. Ils rappellent les principes de base en insistant sur deux évidences. La première, c'est que les étrangers, notamment les Noirs africains, ne sont pas responsables de la précarité socioéconomique que vivent les Noirs sud-africains. Ils ne sont pas à l'origine du taux élevé de chômage<sup>138</sup>. La deuxième consiste à prendre appui sur *ubuntu*. Ainsi, l'ANC, le parti majoritaire, insiste sur les vertus de tolérance, d'hospitalité et de solidarité de la société africaine, tout en rappelant à la population sud-africaine une vérité de La Palice : l'Afrique du Sud fait partie du Continent africain. Alors qu'il était aux affaires, le président Thabo Mbeki<sup>139</sup>, qui se voulait porteur d'une nouvelle idée de l'Afrique et de l'Africain qu'il appelle la « renaissance africaine », ne cessa de plaider en faveur d'une prise de conscience africaine qui permettrait aux Africains de prendre leur destin en main, de se doter de démocraties stables et de construire une vie meilleure pour tous les peuples d'Afrique<sup>140</sup>. De sa retraite, le vieux leader Mandela monte souvent aux créneaux contre les risques de dérives. À ceux qui s'énervent du nombre élevé de migrants non qualifiés, Mandela rétorque sans ambages : « Il est difficile d'empêcher ces gens d'entrer sur le territoire même s'ils n'ont aucune formation particulière, parce qu'ils veulent, à juste titre, améliorer leur vie. Et si l'on ne peut pas améliorer son existence chez soi, il est naturel d'aller ailleurs »<sup>141</sup>.

Parallèlement à l'action gouvernementale, la Commission des droits de l'homme, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR) et des Organisations non gouvernementales (ONG) lancent fréquemment des programmes de sensibilisation de la population contre les dérives xénophobes.

Dans un deuxième temps, l'intervention des pouvoirs publics répond aux exigences du réalisme politique. Le gouvernement durcit en effet sa législation sur l'entrée et le séjour des étrangers et son code de la nationalité. De sorte que les ressortissants de la plupart

---

<sup>138</sup> Jonathan CRUSH, *loc. cit.*, note 133, 1.

<sup>139</sup> Thabo Mbeki est le président de la République sud-africaine de juin 1999 à décembre 2009. Il avait succédé au président Mandela dont il fut le vice-président de mai 1994 à juin 1999.

<sup>140</sup> Voir l'éditorial de *RFI* (Radio France Internationale) du 16 avril 2004, en ligne : <[www.rfi.fr/actufr/articles/052/article\\_27486.asp](http://www.rfi.fr/actufr/articles/052/article_27486.asp)> (consulté le 28 mai 2009).

<sup>141</sup> *Paris Match*, n° 2960 du 9 au 15 février 2006, à la page 65.

des pays subsahariens se voient imposer l'obtention de visas selon des critères aussi restrictifs que ceux qu'imposent les pays occidentaux. À la différence du régime d'apartheid, la nouvelle politique d'immigration exclut le critère racial et ethnique. Mais elle favorise, comme l'observe Aurélia wa Kabwe-Segatti<sup>142</sup>, une immigration élitiste et facilite les mouvements d'échanges commerciaux tandis qu'elle reste très sévère à l'égard des migrants peu qualifiés. Tel est le contexte général dans lequel les tribunaux ont été appelés à intervenir. On le verra, la Cour constitutionnelle a tenté de dépassionner le débat sur la place de l'étranger dans la société. Elle a sanctionné l'approche minimaliste initiale des tribunaux ordinaires.

## **B. Le désaveu du minimalisme préjudiciel des tribunaux ordinaires**

Les premières affaires remontent à l'époque de la Constitution intérimaire. Les tribunaux ordinaires avaient été les premiers à intervenir dans le débat sur le statut des étrangers.

Dans trois affaires semblables<sup>143</sup>, les services de l'immigration avaient refusé de renouveler et de délivrer des permis de séjour à des étrangers. L'Administration avait également refusé de fournir les raisons de sa décision, contrairement à la Constitution intérimaire qui prévoyait que toute personne lésée par un acte administratif avait le droit d'obtenir de son auteur les raisons ayant motivé l'acte. Les étrangers concernés saisirent les tribunaux ordinaires, mais ceux-ci avaient rejeté les recours introduits par eux, au motif

<sup>142</sup> Aurelia KABWE-SEGATTI, « Reformuler la politique de l'immigration dans l'Afrique du Sud post apartheid », dans Ph. GUILLAUME et N. PEJOUT (dir.), préc., note 131, 262.

<sup>143</sup> *Xu v. Minister van Binnelandse Sake*, 1995 (1) SA 185 (T) ; 1995 (1) BCLR 62 (T). L'affaire portait sur deux litiges. Dans le premier cas l'Administration avait refusé de délivrer un permis de séjour temporaire. Dans le second cas, elle avait refusé de prolonger un séjour temporaire arrivé à expiration. Dans l'un et l'autre cas, l'Administration refusa de donner aux étrangers concernés les raisons de sa décision. Voir aussi l'affaire *Parekh v. Minister of Home Affairs*, 1996 (2) SA 710 (DCLD), où était en cause le refus de délivrer un permis de résident permanent, *Naideno v. Minister of Home Affairs*, 1995 (7) BCLR 891 (T), où le demandeur, accusé de crimes graves à l'étranger, s'était vu refuser sa demande de prolongation de titre de séjour temporaire (il cherchait à obtenir cette prolongation pour pouvoir solliciter l'asile politique).

que la loi sur l'immigration<sup>144</sup> ne consacrait aucun droit en leur faveur. Selon les tribunaux ordinaires, les étrangers ne pouvaient pas non plus légitimement espérer de l'Administration la motivation de ses décisions les concernant. De surcroît, les juges ordinaires estimèrent que les étrangers n'entraient pas dans la définition de l'expression « toute personne », employée dans la Constitution pour désigner les bénéficiaires et les titulaires des droits fondamentaux.

Par ailleurs, dans les mêmes affaires, les tribunaux ordinaires avaient jugé que l'Administration n'avait aucune obligation constitutionnelle vis-à-vis des étrangers au motif que ni la Constitution, ni la loi, ni la common law, ni le droit international, donc aucune règle de droit, ne garantissaient à l'étranger le droit d'entrer et de séjourner de manière temporaire ou permanente sur le territoire de la République. La seule note discordante venait de l'affaire *Foulds v. Minister of Home Affairs*<sup>145</sup>, dans laquelle la Cour supérieure de Johannesburg fit droit au recours d'un étranger qui s'était vu refuser sans motif sa demande de carte de résident permanent. Cependant, il reste que dans la formulation de ce jugement, la Cour supérieure refusa de se fonder sur la Constitution qui pourtant lui donne un titre de compétence (la clause constitutionnelle sur la justice administrative). En l'espèce, les juges de Johannesburg se sont cantonnés à l'application des règles de la common law alors même qu'il n'y avait pas de raison d'user de cet écran.

À tout prendre, retenons que les juges ordinaires avaient manifestement cherché à soustraire les étrangers de la protection constitutionnelle. Leur politique minimaliste renvoyait à la jurisprudence de l'Ancien Régime, ce qui suscita les critiques de la doctrine<sup>146</sup>.

### **C. Les étrangers sont bénéficiaires de la protection de la Déclaration des droits**

Dès que la première occasion se présenta, la Cour constitutionnelle prit le contre-pied de la tendance minimaliste et coercitive des juges ordinaires, obligeant ainsi ces derniers à faire un revirement

---

<sup>144</sup> *Aliens Control Act* 96 of 1991.

<sup>145</sup> *Foulds v. Minister of Home Affairs*, 1996 (4) SA 137 (W).

<sup>146</sup> Jonathan KLAAREN, « So far not so good : An Analysis of Immigration Decisions under the New Constitution », (1996) 12 *So.Afr.J.Hum.Rts* 605.

jurisprudentiel total. La politique protectrice des étrangers prend appui sur deux éléments : l'égalité et la dignité humaine.

### **1. L'égalité est la règle, la discrimination l'exception**

Le premier cas porté devant la Cour en matière de police des étrangers fut l'affaire *Larbi-Odam*<sup>147</sup>. Un arrêté ministériel du gouvernement de la Province Nord-Ouest interdisait d'embaucher à des postes permanents les enseignants qui n'avaient pas de la nationalité sud-africaine. L'affaire fut présentée à la Cour supérieure de cette Province, mais les juges déboutèrent les requérants ; ceux-ci firent alors appel à la Cour constitutionnelle.

Dans un jugement unanime, madame la juge Yvonne Mokgoro casse la décision du juge *a quo* et annule l'arrêté ministériel incriminé, au motif que l'interdiction d'employer des enseignants étrangers dans les établissements publics constitue une discrimination sur le fondement de la nationalité, et une telle discrimination viole le droit à l'égalité garanti à toute personne par la Constitution.

S'appuyant sur l'opinion de la juge Wilson dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*<sup>148</sup> de la Cour suprême du Canada, la juge Yvonne Mokgoro fait remarquer que les étrangers représentent une minorité en Afrique du Sud. En tant que tels, ils n'ont pas de pouvoir politique ni personne pour les défendre ; ils font face à des menaces, des intimidations et du chantage de la part des autorités<sup>149</sup>, ils sont vulnérables. Par conséquent, ils ont besoin de la protection de la part de la société et de ses institutions<sup>150</sup>.

De même, faisant sienne l'opinion du juge La Forest dans la même affaire canadienne, le juge sud-africain estime qu'être étranger est un attribut personnel qu'il n'est pas facile de changer<sup>151</sup>.

<sup>147</sup> *Larbi-Odam and Others v. Member of the Executive Council for Education (North-West Province) and Another*, 1998 (1) SA 745 (CC) ; 1997 (12) BCLR 1655 (CC), ci-après *Larbi Odam*. Voir les analyses de Xavier PHILIPPE, « Actualité constitutionnelle sud-africaine », RFDC 1998.350.

<sup>148</sup> *Andrews c. Law Society of British Columbia*, RFDC [1989] 1 R.C.S. 143. Voir : *Larbi Odam*, préc., note 147, par. 19.

<sup>149</sup> *Larbi-Odam*, préc., note 147, par. 20.

<sup>150</sup> *Id.*

<sup>151</sup> *Id.*, par. 19.

Enfin, se penchant sur la catégorie spécifique des étrangers en résidence permanente, la juge Mokgoro estime aberrant et déraisonnable de leur interdire l'accès à des emplois stables, alors même que ces personnes ont été autorisées à s'installer de manière permanente et à travailler dans le pays, avec la possibilité de se naturaliser en temps utile<sup>152</sup>. De l'avis de la juge Mokgoro, les résidents permanents doivent bénéficier des mêmes opportunités que les citoyens sud-africains en matière d'accès à l'emploi, à moins que la Constitution n'en dispose autrement<sup>153</sup>.

Le gouvernement prétendait par ailleurs que sa mesure visait à lutter contre le chômage<sup>154</sup>. Selon lui, il est légitime et normal de s'occuper d'abord des intérêts de ses propres nationaux, d'autant plus que les étrangers peuvent, au besoin, retourner dans leur pays alors que les Sud-Africains n'ont nulle part où aller<sup>155</sup>.

La Cour estime que l'argument selon lequel l'État doit accorder un traitement préférentiel à ses nationaux en matière d'emploi ne se justifie pas dans le cas d'espèce<sup>156</sup>. En effet, si les étrangers peuvent à tout moment retourner dans leur pays, ce qui n'est d'ailleurs pas évident, les Sud-Africains qui bénéficient de la double nationalité peuvent aussi compter en temps utile sur l'autre pays de leur nationalité<sup>157</sup>. La lutte légitime contre le chômage ne devrait pas se faire au préjudice des résidents permanents<sup>158</sup>; ceux-ci doivent pouvoir accéder au marché de l'emploi autant que les nationaux.

Par ailleurs, dans l'affaire *Khosa*<sup>159</sup>, la Cour constitutionnelle étendit le bénéfice de la sécurité sociale aux étrangers ayant le statut de résident permanent<sup>160</sup>. Dans cette affaire, la loi sur la sécurité sociale<sup>161</sup> avait exclu tous les étrangers du bénéfice de certaines

---

<sup>152</sup> *Larbi-Odam*, préc., note 147, par. 24, 35 et 37.

<sup>153</sup> *Id.*, par. 24.

<sup>154</sup> *Id.*, par. 27.

<sup>155</sup> *Id.*

<sup>156</sup> *Id.*, par. 29.

<sup>157</sup> *Id.*, par. 28.

<sup>158</sup> *Id.*, par. 31.

<sup>159</sup> *Khosa and Another v. Minister of Social Development* 2004 (6) SA 505 (CC), ci-après *Khosa*.

<sup>160</sup> Kevin ILES, « Limiting Socio-Economic Rights: Beyond the Internal Limitations Clauses », (2004) 20 *So.Afr.J.Hum.Rts.* 448.

<sup>161</sup> *Social Assistance Act* 59 of 1992.

formes d'aide sociale. Des étrangers titulaires du statut de résident permanent attaquèrent cette mesure devant les tribunaux. La Cour supérieure de Pretoria accueillit leur demande en invalidant la loi incriminée. L'affaire arriva donc devant la Cour constitutionnelle par le mécanisme du renvoi en certification : elle devait infirmer ou confirmer la décision d'invalidité du juge *a quo*.

La juge Yvonne Mogoro rendit le jugement majoritaire. Selon elle, la Constitution prévoit le droit à la sécurité sociale au bénéfice de toute personne, sans distinction entre étrangers et nationaux<sup>162</sup>. Certes, des critères limitatifs doivent s'appliquer pour qu'une personne accède à une prestation sociale, mais les critères retenus ne doivent pas être en contradiction avec la Déclaration des droits<sup>163</sup>. Ainsi, la catégorie des bénéficiaires de prestations sociales doit inclure tout au moins les résidents permanents.

La Constitution oblige l'État à promouvoir les droits fondamentaux. Or, restreindre l'accès des résidents permanents à la sécurité sociale n'est pas, selon la juge Mokgoro, une politique raisonnable de promotion du droit fondamental à la sécurité sociale<sup>164</sup>. Elle conclut que la loi incriminée opérait une discrimination injuste en violation de la clause constitutionnelle sur l'égalité<sup>165</sup>.

Quant à la réparation de cette discrimination, la juge Yvonne Mokgoro estima qu'en l'espèce, il n'était pas dans l'intérêt de la justice d'invalidiser la loi et de se contenter de la renvoyer au législateur. Selon elle, la réparation la plus adéquate consisterait pour la Cour à corriger elle-même la loi en y ajoutant ce qui lui faisait défaut. Ainsi, la Cour décida d'inscrire les termes « résidents permanents » à côté du mot « citoyens » dans toutes les phrases qui visaient les bénéficiaires de la sécurité sociale<sup>166</sup>.

Notons cependant que ce jugement ne fit pas l'unanimité au sein de la Cour. Les juges Thole Madala et Sandile Ngcobo<sup>167</sup> n'étaient pas de l'avis de la majorité. Selon les dissidents, l'exclusion des

---

<sup>162</sup> *Khosa*, préc., note 159, par. 47.

<sup>163</sup> *Id.*, par. 45.

<sup>164</sup> *Id.*, par. 53 et suiv.

<sup>165</sup> *Id.*, par. 85.

<sup>166</sup> *Id.*, par. 89.

<sup>167</sup> *Id.*, par. 99 et suiv.

étrangers, y compris les résidents permanents, des prestations sociales était une limitation justifiée au droit d'accès à la sécurité sociale, lequel droit ne peut être rationnellement garanti à chaque individu présent sur le territoire sud-africain<sup>168</sup>. Ainsi, en raison des ressources limitées et de la nécessité de ne pas donner des signes incitatifs à l'immigration massive, il était légitime que le législateur établisse une préférence fondée sur la nationalité en matière d'accès aux prestations sociales, dans un pays ayant déjà des difficultés à faire face aux problèmes des nombreux immigrés présents sur son territoire<sup>169</sup>. Les juges dissidents n'hésitèrent pas à citer des pays démocratiques, tels les États-Unis, le Canada et la Grande Bretagne, qui sont plus riches que l'Afrique du Sud, mais qui ont une politique sociale sévère à l'égard des non citoyens<sup>170</sup>. Aussi, les juges dissidents estimèrent que l'exclusion des étrangers de l'accès à la sécurité sociale n'était qu'une mesure temporaire<sup>171</sup>, dans la mesure où la législation sud-africaine permet aux étrangers de se naturaliser. Selon les dissidents, la mesure participait d'une politique d'ouverture et d'intégration en ce qu'elle inciterait les étrangers établis sur le territoire à demander la naturalisation<sup>172</sup>. Mais la majorité rejeta ce point de vue jugé assez restrictif en ce qu'il ne tend pas à promouvoir le droit d'accès aux prestations sociales, lequel droit, selon le langage du constitution, a pour but de protéger la personne et non le citoyen.

Certes, la politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle tend à protéger l'étranger, mais il va de soi que l'étranger qui vit dans un pays autre que l'Afrique du Sud ne peut se prévaloir de la Déclaration sud-africaine des droits. Territorialité et souveraineté se joignent ainsi pour former une limite à l'application du droit national<sup>173</sup>.

---

<sup>168</sup> *Id.*, par. 180 et suiv.

<sup>169</sup> *Id.*, par. 120 et suiv.

<sup>170</sup> *Id.*, par. 124.

<sup>171</sup> *Id.*, par. 119, 130 et suiv.

<sup>172</sup> *Id.*, par. 130.

<sup>173</sup> Sur l'applicabilité de la Déclaration des droits au-delà des frontières sud-africaines, voir Stuart WOOLMAN, « Application », dans Stuart WOOLMAN, Theunis ROUX, Jonathan KLAAREN, Anthony STEIN et Matthew CHASKALSON, *Constitutional Law of South Africa*, 2<sup>nd</sup> Ed, Vol. 1, OS, Cape Town, Juta, 2005, chap. 31.

Cependant, la Cour n'exclut pas que l'étranger, même hors des frontières de l'Afrique du Sud, puisse bénéficier de la protection de la Constitution sud-africaine. À cet effet, la condition est que l'étranger ait ou qu'il ait eu un rapport avec l'Afrique du Sud, et ce, peu importe que cet étranger ait été en situation légale ou illégale en Afrique du Sud. En la matière, la décision de principe est *Mohamed v. President of the Republic of South Africa*<sup>174</sup>. Attardons-nous un peu à cette affaire.

Un ressortissant tanzanien répondant au nom de Mohamed avait été mis en accusation devant les tribunaux américains pour sa participation présumée aux attentats qui avaient visé la représentation diplomatique américaine à Dar es Salam (Tanzanie). Ces attentats, on s'en souvient, furent perpétrés en 1998 simultanément à Dar (Tanzanie) et à Nairobi (Kenya). Ce furent les premiers de la série d'attentats islamistes attribués à la nébuleuse *Al Quaïda*. Ils firent plusieurs victimes, pour la plupart des Africains, et causèrent d'importants dégâts matériels. Traqué par le *Federal Bureau Investigation* (FBI), Mohamed s'était retranché dans la ville du Cap, en Afrique du Sud, sous une fausse identité. La police sud-africaine finit cependant par l'arrêter. Elle le confia aussitôt aux représentants du FBI qui le firent transporter aux États-Unis. Les tribunaux américains lui notifièrent alors que, pour les crimes qui lui étaient reprochés, il encourrait la peine maximale, c'est-à-dire la peine de mort. La personne qui employait et hébergeait Mohamed au Cap saisit les tribunaux sud-africains afin de faire invalider la déportation. Le motif avancé était que l'individu n'avait pas été informé des conditions du procès aux États-Unis ni du risque d'encourir la peine de mort. L'affaire *Mohamed* est semblable, mais pas identique à l'affaire canadienne *Kindler*, précitée. Les tribunaux devaient se prononcer sur le sort d'un étranger déporté (affaire *Mohamed*) ou extradé (affaire *Kindler*) et qui n'était donc plus sur le territoire.

Selon la Cour sud-africaine, bien que l'étranger en question ne fut plus sur le territoire, l'État sud-africain avait l'obligation constitutionnelle de s'assurer qu'il bénéficiait de la protection de la Déclaration des droits en territoire américain. La Déclaration sud-africaine lui garantissait le droit à la vie, un droit déclaré incompatible avec la peine de mort en Afrique du Sud. La Cour estima que la répara-

---

<sup>174</sup> *Mohamed and Another v. President of the Republic of South Africa and others*, 2001 (7) BCLR 685 (CC); 2001 (3) SA 893 (CC).

tion la plus convenable en l'espèce était d'inviter l'État sud-africain à agir promptement auprès des autorités américaines de sorte que la peine de mort ne soit pas appliquée à Mohamed. La Cour fit la leçon au gouvernement, en lui rappelant qu'il devait donner l'exemple dans le respect des lois. La Cour rappela au gouvernement que son jugement d'invalidation de la peine de mort était passé en force de chose jugée et liait donc le gouvernement. Ce dernier manquerait gravement à ses obligations s'il agissait directement ou indirectement contre ce jugement.

Pour résumer la politique jurisprudentielle sur les étrangers, on retiendra que, sauf dispositions contraires de la Constitution, les étrangers ont les mêmes droits que les citoyens. Il y a des droits qui, du langage même de la Constitution, sont réservés aux citoyens. Il en va ainsi des droits civils et politiques tels que le droit d'élire et de se faire élire. Dans la même veine, la Constitution prévoit que seuls les citoyens sud-africains peuvent prétendre à la fonction de membre de la Cour constitutionnelle<sup>175</sup>. La liste des exemples n'est pas épuisée. Mais notons qu'en dehors des restrictions posées par la Constitution, le principe est l'égalité de traitement, surtout lorsque les droits et libertés en cause sont de la première génération. Toutefois, il n'est pas interdit au législateur de limiter les droits et libertés des étrangers. Il peut le faire, mais il devra se soumettre à la clause constitutionnelle de limitation des droits (article 36 de la Constitution). Le législateur a un titre de compétence pour restreindre les droits et libertés des étrangers, mais ce titre est en même temps la limite de son action. Celle-ci est fortement canalisée, car toute limitation doit, sous peine d'invalidation par le juge, être raisonnable et se justifier dans une société démocratique, libre, ouverte, fondée sur le respect de la dignité, l'égalité et le respect [article 36 (1) de la Constitution].

## **2. La protection de l'étranger en vertu de la dignité humaine**

Dépasant les passions d'une opinion publique parfois désespérée et souvent mal informée, la Cour constitutionnelle s'est érigée en défenseur de l'étranger en Afrique du Sud. La position constante de la Cour repose sur une évidence bien souvent occultée par les

---

<sup>175</sup> Const. 96, art. 174 (1).

passions que suscitent les débats de société : l'étranger est un être humain et mérite d'être traité en tant que tel.

C'est justement en vertu de la dignité humaine que la Cour constitutionnelle refuse de faire une différenciation entre les étrangers et entre ceux-ci et les nationaux lorsqu'il est question d'accès à des prestations sociales et économiques (jurisprudence *Khosa*) ou à des garanties judiciaires. Ainsi, dans l'affaire *Lawyers for Human Rights*<sup>176</sup>, la Cour jugea que les étrangers clandestins ou en situation irrégulière devaient jouir des droits procéduraux (*due process of law*) au même titre que toute personne impliquée dans une action en justice.

L'arrêt *Lawyers for Human Rights* renvoie à la jurisprudence *Mohamed* (*supra*) ; elle enseigne qu'un étranger entré illégalement sur le territoire de la République ne peut pas, de ce fait, être entièrement exclu de la protection de la Déclaration des droits. L'étranger clandestin ou en situation irrégulière doit bénéficier, autant que les nationaux, des droits inhérents à la personne, tels que le droit à la vie, le respect de la dignité, le mariage et les garanties judiciaires.

Dans *Dawood v. Minister of Home Affairs*<sup>177</sup>, il était question de liberté de mariage et du droit de mener une vie familiale normale. La Constitution sud-africaine ne prévoit explicitement ni l'un ni l'autre de ces droits. Cependant, la Cour estima que le fait qu'il n'y ait pas de disposition écrite ne signifiait pas que la Constitution écartait les étrangers de ces droits. Selon la Cour constitutionnelle, en vertu de la dignité humaine, toute personne, indépendamment de son statut (étranger ou citoyen), a droit à la liberté de mariage et à une vie de famille. En conséquence, la Cour a concluant cette affaire que le refus par les pouvoirs publics de délivrer un permis de séjour temporaire à l'étranger conjoint d'un Sud-Africain violait le droit de ces personnes à la dignité humaine. Pour ce qui est de la réparation, la Cour estima qu'il était de la responsabilité du gouvernement de délivrer les permis de résident. Cependant, en l'espèce, il n'était ni juste ni digne, du point de vue de la Cour, de renvoyer les personnes devant l'administration, sans réparation immédiate. La Cour ordonna

---

<sup>176</sup> *Lawyers for Human Rights and Another v. Minister of Home Affairs and Another*, 2004 (4) SA 125 (CC), 2004 (7) BCLR 775 (CC).

<sup>177</sup> *Dawood and Another v. Minister of Home Affairs and Others; Shalabi and Another v. Minister of Home Affairs and Others; Thomas and Another v. Minister of Home Affairs and Others*, 2000 (3) SA 936 (CC), 2000 (8) BCLR 837 (CC).

donc au gouvernement de leur délivrer sans délai un permis de résident temporaire en attendant qu'ils obtiennent le statut de résident permanent.

En matière de police des étrangers, la Cour constitutionnelle estime qu'il ne faut pas faire compliqué lorsque le langage du constituant est clair et simple. En effet, la Constitution elle-même utilise le terme « toute personne » (*everyone*) pour définir les bénéficiaires ou titulaires de certains droits fondamentaux. Or, chercher à limiter l'expression « toute personne » aux seuls citoyens, c'est s'éloigner du langage et de l'esprit du constituant ; c'est faire compliqué alors ce dernier a fait simple. Ce qui est plus grave encore, c'est de refuser aux étrangers le statut d'être humain ; cela constitue, pour la Cour, une aberration. Ainsi, chaque fois qu'un étranger est exclu du bénéfice ou de la jouissance d'un droit qui vise « toute personne », la mesure qui introduit une telle discrimination doit, sous peine d'invalidité, être justifiée conformément aux critères sévères de la clause constitutionnelle de limitation des droits.

#### **IV. Une jurisprudence protectrice des droits des homosexuels**

En reconnaissant des droits aux homosexuels, l'Afrique du Sud rejoint le petit cercle des pays<sup>178</sup>, tel le Canada, qui donnent une place à la question homosexuelle dans l'ordonnancement juridique. En effet, au Canada, la Cour suprême s'était basée sur une interprétation large de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour invalider, dans *Vriend c. Alberta*<sup>179</sup>, le congédiement d'un enseignant albertain qui avait déclaré son homosexualité. Dans *M. c. H*<sup>180</sup>, la Cour s'appuya sur la même disposition pour conclure que la définition du terme « conjoints » était discriminatoire en ce

---

<sup>178</sup> C'est également le cas des pays scandinaves, de la Belgique et des Pays-Bas et récemment de l'Espagne qui reconnaissent le mariage entre personne de même sexe. En France, le mariage reste une union entre un homme et une femme, donc entre des personnes de sexe différent. En revanche, Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, dite *Loi sur le Pacte civil de solidarité* (PACS), reconnaît des formes de vie commune aux homosexuels. L'art. 1<sup>er</sup> de cette loi définit le PACS comme un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie.

<sup>179</sup> *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

<sup>180</sup> *M. c. H*, [1999] 2 R.C.S. 3.

qu'elle excluait les couples homosexuels du droit de demander des aliments<sup>181</sup>. Dans le *Renvoi relatif au mariage entre les personnes de même sexe*<sup>182</sup>, la Cour suprême prit clairement position en faveur du mariage homosexuel. Selon le plus haut tribunal canadien, le mariage entre personnes du même sexe « découle de la *Charte* »<sup>183</sup>.

Dès lors, les législations fédérale et provinciale ont reconnu, chacune dans son domaine de compétence, des droits aux homosexuels<sup>184</sup>. Ainsi, le mariage, qui relève de la compétence fédérale<sup>185</sup>, est désormais ouvert aux homosexuels<sup>186</sup>. Pour sa part, la Province du Québec a institué l'union civile ouverte aux personnes du même sexe<sup>187</sup>.

À tout prendre, on retiendra qu'en la matière, les juges canadiens, sous l'autorité de la Cour suprême, furent avant-gardistes, car le constituant canadien n'avait pas expressément inclus la protection de l'orientation sexuelle dans la *Charte canadienne*. C'est donc le juge qui l'a fait par la technique de l'interprétation large.

Ce bref rappel de la situation canadienne nous permet de constater qu'en Afrique du Sud, les juges se sont montrés aussi activistes que leurs homologues canadiens. Mais encore une fois, le constituant sud-africain leur a facilité la tâche. En effet, en Afrique du Sud, c'est le constituant lui-même qui a pris l'initiative de la protection des homosexuels, en incluant expressément le concept d'« orientation sexuelle » dans les critères illicites de discrimination<sup>188</sup>. Ainsi, l'interdiction de discriminer sur la base de l'homosexualité

<sup>181</sup> Voir les commentaires éclairants de José WOEHLING, « Actualité constitutionnelle canadienne », RFDC 2004.645.

<sup>182</sup> *Renvoi relatif au mariage du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698. Voir aussi, l'affaire québécoise *Hendricks c. Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 2506 (C.S.), jugement confirmé en appel en 2004.

<sup>183</sup> *Id.*, par. 43.

<sup>184</sup> Sur l'évolution de la question au Canada, voir José WOEHLING, préc., note 181, 645. Voir le même auteur dans « Actualité constitutionnelle canadienne », RFDC 2005.813.

<sup>185</sup> Voir l'article 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.). Notons que la célébration du mariage relève de la compétence provinciale : article 92 (12) de la *Loi constitutionnelle*, précitée.

<sup>186</sup> *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4, art. 5. Cette loi est entrée en vigueur en 2005.

<sup>187</sup> *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 521.1 et suiv.

<sup>188</sup> Const. 96, art. 9 (3).

sexualité n'est ni d'origine législative, ni prétorienne ; elle tire son origine du texte même de la Constitution, c'est-à-dire de l'instrument juridique le plus élevé du pays. Ce faisant, le constituant sud-africain a cherché, non seulement à modifier le droit, mais aussi à opérer une révolution culturelle.

### A. Une révolution culturelle

Sous l'ancien régime sud-africain, c'est-à-dire le système juridique qui prévalait avant l'entrée en vigueur de la Constitution intérimaire le 27 avril 1994, l'homosexualité était un crime. Comme l'explique Daniel Conway<sup>189</sup>, l'idée que les thuriféraires de l'apartheid se faisaient de la virilité, de Dieu et de la religion, n'était pas compatible avec l'homosexualité. En effet, le Parti nationaliste afrikaner considérait l'homosexualité comme l'expression d'une maladie, de la faiblesse, de l'immoralité, de la lâcheté et, surtout, comme une offense à la nature et à Dieu<sup>190</sup>. Le service militaire obligatoire était le lieu et le moment de discipliner le jeune mâle blanc<sup>191</sup>. La philosophie qui sous-tendait la politique militariste de l'apartheid était de faire en sorte que la rudesse des activités militaires prévînt le jeune homme blanc de tout comportement sexuel déviant<sup>192</sup>.

De son côté, la composante africaine de la société sud-africaine ne tolérait pas non plus l'homosexualité. Peuples de tradition patriarcale, peuples guerriers, peuples fiers et fortement ancrés dans la certitude des croyances ancestrales et religieuses, peuples fâchés contre « le Blanc » qui les a soumis à l'apartheid, les Africains du Sud, comme d'ailleurs ceux du reste du Continent, estiment que l'homosexualité est une pratique déviante, contrenature. Laissons de côté les phrases assassines que le président Robert Mugabe du Zimbabwe lance constamment contre l'homosexualité et l'Occident pour observer, avec le professeur Wing<sup>193</sup>, que même des dirigeants

<sup>189</sup> Daniel CONWAY, « All these long-hair fairies should be forced to their military training. Maybe they will become men. The End Conscription Campaign, Sexuality, Citizenship and Military Conscription in Apartheid South Africa », (2004) 20 *So.Afr.J.Hum Rts* 207.

<sup>190</sup> *Id.*

<sup>191</sup> *Id.*, 208.

<sup>192</sup> *Id.*

<sup>193</sup> Adrienne KATHERINE WING, « The fifth Anniversary of the South African Constitution: A Role Model on Sexual Orientation », 26 *Vermont L.R.* 821, 821-828 (2001-2002).

africains considérés comme des plus ouverts, condamnent tout autant l'homosexualité. Ainsi, Julius Nyerere (Tanzanie) disait que l'homosexualité était une pratique étrangère à la culture africaine<sup>194</sup>. L'ancien président nigérian Olesegun Obasanjo ne se cache pas pour dire que l'homosexualité « est contraire à la Bible, à la nature et à l'Afrique »<sup>195</sup>. Point d'étonnement que les États africains n'aient pas de législation favorable à l'homosexualité.

En Afrique du Sud, au sein même de l'ANC (le parti majoritaire), la politique en matière d'homosexualité a dû évoluer. Dans un premier temps, il n'y avait pas, jusqu'à la fin des années 1980, de position officielle concernant l'homosexualité. La question ne faisait pas partie des préoccupations de l'organisation dont le but exclusif était de libérer le pays par tous les moyens, que ce soit par la diplomatie ou les armes. À cette époque, certains hauts dirigeants du mouvement de libération ne cachaient pas leur aversion pour l'homosexualité<sup>196</sup>. Or, l'ANC a fait des droits fondamentaux le moyen et le but de la lutte contre l'apartheid. Il fallait donc être conséquent. Le Congrès ne pouvait durablement continuer d'ignorer le sort des homosexuels sud-africains, dont certains étaient des « *comrades* »<sup>197</sup> et faisaient partie de ses rangs. Il fallait donc changer d'orientation politique. Ainsi, dans un deuxième temps (en mai 1992), le Congrès s'engagea formellement et publiquement à protéger les homosexuels, promettant de leur offrir un statut juridique dans une Afrique Sud libérée de l'apartheid<sup>198</sup>.

Lors du dialogue national qui mit fin à l'apartheid, le Parti national afrikaner (NP), voyant se profiler irrésistiblement sa perte du pouvoir politique, procéda à un retournement de veste en s'érigeant en défenseur des droits fondamentaux. Il s'associa à l'ANC pour faire inscrire dans la Constitution l'orientation sexuelle comme critère de discrimination injuste.

---

<sup>194</sup> *Id.*

<sup>195</sup> Éditorial de *Radio France Internationale* (RFI) du 15 décembre 2004, intitulé « Vers la légalisation du mariage homosexuel en Afrique du Sud », en ligne : <[http://www.rfi.fr/actufr/articles/060/article\\_32458.asp](http://www.rfi.fr/actufr/articles/060/article_32458.asp)> (consulté le 28 mai 2009).

<sup>196</sup> A.K. WING, préc., note 193, 23.

<sup>197</sup> Pendant les années de lutte contre l'apartheid, les militants de l'ANC ainsi que les personnes engagées dans cette lutte s'appelaient « camarades ». Cette appellation a survécu à la fin de la lutte.

<sup>198</sup> Voir le Site de l'ANC, en ligne : <[www.anc.org.za/ancdocs/policy/readyto.html](http://www.anc.org.za/ancdocs/policy/readyto.html)> (consulté le 28 mai 2009).

Cependant, en raison du poids de l'histoire et de l'influence des certitudes ancestrales et religieuses, on aurait pu croire que la disposition constitutionnelle sur l'orientation sexuelle resterait une coquille vide. Ainsi, le Parlement sud-africain n'a pas lui-même cherché à faire appliquer cette disposition constitutionnelle. Celle-ci semblait donc appelée à la désuétude. Mais c'était sans compter l'activisme des tribunaux sud-africains. Ils ont obligé le Parlement à agir pour donner à cette disposition toute son effectivité, à la déception d'une grande partie de l'opinion publique.

En raison de l'hostilité ambiante à l'homosexualité, les tribunaux sud-africains ont fait preuve d'audace. Plus qu'une contribution juridique, la politique jurisprudentielle en matière d'homosexualité participe d'une révolution culturelle. Et cette révolution semble plutôt en bonne marche, preuve en est ce propos d'un correspondant de la chaîne *BBC*: «Qu'il fait beau d'être homosexuel en Afrique du Sud»<sup>199</sup>. Cela dit, examinons quelques décisions de justice sur la question.

## **B. Aperçu de quelques jugements sur l'homosexualité**

Les juridictions ordinaires ont été les premières à connaître des litiges relatifs au statut des homosexuels. Il en va ainsi de l'affaire *Kampher*<sup>200</sup>, tranchée d'abord par une *Magistrate's Court* puis par la Cour supérieure. Dans cette affaire, un homme avait été condamné pour avoir pratiqué la sodomie. En vertu des règles de common law, une telle pratique constituait une infraction criminelle en Afrique du Sud. Le juge du procès l'avait condamné à une peine de douze mois de prison avec sursis. Il était dit dans la décision que le condamné retournerait immédiatement en prison et verrait sa peine initiale s'alourdir s'il s'adonnait de nouveau à la pratique de la sodomie. En appel, la Cour supérieure du Cap infirma la décision du juge inférieur au motif qu'elle méconnaissait la Constitution. Selon les juges du Cap, la sodomie constitue pour les homosexuels un droit fondamental, lequel droit découle de l'égalité et de la protection de la vie privée.

---

<sup>199</sup> *BBC News Africa*, édition du 29 septembre 2001 (20 h 44mn GMT).

<sup>200</sup> *State v. Kampher*, 1997 (9) BCLR 12 83 (CC).

Dans *Langmaat*<sup>201</sup>, une fonctionnaire de police lesbienne s'était vue refuser par les autorités la faculté de faire bénéficier à sa partenaire la couverture de son assurance-maladie alors même qu'un tel droit était reconnu à ses collègues hétérosexuels. La Cour supérieure du Transvaal (Pretoria) conclut à une atteinte au droit à l'égalité et ordonna à l'Administration de faire bénéficier le couple homosexuel de la prestation de l'assurance.

Quoique les questions sur l'homosexualité fussent favorablement tranchées par les tribunaux ordinaires, l'intervention de la Cour constitutionnelle était fort attendue, car la Cour est l'interprète authentique de la Constitution. La très militante association homosexuelle (*National Coalition for Gay and Lesbian Equity*) usa de toutes les astuces juridiques pour porter la question homosexuelle devant le juge constitutionnel.

Dans la première affaire portée devant la Cour constitutionnelle, affaire *Gay National Coalition I*<sup>202</sup> du nom de l'association précitée, il s'agissait d'un jugement d'inconstitutionnalité émanant de la Cour supérieure de Johannesburg. La Cour constitutionnelle était appelée à certifier cette décision. Le litige portait sur les règles de droit suivantes : la règle de common law selon laquelle la sodomie est une infraction, le Code de procédure pénale qui criminalise la sodomie, la loi de 1957 sur les offenses sexuelles qui interdit les pratiques sexuelles entre hommes ainsi que la loi de 1987 sur les officiers de la sécurité qui interdit aux agents les pratiques homosexuelles. Dans un jugement unanime, la Cour constitutionnelle confirma la décision d'invalidité en s'appuyant sur le droit à l'égalité, le droit à la dignité et le droit au respect de la vie privée. Elle jugea contraires à la Constitution les lois en cause ainsi que la règle de common law qui criminalise l'homosexualité.

La deuxième affaire initiée par les activistes homosexuels est l'affaire *Gay National Coalition II*<sup>203</sup>. Elle a trait à la police des étrangers. En effet, l'article 25 de la *Loi de 1991 relative à l'entrée et au séjour des étrangers sur le territoire sud-africain* facilitait l'immigration des étrangers conjoints de Sud-Africains ainsi que les conjoints

---

<sup>201</sup> *Langmaat v. Minister of Safety and Security*, 1998 (3) SA 312 (T).

<sup>202</sup> *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others*, 1998 (12) BCLR 1517 (CC), 1999 (1) SA 6 (CC).

<sup>203</sup> *National Coalition for Gay and Lesbian and Others v. Minister of Home Affairs and Others II*, 2000 (1) BCLR 39 (CC), 2000 (2) SA 1 (CC).

des résidents permanents. Le législateur avait employé les termes « époux » et « épouses » pour désigner les bénéficiaires de ce traitement préférentiel. Les militants homosexuels attaquèrent avec succès cette loi devant la Haute Cour du Cap. Et, comme dans la première affaire, la Cour constitutionnelle fut saisie par le mécanisme du renvoi en certification. Dans un jugement **unanime**, sous la plume du juge Ackermann, la Cour rejeta la demande de l'association homosexuelle d'inclure les conjoints ou partenaires homosexuels dans les concepts d'époux et d'épouses. Cependant, le juge Ackermann considéra favorablement la question de la discrimination contre les homosexuels et il arriva au constat suivant : le législateur, en garantissant l'obtention d'un permis aux étrangers époux et épouses de Sud-Africains et de résidents permanents, tout en ignorant le cas des étrangers ayant une relation homosexuelle stable avec des Sud-Africains et des résidents permanents, opère une discrimination injuste contre les homosexuels sud-africains et leurs partenaires étrangers. Une telle discrimination ne se justifiait pas dans une société démocratique ouverte fondée sur la dignité, l'égalité et la liberté.

Par ailleurs, l'affaire *Du Toit*<sup>204</sup> donna à la Cour constitutionnelle l'occasion de se prononcer sur l'adoption d'enfants par les couples homosexuels. Dans cette affaire, deux juges lesbiennes, vivant en couple depuis treize ans, cherchaient à adopter deux enfants. Elles passèrent avec succès toutes les phases de la procédure exigée en matière d'adoption, mais au bout du cheminement, elles se heurtèrent au refus du Tribunal pour enfant. En effet, le juge pour enfant refusa de leur accorder conjointement l'adoption des deux enfants au motif que la loi sur la protection de l'enfance (*Child Care Act 74 of 1983*) ne prévoyait l'adoption que par l'homme et la femme unis dans les liens du mariage. Face à l'obstacle de la législation, le juge pour enfant opta pour la tutelle. Or, aux termes de la loi sur la tutelle des mineurs (*Guardianship Act 192 of 1993*), la tutelle ne pouvait être reconnue qu'en faveur d'un membre du couple. En conséquence, le tribunal accorda la tutelle des deux enfants seulement à l'une des deux femmes. Avec le soutien de l'association de défense des homosexuels, les deux femmes saisirent la Cour

---

<sup>204</sup> *Du Toit v. Minister of Welfare and Population Development and others*, 2002 (10) BCLR 1006 (CC), 2003 (2) SA 198 (CC), ci-après *Du Toit*.

supérieure de Pretoria contre l'obstacle que la loi leur faisait d'adopter conjointement. Elles eurent gain de cause. L'affaire arriva donc devant la Cour constitutionnelle par voie de certification.

Le juge Lewis Skweyiya rédigea la décision avec le soutien **unanime** de ses collègues. Il jugea que les homosexuels engagés dans une relation permanente devraient être autorisés à adopter ensemble, au même titre que les couples mariés, dès lors qu'ils ont été jugés aptes aux termes de la procédure d'adoption. D'abord, le juge Skweyiya trouva que les deux lois disputées opéraient une discrimination injuste sur le motif de l'orientation sexuelle et du statut matrimonial, qu'elles violaient ainsi le droit à l'égalité. Ensuite, en niant aux couples homosexuels le droit d'adopter et d'être parents, le législateur avait, selon le juge Skweyiya, violé leur droit à la dignité. Enfin, se référant à la jurisprudence constante de la Cour<sup>205</sup>, le juge Skweyiya était d'avis que les lois incriminées avaient failli à un principe primordial, celui qui demande que l'on prenne en compte les meilleurs intérêts de l'enfant toutes les fois qu'une action ou une démarche le concerne. Partant de ce principe, le juge Lewis Skweyiya estima que la stabilité, le soutien et l'affection pour un enfant pouvaient tout à fait être assurés par un couple homosexuel.

Dans l'affaire *Santchwell*<sup>206</sup>, il y était question de la constitutionnalité de la loi relative à la rémunération et aux conditions d'exercice des juges<sup>207</sup>. En effet, une juge lesbienne contestait la validité constitutionnelle de la loi susdite qui garantissait des avantages aux époux et épouses de juges sans rien prévoir au bénéfice des partenaires (*life partners*) des juges vivant en couple homosexuel. Dans un verdict **unanime** rédigé par le juge Thole Madala, la Cour cons-

<sup>205</sup> *Minister of Welfare and Population Development v. Fitzpatrick and Others*, 2000 (3) 422 (CC), 2000 (7) BCLR 713 (CC), 17 : Le juge Richard Goldstone dégaga le principe selon lequel « la prise en compte des meilleurs intérêts de l'enfant a une importance primordiale dans toute affaire le concernant ».

<sup>206</sup> *Santchwell v. President of the Republic of South Africa and another*, 2002 (6) SA 1 (CC) ; 2002 (9) BCLR 986 (CC). En 2003, Mme Santchwell retourna de nouveau devant la Cour constitutionnelle au motif que la législation censée prendre en considération les partenaires des juges homosexuels selon le jugement de la Cour n'avait fait que reprendre en des termes différents les dispositions de la loi jugées inconstitutionnelles par la Cour. De nouveau, la Cour lui donna raison. Elle vérifia la conformité de la nouvelle loi à son précédent jugement et conclut que la loi ne respectait pas la valeur absolue de la chose jugée. Voir *Santchwell v. President of the Republic of South Africa*, 2003 (4) SA 266 (CC) (17 mars 2003).

<sup>207</sup> *Judges Remuneration and Conditions of Services Act 88 of 1989*.

titutionnelle fit droit à la plaignante, jugeant que le législateur, en ignorant la situation des juges homosexuels impliqués dans une relation stable, violait la clause constitutionnelle sur l'égalité. Ainsi, les partenaires des juges homosexuels devraient être traités de la même façon que les épouses et époux des juges (hétérosexuels).

La décision dans l'affaire *J*<sup>208</sup> est assez intéressante. Les plaignantes étaient deux lesbiennes vivant en couple. L'une d'elles avait pu avoir un enfant par insémination artificielle. La loi sud-africaine sur le statut juridique de l'enfant reconnaît la qualité de parents au couple (hétérosexuel) qui a bénéficié des gamètes d'une autre personne sans envisager le cas des personnes en relation homosexuelle. Dans un jugement **unanime** rédigé par le juge Richard Goldstone, la Cour estima que l'article 5 de la loi sur le statut des enfants était inconstitutionnel en ce qu'elle opérait une discrimination illicite fondée sur l'orientation sexuelle. Dès lors, la Cour constitutionnelle reconnaît aux couples de lesbiennes la parenté de l'enfant qu'elles ont eu par insémination artificielle. Comme l'observe le professeur Xavier Philippe<sup>209</sup>, il n'a pas été difficile pour la Cour constitutionnelle de motiver sa décision dans cette affaire puisque la Constitution lui offrait explicitement un fondement : la clause sur l'égalité qui interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

On citera enfin l'affaire *Fourie*<sup>210</sup> au sujet du mariage homosexuel. Deux lesbiennes, Marie Fourie et Cecilia Bonthuys, vivant en couple depuis plus d'une décennie au vu et au su de leur entourage, se présentèrent devant l'officier d'état civil pour lui demander deux choses. La première était de certifier que leur union valait mariage au sens du *Marriage Act 25 of 1961*, la loi sud-africaine sur le mariage. La seconde était la conséquence de la première : elles demandaient à l'officier d'enregistrer leur union en tant que mariage au sens de la loi. On s'en doute, l'officier d'état civil refusa d'accéder à cette double demande au motif que, selon la loi et les règles de common law, le mariage, en Afrique du Sud, ne peut être célébré qu'entre l'homme et la femme. Pour l'état civil, il s'agissait là d'une

<sup>208</sup> *J and B v. Director General, Department of Home Affairs and others*, 2003 (5) SA 621 (CC).

<sup>209</sup> Xavier PHILIPPE, « Afrique du Sud : Actualité constitutionnelle », RFDC 2005.397.

<sup>210</sup> *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Others, with Doctors for Life International (first amicus curiae), John Jackson Smyth (second amicus curiae) and Marriage Alliance of South Africa (third amicus curiae)*, 2006 (3) BCLR 355 (CC) ; 2006 (1) SA 524 (CC), ci-après *Fourie*.

condition de fond. Les deux lesbiennes intentèrent alors une action devant les tribunaux afin de faire invalider la législation et la règle de common law qui faisaient obstacle à leur droit fondamental au mariage et à l'égalité de traitement. Se joignant aux deux requérantes, l'association de défense des homosexuels renchérit en soutenant que le *Marriage Act 25 of 1961* n'était pas conforme à la Constitution puisque, s'agissant des personnes habilitées à se marier, l'article 30 (1) de cette loi faisait exclusivement référence aux termes « mari » (*husband*) et « femme » (*wife*), ignorant les homosexuels désireux de se marier. En clair, les homosexuels sud-africains demandèrent à la Cour constitutionnelle de dire qu'ils avaient, aux termes de la Constitution, le droit de se marier au même titre que les hétérosexuels. Leur cause fut entendue.

En effet, selon le juge Albie Sachs, qui rédigea la décision **unanime** de la Cour, la définition que la loi et la common law donnaient du mariage était incompatible avec la Constitution<sup>211</sup>. Le juge Sachs invalida la loi dans la mesure où elle ne permettait pas aux couples homosexuels de bénéficier du statut, des avantages ainsi que des responsabilités qu'elle accorde aux couples hétérosexuels. Se fondant sur les clauses constitutionnelles sur le droit à l'égalité (article 9) et le droit à la dignité (article 10), le juge Sachs estima que le fait qu'il n'y ait en droit sud-africain aucune disposition permettant aux deux requérantes et à toutes les personnes se trouvant dans leur situation de se marier légalement constituait une rupture de l'égalité de traitement des personnes. Selon lui, cette inégalité de traitement est fondée sur un critère illicite : l'orientation sexuelle<sup>212</sup>. Le juge Sachs est donc clairement d'avis que les homosexuels ont le droit de se marier. Comme les hétérosexuels, les homosexuels sont libres de choisir toute autre forme de vie commune, et il est du devoir du législateur de prendre les mesures qui facilitent ce libre choix.

Aux personnes qui invitaient la Cour à considérer les arguments d'ordre religieux avancés contre le mariage homosexuel, le juge Sachs répondit qu'il n'était pas de la compétence ni du devoir des juges de réécrire ou d'interpréter les textes religieux<sup>213</sup>. Le juge

---

<sup>211</sup> *Id.*, par. 82.

<sup>212</sup> *Id.*, par. 75 et suiv.

<sup>213</sup> *Id.*, par. 88 et suiv.

Sachs estima que ce n'était pas aux juges de dire aux confessions religieuses le type de mariage à célébrer<sup>214</sup>. En revanche, le rôle des juges et notamment de la Cour constitutionnelle est d'assurer la coexistence entre différentes conceptions du mariage dans une société démocratique et ouverte, en faisant en sorte que chaque sphère soit respectée et ne soit pas obligée de plier devant les exigences des autres<sup>215</sup>. Ainsi, selon le juge Albie Sachs, la reconnaissance du mariage homosexuel au même titre que le mariage hétérosexuel ne viole pas le droit fondamental des sociétés religieuses de continuer à refuser de célébrer le mariage homosexuel<sup>216</sup>. Cette reconnaissance ne diminue pas davantage, selon le juge Sachs, l'importance et la portée du mariage entre hétérosexuels<sup>217</sup>. Ceux-ci peuvent toujours célébrer le mariage selon les formes qu'ils entendent et notamment dans le cadre religieux. Il y a, dit le juge Sachs, « deux intérêts [civils (laïcs) et religieux] qui n'entrent pas en collision, mais coexistent dans un système constitutionnel qui reconnaît et protège la diversité »<sup>218</sup>.

Pour ce qui est de la réparation, le juge Sachs estima qu'en l'espèce, il serait plus convenable et plus efficace de suspendre pendant douze mois les effets de l'inconstitutionnalité en faisant appel au législateur pour qu'il corrige lui-même l'inconstitutionnalité<sup>219</sup>. Mais le juge ne donna pas carte blanche au législateur. Il avertit le Parlement et l'opinion publique : si à l'expiration de ce délai de douze mois, le législateur n'avait toujours pas pris action, la loi sud-africaine sur le mariage devrait alors automatiquement se lire comme incluant le mariage de deux personnes du même sexe<sup>220</sup>. Le mariage serait alors l'union de deux personnes et les couples homosexuels pourraient se prévaloir de la décision de la Cour pour se marier. En un mot, faute pour le législateur d'agir dans le délai imparti, le jugement aurait automatiquement force de loi.

Le Parlement sud-africain était dans une situation de compétence liée ; il s'est donc incliné devant la décision de la Cour cons-

---

<sup>214</sup> *Id.*, par. 88 et suiv.

<sup>215</sup> *Id.*, par. 98.

<sup>216</sup> *Id.*, par. 97.

<sup>217</sup> *Id.*

<sup>218</sup> *Id.*

<sup>219</sup> *Id.*, par. 54.

<sup>220</sup> *Id.*, par. 157, 158, 161.

titutionnelle. Malgré la pression d'un certain électorat, les députés ont adopté la *Civil Union Act No 17 of 2006*, entrée en vigueur le 30 novembre 2006. Dès lors, le mariage homosexuel a été légalisé en Afrique du Sud.

Pour protéger les homosexuels, la Cour constitutionnelle ne se limite pas à une lecture combinée des droits à l'égalité et à la dignité. Elle fait intervenir un troisième élément : le droit à la vie privée (article 14 de la Constitution). Elle affirme dans *Gay National Coalition II*, précitée :

« Le droit à vie privée signifie que nous avons tous droit à un domaine d'intimité privée et d'autonomie qui nous permet d'établir et d'entretenir les relations humaines sans intrusion de la société. La façon dont nous exprimons notre sexualité est au cœur de ce domaine d'intimité privée. Si, en exprimant notre sexualité, nous agissons avec consentement mutuel et sans nous faire du tort, alors l'invasion d'un tel domaine sera une rupture de notre vie privée. »<sup>221</sup>

Ainsi défini, le droit au respect de la vie privée permet de protéger l'homosexualité, mais exclut la prostitution. Telle est la position qui ressort clairement *S v. Jordan*<sup>222</sup>. Selon la Cour constitutionnelle, l'interdiction de la prostitution par le législateur n'enfreint pas le droit au respect de la vie privée<sup>223</sup>.

En définitive, c'est la trilogie de droits (dignité, égalité et vie privée) qui forme le socle de la politique jurisprudentielle en matière de la protection de la minorité homosexuelle.

## V. De la soumission de l'opinion à la jurisprudence constitutionnelle

Si la Cour régule les grands choix de société, c'est bien parce que l'État et le politique, la société civile et l'individu, et parfois même l'entreprise privée, tous se prévalent de la Constitution pour lui demander d'intervenir. On l'a signalé plus haut, l'accès à la Cour constitutionnelle reste ouvert. En effet, les organes de l'État ne sont pas les seuls titulaires de la saisine constitutionnelle. Les person-

<sup>221</sup> *Gay National Coalition II*, préc., note 205, par. 32.

<sup>222</sup> *S v. Jordan and Others (Sex Workers Education Advocacy Task Force and others as Amici Curiae)*, 2002 (6) SA 642 (CC), 2002 (11) BCLR 1117 (CC).

<sup>223</sup> Voir : I. CURRIE et J. DE WAAL, préc., note 18, p. 321 et suiv.

nes physiques et personnes morales de droit privé peuvent saisir la Cour, non seulement en appel d'une décision d'un juge ordinaire, incluant la Cour suprême, mais aussi directement sans passer par les tribunaux ordinaires : la Cour statue alors en premier et dernier ressort. Et en la matière, elle a développé une politique bienveillante<sup>224</sup>, ce qui favorise la généralisation de la saisine et le développement du contentieux constitutionnel.

Cependant, lorsque la Cour intervient pour réguler les choix de société, elle refuse de se plier à l'opinion publique. Les décisions examinées plus haut étaient très impopulaires, notamment celle qui a invalidé la peine de mort. Ce verdict intervint à un moment où la violence avait atteint un niveau très élevé. L'écrasante majorité des Sud-Africains étaient en faveur du maintien de la peine de la mort<sup>225</sup>. À ceux qui la pressaient de valider la peine de mort selon les attentes de l'opinion, la Cour répondit en ces termes :

« La question n'est pas de savoir si je suis pour ou contre le maintien de la peine capitale ou si la Cour ou le Parlement ou même l'opinion publique dans son écrasante majorité est pour ou contre. La question est de savoir ce que la Constitution dit sur le sujet. »<sup>226</sup>

S'agissant de la question des droits des homosexuels, la Cour répond à l'opinion publique hostile que « la famille au sens de la Constitution sud-africaine peut être vécue de différentes façons »<sup>227</sup>. À propos de la controverse sur le mariage homosexuel, la Cour estime que cette controverse n'a pas lieu d'être car « il y a deux intérêts civils (laïcs) et religieux qui n'entrent pas en collision, mais coexistent dans un système constitutionnel qui reconnaît et protège la diversité »<sup>228</sup>. À ceux qui s'offusquent que les criminels ne soient pas pendus, elle donne la réponse suivante :

« Les proscrits ainsi que les marginaux font aussi partie de ceux qui sont en droit de réclamer la protection de la Constitution. C'est seulement par la volonté de protéger les pires et les plus faibles

<sup>224</sup> *Ferreira v. Levin* NO, 1996 (1) SA 984 (CC) ; *Hekpoort Environmental Preservation Society v. Minister of Land Affairs*, 1998 (1) SA 349 (CC).

<sup>225</sup> Max DU PLESSIS, « Between Apology and Utopia. The Constitutional Court and Public Opinion » (2002) 12 *So.Afr.J.Hum.Rts.* 1, 5 et suiv.

<sup>226</sup> *Makwanyane*, préc., note 72, par. 206 (J. Kriegler).

<sup>227</sup> *Du Toit*, préc., note 204, par. 19 (J. Skweyiya).

<sup>228</sup> *Fourie*, préc., note 210, par. 174 (Juge Sachs).

parmi nous que chacun de nous pourra avoir l'assurance que ses propres droits sont protégés»<sup>229</sup>.

Ainsi, étrangers, homosexuels, criminels, séropositifs<sup>230</sup>, squatteurs<sup>231</sup>, minorités ethniques ou religieuses<sup>232</sup>, bref toutes les catégories de minorités sont des êtres humains qui « doivent être traités en toute égalité, dans la dignité et le respect »<sup>233</sup>.

Si la Cour ne se sent pas liée par l'opinion publique, nous pensons qu'elle s'assure cependant que celle-ci adhère à sa jurisprudence. En effet, les arrêts de la Cour contiennent des standards, des valeurs qui protègent l'individu et la société. La jurisprudence constitutionnelle tend vers un idéal et c'est l'une des raisons pour lesquelles la Cour s'oblige à faire un travail de pédagogie dans ses décisions. Elle informe la population de ses décisions, lui explique les raisons qui justifient son refus de la suivre. Ce faisant, la Cour amène l'opinion publique à se soumettre aux décisions constitutionnelles. Certes, l'opinion publique peut désapprouver une décision de la Cour constitutionnelle, mais elle sait que son véritable protecteur, son rempart n'est autre que le juge constitutionnel, lequel lui garantit ses droits et libertés dans les rapports horizontaux et verticaux. Cela dit, la Cour peut être impopulaire pour telle position qu'elle prend (l'invalidation de la peine de mort par exemple), mais sa légitimité elle-même n'est pas remise en cause. Si l'opinion publique ne s'accorde pas sur ce que la Cour décide, elle s'accorde toujours que pour conclure que c'est à la Cour de décider des choix de société.

<sup>229</sup> *Makwanyane*, préc., note 72, par. 88 (j. Chaskalson).

<sup>230</sup> *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others II*, 2005 (5) SA 721 (CC) : la Cour désavoue le programme gouvernemental de lutte contre le sida. Elle estime que le gouvernement doit prendre les mesures raisonnables disponibles pour lutter efficacement contre le sida. Voir aussi : *Hoffmann v. South African Airways*, 2001 (1) SA 1 (CC) : invalidation du licenciement d'un steward porteur du virus du Sida

<sup>231</sup> *Grootboom*, préc., note 16 ; *51 Olivia Road*, préc., note 16.

<sup>232</sup> *Prince v. President of the Law Society of the Cape of Good Hope*, 2002 (2) SA 794 ; 2002 (3) BCLR 231 (CC) : La Cour reconnaît le "rastafarisme" en tant que religion et le droit de ses fidèles à consommer du cannabis. Cependant, elle juge que la législation qui pénalise la possession et l'usage du cannabis est une limitation justifiée et raisonnable au droit des fidèles de cette religion.

<sup>233</sup> *Id.*, 344 (j. Kate O'Reagan).

Quoi qu'il en soit, l'opinion publique ne peut en aucun cas se substituer à la compétence dont sont investis les tribunaux d'interpréter et de défendre la Constitution sans crainte ni faveur<sup>234</sup>. Le refus par la Cour de se soumettre à l'opinion publique a des effets bénéfiques à moyen et à long termes : cette politique renforce la perception que la Cour est impartiale, indépendante et neutre face au public et, surtout, face aux pouvoirs publics. C'est peut-être l'une des clés de son succès.

\*

\*      \*

La Cour constitutionnelle sud-africaine s'est imposée en un temps record dans la vie juridique et institutionnelle du pays, alors même qu'elle n'existait pas avant l'avènement de la Constitution intérimaire de 1993 et qu'elle était refusée dans un système juridique perverti par l'apartheid et fortement ancré dans le conservatisme de la suprématie parlementaire. Alors que l'observateur pouvait craindre une certaine timidité judiciaire de la part de la jeune Cour constitutionnelle, celle-ci a rapidement pris ses responsabilités en assumant sans complexe les attributions que lui reconnaît la Constitution.

Les institutions n'existent et ne triomphent qu'à travers les hommes et les femmes qui les composent. La Cour constitutionnelle sud-africaine en est l'illustration. En effet, si elle connaît ce succès fulgurant, c'est sans doute grâce à l'exceptionnelle qualité de ses membres, et nous pensons particulièrement aux juges fondateurs. Par leur foi et leurs parcours individuels qui dépassent largement le seul cadre du droit, ils avaient la crédibilité nécessaire pour dresser une jurisprudence réaliste et généreuse, pragmatique mais sans la moindre timidité. De plus, en faisant une exploitation décomplexée du droit comparé et du droit international, ils ont renforcé la légitimité de leurs décisions qui s'appuient sur la riche expérience de l'extérieur pour mieux marquer et mieux définir l'originalité du système sud-africain.

Sans doute est-ce pour ces raisons que la Cour sud-africaine creuse radicalement l'écart avec les tribunaux constitutionnels ou

---

<sup>234</sup> Const. 96, art. 165 (2).

suprêmes du reste du Continent africain, lesquels sont restés cantonnés à des fonctions beaucoup plus théoriques qu'effectives<sup>235</sup>. Si, en matière de gouvernance démocratique et de protection des droits de la personne, l'Afrique du Sud se démarque incontestablement des autres pays africains, elle n'est toutefois pas encore sortie des séquelles de l'apartheid et l'État de droit n'est encore que dans une phase de construction. Il faut donc souhaiter que la Cour ne s'assoie pas sur ses lauriers.

---

<sup>235</sup> Albert BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », RFDC 2002.721 ; Pierre-François GONIDEC, « Constitutionnalismes africains », (1996) 1 R. Jur. Pol. Ind. Co. 49.