

L'INFLUENCE DES NORMES INTERNATIONALES ET NATIONALES ÉTRANGÈRES SUR LES DROITS DE LA PERSONNE EN AFRIQUE DU SUD

*Par Alain Vallières**

L'Afrique du Sud a fort heureusement abandonné sa politique ségrégationniste pour aborder une ère nouvelle en devenant un État de droit dont une des valeurs fondamentales est le respect de la dignité humaine. Dans un court laps de temps il a été nécessaire de transformer lois et pensées pour extraire le pays de cette époque d'ombre et l'amener dans la lumière des droits de la personne. L'expression de ces principes, nouveaux pour le pays, a pris la forme d'une charte constitutionnelle. La présente étude cherche à recenser et à évaluer l'utilisation des normes internationales et étrangères dans l'interprétation de cette norme par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud. Ainsi, il ressort que la Cour n'adopte pas le droit national étranger ou les normes internationales automatiquement. Il arrive même parfois qu'elle fasse une longue étude du droit étranger avant de conclure qu'il ne peut lui être d'aucune aide. Pour sa part, le droit international ne sert pas directement à définir le contenu de la Constitution. Par contre, la Cour utilise les traités principalement pour démontrer que son interprétation du texte national correspond aux traités internationaux. On peut toutefois identifier certaines exceptions. L'une d'elle est l'utilisation faite de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. La Cour semblant presque accorder à la Convention européenne le statut de constitution européenne. Le manque d'intérêt de la Cour pour la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* que le pays a pourtant ratifiée est également notable. L'auteur conclut en soulignant que si le droit international a certes eu une influence lors de la rédaction de la Constitution, son poids est toutefois minime sur les décisions de la Cour et clairement inférieur à celui du droit national étranger et plus particulièrement de la Cour suprême du Canada.

Fortunately, South Africa gave up its segregationist policy to embrace the Rule of Law and one of its fundamental values : the respect of human dignity. In a short lapse of time it was necessary to transform laws and ways of thinking to extract the country from a time of obscurity and to bring it in the light human rights. The expression of these principles, new for the country, took the shape of a constitutional charter of rights. The present study seeks to identify and evaluate the use of international and foreign norms and standards in the interpretation of these rights by the Constitutional Court of South Africa. Hence, the study shows that the Court does not adopt the foreign national law or international norms automatically. Sometimes the Court makes a long study of foreign law before concluding that it is of no use in the South African context. For its part, international law is not directly used to define the meaning to be given to the Constitution. On the other hand, the Court uses international treaties to show that its interpretations of the national text correspond to the international treaties. One can however identify certain exceptions to this reluctance to use international law. One is use of the decisions of the European Court of Human Rights. The Court seems almost to grant to European Convention the statute of a European constitution. The lack of interest of the Court for the African Charter which the country however ratified is also notable. The author concludes that if international law certainly had an influence at the time of the drafting of the Constitution, its weight is however small on the decisions of the Court and clearly less important than that of foreign municipal law and more particularly than that of the Supreme Court of Canada.

* Avocat au Barreau du Québec, doctorant à l'Université Robert Schuman (Strasbourg III).

Introduction

L'Afrique du Sud a connu plusieurs constitutions au cours de son histoire¹. Les atteintes systématiques aux droits fondamentaux n'étant pas l'apanage des seuls États de non-droit, même dans les années les plus noires de l'Apartheid, la structure étatique reposait sur une loi constitutionnelle². Dans ce dernier contexte toutefois, des 121 articles du texte en vigueur, aucun ne concernait la protection des droits fondamentaux des individus, si ce n'est que très modestement par le biais d'une garantie d'égalité de statut dans le fonctionnement de la République pour les langues anglaise et afrikaans³.

L'Afrique du Sud a fort heureusement abandonné sa politique ségrégationniste pour aborder une ère nouvelle en devenant un État de droit dont une des valeurs fondamentales est le respect de la dignité humaine. Dans un court laps de temps il a été nécessaire de transformer lois et pensées pour extraire le pays de cette époque d'ombre et l'amener dans la lumière des droits de la personne. L'expression de ces principes, nouveaux pour le pays, a pris la forme d'une charte constitutionnelle dont le statut de loi suprême garantit une protection véritable puisque s'imposant à toutes les composantes de l'État. Son importance dans le processus est telle qu'un auteur n'hésite pas à la qualifier de « pierre angulaire de la démocratie en Afrique du Sud »⁴. Le pays est donc maintenant une démocratie souveraine fondée sur la dignité humaine, l'atteinte de l'égalité et l'avancement des droits et des libertés de l'homme expurgée de sexisme et de discrimination raciale⁵.

Les mots employés et les principes enchâssés dans la Constitution sont d'autant plus significatifs que l'ensemble des représentants de la société civile ont eu l'occasion de participer au processus rédactionnel⁶. Au cours de la première moitié de 1992, des négociations ont servi à définir les principes devant régir la nouvelle Constitution. Elles débouchèrent en 1993 sur une entente établissant les détails d'une Constitution intérimaire qui devait entrer en vigueur le 27 avril 1994. Par la suite, et ce jusqu'en 1996, l'Assemblée constitutionnelle, composée des membres du Sénat et de l'Assemblée Nationale, a continué le travail de rédaction dans le but d'aboutir à

¹ Le professeur Gonidec souligne très justement que les anciennes colonies britanniques bénéficiaient dès leur création d'une loi s'approchant d'une constitution écrite, qui était adoptée sous la forme d'un ordre en Conseil ou d'une loi. Pour l'Afrique du Sud, ce fut la *South Africa Union Act* de 1910. Voir : Pierre-François Gonidec, « Droit international et droit interne en Afrique » (1996) 8 R.A.D.I.C. 789 à la p. 801.

² *Constitution de la République d'Afrique du Sud*, 31 mai 1961 reproduite dans Dmitri Georges Lavroff et Gustave Peiser, *Les Constitutions Africaines*, t.2, Paris, A. Pédone, 1964 aux pp. 49 – 93.

³ *Ibid.*, art. 108.

⁴ *Constitution d'Afrique du Sud*, loi n° 108 de 1996, art. 7 [Constitution]. Elle a été adoptée le 8 mai 1996 par 421 votes pour, 2 contres et 10 abstentions. Voir à cet effet Rassie Malherbe, « A New Beginning: Introducing the South African Constitution and Bill of Rights » (2001) 18 Nethl. Q. H. R. 45 à la p. 47 [Malherbe].

⁵ Article 1 de la Constitution : « La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

⁶ Malherbe, *supra* note 4 à la p. 46.

une Constitution finale⁷. Poursuivant la consultation populaire, plus de 5 millions de copies, en 11 langues, du projet de Constitution au cours de 1995, ont été distribuées⁸. Parallèlement les rédacteurs ont aussi été guidés par les rapports de comités techniques qui, suite à l'entrée en vigueur du texte final, ont acquis le statut de « travaux préparatoires » et qui sont utilisés à ce titre par les tribunaux pour l'interprétation de la Constitution⁹.

De plus, tel que le démontre un projet publié en 1991 pour consultation par le Comité constitutionnel de l'ANC, les rédacteurs ont également puisé à quelques reprises dans les instruments internationaux et/ou nationaux étrangers. Il y était ainsi indiqué que ce comité s'était grandement inspiré de quelques instruments internationaux : la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*¹⁰, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹¹ et son pendant relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹², la *Convention européenne de Sauvegarde*¹³ et la *Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples*¹⁴. Des instruments internationaux de protection des droits des enfants ont aussi été utilisés lors des travaux sur l'article 28¹⁵, telles la *Déclaration des droits de l'enfant*¹⁶ et la

⁷ *Ibid.*

⁸ Jeremy Sarkin, « Innovations in the Interim and 1996 South African Constitutions », (1998) 60 *The Review* (special issue) 57 à la p. 70.

⁹ *The State v. Makwanyane and M Mchunu* [1995] 6 B. Const. L.R. 665 para. 17 (S. Afr. Const. Ct.) [Makwanyane].

¹⁰ *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. A.G. 217 A (III), Doc. Off. AG NU, 3^e sess., supp. No 13, Doc. NU A/810 (1948) 71 [Déclaration universelle].

¹¹ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 Décembre 1966, (1976) 999 R.T.N.U. 171 [Pacte international].

¹² *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 Décembre 1966, (1976) 999 R.T.N.U. 171.

¹³ *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5 [Convention européenne].

¹⁴ *Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples*, 27 juin 1981 O.A.U. Doc. CAB/LEG/67/3 Rev. 5, 21 I.L.M. 58 [Charte africaine].

¹⁵ « (1) Every child has the right (a) to a name and a nationality from birth; (b) to family care or parental care, or to appropriate alternative care when removed from the family environment; (c) to basic nutrition, shelter, basic health care services and social services; (d) to be protected from maltreatment, neglect, abuse or degradation; (e) to be protected from exploitative labour practices; (f) not to be required or permitted to perform work or provide services that (i) are inappropriate for a person of that child's age; or (ii) place at risk the child's well-being, education, physical or mental health or spiritual, moral or social development (g) not to be detained except as a measure of last resort, in which case, in addition to the rights a child enjoys under sections 12 and 35, the child may be detained only for the shortest appropriate period of time, and has the right to be (i) kept separately from detained persons over the age of 18 years; and (ii) treated in a manner, and kept in conditions, that take account of the child's age; (h) to have a legal practitioner assigned to the child by the state, and at state expense, in civil proceedings affecting the child, if substantial injustice would otherwise result; and (i) not to be used directly in armed conflict, and to be protected in times of armed conflict. (2) A child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child. (3) In this section 'child' means a person under the age of 18 years. » Voir Ge Devenish, *A Commentary on the South African Bill of Rights*, (Durban: Butterworths, 1999) à la p. 372 [Devenish].

¹⁶ *Déclaration des droits de l'enfant*, Rés. AG 1386 (XIV), Doc. Off. AG. NU, supp. no 16, 1959, Doc. NU A/4354 19.

*Convention relative aux droits de l'enfant*¹⁷. Le Comité a également puisé dans les constitutions d'autres pays parmi lesquels l'Inde, la République fédérale allemande, les États-Unis et la Namibie¹⁸.

Les « emprunts » furent favorablement accueillis puisqu'ils se sont retrouvés par la suite dans la Constitution. C'est ainsi que l'article 7 qui prévoit que l'État est lié par la Charte, trouve racine à l'article 20 de la Loi fondamentale allemande¹⁹. Le premier paragraphe de l'article 9 qui protège le droit à l'égalité, a subi l'influence des deux pays de l'Amérique du Nord. Cette disposition stipule que « tous sont égaux devant la loi et ont le droit à une égale protection de la loi et au bénéfice de la loi ». La mention de « l'égalité de protection de la loi » est tirée du droit américain alors que ce qui suit provient du droit canadien et avait pour but d'assurer l'influence de la Charte sud africaine sur la substance même de la loi²⁰. Dans le même article, le paragraphe 3 interdit à l'État de discriminer « injustement », directement ou indirectement, à l'égard de toute personne sur la base de certains motifs énumérés. Cette exigence que l'acte soit « injuste » a été inspirée par l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia* de la Cour suprême du Canada²¹.

S'il y a en influence en amont de l'adoption du texte, il y a également preuve d'intérêt en aval. La Charte constitutionnelle contient deux renvois au droit international. Le premier, à l'article 37, concerne les états d'urgence dans le pays. Il s'agit d'un long article qui transforme les normes internationales en droit interne. Il y est ainsi prévu que les paragraphes 6 et 7 qui régissent les arrestations pendant ces périodes seront inapplicables en cas de conflit armé international en ce qui concerne les étrangers. Les règles devant être appliquées pour la détention de ces prisonniers, seront celles du droit international humanitaire qui lient le pays.

Le renvoi ayant la plus grande répercussion sur le droit national se trouve toutefois à l'article 39 dans lequel sont énoncées les règles d'interprétation de la Charte constitutionnelle. Il y est indiqué que l'exégète *doit* considérer le droit international et qu'il peut utiliser le droit national étranger. Cette formulation donne à penser que l'influence du droit international sur le droit interne est supérieure à celle du droit national étranger. Toutefois, un raisonnement aussi simpliste occulte le poids des méthodes de travail des juges de *common law* et l'aval que peuvent avoir les autres tribunaux issus de la même famille juridique. Les juges y font normalement plus facilement appel à la jurisprudence des autres tribunaux nationaux qu'ils n'utilisent les instruments internationaux qui sont pour eux une composante d'un système extérieur au droit qu'ils doivent appliquer. En l'occurrence, en Afrique du Sud, les traités internationaux ne sont pas intégrés au droit interne sans transformation

¹⁷ *Convention relative aux droits de l'enfant*, Rés. AG 44/25, Doc. Off. AG NU, 1989, supp. no 49 Doc. NU A/44/49 167.

¹⁸ « A Bill of Rights for a New South Africa. A Working Document by the ANC Constitutional Committee », (1991) 3 R.A.D.I.C. 601 à la p. 602.

¹⁹ Article 20 de la *Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne* du 23 mai 1949 ; Devenish, *supra* note 15 à la p. 9.

²⁰ Devenish, *supra* note 15 aux pp. 35 et s.

²¹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

par un acte du Parlement²². Il peut, dans ce contexte, être intéressant de vérifier dans quelle mesure le droit étranger n'aurait finalement pas une influence plus grande que le droit international et, le cas échéant, dans quel domaine ou situation.

Quelques remarques préliminaires s'imposent toutefois concernant l'article 39 de la Constitution. En premier lieu, l'expression « droit étranger » ne doit pas être entendue comme se limitant aux seules lois étrangères. La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, qui est l'interprète de la Loi fondamentale, fait régulièrement référence à la jurisprudence étrangère. Elle cite les cours suprêmes des autres pays voire même, lorsqu'ils sont pertinents, les arrêts de certaines cours de niveau inférieur. La Constitution fait aussi preuve de la même imprécision quant à la nature du droit international devant être considéré, ce qui, en conséquence, ne limite pas les tribunaux aux normes de droit international liant le pays²³. Il ne semble y avoir aucun empêchement à utiliser toutes les sources de droit international identifiées à l'article 38(1) du Statut de la Cour internationale de justice²⁴. Les décisions des prétoires internationaux, tel le Comité des Nations Unies sur les droits de l'Homme, la Commission et la Cour interaméricaine des droits de l'Homme ou la Cour européenne peuvent ainsi être étudiées par l'exégète sud-africain. Dans les cas appropriés, les rapports d'agences spécialisées du type de l'Organisation mondiale du travail sont également des instruments pouvant être regardés²⁵.

L'évaluation séparée du poids du droit national étranger et du droit international aurait toutefois un caractère artificiel puisque les tribunaux les utilisent souvent conjointement. Nous diviserons donc notre étude en trois titres dans lesquels

²² Le droit sur la négociation et la ratification des traités a été traduit dans l'article 231 de la Constitution: « (1) The negotiating and signing of all international agreements is the responsibility of the national executive. (2) An international agreement binds the Republic only after it has been approved by resolution in both the National Assembly and the National Council of Provinces, unless it is an agreement referred to in subsection 3. (3) An international agreement of a technical, administrative or executive nature, or an agreement which does not require either ratification or accession, entered into by the national executive, binds the Republic without approval by the National Assembly and the National Council of Provinces, but must be tabled in the Assembly and the Council within a reasonable time. (4) Any international agreement becomes law in the Republic when it is enacted into law by national legislation; but a self-executing provision of an agreement that has been approved by Parliament is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament. (5) The Republic is bound by international agreements which were binding on the Republic when this Constitution took effect ». Si une loi est jugée compatible avec la Charte les tribunaux n'auront d'autres choix que de l'appliquer même si elle contrevient aux traités internationaux. Voir *Azanian Peoples Organization et al. v. The President of the Republic of South Africa*, [1996] S.A.J. no 18 para. 26 - 28 (S. Afr. Const. Ct) (QL) [*Azanian Peoples Organization*].

²³ *Makwanyane*, *supra* note 9 au para. 35.

²⁴ *Statut de la Cour internationale de Justice*, 26 juin 145 C.N.U.C.I.O. vol. 15 p. 365, R.T. Can 1945 no. 7, art. 38 : « 1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différents qui lui sont soumis, applique : a) les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige; b) la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit; c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées; d) sous réserve de la disposition de l'article 59, des décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. 2. La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer ex aequo et bono ».

²⁵ *Makwanyane*, *supra* note 9 au para. 36.

ces deux sources de droit peuvent avoir un ascendant : l'étendue de la protection de la Charte (I) ; les droits substantifs (II) ; et les droits procéduraux (III).

I. L'étendue et les limites de la protection des droits fondamentaux offerte par la Charte constitutionnelle sud-africaine

Il est important de vérifier l'étendue de l'application de la Charte et les exceptions de son champ d'action pour jauger l'efficacité véritable de la protection. Chaque texte, catégorie de décisions ou champ d'activité qui n'est pas soumis au contrôle de compatibilité avec les normes constitutionnelles équivaut à une diminution de protection des droits fondamentaux. De même, pour apprécier le caractère concret de la protection dont les justiciables bénéficient, il faut étudier les solutions que la Charte leur offre pour corriger la situation.

A. L'étendue du champ de protection de la Constitution

Il est prévu à l'article 166 de la Constitution l'instauration d'une Cour constitutionnelle au rang de tribunal suprême pour les questions constitutionnelles. Il faut comprendre ici, toute affaire impliquant l'interprétation, la protection ou l'application de la Constitution. La Cour peut être saisie directement ou par voie d'appel d'un jugement lorsque qu'il en va de l'intérêt de la justice²⁶. La Cour suprême d'appel, une Haute Cour ou une cour de statut similaire peuvent également rendre une ordonnance sur la valeur constitutionnelle d'une loi du Parlement ou d'un acte du Président, mais cette ordonnance d'invalidité demeurera sans effet jusqu'à sa confirmation par la Cour constitutionnelle²⁷.

La décision d'exposer les initiatives du Président de la République au contrôle judiciaire n'est pas anodine dans un pays de la tradition de Westminster. Les tribunaux y ont en effet souvent fait preuve de réticence lorsqu'il s'est agi de réviser certaines décisions, parmi lesquelles celles découlant de la Prérogative Royale. Or en Afrique du Sud, cette dernière relève des pouvoirs du Président de la République. La Cour constitutionnelle a toutefois été forcé de constater que les fonctions du Président sont maintenant définies aux articles 83 à 90 de la Constitution²⁸ et que certains des pouvoirs énumérés, parmi lesquels celui d'accorder la grâce, sont traditionnellement une composante de la Prérogative Royale²⁹. Leur enchâssement dans la Constitution ne peut être considérée comme un simple acte de rédaction et a nécessairement eu pour effet de changer leur nature. La Constitution étant la loi suprême de la République, même les actes du Président sont donc soumis au diktat de chacun de ses

²⁶ Article 167 de la Constitution.

²⁷ Article 172(2) a) de la Constitution.

²⁸ *Hugo v. South Africa* [1997] S.A.J. No. 4 para . 2 (S. Afr. Const. Ct.) (QL) [*Hugo*].

²⁹ Article 84(2) j) de la Constitution.

articles dont le chapitre protégeant les droits fondamentaux³⁰. Il en découle que la Cour constitutionnelle n'est plus tenue au même devoir de réserve qui lui était traditionnellement imposé. Elle a non seulement le pouvoir, mais aussi l'obligation de surveiller la constitutionnalité des actes posés par le Président. Écarter les pouvoirs du Président de ce processus a même été perçu par la Cour comme étant de nature à éventuellement créer des inégalités entre les justiciables dans la jouissance de leurs droits fondamentaux. Le juge Goldstone cite la Cour suprême du Canada pour exposer l'étendu de l'obligation faite aux juges sud-africains par la Constitution:

[I]f we are to look at the Constitution for the answer to the question whether it is appropriate for the courts to "second guess" the executive on matters of defence, we would conclude that it is not appropriate. However, if what we are being asked to do is to decide whether any particular act of the executive violates the rights of the citizens, then it is not only appropriate that we answer the question; it is our obligation under the Charter to do so.³¹

La révision judiciaire ne consiste toutefois pas à remplacer la sentence d'un organe politique par celle d'un organe juridique³².

L'existence et le contenu d'une constitution écrite a donc forcé la Cour constitutionnelle à s'éloigner de la tradition britannique parce qu'il n'y existe pas de constitution écrite. Les Lords britanniques jugent de toute façon que leur compétence pour réviser les actes de Prérogatives Royales dépend du domaine sur lequel a porté la décision³³. Certains sujets seraient ainsi exclus de leurs compétences; la conclusion des traités, la défense du territoire, la grâce, l'octroi d'honneur, la dissolution du Parlement et la nomination des ministres³⁴.

Le Royaume-Uni n'est toutefois pas le seul pays dans lequel le chef de l'État possède un pouvoir discrétionnaire en divers domaines, en conséquence la Cour n'hésite pas à étudier le droit d'autres États. Dans une affaire sur le droit de grâce du Président, la Cour a ainsi pu constater qu'il peut être soumis au pouvoir d'appréciation des tribunaux à plusieurs endroits. La Cour d'appel de Nouvelle-Zélande s'est reconnue cette possibilité, de même que les tribunaux australiens. Au Canada, la Cour suprême a jugé que la Prérogative Royale doit être exercée en accord avec la Constitution, y compris la Charte, et les normes de droit administratif³⁵. La Cour a vérifié la nature du pouvoir d'amnistie que possède le Président de la République fédérale d'Allemagne pour conclure que la jurisprudence³⁶ de ce pays ne peut lui être d'aucune aide. Elle a finalement trouvé une position proche de celle

³⁰ Hugo, *supra* note 28.

³¹ *Operation Dismantle Inc. c. la Reine*, [1985] 3 C.R.R. 287 à la p. 310 [*Operation Dismantle*].

³² Hugo, *supra* note 28 au para. 29.

³³ *Council of Civil Service Unions and Others c. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374 (HL) [*Council of Civil Service Unions*]; Hugo, *supra* note 28 au para. 16.

³⁴ *Council of Civil Service Unions*, *supra* note 31 à la p. 418.

³⁵ Le juge Goldstone cite Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e ed., Toronto, Carswell, 1992 au para. 1.8 et *Operation Dismantle*, *supra* note 31 dans Hugo, *supra* note 28 au para. 22.

³⁶ BVerfGE 25, 352 (1969), tel que cité dans Hugo, *supra* note 28 au para. 25.

qu'elle adoptait en Israël³⁷ où il a été jugé que le Président est une créature de la loi qui détermine ses pouvoirs. Tout acte qui excède ces attributions est donc nécessairement nul.

La Cour constitutionnelle a récemment confirmé sa capacité de réviser les décisions du Président de la République. Dans une affaire pour le moins singulière, le Président de la République a lui-même saisi les tribunaux en 1999 pour faire annuler une déclaration d'entrée en vigueur d'une loi qu'il avait prononcée. Le nouveau texte avait pour effet de créer un *vacuum* juridique dans le domaine de la santé publique qui n'avait pas été prévu par les rédacteurs privant ainsi de nombreuses personnes de l'accès aux soins. La Cour a accepté de se saisir de cette question sur la base du principe vu précédemment, suivant lequel tous les actes de puissance publique doivent être compatibles avec la Constitution³⁸. Après avoir étudié les faits, la Cour a considéré que la décision du Président n'avait pas été « éclairée » puisque prise sur la base d'informations totalement fausses. Pour la Cour, l'erreur était tellement importante qu'elle confinait à l'arbitraire. Or, les pouvoirs publics ne peuvent être exercés de la sorte sans contrevenir au principe de la primauté du droit protégé par la Constitution³⁹. La déclaration d'entrée en vigueur a donc été, en conséquence, déclarée nulle.

Dans ce contexte particulier, la Cour a cherché appui chez d'autres pays de *common law*. Elle a toutefois dû constater que la Cour suprême du Canada a refusé de contrôler le processus d'entrée en vigueur des lois, que la Chambre des Lords a fait preuve de la même réserve et que la Cour suprême de l'Inde a refusé d'intervenir alors qu'on tardait à mettre en vigueur une loi amendant la Constitution⁴⁰. La jurisprudence de ces pays a donc non seulement été d'aucune aide, mais le tribunal d'Afrique du Sud a même été dans l'obligation de se démarquer de ses pendants étrangers. Il semble donc logique de penser que la situation particulière que connaissait le pays en raison du vide juridique a été d'un poids important sur la décision de la Cour. Il demeure qu'à l'heure actuelle, aucune décision prise par le Président n'est à l'abri d'un contrôle de constitutionnalité par les tribunaux.

Les parlements issus de la tradition de Westminster peuvent, en vertu de leurs pouvoirs souverains et de leur omnipotence, déléguer le pouvoir d'adopter des textes ayant pour effet de modifier la loi. Dans une période où la société démocratique doit être reconstruite rapidement, comme ce fut le cas en Afrique du Sud, il peut s'agir d'un outil intéressant pour accélérer la prise des décisions. En l'occurrence, au cours de la période de reconstruction, le législateur sud-africain avait notamment accordé au Président les pouvoirs d'amender certains textes législatifs et de déléguer des pouvoirs pour leur mise en application⁴¹. La Cour a dû vérifier si, malgré

³⁷ *Matana c. Attorney-General*, 14 PD 970 at 977, tel que cité dans *Hugo*, *supra* note 28 au para. 26.

³⁸ *Pharmaceutical Manufacturer Assn. of South Africa (Re)*, [2000] S.A.J. No 9 au para. 20 (S. Afr. Const. Ct.) (QL).

³⁹ *Ibid.* au para. 85.

⁴⁰ *Ibid.* aux para. 70 à 75.

⁴¹ *Local Government Transition Act*, loi n° 209 de 1993.

l'omnipotence traditionnelle du Parlement, ce dernier avait la capacité de déléguer le pouvoir d'amender une loi dans le nouveau contexte juridique et social.

La Cour a encore une fois étudié le droit étranger avant de trancher la question qui lui était soumise. Elle a constaté que la possibilité de délégation est la plus restreinte aux États-Unis et en Irlande où les tribunaux le permettent dans la mesure où un cadre limite l'activité du délégué. La délégation devient illégale lorsque les pouvoirs sont tellement larges et étendus que l'action de l'agent est plus de la nature de la législation que de l'exécution⁴². Dans les pays du Commonwealth, l'influence du droit britannique, et particulièrement de la structure parlementaire, pèse sur l'appréciation faite par les tribunaux en ce domaine. En Australie, en Inde et au Canada, la délégation du pouvoir de légiférer est permise⁴³. Forte de cet aval, la Cour était certainement en mesure de reconnaître la légalité de la délégation. Elle a toutefois déclaré être dans l'obligation de se prononcer en fonction de l'énoncé de la Constitution puisque la nature et le pouvoir de délégation doivent être appréciés dans chaque pays suivant sa propre Constitution et son histoire. Or, si l'Afrique du Sud partage avec d'autres pays du Commonwealth une histoire législative reposant sur la suprématie du Parlement, l'adoption de la Constitution, à l'époque des faits, intérimaire a été la preuve d'une volonté claire de s'écarter de ce principe de droit constitutionnel. Forte de ce précepte, la Cour a jugé que le pouvoir de légiférer appartient au Parlement et qu'il ne peut donc y avoir de délégation du droit d'amender une loi au pouvoir exécutif sans amender indirectement la Constitution⁴⁴.

La Cour a adopté la même position que les tribunaux canadiens et plus particulièrement, du juge Tarnopolsky de la Cour d'appel de l'Ontario, pour juger de l'application *ratione temporis* de la Constitution⁴⁵. La Charte ne peut avoir d'effet rétroactif et les actes accomplis avant son adoption ne peuvent être remis en question. Ainsi, les saisies terminées avant l'entrée en vigueur de la Charte ne peuvent être contestées devant la Cour, même si elles portent atteinte aux droits fondamentaux reconnus depuis lors⁴⁶. Par contre, les actes posés après l'entrée en vigueur de la Charte, même s'ils reposent sur un texte antérieur à l'entrée en vigueur de cette dernière, peuvent être contestés puisque l'arrêt sera déclaratif de l'illégalité existant depuis la venue du texte fondamental⁴⁷. Ces distinctions sont clairement influencées par les expériences canadienne et allemande⁴⁸.

⁴² *Western Cape (Legislature) v. South Africa (President)*, [1995] S.A.J. No. 7 aux para. 53 et 54 (S. Afr. Const. Ct.) (QL).

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.* aux para. 59 - 65 (j. Chaskalson).

⁴⁵ *R. v. James et R. c. Dzagic*, (1988) 33 C.R.R. 107, tel que cité dans *Key v. South Africa (Attorney General)*, [1996] S.A.J. No. 12, aux para. 4-16 (S. Afr. Const. Ct) (QL) [Key]. Bien que le juge Kriegler de la Cour constitutionnelle cite une cour d'appel canadienne, il a tout de même souligné que la Cour suprême du Canada a rejeté l'appel déposé contre cet arrêt.

⁴⁶ *Ibid.* aux para. 6 et s.

⁴⁷ *Ferreira v. Levin No.*, [1995] S.A.J. No. 2 au para. 28 (S. Afr. Const. Ct.) (QL) [Ferreira].

⁴⁸ Il est intéressant de noter que la Cour, jugeant sans doute cette question peu compliquée, s'est contentée de citer un auteur de chaque pays sans analyser elle-même le droit. Le juge Ackermann cite le professeur Hogg pour le Canada et le professeur Klaus Schlaich pour la République fédérale allemande, *ibid.* au para. 29.

Force est donc de constater que l'adoption de la Constitution a eu pour effet d'éloigner le pays de la tradition de Westminster puisque le nouveau document fondamental régit maintenant tous les actes des autorités publiques. La Cour a d'ailleurs souvent trouvé les solutions juridiques aux problèmes qui lui ont été présentés par une interprétation exégétique du texte. Les instruments internationaux de protection des droits de la personne n'ont eu aucune influence dans la détermination de l'étendue du champ d'application de la Charte constitutionnelle, seuls les textes nationaux étrangers ont quelques fois servi de guide. On doit noter le rang particulier de la jurisprudence canadienne dans la diaspora des prétoires consultés. Toutefois, malgré l'intérêt marqué à l'égard du droit de certains autres pays, la Cour constitutionnelle n'hésite pas à s'écarter de l'expérience étrangère lorsqu'elle le juge nécessaire pour mieux respecter la réalité sociale sud africaine.

Nous verrons maintenant si les mêmes principes ont prévalu pour développer les règles d'interprétation de la Charte constitutionnelle.

1. LES RÈGLES D'INTERPRÉTATION DE LA CHARTE CONSTITUTIONNELLE

Même si une constitution est certes un instrument d'une nature et d'un statut particulier, il demeure qu'il s'agit d'un texte pour l'interprétation duquel des règles doivent être établies. Certaines sont d'ailleurs communes à toutes les lois. À l'instar des autres documents juridiques, on doit interpréter chacune de ses dispositions de façon à permettre une lecture cohérente de l'ensemble. Les tribunaux ne sont pas entièrement libres et demeurent les exégètes de la volonté des rédacteurs⁴⁹. En conséquence, bien que l'interprétation doit permettre à la Constitution d'accompagner l'évolution de la société, cette dernière conserve son état de texte juridique dont le langage doit être respecté⁵⁰.

Il existait déjà depuis 1980 une règle ayant une portée presque générale dans les pays de *common law* puisque Lord Wilberforce du Conseil Privé a établi à cette date qu'en interprétant une charte, il est nécessaire d'accorder :

a generous interpretation ... suitable to give to individuals the full measure of the fundamental rights and freedoms referred to [...].⁵¹

Il faut toutefois ajouter que :

This is in no way to say that there are no rules of law which should apply to the interpretation of a constitution. A constitution is a legal instrument giving rise, amongst other things, to individual rights capable of enforcement in a court of law. Respect must be paid to the language which has been used and

⁴⁹ *S. v. Zuma*, [1995] 4 B. Const. L.R. 401 au para. 17 (S. Afr. Const. Ct.) [*Zuma*].

⁵⁰ *Ibid.* au para. 18: La Cour décrit son rôle en citant l'arrêt Moagi de Botswana : « embodying fundamental rights should as far as its language permits be given a broad construction »; *Attorney-General v. Moagi*, 1982 (2) Botswana LR 124, 184.

⁵¹ *Minister of Home Affairs (Bermuda) c. Fisher*, [1980] A.C. 319, 328 et 329 (C.P.), tel que cité dans *Zuma*, *supra* note 49 au para. 14.

to the traditions and the usages which have given meaning to that language. It is quite consistent with this, and with the recognition that rules of interpretation may apply, to take as a point of departure for the process of interpretation a recognition of the character and origin of the instrument, and to be guided by the principle of giving full recognition and effect to those fundamental rights and freedoms with a statement of which the constitution commences.⁵²

Si le même principe a été reconnu ailleurs, et notamment en Namibie⁵³, l'expression en ayant été faite par le juge Dickson de la Cour suprême du Canada est celle ayant le plus d'influencé la Cour constitutionnelle⁵⁴.

L'influence de la Cour suprême du Canada repose en partie sur la similitude des deux Constitutions et notamment sur la présence d'une clause limitative générale qui conduit à procéder à un examen en deux étapes. Une fois constatée la violation d'un droit fondamental, une deuxième analyse débute pour en vérifier la compatibilité avec les exigences d'une société libre et démocratique. Cette méthodologie est de nature à permettre aux tribunaux d'adopter une définition plus généreuse des droits que ne le font les textes forçant à une étude en une seule étape comme ceux en vigueur aux États-Unis et à Hong Kong. Les juges sont en effet moins réticents à considérer qu'il y a eu atteinte aux droits constitutionnels dans la mesure où ils pourront, lors de cette seconde étude, en justifier l'existence⁵⁵.

De plus, la lecture d'une constitution ne peut se faire *in abstracto* et doit, tout au contraire, tenir compte de la société pour, ou par laquelle, elle fut adoptée. Le respect de l'histoire juridique, des traditions et des usages du pays signifie concrètement pour l'Afrique du Sud que, malgré la volonté clairement affichée de ne plus violer systématiquement les droits, comme ce fut le cas avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, il n'a pas été fait table rase de tous les principes juridiques existants⁵⁶. L'article 39 de la Constitution assure d'ailleurs le lien avec le droit en vigueur en stipulant que l'existence de la Charte ne peut signifier le rejet des autres droits ou libertés reconnus par la *common law*, le droit coutumier ou la loi, sous

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Minister of Defence, Namibia c. Mwandighi*, 1992(2) SA 355, 362 (Nm SC), tel que cité dans *Zuma, supra* note 49.

⁵⁴ *R. c. Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 18 D.L.R. (4th) 321 aux pp. 395 et 396: « The meaning of a right or freedom guaranteed by the Charter was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect. In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and larger objects of the Charter itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concept enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the Charter. The interpretation should be [...] a generous rather than legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of a guarantee and the securing for individuals the full benefit of the Charter's protection ». cité dans *Zuma, supra* note 49 au para. 15; *Ferreira, supra* note 47 au para. 46.

⁵⁵ *Zuma, supra* note 49, au para. 21.

⁵⁶ *Ibid.*, au para. 17, juge Kentridge.

réserve de leur compatibilité⁵⁷. Les constituants ont voulu retenir du passé ce qui est défendable et tourner la page sur ce qui ne l'est pas⁵⁸.

2. LES REMÈDES POUVANT ÊTRE APPORTÉS PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE

La Constitution accorde un large pouvoir aux tribunaux pour déterminer le remède approprié à chaque situation. Le tribunal peut prononcer tout ordre juste et équitable et, dans l'éventualité où il est constaté que les droits fondamentaux d'un individu ont été violés, rendre toute décision qu'il considère appropriée. Aucune limite n'est établie et il n'existe qu'une liste non exhaustive de remèdes⁵⁹.

On ne peut douter qu'il soit possible pour la Cour de remettre en état le patrimoine d'un individu ou de déclarer inopérante une loi en raison de son inconstitutionnalité. La Constitution est d'ailleurs claire à cet égard puisque dès les premiers articles, il est précisé qu'elle est la loi suprême du pays et que toute loi ou conduite incompatible est invalide⁶⁰. L'expérience étrangère démontrant l'existence d'autres moyens moins drastiques de corriger les incompatibilités, la Cour a dû décider si elle pouvait, à l'instar d'autres prétoires, ajouter ou retirer virtuellement des mots du libellé des lois suivant le principe de la lecture constructive.

Le contexte est favorable à une interprétation constructive des lois en vigueur puisque la Constitution a été adoptée dans le but de tourner le dos à la pratique institutionnalisée des violations massives des droits fondamentaux⁶¹. Les tribunaux sont de plus soumis à un devoir particulier de s'assurer, dans les limites de la Constitution, que des remèdes effectifs sont apportés aux violations des droits des individus. Ils ont l'obligation d'élaborer de nouveaux outils et de forger des antidotes innovants. La Cour a d'ailleurs souligné qu'elle partage ce point de vu avec la Cour

⁵⁷ Article 39(3) de la Constitution.

⁵⁸ *Shabalala and Five Others c. The Attorney-General of the Transvaal et The Commissioner of South African Police*, n° CCT/23/94 du 29 novembre 1995 au para 26 (C.C.d'A.S.), juge en chef adjoint Mahomed.

⁵⁹ Constitution, *supra* note 4 art. 172 : « (1) When deciding a constitutional matter within its power, a court (a) must declare that any law or conduct that is inconsistent with the Constitution is invalid to the extent of its inconsistency; and (b) may make any order that is just and equitable, including (i) an order limiting the retrospective effect of the declaration of invalidity; and (ii) an order suspending the declaration of invalidity for any period and on any conditions, to allow the competent authority to correct the defect. (2) (a) The Supreme Court of Appeal, a High Court or a court of similar status may make an order concerning the constitutional validity of an Act of Parliament, a provincial Act or any conduct of the President, but an order of constitutional invalidity has no force unless it is confirmed by the Constitutional Court (b) A court which makes an order of constitutional invalidity may grant a temporary interdict or other temporary relief to a party, or may adjourn the proceedings, pending a decision of the Constitutional Court on the validity of that Act or conduct (c) National legislation must provide for the referral of an order of constitutional invalidity to the Constitutional Court (d) Any person or organ of state with a sufficient interest may appeal, or apply, directly to the Constitutional Court to confirm or vary an order of constitutional invalidity by a court in terms of this subsection ».

⁶⁰ *Ibid.* à l'art. 2 : « This Constitution is the supreme law of the Republic; law or conduct inconsistent with it is invalid, and the obligations imposed by it must be fulfilled ».

⁶¹ *The National Coalition for Gay and Lesbian Equality et al. v. The Minister of Home Affairs et al.*, n° CCT 10/99 du 2 décembre 1999 au para. 65 (C.C.d'A.S.), juge Ackermann [*Gay and Lesbian Equality*].

suprême de Colombie-Britannique au Canada pour qui le but poursuivi par les prétoires doit, en premier lieu, être l'octroi d'un remède approprié eu égard aux circonstances⁶². La déférence judiciaire due au Parlement ne serait par ailleurs pas plus violée en déclarant une loi inconstitutionnelle qu'en retirant ou ajoutant des mots dans le texte. Dans les deux cas, il y a altération de la volonté du Parlement⁶³. La Cour sud-africaine, comme d'autres tribunaux nationaux⁶⁴, utilise donc le principe de la lecture constructive.

Outre les ordonnances sur la constitutionnalité des lois, on peut se questionner sur le type de compensation que la Cour peut accorder aux victimes. La Constitution permettrait-elle l'octroi de dommages dits « constitutionnels », en sus des dommages intérêts, pour compenser la violation d'un droit protégé par la loi fondamentale? La réponse n'est pas aussi simple que la question ne le laisse paraître puisqu'une réponse positive mène à la création d'un nouveau type de dédommagement dont l'État fera le plus souvent les frais. La Cour a donc étudié la jurisprudence de nombreux autres tribunaux. Il appert qu'aux États-Unis, sous certaines réserves, on alloue des sommes sous ce chapitre. L'existence de cette solution dans ce pays découle toutefois en partie de sa structure fédérale. On aurait en quelque sorte cherché à permettre aux justiciables d'obtenir un dédommagement au niveau fédéral dans les situations où les États refusent d'intervenir⁶⁵. Dans ce contexte, la Cour ne saurait y trouver un guide en raison des différences entre les deux pays. Par ailleurs, bien que la disposition sur les remèdes pouvant être accordés par les tribunaux soit d'une formulation proche de l'article 24 de la *Charte canadienne*⁶⁶, la question de l'octroi des dommages constitutionnels n'étant pas, à l'époque, clairement tranchée au Canada, la similitude des textes ne fut d'aucune aide. La Loi fondamentale de la République d'Allemagne ne prévoyant aucune règle particulière sur les remèdes pouvant être utilisés, elle n'a été d'aucun secours⁶⁷ et la jurisprudence de plusieurs autres juridictions⁶⁸ : le Royaume Uni, le Conseil privé de la Reine pour Trinidad et Tobago, la Cour d'appel de Nouvelle Zélande, les tribunaux irlandais, les

⁶² *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)*, [1991] 6 W.W.R. 728; 58 B.C.L.R. (2d) 356 (C.S.), juge Rowles.

⁶³ *Gay and Lesbian Equality*, *supra* note 61 au para. 67, juge Ackermann.

⁶⁴ *Ibid.* aux para. 71 et s., juge Ackermann; Les prétoires américains, la Cour suprême d'Israël et la Cour constitutionnelle fédérale allemande ont aussi adopté cette méthode. La jurisprudence canadienne a toutefois été la plus influente sur la décision de la Cour; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679 (C.S.C.).

⁶⁵ *Fose v. Minister of Safety and Security*, n° CCT 14/96 du 5 juin 1997 aux para. 25 - 37 (C.C.d'A.S.), juge Ackermann [*Fose*].

⁶⁶ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi du 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [*Charte canadienne*]: « (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. (2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe 1, le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ».

⁶⁷ *Fose*, *supra* note 65 au para. 53, juge Ackermann.

⁶⁸ *Ibid.* aux para. 41 et s., juge Ackermann.

tribunaux indiens et la Cour suprême du Sri Lanka a simplement été écartée. La Cour a aussi pu étudier la jurisprudence d'un tribunal international en ce domaine puisque la Convention européenne permet l'octroi d'une satisfaction équitable lorsque le droit interne du pays défendeur ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de la violation des droits fondamentaux de la victime⁶⁹. Cette dernière analyse s'est toutefois également avérée d'une aide marginale puisqu'il s'agit d'un instrument international s'appliquant à des États souverains⁷⁰.

En conclusion, malgré l'importante étude faite du droit étranger, la Cour a, en définitive, décidé de ne pas lui accorder de valeur probante. Elle a, une fois de plus, considéré que la réponse à cette question se trouve dans le texte de la Constitution qui permet l'octroi d'un « soulagement » approprié en raison de la situation juridique particulière de l'Afrique du Sud qui diffère de celle des pays dans lesquels des dommages constitutionnels ont été accordés. Elle se distingue en premier lieu des États-Unis en ce que le système judiciaire sud-africain est unitaire. En conséquence, les affaires de responsabilité civile et de violation de droits constitutionnels seront jugées par les mêmes cours. La *common law* du pays, qui doit par ailleurs être développée à la lumière de la Charte constitutionnelle⁷¹, est assez flexible pour couvrir toutes les situations et permettre l'octroi de dédommagement aux victimes. Finalement, la Couronne ne bénéficie pas de la même immunité que dans d'autres pays du Commonwealth qui soit de nature à empêcher un justiciable d'obtenir un dédommagement⁷². La Cour a jugé que la notion de « remède approprié » utilisée dans la Constitution peut comprendre l'octroi d'un dédommagement lorsque nécessaire pour la protection des droits fondamentaux. Dans la mesure où les victimes peuvent obtenir une compensation dans l'éventualité où elles subissent des pertes suite à la violation de leurs droits reconnus par la loi, il serait bizarre, aux yeux du juge Ackermann, qu'il en aille différemment dans le cas de la loi suprême du pays⁷³. Les tribunaux peuvent donc en Afrique du Sud accorder un dédommagement pour la violation d'un droit constitutionnel.

Nous avons constaté que la Cour n'a que peu utilisé les instruments internationaux, voire même nationaux étrangers, pour définir les compensations qu'elle peut accorder. Il demeure que l'étendue de l'étude fut importante et qu'il est logique de penser que la Cour y a tout au moins trouvé un appui dans sa détermination initiale. L'utilisation de la Convention européenne doit également être soulignée.

Après l'étendue des droits, nous en verrons maintenant les limites.

⁶⁹ Article 41 de la Convention européenne.

⁷⁰ *Fose*, *supra* note 65 au para. 54, juge Ackermann.

⁷¹ Constitution, *supra* note 4 art. 8(3) b).

⁷² *Fose*, *supra* note 68 au para. 58, juge Ackermann.

⁷³ *Ibid*, au para. 60, juge Ackermann.

B. Les limites aux droits reconnus dans la Constitution

Dès la rédaction des premiers instruments universels, il est apparu aux rédacteurs que les droits protégés ne pouvaient être illimités. Il fallait toutefois décider de la méthode la plus appropriée pour exprimer ces limites. Deux philosophies depuis lors s'opposent. Certains jugent préférable d'ajouter dans chaque article un paragraphe établissant une limite spécifique. Le deuxième moyen rédactionnel consiste à prévoir une clause générale de limitation s'appliquant à tous les droits énumérés dans l'instrument. La Constitution sud-africaine utilise les deux méthodes. On y trouve une clause générale à l'article 36⁷⁴ alors que certaines autres limites sont prévues ponctuellement. Cette méthode n'est pas nouvelle puisque la constitution intérimaire contenait déjà une disposition générale à peu près semblable. Elle ne prévoyait toutefois pas que les limitations devaient être admissibles dans une société basée « sur la dignité humaine » comme c'est le cas actuellement. Il faut également souligner qu'il était précisé dans le texte intérimaire qu'une atteinte à un droit fondamental ne pouvait nier le contenu essentiel du droit. Le lien avec la Loi fondamentale allemande apparaît clairement⁷⁵. Il demeure toutefois que la Constitution n'a jamais contenu de définition de ce qui constitue une société ouverte et démocratique forçant ainsi la Cour à en déterminer les caractéristiques et, surtout, les limites aux droits fondamentaux qu'elle permet.

En raison sans doute du lien existant entre les deux textes⁷⁶, les premières décisions étrangères ayant été soumises à l'appréciation de la Cour pour l'aider dans son interprétation furent canadiennes⁷⁷. Comme elle l'a fait à plusieurs autres occasions, celle-ci a toutefois répondu que la Constitution contient ses propres critères, éliminant, de ce fait, toute nécessité de recours au droit étranger⁷⁸. Les limites doivent être : 1) raisonnables; 2) justifiables; et 3) nécessaires. Malgré le rejet par la Cour du raisonnement canadien, force est toutefois de constater la similitude entre les deux tests développés. Cette ressemblance donne à penser que la Cour a tout de même suivi le précédent canadien sans vouloir l'affirmer ouvertement.

Quelques mois plus tard, la Cour a changé la position qu'elle avait affichée en acceptant d'étudier la jurisprudence étrangère. Il faut avouer que le sujet était

⁷⁴ Constitution, *supra* note 4 art. 36: « (1) The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including (a) the nature of the right (b) the importance of the purpose of the limitation; (c) the nature and extent of the limitation; (d) the relation between the limitation and its purpose; and (e) less restrictive means to achieve the purpose. (2) Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights ».

La première partie de la disposition sud-africaine est largement inspirée de l'article premier de la *Charte canadienne*, *supra* note 66. Voir à ce sujet: *Devenish*, *supra* note 15 à la p. 238.

⁷⁵ Une disposition semblable existe dans la Constitution de Namibie. Mais la source d'inspiration véritable avait été la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne: John de WAAL, « A Comparative Analysis of the Provisions of German Origin in the Interim Bill of Rights », (1995) 1 S.A.J.H.R. 1 aux pp. 19 et 20.

⁷⁶ *Supra* note 74.

⁷⁷ *Zuma*, *supra* note 49, juge Kentridge.

⁷⁸ *Ibid.* au para. 35, juge Kentridge.

d'une importance particulière puisqu'elle devait juger de la constitutionnalité de la peine de mort. Or, dans les situations socialement sensibles, la Cour se tourne plus facilement vers l'expérience des autres pays.

Le juge en chef a jugé que l'Afrique du Sud s'étant engagée dans la construction d'une société libre et démocratique et la reconnaissance des droits de la personne, doit placer le droit à la vie et le droit à la dignité humaine au-dessus de toute autre considération ou valeur. Cette primauté doit se traduire dans chaque acte posé par l'État, y inclus la punition des crimes. L'exécution d'êtres humains n'est pas de nature à atteindre ces buts⁷⁹ et rend de ce fait la peine de mort incompatible avec la Constitution. Le juge Mahomed a été plus loin en considérant, à l'instar du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, de la Cour constitutionnelle Hongroise et de la Cour suprême de Californie, que la peine de mort constitue un traitement cruel, inhumain ou dégradant⁸⁰. Cette peine violerait ainsi le droit à la vie, à la dignité humaine et le droit de ne pas être soumis à un traitement cruel, inhumain ou dégradant⁸¹. Il restait à la Cour à décider si cette ou ces violations pouvaient être justifiées dans une société libre et démocratique.

La Cour a tout d'abord répété que la notion de proportionnalité est centrale à la clause limitative⁸². Il faut tenir compte de plusieurs facteurs : la nature du droit limité et son importance dans une société libre et démocratique basée sur la liberté et l'égalité, le but poursuivi par cette limitation et son importance dans cette même société, l'étendue de la limitation, son efficacité, la possibilité d'atteindre le but par d'autres voies moins inquisitrices.

Pour s'aider dans l'évaluation de la compatibilité de la peine de mort avec les préceptes d'une société démocratique, la Cour a étudié la jurisprudence de trois tribunaux étrangers : la Cour suprême du Canada, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne et la Cour européenne des droits de l'Homme. L'utilisation du droit des deux premiers s'explique facilement par l'influence que les constitutions de leurs pays ont eu sur la rédaction du document sud-africain. Il reste à identifier ce qui a mené la Cour à se tourner vers Strasbourg.

La première jurisprudence abordée est celle de la Cour suprême du Canada. La Cour a utilisé le test développé par le juge en chef Dickson dans l'affaire *Oakes*⁸³. Procédant suivant la méthode canadienne, elle constate que :

⁷⁹ *Makwanyane*, *supra* note 9 aux para. 144 et s., juge Chaskalson.

⁸⁰ *Ibid* au para. 280, juge Mahomed.

⁸¹ *Ibid*. au para. 282, juge Mahomed.

⁸² *Ibid*. au para. 104, juge Mahomed.

⁸³ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 à la p.105: « There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair 'as little as possible' the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right or freedom, and the objective which has been identified as of 'sufficient importance' ».

- 1) Bien qu'il puisse exister un lien rationnel entre la peine de mort et la lutte contre les crimes les plus importants, les éléments d'arbitraire, d'injustice et d'irrationalité entourant l'imposition de la peine doivent entrer en considération pour l'appréciation de ce premier élément du test;
- 2) Il existe une alternative moins lourde qui est l'emprisonnement à vie;
- 3) La proportionnalité n'est pas respectée.⁸⁴

La Constitution allemande ne contient pas de clause limitative générale du même type que les constitutions sud-africaine et canadienne. Il demeure que la notion de proportionnalité est également centrale au processus d'évaluation appliqué par la Cour constitutionnelle fédérale⁸⁵. Ceci se traduit par une étude du but poursuivi par l'adoption de la législation et du degré d'opportunité d'atteindre ce but. Cette cour vérifie si la loi est nécessaire et si un équilibre est respecté entre le but poursuivi et le droit fondamental auquel il est porté atteinte⁸⁶.

La proportionnalité entre les fins et les moyens est aussi au centre de l'évaluation faite par la Cour européenne des droits de l'Homme. Le test qu'elle utilise consiste à poser sur les plateaux d'une balance les fins et les moyens pour en étudier le poids respectif. Il demeure que les pays membres se voient accorder une marge d'appréciation sur ce qui est nécessaire pour eux, sans qu'il ne s'agisse toutefois d'une carte blanche. Il faut donc atteindre un équilibre entre les besoins respectifs de la collectivité et des individus. En présence d'un droit qualifié de fondamental pour une société démocratique, un standard de justification plus élevé est exigé. La Cour a toutefois considéré que, bien que la jurisprudence européenne puisse servir de guide pour apprécier ce qui est nécessaire dans une société démocratique, elle demeure un guide incertain de ce qui est approprié en vertu de l'article 36 de la Constitution puisque développée dans le cadre d'une association d'États souverains⁸⁷.

Finalement, malgré cette étude, la Cour a jugé qu'il existe des différences entre le texte national et les autres documents étudiés faisant en sorte qu'on ne devait apprécier la justification d'une violation qu'en vertu des critères énumérés dans la Charte sud-africaine⁸⁸. La Cour a ainsi étudié la force de dissuasion de la peine de mort, sa capacité d'empêcher la personne de commettre un autre crime et son aspect punitif⁸⁹. Elle a établi qu'il fallait déposer dans un plateau de la balance du test de proportionnalité : la destruction de la vie et de la dignité, l'élément d'arbitraire et la possibilité d'erreur et finalement l'existence de peine lourdes alternatives. Dans l'autre plateau, furent groupés l'effet préventif plus important que l'emprisonnement à vie et la demande publique de punir les meurtriers d'une façon si lourde que seule la

⁸⁴ *Makwanyane*, *supra* note 9 aux para. 106 et s., juge Chaskalson.

⁸⁵ *Ibid.* aux para. 108 et s., juge Chaskalson.

⁸⁶ *Ibid.* ; *S. c. Williams and others*, n° CCT 20/94 du 9 juin 1995, para. 52 (C.C.d'A.S.), juge Langa.

⁸⁷ *Makwanyane*, *supra* note 9, au para. 109, juge Chaskalson.

⁸⁸ *Ibid.* au para. 110, juge Chaskalson.

⁸⁹ *Ibid.* au para. 116, juge Chaskalson.

peine de mort peut y répondre⁹⁰. La Cour a conclu que le premier plateau pesait plus lourd.

Bien que le test appliqué semble « désordonné » et peu juridique, il est nécessaire de s'y attarder quelques instants. On constate ainsi que la Cour a, en premier lieu, jugé qu'il y avait violation d'un droit reconnu par la Charte ; en deuxième lieu, que le lien rationnel n'est pas assuré en raison de la présence d'éléments d'arbitraires et que finalement, il existe un moyen moins important d'atteindre le but visé. L'exposé de cette analyse est confus parce que la Cour semble avoir voulu utiliser un test semblable à celui de la Cour européenne en essayant de trouver ce qui, de l'intérêt privé ou public, avait le plus de poids. La Cour a ainsi composé un test hybride qui lui est propre, mais dans lequel se trouvent les éléments de la jurisprudence canadienne. Le législateur doit donc respecter un rapport de proportionnalité. Si la violation du droit fondamental est trop importante, la mesure doit être jugée arbitraire et de ce fait incompatible avec la notion de société libre et démocratique⁹¹. Le critère de proportionnalité sans être mentionné, est donc clairement partie du texte constitutionnel. Tel qu'il a été souligné dans le livre de Paul Sieghart, que cite la Cour, le principe de proportionnalité est inhérent à la notion de « nécessité » qui implique une série d'éléments interreliés dont la place centrale est occupée par le concept de proportionnalité⁹².

L'emploi de ce terme plutôt que « raisonnable » ou autres similaires, a pour effet d'augmenter le fardeau de ceux voulant justifier une atteinte à un droit fondamental. Le juge Sachs de la Cour constitutionnelle considère que cette contrainte a pour effet de réduire la marge d'appréciation ou de discrétion dont jouit normalement le Parlement. La loi ne pourrait aller plus loin que ce qui est strictement nécessaire pour atteindre un but légitime. Le juge Sachs semble considérer que l'expression « nécessaire » ne permet à l'État de limiter un droit fondamental que dans la mesure où existe un besoin social réel. Il cite ainsi la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Silver c. Royaume Uni*⁹³ :

- (a) the adjective 'necessary' is not synonymous with 'indispensable', neither has it the flexibility of such expressions as 'admissible', 'ordinary', 'useful', 'reasonable' or 'desirable' ;
- (b) the Contracting States enjoy a certain but not unlimited margin of appreciation in the matter of the imposition of restrictions, but it is for the Court to give the final ruling on whether they are compatible with the Convention ;
- (c) the phrase 'necessary in a democratic society' means that, to be compatible with the Convention, the interference must, inter alia,

⁹⁰ *Ibid.* au para. 145, juge Chaskalson.

⁹¹ *S. v. Lawrence; S. c. Negal; S. c. Solberg*; n° CCT 38/96; 39/96; 40/96 du 6 octobre 1997 au para. 41 (C.C.d'A.S.), juge Chaskalson [*Lawrence, Negal et Solberg*].

⁹² P. SIEGHART, *The International Law of Human Rights*, 1992, cité dans *Coetzee c. Government of the RSA*, n° CCT 19/94 du 22 septembre 1995 au para. 60 (C.C.d'A.S.), juge Sachs.

⁹³ *Ibid.* au para. 57, juge Sachs.

correspond to a 'pressing social need' and be 'proportionate to the legitimate aim pursued' ;

(d) those paragraphs of Article [sic] of the Convention which provide for an exception to a right to be guaranteed are to be narrowly interpreted ;

Le juge Sachs a également étudié les travaux des exégètes du Pacte international qui jugent que l'expression « nécessaire » fait en sorte que la restriction doit répondre à une pression publique et à un besoin social, poursuivre un but légitime et être proportionnel au but poursuivi. Contrairement à la Convention européenne, cet instrument ne lie toutefois pas la notion de « nécessité » à l'existence d'une société démocratique. Le point commun du processus d'évaluation n'est pas un standard démocratique minimum, mais plutôt l'exigence d'un besoin dans chaque cas particulier. Les tribunaux ne peuvent toutefois imposer une politique précise. Ils doivent donc se cantonner à vérifier que la solution retenue par le législateur fait partie de celles ne créant pas indûment un poids excessif eu égard à toutes les alternatives raisonnables⁹⁴.

Les tribunaux doivent respecter le rôle et les compétences du législateur chargé d'adopter des positions politiques qu'ils ne sauraient renverser sans contrevenir aux préceptes des « sociétés démocratiques ». La Cour souligne d'ailleurs qu'elle partage cette volonté de retenue, avec la Cour suprême des États-Unis⁹⁵. Elle fait également siens les propos d'un juge canadien pour souligner que son rôle ne consiste pas à faire une deuxième évaluation des choix politiques du législateur⁹⁶. Ceci étant établi, la détermination du but poursuivi par une loi et du lien rationnel entre une mesure et ce but est une question de droit soumise à son expertise⁹⁷. Pour procéder à ces tests, la Cour n'a pas besoin de recevoir la preuve des faits « législatifs ». Le juge Chaskalson, s'appuyant sur les écrits du professeur Hogg, qui lui-même citait des travaux américains, distingue entre les faits du litige (qui a fait quoi, etc.) et les faits législatifs qui sont ceux concernant l'aspect social et économique du litige. Ces derniers n'auraient pas besoin d'être prouvés d'une manière aussi rigoureuse⁹⁸. La Cour jouit donc d'une certaine latitude à cet égard.

Les constituants ont prévu une autre obligation pour qu'une limite à un droit fondamental soit admissible, elle doit être contenue dans une loi d'application générale. Pour en dessiner le contour, la Cour a fait appel à la jurisprudence européenne et canadienne, bien que les textes sous étude n'aient employé que l'expression « prescrite par la loi ». La Cour européenne a identifié deux critères obligatoires pour qu'une limite soit prescrite par une loi :

First, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules

⁹⁴ *Ibid.* aux para. 58 et 59, juge Sachs.

⁹⁵ *Lawrence, Negal et Solberg; supra* note 91 au para. 43, juge Chaskalson.

⁹⁶ *Makwanyane, supra* note 9 au para. 104, juge Mahomed.

⁹⁷ *Lawrence, Negal et Solberg; supra* note 91, au para. 52, juge Chaskalson.

⁹⁸ *Ibid.*

applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a 'law' unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.⁹⁹

Les règles de *common law* répondraient aux exigences d'accessibilité et de précision¹⁰⁰. D'ailleurs, la Cour suprême du Canada, en interprétant la clause limitative contenue dans la Charte canadienne, a aussi jugé que les lois, règlements et les normes de *common law* sont des textes d'application générale tel que requis à l'article premier¹⁰¹. Il semblerait toutefois incertain que les textes adoptés par les corps administratifs de l'État puissent répondre à cette exigence. La Cour a extrait comme règle commune à ces deux documents étrangers que la loi doit être dans tous les cas accessible, précise et d'application générale. Ces exigences découleraient d'ailleurs du concept même « d'État de droit » puisque les justiciables doivent être capables de régir leur conduite suivant la loi¹⁰².

La Cour a donc fait une lecture généreuse de la Charte constitutionnelle. Nous avons vu en premier lieu que tous les actes publics sont soumis au contrôle de constitutionnalité, y inclus les décisions du Président de la République. Dans ce cas, bien que la Cour ait étudié la jurisprudence de plusieurs pays, elle n'a reconnu l'influence d'aucun organe extérieur et a jugé du champ d'application de la Constitution nationale par une interprétation exégétique tenant aussi compte de l'historique et de la réalité sociale. La proximité de la solution retenue avec celle adoptée par d'autres cours suprêmes donne toutefois à penser que la Cour s'inspire des normes nationales étrangères sans vouloir l'admettre. À l'inverse, l'aval de la Cour suprême du Canada est apparu clairement dans le processus de définition des méthodes d'interprétation de la Constitution. La Cour a d'ailleurs souligné la parenté existante entre les clauses limitatives des Chartes sud-africaine et canadienne. L'influence du droit international a été dans le domaine que nous venons d'étudier négligeable. La Cour n'a cité la Cour européenne qu'à quelques rares reprises en l'abordant comme un autre tribunal de dernière instance. Il semble toutefois que la Convention européenne n'ait pas éclairé les réflexions de la Cour sud-africaine en raison même de son caractère international difficilement conciliable avec l'étude de l'étendue de l'influence d'un texte national.

Nous verrons maintenant si le processus de définition du contenu des droits et libertés protégés par la Charte constitutionnelle sud-africaine présente les mêmes caractéristiques.

⁹⁹ *Sunday Times v. The United Kingdom*, Série A, n° 30 du 19 janvier 1974 au para 49, cité dans *The President of the Republic of South Africa et the Minister of Correctional Services c. John Phillip Peter Hugo*, *supra* note 28 au para. 99, juge Mokgoro.

¹⁰⁰ *Ibid.* au para. 53.

¹⁰¹ *The President of the Republic of South Africa et the Minister of Correctional Services c. John Phillip Peter Hugo*, *supra* note 28 au para. 100, juge Mokgoro.

¹⁰² *Ibid.* au para. 102 juge Mokgoro.

II. Les droits et libertés protégés par la Constitution

Bien que l'article 39 fasse obligation aux tribunaux d'étudier le droit international, la Constitution sud-africaine demeure la loi ultime du pays. Les juges n'ayant aucune obligation légale d'adopter les normes étrangères, nous préférons parler « d'influence ». Plusieurs facteurs pourront moduler cette ascendance, tel le sujet, l'instrument consulté, la réputation du tribunal ayant prononcé l'arrêt, voir même dans le cas du droit étranger, le degré de développement de la société. Par ailleurs, la consultation de textes internationaux et de lois nationales étrangères ne signifie pas que la Cour en tiendra compte. Nous verrons dans les pages qui suivent l'influence du droit étranger en fonction du poids exercé sur l'interprétation de la Constitution.

A. Les décisions dans lesquelles le droit étranger a eu une influence

Les constituants n'ont prévu aucune limite d'ordre géographique ou quant à la nature des documents vers lesquels la Cour peut se tourner. Elle peut donc faire appel, en même temps, à toutes les sources de droit international et à toutes les constituantes du droit national étranger. S'il est ainsi des arrêts dans lesquels un seul instrument est étudié, à d'autres occasions, plusieurs textes d'origines très diverses sont cités. La Cour bénéficie également d'une liberté complète quant à la façon d'utiliser les textes qu'elle étudie. Dans certains cas, elle s'attachera à la lettre d'un texte alors qu'à d'autres occasions un principe commun à plusieurs instruments guidera sa décision.

1. L'INFLUENCE DONT ON PEUT IDENTIFIER LA SOURCE

Certains arrêts font plus ou moins clairement ressortir l'influence des sources de droit étranger consultées. Celle-ci peut être limitée, en ce qu'elle ne sert qu'à appuyer une partie du raisonnement ou à éclairer un exposé et être ainsi de la nature d'un *obiter dictum* ou, au contraire, être déterminante lorsque le tribunal adopte une règle issue d'un autre système et l'incorpore au droit national.

On trouve un exemple d'influence minimale dans le domaine de la reconnaissance des couples homosexuels où le droit étranger n'a servi qu'à soutenir une démonstration sur la justesse du mouvement de reconnaissance des droits des homosexuels. Pour ce faire, elle a jugé opportun de donner en exemple les changements opérés dans plusieurs pays. On y note une avancée de la situation des homosexuels dans la société et dans l'attitude légale à leur égard. Ceci ressort, souligne la Cour, de la jurisprudence sur l'égalité du Canada, d'Israël, du Royaume-Uni et des États-Unis. Tout en acceptant l'existence des différences de société et d'histoire, la Cour indique que ces jugements sont pour elle une expression des normes et valeurs d'autres sociétés basées sur la dignité, l'égalité et la liberté. Il s'agit

d'une source importante pour éclairer la compréhension de la Constitution et la promotion de ses normes informelles¹⁰³.

Outre cette utilisation d'une nature plus sociologique que juridique, le juge Ackermann a utilisé les conclusions de certains juges de la Cour suprême du Canada pour répondre à divers arguments. Il a fait siens les propos de la juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Mossop*, pour réfuter qu'on ne puisse accorder de valeur aux couples homosexuels en raison de l'absence de pouvoir procréatif. La plume de la juge canadienne lui sert aussi à rejeter l'argument selon lequel il est légitime pour une société de vouloir protéger les couples traditionnels. Suivant la position canadienne, le juge oppose que la non reconnaissance des couples homosexuels transmet le message qu'ils ne possèdent pas la même humanité. Ceci constitue une atteinte importante à leur dignité or, l'article 10 de la Constitution sud-africaine garantit le droit inhérent à la dignité. En conséquence, il a été jugé que la loi ne peut limiter le parrainage d'un immigrant aux seuls conjoints hétérosexuels à l'exclusion des homosexuels. Ce genre de comportement de l'État viole le droit à la dignité et constitue de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle¹⁰⁴.

Dans cet arrêt, la Cour a fait appel au droit étranger, et plus particulièrement à la jurisprudence canadienne, pour étayer son argumentation sur les aspects sociaux et juridiques. Toutefois, on ne peut véritablement considérer que les exemples des autres pays ont guidé son raisonnement. Ils sont en effet apparus tard dans l'argumentation dans le seul but de rejeter les oppositions. Il faut de plus noter que la Cour n'a pas cité la jurisprudence du Comité des droits de l'homme de l'ONU et de la Cour européenne. Dans cet arrêt, la Cour a fait appel au droit étranger, et plus particulièrement à la jurisprudence canadienne, pour étayer son argumentation sur les aspects sociaux et juridiques. Toutefois, on ne peut véritablement considérer que les exemples des autres pays qui ont guidé son raisonnement. Ils sont en effet apparus tard dans l'argumentation dans le seul but de rejeter les oppositions. Il faut de plus noter que la Cour n'a pas cité la jurisprudence du Comité des droits de l'homme de l'ONU et de la Cour européenne. Ce rejet peut s'expliquer par le fait que la Cour cherchait à démontrer que sa décision s'inscrivait dans le concert des nations respectant la dignité humaine et la liberté, plutôt que de démontrer que les droits de la personne imposait cette conclusion.

Il existe des affaires dans lesquelles l'influence est plus importante. Certains juges n'ont pas hésité à faire leur la définition de la « liberté de religion » adoptée par le juge en chef Dickson de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Big M Drug Mart* :

The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination.¹⁰⁵

¹⁰³ *Gay and Lesbian Equality*, supra note 61 au para. 48, juge Ackermann.

¹⁰⁴ *Ibid.* au para. 55, juge Ackermann.

¹⁰⁵ *Lawrence, Negal et Solberg*, supra note 91 au para. 92, juge Chaskalson.

Dans cette affaire, la Cour a jugé que la *Loi sur les liqueurs*¹⁰⁶ qui prévoit une obligation de fermeture pour les débits de boissons alcooliques les dimanches, vendredi Saint et le jour de Noël n'a pas pour but d'imposer le respect du Sabah Chrétien. Cette interdiction n'interfère donc pas avec aucun des éléments composant la liberté des religions identifiées par le juge Dickson¹⁰⁷ et de ce fait, n'y contrevient pas¹⁰⁸. Le juge Sachs, minoritaire, a jugé inutile ces références à la jurisprudence étrangère qu'on ne pouvait transposer en droit interne. Sur ce sujet, le texte national devait selon lui être interprété par lui-même.

Il faut noter l'absence de référence au droit international pour définir la liberté de religion alors que les Constitutions intérimaires et finales ont fait obligation de l'étudier. Ceci est d'autant plus singulier que dans un arrêt où la Cour devait définir le contenu de cette liberté, il aurait pourtant été opportun d'étudier les textes ratifiés par le pays pour assurer la compatibilité du droit interne avec les obligations internationales de l'Afrique du Sud.

La Cour a par contre utilisé, à une autre occasion, les travaux d'un rapporteur spécial de la sous-commission sur la prévention de la discrimination et la protection des minorités des Nations Unies pour définir ce qui constitue une minorité :

[a] group which is numerically inferior to the rest of the population of a State and in a non-dominant position, whose members possess ethnic, religious or linguistic characteristics which differ from those of the rest of the population and who, if only implicitly, maintain a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language.¹⁰⁹

L'adoption de cette définition ne fut finalement que d'une aide limitée pour la Cour qui a considéré que la situation étrangère ne pouvait lui servir de guide en ce domaine. Il est vrai que, tel que l'a souligné le juge, la définition ne contient en elle-même la reconnaissance d'aucun droit.

Certains sujets plus techniques permettent l'utilisation des textes d'organes spécialisés. La Cour considère que les conventions et recommandations de l'Organisation Internationale du Travail (ci-après « O.I.T. ») sont d'importants guides dans l'interprétation de l'article 23 de la Constitution qui prévoit le droit à la syndicalisation, et plus particulièrement l'expression « travailleur » qui s'y trouve¹¹⁰.

¹⁰⁶ *Liquor Act*, loi n° 27 de 1989.

¹⁰⁷ *Lawrence, Negal et Solberg*, *supra* note 91 au para. 97, juge Chaskalson.

¹⁰⁸ *Ibid.* au para. 105, juge Chaskalson.

¹⁰⁹ *In re: Dispute Concerning the Constitutionality of Certain Provisions of The School Education Bill of 1995 Gauteng Education Bill*, n° CCT 39/95 du 4 avril 1996 au para. 61 (C.C.d'A.S.), juge Sachs.

¹¹⁰ *South African National Defence Union v. Minister of Defence and Chief of the South African National Defence Force (1999)*, n° CCT 27/98 du 26 mai 1999 au para 24 (C.C.d'A.S.), juge O' Regan. [*South African Defense Union*].

Elle a utilisé certaines des plus anciennes conventions de l'O.I.T. de 1948¹¹¹ et 1949¹¹² qui ne furent ratifiées par l'Afrique du Sud qu'en 1995. La Cour a jugé à la lumière de ces instruments que le mot travailleur de la Constitution peut être interprété de façon à inclure les membres des forces armées. La reconnaissance d'un statut de travailleur aux militaires constitue une révolution puisqu'elle renverse la perception traditionnelle des relations les liant à la Couronne. Il demeure qu'en vertu de l'article 36 de la Constitution, l'État employeur peut limiter leurs droits dans une mesure raisonnable et justifiable dans une société ouverte et démocratique pour répondre aux exigences particulières de leur état. Le fait d'accorder aux soldats le statut de travailleur ne contrevient pas aux besoins disciplinaires dont le corps a besoin pour mener à bien ses missions. On cite à cet effet la juge L'Heureux-Dubé de la Cour suprême du Canada qui soulignait dans une opinion dissidente le caractère fondamental de la discipline pour permettre l'efficacité militaire¹¹³. En conséquence, la Cour a conclu qu'une interdiction pour les membres des forces armées de former ou joindre un syndicat contrevient à l'article 23(2) de la Charte sud-africaine¹¹⁴.

Pour mener le tribunal à conclure que l'interdiction faite aux militaires par la loi sud-africaine de former un syndicat ne peut se justifier dans une société libre et démocratique, les procureurs ont exposé la situation de divers pays. On y apprend qu'en Angleterre, aux États-Unis et en France la syndicalisation des militaires est interdite, alors que possible aux Pays-Bas, en Suède et en Allemagne. La Cour conclut, à la lumière de cet exposé et des Conventions de l'O.I.T., que la syndicalisation des militaires n'est donc pas impossible dans une société libre et démocratique. La question demeure toutefois ouverte quant à la nature et à l'étendue des limites qui peuvent être imposées, notamment dans le domaine de la négociation des conditions d'emploi¹¹⁵.

Dans cette dernière affaire, la Cour a fait une utilisation en deux étapes du droit étranger. Dans un premier temps, elle s'est servie des instruments internationaux pour définir les limites de l'expression « travailleurs » de l'article 23 de la Constitution. Les textes sont d'ailleurs facilement identifiables et force est de reconnaître leur influence directe sur la décision de la Cour. Cette première étape franchie, la Cour a fait appel au droit de d'autres pays pour vérifier la situation prévalant dans d'autres sociétés démocratiques afin de décider si l'atteinte au droit protégé par la Constitution pouvait être justifiée. On ne trouve dans cette deuxième partie aucun véritable test, mais plutôt une simple comparaison de sociétés. On comprend quand même, sans que ce ne fût indiqué, que la Cour voulait juger si la limite imposée au droit n'était pas disproportionnée. Elle fait la preuve de l'excès par l'existence de moyens moins inquisiteurs dans d'autres pays démocratiques.

Il ne faut toutefois pas croire qu'il s'agit là d'une règle d'interprétation de la Cour. Il lui est arrivé d'étudier la jurisprudence des tribunaux internationaux pour

¹¹¹ *Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention*, loi n° 87 de 1948.

¹¹² *Convention on the Right to Organise and Collective Bargaining*, loi n° 98 de 1949.

¹¹³ *South African National Defence Union*, *supra* note 110 au para. 28, juge O' Regan.

¹¹⁴ *Ibid.* au para. 30, juge O' Regan.

¹¹⁵ *Ibid.* au para. 36, juge O' Regan.

juger de l'admissibilité de certaines lois dans une société démocratique. On en trouve un exemple dans une affaire où il a fallu décider de la constitutionnalité de l'emprisonnement pour dettes judiciaires. On cite la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*¹¹⁶ et la Convention américaine des droits de l'homme¹¹⁷ pour constater que la prohibition dans ce système est large et ferme¹¹⁸. Par contre, une étude du Pacte international et du quatrième protocole additionnel de la Convention européenne¹¹⁹ mène à conclure que l'interdiction n'y est pas aussi péremptoire. D'ailleurs les notes explicatives du quatrième Protocole indiquent que :

the prohibition relates expressly to contractual obligations; that it does not cover deprivations of liberty based on non-fulfillment of statutory obligations, nor does it include criminal offences related to civil law debts, nor does it protect persons who simply refuse to honor a debt which they are able to pay.¹²⁰

Force est donc de constater que du point de vue du droit international, l'emprisonnement de personnes parce qu'elles ont fait défaut de payer leurs dettes n'est pas totalement rejeté. En conséquence, l'emprisonnement pour dette judiciaire est admissible dans une société démocratique.

Ce dernier exemple introduit le sujet suivant puisque nous verrons les situations dans lesquelles plusieurs textes ont une influence sur la décision de la Cour.

2. L'INFLUENCE D'UN ENSEMBLE DE TEXTES

Dans certaines situations, la Cour procède à étudier le droit international et (le droit national étranger) sans pour autant donner d'indication sur l'influence qu'a pu avoir un instrument particulier. Le lecteur aura dans ce cas l'impression que les textes dans leur ensemble ont guidé les pas de la Cour. Ceci n'est par ailleurs aucunement saugrenu dans la mesure où parfois plusieurs instruments contiennent la même règle exprimée différemment ou reposent simplement sur un même principe à partir duquel la Cour peut formuler une règle de droit.

a) *La situation dans laquelle les instruments contiennent tous la même règle*

L'article 14 de la Constitution sud-africaine prévoit que toute personne a droit au respect de sa vie privée qui comprend *notamment* une protection contre les fouilles du domicile et des propriétés, contre la saisie des possessions et contre la violation des communications. Il appartient donc aux tribunaux de compléter cette

¹¹⁶ Doc. O.É.A. OÉA/Ser.L/V/II.23, doc. 21, rev 6, art. 25.

¹¹⁷ *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*, S.T.O.É.A n°36, (1979) 1144 R.T.N.U. 123, art. 7(7).

¹¹⁸ *Coetzee*, *supra* note 92 au para.52, juge Sachs.

¹¹⁹ Article 11 de la Convention européenne.

¹²⁰ *Coetzee*, *supra* note 92 au para. 53, juge Sachs.

liste non exhaustive. Cette nécessité s'est faite jour lorsque les officiers ont été forcés de témoigner dans le cadre des procédures administratives intentées contre leur entreprise.

Pour décider si l'article 14 de la Constitution protège les dirigeants des sociétés commerciales, la Cour a vérifié en premier lieu l'étendue de la protection offerte par l'article 8 de la Convention européenne et, chose plus exceptionnelle, par la « *soft law* » européenne. Elle débute d'ailleurs son exposé avec une résolution de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe dans laquelle une tentative de définition du droit à la vie privée a été faite¹²¹ et les conclusions finales de la « *Nordic Conference on the Right to Respect for Privacy of 1967* ». Elle retient de cette étude que les définitions de ce qui constitue la vie privée évoluent vers une utilisation du concept d'« identité », le droit à la vie privée protégeant ainsi ce qui aide à composer et établir l'identité des individus. La jurisprudence européenne¹²² trouve ainsi acceptable que les chefs des grandes entreprises cèdent une fraction de leur droit à la vie privée pour protéger les intérêts de la communauté¹²³. Cette position rejoint partiellement l'approche américaine où la loi ne protège que ce qui peut raisonnablement être qualifié de composante de la vie privée. La Charte canadienne ne fait pas mention d'un droit à la vie privée qui n'est protégée, à l'instar des États-Unis, qu'en vertu de la protection contre les fouilles déraisonnables. La Cour suprême du Canada a aussi jugé que la Charte n'y protège que ce qui peut sembler raisonnable¹²⁴. Il semble que la protection offerte par la Loi fondamentale allemande repose aussi sur l'existence d'une attente raisonnable de la protection de certains éléments de la vie privée¹²⁵. La Cour sud-africaine a retenu de ces diverses expériences qu'il existe un dénominateur commun permettant d'évaluer le caractère raisonnable d'une intrusion dans la vie privée qui est l'existence d'une attente légitime raisonnable de la société¹²⁶ que certains aspects de la vie privée soit protégée. La Cour a adopté ce dénominateur commun pour juger de l'existence d'une violation du droit à la vie privée.

Eu égard au témoignage des dirigeants des entreprises, la Cour constitutionnelle a noté que les droits allemand, européen et américain s'accordent sur

¹²¹ *Bernstein and Others v. L. Von Wielligh Bester NO and Others*, n° CCT/2395 du 27 mars 1996, au para. 73 (C.C.d'A.S.), juge Ackermann [*Bernstein*]: « The right to privacy consists essentially in the right to live one's own life with a minimum of interference. It concerns private, family and home life, physical and moral integrity, honour and reputation, avoidance of being placed in a false light, non-revelation of irrelevant and embarrassing facts, unauthorised publication of private photographs, protection from disclosure of information given or received by the individual confidentially ».

¹²² *Fayed v. United Kingdom*, series A, n° 294 B, au para. 75; (1994) 18 E.H.R.R. 393.

¹²³ *Bernstein*, *supra* note 121 au para. 74, juge Ackermann.

¹²⁴ *Hunter et al v. Southam Inc.*, (1984) 11 D.L.R. (4^e) 641, aux pp. 652 et 653: « The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by section 8, whether it is expressed negatively as freedom from unreasonable search or seizure, or positively as an entitlement to a reasonable expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public interest to be left alone by government must give way to governments interest in intruding on the individuals privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement ».

¹²⁵ *Bernstein*, *supra* note 121 au para. 78, juge Ackermann.

¹²⁶ *Ibid.* au para. 76, juge Ackermann.

le fait que la vie privée ne concerne que les aspects les plus personnels de l'existence d'une personne et non pas tous les aspects de ses connaissances et expériences. Ce droit est limité par les droits de la communauté en général et de ses membres¹²⁷. Les officiers d'une personne morale ne peuvent donc prétendre que la divulgation forcée d'informations appartenant à la société commerciale constitue une violation de leur vie privée.

Dans certains cas, la même règle peut se trouver dans les documents internationaux et dans les instruments nationaux de protection des droits de la personne. Dans une affaire de liberté de communication, la Cour a dû décider si le droit de posséder des documents avec un contenu sexuellement explicite était protégé. Pour décider de cette question, une juge dissidente a étudié le droit international et le droit national étranger. L'étude de cette première source fut toutefois expéditive puisqu'elle s'est contentée de souligner qu'au moins quatre instruments prévoient le droit de recevoir des informations sous le titre de la liberté d'expression. À l'inverse, beaucoup plus d'attention a été accordée au droit national étranger. La juge a cité deux jugements canadiens pour conclure que la communication comprend la transmission et la réception des informations. Dans la lancée, elle a procédé à démontrer qu'il en est de même en vertu de l'article 10 de la Convention européenne, que la Cour suprême du Zimbabwe a conclu que la liberté d'expression est le droit du peuple de savoir et que la Cour suprême de l'Inde a affirmé que la liberté d'expression n'est pas tant pour le bénéfice de la presse que pour celui du public. Ce même principe a également été adopté par la Cour suprême des États-Unis. La liberté d'expression n'est pas seulement celle de l'émetteur, elle est aussi celle du récepteur. Le droit de posséder des documents est donc inclus dans la liberté d'expression. La juge Mokgoro a conclu que l'interdiction faite de posséder du matériel sexuellement explicite sans directive précise est trop large pour être constitutionnellement admissible¹²⁸.

Nous verrons maintenant une autre situation dans laquelle la Cour utilise plusieurs instruments en même temps pour s'aider dans l'interprétation du texte national. Toutefois, dans ce prochain cas, l'influence des textes extérieurs peut être encore plus difficilement identifiable puisque la Cour extrait de sa lecture un principe commun aux divers textes.

b) *La situation dans laquelle la Cour formule un principe à partir de divers instruments*

La Constitution ne fait aucunement obligation de limiter les recherches dans le droit national étranger au niveau constitutionnel ou supra-législatif ; la Cour peut tout aussi bien analyser les lois en vigueur dans les autres pays. Il peut toutefois être difficile de transposer directement une norme législative étrangère qui peut atteindre un degré de technicité non souhaitable pour une constitution. Dans cette situation, la Cour n'en

¹²⁷ *Ibid.* au para. 79, juge Ackermann.

¹²⁸ *Case v. Minister of Safety and Security*, n° CCT 20/95 du 9 mai 1996, aux para. 29 - 35 (C.C.d'A.S.), juge Mokgoro, dissidente.

retiendra que le principe de base. Elle peut aussi utiliser les lois de plusieurs pays qu'elle qualifie de démocratiques, pour vérifier l'existence d'un consensus.

Dans les années 1990, il n'existait pas obligation en Afrique du Sud d'obtenir l'accord d'un père pour l'adoption de son enfant illégitime par un tiers¹²⁹. Cette situation fut naturellement contestée par un père qui jugeait qu'il y avait violation de son droit à l'égalité¹³⁰. La Cour a rapidement admis les prétentions du demandeur en jugeant qu'il était inadmissible que la situation de certains hommes soit à ce point différente de celle prévalent pour d'autres. Il lui a toutefois été plus difficile de choisir le remède approprié. Pour s'aider dans cette tâche, la Cour a cru bon d'étudier le droit étranger sur la situation des pères non mariés lors des procédures d'adoption pour vérifier dans quelle mesure il y avait violation du droit constitutionnel et de ce fait circonscrire les moyens pour corriger la loi.

On apprend ainsi qu'aux États-Unis jusqu'en 1972 la *common law* ne faisait pas obligation de notifier aux pères d'enfants illégitimes les procédures d'adoption, sauf s'ils s'étaient impliqués dans le développement et les besoins de l'enfant. En raison du nombre grandissant de personnes vivant maritalement sans être mariées, les législateurs étatiques ont réagi en accordant des droits aux pères putatifs. Au Canada, la Cour suprême de Colombie-Britannique a jugé qu'une loi ne créant pas d'obligation d'obtenir l'accord du père non marié pour l'adoption d'un enfant créait une discrimination fondée sur le sexe et sur le statut matrimonial. Dans un même temps, une loi de Nouvelle-Écosse prévoyant qu'il n'était pas nécessaire d'obtenir la permission des pères non-mariés ne s'étant pas impliqués dans l'éducation de l'enfant était jugée compatible avec la Charte. Dans l'affaire *Keegan c. Ireland* la Cour européenne a jugé que la loi irlandaise sur l'adoption en vertu de laquelle la permission du père non marié ne devait être recherchée qu'avec l'aval d'un tribunal, violait le droit à la vie privée et familiale ainsi que le droit à un procès équitable¹³¹.

La Cour a conclu de son étude que les réponses législatives à l'étranger tiennent compte de la durée de la relation entre les parents, de l'âge de l'enfant, de la stabilité de la relation entre les parents, de la qualité de la relation entre le père et l'enfant, des besoins légitimes des parents, des raisons pour lesquelles les parents ne se sont pas mariés et généralement du meilleur intérêt de l'enfant. La loi Sud-africaine contestée ne faisait pas preuve des mêmes nuances; toutefois, la Cour a jugé qu'il appartenait au législateur de modifier la loi pour en éliminer les différences entre la situation du père et de la mère *en s'inspirant de la situation étrangère*, de l'histoire nationale et des conditions ayant une influence sur le problème¹³². Les facteurs socio-économiques et l'histoire de l'Afrique du Sud qui ont conduit à l'inégalité des sexes

¹²⁹ *Child Care Act*, loi n° 74 de 1983, art. 18(4) (d).

¹³⁰ *Fraser c. The Children's Court, Pretoria North et al*, n° CCT 31/96 du 5 février 1997, au para 19 (C.C.d'A.S.) (j. Mahomed). Le No de jugement ne correspond pas avec les noms des parties!

¹³¹ *Ibid.* aux para. 31 - 39 juge Mahomed.

¹³² *Ibid.* au para. 39, juge Mahomed.

ne sont pas les mêmes que dans les pays étudiés¹³³. La Cour a accordé deux années au Parlement pour corriger la situation suivant les critères qu'elle venait d'énumérer¹³⁴.

Cet arrêt présente donc une particularité en ce que la Cour a utilisé le droit étranger pour définir le cadre et les principes d'une loi admissible en ce domaine tout en laissant au Parlement le soin de les transposer.

La Cour a également cherché à connaître l'évolution dans certaines sociétés démocratiques de la criminalisation des relations sexuelles anales dont elle a souligné les effets néfastes. La Cour a indiqué qu'elle considère que la différenciation dans les relations sexuelles renforce les préjugés sociaux et cause des préjudices sur la vie des homosexuels mâles¹³⁵.

On ne peut considérer qu'un document particulier a eu une influence prépondérante sur la décision de la Cour. Il semble plutôt qu'elle a voulu inscrire son arrêt dans la mouvance mondiale. La décriminalisation généralisée à travers le monde a été perçue comme une preuve de l'iniquité des lois sur la sodomie¹³⁶. La Cour donne une liste impressionnante de pays dans lesquels les lois ont été amendées. La loi anglaise du pays de Galles a été modifiée en 1967, celle d'Écosse en 1980 alors que l'Irlande du Nord et l'Irlande ont légiféré suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme. Le Code criminel allemand a aussi été amendé pour accorder une protection égale à l'orientation sexuelle. La Cour cite d'ailleurs le mouvement généralisé de décriminalisation dans les pays membres du Conseil de l'Europe. En Australie, les relations sexuelles anales ont été décriminalisées dans tous les États en 1992, à l'exception de la Tasmanie qui n'a légiféré que sous la contrainte d'une décision du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies. La Cour poursuit son étude des législations étrangères avec la situation en Nouvelle-Zélande où les relations ont également été décriminalisées et où la Loi sur les droits de la personne interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Naturellement, oserons-nous affirmer, la Charte canadienne est citée de même qu'est précisé le fait que la loi ait décriminalisé la sodomie et les grossières indécentes en 1969. Plusieurs pays ont tourné le dos à la criminalisation de la sodomie sans pourtant qu'il n'existe de protection contre la discrimination basée sur l'orientation sexuelle dans leur constitution. Les raisons ayant guidé ces pays servent à la Cour à fortifier ses propres positions quant à l'inacceptabilité de la criminalisation des relations sexuelles anales sous le régime de la nouvelle Constitution. Cette différenciation est d'autant plus inadmissible pour la Cour qu'on ne porte pas seulement atteinte au droit à l'égalité, mais aussi au droit à la vie privée et à la dignité de la personne¹³⁷.

La Cour a constaté qu'on considère l'interdiction des actes de sodomie injustifiable lorsqu'ils impliquent des personnes majeures et consentantes agissant

¹³³ *Ibid.* au para. 44, juge Mahomed.

¹³⁴ *Ibid.* au para. 52(2), juge Mahomed.

¹³⁵ *Gay and Lesbian Equality*, supra note 61 au para.22 (C.C.d'A.S.), juge Ackermann; le juge Ackermann cite la Cour européenne dans l'affaire *Norris v. Republic of Ireland*, (1991) 13 E.H.R.R. 186 à la p. 192 au para. 21 et l'affaire *Vriend c. Alberta* [1998] 1 R.C.S. 493, juge Cory.

¹³⁶ *Ibid.* au para. 39, juge Ackermann.

¹³⁷ *Ibid.* au para. 56, juge Ackermann.

dans l'intimité. La Constitution sud-africaine prévoyant qu'une disposition ne peut être déclarée inopérante que dans la mesure de son incompatibilité¹³⁸, la Cour a jugé la criminalisation de la sodomie invalide en ce qu'elle concerne les relations sexuelles anales entre hommes majeures, consentants et capable de donner leur accord¹³⁹.

Il est intéressant de noter dans ce dernier cas que la Cour a utilisé les normes constituant le dénominateur commun de plusieurs documents afin d'identifier ce qui constitue la règle admise dans une société démocratique et de la sorte limiter la portée de son arrêt en fonction de la règle identifiée. On doit donc reconnaître une forte influence du droit étranger dans cette situation.

Bien que nous ayons établi que la Cour a suivi les exemples nationaux et internationaux à quelques reprises, nous devons aussi souligner que ces sources extérieures n'ont eu aucune influence à de nombreuses occasions.

B. Les situations dans lesquelles le droit étranger n'a pas eu d'influence

Ce sujet peut sembler a priori curieux puisqu'il serait légitime de penser que les situations dans lesquelles le droit international n'a pas eu d'influence sont toutes celles où il n'a pas été utilisé ou cité. La réalité est toute autre car la lecture des arrêts de la Cour donne parfois l'impression que les juges se sentent obligés d'exposer systématiquement la jurisprudence du Canada et des États-Unis sans même avoir l'intention de l'adopter. On fait parfois référence à la situation d'un pays uniquement pour indiquer qu'elle diffère de ce qui est connu en Afrique du Sud. Dans une affaire de liberté d'expression, la juge Mokgoro a étudié le droit américain pour conclure aussitôt qu'il ne pouvait lui être d'aucune aide puisqu'il n'existe pas de clause limitative dans la Constitution contrairement à la sud-africaine¹⁴⁰.

À d'autres occasions, le droit étranger ne pourra véritablement avoir d'influence sur le droit interne parce qu'il n'aura été utilisé que par un juge minoritaire. Bien que ne permettant pas de connaître l'état actuel du droit puisque rendu sous l'égide de la Constitution intérimaire, l'arrêt sur l'étude de la constitutionnalité de certaines dispositions de la Loi d'éducation de 1995¹⁴¹ est un exemple de ce partage des tâches. Le juge Sachs a ainsi rédigé des motifs séparés alors qu'il indique partager les vues de la majorité. Dans cette affaire, la Cour devait décider si, outre une protection contre la discrimination des individus, la reconnaissance des droits des minorités se traduit également par des droits additionnels pouvant être réclamés de l'État sous la forme de support à la culture, à la langue et aux diversités religieuses.

Pour connaître l'étendue des droits reconnus à ces groupes par le droit international, le juge Sachs débute son étude à l'époque de la Société des Nations. Ce

¹³⁸ *Ibid.* au para. 67, juge Ackermann.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Case c. Minister of Safety and Security*, *supra* note 128 au para. 21, juge Mokgoro.

¹⁴¹ *In re: Dispute Concerning the Constitutionality of Certain Provisions of The School Education Bill of 1995 Gauteng Education Bill*, *supra* note 109.

travail n'ayant finalement qu'un intérêt historique, il abordera rapidement le régime des Nations Unies¹⁴². D'ailleurs, les demandeurs dans cette affaire avaient eux-mêmes fait référence à l'article 27 du Pacte international¹⁴³ pour soutenir leurs prétentions. Le juge Sachs retient de ses recherches que cette disposition n'a pas été adoptée dans l'optique d'accorder aux minorités un droit de créance opposable à l'État¹⁴⁴. D'ailleurs, souligne l'honorable juge, à l'heure actuelle même les auteurs les plus activistes en la matière ne lisent dans l'article 27 du Pacte international qu'une obligation programmatrice ne pouvant s'imposer fermement à l'État sous la forme d'une aide au développement¹⁴⁵. Tout au contraire l'historique des débats démontre que cette possibilité a été étudiée et rejetée par les rédacteurs.

L'auteur conclu de ses études qu'il existe six principes se rattachant au concept de protection des minorités en droit international:

- 1) le droit d'exister;
- 2) la non-discrimination;
- 3) l'égalité des droits;
- 4) le droit de se développer d'une façon autonome dans la société civile;
- 5) la discrimination positive;
- 6) un support positif de l'État.¹⁴⁶

De ces six composantes, la non-discrimination tient une place particulière, car centrale à la Déclaration universelle, au Pacte international, à la Convention européenne et à plusieurs autres conventions. Elle empêche l'État de discriminer sur des bases considérées comme injustes ou injustifiables. La race, la langue, la religion et la culture sont invariablement contenues dans les listes de critères en vertu desquels la discrimination est interdite. Il faut noter que diverses conventions internationales obligent les États à ne pas discriminer et leur imposer de plus des obligations pour faire cesser la discrimination. La Constitution de l'Afrique du Sud indique précisément la langue, la culture et la religion comme des exemples *prima facie* de base injustifiable de discrimination. En conséquence, une personne qui se verrait refuser l'accès à l'école parce qu'elle parle afrikaner ou qu'elle appartient à un groupe de personnes qui s'identifient comme afrikaners pourrait invoquer une violation de ses droits constitutionnels. De la même façon, toute personne à qui on dénie l'accès à des services de l'État parce qu'elle ne parle pas afrikaners ou n'appartiennent pas à la communauté afrikaners pourrait alléguer que ses droits fondamentaux ont été violés¹⁴⁷. Un autre facteur propre au pays doit être considéré lors de l'interprétation de

¹⁴² *Ibid.* aux para. 59 – 68, juge Sachs.

¹⁴³ Article 27 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue ».

¹⁴⁴ *In re: Dispute Concerning the Constitutionality of Certain Provisions of The School Education Bill of 1995 Gauteng Education Bill*, *supra* note 109 au para. 62, juge Sachs.

¹⁴⁵ *Ibid.* au para. 65 juge Sachs.

¹⁴⁶ *Ibid.* au para. 69, juge Sachs.

¹⁴⁷ *Ibid.* au para. 71, juge Sachs.

la Constitution; il n'existe pas de véritable minorité dans la société sud-africaine qui se compose d'une multitude de groupes. Le problème se posant dans ce contexte est celui de l'équilibre entre leurs divers intérêts, y compris pour l'utilisation des fonds nécessaires à l'établissement d'écoles.

De son analyse, le juge Sachs conclut que l'interprétation de la Constitution intérimaire serait conforme à l'état du droit international si elle :

- a) interdisait à l'État de s'engager dans des programmes ayant pour finalité la destruction physique ou culturelle de groupes particuliers;
- b) exigeait de l'État d'instituer le respect du principe de non-discrimination à l'égard des membres de groupes minoritaires;
- c) permettait et possiblement exigeait de l'État qu'il adopte des mesures pour assister les groupes désavantagés à atteindre une véritable égalité;
- d) permettait, mais n'exigeait pas de l'État d'établir des écoles communales ou de supporter les écoles existant déjà;
- e) permettait aux membres des groupes minoritaires d'établir leurs propres écoles.¹⁴⁸

La Constitution accordait donc un large éventail de droits aux minorités sans toutefois reconnaître un droit de créance contre l'État. Bien que le juge Sachs ait fait une interprétation généreuse de la Constitution intérimaire, il a cherché à l'interpréter de manière à ne pas trop obliger l'État ou à lui causer des dépenses. Or, cette interprétation n'a pas été retenue par les constituants ultérieurs qui ont accordé plusieurs droits dans le domaine de l'éducation¹⁴⁹. Ce faisant, dans l'éventualité où le juge Sachs avait une lecture exacte de l'état du droit international, l'Afrique du Sud a dépassé ses obligations internationales.

Le refus de transformer en droit interne les normes internationales peut s'expliquer par plusieurs facteurs que nous verrons maintenant.

¹⁴⁸ *Ibid.* au para 90, juge Sachs.

¹⁴⁹ Constitution, *supra* note 4 art. 29. La Constitution finale a reconnu aux minorités dans le domaine de l'éducation des droits de créance « raisonnable » contre l'État. : « (1) Everyone has the right (a) to a basic education, including adult basic education; and (b) to further education, which the state, through reasonable measures, must make progressively available and accessible. (2) Everyone has the right to receive education in the official language or languages of their choice in public educational institutions where that education is reasonably practicable. In order to ensure the effective access to, and implementation of, this right, the state must consider all reasonable educational alternatives, including single medium institutions, taking into account (a) equity; (b) practicability; and (c) the need to redress the results of past racially discriminatory laws and practices. (3) Everyone has the right to establish and maintain, at their own expense, independent educational institutions that (a) do not discriminate on the basis of race; (b) are registered with the state; and (c) maintain standards that are not inferior to standards at comparable public educational institutions. (4) Subsection 3 does not preclude state subsidies for independent educational institutions ».

1. L'INFLUENCE DE L'HISTOIRE DU PAYS

La Cour a fait référence à plusieurs reprises au droit étranger pour définir le droit à l'égalité ou tenté de déterminer quels sont les comportements discriminatoires. Il est vrai qu'en ce domaine les textes ne manquent pas. Elle a cité l'article 7 de la Déclaration universelle, l'article 26 du Pacte international et, ce qui est plus rare, plusieurs instruments internationaux spécialisés¹⁵⁰. La Cour a aussi étudié le droit constitutionnel étranger; la Constitution des États-Unis, la Constitution indienne et la Charte canadienne¹⁵¹. La Cour a conclu de ses recherches qu'elle ne pouvait pas en tirer d'information utile en raison de l'absence de définition universellement reconnue de ce qui viole le droit à l'égalité ou à la non-discrimination. Les critères retenus dans les différentes juridictions dépendent d'un mélange de textes, de mode rédactionnel, d'historique et de standard d'évolution. Une importation simple de formules, modes de classification ou degré de vérification pourrait créer en Afrique du Sud plus de problème qu'en résoudre¹⁵². La Cour considère que, plus que pour toute autre disposition de la Charte, l'interprétation du droit à l'égalité doit reposer sur les termes employés ainsi que sur le contexte constitutionnel. L'histoire du pays est d'une importance particulière pour le traitement du concept d'égalité¹⁵³. Les constituants ont reconnu qu'il existait, et qu'il existe toujours, des critères de discrimination systématique autre que la race qui causent des souffrances considérables. Ceci explique que la liste des motifs interdits de discrimination contenue à l'article 9(2) de la Constitution est large et non-exhaustive¹⁵⁴. Dans l'éventualité où il existait une liste de gestes considérés discriminatoires au niveau international ou à l'étranger, elle ne pourrait être que d'une aide limitée puisque la Constitution interdit à la Cour d'en constituer une. Toutes les formes de discrimination ne sont pas interdites, mais seulement celles qualifiées d'injustes.

La Cour a donc rejeté l'influence extérieure en raison de l'histoire du pays et du texte de la Constitution. Ce dernier critère nous introduit à notre prochain chapitre.

2. LA LECTURE LOGIQUE DE LA CONSTITUTION

Il existe des règles pour l'interprétation de la Constitution comme pour tout autre document juridique. Parmi celles-ci, se trouve un principe suivant lequel un texte juridique est un tout dont chaque disposition doit être lue à la lumière des autres. Nous verrons maintenant les situations dans lesquelles la Cour a refusé d'utiliser une

¹⁵⁰ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 1969 660 R.T.N.U. 195, *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 1981 1249 R.T.N.U. 13, *Convention concernant la lutte contre la Discrimination dans le d'enseignement*, 429 U.N.T.S. 93, *International Labour Organisation (ILO) Discrimination (Employment and Occupation) Convention* (ILO n° 111), 1958.

¹⁵¹ *Brink v. Kitshoff*, [1996] n° CCT 15/95 au para. 34 (S. Afr. Const. Ct.), juge O'Regan [*Brink*].

¹⁵² *Prinsloo v. Van Der Linde et al.*, [1997] n° CCT 4/96 aux para. 18-19, juges Ackermann, O'Regan et Sachs [*Prinsloo*].

¹⁵³ *Brink*, *supra* note 151 au para. 39, juge O'Regan; *Prinsloo*, *supra* note 152 au para. 21, juges Ackermann, O'Regan et Sachs.

¹⁵⁴ *Brink*, *supra* note 151 au para.40, juge O'Regan.

norme extérieure, bien qu'à première vue compatible avec une disposition de la Charte sud-africaine, à cause de son inconciliabilité avec l'interprétation faite de cet article à la lumière d'un autre.

Jusqu'en 1995, le Code Criminel sud-africain prévoyait que le meurtre était passible de la peine de mort. Or, la Constitution protège le droit à la vie de façon absolue sans prévoir d'exception. Les tribunaux ont donc eu l'obligation de décider de la constitutionnalité de cette peine¹⁵⁵. Face à une question socialement aussi sensible, la Cour constitutionnelle et les plaideurs s'étant présentés devant elle, ont ressenti le besoin de faire appel au droit étranger. Les parties ont utilisé aussi bien la doctrine étrangère que la jurisprudence de tribunaux nationaux ou internationaux.

La Cour ne fait toutefois pas une étude sur la peine de mort dans le monde en procédant par pays. Elle aborde plutôt divers points jalonnant son questionnement en illustrant sa réflexion à l'aide de la jurisprudence étrangère. Elle débute avec l'aspect arbitraire et inégal de l'application de cette peine. On constate ainsi que ce fut le facteur déterminant dans les décisions de rejet de la peine de mort aux États-Unis. Elle démontrera que la peine de mort porte atteinte à la dignité humaine en citant encore la Cour suprême des États-Unis, mais aussi la Cour constitutionnelle fédérale allemande et la Cour suprême du Canada. Mais la Cour consacre plus d'énergie à l'étude de la situation indienne en raison de l'utilisation qui en a été faite par un intervenant qui soutenait la peine de mort¹⁵⁶. Elle ne lui accorde finalement que peu de valeur en raison de la différence de termes entre les deux constitutions¹⁵⁷.

Outre l'atteinte évidente au droit à la vie, la compatibilité de la peine de mort avec la protection contre les traitements inhumains et dégradants pose aussi problème. Pour en juger, la Cour citera le Pacte international qui, suivant sa lecture tolère la peine de mort sans la cautionner. Le Comité des droits de l'Homme considère que cette peine est cruelle et inhumaine tout en étant dans l'obligation de restreindre ses interventions en raison des dispositions spécifiques du Pacte international autorisant l'utilisation de la peine capitale par les États membres. L'affaire Soering de la Cour européenne est citée et étudiée sans qu'une règle utile à la situation sud-africaine ne soit extraite¹⁵⁸. La Cour n'a finalement pas suivi d'exemple particulier et a déclaré trouver la solution par une lecture cohérente des articles de la Constitution. L'article 9 qui protège le droit à la vie sans admettre d'exception, doit servir à apprécier si la peine de mort constitue un traitement cruel et inhumain¹⁵⁹. La peine de mort détruit la vie et annihile la dignité humaine qui sont protégées par la Charte. Force est donc pour la Cour de conclure que la peine capitale est cruelle, inhumaine et dégradante et de ce fait, viole la Constitution¹⁶⁰.

¹⁵⁵ *Makwanyane, supra* note 9 au para. 5, juge Chaskalson.

¹⁵⁶ *Ibid.* aux para. 70 et s., juge Chaskalson.

¹⁵⁷ *Ibid.* au para. 78, juge Chaskalson.

¹⁵⁸ *Ibid.* aux para. 61-68, juge Chaskalson.

¹⁵⁹ *Ibid.* au para. 80, juge Chaskalson.

¹⁶⁰ *Ibid.* au para. 95, juge Chaskalson.

Comme on a pu le constater, la Cour cite parfois de nombreux instruments étrangers avant de conclure en s'appuyant sur le droit interne. Une affaire qui concernait la protection contre la discrimination constitue un autre exemple.

L'élimination de la discrimination en Afrique du Sud avait une valeur particulière dans un pays où elle avait servi d'assise à tout le système social, politique et juridique. Le constituant a naturellement incorporé à la Charte sud-africaine un article assurant l'égalité des individus. Ainsi, toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi et à un égal bénéfice de la loi. Pour assurer cette égalité, l'État et les individus ne peuvent injustement discriminer, directement ou indirectement, une personne pour quelque motif que ce soit. Toute différenciation n'est donc pas prohibée. Il existe d'ailleurs plusieurs lois qui différencient entre les personnes dans plusieurs domaines¹⁶¹.

La discrimination devant être « injustifiée », on peut se demander si seuls les actes volontaires sont interdits. La Cour a résumé la situation américaine, où il ne semble pas exister de règle unique, les exigences variant suivant le domaine dans lequel la discrimination se produit et le texte applicable¹⁶², et le droit canadien où la preuve d'intention n'est pas nécessaire¹⁶³. Il faut souligner que la Cour consacre aussi quelques lignes au droit communautaire européen, et plus précisément à l'article 141 du *Traité instituant la Communauté européenne*¹⁶⁴ qui établit le principe d'un salaire égal pour un travail égal sans distinction de sexe¹⁶⁵. Cette référence par la Cour à l'Union européenne est exceptionnelle et est de plus sujette à caution dans la mesure où le texte utilisé est d'une autre nature qu'une Charte constitutionnelle. De plus, les droits comparés sont différents puisque la Constitution sud-africaine protège contre la discrimination en général alors que le texte européen ne vise que l'égalité des travailleurs des deux sexes. Finalement, après toute cette analyse, la Cour a rappelé que le but de l'article 9(2) est la protection des personnes contre la discrimination et non pas la punition des « discriminateurs ». On ne pourrait y parvenir, particulièrement dans les cas de discrimination indirecte, s'il fallait exiger de la victime qu'elle prouve la volonté du contrevenant. Cette exigence serait incompatible avec la présence des présomptions à l'article 9 de la Constitution¹⁶⁶.

¹⁶¹ *Prinslo*, supra note 152 au para. 17, juges Ackermann, O'Regan et Sachs; la Cour cite le professeur Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Looseleaf Ed. (Scarborough: Carswell, 1997) au para. 52.6 (b).

¹⁶² *City Council of Pretoria v. Walker*, [1998] n° CCT 8/97, au para. 40 (S. Afr. Const. Ct.), juge Langa [Pretoria].

¹⁶³ *Ibid.* au para. 41, juge Langa.

¹⁶⁴ CE, *Traité instituant la Communauté européenne* [1997] J.O.C. 340 aux pp. 173-308. Le juge Langa fait référence à l'article 119 du *Traité* qui est devenu l'article 141 suite à la consolidation découlant de l'adoption du *Traité d'Amsterdam*.

¹⁶⁵ *Pretoria*, supra note 162 au para. 42, juge Langa. Pour une étude comparative du droit entre l'Union européenne et le Québec en ce domaine, voir : Alain Vallières, « La protection contre le harcèlement sexuel au travail dû à un milieu hostile. Étude comparative de la situation au Québec et en Europe après la décision *Lippé* du Tribunal des droits de la personne du Québec », (2000) 42 Rev. trim. dr. h. 338-360.

¹⁶⁶ *Pretoria*, supra note 162 au para. 43, juge Langa.

Nous terminerons notre démonstration avec un dernier exemple dans le domaine des mauvais traitements. La Constitution sud-africaine présente d'ailleurs une particularité en ce domaine puisqu'aucun article n'est consacré exclusivement à la protection contre la torture et les traitements inhumains. On trouve une disposition parapluie consacrée à la liberté et à la sécurité de l'individu qui inclut, suivant les termes employés, le droit de ne pas être privé de sa liberté arbitrairement, de ne pas être torturé et de ne pas être traité ou puni d'une manière cruelle, inhumaine ou dégradante¹⁶⁷.

Il existe et existera probablement dans toutes les sociétés des gestes malheureux et déplacés, le rôle des tribunaux est toutefois de vérifier s'ils entrent dans la catégorie des actes inhumains et dégradants. Cette question bien que semblant simple au premier abord pose tout de même des problèmes. Il faut dans un premier temps définir les critères d'appréciation qui influenceront naturellement sur le degré de protection. De plus, la personnalité de l'interprète peut aussi modifier la qualification des événements. On trouve un exemple de ce dernier effet avec l'application des châtiments corporels¹⁶⁸.

La Cour sud-africaine a jugé que chaque cas en est un d'espèce nécessitant une appréciation des faits. Elle considère par ailleurs que le droit international n'est que d'une aide limitée dans cette appréciation. Le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies en interprétant l'article 7 du *Pacte international*¹⁶⁹ a lui aussi préféré ne pas composer de liste des comportements interdits. La distinction repose sur la nature, le but et la sévérité du traitement. Le Comité juge que l'appréciation de ce qui constitue un traitement inhumain ou dégradant dépend de toutes les circonstances du cas, tel la durée, la manière, les effets physiques ou mentaux, le sexe, l'âge et l'état de santé de la victime¹⁷⁰. Sur le continent européen, les organes de Strasbourg ont jugé que la qualification des gestes découle du degré de souffrance infligée¹⁷¹.

En raison des différences de termes existant entre la Constitution sud-africaine et d'autres instruments nationaux¹⁷², la Cour a cherché à déceler, par l'étude de la jurisprudence étrangère, l'essence de la protection. Elle relève que le principe sous-jacent au huitième amendement de la Constitution américaine est la protection

¹⁶⁷ Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, [1996] C.C.T. 23/96 (10), 1253 (CC) art. 12 (B. Const. L.R.).

¹⁶⁸ Les critères d'appréciation des traitements laissent donc une grande marge d'appréciation aux tribunaux. La Cour sud-africaine a dû décider si les châtiments corporels constituent des traitements cruels, inhumains ou dégradants. Elle a trouvé quelques appuis à l'étranger dont la Cour européenne dans l'affaire *Tyrer v. Royaume Uni*, (1993) App. No. 21283 Cour Eur. D.H. dans laquelle a été jugé que l'infliction du fouet aux mineurs les transformait en objet aux mains de l'État et violait un des principaux droits protégés par l'article 3 de la Convention européenne; la dignité humaine. Voir *Williams, supra* note 86 au para. 33, juge Langa.

¹⁶⁹ *Pacte international, supra* note 12.

¹⁷⁰ *Williams, supra* note 86 au para. 26, juge Langa.

¹⁷¹ *Ibid.* au para. 27.

¹⁷² *Charte canadienne, supra* note 66 : « Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités ». On trouve les mêmes termes à l'article 10 du *Bill of Rights* du 13 février 1689 : « Qu'il ne peut être exigé de cautions, ni imposé d'amendes excessives, ni infligé de peines cruelles et inusitées ».

de la dignité humaine. *La Charte canadienne des droits et libertés*¹⁷³, dont on souligne la proximité avec son homologue sud-africaine, interdit les traitements excessifs qui outragent les standards de la décence. Les juges canadiens vérifient si les effets de la peine ne sont pas grossièrement disproportionnés par rapport à l'offense en tenant compte de la gravité de l'offense, des caractéristiques personnelles de la personne condamnée et des circonstances particulières de l'affaire. Certains traitements ou punitions seront toujours jugés grossièrement disproportionnés et de nature à violer les standards canadiens de décence. Les juges Dickson et Lamer de la Cour suprême du Canada ont cité en exemple les punitions corporelles, tel le fouet, et ce sans considération quant au nombre de coups. Finalement, la Cour sud-africaine a étudié la jurisprudence de pays qui partagent une expérience coloniale britannique ayant influencé le droit local : la Namibie et le Zimbabwe. Le juge sud-africain note que les cours suprêmes des deux pays ont jugé que l'infliction de peines corporelles à un adulte ou à un mineur viole les constitutions de leur pays respectif puisqu'il s'agit d'un traitement inhumain ou dégradant¹⁷⁴.

Le juge Langa a conclu de cette longue étude que malgré la variété des termes utilisés, les constitutions ont pour but l'identification et la reconnaissance d'un concept de décence et de dignité humaine¹⁷⁵. Mais, ce concept de « standards contemporains de décence » est sans utilité pour l'interprétation de la Constitution sud-africaine puisque l'article 39(1) stipule que les dispositions de la Charte doivent être interprétées de façon à promouvoir les valeurs propres à une société ouverte et démocratique basée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté¹⁷⁶. Dans son interprétation du texte fondamental, le critère déterminant sera la découverte des valeurs inhérentes à une société s'engageant sur la

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Williams, supra* note 86 aux para. 29-31, juge Langa. Cet exemple de la Cour n'est plus valide puisque la Constitution du Zimbabwe a été modifiée depuis cet arrêt en 1990 par l'article 5 de la Loi n° 30 de 1990. En conséquence, l'article 15 se lit actuellement comme suit : « (1) No person shall be subjected to torture or to inhuman or degrading punishment or other such treatment. (2) No treatment reasonably justifiable in the circumstances of the case to prevent the escape from custody of a person who has been lawfully detained shall be held to be in contravention of subsection 1 on the ground that it is degrading. (3) No moderate corporal punishment inflicted (a) in appropriate circumstances upon a person under the age of eighteen years by his parent or guardian or by someone in loco parentis or in whom are vested any of the powers of his parent or guardian; or (b) in execution of the judgment or order of a court, upon a male person under the age of eighteen years as a penalty for breach of any law; shall be held to be in contravention of subsection 1 on the ground that it is inhuman or degrading. (4) The execution of a person who has been sentenced to death by a competent court in respect of a criminal offence of which he has been convicted shall not be held to be in contravention of subsection 1 solely on the ground that the execution is carried out in the manner prescribed in section 315(2) of the Criminal Procedure and Evidence Act [Chapter 59] as that section existed on the 1st October, 1990. (5) Delay in the execution of a sentence of death, imposed upon a person in respect of a criminal offence of which he has been convicted, shall not be held to be a contravention of subsection 1. (6) A person upon whom any sentence has been imposed by a competent court, whether before, on or after the date of commencement of the Constitution of Zimbabwe Amendment (No. 13) Act, 1993, in respect of a criminal offence of which he has been convicted, shall not be entitled to a stay, alteration or remission or sentence on the ground that, since the sentence was imposed, there has been a contravention of subsection 1 ».

¹⁷⁵ *Ibid.* au para. 35, juge Langa.

¹⁷⁶ *Ibid.* au para. 37, juge Langa. La Cour a utilisé à plusieurs reprises ce critère de société libre et démocratique pour guider son raisonnement. On peut citer à titre d'exemple : *Ferreira, supra* note 147 au para. 184, juge Chaskalson.

voie de la démocratie ou celles méritant d'être poursuivies dans ce cadre¹⁷⁷. Une punition doit donc respecter la dignité humaine et être compatible avec les autres dispositions de la Constitution. L'imposition volontaire de souffrance physique est généralement perçue dans les sociétés démocratiques comme une offense à la notion de décence et constitue une invasion directe de la dignité humaine de chacun. Cette répugnance des États à l'égard des châtiments corporels appert de leur abolition dans de nombreux pays dont le Royaume Uni, l'Australie, les États-Unis, le Canada, plusieurs pays européens et le Mozambique¹⁷⁸.

L'adoption de la nouvelle Constitution a offert à l'Afrique du Sud la possibilité de se joindre à ce mouvement et de s'éloigner des traitements punitifs qui placent l'emphase d'une manière incorrecte sur le paiement et la vengeance plutôt que sur la correction, la prévention et la reconnaissance des droits de la personne. Le processus politique ayant mené à l'adoption de la Constitution est en lui-même un rejet de la violence, aussi ne fait-il aucun doute que l'utilisation d'une violence institutionnalisée est cruelle, inhumaine et dégradante. Le Gouvernement a une responsabilité particulière pour soutenir et promouvoir les valeurs de la Constitution. Une culture de l'autorité légitimant l'utilisation de la violence est incompatible avec les valeurs qui sous-tendent la Constitution¹⁷⁹.

Cette affaire est caractéristique d'un certain comportement de la Cour où l'influence du droit national étranger semble importante mais inavouée par les juges. Il ressort clairement que la Cour a voulu inscrire le pays dans le processus de développement des États libres et démocratiques et que les témoignages récoltés dans les autres systèmes législatifs ont pesé sur la perception des châtiments corporels. Dans un même temps, la Cour a voulu indiquer qu'elle arrivait à cette conclusion simplement en faisant une lecture logique des articles de la Charte.

Nous avons identifié un troisième motif de retenu pour la Cour que nous verrons maintenant.

a) *Les cas impliquant la situation économique*

De tous les instruments de protection des droits de la personne, la Constitution sud-africaine offre certainement une des meilleures protections du droit à la vie¹⁸⁰. Le texte est péremptoire et ne prévoit aucune exception. L'article 11 de la Constitution étant particulièrement transparent, peu de questions pouvaient se poser. La Cour a tout de même dû décider si le droit à la vie inclut l'obligation de protéger les besoins fondamentaux de la personne et en particulier, l'accès à tous les soins médicaux sans restriction. La question n'est pas sans fondement puisque la Cour

¹⁷⁷ *Williams, supra* note 86 au para. 50, juge Langa.

¹⁷⁸ *Ibid.* aux para. 38-40, juge Langa.

¹⁷⁹ *Ibid.* aux para. 50-52, juge Langa.

¹⁸⁰ *Constitution, supra* note 4, art. 11: « Everyone has the right to life ».

suprême de l'Inde¹⁸¹ a jugé que le défaut pour les hôpitaux d'État de ce pays de fournir à un patient les soins requis par son état contrevient au droit à la vie. Le tribunal indien avait appuyé sa conclusion sur l'exigence faite dans la Constitution d'agir suivant les principes d'un « État providence » dont une des principales fonctions est la fourniture de soins hospitaliers. La Cour sud-africaine a toutefois jugé que les deux textes fondamentaux ne peuvent être interprétés de la même façon en raison des différences de structure. La Constitution sud-africaine prévoyant un droit pour les individus de ne pas se faire refuser des soins *urgents*¹⁸², on ne peut considérer que le droit à la vie contient une obligation d'offrir des soins hospitaliers car on enlèverait tout sens à la première disposition. De plus, les moyens disponibles pour les services médicaux sont limités et nécessitent un équilibre que les médecins sont mieux placés pour assurer. La Cour a souligné qu'il répugne aussi aux juges d'autres pays d'influencer l'utilisation des fonds publics et notamment aux tribunaux anglais qui jugent indésirable de rendre des ordonnances sur la façon d'utiliser des fonds limités¹⁸³.

En conséquence, la Cour a refusé d'obliger les hôpitaux à fournir des soins pour insuffisance rénale qui nécessiteraient plusieurs traitements¹⁸⁴. D'ailleurs, les droits reconnus dans la Constitution ne sont pas absolus et peuvent être limités. À plusieurs endroits, la Constitution établit que l'État doit prendre des mesures législatives ou autres pour permettre la réalisation progressive de certains droits. La lettre de la Constitution démontre qu'elle ne peut résoudre tous les maux de la société automatiquement mais qu'il est accepté qu'on doive essayer de les corriger¹⁸⁵. De plus, toutes les sociétés basées sur la dignité, la liberté et l'égalité ne jugent pas incompatible un certain rationnement des soins avec une approche humanitaire de leur octroi¹⁸⁶. La Cour a également cité un rapport de l'UNESCO dans lequel il est admis que les États n'ont d'autres choix que de prendre des décisions sur l'application des richesses¹⁸⁷.

En règle générale, la Cour tente de tenir compte de la réalité sociale du pays dans son interprétation de la Constitution et de ce fait n'importe pas automatiquement les normes étrangères. L'examen comparé du droit est certes considéré comme valable par la Cour, particulièrement lorsqu'il s'agit de trancher une question nouvelle pour cette jeune démocratie, toutefois elle fait preuve de circonspection. Il est

¹⁸¹ *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity and others v. State of West Bengal and another*, (1996) A.I.R. 2426, 2429 (C.S.), cité dans: *Thiagraj Soobramoney v. Minister of Health (Kwazulu-Natal)*, n° CCT 32/97 du 27 novembre 1997 au para. 15 (C.C.d'A.S.), juge Chaskalson [*Soobramoney*].

¹⁸² *Constitution*, supra note 4, art. 27(3).

¹⁸³ *Soobramoney*, supra note 179 au para. 30, juge Chaskalson. Le juge Sachs qui conclut de la même façon dans des motifs séparés illustre ses propos en citant des travaux américains, dont certains cours sur le droit médical tenus à Harvard : « Session II Defining the Right to Adequate Health dans *Economic and Social Rights and the Right to Health: An Interdisciplinary Discussion Held at Harvard Law School in September, 1993*, Harvard Law School Human Rights Program, Cambridge, 1995, 17 à 20 ». Cité par le juge Sachs au paragraphe 58.

¹⁸⁴ *Ibid.* au para.21, juge Chaskalson.

¹⁸⁵ *Ibid.* au para. 43, juge Chaskalson.

¹⁸⁶ *Ibid.* au para. 52, juge Sachs.

¹⁸⁷ Brody, *Biomedical Technology and Human Rights*, Paris, UNESCO, 1993 à la p. 233.

possible de résumer l'utilisation faite par la Cour du droit étranger en affirmant que la transplantation requiert un aménagement soigné. Il nous faut finalement constater que le droit international n'a pas une influence prépondérante et que la Cour fait plus facilement appel au droit national étranger qu'aux traités internationaux. Elle cherche à vérifier le comportement des pays démocratiques tout en accordant une préférence aux besoins du pays.

Nous verrons maintenant si le comportement de la Cour est le même dans le domaine des droits procéduraux.

III. Les droits procéduraux protégés par la Constitution

Dans l'étude de l'utilisation du droit international et du droit national étranger, il est normal de diviser les droits protégés par la Charte entre les droits « fondamentaux » et les droits procéduraux car les tribunaux ont naturellement une plus grande sensibilité et un meilleur contrôle sur ce dernier aspect. Les tribunaux de *common law* garantissent depuis longtemps la protection des droits procéduraux. De plus, en raison de son histoire ségrégationniste, la protection des droits procéduraux a un passé plus ancien en Afrique du Sud que les droits « fondamentaux ».

A. Le droit à la liberté

Le droit à la liberté, même si on ne l'a pas toujours identifié comme tel, est un des plus anciens droits reconnus par la *common law*. L'article 39 de la *Magna Carta* de 1215 prévoyait déjà qu'aucun homme libre ne pouvait être arrêté sans un jugement loyal de ses pairs, conformément à la loi du pays. Plus de 450 ans plus tard, l'acte d'*habeas corpus* assurait à toute personne détenue la possibilité de faire vérifier la légalité de sa détention.

On trouve naturellement dans les instruments modernes une protection du droit à la liberté et de ses composantes¹⁸⁸. Nous étudierons maintenant ces garanties qu'offre la Constitution d'Afrique du Sud.

1. LA PROTECTION CONTRE L'AUTO INCRIMINATION

On fait généralement remonter le principe de protection contre l'auto incrimination à l'époque où on a voulu contrer les pratiques barbares des Chambres étoilées (Star Chambers) en Angleterre. Cette protection dans sa formulation classique ne concerne toutefois que les procédures devant les cours de justice. Or la réalité juridique actuelle est beaucoup plus complexe puisqu'il existe de nombreux tribunaux administratifs spécialisés. Il a donc été nécessaire de vérifier la protection dont les justiciables peuvent bénéficier et notamment d'établir s'ils peuvent être

¹⁸⁸ Voir entre autres *Pacte international*, *supra* note 11 ; *Déclaration universelle*, *supra* note 10, art. 9 et s.

contraints de témoigner devant ceux-ci. La question se pose également de savoir si, le cas échéant, on peut utiliser les témoignages obtenus pour fonder par la suite une procédure criminelle. La Constitution contient un article interdisant l'auto-incrimination dans les procédures criminelles¹⁸⁹ qui ne fait aucune allusion aux procédures administratives. Il est également vrai qu'elles ne sont pas non plus clairement exclues; aussi la Cour a dû trancher cette question en déterminant le champ d'application de cette disposition. De plus, puisque la divulgation de preuves peut mener à l'emprisonnement, la question se pose également d'une potentielle violation du droit à la liberté.

Sous la plume du juge Chaskalson, la majorité de la Cour constitutionnelle a d'abord souligné que le but premier du droit à la liberté est d'assurer la protection de l'intégrité physique des personnes. Il s'agit du sens accordé à la phrase « liberté et sécurité de la personne » en droit international public. La *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme*¹⁹⁰, le *Pacte international*¹⁹¹, la *Convention européenne*¹⁹² et la *Charte africaine*¹⁹³ utilisent toutes « liberté et sécurité de la personne » dans un contexte démontrant qu'il est fait référence à la détention ou autres contraintes physiques¹⁹⁴. Cette même étude permet à la Cour de constater que l'association de la liberté et de la sécurité dans une seule disposition n'empêche pas leur séparation pour protéger deux notions distinctes. Dans le cas particulier de la Constitution sud-africaine l'article protégeant le droit à la liberté ne doit toutefois pas être interprété isolément mais à la lumière des autres dispositions de la Constitution et de façon à accorder aux justiciables la pleine mesure de la protection¹⁹⁵. La Cour ne doit donc pas confiner le droit à la protection de la liberté physique. Toutefois, la Charte constitutionnelle est large et offre une protection complète; aussi les occasions pour la Cour d'établir quelles peuvent être les autres composantes du droit à la liberté seront rares puisque tous les droits fondamentaux devraient être protégés par un autre article de la Constitution. Il n'empêche que dans l'éventualité où un vide se faisait jour, la Cour pourrait utiliser le droit à la liberté pour tenter de le remplir¹⁹⁶. La Cour a jugé que le droit à la protection contre l'auto-incrimination protège les dirigeants de sociétés commerciales lors de leurs témoignages devant les tribunaux administratifs¹⁹⁷. En conséquence, il n'est pas nécessaire de se questionner sur une hypothétique protection que pourrait offrir le droit à la liberté dans ce domaine.

Ce ne fut toutefois pas la position du juge Ackermann, minoritaire donc, qui ayant jugé que l'article 25 de la Constitution intérimaire n'offrait pas de protection lors des procédures devant les tribunaux administratifs s'est tourné vers la protection du droit à la liberté. Il a considéré que ce droit peut inclure plusieurs notions autres

¹⁸⁹ *Constitution, supra* note 4, art. 35.

¹⁹⁰ *Déclaration américaine, supra* note 116.

¹⁹¹ *Pacte, supra* note 11.

¹⁹² *Convention européenne, supra* note 13.

¹⁹³ *Charte africaine, supra* note 14.

¹⁹⁴ *Ferreira, supra* note 47 au para. 170, juge Chaskalson.

¹⁹⁵ *Ibid.* au para. 172, juge Chaskalson.

¹⁹⁶ *Ibid.* au para. 184, juge Chaskalson.

¹⁹⁷ *Ibid.* au para. 186, juge Chaskalson.

que la liberté physique, allant jusqu'à lui attribuer le rôle de disposition parapluie devant servir à suppléer aux manques des autres droits reconnus dans la Charte. Pour conclure de la sorte, le juge s'est grandement appuyé sur la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. La Cour canadienne a déclaré contraire au droit à la liberté et à la sécurité la possibilité qu'un officier d'une entreprise soit emprisonné sur la base de preuves accumulées lors de son témoignage devant un tribunal administratif¹⁹⁸. Le plus haut tribunal du Canada avait accepté d'interpréter l'article 7 de la Charte de façon à protéger un témoin alors même qu'il existe des dispositions plus précises. La cour au Canada a jugé qu'il fallait faire de l'article 7 une lecture généreuse, qui pouvait compléter les droits des articles 8 à 14, du même chapitre, qui doivent être considérés comme des exemples de ce qui constitue le droit à la liberté et à la sécurité nécessairement plus large. Le juge Ackermann a simplement transposé ce raisonnement au droit sud-africain. Cette lecture de la Constitution sud-africaine nous semble sujette à caution puisque ce texte n'a pas la même structure que le document fondamental canadien.

Le juge Ackermann, voulant répondre à l'avance à d'éventuels détracteurs, a indiqué qu'une lecture aussi élargie du droit à la liberté n'avait pas pour conséquence d'enlever tout effet protecteur aux autres dispositions. Il en veut pour preuve l'expérience allemande où la Cour constitutionnelle fédérale a transformé l'article 2 de la Loi fondamentale en disposition protectrice des droits fondamentaux résiduels sans pour autant affaiblir la Charte. La Cour sud-africaine pourrait donc suivre le raisonnement allemand et faire du droit à la liberté et à la sécurité un droit « résiduel » agissant lorsque d'autres dispositions ne peuvent être appliquées¹⁹⁹.

2. LA PRÉSUMPTION D'INNOCENCE ET LE DROIT AU SILENCE

La présomption d'innocence et le caractère volontaire des preuves obtenues par la poursuite étaient depuis longtemps garantis par la *common law* avant d'être intégrés aux textes de lois sud-africains en 1830²⁰⁰. La présomption d'innocence, le droit au silence et la protection contre les aveux non-volontaires font partie du droit interne depuis au moins 160 ans²⁰¹. Les droits enchâssés dans la Constitution ne sont donc pas nouveaux en Afrique du Sud. Il n'en demeure pas moins que l'utilisation de présomption à l'encontre des accusés est maintenant courante en Afrique du Sud comme ailleurs. Pour juger de leur constitutionnalité, la Cour a cru bon d'étudier la jurisprudence étrangère qu'elle considérait issue de sociétés libres et démocratiques (États-Unis, Canada, Conseil Privé et Cour européenne des droits de l'Homme). On peut résumer son analyse de la jurisprudence en disant que dans les pays étudiés, les renversements du fardeau de la preuve ne violent pas automatiquement les droits fondamentaux des accusés²⁰².

¹⁹⁸ *Ibid.* au para. 74, juge Ackermann.

¹⁹⁹ *Ibid.* au para. 90, juge Ackermann.

²⁰⁰ Evidence Ordinance of the Cape Colony.

²⁰¹ *Zuma*, *supra* note 49 au para. 12, juge Kentridge.

²⁰² *Ibid.* au para. 19, juge Kentridge.

La Cour, se sentant plus près de la logique canadienne, fait référence à trois arrêts de la Cour suprême du Canada dans lesquels la constitutionnalité des renversements de fardeau de la preuve ont été analysés. La Cour sud-africaine adopte d'ailleurs la linguistique canadienne, puisque suivant en cela le juge Cory dans l'affaire *R. c. Downey*²⁰³, elle utilisera l'expression « renversement du fardeau » pour désigner la situation où un accusé doit démontrer l'inexistence d'une situation légalement présumée²⁰⁴. La Cour a également fait siens trois principes énoncés par le juge Cory sur la présomption d'innocence²⁰⁵ :

I. The presumption of innocence is infringed whenever the accused is liable to be convicted despite the existence of a reasonable doubt.

II If by the provisions of a statutory presumption, an accused is required to establish, that is to say to prove or disprove, on a balance of probabilities either an element of an offence or an excuse, then it contravenes s. 11(d). Such a provision would permit a conviction in spite of a reasonable doubt.

III Even if a rational connection exists between the established fact and the fact to be presumed, this would be insufficient to make valid a presumption requiring the accused to disprove an element of the offence.

Cette règle date d'au moins 300 ans en droit anglais et avait été exprimée dans sa forme moderne au 18^e siècle²⁰⁶ pour être raffinée au cours des ans :

any civilised system of criminal jurisprudence must accord to the judiciary some means of excluding confessions or admissions obtained by improper methods. This is not only because of the potential unreliability of such statements, but also, and perhaps mainly, because in a civilised society it is vital that persons in custody or charged with offences should not be subjected to ill treatment or improper pressure in order to extract confessions. It is therefore of very great importance that the courts should continue to insist that before extra-judicial statements can be admitted in evidence the prosecution must be made to prove beyond reasonable doubt that the statement was not obtained in a manner which should be reprobated and was therefore in the truest sense voluntary.²⁰⁷

En *common law*, l'établissement par la poursuite du caractère volontaire des aveux faits par un détenu est une partie essentielle du droit au silence, du droit de ne pas être contraint à faire une confession et de celui de ne pas être forcé de témoigner contre soi-même. Les renversements de la preuve ont pour conséquence de miner ces droits lentement construits au fil des ans et qui doivent être considérés comme les composantes du droit à un procès équitable protégé par la Constitution. En

²⁰³ *R. c. Downey*, [1992] 2 D.L.R. (4th) 449.

²⁰⁴ *Zuma*, *supra* note 49 au para. 24, juge Kentridge.

²⁰⁵ *Ibid.* au para. 25, juge Kentridge.

²⁰⁶ *Ibid.* au para. 30, juge Kentridge.

²⁰⁷ *Wong Kam-ming v. R.*, [1980] AC 247, 261 (C.P.), Lord Hailsham.

conséquence, une loi créant une présomption suivant laquelle un aveu extrajudiciaire obtenu dans certaines conditions doit être réputé volontaire, est inconstitutionnelle²⁰⁸ puisqu'elle retire au tribunal toute possibilité de juger du caractère volontaire.

En rendant cette décision, la Cour a jugé bon d'en préciser la portée, de peur que les lecteurs n'étendent trop ses effets sur les autres lois contenant des présomptions. Cette jurisprudence n'a pas pour effet d'interdire toute présomption dans le domaine criminel. Il en existe de nombreuses *juris tentum* dans le droit de la preuve pour permettre le bon fonctionnement du système judiciaire qui doivent être acceptés. À titre d'exemple, il est admis au Canada qu'on présume qu'une personne coexistant régulièrement avec des prostituées, vit de leurs œuvres²⁰⁹. Le même type de présomption a également été déclarée acceptable par la Cour européenne dans l'affaire *X. c. Royaume Uni*. La Cour précise également que cet arrêt ne traite pas des lois qui semblent établir des présomptions mais ont pour effet concret de créer de nouvelles offenses²¹⁰.

B. Le droit à un procès équitable

Il est évident que les droits procéduraux ont pour finalité d'assurer le droit à un procès équitable qui lui-même se compose de plusieurs autres droits que nous verrons ci-après.

1. L'ACCÈS À UN TRIBUNAL INDÉPENDANT ET IMPARTIAL

Pour permettre la reconstruction sociale, l'Afrique du Sud a jugé bon d'adopter une loi dite d'unité et de reconstruction sociale²¹¹ accordant l'amnistie aux personnes ayant posé des actes d'une certaine nature pour des raisons politiques lors des conflits passés. Trois comités furent créés, dont un ayant le pouvoir d'accorder l'amnistie pour tout acte, omission ou offense sous réserve que le demandeur ait déposé sur l'ensemble des faits et que lesdits actes aient eu un objectif politique. Le bénéfice de l'amnistie a naturellement pour conséquence d'interdire toute poursuite subséquente, criminelle ou civile; ce qui empêche les victimes d'obtenir un redressement ou de voir la violation de leurs droits fondamentaux punie par la société. Cette immunité fut rapidement contestée sur la base du droit à l'accès à un tribunal indépendant.

La Cour a cru bon de justifier l'existence même de ce principe d'immunité en s'appuyant sur l'expérience étrangère afin de démontrer l'utilité du processus qui permet une meilleure transition vers une société démocratique. La Cour cite les lois

²⁰⁸ *Zuma*, *supra* note 49 au para. 33, juge Kentridge.

²⁰⁹ *Ibid.* au para. 41, juge Kentridge.

²¹⁰ La Cour cite ici en exemple l'arrêt *Attorney-General v. Odendaal*, [1982] Botswana L.R. 194 aux pp. 226 et 227 sans plus d'autre explication. Voir : *Zuma*, *supra* note 49 au para. 41, juge Kentridge.

²¹¹ *Promotion of National Unity and Reconciliation Act*, loi n° 34 de 1995. Cette loi est connue également sous le nom de « Loi sur la vérité et la réconciliation ».

d'Argentine, du Chili, et du El Salvador²¹² qui ont été adoptées dans des contextes similaires. Ayant constaté que l'expérience n'était pas unique au pays, la Cour en conclut que la nécessité d'opérer une transition vers une société démocratique le justifiait. Il ressort également de la variété de mécanismes utilisés par les pays, qu'il n'existe pas de règle ou de pratique internationale uniforme dans le domaine de l'amnistie²¹³. Quoi qu'il en soit toutefois, il s'agit d'une question de droit interne devant être jugée à la lumière du droit national, en l'occurrence la Constitution, et non suivant une optique de droit international. Même les Conventions de Genève ne peuvent être d'une utilité quelconque puisqu'elles ne s'appliquent pas à la situation connue par l'Afrique du Sud. Or, il apparaît certain qu'à tout moment, les représentants de la population voulaient permettre ce genre de processus qui était directement accepté et prévu dans l'épilogue de la Constitution intérimaire. La Cour a donc refusé de déclarer inconstitutionnelle la loi d'amnistie.

On peut comprendre que dans certains domaines touchant directement le fonctionnement de la Cour, les juges soient plus enclins à se tourner vers leurs pairs étrangers issus de la même tradition juridique plutôt que vers les prétoires internationaux. Pour appuyer une décision sur la récusation des juges, la Cour n'a d'ailleurs fait appel qu'à la jurisprudence des tribunaux habituels ; Australie, Canada et États-Unis. Les juges canadiens se sont toutefois vus accordés une plus grande influence.

La Cour constitutionnelle a fait sienne une présomption suivant laquelle les officiers de justice sont impartiaux lors de l'adjudication d'une affaire. Bien qu'elle ne soit pas *juris et de jure*, cette présomption est forte et impose un lourd fardeau au demandeur voulant la renverser²¹⁴. Il faut de plus admettre qu'il est impossible d'atteindre une neutralité parfaite²¹⁵.

²¹² *Azanian Peoples Organization*, supra note 22 au para. 23, juge Mahomed.

²¹³ *Ibid.* au para. 24, juge Mahomed.

²¹⁴ Pour l'exprimer, la Cour reproduit les écrits de plusieurs juges de la Cour suprême du Canada, dont le juge Cory dans l'affaire *R. c. S. (R.D.)* [1997] 3 R.C.S. 484 : « Courts have rightly recognized that there is a presumption that judges will carry out their oath of office [...] This is one of the reasons why the threshold for a successful allegation of perceived judicial bias is high. However, despite this high threshold, the presumption can be displaced with 'cogent evidence' that demonstrates that something the judge has done gives rise to a reasonable apprehension of bias ». Cité dans *The President of The Republic of South Africa et al. v. South African Rugby Football Union et al.*, n° CCT 16/98 du 4 juin 1999 au para. 40 (C.C.d'A.S.).

²¹⁵ « There is in each of us a stream of tendency, whether you choose to call it philosophy or not, which gives coherence and direction to thought and action. Judges cannot escape that current any more than other mortals. All their lives, forces which they do not recognize and cannot name, have been tugging at them - inherited instincts, traditional beliefs, acquired convictions; and the resultant is an outlook on life, a conception of social needs [...] In this mental background every problem finds its setting. We may try to see things as objectively as we please. None the less, we can never see them with any eyes except our own. [...] Deep below consciousness are other forces, the likes and the dislikes, the predilections and the prejudices, the complex of instincts and emotions and habits and convictions, which make the [person], whether [she or he] be litigant or judge ». *The Nature of the Judicial Process*, (1921), pp. 12 et 13, et 167. Ceci a été cité avec approbation par les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin dans *R. c. S. (R.D.)*, cité dans *The President of The Republic of South Africa et al. c. South African Rugby Football Union et al.*, au para. 42.

La Cour suprême du Canada a par ailleurs jugé approprié pour les juges de faire appel à leur propre expérience de vie²¹⁶. Ce principe serait particulièrement vrai dans le cas des juges du plus haut tribunal d'un pays qui doivent trancher des questions d'une nature politique dont l'appréciation peut-être influencée par leur sensibilité. On l'admet également aux États-Unis où il est même toléré que les juges aient commenté précédemment des sujets qu'ils doivent connaître²¹⁷.

La Cour accepte donc une certaine flexibilité dans le processus judiciaire et l'apparence de probité des juges. Pour résumer sa position, la Cour constitutionnelle a cité avec approbation la High Court d'Australie :

Although it is important that justice must be seen to be done, it is equally important that judicial officers discharge their duty to sit and do not, by acceding too readily to suggestions of appearance of bias, encourage parties to believe that by seeking the disqualification of a judge, they will have their case tried by someone thought to be more likely to decide the case in their favor.²¹⁸

Le test devant être appliqué pour juger d'une demande de récusation a été formulé par la Cour suprême d'appel et reprend substantiellement celui de la Cour suprême du Canada exprimé il y a plus de deux décades dans une opinion dissidente du juge de Grandpré:

[...] the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information [...] [The] test is 'what would an informed person, viewing the matter realistically and practically - and having thought the matter through - conclude'.²¹⁹

On relève deux critères d'analyse : 1) la personne de référence doit être raisonnable ; et 2) la perception des faits doit également être raisonnable aux vues des circonstances²²⁰. Lord Browne-Wilkinson de la Chambre des Lords a également utilisé cette approche dans l'affaire *Pinochet*²²¹ en faisant aussi référence à la

²¹⁶ *R. c. S. (R.D.)*, au para. 119, juge Cory: « It is obvious that good judges will have a wealth of personal and professional experience, that they will apply with sensitivity and compassion to the cases that they must hear. The sound belief behind the encouragement of greater diversity in judicial appointments was that women and visible minorities would bring an important perspective to the difficult task of judging ».

²¹⁷ John P. Frank, « Disqualification of Judges: In Support of the Bayh Bill », 35 *Law and Contemporary Problems* 43 à la p. 48 cité dans : *Laird v. Tatum*, 409 US 824 à la p. 836 (1972), juge Rehnquist.

²¹⁸ *The President of The Republic of South Africa et al. v. South African Rugby Football Union et al.*, *supra* note 210 au para. 46.

²¹⁹ *Ibid.* au para. 45.

²²⁰ *R. c. S. (R.D.)*, au para. 111.

²²¹ *Regina c. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet; Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal From a Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, du 24 mars 1999, 588c et 284E y : « Decisions in Canada, Australia and New Zealand have either refused to apply the test in

jurisprudence canadienne. La Cour constitutionnelle sud-africaine considère que l'appréhension doit reposer sur des faits véritables établis à l'audience.

2. LE DROIT À UN PROCÈS DANS UN DÉLAI RAISONNABLE²²²

La Cour constitutionnelle s'est questionné sur les raisons ayant motivé l'incorporation du droit à un procès dans un délai raisonnable dans le droit au procès équitable. Les dispositions de la Constitution ne donnant que peu d'indice, la Cour s'est tournée vers ses homologues étrangères qui en avaient déjà débattu, soit le Canada, les États-Unis, l'Australie et l'Angleterre, malgré l'absence de Charte constitutionnelle dans ces deux derniers pays. La Cour fait siens les propos de la Cour suprême du Canada et conclut que cette exigence a pour but de réduire l'anxiété et les stigmates créées par les procédures criminelles. On cherche aussi à minimiser la période d'incarcération et à contrer les conditions restrictives d'un cautionnement. Ces préjudices ont une signification particulière en Afrique du Sud où la machinerie judiciaire était utilisée à une certaine époque pour imposer des peines extra-judiciaires²²³. Mais la célérité assure aussi la tenue de l'audience au moment où les preuves sont disponibles et fraîches²²⁴; ce qui permet de protéger l'équité du procès. La rapidité permet un système criminel cohérent et équitable en mitigeant la tension entre la présomption d'innocence et la publicité du procès²²⁵. La question de la place du délai raisonnable parmi les composantes du droit au procès équitable ne se pose toutefois pas en droit sud-africain puisque la Constitution les intègre clairement dans un même article²²⁶. La Cour n'utilise donc pas le droit étranger pour savoir s'il faut intégrer le droit au procès dans un délai raisonnable dans le droit à un procès équitable, mais plutôt pour s'aider à définir la période à partir de laquelle un délai est déraisonnable. La Cour suprême des États-Unis a établi un test de balancier dans lequel la conduite de la poursuite et de l'accusé sont pesées et les facteurs suivants analysés : la longueur du délai, les justifications avancées par le gouvernement et le préjudice subi par l'accusé. La Cour souligne que la Cour suprême du Canada a adopté un test similaire. Les tribunaux sud-africains utilisent un mélange de la jurisprudence américaine et des considérations canadiennes.

La Cour a toutefois jugé qu'on ne peut transposer automatiquement le modèle américain en droit sud-africain car la société et le système criminel diffèrent de ceux de l'Amérique du Nord. On ne peut exiger des justiciables, comme le fait le

Reg v Gough [[1993] AC 646, in which the test applied was a "real danger that the judge was biased"], or modified it so as to make the relevant test the question whether the events in question give rise to a reasonable apprehension or suspicion on the part of a fair-minded and informed member of the public that the judge was not impartial ».

²²² La Cour sud-africaine ne protège pas le droit à un procès dans un délai raisonnable, mais garantie à l'article 35(3) de la Constitution le droit au procès équitable qui inclut entre autres le droit d'avoir son procès débuté et conclu sans délai déraisonnable.

²²³ *Bruce Robert Sanderson v. The Attorney-General – Eastern Cape*, n° CCT 10/09 du 2 décembre 1997 au para. 23 (C.C.d' A.S.), juge Kriegler.

²²⁴ *Ibid.* au para. 20, juge Kriegler.

²²⁵ *Ibid.* au para. 24, juge Kriegler.

²²⁶ *Ibid.* au para. 21, juge Kriegler.

droit américain, qu'ils invoquent leur droit à un procès dans un délai raisonnable car la vaste majorité des accusés en Afrique du Sud n'est pas assistée d'un conseiller juridique et n'a aucune notion de son droit à un procès rapide. Leur refuser un droit constitutionnel parce qu'il n'est pas invoqué reviendrait à le rayer du texte de la loi fondamentale, tout au moins en ce qui concerne le volet le plus vulnérable de la population²²⁷.

La Cour conserve quelque flexibilité dans son appréciation du délai raisonnable et refuse d'appliquer une norme automatique. Elle indique d'ailleurs clairement s'éloigner des cours suprêmes du Canada et des États-Unis qui considèrent mécaniquement que le délai devient déraisonnable à partir d'un point déterminé. La Cour juge que l'imposition d'une règle stricte de ce genre relève du pouvoir législatif et non du judiciaire. Elle préfère accorder aux tribunaux la possibilité d'utiliser leur expérience pour apprécier les effets du délai sur la liberté, la sécurité et les intérêts liés au procès²²⁸. La Cour indique qu'il doit exister un rapport de proportionnalité entre la peine encourue pour un délit et le préjudice souffert par un accusé. La Cour suprême de l'Inde qui jauge également cet équilibre, a ainsi considéré qu'un emprisonnement préventif de cinq mois dans une affaire dont la peine maximale est de six mois paraît déraisonnable²²⁹.

En conclusion, en Afrique du Sud, lorsque les préjudices ne sont pas liés au bon fonctionnement du procès lui-même, la Cour préférera utiliser d'autres remèdes que la fermeture des procédures, tel un *mandamus* forçant la poursuite à débiter le procès, le refus d'une remise à la demande de la poursuite ou l'octroi d'un dédommagement après un non-lieu²³⁰. La clôture d'une longue procédure n'est pas un remède approprié lorsque le préjudice est essentiellement causé à la réputation de l'accusé. La libération d'une personne s'impose dans les cas de longue détention préventive; le refus d'une remise concerne le cas où l'accusé veut que sa cause soit tranchée pour ne pas demeurer sous une épée de Damoclès. La conclusion des poursuites n'est valable que dans la mesure où il y a un dommage causé au procès²³¹.

3. LE DROIT D'APPEL

L'article 35(3) o) de la Constitution prévoit un droit d'appel ou de révision pour toute personne ayant été condamnée. La Constitution ne précise toutefois pas si le justiciable peut exiger une nouvelle audition par le tribunal de deuxième instance. Une interprétation exégétique du texte ne peut que forcer à la conclusion qu'il n'y a rien dans les termes de l'article indiquant un sens technique ou le contenu du droit d'appel ou de revue. La Constitution crée tout au plus une obligation d'adopter des dispositions législatives pour encadrer et définir le mode de révision approprié, qui

²²⁷ *Ibid.* aux para. 25 – 26, juge Kriegler.

²²⁸ *Ibid.* au para. 30, juge Kriegler.

²²⁹ *Ibid.* au para. 34, juge Kriegler. La Cour cite aussi la situation indienne : *Hussainara Khatoon v. State of Bihar*, (1979) A.I.R. 1369 (C.S.).

²³⁰ *Ibid.* au para. 39, juge Kriegler.

²³¹ *Ibid.* au para. 41, juge Kriegler.

soient équitables²³². En conséquence, les tribunaux d'appel n'ont pas l'obligation de procéder à un procès *de novo* impliquant une nouvelle audition des témoins. L'expression « révision » employée dans cet article n'a pas non plus de sens technique et il semble qu'on ne puisse soutenir qu'un consensus international existe quant à ce qui pourrait en découler²³³. Curieusement, la Cour ne s'est pas tournée vers les prétoires étrangers pour vérifier leur pratique alors qu'il s'agissait d'une situation certes appropriée pour ce faire. Elle s'est contentée de préciser que son interprétation de la Constitution est compatible avec l'art. 14(5) du Pacte international ratifié par l'Afrique du Sud. Le lendemain, dans une autre affaire sur la même question, la Cour a jugé que l'absence d'argumentation orale ou d'audition complète ne signifie pas que la procédure n'est pas équitable ou qu'elle ne constitue pas un recours devant un tribunal supérieur. Dans cette affaire par contre, la Cour s'appuie sur la Cour européenne qui a jugé que l'inscription en appel n'exige pas une audition des arguments ou la comparution personnelle de l'accusé devant la cour²³⁴. À la différence de la précédente affaire, la Cour a cette fois fait référence à l'expérience étrangère où l'argumentation orale pour un appel ou une inscription en appel n'est pas permise ou est limitée²³⁵.

Le droit étranger n'a pas eu d'influence définitive sur l'arrêt de la Cour, il n'a en réalité servi qu'à soutenir sa décision. Il demeure que dans cette deuxième affaire une analyse en a été faite. Cette différence d'approche de la même Cour dans un intervalle aussi court peut sembler étonnant. Il ne faut toutefois pas sous-estimer l'influence de l'argumentation des parties sur le contenu de la décision du tribunal.

* * *

Nous avons constaté que le droit international et national étranger tiennent une place importante en Afrique du Sud. Les traités internationaux, les constitutions d'autres pays et même la jurisprudence étrangère ont servi aux constituants pour la rédaction des deux Constitutions que le pays s'est données. On trouve de plus deux références au droit international dans les articles de la Constitution. Nous avons d'ailleurs souligné l'importance de l'une d'elles puisqu'il s'agit d'une règle d'interprétation stipulant que les tribunaux peuvent utiliser le droit étranger et doivent faire appel au droit international pour interpréter la Constitution. Une interprétation stricte de la lettre de cet article laisse supposer que le droit international devrait être utilisé à chaque nouvelle interprétation d'un article de la Charte constitutionnelle. Nous nous étions demandé si la Cour suivait véritablement cette directive à la lettre et si chacune de ces sources de droit avait le poids indiqué. Notre étude nous force à

²³² *The State v. Twala*, n° CCT 27/99 du 2 décembre 1999 au para. 10 (C.C.d'A.S.), juge Yacoob.

²³³ *Ibid.* au para. 11, juge Yacoob.

²³⁴ *Monnell and Morris v. United Kingdom*, (1987) 10 E.H.R.R. 205 aux pp. 220 - 225.

²³⁵ *Axen v. Germany*, (1984) 6 E.H.R.R. 195 au para. 28 ; *Sutter v. Switzerland*, (1984) 6 E.H.R.R. 272 aux para. 29 et 30. La Cour souligne l'existence de limites du temps alloué aux parties pour leurs plaidoiries aux États-Unis et au Canada.

conclure que la jurisprudence des tribunaux d'autres pays sert à guider plus régulièrement les juges sud-africains que les traités internationaux.

On peut expliquer cette utilisation dominante de la jurisprudence étrangère par plusieurs facteurs. Nous en avons d'ailleurs identifié un dès le début du présent article en soulignant l'aval que pouvaient avoir les tribunaux de la même famille juridique; la *common law*. Ceci s'est partiellement vérifié puisque les tribunaux étrangers étant le plus souvent cités, sont les Cours suprêmes du Canada, des États-Unis et de l'Inde. Il faut toutefois reconnaître que la jurisprudence britannique et d'autres pays de *common law*, tel le Zimbabwe²³⁶, tient une place honorable. On a aussi vu quelques citations de pays civilistes au premier rang desquels la République fédérale d'Allemagne dont la Loi fondamentale a d'ailleurs été utilisée par les rédacteurs de la Constitution sud-africaine. La Cour a expliqué l'utilisation particulière qu'elle fait de la jurisprudence canadienne par la ressemblance des chartes. La racine commune des deux pays qui plonge dans l'histoire plusieurs fois centenaires du droit anglais rapproche également les deux systèmes²³⁷.

Un autre facteur ayant sans aucun doute influencé le fonctionnement de la Cour est l'expérience des juges la composant. Certains d'entre eux ont siégé dans d'autres pays avant d'être nommés à la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud. Ainsi, le Président Chaskalson, a été consultant de l'Assemblée constituante de Namibie de décembre 1989 à mars 1990; ce qui explique l'utilisation de la constitution de ce pays dans ses motifs. Le juge Mokgoro a pratiqué plusieurs années aux États-Unis. Le juge Sachs a enseigné en 1977 à l'Université Eduardo Mondlane au Mozambique. Le juge Kentridge qui a fait partie de la Cour pendant une année, a siégé comme juge d'appel au Botswana de 1981 à 1986. Mais la palme revient sans doute au juge Mahomed qui a été nommé juge en 1979 à la Cour d'appel du Swaziland, juge d'appel au Lesotho en 1982 avant de devenir par la suite le juge en chef de Namibie et le président de la Cour d'appel du Lesotho. Il est normal que ces personnes aient été plus sensibles aux textes constitutionnels ou à la jurisprudence de pays qu'ils connaissaient bien.

Dans une autre optique, qui n'est par ailleurs pas propre à ce pays, nous constatons qu'il existe aussi une mondialisation des normes de protection des droits de la personne. Plusieurs questions se sont posées dans divers endroits de la planète dans les mêmes termes. Nous citerons à titre d'exemples les droits des couples homosexuels, les lois anti-sodomie et la contraignabilité des chefs d'entreprises devant les tribunaux. On peut certainement considérer que les moyens juridiques et financiers des personnes impliquées, qu'il s'agisse d'Organisations non gouvernementales (ONG) ou de particuliers appuyés par des entreprises, ont contribué à l'utilisation du droit étranger. Lorsqu'une disposition semblable à celle en vigueur dans le pays a été contestée avec succès ailleurs, les justiciables ayant les moyens nécessaires feront leur, l'argumentation étrangère devant le prétoire national pour le conduire à conclure de la même façon.

²³⁶ Le Zimbabwe a une constitution qui présente des similitudes avec celle d'Afrique du Sud : *Makwanyane*, *supra* note 9 au para. 304, juge Mokgoro.

²³⁷ *Zuma*, *supra* note 49 au para. 25, juge Kentridge.

Ceci nous mène à souligner la volonté de la Cour d'inscrire le pays dans la marche des pays démocratiques basés sur le respect des droits de la personne et de la dignité humaine. Ce dernier facteur a eu selon nous une double influence. À certaines occasions, la Cour a préféré se tourner vers l'expérience étrangère pour inscrire l'Afrique du Sud sur la liste des pays qu'elle jugeait développés et démocratiques. Nous avons ainsi constaté à quelques reprises, qu'elle étudiait le droit de ces autres pays au moment d'apprécier si une restriction d'un droit fondamental était justifiable dans une société libre et démocratique en vertu de l'article 36 de la Constitution. À l'opposé, la Cour a parfois justifié son rejet de l'expérience étrangère par l'obligation faite par la Constitution nationale d'interpréter son contenu suivant les préceptes d'une société libre et démocratique basée sur la dignité humaine. Nous en avons conclu que la Cour cherche effectivement à inscrire le pays dans le concert des pays démocratiques modernes tout en assurant un rattachement à la réalité nationale et aux besoins du pays. Il semble d'ailleurs qu'elle accorde priorité à ce deuxième besoin.

La Cour n'adopte pas le droit national étranger ou les normes internationales automatiquement. Il arrive même parfois qu'elle fasse une longue étude du droit étranger avant de conclure qu'il ne peut lui être d'aucune aide. Le droit international ne sert pas à définir le contenu de la Constitution. La Cour utilise les traités principalement pour démontrer que son interprétation du texte national correspond aux traités internationaux. On peut toutefois identifier deux exceptions. En premier lieu, la Cour a cité des instruments spécialisés en droit du travail pour définir l'expression « travailleur ». On peut cependant supposer que dans l'éventualité où le droit international en ce domaine n'avait pas été satisfaisant, la Cour ne l'aurait pas utilisé ou aurait trouvé le moyen de l'écarter par distinction. La deuxième exception est l'utilisation faite de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. La Cour semble considérer cette dernière comme un tribunal de dernière instance et y fait d'ailleurs souvent référence en parallèle avec d'autres cours de dernière instance. La Cour accorde presque à la Convention européenne le statut de constitution européenne. Il faut toutefois reconnaître que son influence est réduite. Le manque d'intérêt de la Cour pour la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*²³⁸ que le pays a pourtant ratifiée est également notable. Il semble que la Cour préfère utiliser le droit interprété.

En conclusion, le droit international a certes eu une influence lors de la rédaction de la Constitution, toutefois son poids est minime sur les décisions de la Cour et clairement inférieur à celui du droit national étranger et plus particulièrement de la Cour suprême du Canada.

²³⁸ La *Charte africaine* a été signée par l'Afrique du Sud en 1995 et ratifiée en 1996.

