

DEPUIS SON PLUS JEUNE ÂGE, ALBIE SACHS A
JOUÉ UN RÔLE IMPORTANT DANS LA LUTTE POUR
LA JUSTICE EN AFRIQUE DU SUD.

Depuis son plus jeune âge, Albie Sachs a joué un rôle important dans la lutte pour la justice en Afrique du Sud. Son combat lui a valu d'être détenu, torturé par privation de sommeil, exilé et victime d'un attentat à la bombe où il perdit son bras droit et la vue d'un œil. Après des années, il contribua de manière significative à la naissance de la nouvelle Constitution sud-africaine, et eut l'honneur de servir son pays en qualité de membre de la Cour Constitutionnelle pendant une quinzaine d'années.

A la fin de son mandat à la Cour, Albie Sachs nous raconte d'une manière toute personnelle ce qu'être juge signifie dans ces circonstances exceptionnelles, comment ses expériences de vie ont pu influencer son approche sur les cas qui lui étaient soumis, sa vision de la justice et de la loi, mais aussi inversement, comment la fonction de juger a influencé son être. Cet ouvrage offre aux lecteurs un accès unique à ce que constitue la vie d'un juge au sein d'une nouvelle juridiction tournée vers l'avenir, et l'occasion de découvrir le dur cheminement de la pensée du juge qui précède les décisions de justice et l'importance du délibéré.

Comme Sachs l'a souhaité, dans sa traduction en langue française, le texte original est complété par des amies, juges considérées comme dissidentes, Claire l'Heureux (Canada) et Christine Schurmans (Belgique).

Pretoria University Law Press

PULP

www.pulp.up.ac.za

ISBN: 978-1-920538-99-6



9 781920 538996

ALBIE SACHS

L'étrange alchimie de la vie et de la loi

PULP

ALBIE SACHS



*L'étrange
alchimie
de la vie
et de la loi*

TRADUIT ET COMMENTÉ
PAR CHRISTINE SCHURMANS

*L'étrange alchimie de
la vie et de la loi*

LE JUGE ALBIE SACHS

traduit et commenté par Christine Schurmans

Pretoria University Law Press

PULP

2021

L'étrange alchimie de la vie et de la loi

Publié par :

Pretoria University Law Press (PULP)

Pretoria University Law Press (PULP) est une maison d'édition basée à la Faculté de droit de l'Université de Pretoria en Afrique du Sud. Elle œuvre à la publication et la dissémination de productions universitaires innovantes et de grande qualité. PULP publie également une série de collections de documents juridiques relatifs au droit public en Afrique de même que des ouvrages académiques pour d'autres pays que l'Afrique du Sud.

Pour de plus amples informations concernant PULP, voir www.pulp.up.ac.za

Pour commander veuillez contacter :

PULP

Faculty of Law

University of Pretoria

South Africa

0002

Tel : +27 12 420 4948

pulp@up.ac.za

www.pulp.up.ac.za

Présentation de couverture:

Octavia Roodt, Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria

L'illustration de l'ouvrage est empruntée de l'œuvre de Judith Mason : l'homme qui chantait et la femme qui gardait le silence, 1993.



ISBN: 978-1-920538-99-6

« Cette édition française est dédiée à Christof Heyns, professeur de droit apprécié à l'Université de Pretoria. Il a tant fait pour combattre l'apartheid. Dans le domaine des droits humains, il fut pionnier de la création d'échanges actifs entre les personnes des pays d'Afrique où l'anglais est parlé et ceux où le français est parlé. »

Albie Sachs

TABLE DES MATIÈRES

Note d'Emmanuel De Groof	ix
L'auteur	xi
L'homme qui chantait et la femme qui gardait le silence	xv
Préface de Claire L'Heureux-Dubé	xvii
Préface originale de Harry Woolf	xxi
Introduction de Christine Schurmans	xxiii
Prologue	xxix
1 Récits de terrorisme et de torture	1
2 Tac-Tic : Le fonctionnement d'une intelligence judiciaire	28
3 Un homme appelé Henri : Vérité, réconciliation et justice	40
4 Raison et Passion	74
5 Matière à rire	82
6 Raison et jugement	92
7 Le juge qui pleurait : la mise en œuvre des droits socio-économiques par le pouvoir judiciaire	106
8 La dignité humaine et la proportionnalité	135
9 Le séculaire et le sacré : le double enjeu du mariage homosexuel	154
10 Le début et la fin	179
Epilogue	182
Annexe 1	189

L'adorable petit garçon que Vanessa et moi avons mis au monde il y a deux ans vient de prononcer, à notre plus grand enchantement, le mot « pourquoi ? ». Si un jour il désire savoir pourquoi nous l'avons appelé Oliver, pourquoi son papa n'a qu'un bras et pourquoi il est ce que l'on appelle un juge, il pourra trouver des réponses dans ce livre.

NOTE D'EMMANUEL DE GROOF

En 2008, lorsque je travaillais comme référendaire pour le juge de la cour constitutionnelle d'Afrique du Sud Albie Sachs, j'ai eu la chance de l'assister dans la rédaction et les recherches pour la version originale de ce livre. Vous tenez entre les mains la nouvelle édition de ce livre, en langue française, complété avec des écrits de Claire L'Heureux-Dubé et Christine Schurmans. Les vies personnelles et luttes professionnelles des trois juges dialoguant implicitement dans cette version se sont déroulées indépendamment les unes des autres, dans trois contextes et sur trois continents différents – Afrique, Amérique et Europe. Cette traduction et réédition doit tout à l'invitation ouverte d'Albie Sachs à ses collègues. Nous tenons ici à remercier Oxford University Press, éditeur de la version originale du livre, ainsi que Pretoria University Law Press. On peut espérer que cet effort conjoint et la conversation interposée entre juges dans ce livre serviront à tous ceux qui sont à la recherche d'inspiration pour créer leur propre recette pour une alchimie réussie de la vie et du droit.



Vers l'âge de six ans, pendant la seconde guerre mondiale, Albie Sachs reçut une carte de son père qui exprimait le souhait qu'il grandisse pour s'engager comme soldat dans la lutte pour la libération.

Sa carrière dans l'activisme pour la cause des droits de l'homme débuta à l'âge de dix-sept ans, alors que, étudiant en deuxième année de droit à l'université de Cape Town, il prit part à la Campagne de défi contre des lois injustes¹. Trois ans plus tard, il assistait, à Kliptown, au Congrès du Peuple qui adopta la Charte de la liberté.² Il débuta sa carrière d'avocat au barreau de Cape Town à l'âge de 21 ans. Le plus gros de son travail consistait à assurer la défense de personnes accusées sur la base des lois raciales et de lois de sûreté répressives. Il a lui-même fait l'objet d'une descente de la police de sécurité, d'ordres de bannissement limitant sa liberté de mouvement et fut finalement placé en cellule d'isolement pour deux longues périodes de réclusion.

En 1966, il partit en exil. Après avoir passé onze ans à préparer un doctorat dans le Sussex et à enseigner le droit à Southampton, il passa une nouvelle période de onze ans au Mozambique en qualité de professeur de droit. Il consacra une bonne partie de ce temps à la recherche. En 1988, il fut grièvement blessé lors de l'explosion d'une bombe placée dans sa voiture par des agents de sécurité sud-africains, ce qui le priva d'un bras et de la vue d'un œil.

Au cours des années 1980, alors qu'il travaillait en étroite collaboration avec Oliver Tambo, président de l'ANC en exil, il contribua à la rédaction du projet du Code de conduite de l'ANC et de ses statuts. Quand il eut recouvré la santé après l'attentat à la bombe, il se consacra à la préparation d'une nouvelle constitution démocratique pour l'Afrique du Sud. En 1990, il retourna dans son pays. En qualité de membre du Comité constitutionnel

- 1 La Campagne de défi à l'encontre des lois injustes a été lancée le 26 juin 1952 par l'African National Congress (ANC) et le South African Indian Congress. Des milliers de volontaires ont été emprisonnés pour actes d'insoumission aux lois de l'Apartheid.
- 2 La Charte de la liberté a été adoptée le 26 juin 1955. Ce texte donne les bases fondamentales du mouvement anti-apartheid.

et de l'exécutif de l'ANC, il prit part aux négociations qui ont conduit l'Afrique du Sud à se muer en une démocratie constitutionnelle. Après les premières élections démocratiques multiraciales du 27 avril 1994, le Président Nelson Mandela nomma Albie Sachs juge à la Cour constitutionnelle nouvellement créée.

Albie Sachs a voyagé dans de nombreux pays pour témoigner de l'expérience de l'Afrique du Sud dans la guérison de sociétés déchirées. Il s'est engagé dans les domaines de l'art et de l'architecture et il joua un rôle actif dans le développement, sur le site de l'ancienne prison de Johannesburg, du bâtiment de la Cour constitutionnelle et de sa collection d'art. Il est l'auteur de nombreux ouvrages, dont le livre *Jail Diary*³ qui a été adapté à la scène par la Royal Shakespeare Company. Cette pièce fut diffusée par la BBC.

Magistrat honoraire du Lincoln's Inn, il est aussi l'un des commissaires du Conseil d'appel de la ligue internationale de cricket.

3 « Carnet de prison ».



Le juge Albie Sachs prononçant le jugement dans l'affaire Fourie relative aux mariages entre personnes de même sexe (Chapitre 9)

L'HOMME QUI CHANTAIT ET LA FEMME QUI GARDAIT LE SILENCE

L'œuvre qui figure en couverture de ce livre rend hommage au courage de Phila Ndwandwe et de Harald Sefola dont la mort, survenue durant la lutte contre l'Apartheid, a été décrite par leurs assassins devant la Commission Vérité et Réconciliation.

Phila Ndwandwe fut abattue par la police de sécurité, après avoir été séquestrée pendant des semaines, nue, dans le but de l'amener à dénoncer ses camarades. Elle gardait sa dignité en se couvrant d'une culotte confectionnée à l'aide d'un sac en plastique bleu. Ce vêtement a été trouvé enroulé autour de son bassin lors de son exhumation. « Elle ne voulait tout simplement pas parler », a témoigné l'un des policiers impliqués dans son exécution. « Dieu... elle était courageuse ».

Harald Sefola fut électrocuté avec deux de ses camarades dans un champ dans la périphérie de Witbank. Alors qu'il attendait la mort, il demanda qu'on le laisse chanter *Nkosi Sikelel' iAfrika*.¹ Son assassin s'est souvenu : « c'était un homme très courageux qui croyait fermement en ce qu'il faisait. »

Je pleurais en écoutant le récit de Phila, en me disant, « J'aimerais pouvoir te confectionner une robe ». Joignant l'acte à cette réaction enfantine, je ramassai des sacs en plastique bleu jetés que je cousus pour en faire une robe. Sur la jupe, je peignis cette lettre :

Sœur, un sac en plastique peut ne pas représenter toutes les armes de Dieu, mais tu te battais avec ta chair et ton sang, et contre les pouvoirs, contre les maîtres des ténèbres, contre la cruauté de l'esprit dans des endroits sordides. Tes armes étaient ton silence et un bout de détrit. Trouver ce sac et le porter jusqu'à ce que tu sois exhumée est un geste si sobre, raisonnable, celui de la ménagère, un acte ordinaire... D'une certaine manière, tu faisais subir la honte à tes ravisseurs, et ils n'ont pas aggravé l'abus qu'ils faisaient de toi en te dénudant une seconde fois. Cependant, ils t'ont tuée. Nous connaissons ton histoire uniquement parce qu'en ricanant, un homme a rappelé combien tu étais courageuse. Des mémoriaux à ton courage sont partout ; ils s'envolent

1 « Seigneur, bénissez l'Afrique »

dans les rues, dérivent sur le courant et s'accrochent aux broussailles. Cette robe est faite de quelques uns. *Hambe kahle. Umkhonto.*²

La robe, dansant sur son cintre au gré de la brise, m'a rappelé le drapé de celle de la Victoire de Samothrace du musée du Louvre. C'est ainsi que j'ai peint une Victoire locale se mouvant au travers des grilles de fer, accompagnée d'une hyène – figurant à la fois le prédateur et le nécrophage.

Le juge Albie Sachs vit l'ouvrage ainsi qu'un tableau représentant trois braseros que j'ai fait à la mémoire de Sefola et de ses amis. Il me suggéra d'associer la robe de Phila et les braseros en une œuvre commémorative. Par la suite, la robe, le tableau de la robe et la seconde toile plus grande, furent exposés ensemble à la Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud.

Avoir reçu l'opportunité de rendre hommage à l'homme qui chantait et à la femme qui gardait le silence avait été un privilège, mais cela me laisse pour l'éternité avec un sentiment de honte.

Judith Mason

2 « En avant, avance avec prudence »

PRÉFACE DE CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'amitié que je porte à Albie Sachs a des racines profondes et remonte aux horreurs de la dernière guerre mondiale des années 40 et de sa suite. Ni lui ni moi n'avons enfilé l'uniforme : d'autres l'ont fait pour nous et beaucoup n'en sont jamais revenus.

Ceux qui ont survécu à ce carnage tout en gardant l'espoir dans l'avenir ont opté pour un monde meilleur. C'est ainsi qu'est née la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies fin 1948 et signée par la quasi-totalité des pays membres.

La DUDH est basée sur « *la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables ... comme fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* ».

Mais l'Afrique du Sud s'était abstenue. Elle refusait l'affirmation de l'égalité devant la loi sans distinction de naissance ou de race. Albie Sachs avait 13 ans. Son combat de vie, sans violence, sera la reconnaissance de l'égalité et de la dignité humaine. J'ai suivi ce géant dans son ombre.

Albie qui a souffert dans sa chaire même le combat pour le respect de la dignité humaine et de l'égalité, a mis à la disposition de la justice son grand talent, cette voix éloquente empreinte d'humanité et de compassion dans ses nombreux jugements qui demeurent et demeureront des monuments, non seulement dans son pays mais dans le monde entier.

Sur la question de l'égalité par exemple, celle entre hommes et femmes, il y a ce jugement du 18 avril 1997 de la Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud, dans l'affaire CCT 11/96 qui a eu un écho au Canada dans l'affaire R.c.S (R.D) (1997) 3 R.C.S. 484. Je l'évoque malgré le fait qu'il n'est pas mentionné par Albie Sachs dans cet ouvrage, pour inviter le lecteur à découvrir d'autres décisions du juge Albie, mais aussi ses écrits : « Equality jurisprudence » 1999, 5 Rev. Of CONST. Studies 5.

Dans la foulée de la Déclaration universelle des droits de l'homme, plusieurs pays ont adopté de nouvelles constitutions ou chartes des droits

consacrant les mêmes principes, comme l'Inde, le Canada, l'Afrique du Sud.

Parallèlement, cette époque fut aussi l'ère du développement des modes de transport par avions qui facilitèrent les rapports entre pays. Le Canada et l'Afrique du Sud en profitèrent d'autant plus que, aspirant à concrétiser les principes de dignité humaine et d'égalité, la déclaration avait semés sur tous les terrains de justice du monde, il devenait plus facile alors d'en asperger la planète !

La justice s'est mondialisée. Elle devait apprendre ce nouveau langage et les rencontres internationales se sont multipliées à cette fin. On ne saurait minimiser l'importance de ces échanges internationaux, et j'applaudis donc la parution en français du livre « L'étrange alchimie... ».

Le Canada et l'Afrique du Sud en particulier, sans doute aussi vu l'absence des Etats Unis dans ce nouveau dialogue, ont partagé les fruits de leurs nouvelles constitutions, échangé leur expérience et expertise communes, davantage encore au niveau des cours statuant en dernier ressort, telles la Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud où siégeait Albie Sachs, et le Cour Suprême du Canada dont je faisais partie.

Invitée à prendre part à l'une de ses conférences en Afrique du Sud, j'eus le privilège de rencontrer celui dont j'avais lu, relu et admiré les jugements et qui m'avait même citée dans l'un d'eux portant sur le principe d'égalité, cela va sans dire ! Et ce fut le coup de foudre... juridique, il va aussi sans dire ! J'étais admirative devant cette cour constitutionnelle renouvelée, impressionnée par le nouveau souffle de justice imbu de cette nouvelle culture des droits de la personne. Des juges qui avaient vécu l'apartheid, triés sur le volet, siégeaient à la Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud, et Albie Sachs en faisait partie, et il en fut en acteur clé.

Albie est semblable à ses jugements : facile d'accès, sensible, cultivé et d'une humanité impressionnante. J'ai eu le plaisir de passer de bons moments avec lui et Vanessa. Quelle hospitalité ! Quel plaisir que nos conversations !

Quelle joie aussi de découvrir que nous partageons ce désir d'une société juste, basée sur l'égalité de tous ses citoyens dans le respect de la dignité humaine. Quel bonheur d'avoir un allié aussi convaincu, aussi convaincant et si talentueux dans cette lutte continuelle pour une véritable justice dans le monde.

Rechercher la décision la plus juste et la plus digne, quitte à troubler des certitudes largement répandues et à combattre des stéréotypes, n'est pas chose facile et comprend des risques. Celui d'être critiquée et isolée comme je l'ai été parfois. La « grande dissidente » comme certains me surnommaient, se sent avec Albie Sachs et maintenant avec la juge Christine Schurmans qui signe une préface de ce livre, en excellente compagnie !

NDLR : voir l'ouvrage consacré à sa biographie, Constance Backhouse, Claire L'Heureux-Dubé, A life, Vancouver, UBS Press, 2017

PRÉFACE ORIGINALE DE HARRY WOOLF

Ce livre présente le plus haut intérêt pour la communauté juridique internationale et pour toute personne qui s'intéresse à la justice. Il donne un aperçu exceptionnel du regard unique que porte Albie Sachs sur la justice. Les nombreuses personnes qui, comme moi, ont eu le privilège de passer du temps en sa compagnie ou de l'écouter lors de conférences, reconnaîtront ses qualités personnelles de page en page. Toutefois, ce sont les juges ou plutôt ceux parmi eux qui considèrent que la fonction de juger dépasse de loin celle de trancher des litiges, qui tireront de sa lecture le plus grand profit et beaucoup de joie.

Si j'étais encore en fonction au sein du système judiciaire anglais, j'encouragerais chaque juge à lire cet ouvrage. Je suis certain que cette lecture contribuerait à leur faire prendre conscience de ce que juger implique et de ce qu'est la justice.

Bien entendu, tout le monde ne partagera pas la vision de l'auteur sur chacune des questions qu'il traite, mais il est certain que dans mon pays, une proportion croissante de la magistrature y adhérera. Des questions comme celle du mariage homosexuel sont très controversées. C'est pourquoi, au Royaume-Uni, pays plus conservateur, nous les avons laissées au Parlement, dans la mesure du possible. Toutefois, il arrive que le Parlement ne soit pas préparé à faire le travail à notre place et dans ce cas il nous incombe à nous, juges, de faire de notre mieux dans la culture qui est la nôtre pour combler les lacunes qui subsistent.

Albie Sachs a un don qui malheureusement n'est pas très répandu, celui d'exprimer les questions complexes avec simplicité et clarté. Cela ne signifie pas, comme il le souligne lui-même, qu'il n'a pas à fournir de grands efforts pour exposer ses conclusions.

Personnellement, j'éprouve la plus grande sympathie pour la plupart des positions qu'il prend. Et je considère que la position qu'il a défendue dans une affaire qui portait sur la question des dommages et intérêts pour diffamation, est parfaitement exacte. Comme il le sait, le préjudice peut être extrêmement grave dans ce cas, en particulier lorsque la victime est célèbre. Une gravité sans commune mesure avec les montants dérisoires qui sont

accordés pour compenser des atteintes ayant entraîné des conséquences désastreuses. Comme le livre l'explique, l'essentiel est la présentation d'excuses à la victime bien qu'une compensation financière puisse parfois avoir pour effet de prévenir des comportements irresponsables de certains media.

Ce livre est un ouvrage important et je me réjouis de sa publication.

Harry Woolf
Ancien Président des tribunaux d'Angleterre, du Pays de Galles et de
l'Irlande du Nord
Londres, décembre 2008

INTRODUCTION DE CHRISTINE SCHURMANS

J'ai exercé la fonction de juge pendant une trentaine d'années et voilà une raison suffisante à mes yeux pour encourager les juges mais aussi tous ceux qui assument une responsabilité dans l'image que donne la magistrature d'elle-même sur notre vieux continent, à découvrir cet ouvrage de Albie Sachs, que j'ai eu le bonheur de traduire.

Ceux qui apprécient ou même adulent les œuvres et symboles qui ornent nos palais de justice tel celui de la Place Poelaert, immense, écrasant, froid, l'expression de l'ordre, du pouvoir, de la hiérarchie pyramidale, seront sans doute heurtés de découvrir qu'à la Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud, bâtie à l'endroit où se situait la prison de Johannesburg, le visiteur, le justiciable, mais aussi le juge, sont accueillis par des œuvres témoins de l'injustice et du courage de victimes de lois injustes, dont la robe de Phila.

Cependant, s'ils poursuivent malgré tout la lecture du livre sans regretter d'emblée l'absence de Thémis voilée qui sert l'ordre voulu par Zeus, ils seront surpris par la liberté d'expression du juge Albie Sachs. Je les entends déjà se demander si celui-ci ne transgresse pas tous les tabous. N'est-il pas en train de dévoiler des secrets qu'il devrait emporter dans sa tombe ? Est-il décent pour un juge de révéler au grand public les émotions qu'il a ressenties lors des audiences publiques, ou seul dans son bureau ou dans son bain ? Est-il convenable pour un juge de révéler que son propre parcours dans l'existence, que tout ce que la vie lui a apporté de souffrance, de peur, d'espoir dans un monde meilleur, a influencé sa façon de douter et de raisonner, avant de former enfin son jugement ?

Ce livre dévoile avec sincérité qu'un juge doute, qu'il pleure, mais aussi qu'il rit. Et qu'il peut exister entre des juges qui délibèrent, tous respectables, des désaccords profonds pouvant être révélés et explicités. Et cela vaut aussi pour le juge qui exerce sa fonction dans notre système continental qui présente faussement la justice comme lisse, univoque, insensible, et qui jamais n'utiliserait le concept emprunt de modestie « d'opinion » pour un jugement.

Mais le juge continental qui ne jouit pas de la liberté d'expression dont bénéficie Albie Sachs en Afrique du Sud, se reconnaîtra au travers de son témoignage comme je m'y suis reconnue. Tout juge qui réalise que la fonction de juger ne se résume pas à trancher un litige pour passer aussitôt à l'affaire suivante, après avoir prononcé « la vérité judiciaire », sur la base de son « intime conviction », à la majorité simple sans avoir l'occasion d'exprimer sa position individuelle, se sentira honoré d'avoir en Afrique du Sud un collègue qui reconnaît à la fonction de juger autrui toute sa beauté fragile, cette beauté propre à toute œuvre humaine et donc imparfaite par nature, et qui souligne que le rôle du juge courageux est aussi de contribuer à un monde meilleur.

J'ignore si Albie Sachs sait à quel point les gens de robe ont mauvaise presse sur notre vieux continent. Jean Giraudoux a écrit que le droit était la plus puissante école de l'imagination et que jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité... Cet ouvrage dément ce propos. Le lecteur découvrira que c'est face à la réalité crue que le juge Albie Sachs s'est trouvé, avec ses collègues, confronté à d'innombrables questions, étonnamment semblables à celles qui se posent devant nos cours et tribunaux. Cette réalité, il la décrit, l'étudie, l'examine sous toutes ses facettes et tente de la rendre plus belle, dans la mesure du possible, sans hésiter à expliquer en détails les limites du pouvoir de juger pour rendre la décision acceptable à celui qui perd. Et tous ceux qui sur notre vieux continent prennent le temps d'expliquer pourquoi un justiciable est débouté se reconnaîtront. Mais lorsqu'il répond aux questions, c'est toujours au travers du prisme de principes de droit et conscient de la séparation des pouvoirs, principe respectable hormis dans les cas où la séparation des pouvoirs rendrait le juge complice de lois qui ne reconnaissent pas la dignité de chaque être humain.

Elie Wiesel dit « D'habitude, les juges survivent à toutes les exécutions, c'est la loi ». Dans le cas d'Albie Sachs, ce n'est pas grâce à la loi qu'il a survécu, mais malgré elle, en luttant contre les lois injustes, puis en puisant en lui-même et dans ceux qui partageaient le même combat, la force de croire qu'un jour la loi laisserait au rêve d'égalité et de justice la possibilité de devenir réalité.

Albie me demande d'expliquer au lecteur pourquoi j'ai accepté de traduire ce livre que je n'avais pas encore lu. Et j'aimerais répondre : à cause du titre du livre. Car ce titre évoquait pour moi le fait que dans cette étrange alchimie que vit le juge, la vie et le droit s'allient sans s'altérer mutuellement mais aussi que cette fusion est capable de transformer en pire ou en mieux, en profondeur, celui ou celle qui se voit investi du pouvoir de juger comme celui ou celle qui est jugé.

A l'époque, comme lui, j'étais juge – suspendue, il est vrai – mais juge, et la mesure de suspension dont je faisais l'objet, comme les convocations qui m'étaient adressées en ma nouvelle qualité de mise en examen ou d'inculpée, suite à des accusations portées de manière légère, me révélaient à quel point la mission de juger faisait partie de mon être et qu'en être amputée me faisait souffrir. Il le savait. Pour échapper à la souffrance d'être jugée par ma hiérarchie indigne de juger, à moins que ce ne soit pour tenter de comprendre ce qui m'arrivait, je m'étais plongée dans la lecture des mythes et j'ai côtoyé les dieux de l'Olympe. J'ai rencontré Thémis, voilée, au service de Zeus et de l'ordre de l'univers qui domine l'architecture de nos palais de justice. Je m'étais plongée dans les notions de justice transcendante et immanente. J'ai aussi découvert Diké, fille de Thémis et de Zeus, dont la mission impossible était de régner sur la justice des hommes tandis que sa mère régnait sur la justice divine, en me demandant dans quelle pièce je jouais. Je lisais Pascal, Giraudoux, Plisnier, La Fontaine, Kundera, Wiesel, Girard et tant d'autres, entre deux auditions sur des délits que je n'avais pas commis. Et je butais chaque fois sur des phrases qui montraient à quel point les gens de robe ont mauvaise réputation.

Et voilà qu'un jour où des gros flocons tombaient du ciel pour émerveiller le petit Oliver, son père me demanda si j'aimerais traduire ce livre ...

Je tenais ce petit ouvrage entre les mains. J'étais fascinée par la couverture, la robe de Phila, et les sobres mots du titre qui en disaient long sur le contenu comme sur le courage de son auteur d'oser parler de cette étrange alchimie entre la vie et la loi, ainsi que du délibéré, une notion tabou dans nos contrées. Car le délibéré reste un mystère, et échappe à tout contrôle, même quand il n'y en a pas.

Bien avant de rencontrer Albie, j'aimais déjà son pays. Par sa musique, ses odeurs, ses couleurs, cet immense pays que j'ai traversé m'avait rappelé mon enfance heureuse au Congo, dans le Mayombe. En déambulant dans Soweto, à Johannesburg, au Cap et dans bien d'autres villes d'Afrique du Sud, sous haute protection, j'avais saisi toute l'horreur de l'Apartheid, celle qui régnait aussi dans ma brousse mais, qu'enfant, je ne voyais pas. Ma mère disait toujours qu'elle y était si seule. Il y avait dans le village où je suis née et où j'ai grandi des milliers de personnes, mais à l'époque, la solitude se mesurait au nombre de résidents ou visiteurs blancs.

Petite fille, avec mes sœurs, nous chantions « Ah se dit-elle, si je le pouvais, je tremperais ma tête dans un bol de lait, je serais plus blanche

que tous les français... ». La chansonnette était proscrite en présence d'un hôte noir mais cela, je ne le comprenais pas.

Tandis qu'en Belgique je me penchais sur des litiges concernant, par exemple, les aliments pour chats et chiens et la notion d'appétence que les concurrents se disputaient dans la publicité, ou sur des dossiers relatifs à des abus de positions dominantes et des cartels dans tous les domaines ou presque, je découvrais au cours de mes voyages en Afrique du Sud la soif de justice d'hommes et de femmes meurtris, noirs, blancs, métissés. Le hasard a fait que j'ai assisté à des audiences de la Commission Vérité et Réconciliation présidée par l'archevêque Desmond Tutu. Il s'agissait d'une justice d'une toute autre nature que celle que je connaissais et rendais. Une belle justice. Sans banc des accusés. Winnie Mandela et d'autres étaient invités, priés, suppliés, avec respect, de raconter, de dire la vérité et de la donner en cadeau à des victimes ou à leurs proches qui espéraient découvrir la vérité et la reconnaissance de leurs souffrances pour survivre. Surtout pour vivre une autre vie, digne. La dignité qu'un bourreau peut rendre à la victime, par les excuses. Celle qu'offre la victime au bourreau, par le pardon. Inimaginable sur notre vieux continent ?

Je tenais ce petit ouvrage entre mes mains et tous ces souvenirs me sont revenus en mémoire, en un rien de temps, lorsque Albie m'a demandé si j'aimerais traduire son livre. Il neigeait et le petit Oliver était fasciné. Les souvenirs des visites d'Albie en Belgique me revenaient à l'esprit. Avec lui, j'ai traversé le Palais de justice de la Place Poelaert, à Bruxelles. Ecrasant. Je l'ai présenté au Premier Président de la Cour de cassation et au Premier Président de la Cour constitutionnelle. Il a rencontré la hiérarchie qui à mes yeux ne semblait pas réaliser la chance qu'elle avait d'être bousculée par les questions d'un des leurs, juge en Afrique du Sud, un juge qui rit et qui pleure et qui n'a pas honte de dévoiler la torture que subit le juge qui doit juger, en âme et conscience. Avec Albie, j'ai visité le tout nouveau palais de justice d'Anvers et le guide faisait alors l'éloge du verre. « Symbole de la transparence de la Justice », disait-il. Dans quel sens, demandait Albie ? Les passants pouvaient voir les juges. Les juges voyaient-ils les passants ? Sa question était une allusion au bâtiment qui abrite la Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud où les juges sont placés de manière à voir d'en bas, au travers d'un couloir vitré, les passants déambuler, un rappel permanent qu'ils sont au service de tous.

Lors de ses visites, Albie Sachs m'interrogeait sur ma perception des litiges sur lesquels il devait prendre position. Et moi je lui parlais des questions qui me hantaient sur les litiges qui m'étaient présentés. Nous nous sommes sentis proches et libres de partager nos doutes en essayant

de cerner l'essentiel. Et ce qui est essentiel est identique quelle que soit la distance qui sépare les pays où décident les juges.

Il m'est arrivé de me sentir plus proche d'Albie Sachs que de mes collègues belges, pressés par la notion de temps et les normes de statistiques censées démontrer l'efficacité d'un juge en termes de rendement sur la base du nombre de litiges tranchés. Mais avec Albie, j'ose espérer, que du Nord au Sud, de l'Ouest à l'Est, la qualité du juge soit mesurée à la dignité qu'il reconnaît au justiciable.

Et en tenant ce petit ouvrage entre les mains, j'ai dit oui pour la traduction, sachant que j'allais rire et pleurer.

Puis, avant de partir vers son beau pays, il m'a serrée dans ses bras et m'a dit, à moi qui avait fait un peu le chemin inverse du sien puisqu'en 2009, j'étais tout à coup bannie et je me sentais en exil : « Christine, don't take any decision when you are unhappy ». J'aime rappeler ces mots d'une immense sagesse, dont je me suis souvenue bien souvent.

Cher Albie, toi qui aurais pu être mon père, j'ai parfois souri en lisant la naïveté de tes propos. Tu écris avoir réalisé que tu ne serais entier que lorsque la loi aurait rejoint la soif de justice ? Mais il n'y a de justice que celle rendue par des hommes justes, et tu le sais.

Merci, Albie

NOTE AUX LECTEURS

Le chapitre IV s'inspire en partie de « Cardozo Law Review », « Reason, Passion, and « The Progress of Law », Brennan? William J, Jr (Vol 10, octobre/novembre 1988).

Le chapitre V comprend des extraits du livre d'Albie Sachs *The Soft Vengeance of a Freedom Fighter*' (seconde édition, Cape Town, David Philip, Berkeley, University of California Press, 2000, publié pour la première fois en 1990 en Grande Bretagne par Grafton Books, p 9-12 et 116 et 119.

PROLOGUE

La vie m'a préparé de manière étrange à devenir juge. Si mon objectif avait été d'exercer une fonction judiciaire, force serait de constater que j'ai suivi le droit chemin... huit années d'études et trois diplômes dont un doctorat en droit, une décade d'activité intense comme avocat au barreau de Cape Town, pour ensuite me lancer avec sérieux dans l'enseignement du droit sur trois continents et la publication de livres, certains scientifiques, d'autres autobiographiques. Cependant, pour autant que soit concerné l'impact concret de la loi sur ma vie, tout allait de travers : alors que j'étais étudiant, les forces de police firent irruption dans ma maison avant l'aube et je fus moi-même l'objet de ce qu'on appelait un « ordre de bannissement », lequel me limitait dans mes mouvements et mes activités ; à l'époque du barreau, à deux reprises je fus incarcéré et placé en cellule d'isolement par la police de sécurité. La première fois pour une période indéterminée, qui prit fin après 168 jours, la seconde fois pour une durée de trois mois, au cours de laquelle je fus torturé par privation de sommeil ;¹ alors que je terminais mon doctorat, je vivais comme apatride en exil en Angleterre ; quelques années plus tard, poursuivant des recherches juridiques au Mozambique, une bombe placée dans ma voiture par les agents de la sécurité de mon pays, explosa et me priva d'un bras et d'un œil.

Le fait est que j'ai vécu la plus grande partie de ma vie à la fois comme juriste et comme hors-la-loi. Quiconque a vécu dans la clandestinité sait à quel point la personnalité est écartelée lorsqu'on agit à la fois légalement dans la sphère publique et en dehors de celle-ci. Cependant, les causes de ce déchirement étaient aisément compréhensibles et sa solution clairement prévisible : je ne pourrais redevenir entier que lorsque nous aurions mis fin à l'apartheid et rendu la loi conforme à ce qui est juste. Moins dangereuse mais plus troublante, était cette inquiétude au cœur de mon âme de juriste, une inquiétude grandissant suite aux absurdités de l'apartheid, aux racines de plus en plus profondes et problématiques.

De tout cela, j'ai pris conscience pour la première fois alors que j'étais étudiant à l'Université de Cape Town. Le soleil pénétrait dans la salle de lecture tandis que j'écoutais attentivement mes professeurs parler de ce que

1 NDLT : il s'agissait de mesures de sécurité, sans procédure ni jugement.

j'avais entendu décrire comme étant la beauté abstraite des normes. Pour réussir mes examens, je répétais des phrases élégantes sorties d'ouvrages, sur la « rule of law »,² les droits fondamentaux et l'indépendance du pouvoir judiciaire. Mais la nuit, dans une cabane éclairée par la flamme vacillante de bougies, je dirigeais des groupes de travail, confronté aux paroles et regards expressifs de personnes pauvres, désespérées mais déterminées à sacrifier toute leur énergie, même leur vie, pour la justice et la liberté. J'étais profondément inspiré par la vitalité et les éclats de rire qui étaient pour moi plus lourds de sens pour la consécration de la justice que les phrases érudites mais dépourvues de toute passion de ma faculté de droit. Deux mondes s'affrontaient dans la même ville, entièrement distincts, unis par la peine plus que par l'espoir, et je ne vivais complètement ni dans l'un ni dans l'autre.

Pendant plus de 30 ans de ma vie en tant qu'avocat ou professeur, je me suis battu avec cette division de mon être. De façon inattendue, ce fut la bombe qui fit exploser ce schisme. La bombe m'a littéralement projeté violemment hors de mon train quotidien de juriste en me rendant la liberté de recommencer la vie à zéro. J'apprenais à marcher, à me tenir debout, à courir ... et je me préparais à écrire la nouvelle Constitution de l'Afrique du Sud. Soudainement, avec joie et volupté, les grandes phrases abstraites des ouvrages de droit rejoignaient et embrassaient la passion pour la justice, palpable, du peuple opprimé. La loi, loin de constituer une barricade d'injustice devant être prise d'assaut et détruite pour que la liberté puisse régner, devenait l'instrument premier pour accomplir une révolution pacifique. Au cours des mois et des années que prit l'avènement de la nouvelle Constitution, les influences diverses, parfois contradictoires, qui avaient marqué ma vie, devenaient des forces aptes à travailler en synergie. Si le processus de création de nouvelles lois fondamentales a permis à mon pays de panser ses blessures, il a aussi résolu ma propre et profonde contradiction interne.

Et si certaines personnes naissent pour devenir juge et que d'autres y parviennent, moi je fais partie de ceux qui se sont vus investis de bon cœur de la fonction de juger. Il y a 14 ans (en 1994), le Président Nelson Mandela fraîchement élu, prit la décision de nous nommer, mes collègues et moi, en qualité de membres de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud. Que les années qui suivirent ce jour ont été riches et excitantes sur le plan intellectuel !

Je n'ai jamais considéré le fait d'être juge comme quelque chose d'inné ou de prédestiné et non problématique. La nature profondément

2 « L'état de droit »

contradictoire de la relation que j'avais eue auparavant avec le droit ne l'aurait pas permis. De plus, le fait d'avoir été plongé au cours de mes années d'exil dans des études socio-juridiques, me poussait sans cesse à observer et à remettre en question ce que mes collègues et moi étions en train de faire. J'étais par ailleurs constamment invité par des universités ou groupes de juristes, aux quatre coins du monde, à expliquer ce qu'ils percevaient comme la naissance miraculeuse d'une démocratie constitutionnelle dans un Etat voué à un bain de sang racial. Si l'on souhaite reconnaître l'extraordinaire sans pour autant croire aux miracles, on est forcément obligé de rechercher avec diligence des explications rationnelles. Comment la transition s'est-elle faite et quelle était la mission que j'avais à assumer en tant que juge ?

Lors des conférences que j'ai données, j'ai été confronté partout dans le monde à des questions qui soulevaient des controverses similaires, quel que soit le régime juridique. Les lectures données au fil des ans dans des villes aussi éloignées l'une de l'autre que New York, Londres, Delhi, Cambridge et Chicago, ont été rassemblées en vue de l'édition éventuelle d'un livre d'essais. Le recueil péchait toutefois par sa texture trop disparate, de sorte que pour relier les parties entre elles, j'ai commencé à y ajouter des extraits de jugements rendus par ma Cour, certains rédigés par moi, d'autres par des collègues. Ceci pouvait à tout le moins mettre à jour un contraste intéressant entre les intonations plus personnelles et accessibles qui marquent un exposé oral, et le ton d'oracle, indifférent, d'un jugement. Je remarquais cependant que les effets de contraste ou de similitude que produisait la confrontation de textes narratifs avec des extraits de jugements, commençaient à nourrir mon imagination de quelque chose de plus passionnant, et je percevais d'une manière aussi diffuse que fascinante une alchimie reliant mon expérience de la vie tout court, à celle de rendre des décisions en tant que juge. C'est ainsi qu'a commencé à se former dans les entrailles d'un premier manuscrit, un tout nouveau livre.

Les expériences les plus dramatiques de ma vie ont trait au terrorisme et à la torture. Une réponse facile à mon passé aurait pu consister à manifester une opposition implacable à l'égard de ceux qui avaient été mêlés aux pratiques inhumaines dans la période de l'apartheid. J'aurais pu demander comment des personnes qui avaient, de manière impitoyable, nié à d'autres tout droit à l'égalité et à un procès équitable, osaient réclamer à présent le bénéfice des concepts qu'ils avaient bafoués. J'avais été traité comme un terroriste, j'avais lutté contre l'emploi du terrorisme comme arme dans le combat pour la paix, j'avais été confronté à des actes de torture portés à des agents envoyés pour détruire l'organisation de libération à laquelle j'appartenais et j'avais été victime du terrorisme étatique. Pourtant, quand je songe aux jugements dont j'ai assumé la

rédaction, il m'apparaît manifeste que les réponses que je donnais du siège des magistrats, s'avéraient bien plus complexes. Les expériences vécues avaient sans aucun doute infiltré ma vision du droit, mais toujours au travers du prisme des principes établis et en constante évolution de la pensée juridique.

Ma plus grande surprise lors de la préparation de ce livre a surgi au moment de décrire ma relation avec la Commission Vérité et Réconciliation (CVR), dans la partie qui allait inclure ma confrontation avec l'agent qui avait organisé l'installation de la bombe dans ma voiture. J'avais imaginé que mon expérience de la CVR était complètement dissociée de mon mode de pensée en tant que juge. Or, en parcourant mes jugements, je me suis rendu compte que le thème de la réconciliation s'était profondément ancré dans ma conscience de ce qu'est la loi. Ceci s'est manifesté, assez clairement je pense, dans deux décisions. La première soulignait le rôle des excuses comme mode de justice réparatrice en cas de diffamation. La seconde mettait l'accent sur le rôle de la médiation pour arriver à réconcilier les droits des pauvres, privés de terre, avec ceux de riches propriétaires fonciers qui avaient laissé à l'abandon des terrains sur lesquels les premiers avaient construit des huttes.

Dès que je pris conscience du thème central du livre, je ne pouvais plus résister à l'envie d'y insérer une section sur le rôle du rire dans une société démocratique. Ceux qui se battent pour la liberté sont prétendument sombres, ne sachant rire que de la déconfiture de leurs ennemis. Mon expérience dans la lutte contre l'apartheid a été toute différente. Au moment de reprendre conscience, après l'opération qui m'a sauvé de l'impact de l'explosion de la bombe placée dans ma voiture, je me suis raconté une blague. Alors, si l'humour a joué un rôle central dans ma vie et dans la lutte pour la liberté, il ne pouvait qu'occuper une place de choix dans une société ouverte et démocratique. Ainsi, lorsque s'est posée à la cour la question de la légalité de la parodie d'une marque dans l'affaire *Laugh It Off*, j'ai introduit mon opinion par une question : la loi a-t-elle le sens de l'humour ?

Au cours de l'élaboration de la Constitution, l'un des plus grands combats portait sur la question de savoir si la Déclaration des Droits devait inclure des droits sociaux ou économiques tels que les droits aux soins de santé, au logement, à la nourriture et à l'éducation. Parmi nous, nombreux étaient ceux qui défendaient avec acharnement l'idée que ces droits, dits « droits au pain », avaient une valeur aussi élevée que le droit à la liberté. Mais une fois ces droits consacrés comme tels, la question de savoir comment leur donner un contenu concret plaçait les juges devant des défis considérables. De quelle manière des juges non élus démocratiquement

pouvaient-ils rendre ces droits socio-économiques effectifs, sans usurper le rôle du gouvernement, issu d'élections ? L'affaire qui constitua une première dans ce domaine concernait madame Grootboom qui, avec une centaine d'autres personnes, se plaignait d'être sans abri et de devoir dormir à la belle étoile, alors que les pluies hivernales s'annonçaient. Conformément à la manière collégiale dont ma Cour travaille, j'ai pu exprimer mes idées dans le jugement devenu célèbre que préparait pour la Cour mon collègue, le juge Zak Yacoob. Dans deux affaires introduites plus tard, qui concernaient les droits des porteurs du virus HIV ou malades du SIDA, notre Cour a été envahie par des personnes portant des T-shirts sur lesquels étaient écrits les mots « HIV-POSITIVE ». L'émotion était palpable et je ressentais alors un courant osmotique allant non de la vie à la loi, mais de la loi à la vie. Le chapitre relatif aux droits socio-économiques s'achève donc sur une réflexion sur la manière dont la participation objective à l'élaboration des décisions de la cour influençait mon moi subjectif (« Le juge qui pleurait »).

Le cas des mariages homosexuels fut le premier qui m'a amené à réfléchir de façon très consciente sur la manière dont les expériences les plus intenses de la vie en viennent à influencer des décisions judiciaires. En préparant un exposé en vue d'une présentation à l'université Columbia dans le cadre des leçons de Paul Robeson, j'ai réalisé à quel point deux expériences, d'une nature apparemment différente, m'avaient inconsciemment amené à former mon jugement. La première expérience, en 1991, à une époque où je n'étais pas juge, a consisté à afficher ouvertement mon soutien à ce que l'on appelle aujourd'hui la « Marche des Fiertés » et à l'époque « Lesbian & Gay Pride ». La seconde expérience a été de prendre la parole au nom de la Cour lors de l'ouverture d'une conférence des juristes chrétiens d'Afrique du Sud en 1995. Ces expériences n'ont pas influencé l'issue de l'affaire, mais elles m'ont permis de mieux saisir toute l'importance du débat sur la manière de réconcilier le séculaire et le sacré au sein de notre nouveau régime, démocratique et ouvert. Quelqu'un qui aurait eu sur ma personne, vu mon passé, une vue simpliste aurait pu être tenté de prédire un jugement qui aurait divisé la nation entre les éclairés d'une part, et ceux qui sont plongés dans les ténèbres de l'ignorance d'autre part. Les éclairés étant ceux qui acceptent la vision émancipée de la Constitution, ou qui du moins la tolèrent, et les bornés qui d'une manière fanatique demeurent piégés dans les préjugés du passé. En réalité, grâce aux contacts avec les personnes de tout genre de notre société hétérogène, dont font partie tout aussi bien ceux qui défilent dans les marches des fiertés que les avocats chrétiens, j'ai pu développer au fil du temps une position qui, j'aime à le penser, est bien plus cultivée. Défendre sans équivoque le droit des couples homosexuels à être traités avec le même respect que les couples hétérosexuels revient aussi à admettre

et à reconnaître sur le plan constitutionnel la profondeur des convictions de conscience de ceux qui défendent une position différente.

En fin de compte, il me fallait raconter l'histoire de l'histoire. De quelle manière avais-je en réalité adopté mes décisions et rédigé mes jugements (qu'on appelle *opinions* aux Etats-Unis) ? Lorsque j'enseignais à l'Université de Toronto, j'ai prononcé en guise d'introduction d'un cours les mots suivants : « chaque jugement que j'écris est un mensonge. » Cette phrase captura l'attention des étudiants. J'expliquai que le mensonge ne résidait pas dans le contenu de la décision que je pensais avoir prise aussi honnêtement que possible, mais bien dans la divergence entre le calme et l'ordre apparents que l'écrit reflète, et les réflexions en sens très divers qui avaient surgi lors de sa préparation. J'éprouvais le besoin de dissiper l'idée que nous, juges, répandons par le ton docte que nous adoptons généralement, à savoir que les jugements se forment par une mécanique purement rationnelle. Ainsi, je découvris que chaque jugement que j'avais écrit reposait sur quatre logiques différentes: la logique de la découverte, la logique de la justification, la logique de la persuasion, et enfin celle de la mise en valeur de la décision par un brin de panache ou de coquetterie.³ Finalement, mes pensées se sont tournées vers la relation entre la raison et la passion, pour se fixer ensuite sur les notions de dignité humaine et de proportionnalité : ces deux notions indivisibles reviennent sans cesse dans ce livre.

Ayant grandi dans la tradition des lumières, j'hésite à évoquer quelque phénomène que ce soit qui puisse être associé à l'alchimie. Cependant, je reconnais volontiers que bon nombre de mécanismes qui influencent nos décisions, font que de manière mystérieuse, des pensées qui ne sont pas dépourvues de sens dans leur principe peuvent, en pratique, s'avérer difficiles à définir. La façon dont les expériences vécues influencent les décisions judiciaires, du moins celles que j'ai rendues, en font partie. Je déclare simplement que bien que l'alchimie entre ma vie sursaturée et le travail intense que j'ai fourni à la Cour soit étrange, elle n'en est pas moins stimulante, déconcertante et merveilleuse. Et si la question qui émerge de la rédaction de ce livre était « Comment les expériences vécues influencent-elles le processus de formation des décisions judiciaires ? », la réponse serait « d'une manière inattendue ».

3 Dans le texte original : « the logic of preening », qui évoque le paon qui se pavane.

1

RÉCITS DE TERRORISME ET DE TORTURE

J'avais 39 ans, j'étais en exil et j'enseignais tranquillement le droit à l'Université de Southampton quand je découvris que j'étais un terroriste. J'avais été invité à assister à une conférence du Département d'Histoire Contemporaine de l'Université de Yale mais le visa pour les Etats-Unis me fut refusé. Pourquoi ? Parce que j'étais membre de l'ANC, le Congrès National Africain, dirigé par Nelson Mandela, qui avait assumé le haut commandement d'*Umkhonto We Sizwe* (Fer de Lance de la Nation), branche militaire de l'ANC, mis en place en 1961 pour aider à renverser le régime de l'apartheid en Afrique du Sud. Et bien que je gagnais tout simplement ma vie en Angleterre, comme professeur de droit plutôt inoffensif, j'étais considéré en tant que membre de l'ANC, comme un terroriste. Heureusement, quelques mois plus tard, le groupe de pression politique de Washington, qui soutenait l'ANC, s'est avéré être plus fort que le groupe engagé pour promouvoir les intérêts du gouvernement sud-africain. La politique du département d'État américain changea et je n'étais désormais plus considéré comme terroriste.

Ce n'était pas seulement l'ignoble étiquette de « terroriste » qui était inacceptable. En Afrique du Sud, le fait d'être qualifié de terroriste avait entraîné pour des milliers et des milliers de personnes d'énormes et épouvantables conséquences. En tant que terroristes, nous pouvions être détenus sans procès, soumis à l'isolement, privés de tout contact avec notre famille, nos avocats ou qui que ce soit. Et pourquoi ? Parce que les autorités combattaient le « terrorisme », luttaienent contre ce qu'elles appelaient l'assaut total de l'Afrique du Sud. Et puis, elles évoquaient la menace de l'Union Soviétique, et toute une série de périls, le péril noir, le péril rouge, et quand la Chine devint plus puissante, le péril jaune, pour justifier ce qu'elles appelaient l'auto-défense contre les actes terroristes. Nous étions arrachés arbitrairement à nos maisons et à nos lieux de travail pour nous retrouver derrière les barreaux.

Qu'il était difficile d'être courageux ! Avant que cela n'arrive, on s'imagine derrière les barreaux, bombant le torse, gardant foi en sa cause et tenant toujours le coup. La réalité est totalement différente. Le détenu vit dans un petit cube en béton. Il fixe des yeux ses orteils, puis le mur. Les orteils, le mur, les orteils, le mur, et ignore combien de temps cela

va durer. Il n'y a rien à faire. Il n'y a personne à qui parler. C'est une existence inhumaine. Les êtres humains vivent en communauté, avec d'autres personnes. Il y a bien quelques individus qui mettent à l'épreuve leur solidité sur le plan spirituel en s'asseyant seuls sur une colonne pendant des années. J'ai une amie qui est nonne bouddhiste ; elle reste silencieuse pendant un mois, deux mois. Mais elle est libre, c'est son choix. L'isolement cellulaire est un état que l'on ne choisit pas, conçu non pas pour exalter l'esprit grâce à la méditation, mais pour le démolir par la solitude.

Je me souviens encore comment j'essayais de tuer le temps et de retrouver en moi l'être humain capable d'activer ses neurones et de ressentir des émotions ordinaires. Je m'exerçais à me rappeler tous les états des États-Unis d'Amérique. Je pense qu'il m'est arrivé d'en compter 47, mais je ne pouvais pas les écrire en conséquence de quoi, après avoir lentement passé en revue l'alphabet, je n'étais plus certain du nombre auquel j'étais arrivé. A l'époque, j'avais deux bras, et en comptant sur mes doigts, je pouvais donc arriver à la lettre « J ». J'entonnais des chansons, de nouveau en parcourant l'alphabet : « Always », « Because », « Charmaine » – qui rappellent de manière plutôt intéressante celles à succès de 1963. Je mentionne en passant que si le monde entier savait que le président Kennedy avait été assassiné, moi je l'ignorais. Pendant environ une semaine, je ne soupçonnais même rien, j'étais gardé dans un monde sans nouvelles, jusqu'à ce qu'un gardien de sécurité ne pût plus résister à l'envie de communiquer la nouvelle à quelqu'un qui l'ignorait. Je chantais, essayant de me sentir comme un être humain, une personne vivant dans le monde :

I'll be living here, always, year after year, always. In this little cell that I know so well. I'll be living swell, always ...

Je vivrai ici, toujours, année après année, toujours. Dans cette petite cellule que je connais si bien. Je vivrai très bien, toujours ...

J'étais amusé par le fait que pour garder le moral, j'utilisais la version de Noel Coward pour la classe moyenne supérieure d'une chanson de Irving Berlin :

I'll be staying in, always, keeping up my chin, always. Not for but an hour, not for but a week, not for 90 days, but always.

Je resterai, toujours, levant le menton, toujours. Non pas pour une heure, non pas pour une semaine, non pas pour 90 jours, mais pour toujours.

J'étais détenu sous ce qu'on appelait la loi des 90 jours, qui autorisait l'emprisonnement de suspects en cellule d'isolement pendant 90 jours, sans chef d'inculpation. Après tant de jours à gratter une marque sur le mur, comme tout bon prisonnier, vient le 90ème jour. Je suis libéré, je récupère ma cravate, le costume ainsi que la montre que je portais quand je fus arrêté en entrant dans le cabinet de mon avocat, et je dis, « je suis libre, je suis libre ». Et tandis que je prends la sortie vers la rue, un sergent vient vers moi (en réalité il me serre la main) et dit, « Je vous mets en état d'arrestation. » Je retourne à l'intérieur, abandonnant une fois de plus ma montre, ma cravate et mon costume. Quatre-vingt-dix jours pouvaient devenir 90 jours de plus et 90 jours de plus et 90 jours de plus.

Dès qu'on entrebâille la porte en tolérant un respect diminué de l'état de droit, on la ferme au nez de l'état de droit, de l'*habeas corpus*, des principes de l'interrogatoire équitable, du droit à un procès équitable. Un entrebâillement ne suffit jamais aux gens de la sécurité. Sous la pression d'obtenir des résultats, ils en veulent toujours plus. Les 90 jours en deviennent 180 et, finalement, c'est la détention perpétuelle. J'ai ainsi vécu ma première détention pendant 90 jours, suivis de 78 autres, sans savoir quand elle prendrait fin.

Personne ne devient plus fort suite à des expériences successives de détention. Deux ans plus tard, je fus à nouveau détenu et soumis à ce que j'appelle la torture par privation de sommeil. J'étais maintenu éveillé jour et nuit, par une équipe d'interrogateurs qui me criaient dessus, frappaient sur la table pendant 10 minutes, puis gardaient le silence total pendant 10 minutes. Ils se remplaçaient les uns les autres, en continu. Lorsque je leur ai demandé à manger, ils eurent l'air ravi. Ils souriaient d'un air suffisant en plaçant l'assiette devant moi : j'étais presque certain qu'il y avait de la drogue dans la nourriture. Et le lendemain matin, mon corps combattait ma volonté, mon esprit. L'envie de dormir, de m'écrouler, était tout simplement irrésistible. Je connaissais des personnes qui avaient tenu le coup pendant quatre jours, cinq jours ou même sept jours, et plus longtemps ils avaient résisté, plus ils étaient finalement brisés. Ils avaient perdu absolument tout contrôle. J'avais peur de finir comme eux. La théorie était qu'il fallait tenir pendant 36 heures pour que vos éventuels complices puissent s'échapper. Mais je n'avais personne à protéger, et mes informations étaient vieilles de deux ans.

L'objectif de cette domination n'était même pas d'obtenir de moi des informations. Il s'agissait pour les bourreaux de me briser et de démontrer

qu'ils étaient plus forts, plus puissants. Je ne pensais pas à Jean Paul Sartre à l'époque, mais plus tard je me suis rappelé ses écrits à propos de la torture en Algérie¹, et le fait qu'il observait que l'objectif des sections concernées de l'armée française n'était pas seulement d'obtenir des informations, mais aussi de détruire la volonté, la confiance, l'estime de soi des personnes en captivité. Il y avait une puissante dimension raciste. Les tortionnaires cherchaient à déshumaniser ceux qu'ils torturaient par le fait même de leur façon de faire, indigne d'un être humain. Ils avaient non seulement le sentiment qu'ils étaient autorisés à faire ce qu'ils faisaient, mais aussi qu'ils y étaient obligés parce qu'ils combattaient « le mal », en écrasant une créature inférieure qu'ils considéraient comme menaçante. Aux yeux des interrogateurs, j'étais sous certains aspects plus terrifiant encore que les personnes de couleur noire à qui, historiquement, des mauvais traitements racistes avaient été infligés. J'étais le blanc au cerveau pernicieux qui troublait des noirs à l'esprit innocent, leur expliquant les griefs qu'ils subissaient, alors qu'en réalité ceux-ci se sentaient reconnaissants envers ce gouvernement de leur réserver un sort meilleur que ceux de leurs semblables dans d'autres parties d'Afrique.

C'était vraiment le pire moment de ma vie. Ce n'était pas une situation hypothétique dans le genre de celles que certains académiciens évoquent quand ils discutent des coûts et des avantages de l'usage de la torture par le gouvernement. Comme dans 99,9 pourcent des cas récurrents où des formes de torture sont utilisées, il n'y avait pas de danger imminent aux alentours lorsque je m'effondrais sur le sol, qu'ils versaient de l'eau sur moi, et me relevaient. Je me souviens toujours de ces gros doigts lourds me forçant à ouvrir les yeux. Je m'écroulais à nouveau, encore de l'eau, je voyais des chaussures se déplaçant autour de moi, des brunes, des noires et je ressentais l'insistance tranquille et méthodique puis le triomphe muet des agents lorsqu'ils pensaient briser ma résistance. Toute information que j'avais à ce moment était dépassée. Peut-être voulaient-ils me forcer à dénoncer quelqu'un qui était aussi dans la résistance. Cela aurait été pour eux une double victoire, puisque je pouvais alors être considéré comme un traître et comme un instrument de cet Etat auquel je m'opposais. Ils voulaient l'hégémonie, la dominance, le pouvoir, le contrôle, la maîtrise. La pratique était systématique, elle était organisée, admise. Elle faisait partie de la politique. Maintenir un système injuste en utilisant des méthodes qui étaient à ce point sinistres et atroces que même sous l'Apartheid en Afrique du Sud, elles étaient cachées et niées, faisait partie intégrante du régime de la suprématie blanche dans notre pays. Les pommes pourries n'étaient pas au fond du baril mais au sommet. Six mois, un an ou deux ans plus tard,

1 Albie Sachs fait ici référence à la préface de Jean Paul Sartre dans l'ouvrage « La Question » de Henri Alleg, Editions de Minuit, 1958.

les tortionnaires se présentaient devant le tribunal et niaient l'existence de telles pratiques. Les juges regardaient les témoins qui alléguaient la torture, mais ils ne voyaient pas le sang couler, les os fracassés ou la peau brûlée. Ils ne voyaient que le prévenu, pâle, nerveux et bredouillant au sujet de l'abus qu'il avait subi. Ils finissaient par accepter les contre-vérités dites avec beaucoup d'assurance par la police de sécurité qui ne manquait pas de rappeler qu'après tout, elle protégeait les juges et leurs familles des attaques terroristes. Il y avait, bien entendu, des juges courageux qui, même dans les situations les plus épouvantables, se laissaient guider par leur conscience judiciaire, indépendante. Malheureusement ils étaient peu nombreux.

Je me rappelle qu'au début de ma première détention, je m'étais promis que, si un jour je me trouvais dans une position de pouvoir et d'autorité, jamais je n'infligerais à un autre être humain ce que je subissais. Quand l'impuissance est totale, on essaie de s'imaginer dans une position de commandement par rapport à ceux qui se plaisent à vous humilier. Et quel est le plus grand pouvoir que l'on puisse exercer ? C'est de ne pas leur rendre la pareille. On est si faible qu'il n'est même pas faisable ni même imaginable, d'inverser la relation de pouvoir. Sur le plan émotionnel, et bien que la souffrance soit énorme, il est plus rassurant de se dire : je leur reste supérieur, mes principes et valeurs sont plus nobles que les leurs, j'ai des convictions trop profondes pour qu'ils puissent les ébranler, je suis un être humain, je me bats pour la justice et je lutte pour la liberté, je ne serai jamais comme eux. Il semble que la force de cette conviction, ou la capacité de s'accrocher à une vision du monde basée sur la magnanimité plutôt que sur la loi brutale du talion, me donnait un sentiment de triomphe moral extrêmement fort. Des années plus tard, lorsque dans mes écrits je décrivais cette expérience d'avoir été la cible d'une voiture piégée et d'avoir perdu un bras, je réalisais qu'à maintes reprises j'utilisais la phrase « et ce serait ma douce vengeance » : J'écrivais que si, devant un tribunal de Mozambique, une personne accusée d'avoir placé la bombe dans ma voiture était jugée et acquittée faute de preuves suffisantes, ce serait là ma douce vengeance, parce que nous vivrions dans un état de droit. Regagner la liberté était une vengeance bien plus puissante que d'imposer la cellule d'isolement et la torture à ceux qui nous avaient infligé de tels traitements. Leur rendre la pareille aurait signifié que nous étions devenus comme eux, des bandits, des truands et des criminels, pour une cause plus noble bien entendu, mais au final pas différents d'eux, seulement plus forts. Nos âmes seraient comme leurs âmes, et notre inhumanité serait inséparable de leur inhumanité.

Ce qui rendait particulièrement ironique le fait que nous, membres de l'ANC, étions punis en tant que terroristes, ce qui le rendait plus

douloureux en quelque sorte, était qu'en réalité nous étions farouchement opposés à toute forme de terrorisme. À la fin des années 1960, début des années 1970, il y avait des « ismes » partout. Capitalisme, socialisme, impérialisme, Stalinisme, Trotskisme. Seule la social-démocratie ne rentrait pas dans les « ismes ». Et un des « ismes » que nous avons dénoncés par principe dans notre mouvement était le terrorisme. Répondre par la violence à la violence de l'apartheid était tout simplement mal. Le terrorisme était basé sur l'usage d'une violence sans discernement, dirigée vers des civils parce qu'ils appartenaient à un groupe, une race ou une communauté particulière. Il était dépourvu de toute intelligence politique. Il était absolument contraire à nos idéaux. Nous nous battions pour la justice contre le système de la suprématie blanche, pas contre une race. Et ce message était répété sur toutes nos plateformes, dans toute notre littérature, inlassablement, comme une sorte de mantra de notre lutte. Pendant des années nous avons cru à la stratégie de la non-violence. C'était partiellement pour éviter un ultime bain de sang racial duquel nous pourrions ne jamais nous relever. On peut reconstruire des bâtiments détruits, mais il est bien plus difficile de réparer des esprits endommagés, en proie à une haine transmise de génération en génération. Même lorsque tout recours à la protestation pacifique fut considéré comme illicite, et que notre mouvement se lança finalement dans la résistance armée, nous dénoncions le recours au terrorisme.

Ainsi, à un moment où d'autres mouvements dans le monde organisaient des détournements spectaculaires d'avions, et que beaucoup de jeunes membres de l'ANC demandaient à notre leadership pourquoi il refusait de faire connaître notre lutte par des actions similaires, celui-ci répondait par un « Non » catégorique. Ce n'était nullement par crainte que notre président par intérim, Oliver Tambo, ou un autre défenseur de notre cause puisse se trouver dans l'avion. Ni en raison du risque que notre lutte manifestement juste contre l'apartheid et le racisme institutionnalisé, soit perçue uniquement comme une lutte entre deux groupes raciaux pour le pouvoir et la survie. Nous étions préoccupés par la grande question : qui était l'ennemi ? L'ennemi n'était pas un peuple, une population mais un système d'injustice. Quand nous utilisions la violence pour défier ce système d'injustice, celle-ci devait toujours être dirigée contre l'exercice de la contrainte physique et les structures de domination de ce système, jamais contre des civils. Et je suis convaincu que la véritable raison, la raison profonde, qui mena Oliver Tambo et d'autres leaders de l'ANC à rejeter le terrorisme, était qu'ils ne voulaient pas que nous développions des âmes de terroristes. Que fait le terrorisme à ceux qui l'utilisent ? Quel genre de personnes deviennent elles ? Comment pourrait-on prétendre être combattant de la liberté tout en tuant sans discernement ? Je suis sûr que c'est là que résidait le principe moral sous-jacent, parfois explicite, parfois

implicite. Il s'agissait d'un principe de justice morale, qui s'avéra être fort et non pas faible. Il constituait une puissante force unificatrice au sein de l'ANC, lui permettant de survivre à trente ans d'exil sans conflits majeurs ni ruptures en son sein, à un moment où pratiquement tous les autres mouvements d'exil volaient en éclats.

En 1985, des débats intenses eurent lieu au sein de l'ANC en exil. A l'époque, la Perestroïka était à peine dans sa prime enfance en sorte que nos dilemmes n'étaient pas liés à des facteurs externes internationaux. Le mur de Berlin ne tomba que des années plus tard, en 1989. Nous tenions une conférence dans une petite ville appelée Kabwe en Zambie, et la salle était protégée par des soldats zambiens au cas où des commandos sud-africains viendraient pour nous faire exploser. C'était sérieux, très, très sérieux. Je me rappelle en particulier de trois thèmes de discussion. Le premier portait sur les tactiques et stratégies admissibles que nous pourrions utiliser dans notre lutte. Et je me souviens du discours de King Sabata Dalinyebo, un leader patriotique traditionnel du Cap-Oriental, qui avait refusé d'être une marionnette de Pretoria et avait été contraint à l'exil. J'avais été son hôte et celui de sa famille en Mozambique, et lui avais prêté mon maillot de bain quand nous sommes allés à la plage – jamais auparavant je n'avais jamais prêté un maillot de bain à un roi ! Le thème qu'il abordait alors était comment intensifier la lutte afin de renverser l'apartheid. Il parlait en isiXhosa. Parmi nous, certains qui accusaient un retard sur le plan culturel ne comprenaient pas ce qu'il disait et devaient donc attendre la traduction. Les Africains devaient comprendre l'anglais, la langue des oppresseurs, mais les oppresseurs ne devaient pas comprendre la langue de la majorité ... King Sabata Dalinyebo s'adressait à tous de manière très vive, et l'audience riait ; et cinq minutes plus tard quand nous entendions la traduction, nous rions aussi. Voici son histoire : « Deux hommes se battent, c'est un combat de bâtons, très acharné ; ils sont en colère et leurs femmes les encouragent ». La femme de l'Homme A, crie : « Quel est le problème, mon mari ? Tu es bien plus fort que lui, et un meilleur lutteur, mais il est en train de gagner ? Tu perds parce que tu tiens un bâton d'une main, pendant que ton autre main ne sert pas au combat vu qu'elle tient stupidement une couverture pour couvrir ta nudité. Lâche cette maudite couverture, oublie ta nudité, et bats-toi des deux mains ! » C'est à ce moment-là que tout le monde avait éclaté de rire. Et quand j'entendis l'histoire en anglais, cinq minutes plus tard, c'est moi qui éclatai de rire.

Ce qu'il était en train d'expliquer était que de crainte d'être étiqueté de terroriste, l'ANC limitait à l'excès sa capacité à riposter. Certains délégués murmuraient dans les couloirs que les blancs ne comprendraient la souffrance du peuple africain que le jour où ils pleureraient en enterrant leurs enfants. Mais la réaction d'autres délégués dans les couloirs s'était

limitée, de façon très africaine, à rire discrètement et gentiment, comme pour dire qu'ils comprenaient l'argument, qu'ils entendaient l'histoire, puissante, qu'ils respectaient ceux qui la racontaient pour l'avoir partagée avec eux, mais qu'en fin de compte, ils poursuivaient une autre politique. Et la discussion passait tout simplement à autre chose. Moi j'aurais bondi et dit, « Comrade King (c'est comme cela que l'on s'adressait à lui), la politique de longue date de l'ANC est de résister au terrorisme qui est un instrument de lutte idéologiquement inapproprié parce que bla, bla, bla ». La méthode africaine était bien plus subtile, beaucoup moins conflictuelle et abrasive. Et le résultat fut que cette Conférence rejeta clairement toute idée d'abandonner la position prise de longue date, basée sur le principe d'opposition à l'usage du terrorisme.

Le second thème principal m'impliquait directement. J'étais à l'époque Directeur des Recherches du Ministère de la Justice au Mozambique, et Oliver Tambo m'avait invité à venir lui parler « d'une affaire importante » à Lusaka, où l'ANC avait son quartier général. J'étais curieux de savoir quelle était cette « affaire importante ». Je fus reçu dans son petit bureau. Il me questionna sur ma santé, ma famille, mon travail au Mozambique et la situation politique dans ce pays. Je me souviens avoir été amusé par le fait qu'un des plus grands dirigeants de l'époque tenait un morceau de journal enroulé, et qu'il écrasait des mouches alors que nous conversions. Finalement, il en vint au but. « Vous savez, nous avons un problème au sein de l'ANC, » dit-il, assommant une mouche d'un mouvement habile. « Nous avons capturé un certain nombre de personnes qui, nous croyons, ont été envoyées par Pretoria pour essayer de détruire l'organisation ». Mais nous n'avons pas de réglementations régissant la façon dont les captifs doivent être traités. La Constitution de l'ANC parle des assemblées générales annuelles, de l'élection d'un nouveau leader, par exemple, ou encore de la politique de l'organisation. Mais elle est muette quant au traitement des personnes que nous détenons, et nous ne sommes pas sûrs de savoir comment combler cette lacune.' Il fit une pause, élimina une autre mouche, puis ajouta de son ton poli de juriste, « Je suis sûr qu'il est très difficile d'élaborer des règles appropriées. » Et de mon air confiant je répondis –, « Ce n'est pas trop difficile ... les conventions internationales sont très claires, pas de torture, ni de traitement inhumain et dégradant. » Il me regarda et dit calmement, « Nous utilisons la torture. » Son visage avait une expression triste. Je ne pouvais pas le croire. L'ANC, une organisation qui se bat pour la liberté, utilise la torture ?

Des années plus tard, j'appris que les personnes qui avaient été envoyées par Pretoria pour détruire le leadership de l'ANC et saboter ses opérations, avaient été détenues dans des camps de l'ANC en Angola, et qu'ils avaient subi la torture. Il s'avéra que le leadership de l'ANC

avait procédé à une enquête et rapporté que la sécurité de l'ANC avait en effet fait usage de la torture. Pour sa défense, elle invoquait son devoir de protéger la lutte pour la libération contre des menaces imminentes de violence. Mais à l'époque, Oliver Tambo faisait appel à moi en tant que juriste pour aider l'organisation à établir et appliquer des normes appropriées pour gérer la situation. Comme à son habitude, il n'utilisa pas sa position de président de l'organisation en exil pour émettre du sommet une déclaration décrétant quelles normes devaient être édictées. Il me demanda au contraire de rédiger un code de conduite qui serait ensuite débattu démocratiquement par l'ensemble de l'organisation lors d'une conférence correctement constituée.

Le problème était d'établir l'état de droit pour une organisation de libération en exil, dans un contexte où nos pays d'accueil attendaient de nous que nous apportions une solution à nos propres questions juridiques. Le document que je produisis finalement n'en revenait pas moins à un code de droit pénal et de procédure pénale, adapté aux circonstances particulières d'une organisation politique exilée et dispersée. De tous les écrits juridiques que j'ai rédigés dans ma vie, deux d'entre eux me paraissent bien plus importants que tous mes livres ou jugements. Le premier est une toute petite note que je fis sortir clandestinement de prison après avoir été torturé par privation de sommeil, et le second est ce Code de Conduite.

Oliver Tambo était une personne extrêmement réfléchie qui croyait que la question de l'usage de la torture par une organisation de libération pour se protéger de graves menaces planant sur sa capacité de lutte, soulevait de profondes questions morales et philosophiques. C'était aussi un démocrate par nature qui souhaitait que le leadership mais aussi tous les membres soient saisis de la question. Ainsi le projet fut distribué à tous les membres en exil (et à certains membres de la résistance en Afrique du Sud) pour être discuté à l'avance, afin que les divisions puissent prendre position sur les questions soulevées. Les opinions des divisions furent alors collectées et données aux délégués à la conférence.

Je me rappelle le débat comme si c'était hier. Il y eut un soutien écrasant pour le Code de Conduite tout entier. Les délégués étaient heureux de l'idée de classer les délits contre l'organisation en trois catégories, chacune avec sa propre forme d'enquête, ses propres procédures et ses propres sanctions. Ceci présupposait des réponses graduelles à trois catégories principales de personnes : celles qui perturbaient de manière excessive les réunions des divisions ; celles qui roulaient en état d'ébriété ou qui commettaient des délits tels que des assauts, vols ou viols; et celles qui étaient soupçonnées d'avoir été envoyées dans l'organisation dans le but de tuer ses dirigeants

et de nuire à son fonctionnement. Des tribunaux semblables à des cours furent établis pour la seconde et la troisième catégorie, avec des officiers de justice indépendants, des personnes assumant un rôle équivalent à celui de procureur ou d'avocat de la défense. Un droit d'appel était organisé. Il apparaissait clairement au cours de la conférence que l'idée d'établir un système de légalité approprié au sein de l'organisation plaisait beaucoup aux membres.

Mais il y avait une question qui requérait une attention particulière, une question qui, selon Oliver Tambo, ne devait pas être esquivée par la conférence. Le Code de Conduite devait-il être indulgent, dans des circonstances très graves, pour ce qu'on appelait « les méthodes intensives d'interrogatoire ». Un par un les jeunes soldats de *Umkhonto We Sizwe*, l'aile militaire de l'ANC, montèrent sur l'estrade et donnèrent leur réponse : un non énergique. Ils déclaraient qu'à la minute où l'on permettrait des exceptions ou des exemptions, des agents de la sécurité de l'ANC les utiliseraient pour saper le principe même de non usage de la torture. Ils insistèrent sur le fait qu'il devait y avoir des normes très claires et qu'en toutes circonstances, la torture devait être totalement interdite peu importe l'euphémisme utilisé. Ils n'entrèrent pas dans le champ de réflexion de ceux qui se demandent où et quand poser les limites. Peut-on torturer quelqu'un à mort à cause d'un danger imminent ? Peut-on utiliser des électrodes ou la suffocation par la noyade, ou la privation de sommeil ? Les jeunes soldats – et les juristes plus si jeunes – faisaient des déclarations sans équivoque quant au genre de personnes que nous étions, ce pour quoi nous nous battions et en quoi consistaient notre morale et nos valeurs fondamentales. Ils avaient vu en pratique comment la torture avait déshumanisé les victimes mais aussi les tortionnaires eux-mêmes, transformant en brutes les personnes qui avaient été leurs amis, qui avaient quitté l'école et l'université avec eux pour rejoindre la lutte pour la liberté. En s'occupant de brutes, ils s'étaient autorisés à brutaliser, même si ce n'était que pendant des courtes périodes. Les intervenants étaient déterminés. Ils ne voulaient pas appartenir à une organisation qui utilisait la torture. Un point c'est tout.

Ce fut pour moi un moment extraordinaire. Nous étions en exil, dans des conditions périlleuses, faisant face à un ennemi extrêmement puissant, bien organisé et absolument sans pitié. A n'importe quel moment, il pouvait y avoir une descente de commandos ou un bombardement pour nous éliminer. Beaucoup de nos amis avaient été torturés à mort ou assassinés. Pourtant, je me souviens d'un jeune soldat disant au micro : « Nous nous battons pour la vie – comment pourrions-nous être contre la vie ? » Il n'évoquait pas uniquement la vie qui fait qu'une créature existe, il visait la vie comme l'expression de la personnalité humaine, de la dignité humaine.

Comment pourrions-nous violer l'esprit même qui a gardé vivante notre rébellion contre l'injustice ? J'étais ému. Cette position ne correspondait pas seulement à ce que je savais être ce en quoi Oliver Tambo croyait, et ce qui était pour moi évident, elle touchait aussi à l'essence de ce qui avait permis à nos membres d'endurer les rigueurs d'une lutte incroyablement rude, qui nous liait les uns aux autres.

Elle correspondait aussi de manière complète à des principes de droit international durement conquis.

En examinant aujourd'hui le droit international, je ne trouve aucune allusion à quelque danger, aussi imminent soit-il, qui justifierait que l'on déroge à la Convention contre la Torture. La torture est la torture. Que ce soit en Argentine, au Chili ou ailleurs, la torture reste la torture. Dans ces pays, toute une génération de personnes a été victime de la torture ; ils savent ce que c'est. Ils l'ont subie et ils ne transforment donc pas ce qui est une expérience historique majeure, tourmentant toujours l'âme de la nation, en une série de situations imaginaires susceptibles d'être décortiquées à un niveau purement instrumental puis analysées en termes de pertes et profits comme dans un livre de comptes.

J'aimerais évoquer à présent un phénomène qui est souvent laissé de côté dans les discussions sur le terrorisme, à savoir, le terrorisme d'Etat. Le terrorisme d'Etat a mutilé, exterminé, massacré, tué un nombre bien plus important de personnes que ne l'ont fait ce qu'on appelle « les groupes irréguliers ». Outre le pouvoir que les états ont de tuer, mutiler, torturer et abuser, ils ont la capacité de contrôler les médias, de terroriser ceux qui, dans le cas contraire, témoigneraient, de leur imposer le silence sur leurs actes et d'établir une impunité pour eux-mêmes. Je ne participais pas à la lutte armée. J'étais avocat et écrivain et plus tard, activiste anti-apartheid en Europe et aux États-Unis. Cependant, la lutte armée vint à moi. Elle le fit sous la forme du terrorisme d'Etat, une bombe placée dans ma voiture par des agents de sécurité sud-africains en Mozambique. J'ai survécu. Ruth First n'a pas survécu à la lettre piégée qui lui avait été envoyée au Centre d'études africaines à l'Université Eduardo Mondlane à Maputo. Tant de personnes assassinées par des commandos sud-africains sont enterrées au cimetière de Maputo, ville située à 77 km de la frontière de l'Afrique du Sud. Nous étions encerclés par la mort. Ainsi, quand je repris temporairement conscience à l'hôpital central de Maputo, je me suis senti victorieux, tout simplement. Car j'avais survécu. Ce moment qui préoccupe chaque jour le combattant pour la liberté, arrivera-t-il aujourd'hui, ce soir ou demain, serai-je courageux lorsqu'il viendra ? Il est arrivé, et j'avais survécu... Je savais, par conviction, que tout comme je m'en étais remis, mon pays aussi allait s'en remettre.

Et c'est ce qu'il se passa et finalement, la Commission Vérité et Réconciliation fut établie pour se charger des assassinats et des tortures de l'époque de l'Apartheid. La Commission était une expérience puissante pour nous en Afrique du Sud. Tant d'histoires étaient racontées, et tant d'émotions partagées. Ce n'était pas les faits, les dates, les informations qui importaient le plus, ni même les conclusions. Ce qui importait était de voir les visages, d'entendre les voix, de constater les larmes des victimes et aussi celles des auteurs lorsqu'ils reconnaissaient, du moins jusqu'à un certain degré, leur conduite brutale, et espéraient l'amnistie. C'était du réel. Ils faisaient partie de notre peuple, et n'étaient pas des individus étrangers et dépersonnalisés, ou encore « l'ennemi », « les tortionnaires » et « la police de sécurité ». C'était Sergent Untel. C'était Madame Unetelle, parlant de son fils qui était revenu à la maison et qui perdait ses cheveux, son corps empoisonné, à l'agonie. C'était très frappant, un immense drame national qui nous concernait tous.

Une histoire se démarqua de manière inoubliable. Elle représentait tant. C'était l'échange entre Tony Yengeni, qui avait fait partie du bras armé de l'ANC, et le Sergent Benzien, qui l'avait torturé et qui demandait alors l'amnistie. Nous vîmes à la télévision Tony Yengeni demandant au Sergent Benzien de montrer à la Commission comment il avait mis des sacs en toile mouillés sur la tête des prisonniers. « Montrez à la Commission comment vous nous recouvriez jusqu'à ce que nous pensions que nous étouffions, que nous allions suffoquer et mourir. » La Commission demanda à quelqu'un de s'allonger sur le sol, et le sac fut placé sur sa tête et maintenu dessus. « Montrez-nous maintenant comment vous le mainteniez, s'il vous plaît – et combien de temps vous le mainteniez. » Le Sergent Benzien s'agenouilla et maintint le sac en place pendant un bon moment. Après qu'il se soit relevé, Tony lui demanda : « Pouvez-vous expliquer comment un être humain peut faire cela à un autre être humain ? » Le sergent se mit à pleurer. Cet homme qui avait eu le pouvoir de vie et de mort, qui avait terrorisé les autres, se mit à pleurer. Ses yeux étaient gonflés, ses joues étaient rouges et des larmes déferlaient. Cet homme qui avait été l'instrument du terrorisme d'Etat, sous les mains de qui des gens ont pu mourir, pleurait. Il pleurait non pas parce qu'il avait été physiquement malmené mais parce qu'on lui avait posé une question toute simple : Comment une personne peut-elle faire cela à une autre personne ?

Cette question devint en quelque sorte le thème dominant de toute la Commission : « Comment une personne peut-elle faire ces choses à une autre ? » La question était posée avec un sentiment de stupéfaction, d'horreur. Ce qui était en jeu, c'était l'affirmation des valeurs de notre société. Il ne s'agissait pas seulement de calculer les pertes et les

gains, d'opposer les avantages et les désavantages de certains types de comportements étatiques. Il était question de savoir quel genre de peuple nous formions. Qui étions-nous ? Dans quel genre de pays vivions-nous ? Avions-nous honte, et le cas échéant, quels étaient les éléments qui l'avaient entraînée ? Et le ferme corollaire de tous les témoignages et réflexions était que cela ne devait plus jamais arriver. Qui que tu sois et quelle que soit ta motivation, quelle que soit ta cause, il y a certaines choses que les êtres humains ne font pas à d'autres êtres humains. C'était cette image de l'ancien tortionnaire en larmes qui devint sans doute celle dont on se souviendrait le plus parmi toutes celles du processus de vérité et de réconciliation.

Le sergent Benzien bénéficia de l'amnistie. Il avait dit la vérité. L'envoyer lui et les dizaines de milliers d'autres comme lui en prison, à supposer les preuves réunies, n'aurait pas abouti à grand-chose. Mais si nous obtenions la démocratie en Afrique du Sud, des roses et des lys pousseraient de mon bras amputé. Et ce serait ma vengeance, à la fois douce et puissante. Le vœu que j'avais fait en cellule d'isolement s'exauçait : ne jamais ressembler à mes tortionnaires, non pas comme un mécanisme idéologique pour châtier autrui, mais comme un guide philosophique et émotionnel indiquant le type de personne que je voulais être, le genre de pays dans lequel je voulais vivre, et la nature de la Constitution sous laquelle je pourrais vivre.

Un autre chapitre de l'histoire s'ouvre. Je portais une robe verte et je siégeais à la Cour Constitutionnelle en qualité de juge avec dix autres juges ; j'étais appelé à considérer l'impact du terrorisme sur les valeurs fondamentales de notre nouvel ordre constitutionnel. Au regard de leur passé, la moitié au moins de mes collègues à la Cour auraient été considérés comme des terroristes, l'autre moitié comme des défenseurs de terroristes. Bon nombre de mes collègues avaient souffert des indignités non seulement d'avoir grandi dans la pauvreté, mais aussi d'avoir subi des traitements humiliants pour la seule raison qu'ils n'étaient pas blancs. Pius Langa, alors président de la Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud, me dit un jour ironiquement, alors que nous passions devant un bâtiment à Durban, qu'à cet endroit, il avait dû faire la file nu et qu'il s'était fait arroser et inspecter avant qu'on ne lui donne son « laisser – passer ». Il n'avait que 16 ans. Il ajouta qu'étant jeune, il pensait qu'il s'en remettrait, que c'était la vie. Mais ce qui lui était insupportable était de voir des hommes plus vieux que son père subir le même traitement. Un autre de mes collègues avait passé dix ans comme prisonnier sur l'île Robben, située au large du Cap. Au moins deux autres, j'en étais sûr, avaient travaillé dangereusement dans la résistance. Puis il y avait ceux qui, bien qu'ils aient eu des expériences de vie plutôt différentes qui leur avaient permis

de devenir des connaisseurs de la bonne table, du vin et des livres rares, avaient pris des positions de principe fermes contre l'apartheid en qualité de juristes. La Cour était très variée, et pourtant, malgré nos expériences de vie personnelle et professionnelle différentes, nous étions tous totalement dévoués à faire respecter la Constitution. Plus spécifiquement, nous étions tous de tout cœur solidaires de la vision non- raciale et non-sexiste qu'elle projetait, et tout à fait déterminés à faire respecter l'idée de vivre dans une société ouverte et démocratique, basée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté.

Pour ma part, j'étais convaincu que si dans les années 80 et celles qui les avaient précédées, nous n'avions pas pris des positions de principe sur des questions telles que, par exemple, qui était « l'ennemi », quelles méthodes de lutte étaient légitimes et comment la torture devait être interdite, nous n'aurions jamais réussi à créer ce que nombreux considèrent comme la Constitution la plus progressive au monde. Nous avons en effet créé une Déclaration des Droits au cœur de notre lutte, affirmant de façon concrète notre détermination à conserver notre honneur et notre dignité de combattants pour la liberté, ainsi que notre volonté de réaffirmer les principes de justice sur lesquels notre lutte était fondée. Il n'a donc pas été difficile de passer, dans une Afrique du Sud libre désormais, à un ordre constitutionnel basé sur ces mêmes principes. A l'époque, notre Constitution avait des racines profondes dans des concepts qui nous avaient guidés dans notre lutte. Elle a été conçue par nous-mêmes, sur notre propre sol, après avoir suivi patiemment le processus le plus ouvert qui soit. Ce texte bien rodé, produit de six ans de négociations intenses à l'extérieur et à l'intérieur du Parlement, et finalisé après un examen de notre Cour selon des principes convenus, fut l'instrument nous permettant de résoudre certaines des questions les plus difficiles de notre époque.

Parmi ces questions, il y en est une que toutes les cours du monde sont susceptibles de devoir aborder. Des personnes, accusées de crimes extrêmement graves, sont-elles autorisées à réclamer la protection des droits fondamentaux accordés par le régime juridique qu'elles avaient apparemment pour but de détruire ? Cette question est au cœur de quatre affaires qui arrivèrent jusqu'à la Cour Constitutionnelle.

La première concernait la constitutionnalité d'une disposition dans la loi qui établissait la Commission Vérité et Réconciliation. Elle spécifiait que les personnes qui disaient toute la vérité sur les crimes commis au cours d'un conflit politique, auraient non seulement le droit à l'amnistie sur le plan pénal mais aussi celui d'être protégées contre les réclamations fondées sur leur responsabilité civile. L'immunité contre les poursuites civiles posait problème car elle était dénoncée comme une violation du

droit constitutionnel de bénéficier d'un procès équitable pour le règlement des conflits. Ce raisonnement était fort mais il fut rejeté par la Cour. Nous avons soutenu que la Constitution avait expressément déclaré dans son épilogue que le Parlement pouvait adopter une loi qui permettrait cette forme de réparation. Lors d'un jugement particulièrement éloquent, Ismail Mahomed, Vice-président de la Cour Constitutionnelle et plus tard Président de la Cour suprême d'Afrique du Sud, expliqua comment le fait d'accomplir la vérité et de poser les fondations de la réconciliation, justifiait le choix que le législateur avait fait quant à la meilleure manière de traiter avec les atrocités du passé. (Voir le cas AZAPO, à la p. 20, jugement de Mahomed DP.)

La seconde affaire concernait M. Mohamed, suspecté d'être impliqué dans l'explosion de l'Ambassade américaine à Dar Es Salaam. C'était un acte terrible, une soixantaine de personnes, des Américains, et encore plus de Tanzaniens avaient été tués. C'était du terrorisme pur et dur, qui avait entraîné un maximum de pertes de vies de civils, mais qui en outre, avait défié les principes du droit international en prenant pour cible une institution diplomatique internationale. Après l'explosion, M. Mohamed vint au Cap sous un faux nom et s'enregistra en tant que réfugié. Le FBI le traqua et sans lui accorder l'assistance d'un avocat, des agents sud-africains le livrèrent pour qu'il soit poursuivi aux Etats-Unis.

Le jugement de notre Cour fut unanime. Il indiquait qu'il ne faisait aucun doute que M. Mohamed pouvait légalement être extradé à New York pour y être jugé pour les actes effroyables auxquels il aurait participé. Mais il y avait deux aspects pour lesquels la Cour estimait que ses droits constitutionnels avaient été violés. Premièrement, il n'y avait aucune justification pour le fait de l'avoir privé de son droit à recevoir une assistance juridique – plus les accusations sont graves, plus la nécessité d'offrir l'assistance d'un avocat est impérieuse. Deuxièmement, encore plus important, il n'aurait pas dû être livré aux autorités américaines sans la garantie que s'il était jugé coupable, il ne serait pas exécuté. Dans cette toute première affaire, notre Cour a décidé à l'unanimité que la peine de mort violait le droit à la dignité et le droit à ne pas être soumis à une sanction cruelle, inhumaine ou dégradante. (Voir l'affaire *Mohamed*, p. 22 jugement de la Cour.)

Certains pouvaient penser qu'il était plutôt facile pour les juges siégeant à Johannesburg, loin des problèmes du terrorisme, de rendre un jugement beau et pur, d'une faible portée pratique. Le fait est qu'à l'époque, des bombes explosaient au Cap, ma ville natale. Nous étions confrontés à ce qui ne peut être vu que comme étant du terrorisme. Un enquêteur de police et un magistrat furent assassinés par un groupe qualifié de groupe

intégriste musulman. Une réelle menace pesait sur nous. Pourtant, le fait que nous vivions des temps très difficiles, dans un climat d'anxiété et de peur, n'a pas influencé la décision que nous prenions. Bon nombre de voix plaidaient pour un retour à l'emprisonnement sans procès, mais notre pays garda son sang-froid. Les assassins et les poseurs de bombes furent arrêtés grâce aux services de renseignements de la police, à l'infiltration de leurs rangs, à des poursuites bien préparées. La première percée vint du fait que sur le plan politique, le groupe était devenu totalement isolé, et que les truands avaient perdu leur base communautaire. Plus ils étaient isolés, plus il était aisé de persuader des personnes de fournir des informations sur leurs activités, et malaisé pour eux de trouver des complices et des refuges. Depuis maintenant une décennie, nous n'avons pas de telles activités, et notre Constitution demeure intacte.

La troisième affaire concernait un procès relatif à une conspiration en vue de commettre un meurtre de masse. L'accusé était le Dr Wouter Basson, appelé « Dr Mort » dans les journaux. Lors des dernières années de l'apartheid le Dr Basson, un cardiologue de renom, avait été le chef du programme de guerre bactériologique et chimique de l'armée sud-africaine. Après l'avènement de la démocratie, il fut traduit en justice pour fraude et conspiration de meurtre. Le juge l'acquitta de toutes les inculpations de fraude et annula aussi les plus graves des accusations contre lui qui portaient sur le fait d'avoir conspiré en Afrique du Sud pour développer et utiliser du poison en Namibie en vue d'asphyxier environ 200 membres de la *South West African People's Organization* (SWAPO), qui furent ensuite emmenés à bord d'un petit avion et lâchés dans l'océan pour se noyer et être dévorés par les requins. Le juge déclara qu'il n'était pas possible de juger quelqu'un en Afrique du Sud pour une conspiration organisée en vue de commettre un crime hors du territoire du pays.

L'affaire connût un grand retentissement sur le plan national et international. Elle suscita une émotion considérable en Afrique du Sud. À ce stade, les juges de la Cour devaient uniquement examiner si l'affaire soulevait une question constitutionnelle qui pouvait être entendue par notre Cour. Dans une opinion séparée, je mis en évidence la gravité des violations présumées de principes bien établis de droit international humanitaire, maintenant codifiés dans les Conventions de Genève et acceptés comme partie du droit international coutumier, que la Constitution nous obligeait à appliquer. Ensuite j'énonçai en détail la manière dont d'importants crimes aux yeux du droit de la guerre étaient concernés. Une fois ces observations formulées, j'ai cependant souligné que la gravité des accusations ne devait en rien atténuer le droit du Dr Basson à un procès équitable. Qui plus est, disais-je, la nature épouvantable des accusations formulées contre lui renforçait encore l'importance de ce droit. C'était précisément parce que

les crimes reprochés constituaient des menaces pour les principes de base de la légalité et du droit international, que les normes relatives à l'état de droit devaient s'imposer avec plus de force encore. On fait ainsi plus que tenir un individu responsable d'avoir enfreint la loi. On réaffirme les principes dont l'inculpé aurait nié l'existence. C'est en les appliquant et non en les abandonnant, que l'état de droit est protégé. (Voir l'affaire *Basson*, p. 24 mon opinion séparée)

La quatrième affaire concernait des Sud-Africains qui avaient planifié ce qui pouvait être qualifié d'attaque terroriste, ailleurs en Afrique. Environ six Sud-Africains, présumés être des mercenaires en train de monter un putsch sanglant en Guinée Equatoriale, étaient en prison à Harare, où ils avaient été arrêtés après que leur avion y ait atterri pour collecter du matériel. Leurs épouses, compagnes ou proches amenèrent à la Cour une requête urgente en vue d'appliquer la Déclaration des Droits sud-africaine, afin d'éviter qu'ils soient torturés au Zimbabwe, pour être ensuite renvoyés en Guinée Equatoriale où ils risquaient d'être à nouveau torturés et peut-être exécutés au terme d'un procès inéquitable. L'affaire souleva des questions complexes et nouvelles sur la relation entre le droit national et international. Mais nous ne pouvions différer notre décision pour effectuer de plus amples recherches car quel eut été le bénéfice d'un jugement soigneusement préparé, mais rendu après que les tortures et exécutions aient eu lieu ? Nous avons rapidement lancé des convocations pour entendre les plaidoiries pendant les vacances judiciaires. Par le passé, des mercenaires avaient été responsables des crimes les plus atroces d'Afrique ; tueurs à gages, ils étaient l'incarnation de l'ennemi de l'état de droit. Pourtant il y avait quelque chose d'intensément poignant dans la façon qu'avaient leurs familles de s'asseoir en groupes serrés dans la chambre de la Cour, écoutant avec respect des arguments érudits basés sur des principes des droits de l'homme que leur partenaire ou leur fils était accusé d'avoir méprisés.

Nous avons décidé que notre gouvernement avait l'obligation de considérer sérieusement les requêtes de ces familles et de faire tout ce qui était en son pouvoir, choisissant son propre timing et ses propres méthodes, pour s'assurer que des citoyens sud-africains à l'étranger, peu importe ce qu'ils avaient pu prévoir de faire, ne soient pas soumis à un procès inéquitable ni à la torture. Nous avons écrit plusieurs jugements, à défaut de consensus des juges sur certains aspects. Mais tous nous nous accordions sur le fait que si des violations flagrantes des droits de l'homme, protégés par le droit international, étaient sur le point d'être commises, le gouvernement avait le devoir légal de faire tout ce qui était en son pouvoir au niveau diplomatique pour intervenir, devoir que les cours et tribunaux se devaient de consacrer.

À un certain moment, durant les plaidoiries, peut-être imprudemment, je dis à l'avocat des requérants que ceux qui s'aventurent dans la fosse aux lions ne devraient pas être surpris d'en trouver un. La presse releva la remarque et elle inspira même une caricature. L'échange avec l'avocat fait partie du tumulte de la vie judiciaire et il constitue un moyen important d'arriver à la vérité judiciaire. Mais au final, nous, juges, devons rendre compte de nos jugements et non pas des questions que nous posons.

Il est difficile d'analyser l'impact qu'ont les décisions judiciaires sur des événements historiques concrets. Il se pourrait que la publicité donnée à l'affaire, comme les preuves et arguments présentés, aient eu plus d'impact sur la vie publique que n'en a eu la décision elle-même. Cependant, toute bataille judiciaire, peu importe qu'elle soit acharnée et longue, est préférable à une balle de revolver. Soumettre les rudes conflits de notre temps à un examen juridique, conduit en toute transparence, à la lumière de valeurs équitables et justes, internationalement acceptées, est une réfutation significative du mercenariat et de la violence, de ou contre l'État. La solution que la Cour a adoptée dans cette affaire répondait de manière pratique à des enjeux immédiats et, dans le même temps, incitait les gouvernements, les entités judiciaires et les organes chargés de l'application de la loi de trois pays, à s'engager les uns envers les autres et à considérer attentivement leurs pouvoirs et leurs responsabilités au regard du droit international. Elle rappelait une nouvelle fois au public sud-africain que nous vivons dans une démocratie constitutionnelle dans laquelle toutes les formes de pouvoir étaient soumises au contrôle constitutionnel. Elle révélait quelque chose d'important quant au type de pays dans lequel nous vivions et quant à l'importance de débattre selon des principes et de manière raisonnée. Elle soulignait que nous étions passés d'une culture d'autorité et de soumission à la loi, à une culture de justification et de droits en accord avec la loi.

Quiconque siège dans une Cour Suprême dans n'importe quel pays doit ressentir les pressions des événements menaçants et préoccupants de notre temps. Il serait étrange que nous ne soyons pas tous sensibles à ces réalités, en tant que juge comme en tant qu'être humain. Mais à l'époque où nous vivons, je me suis senti fier non seulement d'être juge en Afrique du Sud, avec sa Constitution exceptionnelle, mais aussi d'appartenir à une communauté universelle de juges convaincus de l'importance des droits fondamentaux et des libertés. Cette profession à laquelle j'appartiens, fut honorée lorsque des collègues de la Cour Suprême des Etats-Unis prirent sur Guantanamo ce que je considère être une position de principe soigneusement motivée. Elle le fut aussi lorsque des collègues à la commission justice de la Chambre des Lords en Grande Bretagne prirent des positions de principe bien motivées sur la torture, et sur des questions

élémentaires dont celle de savoir ce que cela signifiait de vivre dans une société libre. Si nous juges ne rappelons pas, au travers de nos décisions, les fondements de la position de notre pays lorsque celle-ci est mise à l'épreuve, alors nous ne remplissons pas notre mission de juge. Lorsque je vois certains de mes collègues dans d'autres pays ayant des structures légales qui n'incluent pas des dispositions constitutionnelles aussi détaillées que les nôtres, prendre des positions qui maintiennent en vie de manière significative – pas de manière démagogique, mais de manière utile – les valeurs fondamentales d'une société ouverte et démocratique, je suis fier de notre profession et en outre, je vois éclore en moi l'espoir que dans les moments où la tension est la plus forte, nous trouvons les meilleures ressources intellectuelles et morales afin de protéger ce que Abraham Lincoln a appelé les « meilleurs anges de notre nature ».

L'affaire Azapo

Le problème était de savoir si la loi relative à la Commission Vérité et Réconciliation était contraire à la Constitution en ce qu'elle empêchait les victimes de comportements atroces pendant l'Apartheid, de poursuivre les coupables qui s'étaient présentés devant la Commission et avaient dit la vérité. La Commission Vérité et Réconciliation d'Afrique du Sud a été reconnue de par le monde comme un modèle, démontrant qu'une nation peut se guérir des conséquences des atrocités passées, par des mécanismes non-vindictifs de recherche de la vérité. Mais elle a aussi été dénoncée comme étant un mécanisme moralement inacceptable permettant aux auteurs d'actes violents d'échapper à toute responsabilité pour leur conduite odieuse. L'Azanian People's Organisation (AZAPO) aux côtés de familles de victimes d'atrocités remit en cause la constitutionnalité de la loi qui permettait à la Commission Vérité et Réconciliation, non seulement d'accorder aux tortionnaires et assassins l'amnistie pour ce qui concerne les poursuites pénales, mais aussi de les affranchir de leur responsabilité civile. La Cour rejeta la demande, soutenant que l'épilogue de la Constitution provisoire envisageait clairement l'octroi de l'amnistie générale aux individus qui révéleraient la vérité sur leurs fautes du passé, en échange de cette vérité. Les passages suivants proviennent du jugement de Ismail Mahomed, alors Vice-président de la Cour Constitutionnelle, qui devint plus tard le premier président noir de la Cour Suprême d'Afrique

du Sud. Ils traitent des choix douloureux que les rédacteurs de la Constitution ont eus à faire.

Mahomed, DP :

Tout être humain respectable doit ressentir un malaise profond à vivre une situation qui permet aux auteurs d'actes diaboliques d'arpenter les rues de ce pays dans l'impunité, de se savoir protégés dans leur liberté par une amnistie à l'abri de toute contestation d'ordre constitutionnel. Mais les circonstances en faveur de cet état des choses doivent être considérées attentivement. La plupart des actes d'agression et de torture qui ont été commis, se sont passés à une époque où ni les lois qui permettaient l'incarcération des personnes ou les investigations sur des crimes, ni les méthodes et la culture qui imprégnaient ces investigations, ne se prêtaient aisément à des enquêtes, vérifications et redressements publics. La plupart des choses qui se sont produites durant cette période honteuse, sont enveloppées du plus grand secret et ne peuvent être démontrées et prouvées objectivement. Des proches ont disparu parfois de façon mystérieuse et bon nombre n'ont pas survécu pour raconter leurs expériences. D'autres ont vu leur liberté anéantie, leur dignité atteinte ou leur réputation ternie par des imputations extrêmement injustes proférées dans les tirs et feux croisés d'un profond et douloureux conflit. Bien souvent, le coupable et l'innocent ont tout deux été des victimes.

La dissimulation et l'autoritarisme ont celé la vérité dans de petites crevasses obscures de notre histoire. Les dossiers ne sont pas aisément accessibles, les témoins sont souvent inconnus, morts, disparus, ou réticents. Bien souvent aussi, la seule chose qui subsiste, c'est la vérité des souvenirs blessés d'êtres chers qui instinctivement nourrissent des soupçons, des souvenirs intenses et traumatisants pour les survivants, mais impossibles à se traduire en preuves objectives selon la rigueur de la loi. L'Acte de la Vérité et de la Réconciliation tend à résoudre ce problème majeur en encourageant les survivants et les ayants droit des personnes torturées et blessées, mutilées ou décédées, à soulager leur peine publiquement, à recevoir la reconnaissance collective d'une nouvelle Nation du mal qui leur a été fait, et surtout, à être aidées à découvrir ce qui est réellement arrivé à leurs proches, où et dans quelles circonstances et qui en est responsables. Eu égard aux circonstances, cette vérité que les victimes de la répression cherchent désespérément, a bien plus de chance d'être révélée si les responsables de ces méfaits monstrueux sont encouragés à dévoiler l'entière vérité, stimulés par le fait que s'ils le font, ils ne recevront pas la sanction qu'ils méritent indubitablement.

Sans ce stimulant, rien n'encouragerait de telles personnes à révéler la vérité que ceux qui se trouvent dans la situation des requérants, désirent désespérément. Grâce à lui, les objectifs d'une importance capitale pour l'esprit d'un nouvel ordre constitutionnel peuvent être atteints. Les familles de ceux qui ont été torturés, mutilés ou traumatisés, se trouvent en meilleure position pour découvrir la vérité. Les coupables ont la possibilité d'être soulagés du poids de leur culpabilité ou de l'angoisse sous lequel ils auraient à vivre de très longues années. Le pays commence ainsi le long mais nécessaire processus de cicatrisation des blessures du passé, transformant la colère et la douleur en un climat structuré, essentiel à la « réconciliation et reconstruction ». Tel est l'objectif très difficile à atteindre et parfois douloureux de l'amnistie prévue dans l'épilogue.

L'alternative à l'octroi aux coupables de l'immunité contre les poursuites pénales, serait de garder intact le droit abstrait des particuliers à entamer des poursuites, alors qu'ils ne disposent pas des preuves pour obtenir gain de cause, de laisser, dans de nombreux cas, les ayants droit de ces victimes dans l'ignorance de ce qui est précisément arrivé à leurs proches, de laisser leur désir ardent de vérité insatisfait, de perpétuer leur sentiment légitime de rancune et de peine, et parallèlement, de permettre sans doute aux coupables de tels faits de rester libres physiquement, mais inhibés dans leur capacité à devenir des membres actifs, à part entière et créatifs, du nouvel ordre, à cause d'une combinaison menaçante de peur, de culpabilité, d'incertitude et parfois même d'anxiété.

L'amnistie en question n'est pas une amnistie aveugle en faveur de tous sans exception, qui serait accordée automatiquement en vertu d'un texte imposant légalement une amnésie forcée. Elle a été autorisée expressément dans le but d'effectuer une transition constructive vers un ordre démocratique. Elle ne s'applique que lorsque tous les faits sont révélés au Comité d'Amnistie et qu'il est établi que l'acte répréhensible a été perpétré durant la période fixée, et commis avec un objectif politique dans le cadre des conflits du passé.

Le choix des auteurs de la Constitution était de permettre au Parlement de favoriser « la reconstruction de la société », en incluant dans ce processus un concept plus large de « réparation », ce qui mettait l'Etat en mesure de prendre en compte les revendications concurrentes sur ses ressources financières mais, par la même occasion, de respecter la « souffrance indicible » des individus et des familles dont les droits fondamentaux de l'homme avaient été violés lors des conflits du passé.

Le choix de solutions alternatives appartient légitimement au législateur. De mon point de vue, l'exercice de ce choix tel que décrit ci-dessus, n'a pas d'impact sur sa constitutionnalité.

L'affaire Mohamed

La question portait sur la légalité de la déportation aux Etats-Unis, d'une personne accusée de terrorisme alors qu'elle n'avait pas obtenu préalablement la garantie que si elle était jugée coupable, elle ne serait pas exécutée.

Le jugement a été rendu au nom de la Cour.²

La Cour :

Mohamed est entré en Afrique du Sud sous un nom d'emprunt, avec un faux passeport. Il a demandé l'asile en donnant des informations inexactes à l'appui de sa requête. Il a obtenu un visa temporaire qui lui permettait de rester en Afrique du Sud pendant la période d'examen de sa requête. Ces faits justifiaient que le gouvernement sud-africain l'expulser. Toutefois, ce n'est là qu'un aspect de l'histoire car des événements cruciaux se sont produits après que Mohamed ait obtenu son visa temporaire. Ayant été identifié par le FBI comme suspect, contre lequel un mandat d'arrêt international avait été délivré en lien avec l'attentat à la bombe à l'ambassade des Etats-Unis en Tanzanie, il fut arrêté par les services d'immigration sud-africains au cours d'une opération menée de concert avec le FBI. Dans les deux jours qui suivirent son arrestation, et contrairement à la loi, il fut remis au FBI par les autorités sud-africaines de l'immigration dans le but d'être extradé aux Etats-Unis afin d'y être jugé pour l'attentat à la bombe de l'ambassade. A son arrivée aux Etats-Unis, il fut immédiatement accusé de plusieurs crimes liés à cet attentat, et informé par le tribunal que s'il était reconnu coupable, la peine de mort pourrait être prononcée à son égard. Que cela risquait de se produire avait dû paraître évident pour les autorités sud-africaines, ainsi que pour le FBI,

2 NDLT : La Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud est composée de onze juges. Le quorum de présence est de huit juges minimum. Les décisions sont prises à la majorité ou à l'unanimité. En général, les décisions sont prononcées au nom d'un seul juge. Les juges qui ont participé au délibéré ont chacun l'occasion de marquer leur accord ou leur désaccord avec la décision, et d'écrire un jugement séparé exposant leur propre point de vue, tant sur la motivation que sur le dispositif. Pour qu'un jugement soit prononcé « au nom de la Cour », il faut l'unanimité sur tous les motifs de la décision et sur le dispositif. La Cour recherche l'unanimité lorsqu'elle estime qu'il importe de parler d'une seule voix, notamment dans les affaires qui concernent la relation entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire.

au moment où les dispositions furent prises pour le transfert de Mohamed de l'Afrique du Sud vers les Etats-Unis.

Un autre suspect, M. Mahmoud Salim, soupçonné d'avoir pris part à la conspiration visant le bombardement des ambassades, a été extradé de l'Allemagne vers les États-Unis. L'Allemagne a cependant aboli la peine capitale ; elle est aussi partie à la Convention européenne des droits de l'homme. Le gouvernement allemand exigea et obtint comme condition de l'extradition, l'assurance du gouvernement des États-Unis que s'il était reconnu coupable, Salim ne serait pas condamné à mort. Ceci est cohérent avec la pratique suivie par les pays ayant aboli la peine de mort.

Engagés désormais dans la voie d'une société fondée sur la reconnaissance des Droits de l'Homme, nous sommes tenus de donner une valeur particulière aux droits à la vie et à la dignité, et « ceci doit être démontré par l'État dans tout ce qu'il fait ». En remettant Mohamed aux États-Unis sans obtenir l'assurance qu'il ne serait pas condamné à mort, les autorités de l'immigration ont omis d'accorder quelque valeur que ce soit au droit à la vie de Mohamed, à son droit à voir sa dignité humaine respectée et protégée, et à celui de ne pas se voir infliger une sanction cruelle, inhumaine ou dégradante.

[La Cour souligna l'obligation positive que la Déclaration des Droits a imposée à l'État de « protéger, promouvoir et réaliser les droits de la Déclaration des Droits ». Elle poursuivit en soutenant que :] pour le gouvernement sud-africain, coopérer avec un gouvernement étranger afin d'assurer le renvoi d'un fugitif d'Afrique du Sud vers un pays dont le fugitif n'est pas ressortissant et avec lequel il n'a aucun lien autre que le fait de passer en jugement pour un crime pouvant entraîner la peine de mort, est contraire aux valeurs sous-jacentes de notre Constitution. Cette pratique est contraire à l'obligation du gouvernement de protéger le droit à la vie de chacun en Afrique du Sud et elle méconnaît l'engagement implicite dans la Constitution que l'Afrique du Sud ne prendra pas part à l'imposition de sanctions cruelles, inhumaines ou dégradantes (...)

La remise de Mohamed aux agents du gouvernement américain en vue de son transfert aux États-Unis était illégale. C'est une conclusion importante. L'Afrique du Sud est une démocratie jeune, encore à la recherche de la façon de se conformer entièrement aux valeurs et aux idéaux inscrits dans la Constitution. C'est pourquoi il importe que l'État montre l'exemple. Ce principe ne peut être mieux dit que par les célèbres mots du Juge Brandeis³ dans *Olmstead et al contre les E.U.* : « Dans un état de droit,

3 Louis Brandeis (1856-1941), juge à la cour suprême des Etats Unis.

de gouvernement des lois, l'existence du gouvernement serait mise en péril s'il négligeait de respecter la loi scrupuleusement ... Le gouvernement est l'enseignant puissant et omniprésent. Pour le meilleur et pour le pire, il enseigne au peuple entier par son exemple ... Si le gouvernement transgresse la loi, il engendre le mépris de la loi ; il invite chaque homme à devenir une loi en lui-même ; il invite à l'anarchie. » L'avertissement fut donné à une période lointaine mais il reste plus pertinent que jamais. En effet, pour nous, dans ce pays, il a une pertinence particulière : nous avons vu dans le passé ce qui arrive quand l'État soumet la loi à ses propres fins, mais aujourd'hui, dans la nouvelle ère de constitutionalité, nous pouvons encore être tentés d'utiliser des mesures douteuses dans la guerre contre la criminalité. La leçon devient particulièrement importante lorsqu'on a affaire à ceux qui visent la destruction d'un système gouvernemental respectant la loi, au moyen d'une violence organisée. La légitimité de l'ordre constitutionnel est sapée quand l'État agit illégalement. Dans le cas présent, les agents du gouvernement sud-africain ont enfreint la Constitution en livrant Mohamed aux Etats-Unis, sans la garantie qu'il ne serait pas exécuté, et en se fiant à son consentement, obtenu alors qu'il n'avait pas complètement conscience de ses droits et qu'il était en outre privé de l'assistance d'un avocat.

L'affaire Basson

Le problème était de savoir si la décision d'un tribunal de première instance d'abandonner les accusations de conspiration de meurtre contre l'ancien directeur du programme de guerre bactériologique et chimique d'Afrique du Sud soulevait une question d'ordre constitutionnel. J'ai écrit un jugement séparé allant dans le sens de l'opinion de mes collègues : une question constitutionnelle se posait, autorisant notre Cour à entendre l'affaire.

Juge SACHS :

Les questions qui se présentent à nous doivent être cernées en prenant en considération la situation historique et jurisprudentielle complexe dans laquelle l'État sud-africain est passé de la perpétration de graves infractions à la loi humanitaire internationale, à l'octroi de la protection constitutionnelle contre de telles infractions. Des interrogations relatives à l'interprétation d'une norme ou de l'étendue des pouvoirs d'une cour d'appel, qui dans un autre contexte seraient apparues comme purement techniques, prenaient une dimension profondément constitutionnelle dans le contexte de crimes de guerre.

Il n'est rien qui révèle plus de mépris pour les principes d'égalité, de dignité humaine et de liberté, qu'un usage clandestin du pouvoir étatique pour assassiner et éliminer des opposants. Il s'ensuit que tout exercice du pouvoir judiciaire qui a pour effet d'inhiber directement la capacité de l'état d'agir ainsi, et ensuite, de le mettre face à ses responsabilités pour un tel comportement, est au cœur du nouvel ordre constitutionnel d'Afrique du Sud. Quand les déprédations dont on se plaint sont d'une dimension telle que la frontière entre la violence criminelle inspirée par l'Etat et les crimes de guerre est transgressée, le cœur de la Constitution est encore plus profondément concerné.

C'est dans ce contexte que la constitution provisoire a prévu la création de la Commission Vérité et Réconciliation (la CVR). Son objectif était de construire un pont entre le passé et le présent et de favoriser un juste équilibre entre tous les intérêts publics et privés en jeu. Le défendeur n'a pas choisi d'avoir recours à la procédure de la CVR. Par conséquent il nous appartient de traiter l'affaire en appliquant les principes légaux ordinaires et ceux relatifs à l'interprétation des normes, à la lumière de la Constitution. Dans le cas d'espèce, je pense que les conséquences de la décision du tribunal d'annuler les accusations et le refus ultérieur de la Cour Suprême d'Appel de recevoir un appel contre la décision, concernent bel et bien directement l'ordre légal envisagé dans la Constitution, particulièrement dans la mesure où des crimes de guerres pouvaient être impliqués. Elles touchent les éléments centraux de notre démocratie constitutionnelle. Elles sont ainsi déterminantes pour la problématique qui se présente à nous à ce stade, à savoir si les questions soulevées par la demande d'appel, sont des questions d'ordre constitutionnel.

Il doit être souligné que rien de ce qui est mentionné ci-dessus ne doit être compris comme suggérant que, dès lors qu'il s'agirait de crimes de guerre, le droit du défendeur à un procès équitable, tel que garanti dans la Constitution, pourrait être en quelque sorte atténué. Quand des allégations d'une nature aussi sérieuse sont en jeu, et que la valeur exemplaire qu'est le constitutionalisme, par opposition à l'anarchie, est l'enjeu même, il est particulièrement important que les juges et les procureurs exercent leur fonction dans le respect rigoureux des principes et des droits constitutionnels fondamentaux. La poursuite effective des crimes de guerre et le droit de l'accusé à un procès équitable ne sont pas des concepts antagonistes. Au contraire, tous deux proviennent du même fondement constitutionnel et humanitaire, à savoir la nécessité de faire respecter l'état de droit et les principes de base de la dignité humaine, de l'égalité et de la liberté.

L'affaire Kaunda

Le problème était de savoir si le gouvernement sud-africain avait le devoir légal d'offrir la protection qu'il était en mesure de donner aux mercenaires capturés au Zimbabwe et confrontés au risque d'être torturés et exécutés en Guinée Equatoriale. Dans un jugement séparé, j'ai défendu l'opinion de mes collègues qui soutenaient avec insistance qu'un tel devoir existait. J'ai fait remarquer que la Constitution sud-africaine énonçait clairement que l'un des principes gouvernant la sécurité nationale, était que « la détermination à vivre en paix et en harmonie interdit à tout citoyen sud-africain de participer à un conflit armé, national ou international, hormis dans les cas prévus par la Constitution ou la législation nationale. »

Juge SACHS :

Des activités mercenaires visant à produire un changement de régime par des coups d'état militaires, violent ce principe de la manière la plus profonde. Le gouvernement a le devoir d'agir fermement pour les combattre, a fortiori lorsqu'elles se déploient sur le sol sud-africain.

Parallèlement, la Constitution stipule que : « Les services de sécurité doivent agir, et doivent apprendre à leurs membres à agir et exiger d'eux qu'ils agissent en accord avec la Constitution et la loi, en ce compris le droit international coutumier et les accords internationaux liant la République. » Cette section souligne que même lorsqu'il s'agit de menaces les plus graves contre l'État, une noble fin ne justifie pas le recours à de vils moyens.

Les valeurs de notre Constitution et les principes des droits de l'homme inscrits dans le droit international se renforcent mutuellement, ils sont liés entre eux et indivisibles lorsqu'ils se chevauchent. L'Afrique du Sud doit pour une bonne part son existence même au rejet de l'apartheid par la communauté internationale organisée et le souci de cette dernière de faire respecter les droits de l'homme. C'eut été une étrange interprétation de notre Constitution que celle qui aurait prétendu que l'adhésion du gouvernement, quelle que soit la sphère d'activité, aux normes fondamentales qui menèrent à sa création, n'était pas un devoir mais une option.

Selon moi, le gouvernement a le devoir clair et sans équivoque de faire tout ce qui est raisonnablement en son pouvoir, pour empêcher les Sud-Africains à l'étranger, quelle que soit la gravité des crimes dont ils seraient

accusés, d'être sujets à la torture, à des procès largement inéquitables et à la peine de mort. Mais en même temps, le gouvernement doit jouir d'une liberté la plus large dans le choix des moyens dont il dispose pour assurer au mieux sa protection diplomatique.

(Nous apprîmes plus tard par les médias que les requérants avaient été condamnés chacun sous la loi du Zimbabwe à une période d'emprisonnement d'environ un an, et leur chef à sept ans, tandis que la plupart des accusés qui furent jugés plus tard en Guinée Equatoriale et qui furent reconnus coupables d'avoir complété un putsch, ne se virent condamnés qu'à des peines d'emprisonnement, la plus longue étant de 34 ans, alors que la peine de mort avait été requise à leur rencontre.)

2

TAC-TIC : LE FONCTIONNEMENT D'UNE INTELLIGENCE JUDICIAIRE

« Chaque jugement que j'écris est un mensonge. » C'est par cette phrase que j'avais introduit une leçon donnée quelques années auparavant à des étudiants de l'Université de Toronto. Cela troublait la certitude du somnambule qu'ils étaient nombreux à partager. Je voulais leur dire que les jugements des juges ne sont pas le fruit d'un classement sans passion de propositions logiques selon un enchaînement rationnel. A présent, je puis peut-être adoucir quelque peu cette affirmation : chaque jugement que j'écris se ment à lui-même.

En tant que nouveau juge à la Cour Constitutionnelle je souriais toujours intérieurement en lisant pour la première fois la version imprimée d'un de mes jugements. Il racontait son histoire dans une forme narrative méthodique, claire et ordonnée. Le début indiquait les questions soulevées. Le jugement présentait alors les faits à l'origine du litige et cernait les questions spécifiques à résoudre. Ensuite il exposait les principes juridiques pertinents concernés, les appliquait aux faits de l'affaire et arrivait à une conclusion appropriée. Il y avait une simple progression en avant – tic-tac – le tic venant toujours avant le tac. Toutefois, en réalité le tac avait souvent précédé de loin le tic. En effet, il n'était pas inhabituel que la toute dernière phrase que j'avais écrite soit l'énoncé préliminaire des contours de l'affaire.

En fait, mes jugements émergeaient d'un univers en formation, encore assez chaotique, différent de celui que suggère ce sentiment d'assurance qui transparaît dans leur expression finale. Pour chaque décision, il y avait eu invariablement, mêlés à une approche logique, une part énorme de recherche aléatoire, intuitive, et le ressenti d'émotions indisciplinées qui surgissaient librement. Il m'arrivait donc d'éprouver une certaine indignation en constatant que le texte final, en apparence serein, insipide et calme, était tout ce qu'il restait du mouvement des pensées, rude et agité, impliqué dans sa conception.

Mon expérience suggère que dans l'écriture juridique, il ne s'agit pas simplement, ni même avant tout, de relier entre elles des simples propositions légales rationnelles, en vue de présenter un enchaînement de

pensées allant dans une direction unique vers une conclusion qui serait logiquement prédestinée. Bien que la rationalité interne soit nécessaire, elle ne constitue qu'un aspect de l'élaboration de la décision. Le réel voyage d'un jugement débute avec les idées les plus exploratoires et provisoires, et passe au travers de grandes périodes de doute et de pensées contradictoires, avant de devenir un exposé confiant censé exclure toute erreur. Les chemins inconstants, voire opposés, que la pensée a suivis sont occultés. J'ai été surpris de constater à quel point la rédaction d'un jugement est en réalité complexe et difficile.

Je n'exprime pas ces réflexions en tant qu'analyste juridique prenant part à un débat jurisprudentiel. Je les présente plutôt comme participant et observateur impliqué dans les processus de décision que j'ai vécus. La première confrontation avec une affaire vient avec la lecture des pièces déposées par les parties devant la Cour. Certaines réponses intuitives se développent alors et des pensées provisoires se forment quant à l'orientation de l'affaire. Mes assesseurs préparent ensuite une note dont nous discutons de manière très ouverte. A ce stade, notre tâche principale est de cerner les questions juridiques qui se posent. Ensuite, la veille de l'audience à la Cour, je relis les documents et je note quelques questions clés à poser aux conseils des parties. Au cours de l'audience, certains thèmes, certaines idées et formes possibles pour la résolution du cas, commencent à émerger avec une certaine insistance. Mais je réfrène toute tendance à arriver à une conclusion ferme. Je ne m'astreins certainement pas à ce stade à suivre un processus de raisonnement rigide et formel. Une caractéristique importante de notre Cour est que pour nous éviter d'être trop influencés par les opinions des collègues, nous ne discutons pas des affaires avant l'audience. Le résultat en est une constante fascination pour les questions que mes collègues posent aux parties : se peut-il qu'il y ait tant de façons de considérer l'affaire, auxquelles je n'avais même pas pensé ? Et très souvent, – pour paraphraser le poète anglais John Milton, la confusion qui m'habitait déjà était rendue pire ...¹

Le fait que mes premières réponses aux questions juridiques soient intuitives plutôt que fortement raisonnées, ne me paraît pas alarmant. Quand quelqu'un est nommé pour siéger à une Cour comme la nôtre, ses intuitions ne sont pas basées sur des prédilections aveugles, fantaisistes et hautement subjectives. Elles ne peuvent pas non plus être regardées comme le simple résidu de livres lus ou, dans mon cas, d'années d'activisme politique ou de vie en prison ou en exil, ou encore des suites tragiques d'un attentat à la bombe. Ces expériences de vie ont certainement joué un rôle

1 Allusion à la phrase du poète dans le Paradis perdu, livre II : « with ruin upon ruin, rout on rout, confusion worse confounded »

important dans ma conception de la vision du monde. Mais lorsqu'il s'agit de ma pensée juridique, mon vécu est filtré et transformé en un lexique de principes légaux, que je partage avec d'autres dont le vécu est assez différent.

Dire que chacun des jugements que j'ai écrits raconte un mensonge ne doit pas être compris comme une atténuation quelconque de la nécessité de haïr le mensonge dans la vie publique. Tout comme la nature abhorre le vide, un état constitutionnel répudie le mensonge, totalement. La franchise et l'intégrité ne sont pas seulement les vertus d'individus honnêtes, elles sont les éléments fondamentaux de la confiance qui doit relier les citoyens et le gouvernement. L'institution qui, plus que toute autre, ne peut pas mentir ou être faussée de quelque manière que ce soit, est le pouvoir judiciaire. A ceux qui banaliseraient la procédure judiciaire, la présentant comme une réponse molle et subjective, déguisée sous une fausse apparence d'objectivité, je propose ce qui suit : alors qu'on devrait toujours être sceptique par rapport aux exigences de la loi, on ne devrait jamais être cynique par rapport aux possibilités qu'elle offre.

Je ne puis parler que des jugements que j'ai moi-même écrits. Il est tout à fait possible que mes collègues s'asseyent et aussitôt, sans pause, raisonnent logiquement en suivant d'emblée le raisonnement qui apparaît finalement dans leurs jugements. J'ai toutefois des doutes. Ma Cour, vu sa nature, ne traite que les cas limites. Notre Cour est essentiellement une juridiction de recours, qui contrôle sa liste des affaires pendantes et exclut les demandes manifestement non fondées, c'est-à-dire celles qui ne soulèvent pas des questions d'ordre constitutionnel ou qui sont vouées à l'échec. Bien que nous ne retenons que les affaires qui ont une chance raisonnable de succès, les recours peuvent aboutir ou non. Ceux qui sont inscrits ne sont jamais dépourvus de toute chance de succès. Par définition, les affaires que nous entendons résistent aux solutions évidentes, et les membres de la Cour peuvent honnêtement aller dans un sens ou dans l'autre. Il n'est pas rare que nous nous trouvions déchirés ; un de mes collègues aime dire qu'il « se torturait » avant d'arriver à une décision. En effet, il est difficile d'imaginer que le jugement d'une affaire complexe puisse s'écrire tout seul.

Et notre Cour ne tombe pas dans la complaisance. Nous sommes onze et notre quorum de présence est de huit. Nous proposons sans cesse de nouvelles idées et des approches différentes. Les éléments d'une subjectivité trop personnelle s'évaporent rapidement dans le chaudron de l'argumentation. Il est très important de jouir de la bonne opinion des collègues. Nous sommes conscients que nous sommes à la fois les héritiers d'une tradition internationale intemporelle, et les promoteurs

d'une nouvelle jurisprudence constitutionnelle, dans un pays qui désire la transformation tout en éprouvant un besoin énorme de prévisibilité. Nous nous rassemblons autour de la table de conférence une fois, deux fois, trois fois et plus s'il le faut, assis où nous le voulons, et nous délibérons ensemble sur le ton intense et délibérément sérieux que seuls les juristes (et certains ecclésiastiques) utilisent. Chacun s'efforce visiblement de saisir les points de vue différents qui sont défendus. Après les réunions, nous nous envoyons des mails courtois mais très clairs. Dans le cadre d'un échange intellectuel rigoureux, toutes les préférences personnelles que nous aurions eues, doivent être revêtues de l'habit d'un argument légal plausible.

Le fait de dire que chaque jugement que j'écris se ment à lui-même, ne doit pas être compris comme étant l'affirmation que chaque déclaration que je fais, doit être mise en doute (ce qui me conduirait sur le plan logique à une impasse vu que dans cette hypothèse l'affirmation elle-même devrait être mise en doute). Il se limite à faire remarquer qu'il existe une énorme incohérence entre la nature apparente de mes jugements tels qu'ils sont repris dans les recueils de jurisprudence ou sur Internet, et le cheminement qui a été suivi sur le plan intellectuel pour les penser, les créer, les construire et leur donner forme. Le mensonge réside donc en cela : le fait de présenter de manière implicite, le jugement comme s'il avait été écrit exactement comme il se présente. Toutes les hésitations, parfois même les renversements de position sur certains points, ont été évacués de la version finale. Tout le va-et-vient du processus de construction a été éliminé. La complexité du processus par lequel on arrive à la décision finale, motivée, est complètement occultée. En somme, la forme que prend le jugement n'a rien à voir avec son processus d'élaboration.

Quoi qu'il en soit, il revint à des professeurs de sciences politiques de l'Université de Toronto de résoudre les apparentes contradictions qui me déroutaient. L'Université avait l'habitude de prendre des dispositions pour que les professeurs externes aillent dîner dans un restaurant différent chaque soir. J'avais d'abord pensé que c'était pour nous épargner de dîner seuls dans nos chambres d'hôtel, pour ensuite découvrir qu'il n'y avait pas de dîner offert sans contrepartie: chaque repas était en fait un séminaire. Les professeurs de sciences politiques ne furent pas du tout déconcertés de m'entendre leur dire pourquoi je pensais que chacun de mes jugements était un mensonge. « Oh », ont-ils répondu, « nous connaissons cela ... c'est la différence entre la logique de la découverte et la logique de la justification. » Ils expliquèrent que tous les scientifiques connaissent bien la différence, comme pour nous faire comprendre qu'ils n'étaient pas surpris que les juristes ignoraient cet état de choses. Que ce soit dans le domaine des sciences naturelles ou celui des sciences humaines, il y a bien

longtemps que l'on réalise que la découverte est un processus à part, avec sa propre logique, ses propres conditions préalables et, vu sa nature, ses propres surprises. La logique de la justification, quant à elle, est basée sur la conjonction de preuves vérifiables et d'un raisonnement logique, en vue de générer des résultats reproductibles. La solution devait être ce qu'elle était. Alors que la justification dépend de l'affirmation d'une certitude, la découverte est basée sur le fait de rendre incertain ce qui auparavant était considéré comme certain.

Dans les cours suprêmes établies de longue date, le débat judiciaire tend à s'articuler, non pas autour de la formulation de nouveaux principes, mais autour de l'expansion ou de la contraction des frontières nées de leur propre jurisprudence. Rares sont les moments qui marquent un grand progrès jurisprudentiel par l'énoncé de principes complètement nouveaux. Dans notre cas cependant, vu qu'il s'agit d'une jeune cour avec une nouvelle constitution, et qui plus est, une cour encouragée à prendre en compte la jurisprudence internationale, l'énonciation de principes novateurs était l'essentiel de notre mission. Notre défi principal a été de construire les bases solides d'une jurisprudence constitutionnelle transformatrice. Toutefois, concernant toutes les différences qui pourraient exister entre le travail de notre jeune Cour Constitutionnelle et celui, par exemple, de la Cour Suprême des Etats-Unis, mon opinion est que nous écrivons simplement ce que sont les mécanismes universels du raisonnement juridique en évolution, où que ce soit.

Reconnaître qu'il existe des mécanismes distincts de découverte et de justification m'a indubitablement aidé à comprendre pourquoi mon expérience de la rédaction de jugements a été agitée. Je ne me suis cependant pas retrouvé à devoir choisir arbitrairement entre la découverte (l'intuition) et la justification (la logique). La justification signifie faire appel à certains principes, règles et normes reconnus, pour arriver à une conclusion qui est cohérente avec ces principes, règles et normes. Une découverte qui ne peut pas être justifiée n'est tout simplement pas acceptable. En effet, la justification est basée sur des obligations légales, sur la raison renforcée par une nécessité logique. Par conséquent, on n'a pas le choix entre suivre son intuition – ce sentiment intense émergeant de l'intérieur et basé sur l'expérience d'une vie entière – et suivre le processus du raisonnement formel.

Les lois du raisonnement formel m'ont parfois contraint à abandonner des intuitions initiales, même les plus fortes, ce qui me laissait dépité. Ainsi dans une affaire qui traitait de la question de savoir si l'interdiction pénale de la prostitution et de la tenue d'une maison de débauche, violait les droits constitutionnels à la liberté et à la vie privée, j'étais de prime

abord fermement convaincu que l'État avait le droit de réguler les rapports sexuels rétribués, mais pas de les criminaliser. Ma profonde conviction était qu'utiliser le droit pénal pour essayer de supprimer la prostitution était non seulement inefficace mais aussi hypocrite. Comme me l'avait dit un jour Sir Sydney Kentridge, avocat réputé à Johannesburg et « barrister » à Londres, la rue Maida Vale dans laquelle il vivait, avait été célèbre au XIX^{ème} siècle puritain pour ses salons d'amour que visitaient les membres du parlement britannique après leur journée de travail. Pourtant la Constitution exigeait que lorsqu'on interprétait la Déclaration des Droits, nous promouvions les valeurs d'une société ouverte et démocratique basée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté. Je fis alors une recherche approfondie sur la façon dont la loi, dans un grand nombre de sociétés ouvertes et démocratiques, traitait la prostitution. A mon grand désarroi, la recherche établissait que, quelle que soit la réalité de terrain, très peu de sociétés démocratiques adoptaient formellement une approche similaire à celle qui, intuitivement, me semblait correcte. J'étais par conséquent contraint de revoir mon opinion et d'accepter, en conscience, un résultat que je trouvais très déconcertant. Tout ce que je pouvais faire était d'indiquer que si le Parlement devait reconsidérer la question, une des possibilités qui s'ouvrait à lui serait de suivre le processus de dépénalisation. Bien que conceptuellement compliquée, la dépénalisation refléterait correctement l'ambivalence sociétale et diminuerait les problèmes liés à l'application de la loi, sans toutefois donner au commerce du sexe une reconnaissance légale ni lui appliquer des sanctions pénales. Les résultats de cette recherche juridique qui a été pour moi une leçon d'humilité, se reflètent dans l'affaire *Jordan*.

C'est précisément l'interaction entre les différents ordres de la découverte et de la logique qui rend notre vie à la Cour si astreignante, mais aussi intellectuellement si riche. Quand nous nous battons avec un problème, nous faisons des va-et-vient, des allers-retours, de la logique à la découverte, de la découverte à la logique. Les tacs et les tics sont en important désaccord, jusqu'à ce que finalement nous sentions que nous avons calmé la tension, et que ce qui peut avoir été un tac-tic, tic-tic-tic, tac-tac, devient enfin un tic-tac. Ainsi, non pas comme une horloge qui a progressé de six heures à midi de manière graduelle, poussée inexorablement par la logique intégrée dans son mécanisme, mais en sautant en avant, en arrière, selon les aléas de notre pensée et les mouvements irréguliers du processus de rédaction.

C'est la nature invariablement imprévisible de ma méthode d'élaboration d'un jugement qui explique pourquoi les tous derniers mots que j'insère dans mon jugement se retrouvent en tête de celui-ci : « Cette affaire soulève des questions sur ... » Je n'écris cette phrase d'introduction

qu'après avoir examiné ce qui ressort du texte entier du jugement, à un moment où je suis en mesure d'avoir une vue d'ensemble complète de la motivation et de discerner les fils conducteurs qui rendent le tout cohérent. En effet, je découvre parfois à un stade tardif, une logique déterminante sous-jacente à certains passages décousus, qui réclame d'être explicitée. C'est presque comme pour le sculpteur qui découvre l'histoire dans le marbre ou dans le bois. En conséquence, ce n'est qu'après avoir mis au jour la logique de connexion, et renforcé sa présentation, que je me sens suffisamment confiant pour finaliser la phrase d'introduction. Et force est pour moi de reconnaître que cette déclaration de ce qu'est l'enjeu fondamental – la problématique à résoudre – s'avère souvent être assez différente de celle que j'avais formulée en toute confiance dans mon premier projet.

Apprendre au sujet de la logique de la découverte et de celle de la justification, contribua beaucoup à m'aider à comprendre le processus compliqué dans lequel je m'engageais lors de la rédaction d'un jugement. Et pourtant, je sentais qu'il y avait quelque chose de plus dans ce que je faisais, que simplement rechercher une harmonie entre la découverte et la justification. Un troisième élément devait être inclus – la logique de la persuasion.

La persuasion dépend de la justification. S'il y a une lacune dans le raisonnement, le jugement sera manifestement défaillant et personne ne sera convaincu. Mais la persuasion implique beaucoup plus qu'un exposé rationnel. Si le mot « rhétorique » n'avait pas une si mauvaise connotation dans la langue anglaise, je comparerais la persuasion à l'élan rhétorique d'un jugement. J'entends ici la rhétorique comme l'art de convaincre par une argumentation qui relie les questions spécifiques de l'affaire aux plus larges domaines de l'expérience humaine. En particulier, elle fait appel à l'imaginaire puissant construit par la loi au fil du temps. La loi ne vit pas que de la raison. Le rêve à réaliser est au centre de l'imagination juridique. Bien que des concepts comme l'état de droit et l'indépendance judiciaire trouvent leur fondement dans des dispositions légales techniques, ils ne peuvent être vus comme le simple produit de ces dispositions. Ils ont une résonance mondiale et un intérêt qui a traversé les siècles et les continents. La rhétorique triomphe quand elle établit des liens incontestables entre ce que le Juge Benjamin Cardozo appelait justement les faits sordides d'une affaire particulière et les vérités juridiques resplendissant à travers les âges.

Il se peut que certains juges conçoivent d'emblée si bien les choses, qu'ils soient intellectuellement si sûrs d'eux qu'ils soient capables de résumer ce qu'ils veulent dire en une seule affirmation percutante, en un seul trait. Mais la plupart de nous en sommes incapables. Peut-être même ne voulons-nous

pas être si spartiates. Nous ressentons le besoin d'explorer les dimensions plus larges de la problématique, de comprendre le contexte, d'apprécier l'impact de notre raisonnement sur ceux qu'il concerne, et généralement de régler les problèmes par des moyens qui pénètrent de façon significative dans l'imaginaire juridique largement partagé. Nous voulons rallier d'autres personnes, et nous savons que c'est souvent l'image, les comparaisons, l'exposé des incidences, qui convainquent. En bref, c'est la rhétorique judiciaire qui persuade, et pas uniquement la logique formelle qui l'étaie.

Finalement, j'ajouterais un quatrième ingrédient au cocktail de la rédaction d'un jugement. C'est ce que j'appelle la coquetterie, l'élégance dans le choix des mots, « preening », en rapport avec le mouvement du paon qui se pavane. Cette élégance, c'est ce soupçon d'orgueil qui ajoute à l'exposé une voix dans un registre distinct. Si on l'aime, on l'appelle « une étincelle »; si on ne l'aime pas, on l'appelle du verbiage. Quand je lis des jugements d'autres juridictions, il y a certaines déclarations qui simplement me touchent. Elles me font me sentir fier d'être juriste, engagé dans l'entreprise judiciaire. Comme je l'ai dit, la loi dépend largement de la mystique. La notion même de la justice a une profonde dimension morale et historique. Des concepts tels que l'état de droit, les droits fondamentaux et l'indépendance du système judiciaire, occupent des espaces distincts et sacrés d'où irradient des énergies fortement attractives. S'ils sont utilisés de façon appropriée, ces principes peuvent donner une forme, de la dignité, du style, un timbre historique à une argumentation juridique. De plus, sous réserve qu'il soit maîtrisé, je ne pense pas qu'un brin de coquetterie, ou pour le dire plus gentiment, d'expression soigneusement modulée de la fierté judiciaire, soit incompatible avec la réserve que l'on attend d'un juge.

Il serait, bien sûr, répréhensible de chercher à faire les gros titres. Grandes sont les tentations de populisme judiciaire, qui offre des déclarations judiciaires aguichantes et superficielles sans réel contenu jurisprudentiel. Dans notre pays, les juges ne se présentent pas à des élections pour être nommés juges et, j'aime à le penser, ne recherchent pas la notoriété. Mais je ne pense pas qu'il soit mal de rechercher une phrase retentissante ou une image tape-à-l'œil, qui est potentiellement mémorable, même si sans elle, le jugement pourrait survivre tout aussi bien, voire mieux selon certains. Le fait est que peu d'activités font davantage partie de la sphère publique que de statuer sur les vies de semblables, et ont plus d'impact sur la société que d'exercer un contrôle sur le gouvernement qui paie notre salaire. Nous ne devons pas, par conséquent, considérer qu'il serait vertueux de la part du public de nous considérer comme des numéros anonymes et sans visage. Nous devons prendre notre responsabilité pour nos propres décisions, et ne pas avoir peur de nous exprimer de façon personnelle.

Que signifieront les méditations ci-dessus la prochaine fois qu'un jugement commencera par le nom « Sachs J » ? Peu importe à quel point le texte cherche à proclamer joyeusement la bonne nouvelle judiciaire, sa naissance aura été totalement non-immaculée. Plus il est élégant et compact, persuasif et facile à lire, plus il aura survécu à de multiples tortures. Et j'ai constaté que plus la collégialité au sein de la cour est intense, plus mes préférences inconscientes dictées par des expériences de vie personnelles, sont arbitrées par les avis d'autres juges. Travailler au sein de juridictions composées de plusieurs juges peut ne pas effacer et neutraliser automatiquement les expériences subjectives de chaque juge, mais permet un mélange riche de consciences individuelles. Le fait d'écouter non seulement la logique formelle de mes collègues, mais aussi de me mettre à leur diapason, produit des changements majeurs dans mes ébauches successives, mais aucun d'eux n'est repris en tant que tel dans la version définitive. Le jugement publié exclut les énormes modifications, additions, et excisions, mais inclut des grandes parties empruntées aux commentaires émis par mes collègues. Il ne dévoile pas les passages qui ont été introduits précisément pour tenir compte des critiques de mes collègues, et n'identifie pas les paragraphes qui proviennent de bouts de papier sur lesquels ont été griffonnés quelques mots révélant une épiphanie soudaine.

Simple, clair, convaincant pour le monde juridique – voilà mon rêve pour tout jugement. Et dans la mesure où je réalise ce rêve, le jugement trompe le lecteur quant à sa formation. Le paradoxe est que pour aboutir à cette présentation trompeuse, j'investis toute mon honnêteté, je travaille encore et encore, pense et repense, vérifie la logique encore et encore, examine et réexamine les arguments pour et contre présentés par mes collègues. Le résultat final est que plus grande et plus profonde est l'honnêteté de cette entreprise, plus grande est la fausseté de la présentation. Tac-tic.

Post-scriptum : Si quelqu'un suggère que ce Chapitre profère un mensonge contre lui-même, je ne confirme ni ne démens.

L'affaire Jordan

Dans cette affaire, la Cour traita de la constitutionnalité d'une loi qui pénalisait l'offre de sexe contre rémunération. La Cour était divisée et finalement, a décidé à la majorité : 6 contre 5. Nous n'arrivions même pas à tomber d'accord sur le terme approprié : prostitution ou commerce du sexe. Cependant, nos divergences ne portaient pas essentiellement sur la terminologie, ni même sur la politique ; je pense que nous étions très nombreux, si pas unanimes, à préférer la régulation

à la criminalisation. Notre principale divergence portait sur la question de savoir s'il s'agissait intrinsèquement d'une question de politique relevant de la compétence exclusive du législateur – position de la majorité –, ou si elle comprenait aussi une question relative aux droits constitutionnels fondamentaux qui est du ressort des cours et tribunaux, comme le soutenait la minorité dans l'opinion dissidente que la Juge Kate O'Regan et moi-même avons rédigée. Un des aspects était la façon dont les féministes s'étaient divisées : les unes avaient affirmé que la loi était nécessaire pour dénoncer la prostitution comme la forme ultime de la subordination de la femme, les autres avaient insisté sur le fait que c'était la loi qui menait à l'oppression des femmes en rendant les professionnelles du sexe vulnérables à la violence, au crime et aux maladies. Nous sommes arrivés à la conclusion, à contrecœur pour ma part, qu'il s'agissait d'un sujet sur lequel les sociétés ouvertes et démocratiques divergent. Néanmoins, de notre point de vue, la loi discriminait injustement les femmes en les identifiant, elles et non les hommes, comme les cibles de poursuites judiciaires.

Les juges O'Regan et Sachs :

La Cour ne peut se prononcer par exemple sur la question de savoir si la pénalisation est nécessaire pour réduire une activité qui conduit à la violence, ou si c'est la pénalisation elle-même qui crée les conditions de la violence. Sans aucun doute, la relation de cause à effet dans ce domaine est complexe. Il s'agit là de questions discutées dans le monde entier. De plus, il y a des domaines dans lesquels les législateurs, dans des sociétés ouvertes et démocratiques, peuvent légitimement et raisonnablement ne pas être d'accord quant à la réponse juridique la plus appropriée à leur propre société.

En abordant la question de la proportionnalité en vue de déterminer la mesure dans laquelle le droit à la vie privée est limité, la Cour est obligée d'appliquer les normes des sociétés ouvertes et démocratiques. Mais celles-ci diffèrent entre elles dans la manière dont elles caractérisent la prostitution et légifèrent dans ce domaine. Ainsi, les solutions varient selon les pays : les uns autorisent la prostitution mais interdisent la tenue d'une maison de débauche; d'autres autorisent l'une et l'autre ; d'autres interdisent l'une et l'autre ; dans certains pays, des zones séparées pour la prostitution sont établies ; d'autres États autorisent la tenue de maisons de débauche et les soumettent à l'imposition fiscale. On considère généralement que la question relève de la politique gouvernementale qui s'exprime au travers de la législation, et non du droit constitutionnel et de la compétence des

cours et tribunaux. Nous ne sommes au courant d'aucune procédure fructueuse ayant eu pour objet de contester la constitutionnalité des lois interdisant le commerce du sexe. Le sujet semble avoir été traité comme une question dont la réponse appartient au législateur, et non pas comme une question à trancher par décision judiciaire. La question comporte des aspects enchevêtrés, où l'autonomie, le sexe, le commerce, la culture sociale et la capacité à rendre la loi effective, s'affrontent. Une multitude de réponses différentes et d'arrangements existent, l'opinion publique est fragmentée et les mouvements féministes divisés. En bref, c'est précisément le genre d'affaire qui est invariablement laissée à l'appréciation des organes législatifs démocratiquement responsables.

Nous concluons, par conséquent, que bien que presque toutes les sociétés ouvertes et démocratiques condamnent le commerce du sexe, elles diffèrent largement dans la façon dont elles le réglementent. Il y a des affaires qui sont laissées à juste titre à la délibération des organes élus démocratiquement dans chaque pays. Des voix telles que celles de la Gender Commission, de la SWEAT [Sex Worker Education and Advocacy Taskforce] et de la RHRU [Reproductive Health and Research Unit] aideront à diriger l'attention du public et du parlement vers l'objectif constitutionnel qu'est l'accomplissement de l'égalité entre les hommes et les femmes.

[La Juge O'Regan et moi avons ensuite exprimé notre désaccord avec la majorité sur le point de savoir si la loi discriminait injustement sur base du sexe. Notre opinion était que tel était le cas en raison du traitement différent qu'elle réserve aux femmes qui offrent du sexe contre rémunération, et aux hommes qui rémunèrent ce service. Nous reconnûmes que, dans sa formulation, la loi ne faisait pas de distinction entre les sexes, et que théoriquement les clients pouvaient être poursuivis comme complices de l'offense. Néanmoins notre jugement conjoint se poursuivait ainsi :]

En instituant une responsabilité pénale directe à charge de la prostituée, la loi choisit de censurer et de fustiger directement le comportement de celle-ci. La responsabilité subséquente du client, en supposant qu'il y en ait une, découle uniquement du crime commis par la prostituée qui reste l'auteur principal. Le délit principal, comme l'opprobre principale, visent l'offre de rapport sexuel contre rémunération, non le fait d'y répondre.

Cette distinction est en fait considérée depuis des années comme étant défendable tant du point de vue du droit que de celui de la tradition. La femme prostituée a été mise au ban de la société, tandis que le client a été toléré ou ignoré. La femme est visible et dénoncée, son existence est entachée par son activité. L'homme est anonyme, il ne serait qu'un simple

instrument dans la perpétration du délit et non un délinquant à part entière ; il retrouverait d'ailleurs sa respectabilité après la rencontre. En termes de double standard sexuel qui prévaut dans notre société, l'homme est souvent considéré comme ayant cédé à la tentation, ou comme ayant agi comme les hommes font. Ainsi, un homme qui rend visite à une prostituée n'est en général pas considéré comme ayant agi d'une façon moralement répréhensible. La femme qui se prostitue est considérée le plus souvent comme étant la lie de la société.

Il s'ensuit que l'on considère que la cause première du problème n'est pas l'homme qui crée la demande mais la femme qui y satisfait : elle est déchue, lui est considéré au mieux viril, au pire faible. Une telle discrimination peut, par conséquent, nuire à la dignité humaine fondamentale des femmes et à leur qualité en tant que personne.

La caractéristique prépondérante de la différenciation dans ce domaine est qu'elle reproduit et renforce de manière profonde les doubles standards appliqués à l'expression de la sexualité, selon qu'elle est masculine ou féminine. L'impact différent n'est donc pas accidentel, comme n'est pas totalement surprenante l'absence de poursuites par les autorités des clients masculins en tant que complices. Ces différences trouvent leur origine dans la même faille de notre système judiciaire qui obligerait les femmes à respecter une règle de conduite et les hommes une autre.

Nous ne voyons pas de raison pour laquelle la personne qui offre du sexe contre rémunération devrait être traitée comme plus blâmable que le client. Au contraire, le fait que les clients masculins viennent généralement d'une classe économiquement plus favorisée, pourrait suggérer la conclusion inverse. Le Parlement pourrait décider d'incriminer un rapport sexuel contre rémunération, mais sa décision de considérer les pourvoyeurs de rapports sexuels et non les acheteurs comme les premiers coupables, accentue les profonds modèles d'inégalité des sexes qui existent dans notre société mais que notre Constitution a pour objectif d'éliminer.

3

UN HOMME APPELÉ HENRI : VÉRITÉ, RÉCONCILIATION ET JUSTICE

Une rencontre fortuite

J'étais dans mon cabinet lorsque je reçus un message de la réception me signalant que quelqu'un, qui s'était présenté comme étant « Henri », souhaitait me voir. Je me suis rendu à l'entrée de sécurité, non sans impatience. Henri avait téléphoné quelques jours plus tôt pour m'annoncer qu'il allait témoigner devant la Commission Vérité et Réconciliation au sujet de la bombe qui avait explosé dans ma voiture me causant la perte du bras droit. Naturellement, j'avais hâte de rencontrer celui qui avait le courage, la témérité, ou simplement l'envie de me voir.

J'ouvris la porte avec ma carte d'accès et un homme plutôt jeune et élancé s'avança. Il se présenta en tant que Henri et me donna son nom de famille. Je pense qu'il avait été capitaine dans la force de défense sud-africaine. Je le vis traverser à grands pas le couloir jusqu'à mon cabinet avec une démarche militaire sans être arrogante, et je marchais à ses côtés avec ce que je supposais être un pas alerte de magistrat.

Une fois assis dans mon bureau, nous commençâmes à parler. Je suis sûr qu'il était aussi perplexe à mon égard que je l'étais au sien. Il m'expliqua très vite que son rôle avait simplement consisté à prendre des photos et préparer un dossier pour ceux qui devaient ensuite poser la bombe dans ma voiture. Il dût avoir quitté le groupe opérationnel quelques mois avant l'explosion, de sorte qu'il ne pouvait donner aucun témoignage direct sur ce qui s'en est suivi. Mais il connaissait le groupe impliqué, il en connaissait la structure, et il voulait se rendre à la Commission Vérité et Réconciliation pour raconter son histoire et demander l'amnistie pour le rôle qu'il avait joué.

Je n'étais pas très sûr de comprendre pourquoi il était venu me dire cela. Je voulais en savoir davantage à son sujet. Qui était cette personne que je n'avais jamais vue auparavant, qui ne me connaissait pas, qui ne ressentait aucune colère contre moi, que je ne haïssais pas, pour qui j'avais été une simple cible à atteindre, et qui avait tenté de mettre fin à mes jours ? Qu'est ce qui a pu traverser son esprit, comment a-t'il fonctionné, et où se situait-il dans le groupe de ceux qui étaient « de l'autre côté »

(« l'ennemi », « l'état de l'apartheid »), presque aussi anonymes pour moi que je l'étais pour eux ?

J'essayais de le faire parler, de l'amener à raconter son expérience. Il me dit que ses parents étaient des gens bien, qui l'avaient élevé avec un puissant sens de l'honneur, surtout sa mère. Il avait été un bon élève à l'université et à sa sortie, il avait décidé que l'armée était la carrière qui lui convenait. Il avait rapidement grimpé les échelons, me dit-il avec fierté ; il avait été un excellent soldat, ce qui lui a valu d'être recruté pour des opérations spéciales.

Je ne souhaitais pas anticiper sur l'interrogatoire de la Commission de la Vérité —je voulais seulement qu'il dise tout que ce qu'il voulait bien me dire. Il me dit qu'il avait pris connaissance du dossier me concernant. Il aurait donc su que j'avais été en exil au Mozambique, voisine de l'Afrique du Sud, travaillant à la reconstruction du système judiciaire de Mozambique, que bien que j'avais été un membre actif du Congrès national africain et particulièrement de son Comité constitutionnel, je n'étais pas impliqué dans des activités clandestines, militaires ou de renseignements. Pourtant j'avais été choisi pour cible et il fallait m'éliminer. Pourquoi ? Parce que j'étais un intellectuel qui les défiais lorsqu'ils affirmaient qu'il était impossible d'imaginer un système politique donnant aux noirs et aux blancs la possibilité de vivre ensemble en tant qu'égaux en Afrique du Sud ? Tout intellectuel rêve d'être pris au sérieux, mais pas à ce point ...

Nous parlâmes pendant environ deux heures. Il me regardait presque avec une certaine jalousie. Il était là, assis dans mon cabinet aux murs garnis de beaux tableaux, j'étais juge à la Cour Constitutionnelle, la plus haute juridiction du pays, alors qu'il était à présent un soldat démobilisé, au passé déchiré et sans perspective d'avenir. On ne lui avait même pas donné un pactole lors de son départ, mais juste une somme d'argent modeste compte tenu de ce que les généraux recevaient lorsqu'ils prenaient leur retraite. Or, il avait voulu investir son énergie, son intelligence, peut-être même sa vie, pour son pays, pour l'apartheid. Et le voici maintenant à l'écart de tout. Lui aussi portait des blessures. Il me raconta qu'il avait pris une balle dans la jambe et qu'il boitait légèrement. Il avait l'air irrité : j'étais à la Cour et il était sans emploi. Nous aurions pu continuer à nous dévisager et à parler sans fin.

Je me levai et dis : « Henri ... » Mais une émotion mesquine me prit. J'étais tenté de lui dire : je ne peux pas vous serrer la main, vous pouvez voir ce qu'il est arrivé à la main que j'utilisais jadis pour ce faire ... Mais je lui dis : normalement, quand je dis au revoir à un visiteur, je lui serre la main, mais je ne peux pas serrer la vôtre, pas maintenant. Allez auprès de

la Commission de la Vérité, racontez votre histoire, aidez le pays, faites quelque chose pour l’Afrique du Sud et peut-être pourrions nous alors nous revoir à nouveau.’ A son retour vers la porte de sécurité, il n’avait plus l’allure ni le maintien du soldat bien droit qu’il avait à son arrivée. Il avait l’air mal à l’aise, embarrassé et triste. Il passa la porte, je lui dis adieu et il disparut.

La Commission Vérité et Réconciliation

Environ trente Commissions de Vérité ont été créées dans différentes parties du monde, et pourtant, qu’on le veuille ou non, aucune n’a eu l’impact de celle de l’Afrique du Sud. Aucune n’a été aussi profondément influente dans son pays, aucune n’a attiré autant l’attention internationale. Qu’y avait-il de si spécial en Afrique du Sud ?

En premier lieu, notre Commission de Vérité n’avait pas été conçue par un groupe de sages assis autour d’une table pour décréter que, afin de faire face aux injustices du passé, le pays devrait établir une Commission de Vérité. La pression pour la création de la Commission est née en réalité de besoins internes sud-africains spécifiques et intenses.

L’histoire commence par une réunion du Comité national exécutif de l’ANC en août 1993, environ huit mois avant la date prévue pour les premières élections démocratiques. C’était une réunion passionnée, rude, embarrassante. Il s’agissait de déterminer comment répondre au rapport d’une commission d’enquêtes établie par l’ANC pour investiguer au sujet de violations des droits de l’homme commises par des cadres de l’ANC dans des camps angolais pendant la lutte pour la libération. Le rapport indiquait que la sécurité de l’ANC avait détenu nombre de personnes, suspectées d’avoir été envoyées par Pretoria pour assassiner ses dirigeants et créer un chaos général. Lors des interrogatoires, —c’était au début des années 1980— les gardes et les agents de sécurité de l’ANC s’étaient fréquemment comportés de manière barbare.

Comme je l’ai dit, l’organisation elle-même avait enquêté sur l’affaire, changé tout le dispositif de sécurité, et en 1985, adopté un code de conduite qui était en réalité un code de droit pénal et de procédure pénale. Probablement était ce le seul mouvement de libération au monde qui ait produit un tel code, prévoyant des tribunaux, organisant les poursuites judiciaires, garantissant la présence d’avocats de la défense, définissant les infractions et les inculpations, les règles de la preuve, ainsi qu’un système de recours. Dans l’ensemble, à quelques exceptions près, les violations des droits de l’homme prirent fin. Mais nous étions en 1993, dix ans plus tard, et la période de lutte armée était terminée. Cependant des violations

avaient encore eu lieu. Que pensait l'ANC en tant que mouvement des faits inacceptables que des membres de l'ANC avaient commis au cours de la lutte ? Le rapport était clair et net : il fallait rendre des comptes. Les quatre-vingt membres du Comité national exécutif ont donc discuté de ce qu'il y avait lieu de faire.

Certains de ces membres s'exclamèrent: nous avons établi la Commission, nous devons aller jusqu'au bout. D'autres répondaient avec la même véhémence : comment pouvons-nous faire cela, nous nous battrions pour la liberté dans des conditions difficiles dans la brousse angolaise, contre un ennemi sans pitié et déterminé, alors que nous avons des jeunes non formés aux techniques d'interrogatoire, qui ont fait de leur mieux pour protéger le leadership ; comment pourrions-nous aujourd'hui les punir?

La réponse fut alors : nous sommes un mouvement de libération, nous nous battrions pour la justice, si la justice n'existe pas dans nos propres rangs, si nous ne nous en tenons pas à ces valeurs, si nous utilisons les mêmes techniques que l'ennemi, nous sommes comme lui, nous ne valons pas mieux que lui; les combattants ont accepté une grande souffrance parce qu'ils croyaient en notre cause ; on ne peut pas se battre pour la vie et simultanément en être l'ennemi. Pallo Jordan, qui est maintenant ministre au gouvernement, se leva, et de sa voix éloquente et aigüe dit : « Camarades, j'ai appris quelque chose de très intéressant aujourd'hui. Il existe une chose telle que la torture du régime, et il existe la torture de l'ANC ; la torture du régime est mauvaise et la torture de l'ANC est bonne ; merci de m'avoir éclairé ! » Et il se rassit.

Le comité était divisé sur la question. Les profondes questions morales en jeu, qui ne sont pas de celles qui peuvent être tranchées par un vote à main levée. Finalement quelqu'un se leva et posa cette question simple : que dirait ma mère ? Le personnage de « ma mère » représentait une femme africaine ordinaire et respectable de la classe ouvrière, pas compliquée mais avec un bon cœur et une bonne compréhension des gens et du monde, une personne qui au travers d'expériences de vie difficiles, avait développé un sens naturel de l'honneur et de l'intégrité. Ma mère dirait qu'il y a quelque chose de délirant à propos de l'ANC. Nous sommes là en train d'examiner nos propres faiblesses et nos propres fautes, d'exposer notre nudité au monde entier, ce qui peut devoir avoir lieu. Mais pendant ce temps-là, tous les malfaiteurs de l'autre côté, auteurs de ces horreurs et pire encore qui ont pendant des siècles et des décennies, tué, mutilé et torturé notre peuple, échappent à toute punition. Personne n'examine ce qu'ils ont fait, et ce que certains d'entre eux sont encore en train de faire. Sommes-nous si obstinés et introspectifs, sommes-nous si obsédés par

notre propre santé morale, que nous ne pensons même pas à la peine et au préjudice causés par l'autre côté, par des gens qui maintenant, s'en tirent sans aucune forme de punition, sans assumer la moindre responsabilité pour quoi que ce soit ? Quel genre de mouvement de libération sommes-nous si nous sommes tellement insensibles à la peine de millions de gens ordinaires ? Où est l'équité ? Où est la justice ?

C'est à ce moment que le Professeur Kader Asmal se leva et dit : ce dont nous avons besoin en Afrique du Sud, c'est une Commission de la Vérité. Seule une telle Commission peut examiner toutes les violations des droits de l'homme commises par les uns et les autres, de quel côté que ce soit. Les droits de l'homme sont les droits de l'homme, ils appartiennent aux êtres humains, sans distinction. Toute torture ou autre violation de ces droits, doit être examinée sur une base impartiale universelle, pas par un mouvement politique qui ne se pencherait que sur lui-même, mais à un niveau national, avec des ressources nationales et une perspective nationale.

Il avait évidemment raison. C'est à ce moment que la décision politique fut prise dans l'hypothèse où l'ANC venait au pouvoir après les élections, ce qui était considéré comme certain, qu'une Commission de la Vérité serait établie, qui examinerait toutes les violations des droits de l'homme, commises de toute part, durant les dernières années de l'apartheid.

Un deuxième élément crucial est né de l'expérience sud-africaine. Les négociateurs avaient signé le projet de texte d'une nouvelle Constitution démocratique, non raciale. Nous pensions que tout était terminé. Nous avons négocié un processus d'élaboration de la Constitution en deux étapes, par une Assemblée constitutionnelle élue, inspirée de l'expérience indienne, qui préparerait la Constitution finale. Nous nous étions mis d'accord sur 34 principes qui lieraient l'Assemblée constitutionnelle. Nous pensions qu'il n'y avait plus qu'à organiser les élections. A ce moment, je me suis rendu à Londres pour faire rapport sur les nouveaux accords constitutionnels, à l'organe d'une société civile catholique qui nous avait apporté un grand soutien pendant des années. Au fil des négociations, notre logement s'était amélioré, et nous logions à l'Holiday Inn de l'aéroport. Je me trouvais à ce moment dans un centre communautaire situé près de Kings Cross, disposant de peu de moyens de communication avec le monde. Un messenger de mon organisation d'accueil frappa à la porte au moment où j'allais m'endormir et embarrassé, il me tendit un télex qu'il qualifiait d'urgent. Le message, envoyé par le siège de l'ANC, faisait état d'une crise requérant une attention urgente. Apparemment, des représentants des forces de sécurité avaient informé le leadership de l'ANC que le président De Klerk avait promis une amnistie aux agents

de la sécurité, que ceux-ci avaient loyalement protégé le processus de négociations, qu'ils étaient totalement préparés à protéger les élections contre une campagne d'attentats à la bombe visant à détruire tout le processus de transition. Ils étaient prêts aussi à défendre le nouveau gouvernement et le nouvel ordre constitutionnel. Mais, avaient – ils ajouté, ils ne le feraient pas s'ils risquaient la prison pour leurs actions de soutien au précédent gouvernement, c'était trop demandé ! Ils ne menaçaient pas de faire un putsch, mais simplement de démissionner en masse si l'amnistie ne leur était pas accordée.

Cela créa un problème pour le leadership de l'ANC. La promesse d'amnistie avait été faite par le président De Klerk, non par eux-mêmes. En même temps, les dirigeants de l'ANC reconnaissaient que les forces de sécurité avaient loyalement protégé le processus de négociation contre de nombreux assauts de différents mouvements de droite. Ils étaient conscients que l'ANC n'était pas en position d'assurer elle-même la sécurité du processus de négociation, faute de pouvoir identifier les poseurs de bombes. Plusieurs générations avaient rêvé d'élections sur base du principe « une personne, un vote », d'un nouvel ordre constitutionnel dans lequel tous seraient égaux, et où les crimes du passé ne pourraient pas être répétés. Si les élections étaient gravement perturbées, le rêve serait détruit et la violence raciale serait maintenue. Les forces de sécurité n'étaient pas elles-mêmes en train de pointer une arme sur le processus de transition, mais elles disaient simplement qu'on devrait leur témoigner de la reconnaissance, vu qu'elles permettaient au processus démocratique d'avancer. En même temps, leur accorder une amnistie générale en raison de leur soutien au processus constitutionnel, aurait méconnu le principe de responsabilité tant institutionnelle qu'individuelle. Ne disposant pas de papier dans ma chambre, j'écrivis ma réponse au dos du télex. Pourquoi, proposai-je, ne pas lier l'amnistie à une Commission de la vérité : il n'y aurait pas d'amnistie générale, mais chaque individu qui se présenterait et reconnaîtrait les faits qu'il aurait commis, bénéficierait de l'amnistie pour les faits avoués.

Cette suggestion fut suivie. C'est ainsi que la Commission de la Vérité et le processus d'amnistie furent liés sur une base individualisée, ce qui s'avéra être la fondation même de la Commission de vérité sud-africaine et la base de son succès sans précédent. Son but était d'encourager les auteurs de violations des droits de l'homme, tortionnaires, tueurs, à se présenter à elle et à lui révéler les faits qu'ils avaient commis. En contrepartie, le pays apprendrait la vérité. Ils se confessaient non pas dans le cadre de procès spectaculaires, ni sous l'effet d'actes de subornation ou de torture de l'ancien régime, tels que le maintien de personnes en cellule d'isolement ou en station debout pendant des jours et des jours, des chocs électriques, l'abus

de témoins dociles, émotionnellement détruits... La confession serait volontaire, encouragée par la garantie d'amnistie.

Trois éléments furent nécessaires pour que le processus fonctionne bien. Tout d'abord, il importait que la Commission Vérité et Réconciliation (CVR) exerce sa mission dans un cadre légal solide et un contexte constitutionnel clair. C'est donc la Constitution qui a consacré un droit à l'amnistie pour les infractions commises au cours des conflits politiques du passé, en précisant que le bénéfice de ce droit ne pouvait être accordé que sous les termes et conditions à établir par le nouveau parlement. Le nouveau parlement a ainsi décidé que la Commission de vérité serait le mécanisme qui déterminerait, cas par cas, si l'amnistie souhaitée pouvait être accordée.

Ensuite, bien que l'impulsion de créer la CVR devait venir en premier lieu du nouveau gouvernement, les détails ne pouvaient être imposés unilatéralement. Un certain degré de consensus, même incomplet voire hésitant, devait être atteint. Les travaux de préparation de la loi sur la CVR prirent toute une année. Ce fut une période ardue, faite de consultations et de débats qui impliquaient dans la mesure du possible toutes les parties concernées et la société civile, et ce en vue d'assurer les meilleurs mécanismes, l'équité et la confiance dans le processus. Le rôle des associations de la société civile s'avéra être particulièrement important. Comme beaucoup d'organisations des droits de l'homme dans le monde, elles ne se satisfaisaient pas de n'importe quelle amnistie, pour des comportements atroces. Il arrive que ceux qui n'ont pas eux-mêmes vécu des choses soient plus impitoyables que ceux qui en ont souffert directement. Si, toutefois, le processus devait continuer, elles insistèrent sur le fait qu'il devrait être mené au grand jour afin que le public puisse en prendre connaissance. J'avais, en fait, recommandé les audiences à huis clos pour ceux qui demandaient l'amnistie, pensant que seul le huis-clos garantirait que les responsables d'un comportement abusif se manifestent. J'avais tort. Heureusement, l'insistance de la société civile sur des procédures ouvertes a prévalu sur mon approche, trop craintive.

Enfin, il était vital de nommer, au sein de la CVR, des personnes d'envergure, de réputation, d'intégrité manifeste, qui n'avaient pas été elles-mêmes impliquées dans les conflits du passé. Cela ne signifiait pas qu'il fallait trouver des gens « neutres ». Quelqu'un qui se serait déclaré avoir été neutre à l'égard de l'apartheid n'aurait pas été la bonne personne pour traiter d'allégations de torture. Ce dont on avait besoin, ce n'était pas de neutralité, mais d'impartialité. Cela requérait la participation de personnes ayant une passion pour la justice et les droits de l'homme, mais impartiales en termes d'évaluation des rôles et fonctions que des particuliers ou des

groupes, avaient joués en défendant ou en méconnaissant le respect dû à la dignité humaine. Cela signifiait que ces personnes considéreraient ce qui était arrivé dans les camps de l'ANC, avec la même objectivité et impartialité que celles avec lesquelles elles examineraient les violations massives commises pendant de longues périodes par les forces de sécurité. Et on trouva en l'archevêque Desmond Tutu, président de la CVR, une personne exceptionnelle, présentant ces qualités. Après un processus de sélection complexe, qui concernait des individus provenant d'un large éventail d'origines sociales, culturelles et religieuses, d'autres personnalités d'une grande stature et ayant des compétences manifestes furent choisis.

La Commission était divisée en trois sections, chacune fonctionnant séparément avec un personnel différent. La première était la structure qui entendait le témoignage des victimes de violations graves des droits de l'homme. Il faut se rappeler que le système de l'apartheid lui-même violait les droits de l'homme et avait été condamné comme crime contre l'humanité. Toutes les lois en vertu desquelles les personnes étaient identifiées par la race, forcées à porter un passe, chassées de leur terre, privées de l'accès à l'éducation, aux services publics et au vote, violaient les droits de l'homme. Mais elles n'étaient pas le sujet de l'investigation de la CVR. Les dures lois de sécurité sur la base desquelles les gens étaient détenus en cellule d'isolement sans procès, ne l'étaient pas davantage. La CVR examinait des actes qui étaient considérés comme des crimes, même sous l'empire des lois de l'apartheid.

Il s'agissait des violations des droits de l'homme qui étaient à ce point horribles et graves qu'elles avaient été cachées, voire niées par ceux qui avaient ouvertement défendu la domination raciale. Les tortures, les assassinats, les disparitions, les raids de commando transfrontaliers où des personnes avaient été kidnappées ou tuées, constituaient tous des actes illégaux aux yeux de la loi sud-africaine, même sous l'empire de la législation de sécurité draconienne de l'apartheid.

C'est sur ces faits que la CVR devait se concentrer. L'objectif poursuivi n'était pas d'étudier l'apartheid, qui en tant que système avait été condamné par l'humanité, et totalement répudié par la nouvelle Constitution. Il était plutôt question d'examiner les crimes qui avaient été perpétrés pendant la période de l'apartheid, et cachés, principalement ceux commis en vue de maintenir l'apartheid, mais aussi ceux perpétrés dans la lutte contre l'apartheid.

Desmond Tutu appelait cette section, qu'il présida, la section pour les « petites gens ». Ceux qui vivaient dans les ghettos, les collectivités pauvres, les zones rurales, dont la voix n'avait jamais été entendue, seraient

enfin autorisés à raconter leur peine, leur douleur et leur perte. Certains, comme moi-même, étaient apparus à la télévision, avaient écrit des livres sur nos expériences, voyagé de par le monde, et exprimé devant des publics divers ce qui nous était arrivé. Mais il y avait des milliers et des milliers de personnes qui avaient subi non seulement le choc immédiat de la violence corporelle, ou la douleur de la perte d'un fils, d'une fille, d'une mère ou d'un père, mais aussi la peine additionnelle et durable d'avoir dû taire cette souffrance secrète pendant tout ce temps. Environ dix mille personnes témoignèrent dans différentes parties du pays sur ce qu'ils avaient vécu, eux et leur famille, et dix mille autres envoyèrent des témoignages écrits.

Les juges ne pleurent pas. L'archevêque Tutu pleurait. Ce n'était pas une cour de justice dans le sens d'une institution austère, livrant des résultats très formels. C'était un organisme intensément humain, qui était là pour entendre dans un contexte digne et de manière appropriée, ce que les gens avaient vécu. Il y avait aussi des personnes présentes près des témoins pour les reconforter, alors que dans une cour de justice ordinaire personne n'est là pour aider le témoin, lui tapoter l'épaule, lui fournir de l'eau ou tendre un mouchoir quand les larmes coulent. Les sessions commençaient souvent par une chanson, dans une belle harmonie africaine destinée à soutenir et à encourager tous ceux qui étaient présents. Ou par des prières. Ensuite, les gens venus de toutes les régions parlaient dans toutes les langues du pays. Le témoignage était télévisé, de sorte que toute la nation devenait témoin de ce qui s'était passé et entendait en direct les histoires racontées par les personnes concernées. Ceux qui parlaient n'étaient pas des plaignants, comparaisant devant une cour pour dénoncer des prévenus assis sur le banc des accusés. Ils n'étaient pas non plus des plaideurs réclamant pour eux-mêmes des indemnités proportionnées à l'importance de la perte qu'ils ont subie. Ni le châtement ni la compensation, n'étaient en jeu. Ils utilisaient simplement l'opportunité qui leur était offerte de dire la vérité ou de voir leur souffrance reconnue.

Un rapport en cinq volumes, résumant et analysant les témoignages, fut publié. Document brillant, il inclut même des photos et des extraits les plus poignants de témoignages. Ce n'est pas un rapport gouvernemental aride, mais une fervente commémoration, qui rend bien compte de toute l'émotion née des auditions elles-mêmes. En outre, il contient une réflexion très profonde sur la manière dont un comportement diabolique a été cautionné et s'est répandu, ainsi que sur les mécanismes institutionnels et les valeurs culturelles de nature à empêcher qu'il se reproduise. Ce fut l'un des objectifs majeurs de la Commission, en plus de permettre à la douleur de s'exprimer, celui d'expliquer les conditions qui ont permis à une injustice flagrante de se développer, et ce afin que cela n'arrive plus.

Personne n'échappa à l'investigation. Ni les entreprises, ni la presse. Les entreprises s'étaient enrichies, avaient coopéré directement avec les forces de sécurité et fourni des explosifs, des camions, et des informations. Il y avait bien entendu des journaux courageux et des journalistes merveilleux, mais dans l'ensemble la presse était raciste dans sa structure et peureuse dans son opinion ; elle avait répandu des fables à propos des terroristes, dit à quel point ils étaient dangereux et méritaient leur sort. Un journal économique a même publié un éditorial selon lequel j'avais vécu par l'épée, et que personne ne pourrait se plaindre si je périsais par l'épée. Des histoires invraisemblables au sujet de personnes glissant sur du savon, tombant par la fenêtre, dégringolant d'une volée d'escalier, avaient été publiées par la presse, ce qui – ensemble avec une campagne de désinformation – avait créé un climat dans lequel les combattants pour la liberté étaient diabolisés et pouvaient donc être torturés ou tués sans scrupules.

Les juristes, où étaient-ils? Nous les juges, jeunes ou anciens, eûmes de rudes débats dans nos propres rangs. L'opinion la plus forte était que le système judiciaire avait grandement contribué à l'injustice en appliquant des lois racistes et en manquant de manière inacceptable de vigilance face à des accusations de torture et de maltraitance. Lorsque l'exécutif se dota de vastes pouvoirs pour enfermer et détenir des personnes sans procès, amener à la cour des témoins qui avaient enduré des mois et des années d'isolement en cellule, tout cela fut considéré comme un procédé normal. Bien sûr, certains juges ont fait preuve d'une conduite et d'un courage extraordinaires, prouvant que, même dans les circonstances les plus contraignantes, les choix en faveur de la Justice existaient toujours. Ils utilisaient le peu de champ qui leur était laissé pour maintenir les traditions les plus importantes du droit. Je suis fier de dire que certains d'entre eux sont devenus mes collègues à la Cour Constitutionnelle. Mais la plus grande majorité se conformait à des lois injustes appliquées de manière injuste. Finalement, certains leaders du système judiciaire envoyèrent un document à la CVR par lesquels ils reconnaissaient que pendant la période de l'apartheid, l'appareil judiciaire en tant qu'institution avait manqué à son devoir de protéger les droits fondamentaux.

Le Comité des réparations était complètement distinct. Il recevait des rapports de la première section, et s'assurait que chaque victime recevait une compensation monétaire consistant en un versement unique. Il était impossible d'évaluer la peine et la souffrance d'une génération entière, et pas seulement de ceux qui témoignaient. Des fonds ne pouvaient pas être ôtés à l'éducation, la santé, ou encore à la réforme agraire. Mais une sorte de compensation matérielle était allouée à toutes les victimes qui se manifestaient. Cependant il y eut des plaintes compréhensibles à

propos des montants attribués et de la manière dont ils étaient accordés. Simultanément, il existait un soutien massif en faveur d'une nouvelle inhumation, digne, des victimes exécutées ou torturées à mort. J'estime cependant qu'on n'en fit pas assez pour créer des mémoriaux vivants, des bourses pour les enfants de ceux qui étaient décédés, pour renommer des rues, créer des jardins et créer des monuments – non pas des monuments grandioses et imposants, mais des monuments aussi simples que les gens eux-mêmes et aussi intenses, vifs et évocateurs que la peine qu'ils avaient portée.

La troisième section de la Commission, celle qui assumait la tâche la plus difficile, était le Comité d'amnistie. Celui-ci, plus proche d'une cour de justice, comptait deux juges dans chaque jury. Mais contrairement à une cour pénale qui décide de l'incarcération d'un prévenu, il s'agissait, pour le Comité d'amnistie, de décider si une personne devait être affranchie de poursuites judiciaires. Dès lors que la liberté personnelle était en jeu, quelque chose de semblable à la procédure légale officielle était appliqué, mais sans les règles strictes de preuve et les accusations formelles d'un procès. Un nombre d'affaires spectaculaires et terribles y ont été traitées.

Ainsi, Chris Hani, un des premiers guérilleros, fut promu commandant de *Umkhonto we Sizwe*, l'aile militaire de l'ANC, devenu secrétaire général du parti communiste d'Afrique du Sud, était un héros populaire. Pendant un congé de Pâques, durant la période où nous étions encore en train de négocier la nouvelle constitution, il sortit faire du jogging. Sur le chemin du retour, un quidam sortit d'une voiture, braqua un pistolet sur sa tempe, et l'abattit. Il s'avéra que son assassin était un membre de l'extrême droite polonaise qui vivait depuis quelques années en Afrique du Sud, et collaborait avec un groupe d'extrême droite du pays. Grâce aux indications données par un témoin sur l'identité de la voiture, la police attrapa l'auteur et trouva le revolver encore chaud. L'une des ironies de l'histoire de notre pays, est que ce fut l'opposition de l'ANC à la peine capitale qui les sauva, lui et son complice, de l'exécution et leur permit de demander l'amnistie. Devait-on leur accorder l'amnistie ou non ? Le Comité décida que les coupables avaient tué en grande partie la vérité, et leur refusa l'amnistie. Ils furent poursuivis, et condamnés à perpétuité.

Il y eut ensuite un groupe qui faisait partie de l'équipe de football Winnie Mandela. Winnie, courageuse, isolée, combattive, passionnée, chaleureuse, protectrice, mais selon certains, capable d'anéantir quiconque ou quoi que ce soit qui lui ferait obstacle, avait rassemblé autour d'elle un groupe de personnes qui créa le chaos et un conflit important avec l'ANC local. C'était à la fin de la période d'apartheid. Nelson Mandela était toujours en prison. Nombreux étaient ceux qui mouraient de morts

cruelles. Ce ne fut pas Winnie qui demanda l'amnistie, mais des membres de son équipe de football, qui ont déclaré qu'ils avaient agi sous les ordres de Mama Mandela. Devaient-ils obtenir l'amnistie ? Ces questions étaient des questions difficiles, brûlantes, douloureuses, et nécessitant des réponses sud-africaines difficiles, douloureuses. Notre Commission de Vérité était sévère, mais réaliste. Cela donna lieu à beaucoup de controverses et suscita bon nombre de réflexions profondes. Ainsi, les assassins de Steve Biko, un leader particulièrement courageux et franc, se virent refuser l'amnistie parce qu'ils avaient caché la vérité. Cependant, les personnes qui assassinèrent Ruth First et Jenny Schoon au moyen de colis piégés obtinrent l'amnistie en raison du fait que, aussi horribles que soient les assassinats, leurs auteurs avaient répondu aux critères de l'amnistie.

Connaissance et reconnaissance

Voici quelques réflexions personnelles sur la Commission de la Vérité. La première concerne la différence entre la connaissance et la reconnaissance, concept qui me fut transmis par Stan Cohen, qui l'avait lui-même entendu exposer par Thomas Nagel. La connaissance implique la possession d'informations, la prise de conscience de faits. Il y avait en réalité une quantité énorme de choses connues au sujet de la répression en Afrique du Sud, mais la reconnaissance de ce qu'en était le coût sur le plan humain faisait défaut. La reconnaissance implique une acceptation non seulement de l'existence d'un phénomène, mais aussi de sa signification émotionnelle et sociale. Ceci présuppose un sens de responsabilité quant à sa survenance, et une compréhension de ses conséquences sur les personnes concernées et la société dans son ensemble.

On peut analyser le processus de la CVR comme étant un moyen de convertir la connaissance en reconnaissance. En premier lieu, la reconnaissance des souffrances du passé. Tout le monde savait que des milliers de gens avaient souffert, subi la répression de l'Etat, enduré des blessures, trouvé la mort en détention. Cependant, la dimension humaine et personnelle avait été ignorée et la peine occultée. Les faits acquièrent une dimension particulière et nouvelle lorsqu'apparurent à la télévision, des personnes qui avaient un nom et qui racontaient en direct ce qu'elles avaient vécu. Une telle diffusion était aussi très importante pour les témoins qui retournaient chez eux et se voyaient à l'écran. Suite à la CVR, la souffrance personnelle et le chagrin de dizaines de milliers furent reconnus publiquement de façon à la fois large et personnalisée. Une autre forme de reconnaissance vint des auteurs eux-mêmes. Ils devaient se présenter ouvertement face aux caméras et avouer leurs crimes. Finalement, tout le pays reconnut que ces faits étaient réellement arrivés et pouvaient se reproduire, et qu'il fallait tous les rassembler dans une sorte de schéma

significatif, qui nous permettrait de comprendre leur origine et d'agir contre le risque de leur réapparition.

La publicité que les groupes de la société civile avaient exigée, s'avéra être la clé de l'impact énorme que la CVR eut sur la conscience nationale et internationale. Les larmes, les voix, la froideur, les cris de douleur, étaient tous clairement reconnaissables. Un drame vaste et intense s'était joué sous les yeux de millions de spectateurs et de lecteurs. Les gens se demandaient ce qu'ils avaient fait ou omis de faire, et ce qu'ils auraient dû faire dans les circonstances.

Quatre catégories de vérité

En tant qu'avocat et aussi en tant que juge, j'étais profondément perplexe face à la CVR, et ce sous de nombreux aspects, principalement celui du concept même de « vérité ». Comment le comprendre ? La question posée avec une certaine ironie, il y a près de deux mille ans, restait toujours sans réponse ... : « Qu'est-ce que la vérité ? »¹ N'étant pas expérimenté en épistémologie et en ontologie, j'inventai quatre catégories sommaires de vérité qui me semblaient utiles : la vérité d'observation, la vérité logique, la vérité empirique, et la vérité dialogique.

La vérité d'observation, tant dans les sciences naturelles que sociales, implique de réduire le champ à un cadre spécifique et d'exclure toutes les variables, sauf celles qui doivent être mesurées. Dans une cour de justice, nous posons et résolvons une question précise dans un champ précis, telle celle de savoir si une certaine personne est coupable d'avoir tué, à tort, intentionnellement, à un moment précis et d'une manière précise. On identifie, on circonscrit, on vérifie. C'est la vérité d'observation : elle est détaillée et focalisée.

La vérité logique est la vérité généralisée des propositions, la logique inhérente à certaines affirmations. On y parvient par des processus de déduction et d'inférence, et je suppose qu'au final, elle puise sa force dans la capacité du langage à encoder des relations abstraites entre les éléments dans le monde. La plus grande partie du droit se fonde sur la découverte de connexions entre la vérité d'observation et la vérité logique, c'est à dire, par la nécessité d'inscrire la vérité d'observation dans un cadre logique.

La vérité empirique est d'un ordre différent. C'est la compréhension que l'on acquiert de s'être trouvé à l'intérieur d'un phénomène et d'en faire partie. C'est la vérité que l'on découvre en vivant une certaine expérience.

1 Allusion à la question posée par Pilate à Jésus selon l'Évangile de Saint-Jean, 18-38.

J'ai rencontré le concept pour la première fois en lisant *My Experiments with Truth* de Mohandas Karamchand Gandhi. J'étais perplexe face à ce titre. Il ne s'agissait pas d'expérimentations comme je le pensais en lisant le titre; les expérimentations sont celles que nous faisons à l'école en testant des hypothèses avec des becs Bunsen et des éprouvettes remplies de liquide, dans des conditions contrôlées. Gandhi commençait sans hypothèses. Il s'analysait lui-même, non une idée ni le monde extérieur. Il se plongeait de manière réfléchie et sensible dans certaines expériences, puis tirait les conclusions de ce qu'il avait vécu. Une interrogation honnête et objective est au centre du processus, ainsi qu'une capacité à se placer objectivement à l'extérieur de soi, et à regarder son expérience subjective de façon réellement impartiale. Cette vérité empirique est intense et profonde. Or, c'est elle qui nous embarrasse dans les cours de justice ; nous essayons de l'exclure car nous la considérons comme subjective et sans pertinence. Nous soutenons que tout ce que nous voulons c'est la vérité objective, ce que nous appelons « les faits ».

Finalement, il y a ce qu'on appelle la vérité dialogique. C'est une vérité basée sur l'interaction entre les personnes. Nous avons tous des expériences différentes de la réalité, des intérêts et des origines divers, qui influencent le sens que ces expériences ont pour nous. Le débat évolue sous l'effet de plusieurs affirmations et points de vue ; une nouvelle synthèse voit le jour, puis est remise en question, controversée, et un nouveau débat s'ensuit. Le processus est sans fin. Il n'y a pas de vérité achevée.

La vérité d'observation est définitive dans les limites de son champ ; la vérité empirique est ouverte, mais personnelle à l'individu concerné ; la vérité logique est objective, généralisée, impersonnelle et ne dépend pas d'une vérification externe ; la vérité dialogique comprend des éléments de toutes les autres, mais elle suppose une communion de nombreuses voix et de multiples perspectives grâce auxquelles elle prospère. Dans le cas de l'Afrique du Sud, il n'y a pas qu'une seule façon correcte de décrire comment les violations graves des droits de l'homme se sont produites; il n'y a pas un narrateur qui peut prétendre à un point de vue décisif.

Ainsi, l'expérience des victimes de violations des droits de l'homme était intense et vraie, mais elle n'était pas plus exclusivement authentique que l'expérience des coupables ou celle de la presse ou des juges. Il ne s'agit pas d'éliminer les critères qui servent à évaluer les comportements. Le concept de la CVR présuppose que l'on évalue un comportement en examinant si celui-ci dénote soit un respect de la dignité humaine, soit son mépris. Il repose aussi sur la considération que chaque personne est toujours en position de choix et qu'elle doit donc toujours être tenue pour responsable de ses actes. La logique dialogique implique que la description

la plus pertinente et les évaluations les plus significatives du phénomène considéré, résultent de la conjonction de tous ces niveaux de vérité, de différentes expériences et d'une gamme de choix. La Commission de Vérité elle-même, n'était pas une entité homogène avec douze, quinze ou dix-sept têtes robotisées, pensant, voyant et vivant toutes les choses de la même manière. La narration et l'évaluation dans le rapport étaient elles-mêmes le produit d'un dialogue entre les différents membres de la commission. Tutu avait sa propre approche confessionnelle, personnelle et empirique. Son adjoint avait des valeurs similaires mais une expérience de vie différente. Les autres membres de la commission provenaient de différents milieux, reflétant des expériences historiques et culturelles diverses. Ils associaient les différentes perspectives et évaluations plutôt que de simplement les rassembler. C'est le chemin et la vie de la vérité dialogique.

La force de la CVR, et la raison pour laquelle elle a résonné aussi puissamment, venait du fait qu'elle était basée fondamentalement sur le dialogue, l'écoute des différents points de vue et la réception de contributions de toutes parts. Il n'y était pas question de personnes qui à l'instar de procureurs, auraient dit : Nous représentons l'Etat, nous allons analyser l'affaire et vous faire dire la vérité. L'État n'extorquait la vérité de personne. Ce n'était pas ainsi que les choses se déroulaient. Une histoire de plus en plus riche et vraie émergea d'une multitude de voix et de perspectives. Ensuite la CVR, organe hétérogène, avait pour mission de trouver un langage, un mode de présentation, et une façon de raconter l'histoire qui serait la plus significative et convaincante possible.

La question que je me suis posée plus tard est la suivante : pourquoi si peu de vérité sort-elle d'une cour de justice, alors que tant de vérité voit le jour devant la CVR ? La vérité se répandait avec une force persuasive, écrasante. De nombreux détails et certaines appréciations étaient peut-être contestables, mais le grand coup de balai était indéniable. Un de ses plus grands aboutissements fut d'éliminer le déni. Même les défenseurs les plus fervents de l'ancien régime, ne pouvaient nier le mal qui avait été fait en son nom. D'autre part, les dossiers judiciaires sont, on le sait, des sources d'informations arides. Mis à part les détails spécifiques des enquêtes, ils nous apprennent peu. Les mécanismes sociaux, culturels et institutionnels, responsables des violations, restent non étudiés.

La réponse à ce mystère se trouve sans doute dans les objectifs différents des enquêtes respectives. Les tribunaux se préoccupent de la responsabilité personnelle. Ils traitent essentiellement de questions relatives à la sanction ou à l'indemnisation. La procédure judiciaire ne présente que peu de lien avec la recherche de la vérité. Elle s'attache plutôt

aux preuves. Pour pouvoir envoyer une personne en prison, il faut une preuve de sa culpabilité quant aux faits dont elle est accusée. Lorsque les sanctions et les conséquences sont graves et personnalisées, il est nécessaire de procéder de la sorte. La nation qui souhaite comprendre et faire face à son passé, se pose des questions bien plus larges : Comment cela a-t-il pu arriver, comment l'ont vécu les diverses parties concernées, comment peut-on repérer les signaux d'alarme, et empêcher que cela ne se reproduise? Si on traite d'épisodes de grande envergure, la principale préoccupation n'est pas la sanction ou la compensation intervenant au terme d'une procédure établie par la loi, mais bien d'arriver à une compréhension, et une reconnaissance par la société de ce qui s'est produit, afin que le processus de guérison puisse réellement s'entamer. Le dialogue est le fondement de la reconstruction. Le respect de la dignité, qui va de pair avec le dialogue, est la base pour arriver à une citoyenneté commune. C'est l'égalité entre les voix qui marque le départ décisif, la naissance d'un sens commun de la moralité et de la responsabilité.

En fin de compte, la réconciliation totale ne pourra être atteinte que lorsque les conditions seront réunies pour assurer le respect de la pleine dignité de tous les Sud-Africains, et l'égalité des chances. La reconstruction des relations interpersonnelles a été entre-temps grandement facilitée par la CVR. Je pense que ce fut une grande leçon pour notre pays, et probablement pour le monde. Nous avons besoin d'une Cour pénale internationale fonctionnant selon une procédure judiciaire établie, pour redresser les torts sans équivoque. Mais nous avons aussi besoin d'un éventail large et flexible de mécanismes qui permettaient de faire face aux traumatismes, et à la violence, autres que ceux qui opposent procureur et accusé, afin d'offrir un cadre pour permettre aux interlocuteurs de trouver un terrain d'entente. Tous avaient une chance égale pour s'exprimer. Certains étaient soulagés d'être entendus, d'autres ressentaient de la honte en reconnaissant un comportement cruel ; mais ils se parlaient, sans chercher à s'entretuer. En effet, ce que l'élaboration de la Constitution et la CVR avaient en commun, était la reconnaissance du besoin que des adversaires féroces pouvaient éprouver en se regardant dans les yeux, et d'y découvrir des éléments d'une humanité commune. Si la Constitution elle-même était le produit du dialogue, en ce qu'elle consacre la dignité et la sécurité pour tous, il s'ensuit qu'elle devait être interprétée d'une façon qui favorisait la résolution des conflits par le dialogue. L'impact qu'eut la CVR a contribué à nous aider à passer à autre chose, mais il va au delà. Le principe d'amener les gens à se regarder dans les yeux, et à ne pas fuir devant les problèmes les plus graves, prit racine dans notre culture.

De plus, comme on le verra avec l'affaire *AZAPO* et l'affaire *Dikoko* (aux pp. 61 et 64), le thème des excuses et celui de la médiation s'infiltrèrent

profondément dans ma conscience, et influencèrent la façon dont je sentais que le système judiciaire devait fonctionner.

Vérité et Réconciliation

Sur le moment, il y eut peu de réconciliations directes. Très peu de tortionnaires furent pardonnés par leurs victimes au moment de la confrontation. Les gens se sentaient meurtris à vif, en colère, bouleversés, d'autant plus que beaucoup d'auteurs n'avaient pas été capables de manifester spontanément de l'émotion. Cependant il y avait des exceptions, comme celle de cet homme de la communauté blanche qui a perdu la vue par l'éclatement d'une bombe de l'ANC à Pretoria. Abubaker Ismail, responsable du fait, demanda l'amnistie. Il expliqua qu'en tant que partie à la lutte pour la liberté, son unité avait placé la bombe près d'une cible militaire. Il disait qu'il regrettait énormément d'avoir été forcé de se battre en utilisant ces méthodes, et qu'il se sentait particulièrement désolé pour les blessures causées à la victime. La personne aveugle avança sa main, serra la main d'Ismail et dit : je comprends pourquoi vous l'avez fait, vous vous battiez pour la liberté, c'était votre motivation, maintenant nous devons aller de l'avant.

Nous avons eu d'autres cas semblables en Afrique du Sud. Celui décrit ci-dessus n'était pas unique, mais rare. Pour le plus grand nombre, la douleur est toujours là. Quant aux auteurs, au lieu de se présenter et de parler avec leur cœur, de pleurer et d'être ouverts, leur majorité se présentait soigneusement vêtu et accompagnés de leur avocat. Leur langage corporel était réservé et ils se bornaient à lire des déclarations préparées d'avance, comme s'ils comparaissaient devant une cour de justice. Leurs aveux étaient importants, mais ils se réduisaient souvent à une reconnaissance factuelle d'un comportement illégal, suivie d'excuses répétées, sans la reconnaissance sincère et émue d'avoir mal agi. Pourtant, une énorme générosité, spécialement chez les peuples africains, attend de s'exprimer, mais elle ne peut le faire que si, en contrepartie, les auteurs manifestent des sentiments honnêtes et font preuve d'ouverture d'esprit. Tout comme il existe un droit à l'altruisme, même dans ce monde fortement axé sur le marché, il existe le droit de pardonner dans un univers légal et moral basé sur la responsabilité. Le problème est que le droit de pardonner ne peut s'exercer pleinement que si les auteurs reconnaissent leurs fautes.

Toutefois, même en prenant en considération ces sérieuses limites du processus de réconciliation, je crois que l'objectif de base, qui était de poser les fondations de la réconciliation nationale, a été largement atteint. Tant au niveau individuel qu'entre toutes les communautés, nous avons encore un long chemin à parcourir. Mais au niveau national nous avons

maintenant, pour la première fois, un récit unique, une histoire commune des moments les plus douloureux du passé récent. On ne peut pas avoir un pays avec des souvenirs différents et s'attendre à ce qu'un sentiment de citoyenneté commune grandisse. On ne peut pas avoir une histoire blanche et une histoire noire, qui n'ont rien à voir l'une avec l'autre, si ce n'est qu'elles se chevauchent dans le temps et dans l'espace. On doit avoir un récit unique, vaste et communément accepté de l'histoire du pays. En ce sens, bien que nous vivons toujours dans un pays injuste, où les infrastructures et les opportunités de vie ne sont pas les mêmes pour les noirs que pour les blancs, notre pays est moins divisé qu'auparavant. Comme l'expriment les Américains, *we are coming all to be on the same map*, ou nous commençons au moins à converger. Ce fut un progrès énorme.

Il faut aussi se rappeler que la responsabilité peut prendre de nombreux aspects. De même, la sanction ne doit pas être limitée à l'emprisonnement. Ceux qui, à la télévision, disent « Nous avons dépecé le corps, puis jeté les morceaux aux crocodiles », ne s'en tirent pas impunément. Ils sont déjà punis par cette révélation, par la honte qu'ils en ressentent. Ils voient les familles des victimes dans un contexte où ils n'exercent plus sur elles leur pouvoir absolu. Ils les regardent dans les yeux en tant qu'égaux. Ensuite, lorsqu'ils rentrent chez eux, ils affrontent le regard de leurs voisins, de leurs enfants, de leurs familles. Il fut un temps où ils recevaient des poignées de main et des promotions, mais aujourd'hui ils sont seuls et rejetés. Nombre d'entre eux suivent un traitement contre le syndrome du stress post-traumatique. Leurs visages moroses servent d'avertissement à tous pour l'avenir : rien ne reste secret, la vérité éclate un jour.

De nombreux corps de disparus furent retrouvés. C'est ainsi que, pour la première fois, nous fut révélée la vérité sur la manière dont Steve Biko a été tué, comment les dirigeants d'un groupe, connu sous le nom de Cradock Four, furent assassinés, alors que des années d'enquêtes et d'investigations sont restées stériles. Nous avons ainsi récolté une énorme quantité de connaissance et de reconnaissance. Le prix était d'offrir l'amnistie à ceux qui avouaient la vérité. Sans cela, toute poursuite aurait été difficile, faute de preuves. Nous n'aurions pas su qui poursuivre ni pour quels faits. Je pense que la voie choisie a eu pour effet de renforcer le pays.

Cependant, comment pouvions-nous empêcher que de telles horreurs se reproduisent ? Une partie de la réponse était de convaincre les forces de sécurité qu'elles ne pouvaient plus s'attendre à ce que de tels faits soient étouffés et restent donc secrets. Les forces de sécurité ne doivent jamais avoir l'impression qu'elles peuvent compter sur la protection de l'Etat, quoi qu'il arrive. La CVR y est arrivée, au moins pour notre génération. Une autre partie de la réponse était de développer une nouvelle culture

dans le pays en général. Le processus de la CVR s'ancra profondément dans la conscience de la nation. Il est souhaitable que son rapport soit un jour intégré au programme d'enseignement des écoles, et que ses conclusions illuminent de manière générale, la pensée sud-africaine. Le mal et la cruauté doivent être vus pour ce qu'ils sont ; protéger l'Etat contre la probabilité d'un mal terrible venant de l'extérieur, ne saurait justifier qu'il viole les normes morales et commette des atrocités. L'existence d'institutions solides dont la mission consiste à défendre les droits humains fondamentaux, offre une nouvelle protection. Notre Constitution accorde une grande importance à ces institutions. L'une d'entre elles est la Cour constitutionnelle, dont j'ai l'honneur d'être membre.

La Cour constitutionnelle

Nous avons construit une nouvelle Cour constitutionnelle en plein cœur de ce qui avait été la prison la plus célèbre de Johannesburg. D'une façon très claire, le choix de cet emplacement symbolise le principe du « plus jamais », associé aux possibilités rédemptrices de la vie de la nation. Il se trouve que le nouveau bâtiment a aussi un lien très fort avec l'Inde ; ce n'est pas uniquement parce que Gandhi a été emprisonné sur le site. Un concours international pour la construction d'une nouvelle cour fut organisé: 600 personnes ont acheté la brochure du concours et 180 participations furent reçues, dont 40 venant d'autres pays. Le président du jury, Charles Correa, architecte à Bombay et de la MIT, fut choisi parce que nous avons le sentiment qu'il avait la bonne philosophie pour le type de bâtiment que nous voulions, non pas une copie d'un modèle nord-américain, mais un édifice qui serait issu de notre culture, s'inscrirait dans notre histoire, et répondrait à notre vision, notre nature, notre topographie, et nos besoins.

Geoffrey Bawa, éminent architecte du Sri Lanka, était aussi membre du jury. Monika Correa, qui accompagnait son mari Charles, nous offrit une tapisserie lumineuse qu'elle avait réalisée, représentant un figuier de banians fermement enraciné dans le sol mais flottant pourtant dans l'espace. Le symbole de la Cour constitutionnelle est un grand arbre sous lequel les passants s'abritent. Ceux-ci protègent l'arbre, et l'arbre les protège. Une tapisserie occupe une place proéminente dans notre Cour ; elle y symbolise une présence indienne. Mais le lien avec l'Inde n'est pas seulement physique. Le site que nous avons choisi pour bâtir la cour, est la prison du Vieux Fort. Avec un sentiment à la fois de satisfaction et de honte, nous disons que l'Afrique du Sud possède la seule prison au monde où Gandhi et Mandela furent tous deux emprisonnés. Qui connaît l'histoire de Gandhi en Afrique du Sud, saura que beaucoup de ses expériences les plus intenses avec la vérité se produisirent précisément dans cette prison.

Telle sa décision de ne plus consommer de sel après avoir constaté que les prisonniers indiens recevaient du sel avec leur nourriture, alors que les prisonniers africains en étaient privés, qui fut prise sur ce site, et engendra l'idée d'abandonner volontairement des plaisirs physiques pour mieux comprendre l'expérience de vie de ceux qui sont traités comme les plus humbles de la société. Malheureusement, c'est l'Afrique du Sud qui lui a fourni cette riche expérience. Lorsqu'il fut ordonné aux prisonniers indiens de porter le béret que les prisonniers africains étaient obligés de porter, Gandhi déclara qu'il le porterait avec fierté. Et lorsqu'il retourna en Inde en 1914, il prit le béret qui devint le symbole de la lutte indienne pour la liberté. Notre Cour se réunit sur le site de la prison de laquelle provint le béret de Gandhi.

Il fallait un nouveau bâtiment pour notre nouvelle Cour et notre nouvelle démocratie, cependant les structures de l'ancienne prison furent conservées. Elles entourent la Cour. La cage d'escalier d'un de ses bâtiments est intégrée dans celui de la Cour, dont un des murs est celui de l'ancienne prison qui pare de ses briques apparentes la chambre de la Cour. La Cour symbolise non seulement le principe du « plus jamais », propre à une démocratie constitutionnelle, mais aussi la survie, l'espoir, le triomphe du courage et de l'humanité sur le désespoir et la cruauté. La terrible énergie négative du passé a été convertie en énergie positive pour le futur. Nous voulions que le nouveau bâtiment soit un édifice simple, destiné à une justice humaine, accessible, accueillante. Lorsque j'entre dans un bâtiment de justice en Afrique du Sud aujourd'hui, je ressens de l'humilité alors que je suis juge à la plus haute cour du pays ! Les standards de l'architecture des cours et tribunaux plus anciens proclament l'autorité, et leur message est : « Attention, l'Etat est au dessus de vous ». Notre Cour n'exprime pas le pouvoir, elle le restreint. Notre travail est de défendre la nouvelle Constitution. Il consiste à s'assurer que tout pouvoir public soit exercé selon ce qui est prévu par notre Constitution, et qu'il se conforme aux préceptes et aux valeurs que celle-ci consacre.

C'est par rapport aux valeurs que Gandhi survit en nous. Les valeurs sous-jacentes de notre nouvelle démocratie sont énoncées clairement dans notre Déclaration des droits et dans le concept même de l'égalité des citoyens, lequel implique des garanties contre les abus du pouvoir public, mais aussi la reconnaissance pour tous, de droits positifs à une vie décente et digne. La Cour est expressément tenue de promouvoir les valeurs d'une société ouverte et démocratique. Une telle société reconnaît la valeur égale et la dignité de chacun de ses membres, des plus glorifiés aux plus humbles, tout en respectant le fait que chacun est différent, et que les différences peuvent être superficielles ou profondes. Ce sont là les idéaux de Gandhi.

Cependant ce n'est pas seulement l'esprit de Gandhi qui transparaît dans notre Constitution, mais aussi la philosophie de Nehru. Ce n'est pas par hasard que le titre de l'autobiographie de Mandela « Un long chemin vers la liberté » soit emprunté d'une expression de Nehru : il n'existe pas de chemin facile vers la liberté. Les expériences de la lutte indienne pour la liberté et les procédés utilisés pour tenir compte de la diversité dans un cadre démocratique national, ont profondément influencé la génération de Mandela et sont reflétés dans notre nouvel ordre constitutionnel. La philosophie de Nehru nous a inspirés sur des questions relatives à l'institutionnalisation de la démocratie, et celle de Gandhi sur l'esprit de compassion et d'abnégation. Il s'agit là de deux apports d'une importance cruciale, qui ont traversé l'océan indien grâce, non seulement à des écrits, mais aussi aux expériences de la lutte et de l'emprisonnement de vingtaines de Sud-Africains qui travaillaient directement avec les deux grands leaders indiens.

D'autres influences vinrent d'autres continents, du reste de l'Afrique, d'Europe, de l'Amérique du nord et du sud. L'universalisme et la mondialisation sont des concepts diamétralement opposés. L'universalisme des droits de l'homme n'est pas le résultat d'un quelconque ordre d'imposer une série de valeurs à toute l'humanité. Les droits de l'homme ne sont pas exportés par une partie du monde vers l'autre. Ils sont le produit d'une lutte sans répit et d'un idéalisme partagé à travers le monde. Les principes de droit international qui les consacrent sont le produit de la quête universelle, axée sur la dignité humaine. Ainsi, les aspirations de générations de combattants pour la liberté dans notre pays et ailleurs, de tout temps, se sont vues reconnues dans la Constitution que, en tant que juge à la Cour constitutionnelle, j'ai juré de défendre.

Post scriptum

J'étais à une fête à Johannesburg, me sentant la tête plutôt légère après une année chargée de travail à la Cour. La fête avait lieu chez une amie dont le père avait été l'un des premiers à être assassinés par les commandos de l'apartheid. Alors qu'elle n'était qu'une enfant, Jann Turner avait bercé son père qui gisait mourant. A ce jour, elle ne sait toujours pas qui est l'assassin, elle a cependant repris sa vie en main et est devenue une productrice de renom. Lors d'une fête de fin d'année en l'honneur des acteurs et de l'équipe d'un feuilleton intelligent et courageux dont elle était l'un des producteurs, au milieu de la musique et de l'hilarité, j'entends une voix : « Bonjour, Albie ! » Je me retourne et vois un visage familier qui me sourit, l'air très heureux. La personne parle à nouveau, « Bonjour, je suis Henri, vous souvenez vous de moi ? » Au début, le nom ne me disait rien.

Mon interlocuteur poursuit : « Rappelez-vous, je suis venu pour ... ». Et je me souvins, « Vous êtes venu dans mon bureau ; vous alliez à la CVR ... ».

La musique battait fort, les gens dansaient. Nous nous sommes retirés dans un coin afin de mieux nous comprendre. Il rayonnait. Je lui demandai ce qui était arrivé. Il me dit qu'il avait écrit à la CVR, lui donnant toutes les informations dont il disposait, et qu'il avait demandé l'amnistie dans six affaires différentes. Il avait ensuite passé des heures avec Sue, Bobby et Farook, qui tous avaient été au Mozambique pendant ces dures années, et qui avaient répondu aux questions de la CVR. Il parlait en utilisant les prénoms de personnes que je connaissais bien, tous combattants pour la liberté qui avaient été au Mozambique, et il utilisait leurs noms avec beaucoup d'affection et d'enthousiasme.

Puis il s'arrêta de parler, me regarda et dit, « Vous m'avez dit que par la suite ... peut-être ... ? » Et je répondis, « Oui, Henri, je vous ai dit que par la suite, si vous coopérez avec la CVR, si vous faisiez quelque chose pour l'Afrique du Sud, nous pourrions peut-être nous rencontrer à nouveau ... Je n'ai que votre parole, mais je peux voir sur votre visage que vous dites la vérité. »

Alors, je lui ai tendu la main et j'ai serré la sienne.

Il s'en alla fou de joie. Je m'éloignai et m'évanouis presque dans les bras d'un ami. J'appris plus tard des organisateurs de la fête que Henri était soudainement parti troublé, qu'il était retourné chez lui et qu'il avait pleuré longtemps.

L'affaire Azapo

La genèse de l'Acte de la Vérité et de la Réconciliation est exprimée de façon éloquente dans les extraits suivants provenant du jugement d'Ismail Mahomed dans l'affaire AZAPO.

MAHOMED DP :

Les tenants aux commandes du pouvoir public, se mirent à négocier un futur différent, avec ceux qui avaient été emprisonnés, contraints au silence ou à l'exil suite à leur résistance à ce contrôle, et de ses conséquences. Ces négociations donnèrent lieu à une Constitution provisoire, afin de réaliser la transition vers un ordre politique plus juste, défendable et démocratique, basé sur la protection des droits fondamentaux. Ceux qui s'étaient impliqués dans les précédentes négociations, reconnaissaient que construire un tel ordre démocratique nouveau, était une tâche très difficile

vu les émotions intenses et les inégalités indéfendables que le passé a fait naître et que cette tâche ne pouvait s'accomplir sans un engagement ferme et généreux en vue de la réconciliation et l'unité nationale.

Cette philosophie fondamentale est exprimée avec éloquence dans l'épilogue de la Constitution qui énonce :

Unité nationale et Réconciliation

Cette Constitution assure une transition historique entre le passé d'une société profondément divisée, caractérisée par des dissensions, conflits, une indicible souffrance, l'injustice, et un futur fondé sur la reconnaissance des droits de l'homme, la démocratie, la coexistence pacifique et les opportunités de développement pour tous les Sud-Africains, peu importe leur couleur, leur race, leur classe, leur croyance ou leur sexe.

La recherche de l'unité nationale, du bien-être de tous les citoyens sud-africains et de la paix, requiert la réconciliation entre les habitants d'Afrique du Sud et la reconstruction de la société.

L'adoption de cette Constitution pose des fondations sûres pour que le peuple d'Afrique du Sud transcende les divisions et les dissensions du passé, qui ont généré de graves violations des droits de l'homme, la transgression de principes humanitaires dans des conflits violents, aussi un héritage de haine, de peur, de culpabilité et de vengeance.

Ces faits peuvent maintenant être abordés en prenant pour base le fait qu'il existe un besoin de compréhension et non de vengeance, un besoin de réparation et non de représailles, un besoin d'ubuntu et non de victimisation.

Afin de faire progresser une telle réconciliation et reconstruction, l'amnistie sera accordée pour tous les actes, omissions et infractions associés à des objectifs politiques et commis au cours des conflits du passé. A cette fin, le Parlement, sous cette Constitution, adoptera une loi déterminant une date butoir irrévocable, postérieure au 8 octobre 1990 et antérieure au 6 décembre 1993, qui fixera les mécanismes, les critères et les procédures, incluant les tribunaux s'il y a lieu, en conformité desquels cette amnistie sera traitée à tout moment après l'adoption de la loi.

Avec cette Constitution et ces engagements, nous, le peuple d'Afrique du Sud, entamons un nouveau chapitre de l'histoire de notre pays.

Conformément aux dispositions de l'épilogue, le Parlement décréta ce qu'on appelle communément l'Acte de la Vérité et de la Réconciliation.

Pour que la transition soit négociée avec succès, ses termes requéraient non seulement l'accord des victimes de maltraitance, mais aussi celui de ceux qui étaient menacés par la transition vers une « société démocratique basée sur la liberté et l'égalité ». Si la Constitution avait maintenu en vie la perspective de représailles et de revanches sans fin, l'accord des personnes menacées par sa mise en place aurait pu ne jamais voir le jour, et si un tel accord avait été donné, la transition aurait été bancal et précaire, menacée par la peur des uns et la colère des autres. C'est pour cette raison que les négociateurs de la Constitution firent un choix délibéré, préférant l'entente à la vengeance, la réparation aux représailles, l'ubuntu à la victimisation.

Le résultat est un texte qui, à tous les niveaux, établit un équilibre difficile, délicat, peut-être même déchirant, entre le besoin de justice des victimes d'une maltraitance antérieure, et le besoin de réconciliation et d'une transition rapide vers un avenir nouveau ; entre l'encouragement des auteurs d'injustices à collaborer à la découverte de la vérité, et le besoin de réparation des victimes des faits avérés ; entre une rectification du passé et la création du futur. Un tel exercice est d'une extrême difficulté dans un vaste contexte de considérations politiques, émotionnelles, éthiques et logistiques. Un tel exercice nécessite un arbitrage qui relève substantiellement du domaine de ceux qui étaient chargés de légiférer pendant la période précédant celle de transition et durant celle-ci. Les résultats peuvent bien souvent être imparfaits et la recherche de cet équilibre rappeler le message de Kant que « dans un bois aussi tordu que celui dont est fait l'homme, rien ne peut être taillé qui soit tout à fait droit »² Il peut y avoir un débat légitime sur les méthodes et les mécanismes choisis par le législateur pour donner effet à la tâche difficile qui lui est confiée selon l'épilogue. Nous ne sommes pas concernés par ce débat ni par la question de savoir si le choix des mécanismes est sage, mais seulement par sa constitutionnalité.

Les adversaires d'autrefois habitent le même territoire souverain. Ils doivent vivre ensemble et travailler ensemble ; l'Etat est le mieux équipé pour déterminer les mesures les plus aptes à faciliter la réconciliation et la reconstruction souhaitées. C'est une épreuve difficile que la nation, au sein d'un tel Etat, doit réaliser en tenant compte de son histoire, de sa complexité, et aussi de ses contradictions et traditions, qu'elles soient

2 Kant, *Idee d'une histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique* (1784), Proposition 6.

émotionnelles ou institutionnelles. Le rôle de la sanction des actes criminels d'autrefois, dans une telle situation, fait partie de la complexité.

L'affaire Dikoko

Un jugement minoritaire relatif aux choix des remèdes en cas d'outrage et de diffamation, remet en question les condamnations pécuniaires et encourage la présentation et l'acceptation d'excuses.

Juge SACHS :

Les dommages et intérêts dans les affaires de diffamation, mesurent des éléments intrinsèquement liés à la dignité humaine comme le sont la réputation d'une personne et son honneur, comme s'il s'agissait de marchandises. Contrairement aux entreprises, l'honneur n'est pas coté en bourse. Le réconfort véritable et durable pour une personne lésée à tort, est le rétablissement par la Cour de sa réputation au sein de la communauté. La plus grande victoire pour la victime est de s'en aller la tête haute, sachant que le diffamateur lui-même a reconnu l'injustice de l'affront dont il a été l'auteur ...

Il est conceptuellement inconsistant d'essayer d'établir une relation proportionnée entre le rétablissement d'une réputation, d'une part, et d'autre part, la fixation d'une somme d'argent à titre de compensation. La réputation à laquelle il a été porté atteinte doit être entièrement rétablie, faute de quoi elle ne l'est pas du tout. Elle ne peut pas être rétablie mieux ou moins bien, selon la hauteur du montant alloué. C'est la décision judiciaire en faveur de l'intégrité du plaignant, qui rétablit sa réputation, et non pas la somme d'argent qu'il pourra déposer à la banque ...

L'idée que la valeur de la réputation d'une personne puisse être exprimée en Rands, risque en réalité de vider de son sens ce que la loi essaie de protéger, c'est-à-dire, la bonne réputation, socialement construite, laquelle revêt une grande importance pour la personne lésée. La nature spécifique du préjudice ici en question, requiert une réponse judiciaire nuancée qui va au-delà de la vigilance ordinaire attendue des tribunaux afin d'encourager un accord entre les parties. Suite à la manière dont la loi est actuellement appliquée, les procès pour diffamation ont tendance à se dérouler d'une façon qui exacerbe la relation de rupture entre les parties, les éloignant encore plus l'une de l'autre, au lieu de les rapprocher. Pour que l'un gagne, il faut que l'autre perde, et les points de l'un et de l'autre sont marqués en Rands ...

Ce qu'il faut, c'est davantage de possibilités et encourager la prise en compte par les cours et tribunaux, de la force salvatrice de la rétractation et des excuses. En termes de jurisprudence, cela nécessiterait de repenser les remèdes possibles afin de se concentrer davantage sur l'humain et moins sur les dimensions patrimoniales du problème. L'objectif principal devrait être la réparation plutôt que la sanction. Ce qui exige une plus grande reconnaissance dans les procès pour diffamation, des valeurs constitutionnelles de *ubuntu-botho* ...

Ubuntu-botho est plus qu'une expression à évoquer de temps en temps afin d'ajouter une touche de brillance gracieuse à une conclusion à laquelle on est déjà arrivé. Il est inhérent à notre culture constitutionnelle. Historiquement, il a fondé l'esprit de réconciliation et de communication qui a permis à notre société profondément traumatisée, de surpasser et de transcender les divisions du passé. En termes actuels, il a un caractère permanent et créatif, représentant l'élément de solidarité humaine qui relie entre elles la liberté et l'égalité pour former la triade des valeurs constitutionnelles centrales et positives, qui se soutiennent mutuellement. Il se nourrit des droits fondamentaux inscrits dans la Constitution et les enrichit ...

Ubuntu-botho est très proche de la notion internationale de justice réparatrice, actuellement en plein essor. Profondément enraciné dans notre société, il participe à l'effort mondial en vue de développer des systèmes de justice réparateurs basés sur des principes réparateurs, plutôt que punitifs. Les éléments fondamentaux de la justice réparatrice ont été identifiés comme la rencontre, la réparation, la réintégration et la participation. La rencontre (le dialogue) permet aux victimes et aux auteurs de parler de la blessure et de la manière d'avancer dans le futur. La réparation vise à effacer le mal qui a été fait plutôt que la sanction. La réintégration dans la communauté dépend du respect mutuel et de l'engagement mutuel. La participation suppose une rencontre moins formelle entre les parties, permettant à leurs proches de participer. Ces concepts s'harmonisent avec des procédés bien connus de formes traditionnelles de résolution de conflits dans notre pays, des procédés qui continuent d'être soutenus par la philosophie de l'*ubuntu-botho* ...

Comme les principes de la justice réparatrice, la philosophie de *ubuntu-botho* a généralement été invoquée en relation avec le droit pénal, et spécialement dans le domaine de la justice des mineurs. Or, il n'y a aucune raison de la confiner à ces domaines. Elle a déjà influencé notre jurisprudence sur des questions aussi différentes que la peine capitale et la manière dont les tribunaux devraient s'occuper des personnes menacées d'être expulsées d'abris rudimentaires, construits sur un terrain

illégalement occupé. Récemment, elle fut appliquée de manière créative par la Cour suprême dans une affaire d'homicide, afin de lier la suspension d'une peine de prison à des excuses par le représentant principal de la famille de l'accusé, comme souhaité par la mère du défunt ...

A mon avis, il existe peu de procédures qui se prêtent davantage à l'influence des valeurs proclamées de *ubuntu-botho* que celles qui visent à rétablir l'honneur public d'une personne tout en apaisant le traumatisme et en guérissant les plaies au niveau de la vie sociale. A cet égard, on devrait prêter attention au concept traditionnel de droit romano-hollandais de l'amende honorable ...

Bien que les notions de *ubuntu-botho* et d'amende honorable soient exprimées dans des langues différentes, propres à des cultures juridiques distinctes, elles partagent la même philosophie sous-jacente, et le même objectif. Les deux procédés entendent encourager la rencontre face à face des parties, afin de faciliter la résolution en public de leurs différends et la restauration de l'harmonie dans la communauté. Dans les deux cultures juridiques, l'objectif principal est de créer des conditions qui facilitent, dans la mesure du possible, la présentation d'excuses honnêtes, leur acceptation sincère ...

L'état d'esprit dans le domaine judiciaire, comme le mode de présentation des preuves et des arguments, sont principalement axés sur des questions relatives au montant des dommages et intérêts à octroyer, plutôt que sur la manière d'encourager des excuses. Selon moi, il conviendrait de revoir l'importance attachée au quantum. Plus de possibilités devraient être données afin de promouvoir les solutions de réparation en nature.

Il est remarquable que, dans le contexte de discours de haine, le législateur ait marqué son soutien au nouveau remède que sont les excuses. Ainsi, les Cours de l'Égalité, établies dans les différentes parties du pays pour connaître des plaintes relatives aux discriminations, ont le pouvoir d'ordonner que des excuses soient présentées, outre ou en place d'autres mesures. Je crois que les valeurs consacrées dans notre Constitution encouragent le développement de quelque chose de similaire aux procès en diffamation. A la lumière des valeurs constitutionnelles fondamentales de *ubuntu-botho*, les tribunaux de première instance devraient se sentir encouragés à en explorer de façon proactive les mécanismes, pour déplacer l'attention quasi exclusive au quantum vers la recherche de procédés qui mettent en avant les possibilités de résoudre le conflit entre les parties et d'atteindre, dans la dignité, une forme de réconciliation. Le problème est que tant que la vision du droit reste aussi rigide qu'elle l'est aujourd'hui, les parties ne seront pas encouragées à chercher à restaurer leur relation

par un dialogue direct et honorable. Les excuses continueront à être perçues principalement comme un moyen technique de réduire le montant des dommages et intérêts, plutôt que comme un moyen, fondé sur des principes, de crever l'abcès et de restaurer un certain respect mutuel ...

Mettre tout spécialement l'accent sur la restauration de la relation entre les parties n'implique pas, bien sûr, que l'indemnité pécuniaire devrait disparaître complètement du tableau. Dans notre société, l'argent, comme le bétail, peut avoir une valeur symbolique importante. La menace des dommages et intérêts continuera à être nécessaire en tant que moyen de dissuasion, et ce aussi longtemps que le monde dans lequel nous vivons demeure axé sur l'argent comme il l'est aujourd'hui. Bon nombre de malfaiteurs seraient très heureux de faire les excuses les plus abjectes (qu'elles soient sincères ou non) parce qu'elles ne leur coûtent rien : « ce ne sont que des mots ». De plus, il est bien clair que l'atteinte à la réputation peut ne pas être totalement réparée par un démenti public ou des excuses ; les déclarations préjudiciables restent dans les mémoires. Dès lors, même si les dommages et intérêts ne guérissent pas de l'atteinte par diffamation, il se peut qu'ils dissuadent les petites calomnies, et qu'ils constituent un réel réconfort pour le tort difficilement réparable causé à la réputation ...

On a donc besoin de plus de flexibilité et d'innovation au sujet de la relation entre les excuses et l'octroi d'une indemnité pécuniaire. Un bon début pour arriver à une plus grande souplesse pourrait bien être de rechercher les points de chevauchement entre *ubuntu-botho* et l'amende honorable, le premier concept fournissant un nouvel esprit, le second un cadre légal consacré. Peu importe les modalités de réhabilitation et quelle que soit l'importance des faits dans chaque affaire pour son issue, plus la gamme d'options réparatrices disponibles est large, plus il est probable que justice soit faite entre les parties. Et plus grande sera la chance de réaliser la société plus humaine envisagée par la Constitution ...

L'affaire de la municipalité de Port Elizabeth

Extraits de mon jugement dans l'affaire de la municipalité de Port Elizabeth, dans laquelle la Cour a décidé qu'il ne serait ni juste ni équitable d'expulser des familles noires, extrêmement pauvres, de cabanes construites sur un terrain appartenant à un propriétaire blanc, sans une tentative de médiation préalable.

Juge SACHS :

Ce n'est pas seulement la dignité des pauvres qui est mise à mal lorsque des sans-abris errent à droite ou à gauche, dans une quête désespérée

d'un endroit où ils pourraient trouver le repos. C'est notre société toute entière qui est rabaissée lorsque l'intervention de l'Etat intensifie leur marginalisation plutôt que la réduit. Ainsi, l'intégrité de la vision axée sur les droits de la Constitution est rompue lorsque, au lieu de le réduire, des mesures gouvernementales augmentent le déni des droits des désespérément pauvres aux éléments de base d'une existence décente. D'où le besoin d'un contrôle judiciaire spécifique sur un processus qui est à la fois socialement éprouvant et potentiellement conflictuel.

Les mots « juste et équitable » [utilisés dans l'acte de prévention de l'expulsion illégale et de l'occupation illicite, connu sous PIE] laissent entendre que les critères à appliquer ne sont pas d'ordre purement technique comme ceux qui découlent ordinairement des dispositions du droit foncier. L'accent mis sur la justice et l'équité souligne l'objectif central, philosophique et stratégique, du PIE. Plutôt que de regarder d'une part, les valeurs fondatrices de l'état de droit et d'autre part, l'accomplissement de l'égalité, comme distinctes l'une de l'autre ou même contradictoires, le PIE considère ces valeurs comme interactives, complémentaires, se renforçant l'une l'autre. La réconciliation nécessaire ne peut aboutir que par une analyse approfondie des détails concrets de chaque affaire. La Cour est donc appelée à aller au-delà de ses fonctions habituelles, et à s'engager dans une gestion judiciaire active, selon les principes équitables d'un processus social continu, stressant, régi par la loi. Ceci a des conséquences majeures sur la manière dont elle doit traiter les questions qui se présentent à elle, e.a. celles relatives à la preuve, fixer les procédures, ainsi que sur la façon dont elle exerce ses pouvoirs et détermine les injonctions qu'elle peut donner, etc ...

La Constitution et le PIE exigent qu'en plus de vérifier la légalité de l'occupation du lieu, la Cour se soucie des intérêts et de la position de l'occupant, et tienne dûment compte de considérations plus larges qu'exigent la loyauté et d'autres valeurs constitutionnelles, afin d'aboutir à une solution juste et équitable. Ainsi, le PIE invite expressément la cour à insuffler des éléments de grâce et de compassion dans les structures formelles de la loi. Elle est appelée à trouver un équilibre entre les intérêts en conflit, dans le respect des principes, et à promouvoir la vision constitutionnelle d'une société bienveillante, fondée sur de bons rapports de voisinage et des préoccupations communes. La Constitution et le PIE confirment ainsi que nous ne sommes pas des individus isolés. L'esprit de l'*ubuntu* qui fait partie du profond héritage culturel de la majorité de la population, imprègne tout l'ordre constitutionnel. Il combine les droits individuels avec le motif unificateur de la philosophie de communication dont est imprégnée la Déclaration des Droits qui, dans notre nouvelle société en évolution, n'est rien d'autre qu'une déclaration structurée,

institutionnalisée et opérationnelle de la nécessité, de mettre en avant l'interdépendance humaine, le respect mutuel, le souci pour autrui ...³

Il est clair que les injustices à grande échelle dont nous avons hérité rendront difficile la tâche des tribunaux d'assurer une équité immédiate au niveau individuel. Le système judiciaire ne peut corriger lui-même toute l'injustice systémique présente dans notre société. Il peut cependant adoucir et minimiser le degré d'injustice et d'iniquité qu'entraîne l'expulsion des parties les plus faibles se trouvant dans un état de nécessité ou d'injustice. Comme les auteurs du jugement minoritaire dans la seconde affaire d'avortement à la Cour constitutionnelle fédérale allemande l'ont fait remarquer, il est certaines questions qui mettent en jeu des valeurs contradictoires qui sont si intrinsèques à la façon dont notre société fonctionne que ni le législateur, ni les tribunaux ne peuvent les « résoudre » avec des réponses « correctes » ...

Lorsqu'ils sont confrontés aux dilemmes posés par le PIE, les tribunaux devraient en conséquence faire le mieux qu'ils peuvent avec les règles de la preuve et de la procédure dont ils disposent ...

Si l'on cherche à résoudre les contradictions mentionnées ci-dessus, il n'est pas toujours possible de dissocier les questions de procédure de celles de fond, relatives à la justice et l'équité. Le rôle managérial des tribunaux peut devoir s'exprimer de manière innovante. Ainsi une façon potentiellement digne et efficace de réconcilier durablement les différents intérêts impliqués, est d'encourager et d'exiger des parties qu'elles s'engagent l'une envers l'autre dans un effort proactif et honnête afin de

3 La Juge Yvonne Mokgoro expliqua la signification de l'ubuntu dans une affaire où la Cour déclara que la peine capitale était incompatible avec la Déclaration des Droits, de la manière suivante :
En général, ubuntu se traduit comme « la qualité d'humain ». Dans son sens le plus fondamental, il se traduit comme la qualité de personne et la « moralité ». Métaphoriquement, il s'exprime en *umuntu ngumuntu ngabantu*, décrivant la portée de la solidarité du groupe sur des questions de survie centrales pour la survie des communautés. Alors qu'il enveloppe les valeurs fondamentales de la solidarité de groupe, de la compassion, du respect, de la dignité humaine, de la conformité aux normes de base et de l'unité collective, dans son sens fondamental il désigne l'humanité et la moralité. Son esprit met l'accent sur le respect de la dignité humaine, marquant un passage de la confrontation à la conciliation. En Afrique du Sud, ubuntu est devenu une notion avec une résonance particulière dans l'édifice qu'est la démocratie. Il fait partie de notre héritage arc-en-ciel, bien que, peut-être, il ait opéré et qu'il opère toujours différemment dans des milieux communautaires divers. Dans l'héritage culturel occidental, le respect et la valeur de la vie dont témoignent les concepts globaux d'« humanité » et de « menswaardigheid », sont aussi hautement estimés. Ce sont des valeurs comme celles-là que [la Constitution] exige de promouvoir. Elles donnent du sens et de la texture aux principes d'une société basée sur la liberté et l'égalité.

trouver des solutions acceptables pour chacune d'elles. Pour autant que ce soit possible, un dialogue en face à face et respectueux, ou la médiation grâce à l'intervention d'un tiers, devraient remplacer le combat distant entre des adversaires coriaces ...

La médiation obligatoire est une caractéristique de plus en plus commune dans les systèmes modernes. Il faut noter cependant que c'est la participation au processus qui constitue l'obligation, et non la réalisation d'un accord. En Afrique du Sud, la médiation ou la conciliation sont obligatoires dans de nombreux cas qui relèvent du contentieux du travail, avant que l'affaire ne soit portée devant un tribunal. La médiation dans les affaires de famille, bien qu'elle ne soit pas obligatoire, est aussi de plus en plus fréquente dans nombre de juridictions ...

Ainsi, ceux qui poursuivent l'expulsion devraient être encouragés à ne pas s'en tenir à l'idée des squatteurs sans visage, anonymes, devant automatiquement être expulsés comme d'odieuses nuisances sociales. Une telle approche stéréotypée n'a pas sa place dans la société envisagée par la Constitution; la justice et l'équité exigent que chacun soit traité comme un individu titulaire de droits, parmi lesquels le droit au respect de sa dignité. D'autre part, ceux que la pauvreté et le statut de sans-abri contraignent de vivre dans des cabanes sur la terre d'autrui, devraient être découragés de se considérer comme des victimes impuissantes, privées des possibilités du libre-arbitre. La ténacité et l'ingéniosité dont ils font preuve en construisant des maisons avec du matériel de rebut, en trouvant du travail et en envoyant leurs enfants à l'école, témoignent de leur capacité de survie et d'adaptation. La justice et l'équité les obligent à se fier à cette même ingéniosité en cherchant une solution à leur situation difficile et en explorant toutes les possibilités raisonnables pour s'assurer un logement alternatif convenable, ou une terre ...

La médiation peut réduire les frais de procédure ; elle peut aussi aider à éviter l'exacerbation des tensions que la bataille judiciaire génère. En réunissant les parties autour de la table, en réduisant les zones de conflit et en facilitant les concessions mutuelles, les médiateurs peuvent trouver comment contourner les pierres d'achoppement, ce que l'antagonisme inhérent au procédure judiciaire ne permet guère. L'argent qui est dépensé à un procès désagréable et qui divise, peut être utilisé à meilleur escient pour faciliter une issue qui met fin à un affrontement, promeut le respect de la dignité humaine et souligne le fait que nous vivons tous dans une même société ...

Dans le contexte sud-africain, où les communautés ont longtemps été divisées et dans l'hostilité, la médiation joue un rôle particulièrement

important. Elle permet aux parties d'établir une relation entre elles, pragmatique et intelligente, en vue de construire pour le futur la perspective de rapports respectueux entre voisins. Elle présente le plus d'intérêt dans les domaines intensément émotionnels, chargés d'histoire, traités par le PIE. Vu le caractère particulier des intérêts conflictuels impliqués dans la procédure d'expulsion prévue dans la section 6 de PIE, et sauf circonstances particulières, il ne serait ni juste ni équitable d'ordonner l'expulsion avant qu'une véritable discussion, voire une médiation, n'ait pas été tentée.

S v M

Les principes encourageant la justice réparatrice, plutôt que punitive, ont été développés dans le domaine de la justice des mineurs. Dans une affaire qui a été présentée devant notre Cour, les droits des enfants devaient être examinés, alors que ceux-ci ne risquaient pas l'emprisonnement, mais bien leur mère. Déclarée coupable pour fraude par carte de crédit alors qu'elle était en liberté sous caution, la mère demanda à être placée sous un régime « de supervision corrective », qui lui permettrait d'effectuer des travaux d'intérêt général, en dehors de la prison. Dans un jugement qui fut approuvé par la majorité de mes collègues, j'ai insisté sur le fait que dans ce type d'affaires, les tribunaux étaient constitutionnellement obligés d'accorder une attention particulière à l'impact de l'emprisonnement sur les enfants de la personne qui prend soin d'eux. Attentif à l'effet combiné du maintien des droits de ses enfants, et de la poursuite des objectifs de la justice réparatrice, le jugement a choisi de laisser la mère en liberté. Trois des dix juges n'étaient pas d'accord sur l'analyse des faits, et estimaient devoir envoyer la mère en prison, avec la possibilité d'une libération assez proche, sous un régime de supervision correctionnelle.

Juge SACHS :

Chaque enfant a sa propre dignité. Si, au regard de la constitution, un enfant doit être considéré comme un individu avec une personnalité distincte et pas seulement comme un adulte en miniature, attendant d'atteindre sa taille maximum, il ne peut être traité comme une simple extension de ses parents, destiné de par son lien à nager ou à couler avec eux. Le caractère complet et émancipateur de la section 28 [dans la Déclaration des Droits, traitant des droits des mineurs] implique que dans le nouvel ordre des choses, les fautes et traumatismes des pères et des mères n'ont pas à être répercutés sur leurs enfants.

Individuellement et collectivement, tous les enfants ont le droit de s'exprimer en tant qu'êtres indépendants de la société, d'avoir leur propre rire ainsi que leur propre peine, de jouer, d'imaginer et d'explorer à leur façon, d'apprendre à découvrir par eux-mêmes leur corps, leur esprit, leurs émotions, et par-dessus tout d'apprendre en grandissant, comment se comporter et faire des choix dans le vaste monde social et moral de l'adulte. Ce qui est fondamental pour assurer la jouissance du droit à l'enfance est la promotion du droit aussi étendu que possible de vivre dans un environnement sûr, sans violence, sans menace, sans manque ou traumatisme évitable ...

Un des avantages de la supervision correctionnelle [pour une mère risquant l'emprisonnement] est qu'elle laisse ouverte l'option de la justice réparatrice, ce que l'emprisonnement exclut. Au cœur de la notion de justice réparatrice, il y a la reconnaissance de l'aptitude de la collectivité d'exercer un contrôle de la criminalité, en lieu et place des institutions de la justice pénale. Ainsi, nos tribunaux ont observé qu'une des forces de la supervision correctionnelle, est qu'elle réhabilite le coupable au sein de la communauté, lui épargnant l'impact négatif de la prison, destructif du lien familial. Elle vise à sanctionner, tout en réhabilitant le coupable au sein de la communauté, en lui laissant son travail et ses habitudes domestiques, sans lui faire subir les effets négatifs de la prison.

Dans le cas présent, il faut prendre en considération les faits suivants. M. a montré une aptitude méritoire à organiser sa vie de façon productive et à poursuivre avec succès des activités entrepreneuriales durant les sept années précédentes. Rien dans le dossier ne suggère qu'elle se serait conduite de façon malhonnête durant cette période. Elle a un domicile fixe et a été déclarée candidate adéquate pour la supervision correctionnelle. Il est de l'intérêt public de réduire, autant que possible, la population carcérale. Obliger M. à subir une autre peine de prison, reviendrait à faire savoir que la communauté n'a pas les moyens de gérer ses défaillances morales. Je ne pense pas que ces moyens soient toujours présents. Tout comme je ne pense pas que la communauté puisse être vue simplement comme une masse vengeresse, n'ayant aucun intérêt pour la récupération morale et sociale de l'un de ses membres. M. a manifesté la volonté de se comporter correctement. Comme l'ont fait remarquer certains tribunaux, personne ne devrait être exclu de la supervision correctionnelle au seul motif qu'il y a récidive.

Rien de ce qui précède ne doit être considéré comme atténuant la gravité des délits dont elle a été reconnue coupable, ni être interprété comme l'expression d'un manque d'intérêt pour le mal et le préjudice causés aux victimes de sa fraude. Cependant, à la lumière de toutes les circonstances

de cette affaire, je conclus que M., ses enfants, la communauté et les victimes qui seront remboursées grâce à ses revenus, tireront un plus grand avantage de son placement sous supervision correctionnelle que de son renvoi en prison.

4

RAISON ET PASSION

Bien que la voix de mes jugements soit la mienne, la source intellectuelle de mes pensées est la même que celle de mes collègues, à savoir la Constitution. D'une manière ou d'une autre, tous mes collègues à la Cour avaient été confrontés aux outrages et injustices graves de l'apartheid. La Constitution était antiraciste jusqu'à la moelle. Notre génération avait produit les initiateurs du texte. La Constitution elle-même prévoit l'existence d'une Cour Constitutionnelle engagée activement à trouver des réponses de principe, susceptibles d'être appliquées aux problèmes graves du racisme, du sexisme et de l'inégalité dans notre pays. Elle invite la Cour, de manière explicite, à se placer dans le courant de la pensée juridique internationale progressiste.

Mais bien que nous puissions tous à la même source et, en dépit de la collégialité entre nous, être juge entraîne de manière inhérente un sentiment de solitude. Dans mon cas, ce sentiment s'est renforcé par la prise de conscience, que le plus souvent, mes jugements se formaient d'une manière différente et dans un style assez différent de ceux de mes collègues. Heureusement, le réconfort me vint de deux sources inattendues. La première étant qu'un autre juge, l'un des plus distingués, exerçant sa fonction dans un contexte social et historique très différent du mien, était mû par des contraintes intellectuelles identiques à celles qui semblaient m'habiter. Il s'agit du Juge William Brennan de la Cour suprême des Etats-Unis.

Un jour alors que je donnais cours aux USA, j'ai demandé à l'assistance de deviner qui parmi les juges de la Cour suprême des Etats-Unis étaient ceux que je citais le plus souvent. La réponse était Robert Jackson, pour la façon incomparable dont il communiquait des raisonnements très réfléchis, et William Brennan pour la manière mesurée avec laquelle il exprimait sa vision progressiste de la fonction de juger. Quelqu'un dans le public me raconta qu'il avait écrit une biographie de Brennan et m'en offrit un exemplaire. J'ai trouvé dans cet ouvrage une conférence que Brennan avait donnée en l'honneur du Juge Benjamin Cardozo, expliquant de manière éloquent ce qui aurait pu être ma philosophie. Selon lui, Cardozo avait éveillé l'attention de l'Amérique sur la réalité du processus de décision judiciaire en démontrant que juger ne pouvait

pas être considéré uniquement comme une application de la raison pure à des problèmes légaux, ni à l'extrême opposé, comme l'expression de la volonté ou de la passion du juge. Il existe plutôt une interaction complexe de forces – rationnelles et émotionnelles, conscientes et inconscientes – à laquelle aucun juge ne peut prétendre échapper. L'idée maîtresse de Brennan est que cette interaction de forces, ce dialogue interne entre la raison et la passion, ne vicie pas le processus de décision judiciaire, mais est au contraire essentiel à sa vitalité, en particulier pour ce qui concerne l'interprétation de la Constitution. Je partage entièrement ce point de vue.

Brennan soulignait qu'au début du vingtième siècle, le regard porté sur la raison était devenu si étriqué, que toute autre considération était exclue du champ de vision ; le monde juridique en était arrivé à se persuader qu'une vision plus large serait de nature à menacer gravement la légitimité et l'autorité du pouvoir judiciaire. Mais selon Brennan, le fait que le monde juridique ne reconnaissait pas le rôle important joué par d'autres qualités que la raison dans l'élaboration des décisions judiciaires, constituait une menace bien plus grave. En ignorant ces autres qualités, les juges se privaient eux-mêmes des substances indispensables à assurer une rationalité saine et vigoureuse. Brennan range ces qualités sous le vocable « passion », un mot qu'il a choisi délibérément pour son sens large et parce qu'il était le plus approprié à indiquer tout ce qui apparaissait à première vue comme l'ennemi de la raison. Par « passion », il entendait la série de réponses émotionnelles et intuitives à un ensemble donné de faits et arguments, réponses qui surgissent dans la conscience bien avant les syllogismes pesants de la raison. Après avoir repris l'idée de Cardozzo que la loi possède ses propres intuitions pénétrantes, ses moments apocalyptiques tendus, il faisait observer que les heureux sauts de l'imagination surgissent moins de la logique que du domaine de l'expérience humaine, domaine dans lequel la loi agit et prend du sens. En conséquence, être sensible aux réponses intuitives et passionnées des uns et des autres, et prendre conscience de la portée de l'expérience humaine, sont des éléments inévitables mais combien souhaitables dans le processus de décision judiciaire ; ils en constituent un aspect qui doit être respecté plutôt que redouté.

Brennan concluait en disant que la nature ouverte d'une constitution écrite, et les différentes manières de réconcilier des principes et des passions en conflit, placent le juge devant une énorme responsabilité. La tâche d'interpréter la constitution, en particulier dans la perspective de la cour suprême, est intimidante. Quel que soit le temps que nous avons pu consacrer à l'étudier et à l'analyser, le poids de la responsabilité lié au travail de la Cour suprême de justice ne peut être entièrement anticipé. Le combat pour arriver à la certitude, à la confiance dans nos efforts

d'interprétation, est authentique et permanent. Bien qu'ils n'atteignent jamais la certitude, les juges doivent poursuivre le combat, car comme pour chaque génération, ce n'est que s'ils mettent à contribution leur expérience et connaissance, que l'on peut espérer que la loi progresse. Une fois de plus, je suis d'accord avec lui.

La seconde source de réconfort est arrivée de manière surprenante. Quand je fis l'expérience nouvelle et agréable de découvrir que, lorsque mes jugements étaient cités dans d'autres pays, les passages choisis étaient précisément ceux qui avaient surgi des régions les plus subliminales de ma conscience, dans des circonstances bien éloignées de la sphère judiciaire. J'en donnerai des exemples.

Le premier concerne un motif dans un de mes jugements sur la peine capitale. Ce motif énonce que si le coupable était exécuté, il gagnerait de manière perverse une victoire morale parce qu'en tuant le tueur, l'Etat affaiblit la répugnance que chacun éprouve à l'idée de priver quelqu'un de la vie, délibérément. Dans la préface d'un ouvrage consacré à la peine capitale destiné à un public britannique et international, le professeur Andrew Rutherford cita ce motif. Et je me souvins de la manière dont celui-ci m'est venu à l'esprit. Une des toutes premières affaires portées devant la cour concernait la constitutionnalité de la peine capitale. L'affaire avait suscité des réflexions puissantes et des émotions troublantes de tous côtés. Dans l'espoir d'apaiser mes propres pensées et émotions, je m'offrais de temps à autres le plaisir d'une longue immersion dans un bain chaud. Et ce fut lors d'une somnolente immersion, que la phrase citée par le professeur Rutherford m'est venue à l'esprit, de manière spontanée. De tous les passages de ma décision, c'était la phrase la moins dictée par l'induction rationnelle, la moins délibérée ; c'est pourtant cette phrase qui a le mieux retenu l'attention.

Ensuite, un peu plus tard, Lord Steyn, du comité judiciaire de la Chambre des Lords britannique, m'adressa l'extrait d'un jugement qu'il venait de prononcer et qui concernait la question technique de savoir si le renversement de la charge de la preuve, prévu dans un texte de loi, pouvait avoir une incidence sur la présomption d'innocence et si oui, comment. Le renversement de la charge de la preuve prévoit que lorsque certains faits à charge sont établis, il revient à l'accusé de prouver d'autres faits de nature à le disculper. Y a-t-il violation de la présomption d'innocence dans un tel cas ? La citation qu'il avait choisie énonce qu'il existe un paradoxe au cœur de la présomption d'innocence dans le procès criminel : plus le crime est grave, plus grand est l'intérêt du public à ce qu'une condamnation soit prononcée, et plus il importe de respecter la présomption d'innocence dont jouit l'accusé (La citation complète est reprise dans *Le paradoxe au*

cœur de la présomption d'innocence, infra, p 78). Cette idée, de prime abord surprenante, mais en définitive évidente, est aussi l'une de celles qui me sont venues à l'esprit lorsque j'étais allongé dans le bain, détendu et à moitié engourdi.

J'imagine que si un jour, des chercheurs diligents se penchent sur les notes que j'ai griffonnées sur du papier brouillon en y inscrivant quelques idées, ils en découvriront bon nombre dont l'encre s'est diluée par des gouttes d'eau. Étonnamment, ce sont précisément les pensées spontanées, notées au vol, qui font un long chemin. Bien évidemment, elles ne se sont pas formées toutes seules. Le travail de base se situe dans des recherches importantes et rationnelles effectuées pendant des semaines, voire des mois, dans la lecture de rapports légaux, de textes, d'articles de journaux, dans les débats avec mes collègues, de sorte que mon esprit se trouve submergé d'un flot d'idées et de formules éparses. Ce n'est cependant que lorsque je suis proche de l'état que mes amis bouddhistes décrivent comme celui de méditation transcendantale, que certaines formulations émergent, comme venant de nulle part. C'est comme si les étapes de la découverte, de la justification, de la persuasion et de la recherche de belles formules, se fondaient l'une dans l'autre dans un mouvement spontané de création.

Le même phénomène s'est produit dans une affaire portant sur le droit de vote des prisonniers. À l'époque, je me demandais pourquoi je m'étais senti si intransigent sur le sujet ; c'est dans un moment où mon esprit était apparemment déconnecté, qu'un éclaircissement soudain me vint. Il ne s'agit pas seulement du fait que le droit de vote constitue un droit démocratique dont chacun jouit, et je notai – en sortant du bain – que ce droit, qui est le résultat d'un dur combat, concerne profondément la dignité de chaque être humain ; le vote unit dans une même société les plus haut placés et les plus humbles, et exprime l'idée que chaque personne compte (La citation complète est reprise dans *Le sens du Vote*, p. 79). Ce raisonnement sous-jacent s'est formé de manière complète dans mon esprit, donnant un sens à des notions en conflit, qui jusque là s'y trouvaient non réconciliées. La découverte conceptuelle était inséparable du langage rhétorique dans lequel elle s'est exprimée. Plus tard, ce motif est devenu le seul passage de mon jugement auquel il a été fait référence dans un jugement majoritaire de la Cour suprême du Canada dans un cas similaire. Aucun raisonnement cartésien n'avait été impliqué dans sa création. Et pourtant il a traversé l'océan pour arriver dans une Cour que j'ai eu l'occasion d'admirer.

J'insiste sur le fait que d'autres juges à la Cour Constitutionnelle ont été cités par des cours à l'étranger et je n'ai jamais discuté avec eux des circonstances dans lesquelles ils ont eu de nouvelles idées. Mais je suppose

que si on menait une enquête, chacun se souviendrait de moments de détente au cours desquels des idées nouvelles lui sont apparues : en jardinant, en courant, en faisant la lessive, ou en se baladant en montagne, même au volant d'une voiture en un jour monotone. Y repensant, je me souviens d'un collègue qui m'a raconté qu'un argument décisif de son jugement lui était venu en prenant sa douche ce matin-là.

On dit d'Archimède qu'il a eu son moment d'eurêka dans son bain, mais je doute qu'il y ait quelque chose de spécial à s'immerger dans de l'eau chaude pour promouvoir la créativité. D'ailleurs, ayant tendance à prendre des douches, je n'aimerais pas imaginer que la jurisprudence de ma Cour en pâtirait! Mais il est vrai que les trois premières fois où j'ai été cité par des juridictions à l'étranger, les formulations m'étaient venues à l'esprit alors que mes pensées étaient loin d'un raisonnement légal strict.

De tout cela, je tire deux conclusions. La première est évidente, à savoir que les expériences passionnantes de la vie s'insèrent inévitablement dans l'élaboration de décisions judiciaires, pour en venir aux prises avec le raisonnement sans passion. La seconde est moins évidente : l'effet de l'expérience vécue sur la pensée judiciaire, ne serait pas linéaire ni prévisible. Ainsi, le fait d'avoir grandi au sein d'une famille activement anticléricale, aurait pu me rendre, de manière innée, dédaigneux à l'égard des revendications visant à protéger la conscience religieuse dans la sphère publique. Mais en tout état de cause, l'expérience vécue d'avoir été un enfant non croyant dans l'environnement d'une école confessionnelle, semble m'avoir prédisposé à défendre le droit à la conscience. Je pense que cette tendance s'est manifestée dans un jugement, dont l'idée m'est aussi apparue de façon inopinée, et qui est parvenu jusqu'à la Chambre des Lords de Londres (voir Exemption de la loi pour motif religieux, p 80). Il soulignait le devoir de l'Etat de prévoir, dans la mesure du possible, des exemptions à la norme pour motifs religieux.

Le paradoxe au cœur de la procédure pénale

Discours de Lord Steyn dans l'affaire *R v Lambert* (2001) UKHL, 37, Judicial Committee of the House of Lords.

LORD STEYN :

Dans *HM Advocate v McIntosh, P.C.* (5/2/2001), Lord Bingham de Cornhill a cité le jugement du Juge Sachs de la Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud dans *State v Coetzee* (1997) 2 LRC 593. Les explications éloquentes du Juge Sachs sur la signification de la présomption d'innocence, méritent d'être reproduites dans leur intégralité (para. 220; p. 161) :

Il existe un paradoxe au cœur de toute procédure pénale en ce que plus grave est le crime et plus grand est l'intérêt public à ce que des condamnations soient prononcées, tandis que les protections constitutionnelles dont bénéficie l'accusé en acquièrent plus d'importance. Le point de départ pour l'examen équilibré de toute affaire susceptible de porter sur des droits constitutionnels, doit être que l'intérêt général à ce que des innocents ne soient pas condamnés et ne fassent pas l'objet de sentences honteuses et lourdes, doit l'emporter sur l'intérêt général à garantir qu'un criminel en particulier rende des comptes. En conséquence, l'objectif de la présomption d'innocence n'est pas seulement de protéger tel individu au cours d'un procès, mais aussi de maintenir la confiance du public dans l'intégrité et la sécurité du système judiciaire. Une référence à la gravité et à la fréquence d'un crime donné, n'ajoute donc rien de nouveau ou de spécial dans la recherche d'un équilibre. Le caractère pernicieux de la faute fait partie des données qui doivent être confrontées à la présomption d'innocence dès le départ, et ne constitue pas un nouvel élément à mettre en balance comme faisant partie des critères de recherche de l'équilibre. S'il en était autrement, le prétexte omniprésent de l'ignominie pourrait être utilisé pour le meurtre, le viol, le vol de voiture, le vol par effraction, le trafic de drogue, la corruption... (la liste est loin d'être exhaustive), et il ne resterait rien de la présomption d'innocence, sauf, peut-être en tant que relique du passé et ardente défenderesse du droit dans les affaires les plus insignifiantes...

Le sens du vote

Comment doit-on traiter une plainte de prisonniers qui revendiquent le droit de voter aux élections générales : sont-ils les auteurs de leur propre infortune, ou sont-ils privés d'un droit fondamental ? Ce qui suit est un extrait du jugement que j'ai écrit pour la Cour, qui énonce que les prisonniers ne peuvent être privés du droit de vote par une décision administrative, mais seulement en vertu d'un acte du Parlement compatible avec la Constitution. Voir : *August v Electoral Commission and Others* (1999).

Juge SACHS :

Le suffrage universel pour les personnes majeures sur base d'une liste électorale commune, est l'une des valeurs fondamentales de notre ordre constitutionnel. Le suffrage universel présente, d'un point de vue historique, une importance considérable à la fois pour la reconnaissance des droits à la citoyenneté dans le chef de tous les sud-africains, quelle que soit leur race, et pour la réalisation de l'identité nationale. Le caractère

universel du droit de vote est important au regard de l'identité nationale et de la démocratie. Mais le droit de vote accordé à tous est aussi l'expression de la dignité et de l'identité individuelle. De manière concrète, il exprime le fait que chaque individu compte. Dans un pays marqué par de grandes disparités en termes de pouvoirs et de richesses, il indique que, qui que nous soyons, riches ou pauvres, honorés ou non, nous appartenons tous à la même nation démocratique d'Afrique du Sud, que nos destinées s'entrelacent au sein d'un même régime politique interactif. Les droits ne peuvent être limités sans justification ni loi, celle-ci devant être interprétée à la lumière du principe que l'exercice du droit de vote doit être attribué plutôt qu'ôté.

L'Exemption de la loi générale pour motif religieux

Jusqu'où doit aller la démocratie dans l'exonération des membres d'une communauté religieuse de l'obligation de respecter la loi? Discours de Lord Walker devant le Judicial Committee of the House of Lords, dans l'affaire *R v Secretary of State for Education and Employment and others ex parte Williamson and others* (2005) UKHL 15.

LORD WALKNER :

Référence a été faite devant votre Chambre à un cas récent soumis à la Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Christian Education South Africa v Minister of Education* (2000) 9 BHR 53, qui soulevait les mêmes questions que celles qui se posent à la Chambre des Lords, mais dans un contexte assez différent. La différence provient d'une part, des termes utilisés dans la Constitution de l'Afrique du Sud et, d'autre part, du cadre historique et culturel auquel la Cour Constitutionnelle prête la plus grande attention. Quoi qu'il en soit, j'ai trouvé le jugement de la Cour, rendu par le Juge Sachs, très utile, spécialement pour la discussion générale aux pp. 68-70, para. 33-35. Le Juge Sachs énonce au paragraphe 35 :

Le problème de fond dans toute société ouverte et démocratique basée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté, au sein de laquelle la liberté de conscience et de religion doit être considérée avec respect, est de définir les limites dans lesquelles une telle société peut ou doit autoriser les membres de communautés religieuses à définir les lois qu'ils entendent respecter et les autres. La cohésion dans une telle société ne peut être établie que si tous ses membres acceptent que certaines normes et critères de base ont un caractère impératif. En conséquence, les croyants ne peuvent revendiquer un droit automatique d'être exemptés en vertu de leur croyance, du respect des lois de la nation. Mais dans le même temps, s'il existe une possibilité

raisonnable, l'Etat doit chercher à éviter de placer les croyants face au choix, pénible et douloureux, d'être soit fidèles à leur croyance, soit respectueux de la loi.

5

Mozambique, 1988

Tout est silencieux et calme. Il n'y a ni voix ni mouvements. Je suis enveloppé dans une obscurité et une tranquillité totales. Si je suis mort, je n'en ai pas conscience. Si je suis vivant je n'en ai pas conscience. Je n'ai conscience de rien, ni de moi-même, ni de ce qui m'entoure, ni de qui ou quoi que ce soit.

« Albie... », une voix traverse l'obscurité. Une voix qui ne parle pas de moi mais s'adresse à moi, prononce mon nom, et dont le timbre est bien différent de toutes les autres voix de ceux qui se pressent autour de mon cas. « Albie, c'est Ivo Carrido qui te parle... ». La voix est sympathique et affectueuse, je connais Ivo, jeune chirurgien remarquable et ami. « Tu es à l'hôpital Maputo Central... ton bras est dans un état lamentable... ». Il utilise un terme portugais prudent pour décrire mon bras. Il faut dire que, comparée à la culture anglaise, celle au Mozambique est empreinte de tact. Je devrais lui demander de me rappeler ce terme. « Nous allons t'opérer et du dois aborder l'avenir avec courage. »

Je ressens alors une lueur de joie provenant d'un sentiment de satisfaction parfaite et de paix ; je suis entre les mains de Frelimo, le Front de Libération du Mozambique, et du gouvernement de Mozambique ; je suis en sécurité.

« Que s'est-il passé ? » Je pose la question dans l'obscurité, ma volonté se réveille au son de la voix d'Ivo, j'ai de nouveau une existence, je suis une part vivante de l'humanité.

Une voix répond, toute proche, je pense que c'est la voix d'une femme « ...une voiture piégée... » et je sombre dans le néant, souriant intérieurement.

Je suis ailleurs et autre. Un drap frais est posé sur moi, je suis allongé sur un divan, conscient que j'ai un corps, heureux que je puisse sentir, penser et même rire intérieurement, et tout paraît clair et propre. Je ressens un grand sentiment de bonheur et de curiosité. C'est le moment de m'explorer et de me redécouvrir. Que m'est-il arrivé ? Que me manque-t-

il ? Quels sont les dégâts ? Je me sens parfaitement bien et je pense avec des mots, pas seulement avec des sensations ; mais il y a peut-être un organe atteint...

Voyons un peu... Une blague me revient, une blague juive du temps où nous, juifs, racontions encore des blagues pour conjurer les peines de l'oppression et de l'humiliation, du temps où j'étais encore étudiant et où mon ami qui escaladait la montagne me racontait chaque semaine une nouvelle blague. Je souris intérieurement en me racontant l'une d'elle ; je me sens heureux et vivant parce que je me raconte une blague, celle où Himie Cohen tombe du bus et, une fois debout, fait un signe sur son corps qui semble être un grand signe de croix.

Un ami regarde avec stupéfaction et lui dit : « Himie, je ne savais pas que tu étais catholique. » « Que veux-tu dire, catholique ? » répondit Himie qui refit le geste en disant : « Lunettes, testicules, porte-monnaie et montre ... ». Mon bras est libre et mobile, prêt à répondre à ma volonté. C'est mon bras gauche et je décide de modifier quelque peu la succession des gestes ; Himie ne m'en voudra pas, vu les circonstances. *Testicules ?* Je suis nu sous le drap ; il est facile de sentir mon corps. Mon pénis est toujours là, entier, ma bonne vieille bite (comme je suis seul, je peux utiliser ce mot), qui m'a donné tant de désespoir et de bonheur, et qui m'emmènera sans doute encore par monts et par vaux, et mes couilles aussi, une, deux, bien à leur place, mais peut-être devrais-je les appeler mes testicules puisque je suis dans un hôpital. Je plie mon coude, comme c'est agréable d'être capable de vouloir à nouveau et de bouger à ma guise. *Porte-monnaie ?* Je bouge ma main sur ma poitrine, comme c'est délicieux l'auto-détermination, l'homme est une œuvre d'art... ! Mon cœur est là, les côtes semblent intactes, le sang sera pompé, le centre de mon être physique, ce qui est considéré comme allant de soi se porte bien, je vais bien, je vais vivre et vivre avec vigueur. *Lunettes ?* Je pose mes doigts sur mon front et je ne sens ni cratères ni morceaux déchiquetés, je réalise que je suis lucide, l'obscurité est devenue légère et pure, elle a perdu sa noirceur opaque et lourde. *Montre ?* Ma main se dirige vers mon épaule et puis glisse le long de mon bras, et soudain il n'y a rien... j'ai donc perdu un bras, Ivo ne m'avait pas dit lequel ni qu'il devait être amputé, mais je suppose que le message était implicite et c'est le bras droit, le gauche ayant accompli toute cette exploration... Bon, j'ai perdu un bras, c'est tout ! Ils ont essayé de me tuer, de m'écraser complètement, mais je n'ai perdu qu'un bras. Lunettes, testicules, portefeuille et montre. Je plaisante, donc je suis.

Vient le temps du rire, du rire presque continu et réjouissant qui prend part au récit. Plus tard, j'eus le plaisir de raconter l'histoire à Jacob Zuma qui avait été envoyé par les dirigeants de l'ANC lors de ma sortie de l'hôpital.

Il prit plaisir à m'inciter à donner des détails encore plus comiques et plus riches, en agrémentant mon histoire de rires mélodieux.

J'entraîne doucement Zuma dans la partie de mon récit se déroulant à l'hôpital, au moment où j'entends la voix de Ivo Garrido et l'expression raffinée choisie pour décrire l'état de mon bras (éclat de rire), et puis l'annonce de l'opération et son encouragement à faire face à l'avenir avec courage (un rire plus réservé cette fois), et le soulagement que j'ai ressenti à me savoir entre les mains de Frelimo (rire reconnaissant, bonnes notes pour avoir été en tout temps un bon camarade et pour avoir raconté l'histoire de manière agréable et sans vantardise).

Je me lance dans la dernière partie du récit « ... que veux-tu dire, catholique ? ... Lunettes, testicules, portefeuille et montre. » Zuma éclate de rire, bouche grande ouverte, sa tête allant et venant, ses yeux pleins d'une hilarité bienveillante. Je suis troublé par la situation, par cette interaction intense entre nous. C'est cela l'ANC. En devenant membres, nous n'effaçons pas nos personnalités et notre culture mais nous apportons et partageons plutôt ce que nous avons. L'africanité de Zuma, sa perception zulu de la conversation et de l'humour se mêlent à ma blague juive et l'enrichissent, en prolongeant et intensifiant le plaisir. Nous sommes proches mais nous n'avons pas à devenir pareils, à abandonner nos préférences personnelles, notre manière de penser et de voir les choses. Il nous faut plutôt apporter notre contribution sur le plan culturel pour donner à l'ensemble plus de corps. C'est ainsi que nous construirons l'Afrique du Sud, sans passer le rouleau-compresseur sur les cultures nationales, mais en les rassemblant, en les considérant comme les nombreuses racines d'un même arbre, les unes plus importantes que d'autres, mais contribuant toutes à la force et à la beauté de l'arbre.

Le rire à la Cour

Le rire à la Cour est une chose. La place du rire dans la pensée de la Cour en est une toute autre. Il arrive qu'une blague plutôt sage, racontée par l'un des juges, soit accueillie avec des grands éclats de rires des avocats ou du public. Je suppose que ce n'est pas uniquement une marque d'obséquiosité, mais aussi l'expression d'une anxiété que Freud a décrite sur l'intelligence et l'inconscient. L'archevêque Tutu obtint toujours le rire de ses auditeurs lorsqu'il disait que Dieu a le sens de l'humour. Une fois de plus, c'est quand l'anxiété se libère que l'hilarité vient. Mais si Dieu a le sens de l'humour, qu'en est-il de la loi ? Y a-t-il des anxiétés dans la loi et la vie publique dont on a intérêt à se libérer par le rire ? C'est là une question que j'ai traitée dans l'affaire « *Autant en rire* » (voir p. 85).

L'affaire « Autant en rire »

Dans cette affaire, la Cour a décidé qu'il n'y avait pas lieu d'interdire la parodie d'une marque sur un t-shirt parce que le dommage subi par le propriétaire des droits intellectuels sur la marque était peu important et que les droits à la liberté d'expression devaient en conséquence l'emporter. Dans une opinion séparée mais convergente, j'ai traité spécialement du rôle du rire dans une société démocratique. Voici des extraits.

Juge SACHS :

La loi a-t-elle le sens de l'humour ? Cette question se pose chaque fois que la force irrésistible de la liberté d'expression, sous la forme de parodie, se heurte à l'objet inébranlable des droits de propriété que protègent le droit à la marque. Et si l'on s'attache à l'expérience internationale, on constate que loin de fournir une orientation claire, les décisions judiciaires sur le sujet sont aussi variables que l'humour judiciaire lui-même.

Dans la présente affaire, un diplômé en journalisme décida de mener une bataille contre un certain nombre de grandes sociétés, en baptisant son entreprise « Autant en rire » et en s'armant de T-shirts sur lesquels figuraient des images et vocables effrontément chipés à ses adversaires et parodiés. L'une des victimes, Les Brasseries sud-africaines (SAB), constata que l'une de ses marques renommées était reproduite sur des T-shirts vendus sur le marché. Les mots « Black Label » et « Carling Beer » accompagnant le logo, étaient transformés en « Black Labour » et « White Guilt ». En caractères plus petits, les slogans « America's Lusty Lively Beer » et « Brewed in South Africa' étaient convertis en « Africa's Lusty Lively Exploitation Since 1652, No Regard Given Worldwide ». SAB n'en riait pas. Elle saisit la Haute Cour du Cap et demanda une interdiction de commercialiser ces T-shirts, ce qu'elle obtint.

En appel, la Cour suprême s'est montrée tout aussi peu amusée. Elle jugea que SAB subissait un préjudice injustifié du fait que son image de marque, protégée, se voyait associée à des accusations d'exploitation raciale, et de surcroît, dans le but de commercialiser des T-shirts. En conséquence, l'interdiction de mettre les T-shirts sur le marché fut maintenue. Paradoxalement, le résultat de cette double défaite judiciaire fut que, alors que la marque « Laugh it Off » acquérait une notoriété nationale et internationale, l'entreprise du même nom était au bord de la faillite. La plaisanterie se retournant contre elle, elle introduisit un recours devant notre Cour.

Cette affaire pose un dilemme sur le plan juridique en raison du fait que « Laugh it Off » faisait usage des marques de SAB non par accident, mais délibérément, dans le but précis de contester l'usage que fait SAB du droit à la marque. Elle est allée plus loin encore. Elle utilisait les marques de son adversaire pour dénoncer le pouvoir de la marque en général et le fait que la législation relative aux marques est invoquée, dans notre pays et ailleurs, pour combattre la liberté d'expression. Le risque que comportait l'activité était calculé. Celle-ci était menée avec l'irrévérence et la provocation propre à l'entreprise. Sans piquant, la parodie est sans effet. Mais devant la Cour, la question n'est pas de savoir si elle nous agace ou si les provocations de « Laugh it Off » sont courageuses, téméraires, comiques ou stupides. La question à examiner est de savoir si ces provocations sont permises au regard de la loi et de la Constitution. De mon point de vue, elles le sont parfaitement ; en voici les raisons.

La parodie est intrinsèquement paradoxale. Une parodie réussie est à la fois originale et parasitaire, créative et dérivée. La relation entre la marque et la parodie de la marque réside dans le fait que, si la parodie n'emprunte pas suffisamment d'éléments de la marque, le public ne sera pas en mesure de reconnaître la marque ni, en conséquence, de saisir l'humour. Inversement, si la parodie emprunte trop d'éléments, elle pourrait être jugée illicite en raison du fait parce qu'elle en est une copie sans originalité, même si elle est drôle.

La parodie constitue une appropriation et une imitation, mais d'une manière qui implique une altération consciente. Mais la parodie repose avant tout sur la notoriété et le caractère familier de l'original. Elle fait resurgir l'image de l'œuvre originale dans la mémoire de celui qui y est confronté et table sur la capacité du public à reconnaître le texte ou l'image parodié avec un certain degré de précision, et à interpréter ou décoder l'allusion ; en ce sens, le public est de plusieurs façons associé au parodiste dans la création de la parodie. Contrairement au plagiaire dont l'intention est d'induire en erreur, le parodiste compte sur la conscience qu'a le public de l'œuvre ou du genre visé par la parodie. En contrepartie, la complicité du public est indispensable pour qu'il y prenne plaisir.

Dans une société dominée par le consumérisme et les symboles matériels, les marques sont devenues des instruments importants de stratégie commerciale et de vente et elles occupent une place prépondérante dans l'esprit du public. Les sociétés et les producteurs de biens de consommation investissent donc des sommes considérables pour développer, promouvoir et protéger le caractère distinctif de leurs marques. Dans ce processus, les marques qui acquièrent de la notoriété, deviennent les cibles de la parodie. Les parodistes peuvent cacher sous leur création artistique des intentions

diverses. Les uns espèrent divertir, d'autres s'engagent dans la critique de la société et finalement, il en est dont les aspirations sont uniquement commerciales. Rutz expose ce qui suit:

Bien souvent, le rire ne se fait pas aux dépens de l'œuvre originale ou de son auteur, mais il est provoqué par la dislocation de l'œuvre. Le public peut trouver du plaisir à reconnaître l'objet de la parodie ; par ailleurs, ses réactions peuvent être de colère ou de choc, en fonction du contexte dans lequel la parodie s'inscrit ...

La question à se poser est la suivante : est-ce qu'en prenant en considération tous les faits pris dans leur ensemble, et en analysant ceux-ci dans leur contexte spécifique, l'observateur indépendant, mais sensible à la fois aux valeurs constitutionnelles relatives à la liberté d'expression et aux objectifs de protection de la propriété intellectuelle visés par la loi sur la marque, arriverait-il à la conclusion que l'atteinte portée par la parodie aux intérêts du titulaire de la marque pèse plus lourd que celle portée aux intérêts concernés par la liberté d'expression. La balance de ces intérêts en conflit doit être effectuée sur la base des éléments du dossier, complétés par la connaissance de la manière dont le monde fonctionne, que tout juge est censé avoir. Par ailleurs, bien que la parodie soit examinée dans le contexte austère de la Cour, le texte concerné (qu'il soit visuel, verbal ou les deux) doit être analysé en évaluant sa portée et l'impact qu'il a (ou est susceptible d'avoir) dans le cadre réel où il se situe.

L'unique membre de « Laugh it Off », Justin Nurse, prétend que son entreprise est une très petite entreprise, opérant avec un budget réduit, et le restera. Jusqu'à présent, ses activités étaient réduites à la production de séries limitées de T-shirts, à la création d'un site web et à l'organisation de spectacles au cours desquels il était fait la promotion des T-shirts.

« Laugh it Off » explique comme suit la logique de l'usage qu'elle fait de la satire sur des T-shirts. Les marques sont omniprésentes et envahissent tous les aspects de notre espace privé et public. Elles s'enracinent dans la conscience culturelle contemporaine grâce aux associations qu'elles créent avec certains styles de vie, des ambitions, des émotions suggérées, etc. La marque présente rarement un lien avec le produit lui-même. Ainsi, la bière Black Label a un goût différent dans tous les pays du monde, mais elle est vendue sous la même marque. En Afrique du Sud, la marque n'a rien à voir avec le véritable goût ou la qualité de la bière. Elle associe la consommation de bière à la virilité, à la prouesse sportive, voire sexuelle, ce qui est particulièrement le cas pour Black Label :

- Carling Black Label est mis en valeur comme une bière appréciée par « la gente masculine » dans le monde entier. L'objectif est clairement de convaincre que la consommer revient à montrer sa virilité;
- Carling Black Label est « une bière puissante, vigoureuse » :
- les buveurs de Carling Black Label – on l'imagine – en ont ou auront « une de taille » ;
- les buveurs de Carling Black Label en obtiennent davantage à la fin de la journée ;

« Laugh it Off » affirme que l'homme Black Label veut clairement se faire passer comme un certain type d'homme, et si vous désirez être cet homme là, il vous faudra dépenser l'argent durement gagné, à acheter et boire la bière Black Label. L'attrait pour l'Amérique, et pour tout ce qui est américain (ainsi, la jeunesse de nos banlieues pauvres est attirée par la culture hip-hop qui règne dans les centres urbains américains), est également exploité, presque comme « un appel du pouvoir ». La déclaration en intervention, faite en sa faveur énonce :

Nous vivons dans une société où affaires et culture occupent le même espace. C'est sur ce point que le débat commence à faire surface, lorsque les entreprises tentent de faire de leurs marques des emblèmes culturels sud-africains. Mais, quand elles y arrivent et que leur emblème fait l'objet de commentaires, elles invoquent une série de dispositions légales (les lois sur la propriété intellectuelle) qui n'ont certainement pas été conçues dans le but d'étouffer la liberté d'expression dans le domaine de la culture. Il est honnête de dire que les marques affectent grandement notre façon de penser et d'agir. Elles sont puissantes, omniprésentes et persuasives. C'est la nature incontestable de la marque qui est insupportable...

Ainsi, quand sous la forme de T-shirts satiriques apparaît une résistance au caractère sacré autoproclamé de la marque, la réaction de l'entreprise est pareille à celle qu'aurait provoqué au 14^{ème} siècle la destruction d'un crucifix. Et, en effet, selon l'argumentation de « Laugh it Off », il est aisé de faire des parallèles entre l'Eglise, en tant qu'institution ayant banni toute contestation et interdit toute critique pendant des siècles, et l'institution puissante qu'est devenue la marque.

« Laugh it Off » résume sa position en invoquant utiliser le vocabulaire de notre environnement multimédia en lançant un message qui s'adresse à un public averti et alphabète. Le message acquiert ainsi de la force en raison du fait que, dans notre environnement, le vocabulaire est constitué de marques et que, dans un environnement médiatique sursaturé, le débat public le plus évocateur et le plus puissant utilisera aussi le langage propre à cet environnement.

Les éléments de ce dossier prouvent que tous ceux qui étaient confrontés au T-shirt, comme producteur ou consommateur, avaient compris que l'intention était de se moquer de la dominance qu'exercent les marques dans notre vie sociale et culturelle. Ce qui unissait le consommateur et le vendeur n'avait rien à voir avec la bière, il s'agissait uniquement d'irrévérence. L'usage de la marque était central dans le projet. Il ne s'agissait pas d'une parodie utilisée de manière abusive en vue « d'attirer l'attention ou de s'éviter la peine d'imaginer autre chose » pour promouvoir un produit.

Dans la présente affaire, la balance des intérêts est donc facile à faire. Du point de vue du préjudice, il n'y a pas d'atteinte virtuelle – si tant est qu'il y en ait une – à la commercialisation de la bière Carling Black Label. Il s'agit d'un cas où le message lancé était de loin plus significatif que la commercialisation de son support. Celle-ci n'était qu'accessoire au message. L'objectif de l'entreprise, comme toutes les personnes concernées l'ont compris, était de faire passer un message. La vente de T-shirts était nécessaire à la viabilité de l'entreprise. Il ne s'agissait pas d'une activité commerciale déguisée en activité de lutte pour la liberté d'expression. Prétendre que le message aurait pu être passé autrement qu'en parodiant une marque, reviendrait à méconnaître l'objet même de la parodie. Le message réside précisément dans la dislocation de la marque. L'enjeu était de défier le pouvoir des marques en général, et non pas de s'attaquer à une marque en particulier. Il ne s'agit pas de la bière en particulier. Il convient de souligner que la question n'est pas de savoir si la parodie a réussi à porter un coup à la marque. Il importe en revanche de constater que la parodie était une tentative sincère de critiquer un statu quo dans notre société. La balance penche sans équivoque du côté de « Laugh it Off ». Selon l'heureuse expression d'un juge américain, les éléments du dossier démontrent qu'en l'espèce la parodie n'était pas un plagiat mais un pastiche. Il n'y avait pas lieu de l'interdire.

J'aimerais ajouter deux considérations, d'un intérêt constitutionnel particulier, qui à mes yeux, renforcent la conclusion à laquelle j'ai abouti.

La première concerne l'effet paralysant que pourrait avoir un excès de zèle dans l'application des dispositions du droit des marques sur la libre circulation des idées. A cet égard, il faut reconnaître qu'une procédure judiciaire comprend des risques, tant pour le titulaire de la marque qui se plaindrait à juste titre que pour le plaisantin. Ceux qui demandent qu'un usage abusif de leurs marques soit interdit, risquent d'être impliqués dans de longues procédures au cours desquelles des multiples accusations leur seraient adressées par des personnes dont ils ne pourraient finalement récupérer aucune compensation pour leurs frais. De plus, les entreprises

qui seraient considérées comme tentant de paralyser l'exercice de la liberté d'expression, pourraient être surprises de constater que les médias prennent plutôt parti pour la cause de leur adversaire. En effet, le fait même d'invoquer la machinerie lourde de la loi pourrait être perçu comme contradictoire avec l'image de liberté, de vivacité, de convivialité associée à la marque. Ainsi, dans la présente affaire, le simple fait d'introduire une procédure contre « Laugh it Off » risquait de ternir l'association de la marque Carling Black Label avec la bonhomie et la bonne humeur, plus que n'aurait jamais pu le faire la vente de 200 T-shirts. Or, le principe de prudence s'adresse à toute personne qui envisage une action judiciaire.

Au regard de la Constitution, la manière dont une simple menace de procès peut paralyser un débat légitime, est particulièrement intéressante. Les grandes entreprises ont un accès privilégié aux richesses, aux médias et au gouvernement. A l'instar des responsables politiques et des personnalités publiques, leurs marques représentent des symboles visibles et immédiatement reconnaissables, des normes et valeurs de la société. Les entreprises qui détiennent des marques connues exercent une influence considérable sur les questions publiques et politiques, ce qui fait d'elles et de leurs marques des cibles appropriées pour la parodie et la critique.

Or, lorsqu'elle est appliquée à des artistes parodistes, qui ne livrent en rien concurrence à l'entreprise, la théorie de la dilution de la marque par l'atteinte qui y est portée, peut, en voulant protéger la réputation du titulaire de la marque, avoir les mêmes effets qu'une constatation de diffamation. En tant que telle, elle est susceptible d'avoir un effet dissuasif excessif. Elle peut freiner le débat public en amenant des intervenants éventuels à s'autocensurer afin d'éviter les conséquences négatives que pourrait entraîner le fait de s'exprimer, à savoir des procès ruineux.

Ceci m'amène à une seconde réflexion d'ordre constitutionnel. La Constitution ne peut pas imposer à l'austère de rire. Cependant, elle peut empêcher les esprits austères d'étouffer le rire d'esprits joyeux. En effet, si notre société devait devenir à ce point solennelle par ce que le pouvoir de l'Etat s'exercerait au seul nom des citoyens austères, tout rire irrévérencieux serait réprimé mais en outre, la tendance à la tempérance pourrait bien mettre la consommation de bière en péril. Je n'aperçois aucune raison de principe qui puisse justifier que la plaisanterie soit permise lorsque le gouvernement en est la cible, mais jugée intolérable lorsqu'elle s'en prend à ce que l'on appelle le « Big Business ».

Le rire aussi s'inscrit dans son contexte. Il peut tourner en dérision et avoir ainsi un caractère punitif, en infligeant le déshonneur au faible abandonné aux mains de puissants. D'un autre côté, il peut être

réconfortant, voire subversif, lorsqu'il est au service de détracteurs marginalisés de la société. Ce qui importe dans le cas présent, est que le contexte était celui du rire utilisé comme moyen de défier la puissance économique, de résister à l'hégémonie idéologique et de rappeler la dignité de l'homme. Notre rôle n'est pas de juger si l'humour affiché est de bon goût ou ne l'est pas. Il n'est pas non plus de déterminer le degré de succès que « Laugh it Off » a atteint par sa parodie. Quelles que soient nos sensibilités individuelles et opinions personnelles, nous sommes obligés d'interpréter la loi d'une manière qui protège le droit d'organismes tels que « Laugh it Off » de développer un humour subversif. Que l'humour s'exprime par imitation, par caricature dans la presse, ou par apposition de pamphlets sur des T-shirts, protection doit être donnée. Le fait que le comédien soit payé alors que les journaux et T-shirts sont vendus, ne suffit pas par lui-même à transformer l'expression créatrice en une simple marchandise. Que des parodistes puissent manifester leur mécontentement autrement qu'en faisant usage de la marque, par exemple en participant à une émission-débat, ne saurait davantage les priver de protection. Ils ont opté pour la parodie comme moyen d'expression, et invité les jeunes adeptes à y joindre leurs rires joyeux.

Une société qui se prend trop au sérieux, risque de refouler les tensions en son sein et de traiter chaque cas d'irrévérence comme étant une menace pour sa survie. Dans toute démocratie, l'humour est une panacée. Il permet aux ambiguïtés et aux contradictions de la vie en société, de se manifester de manière non violente. Il promeut la diversité. Il permet à la grogne de s'exprimer d'une myriade de façons différentes. C'est un élixir de santé constitutionnelle.

6

RAISON ET JUGEMENT

Lorsque j'étais en cellule d'isolement, je me demandais pourquoi il est si difficile d'être courageux. Plus tard, en tant que juge, j'étais intrigué par la difficulté d'être rationnel. J'avais très certainement imaginé que les jugements s'écrivaient d'eux-mêmes, en appliquant les règles de droit aux faits, et que la solution jaillissait comme l'eau du rocher frappé par Moïse. En réalité, je travaillais dur et beaucoup, changeant souvent de raisonnement, me sentant à chaque fois sur le point d'arriver au bout de mes peines, mais sans arriver à la certitude tant désirée. Ni les expériences de vie, ni l'application de règles dogmatiques ne fournissaient des réponses évidentes. Ma secrétaire me fit un jour remarquer que, d'après son ordinateur, j'étais en train d'apporter des corrections à la vingt-sixième version d'un projet et qu'elle-même et mes assesseurs conspiraient parfois pour dissimuler mes jugements, au cas où je ressentirais le besoin de les modifier encore.

S'il ne s'était agi que d'appliquer la simple logique à une situation déterminée, j'aurais trouvé plus rapidement les solutions. Je me demandais si avancer péniblement faisait nécessairement partie du travail de juger. Je découvris une partie de la réponse lors d'un autre de ces repas de séminaire avec les professeurs de l'université de Toronto. Jennifer Nedelsky avait été l'élève de Hannah Arendt, qui avait essayé d'actualiser les écrits d'Emmanuel Kant. Le sujet dont nous discutons, portait sur la différence entre la raison et le jugement. Le souvenir que je garde du résumé fait par Jennifer Nedelsky de l'interprétation donnée par Hannah Arendt des réflexions de Kant est le suivant : la Raison est impérieuse alors que le jugement dépend d'une pondération. Pour illustrer ce qu'est le jugement, elle donna l'exemple de la différence entre dire « J'aime ce tableau », ce qui n'implique pas un jugement mais équivaut à une déclaration de fait purement subjective qui par-elle-même échappe à toute controverse, et dire « C'est un tableau magnifique » qui est l'expression d'un jugement qui pourrait être sur la base des critères acceptés de ce que constitue le bel art. Le point marquant est qu'en disant qu'un tableau est beau, l'intervenant suppose que pour estimer la beauté, il existe des standards partagés par les membres de la communauté artistique au sein de laquelle la question relative à la beauté du tableau est discutée.

Pour ce qui concerne la décision judiciaire, il se passe quelque chose de similaire. Si je dis qu'une solution donnée est juste ou injuste, je suis en train d'affirmer qu'en considération des principes, des règles et des critères acceptés dans la communauté juridique, la solution est juste ou injuste. Il ne suffit pas que je sois convaincu en âme et conscience, du caractère juste ou injuste d'une solution. Rendre un jugement est un acte public qui a des conséquences publiques. Le jugement ne dépend pas du goût personnel comme le serait ou devrait l'être la critique d'un livre. Juger n'est pas non plus un exercice de logique pure, comme l'est un exercice de mathématique. Le jugement est le résultat d'une évaluation, d'une pondération de facteurs déterminés à l'aide de critères reconnus. En qualité de juge, je dois essayer de convaincre les lecteurs de mes jugements que la solution est juste. Cela implique que je me réfère à des principes, des normes et des critères qui sont acceptés par la communauté susceptible de s'intéresser à ce jugement. Chaque membre de cette communauté peut, subjectivement, avoir ses propres préférences et évaluations. Mais le délibéré des juges doit avoir lieu sur des bases objectives. Il s'agit de rechercher un consensus, également sur les règles et valeurs qui régissent le procès.

Le raisonnement pur constituera toujours un élément du débat. Mais il y en a d'autres. Si la justice pouvait être rendue de manière automatique par un distributeur de décisions, la seule chose que nous aurions à faire serait d'encoder les données et d'indiquer une hiérarchie des normes ; la logique intégrée dans le programme ferait le reste. Des deniers publics seraient épargnés, la certitude serait atteinte, l'égalité de traitement serait garantie, il n'y aurait plus place pour des recours et je serais sans emploi.

Mais la notion même de jugement implique qu'il n'y a pas de solution inéluctable. Juger requiert la conjugaison de différents éléments qui sont examinés et évalués à la lumière de certains critères acceptés, pour arriver à une décision. Selon le résumé que donne Jennifer de l'interprétation faite par Hannah Arendt de textes d'Emmanuel Kant, le jugement ne prétend pas obtenir l'approbation du lecteur par la présentation d'un raisonnement de pure logique. Au contraire, il cherche à susciter l'approbation du lecteur par une argumentation persuasive. Et ce qui, au final, définit en partie la communauté juridique dont l'approbation est recherchée, c'est le fait qu'elle prend part aux efforts d'interprétation et d'application de la loi. Elle puise son identité et sa conscience d'exister en tant que telle, dans son engagement envers les principes, les procédures et les valeurs de la loi. Si Jennifer a raison, et je pense que c'est le cas, la persuasion n'est pas un aspect superflu dont le raisonnement pur pourrait se passer. C'est ce qui justifie que le résultat final est appelé « jugement », ce qui représente plus qu'une « décision ».

Dès lors, juger implique plus que trier et classer. Par sa nature, l'acte de juger implique une évaluation, que ce soit lors d'une exposition florale, un match de boxe, une compétition de patinage ou d'un procès devant une cour. Bien que les éléments à mettre en balance puissent être définis objectivement, le poids qu'il convient d'attribuer à chacun d'eux, et la mise en balance finale, peuvent varier d'un arbitre à l'autre. C'est pourquoi il importe d'établir des mécanismes visant à éviter une trop grande subjectivité.

Un élément très important de lutte contre l'excès de subjectivité consiste à exiger du juge ce que Jennifer Nedelsky appelle une « mentalité élargie », qui consiste en une vision active qui le rend apte à dépasser la disposition naturelle à voir les choses d'un point de vue personnel, pour rencontrer les opinions différentes de la communauté à convaincre. Cela exige de choisir les juges parmi les personnes d'expérience, qui ont démontré leur capacité à fonctionner avec un tel esprit d'ouverture. Un second facteur de discipline des réactions personnelles, déjà évoqué, est le fait que dans les chambres collégiales, différents juges procèdent aux évaluations de sorte que les préférences individuelles et préjugés tendent à se neutraliser. Il y a enfin la conscience que le jugement est rendu public mais aussi analysé et commenté, tant par les membres de la très large communauté juridique que par le public, qui l'examineront dans ses raisonnements et sa cohérence interne.

Il importe de reconnaître que la communauté juridique n'est pas composée uniquement de membres des professions juridiques. C'est une communauté notionnelle, comprenant tous ceux qui se posent des questions juridiques lorsqu'ils se penchent sur un problème. Lorsque je prépare un jugement, je reste conscient de l'étendue de cette communauté. Je songe à toutes les personnes qui pourraient le lire et se laisser influencer par lui. Je cherche à formuler des arguments qui, je l'espère, sont de nature à convaincre que je suis sur la bonne voie ou, à tout le moins, que la vision que j'ai des questions à résoudre est plausible et défendable. Cela ne signifie pour autant pas que j'oserais prétendre que mon jugement est correct et que d'autres approches ne le sont pas. Il y a une modestie qui devrait être inhérente à la fonction de juger, qui m'empêche d'être convaincu que j'ai nécessairement raison, ou, plutôt de penser qu'il n'y a qu'une seule bonne réponse à une question juridique, celle à laquelle je suis parvenu. Cela n'a rien à voir avec la modestie personnelle ; celui qui n'a pas l'audace de défendre avec vigueur la position dans laquelle il croit, ne devrait pas être juge. La modestie dont je parle est institutionnelle et non personnelle. En tant que juge, il me semble que juger ne revient pas à avoir raison. D'ailleurs, cela ne se pourrait dès lors qu'entre eux, les juges diffèrent bien souvent d'opinions ? De mon point de vue, notre devoir dans

chaque affaire est de fournir tous les efforts nécessaires pour arriver à une décision juste. C'est de faire de notre mieux, sachant que nos jugements vont s'inscrire dans la jurisprudence et être confrontés à un nombre infini d'autres jugements, existants et futurs, dans le tourbillon incessant des idées concurrentes et convergentes qui nourrissent la vie du droit.

J'ai essayé de m'imaginer en Hercule, figure évoquée malicieusement par le philosophe du droit américain Ronald Dworkin pour représenter le juge qui, résistant héroïquement à la tentation de subjectivité, écarte les arguments erronés et arrive ainsi à l'unique réponse correcte, celle qui en théorie, pourrait valoir pour toute question juridique. Je réalise qu'il fait là une observation de philosophe, en défiant à la fois les postmodernistes qui contestent le fait qu'il pourrait exister une bonne réponse, et les super-réalistes qui soutiennent que nous serions mieux inspirés de reconnaître que, peu importe la manière dont nous abusons du langage, nous ne faisons en réalité qu'utiliser le pouvoir judiciaire pour exprimer nos propres préjugés, voire les préjugés dominants de notre époque. Pour ma part, je préfère l'idée moins exaltante que mon travail consiste à utiliser les outils de la loi comme je les comprends, en essayant de faire de mon mieux, dans un contexte particulier et à un moment donné, pour traiter de manière honnête et ouverte les problèmes qui se présentent à moi. J'essaie d'exprimer mon opinion aussi clairement que possible par rapport à la loi, avec le plus de sincérité et de cohérence possible. Mais je ne puis m'empêcher de la voir comme une opinion parmi d'autres. Le fait qu'elle aura des conséquences ne la rend pas plus exacte. L'objectif que doit poursuivre le juge n'est pas, selon moi, de rechercher l'unique réponse correcte à la question qui se pose. Il est de contribuer honnêtement aux efforts continus dans la recherche de la façon la plus appropriée dont la loi doit être comprise dans un cas déterminé, à un moment précis. Les critères que j'utilise sont reconnus par la doctrine et la pratique en vigueur au sein de la communauté juridique.

Bien que la compréhension de la loi par la communauté doive progresser constamment, il m'arrive de réaliser que la position que je défends dans certains cas s'écarte de ce que la majorité des membres de la communauté considérera comme correct. Je la défendrai néanmoins si ma conscience judiciaire me dit que nous sommes mûrs pour le changement et que les motifs du jugement sont de nature à fonder, en droit, une nouvelle approche. Mon point de vue n'en est jamais qu'un parmi d'autres, je le sou mets à la discussion, peu importe qu'il soit en harmonie ou en désaccord avec d'autres points de vue. S'il ne s'agissait que de raisonnement légal pur, il serait correct de prétendre qu'il n'existe qu'une seule bonne réponse à une question. Mais puisqu'il s'agit de juger, je préfère penser qu'atteindre la certitude dans l'absolu n'est pas le défi à

relever ; il est de réussir à convaincre à un moment précis. Dès lors, je ne pense pas qu'il soit d'une quelconque utilité de qualifier la célèbre opinion dissidente du juge à la Cour Suprême des Etats Unis, Oliver Wendell Holmes, sur la liberté d'expression comme ayant été exacte au moment où il l'a exprimée. Je ne pense pas non plus qu'elle soit devenue exacte au moment où elle a conquis la majorité. Il en va de même pour les opinions dissidentes de Brandeis. Au moment où elles ont été énoncées, elles constituaient des points de vue importants, inspirés par une philosophie du droit cohérente. Il arrive qu'une voix solitaire devienne la voix dominante. Ceci est dans la nature de la dialectique légale, et donne espoir à toute personne prononçant une opinion dissidente.

Ainsi, lorsque je suis ma conscience de juge et que j'exprime un jugement allant dans un sens particulier, je songe immédiatement à mes collègues à la Cour qui le liront, et je me rassure à l'idée que, si je ne les convainc pas cette fois-ci, je plante peut-être la graine d'une nouvelle approche pour des cas futurs. Je songe aux juges et magistrats d'autres cours, qui liraient mon jugement et y trouveraient peut-être une aide pour résoudre leurs propres affaires. J'imagine des avocats y cherchant des arguments pour assister leurs clients. Ayant enseigné le droit pendant de nombreuses années, je songe aussi aux professeurs d'université qui le décortiqueront avec un esprit critique, en discuteront avec leurs étudiants, et le cas échéant le citeront dans une note de bas de page. Mais je pense surtout aux étudiants qui en prendront connaissance, l'esprit ouvert à une foule de questions et plein d'idéal. Qu'offre la loi au commun des mortels ? Quels sont les termes avec lesquels la loi doit s'exprimer pour être accessible et convaincre ?

Il est encore une autre catégorie de lecteurs potentiels : des membres du gouvernement qui pourraient avoir été concernés par l'affaire, ou avoir une responsabilité particulière dans le domaine concerné. Je me souviens d'un juge à la Cour suprême du Canada qui me racontait qu'aux USA, le point de départ de la plupart des raisonnements judiciaires, était que le gouvernement était l'ennemi et que cela expliquait la déclaration selon laquelle le plus fondamental de tous les droits est qu'on vous « fiche la paix ». Au Canada, me disait-il, les tribunaux ne regardent pas le gouvernement comme un adversaire mais comme un ami, engagé dans un même projet, celui de veiller aux droits et au bien-être de la population. Je pense qu'à l'instar du Canada, la Constitution sud-africaine considère les trois pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire, comme engagés dans un projet commun, défini dans le texte, celui d'améliorer les conditions de vie de la population et de veiller au respect de la dignité humaine, de l'égalité et de la liberté. A cet égard, la séparation des pouvoirs signifie que chaque pouvoir a ses propres responsabilités et est soumis à des modes

spécifiques de reddition de compte. Mais le postulat de base est que les trois branches de l'Etat doivent se parler de manière civilisée et se garder de tout discours grossier entre elles. Il peut arriver que lorsqu'une violation de la Constitution prend une forme particulière, le pouvoir judiciaire éprouve le besoin de s'exprimer de manière intransigeante. Mais dans le même temps, lorsqu'ils condamnent des abus de pouvoir, les cours et tribunaux ne peuvent pas perdre de vue les choix difficiles qui incombent au gouvernement, surtout dans un pays où le besoin de transformation est grand et les ressources relativement limitées.

La courtoisie dans la vie publique exige plus que le respect des bonnes manières. Elle constitue un élément qui favorise le pluralisme démocratique (voir l'affaire *Masethla*, p. 101). Elle est explicitement exigée dans la relation entre les trois branches du pouvoir. En effet, une relation de type dialogique entre les pouvoirs réside dans la structure même de notre Constitution. Notre Cour est dotée de compétences très importantes en ce qui concerne le contrôle juridictionnel, y compris celle d'annuler un acte du Parlement dans la mesure où il est contraire à la Constitution. Ceci implique que nous sommes confrontés de manière permanente à des questions relatives à la validité des lois. A cet égard, les pouvoirs confiés à notre Cour sont grands. Lorsque nous déclarons une loi inconstitutionnelle et nulle, il nous appartient d'assortir cette constatation de toute mesure juste et équitable, en ce compris l'octroi d'un délai raisonnable pour modifier la loi. La notion de dialogue ou de conversation avec le Parlement fait partie intégrante de la mission de la Cour. Et lorsque je cède à la vanité, j'imagine les membres du Parlement préparant un nouveau texte de loi, et lire ce que le Juge Sachs a dit sur le sujet, ou à tout le moins leurs conseillers juridiques jetant un œil sur un passage ou un résumé du jugement.

Ensuite, il y a la presse. Les médias relatent nos jugements et en exposent certains aspects au grand public. En vue de faciliter la compréhension par les médias des jugements qui sont souvent longs et complexes, la Cour publie un résumé qui reprend les questions les plus importantes et les conclusions. Notre souhait est que le grand public soit bien informé sur ses droits fondamentaux et qu'il comprenne la manière dont les pouvoirs s'exercent. Les jugements de la Cour peuvent constituer une source importante d'information à cet égard. La portée d'un jugement est susceptible d'aller bien au-delà de la résolution du conflit entre les parties à la cause. Les décisions de la Cour contribuent à créer le système de valeurs de la société et à cerner l'esprit de notre démocratie constitutionnelle. Dès lors, chaque détail importe. Tout jugement que nous prononçons se doit de respecter sa dimension publique, dans chacun de ses passages. Comme

l'a dit l'architecte Mies van der Rohe au sujet de ses constructions, « Dieu est dans les détails ». On n'est jamais trop minutieux ou précis.

Par ailleurs, bien que le nombre de lecteurs ayant lu l'une de mes décisions puisse être réduit, le nombre de lecteurs potentiels est élevé. Le simple fait d'être conscient du nombre de lecteurs potentiels pouvant exercer un contrôle étendu à des fins diverses, constitue une mise en garde puissante contre toute paresse intellectuelle. Le but n'est pas de plaire ou de déplaire, mais bien d'essayer, de manière intègre, avec la plus grande rigueur possible et un sens aigu de nos responsabilités, de dialoguer avec un public aussi vaste que celui que l'on peut imaginer. D'après mon expérience, s'agissant de décisions relatives aux droits fondamentaux, les mots et les concepts qui attirent le plus les membres de la communauté scientifique sont ceux qui trouvent l'écho le plus favorable auprès du public non initié.

La communauté juridique n'est évidemment pas une entité clairement définie. La difficulté d'établir des points communs apparaît lorsque le monde juridique est perçu comme trop fermé et autoréférentiel. Des critères, considérés par les membres importants de la communauté comme neutres et incontestables, sont susceptibles d'être remis en cause par ceux qui estiment, qu'en réalité, ils incarnent des préjugés d'autant plus pernicious qu'ils sont dissimulés et perçus comme une vérité évidente. Ainsi, l'approche féministe de la philosophie du droit féministe a dénoncé le critère de « l'homme raisonnable », si largement utilisé dans la loi, comme exerçant de manière inconsciente une influence sur les lois fondées sur ce que l'homme considère comme relevant de l'ordre naturel des choses dans notre société. Les féministes ont déclaré qu'il ne suffisait pas de modifier la terminologie en préférant l'expression « personne raisonnable » à « homme raisonnable ». Ainsi, les cours et tribunaux devraient prendre en considération les expériences de vie réelles des femmes, e.a. lorsqu'ils évaluent la force que les femmes battues sont réellement en état d'utiliser pour se libérer de la terreur invalidante qu'engendre la violence répétée. Ils devraient refuser de traiter la grossesse comme si c'était une maladie. Ou encore s'imaginer dans la peau de l'employée subalterne lorsqu'ils ont à examiner si des plaisanteries répétées, avec des insinuations à caractère sexuel, constituent du harcèlement.

De la même façon, les partisans de l'usage de la loi comme instrument de protection de l'environnement, ont dû vaincre une résistance considérable lorsqu'ils cherchaient à modifier des points de référence légaux, acceptés de longue date par des membres de la communauté juridique établie. Il a fallu développer une vision entièrement nouvelle sur le plan juridique. Des dizaines d'années se sont écoulées avant que

des idéaux ne se transforment en directives non impératives (*soft law*), puis parfois en lois contraignantes. Au fil du temps, des notions jusqu'ici inédites se sont développées au sujet de la responsabilité fiduciaire envers les générations futures ou de protection légale dépassant les frontières de l'Etat. Parmi les critères à appliquer, le principe de précaution a pris le pas sur la notion de négligence. Des personnes dont les intérêts n'étaient pas directement menacés se virent reconnaître le droit d'engager des procédures. La communauté juridique ne peut donc être considérée comme une entité immuable composée de personnes liées par un même mode de pensée constant. Les normes et critères qui la définissent sont toujours contestés et toujours en évolution. Que cela plaise ou non, les cours et tribunaux se retrouveront toujours au cœur de ce processus, que ce soit en se mettant à son diapason, en l'accéléralant ou en le freinant.

La question de savoir qui détermine les critères, présente une importance particulière dans une société multiculturelle et multiconfessionnelle comme l'est celle de l'Afrique du Sud. La communauté juridique était de par la loi et dans la pratique, non seulement composée d'une majorité écrasante de blancs, mais en outre présumée chrétienne, appliquant de manière effective et naturelle des normes chrétiennes à l'ensemble de la société. En conséquence, lorsque toutes les lois ouvertement raciales furent abrogées, nous restions régis par des lois qui privilégiaient certains préceptes chrétiens. Notre Constitution respecte explicitement les convictions religieuses. Environ septante pourcent de la population se dira chrétienne. Certains, tel que l'Archevêque Desmond Tutu, ont joué un rôle essentiel dans la vie publique. Les normes de notre Constitution présupposent une coopération entre les institutions religieuses et l'Etat, plutôt qu'un cloisonnage. Pourtant, la Constitution protège résolument le droit d'avoir des convictions non théistes et refuse de favoriser un type de conviction plutôt qu'un autre.

Le résultat fut que lors de la préparation d'un jugement dans une affaire qui concernait la constitutionnalité de l'interdiction de vendre des boissons alcoolisées le dimanche, le vendredi saint et le jour de Noël, il m'apparut nécessaire d'aborder la question de savoir de quel point de vue il y avait lieu de se placer pour en juger. Celui du chrétien raisonnable ? Celui du non chrétien raisonnable ? Celui de l'athée raisonnable ? Quel degré de sensibilité devrait être jugé acceptable ? Celui de la personne détachée ? Ou celui de la personne susceptible ? J'en vins au constat que la « personne raisonnable » peut aussi bien appartenir à l'une ou l'autre confession religieuse qu'être athée, et que loin d'être indifférente ou susceptible, elle est profondément attachée aux valeurs de la Constitution, en ce compris le droit à l'égalité et celui de vivre dans une société ouverte et démocratique, dans laquelle aucune conception du monde ne serait

prescrite plutôt qu'une autre, par l'état. Cette formulation apparaît dans l'affaire *Lawrence* (voir p. 101), et je précise qu'elle ne m'est pas venue à l'esprit pendant un bain et qu'elle est bien le résultat d'un raisonnement conscient et soigneusement réfléchi. Mais à ma connaissance, elle n'a pas essaimé ...

Dans une autre affaire, la question était de savoir si une femme musulmane pouvait revendiquer la qualité de conjoint survivant, afin de se voir reconnaître le droit à une pension alimentaire à prélever sur les biens ayant appartenu à l'homme avec lequel elle avait été mariée selon la loi musulmane. Jusqu'à l'avènement de notre Constitution, les tribunaux sud-africains refusaient de traiter les unions entre musulmans ou celles entre hindous comme des mariages, en raison du fait que ces unions n'étaient pas conçues comme conclues pour la vie, et de la polygamie. En rédigeant le jugement pour la majorité à la Cour, j'ai indiqué que l'appropriation linguistique du mot « conjoint(e) » par une conviction religieuse particulière, n'était pas compatible avec les notions d'égalité de notre nouvelle Constitution (voir l'affaire *Daniels*, p. 101).

La communauté juridique est par nature, à la fois conservatrice dans son mode de pensées, apeurée face au changement. D'où le dilemme auquel le juge doit faire face lorsqu'il est amené à prendre position sur le maintien des principes légaux établis ou sur leur transformation. Un jugement de principe ne peut cependant pas se fonder exclusivement sur un penchant personnel pour l'immobilisme ou pour le changement. Qu'il consacre le *statu quo* ou qu'il appuie le changement, tout jugement doit être raisonné et motivé de manière à ce que la communauté juridique le trouve au moins défendable, s'il ne lui apparaît pas totalement convaincant. En particulier, un jugement qui introduit un changement radical par rapport aux principes ou critères acceptés largement par la communauté juridique, se doit d'exposer clairement les effets que produit l'interprétation nouvelle de la norme constitutionnelle pour aborder la question. C'est en partie en étant conscient qu'une nouvelle Cour, appliquant une nouvelle Constitution, est appelée à redéfinir constamment les normes et les critères du raisonnement juridique, que j'ai réalisé l'extraordinaire intensité d'être juge à la Cour Constitutionnelle. En outre, la Cour devait assumer cette tâche d'une manière pouvant, à cause du changement, déstabiliser la communauté juridique, tout en renforçant la confiance de celle-ci par une motivation rigoureuse et soigneuse du revirement jurisprudentiel opéré. A cet égard, je suis convaincu qu'il est de la plus haute importance que, lorsque la Cour adopte une approche différente de celle que la communauté juridique perçoit depuis longtemps comme étant un axiome, elle explique de façon très précise ce qu'elle est en train de faire, et ce de manière la plus transparente et ouverte qui soit.

L'affaire Masethla

La courtoisie en tant qu'exigence constitutionnelle. Dans une affaire où il était question de la manière dont le Président de l'époque licencia le chef de l'Agence Nationale de Renseignements, j'ai prononcé une opinion séparée mais concordante, sur la courtoisie en tant qu'exigence constitutionnelle.

Juge SACHS :

La loyauté par rapport à une personne qui occupe un poste public de haut niveau, implique que l'on prenne en compte les conséquences d'un acte sur la réputation de cette personne. Le pain, à lui seul, ne suffit pas pour survivre. Pour les fonctionnaires de carrière, la réputation et le pain sont souvent inséparables. De plus, il n'y a pas que les avantages matériels et la réputation du fonctionnaire qui sont en jeu. Le grand public est également concerné. Les institutions créées par la constitution doivent sans cesse être mises en valeur pour fonctionner correctement. Ceci requiert que quiconque exerce une fonction publique doit éviter tout comportement susceptible de porter atteinte à la confiance du public dans l'intégrité des personnes qui représentent les institutions.

L'équité et la civilité sont inséparables. Dans le sens constitutionnel, la civilité est plus que la simple politesse ou les bonnes manières. Il s'agit d'un élément central et fédérateur de la démocratie constitutionnelle. Elle implique la tolérance envers ceux avec qui on est en désaccord, ainsi que le respect de la dignité de ceux avec qui on est en conflit. La civilité, étroitement liée à l'*ubuntu-botho*, est solidement ancrée dans la culture traditionnelle; elle est largement considérée comme une condition préalable du bon fonctionnement de nos sociétés démocratiques contemporaines. C'est en effet le dialogue civilisé, mené dans des conditions extrêmement difficiles, qui fut à la base de notre révolution constitutionnelle pacifique. La Constitution qui en est le résultat, attend du pouvoir public qu'il soit exercé de manière non-arbitraire et dans le respect de la dignité de chacun qui se trouve affecté par l'exercice de ce pouvoir.

L'affaire Lawrence

Notre Cour s'est penchée sur la question de savoir si l'interdiction de vente d'alcool les dimanches, le jour de Noël et le vendredi saint viole le droit à la liberté de religion. Quatre membres de la Cour estimaient qu'il n'y avait pas violation de la liberté de religion tandis que trois autres membres

considéraient que tel était bien le cas dès lors que l'interdiction en question ne s'appliquait qu'aux journées de fête chrétiennes. J'ai pris position de manière inattendue lorsque j'ai aperçu à quel point l'une de mes référendaires, Fatima, avait l'air blessée. Pourquoi ce froncement de sourcils ?, lui ai-je demandé. Elle m'a répondu que quelque chose qui pouvait sembler insignifiant pouvait être blessant s'il révélait un système plus large d'exclusion systématique. Dans un jugement séparé et avec le soutien d'un collègue, j'ai décidé que l'Etat limitait en effet la liberté religieuse en se ralliant à une seule religion, aussi léger que son appui puisse paraître. Sur le fond de l'affaire, toutefois, j'ai cependant estimé que cette limitation pouvait se justifier au regard de l'objectif séculaire et louable de diminuer l'abus d'alcool durant deux jours fériés consécutifs.

Juge SACHS :

Ce qui paraît un élément anodin de la vie quotidienne pour une personne appartenant à un univers intellectuel et spirituel déterminé, peut être perçu comme offensif et restrictif aux yeux d'une personne qui n'en fait pas partie. Ce qui est futile, voire imperceptible, aux yeux d'un segment majoritaire ou dominant de la population, peut occuper une grande place et avoir un impact très concret, blessant et offensif pour d'autres segments de la population. Tel est particulièrement le cas lorsque ce qui paraît anodin aux uns est vécu par d'autres comme étant révélateur d'un vaste schéma omniprésent de marginalisation et de discrimination.

Pour vérifier si dans le cas présent, l'Etat donne son appui à une croyance particulière d'une manière qui viole le droit à la liberté de religion, j'essaierai de prendre comme point de départ, non pas les sensibilités et attentes de ce qu'on a appelé le « chrétien raisonnable », ni encore celles du juif, du musulman, de l'hindou ou de l'athée raisonnable, mais bien celles du Sud-Africain raisonnable, quelle que soit sa confession éventuelle, qui n'est ni hyper-sensible ni totalement indifférent à la religion concernée, mais sensible aux exigences de la Constitution. Dans mon opinion, ce *Sud-Africain raisonnable* est une personne de bon sens commun, imprégné des réalités culturelles de notre pays mais aussi conscient des exigences de notre constitution, dans toutes ses nuances. Il ne tentera pas de purger sans relâche la vie publique de la moindre association avec la religion dans la crainte de s'engager sur la pente glissante vers la théocratie. A l'autre extrême, le *Sud-Africain raisonnable* ne considérera pas que les pratiques traditionnelles basées sur la religion, sont aussi naturelles et neutres que l'air que l'on respire, uniquement parce qu'elles sont largement acceptées.

A mon avis, le *Sud-Africain raisonnable* n'aura pas grande difficulté à reconnaître qu'aussi profondes qu'en soient l'origine et la signification actuelle aux yeux des chrétiens, la survivance des dimanches et jours fériés tels le Vendredi Saint et le jour de Noël, sécularisés comme jours fériés dans les programmes de repos et de voyage, ou comme jour de fête pour tous les Sud-Africains comme l'est le jour de Noël, ne représente plus la consécration par l'État d'une religion. En même temps, il pourra également soupçonner que le choix des jours fériés d'origine chrétienne, pour établir une interdiction de vente d'alcool, et non pour établir des jours fériés, indique le maintien d'un parti pris sectaire antérieur à la constitution.

[Note: Le jugement se poursuit en indiquant que bien que l'interdiction constitue une violation du droit à la liberté de religion des non-Chrétiens, celle-ci est si mineure et si indirecte qu'elle peut être justifiée au regard du principe de proportionnalité, vu les avantages potentiels d'une diminution de la consommation d'alcool durant les weekends ou des jours fériés consécutifs. Le résultat fut que cinq des neuf juges siégeant dans l'affaire ont décidé de maintenir l'interdiction pour divers motifs. Quelques semaines plus tard, lorsque, assez naïvement, je me suis rendu dans un supermarché local pour acheter une bière, j'ai découvert à ma surprise que la vente de bière était interdite ce jour là, en application d'un jugement de la cour constitutionnelle!]

L'affaire Daniels

Une veuve musulmane peut-elle être considérée comme étant « un conjoint », pour réclamer une pension alimentaire en application de la loi sur la pension alimentaire du conjoint survivant? J'ai répondu par l'affirmative et ainsi renversé une jurisprudence établie depuis les époques du colonialisme et de l'apartheid, qui traitait les femmes mariées selon les rites musulmans comme étant des concubines plutôt que comme épouses, unies légalement par les liens du mariage. Un jugement minoritaire a admis que les femmes musulmanes étaient injustement discriminées, mais estima que le remède ne résidait pas à interpréter le mot « conjointe » comme je l'ai fait, mais bien à déclarer ce texte inconstitutionnel, et à

comblent la lacune en ajoutant les mots « ou mariée selon les rites musulmans ou hindous ».

Juge SACHS :

Dans son sens commun, le mot « époux » inclut les parties à un mariage musulman. Cette interprétation est loin d'être un abus de langage. Au contraire, elle reflète la manière dont ce mot est généralement compris et utilisé. D'un point de vue linguistique, exclure les parties à un mariage musulman du mot « époux », est bien plus absurde que de les y inclure. Dans le passé, cette exclusion n'était pas le résultat d'une interprétation par les cours et tribunaux du sens commun du mot. Elle était plutôt la conséquence d'une interprétation linguistiquement biaisée de ce mot, suite à une appropriation culturellement et racialement hégémonique du terme. En conséquence, une telle interprétation constituait bien un artifice et un préjugé, et ne devait rien aux règles et préceptes de la langue anglaise. L'objectif et l'impact réel d'une telle interprétation restrictive était de discriminer ; cette interprétation faisait l'éloge d'un concept particulier du mariage qui répond à une certaine vision du monde prônant un idéal auquel le mariage musulman ne correspond pas.

Des interprétations discriminatoires et blessantes pour tous ceux qui en étaient affectés, ont largement été suivies par les cours et tribunaux. A la lumière de notre Constitution, elles ne peuvent plus être tolérées.

Comme l'a énoncé Langa DP :

Notre constitution se situe dans une époque particulière de l'histoire : la transition d'une société basée sur la division, l'injustice et l'exclusion du processus démocratique, vers une société qui respecte la dignité de tous les citoyens et les inclut tous dans le processus de gouvernance. L'interprétation de la Constitution doit tenir compte du contexte actuel ainsi que du but poursuivi par la Constitution, à savoir la création d'une société basée sur les valeurs de la démocratie, de la justice sociale et des droits humains fondamentaux. L'esprit de transition et de transformation est propre à l'entreprise constitutionnelle dans son ensemble ... En vertu de la Constitution, les membres du pouvoir judiciaire sont censés interpréter la législation en conformité avec les valeurs fondamentales de la constitution. Lorsque la constitutionnalité d'une loi est examinée, les juges ont le devoir, dans la mesure du possible, d'analyser l'objet et le but de cette loi, et d'interpréter ses dispositions à la lumière de la Constitution.

Dans le cas présent, les valeurs constitutionnelles d'égalité, de tolérance et de respect pour la diversité, plaident clairement pour une

interprétation large et ouverte du mot « époux », et ce d'autant plus qu'une telle interprétation correspond au sens usuel de ce mot.

7

LE JUGE QUI PLEURAIT : LA MISE EN ŒUVRE DES DROITS SOCIO-ÉCONOMIQUES PAR LE POUVOIR JUDICIAIRE

L'affaire Grootboom

Mme Grootboom en avait assez. Elle vivait avec ses deux enfants, sa sœur et les trois neveux, dans une cabane non loin du Cap. Les pluies hivernales s'annonçaient, elle se sentait incapable de supporter une saison de plus dans une zone détrempée. Celle-ci comptait quelque 5000 habitants, vivant dans des circonstances similaires, privés d'eau potable, d'égouts et de collectes d'immondices, dépourvus presque entièrement d'électricité. Beaucoup avaient introduit une demande auprès de la municipalité dans l'espoir de pouvoir occuper des logements sociaux, subventionnés par l'État, mais ils étaient sur des listes d'attente depuis au moins sept ans, sans réel espoir à l'horizon. Face à la perspective de devoir vivre sans fin dans des conditions intolérables, Mme Grootboom ainsi que près d'un millier d'adultes et enfants, se déplacèrent sur le versant inoccupé d'une colline à proximité. Cette terre avait été réservée pour les logements sociaux. Des négociations avec le propriétaire et le conseil local s'ensuivirent, mais en vain. Par la suite, une décision de justice fut rendue, disant qu'ils occupaient le lieu illégalement et ordonnant leur expulsion. Ils ont donc été expulsés de force, de façon inhumaine et précipitée, aux frais de la municipalité. Leurs baraques de fortune ont été rasées au bulldozer et brûlées, et leurs biens détruits. Absents, plusieurs occupants n'ont même pas eu l'occasion de récupérer le peu qui leur appartenait.

Désespérés et sans-abri, ils s'installèrent sur un terrain de sport local, poussiéreux. Les fortes précipitations hivernales du Cap étaient proches et ils n'avaient pour se protéger que des bâches en plastique. Ils décidèrent alors de contacter un avocat qui s'adressa au conseil municipal, et après lui avoir décrit les conditions de vie intolérables, le mit en demeure de respecter ses obligations constitutionnelles en leur fournissant un logement temporaire. Déçu de la réponse de la municipalité, le groupe déposa une

requête en extrême urgence auprès de la *High Court*. C'est ainsi que Mme Grootboom a prêté son nom à une affaire qui fut très médiatisée, et donna lieu à une décision à la pointe de la jurisprudence au niveau mondial, dans le domaine des droits socio-économiques.

Je l'imaginai devant moi (elle et les millions de personnes dans le monde qui se trouvent dans la même situation), couchée à la belle étoile mais [soudainement] confrontée aux nuages chargés de pluies, se demandant : pourquoi sommes-nous nés si nous devons vivre ainsi ; pourquoi mes enfants doivent-ils grandir sans toit ? C'était là que résidait tout l'enjeu de la question juridique, plus formelle : les droits sociaux et économique sont-ils des droits fondamentaux que les cours et tribunaux peuvent faire appliquer de manière directe ? Dans l'affirmative, comment ? Presque chaque Etat moderne a adopté des législations dans le domaine du logement, de la santé, de l'éducation et du bien-être que le pouvoir judiciaire est appelé à faire respecter. Dans le cas présent, la question était de savoir si le droit au logement, inscrit dans la Constitution avait en tant que tel un aspect contraignant et juridiquement supérieur aux lois et aux politiques dans ce domaine. Je me rappelais alors la promesse que nous avions faite durant des années de résistance : avec la fin de l'Apartheid, les pauvres n'obtiendront pas seulement le droit de vote, mais aussi le droit à l'éducation, à la santé et au logement.

La constitution sud-africaine déclare en effet que chacun jouit du droit à l'accès à un logement décent et elle prévoit qu'afin d'assurer progressivement la réalisation de ce droit, l'Etat est tenu de prendre des mesures raisonnables, législatives et autres, dans les limites des ressources à sa disposition. Quelle était la portée de ces mots pour Mme Grootboom ?

Dans un premier temps, la *High Court* a ordonné à la commune de fournir un logement temporaire pendant la durée de la procédure, afin d'éviter de devoir statuer sur des questions difficiles et importantes sous la pression des pluies qui s'annonçaient imminentes. A l'audience, l'Etat a reconnu que les demandeurs se trouvaient dans des circonstances désastreuses. Il soutenait, toutefois, que ces circonstances constituaient l'héritage d'un passé d'injustice et ne reflétaient nullement un échec dans l'application des obligations constitutionnelles actuelles. L'Etat soutenait, au contraire, qu'il se conformait à ses obligations, notamment en réalisant un programme de logement d'ampleur, permettant à des millions de pauvres de quitter les abris de fortune insalubres qu'ils occupaient sans sécurité foncière, pour des maisons résistant aux intempéries dont ils auraient la pleine propriété. En application de ce programme, 750.000 familles auraient déjà pu s'installer dans des habitations subventionnées,

pourvues d'eau et d'électricité.; dans le futur, plusieurs millions de personnes pourraient bénéficier du programme de logement en cours.

La *High Court* a reconnu que l'Etat honorait son obligation de réaliser progressivement le droit à l'accès à un logement décent. En revanche, la Cour a constaté que l'Etat avait manqué à une autre obligation, plus spécifique, celle qui découle des droits de l'enfant, prévus par la constitution. La Cour a considéré que le droit des enfants à un logement, ne dépendait pas d'une réalisation progressive en fonction des ressources de l'Etat. Le logement dont question dans la section de la Constitution sur les droits de l'enfant, requiert peut-être moins que la notion de logement décent, mais l'Etat a l'obligation de fournir aux enfants une protection contre les éléments naturels. La Cour a conclu que dès lors que les enfants ne peuvent être séparés de leurs parents, chaque personne concernée doit bénéficier d'une protection élémentaire.

L'Etat interjeta appel et l'affaire fût portée devant la Cour constitutionnelle. Au cours des audiences, nous avons bénéficié de la participation de la Commission des Droits de l'Homme et de celle du Centre juridique de droit communautaire de l'Université du Cap occidental. L'avocat qui représentait le Centre des ressources juridiques, a réussi à élargir le débat, en invitant la Cour à analyser le droit au logement de chaque Sud-Africain, qu'il ait des enfants ou non. Ce cas a démontré dans quelle mesure des avocats créatifs et des organisations actives de la société civile peuvent faire la différence pour les pauvres en les aidant à protéger leurs droits fondamentaux.

De quelle manière la disposition relative au droit à un logement adéquat a-t-elle été intégrée dans la constitution ? La même question se pose en lien avec des dispositions similaires de la *Bill of Rights*, notamment celles concernant l'accès aux services de santé, à la nourriture, à l'eau et à la sécurité sociale. Comment toutes ces dispositions ont-elles été introduites dans la Constitution et consacrées comme droits fondamentaux que l'Etat était appelé à concrétiser progressivement en fonction de ses ressources ? Le fait que ce large éventail de droits socio-économiques soient repris dans la Déclaration de droits, alourdit la tâche de notre Cour. Nous avons bien conscience qu'en déterminant la portée du droit à un logement décent, nous n'allions pas nous limiter à résoudre le seul cas de Mme Grootboom et autres. Il nous fallait aussi explorer le statut des droits socio-économiques dans la Constitution et, en particulier, la portée de l'obligation constitutionnelle pesant sur l'Etat lorsqu'il répond à des

revendications relatives au logement, aux soins de santé, à la sécurité sociale, aux besoins en eau et en alimentation.

Les origines des droits sociaux et économiques directement applicables

J'ai été confronté pour la première fois à cette question lorsque j'étais professeur de droit en exil, au Mozambique. Un groupe d'étudiants noirs à la faculté de droit de l'Université de Natal-Durban, avait fondé une entité nommée le « Comité anti-Déclaration des droits ». J'étais choqué. Comment donc ? Pas Anti-Apartheid mais Anti-*Bill of Rights* ! J'étais heurté par cette étrange combinaison : des personnes idéalistes faisant partie de la communauté opprimée et luttant pour une démocratie non-raciale s'opposaient à l'idée même de la *Bill of Rights*. Au fil du temps, j'ai cependant compris leur motivation, et même sympathisé avec une bonne partie de leurs arguments. Certains la surnommait la Charte des Blancs. Ils considéraient que ce document avait été préétabli par une minorité blanche privilégiée, dans le but d'empêcher toute transformation sociale et économique dans le futur. Ils craignaient que la *Bill of Rights* ne pérennise la situation socio-économique injuste créée par l'Apartheid en protégeant les droits de propriété existants – les blancs possédaient 87% du territoire et 95% du capital productif –, et qu'elle ne limite considérablement la capacité de l'Etat démocratique à promouvoir un accès égal pour tous aux richesses. En fin de compte, le pauvre resterait pauvre, bien que théoriquement libéré ; le riche lui, deviendrait encore plus riche, bien que techniquement non avantagé.

Des juges et académiciens progressifs avaient cependant justifié la nécessité d'une *Bill of Rights*, précisément pour faciliter le respect de la loi de la majorité. Leur raisonnement consistait à dire qu'une fois le droit de vote accordé à tous, et toute discrimination proscrite, la *Bill of Rights* rassurerait aussi les blancs quant à leur avenir dans le pays. L'effet pervers de ce raisonnement juridique était toutefois que, tout concept introduit pour dissiper les craintes des blancs, éveillait inévitablement les soupçons des noirs.

J'étais bien déterminé à arrêter cette polarisation afin d'empêcher que cette dialectique de division se fige. Je me souviens bien de cette époque, peu avant que la bombe placée dans ma voiture au Mozambique par des agents de sécurité sud-africains, ait failli me tuer. Je rédigeais alors un rapport pour le comité constitutionnel de l'ANC, argumentant qu'il fallait créer un « comité anti-anti *Bill of Rights* ». Ce rapport indiquait que toute révolution devait être considérée comme impossible jusqu'au jour où elle arrive, puis elle devient inévitable ; c'est bien dans ce contexte

d'instabilité qu'il fallait envisager la future *Bill of Rights* pour l'Afrique du Sud. Les étudiants en droit avaient une notion trop étroite de cette charte des droits, puisqu'ils supposaient que son unique fonction serait de limiter le pouvoir du gouvernement d'introduire des changements. Or, il n'y avait aucune raison de croire que la *Bill of Rights* ne puisse servir d'instrument pour défendre les intérêts des démunis. C'est à ce stade de réflexion que j'introduisis le thème des trois générations de droits dans le débat.

La première génération concerne les droits civils et politiques classiques, issus des révolutions française et américaine. Il s'agit des droits fondamentaux des citoyens en tant que personnes libres ; ceux-ci doivent être énoncés de manière univoque dans chaque document post-libération.

La seconde génération de droits concerne l'accès au logement, à la santé, à l'éducation et au bien-être. Cette génération de droits a été introduite en France après la révolution de 1848, et en Allemagne sous le règne de Bismarck vers la fin du 19^{ième} siècle. Ces droits furent ensuite revendiqués durant la révolution russe et ont été placés au cœur des politiques des Etats dits de providence au cours du 20^{ième} siècle. Ces droits ont été développés dans des pays révolutionnaires, ou autoritaires ou encore dans les États socio-démocratiques. Durant la seconde guerre mondiale, Roosevelt incluait « le droit de vivre à l'abri du besoin » dans les quatre libertés qu'il a proclamées. Après la guerre, ces droits ont gagné du terrain internationalement ; ils furent intégrés, avec les droits civils et politiques, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. Par la suite, ils ont été consacrés dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui, bien qu'adopté séparément du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a la même valeur juridique.

La notion de troisième génération de droits – comme celle de distinguer des générations de droits – a été développée par un juriste tchèque qui travaillait aux Nations Unies. Alors que son premier souci était la promotion du droit à un environnement propre et sain, il ne sut comment classer ce droit collectif dans une des catégories connues des droits fondamentaux. L'idée d'une troisième génération de droits lui vient à l'esprit, à savoir les droits qui, par leur nature, appartiennent à toute la communauté et aux générations futures, plutôt qu'aux seuls individus. Font aussi partie de cette troisième génération de droits, encore appelée les droits de la solidarité, le droit au développement et le droit à la paix. Evoquant les trois générations de droits, mon ami Kader Asmal parlait des « droits bleus » (les droits civils et politiques), des « droits rouges » (les droits socio-économiques) et des « droits verts » (les droits liés à la solidarité humaine).

A l'époque, le thème des droits sociaux et économiques fut donc mis à l'ordre du jour. Lorsque des prisonniers politiques furent libérés en Afrique du Sud, que les personnes en exil, comme je l'étais, purent rentrer au pays, et que des négociations sur un nouvel ordre constitutionnel furent engagées avec sérieux, le débat évolua vers la question de la force exécutoire des droits socio-économiques. Trois positions distinctes furent défendues. Il y avait ceux qui considéraient que de tels droits ne constituaient que des aspirations et qu'ils ne devaient donc pas figurer de quelque manière que ce soit, dans la Constitution. D'autres étaient partisans de l'intégration de ces droits dans la Constitution uniquement comme principes directeurs, sans force obligatoire devant les tribunaux. Enfin, la troisième position consistait à dire qu'il fallait trouver des termes appropriés pour que ces droits puissent être invoqués en justice en tant que droits constitutionnels exécutoires.

Les seuls précédents que nous avons trouvés ont suivi la position médiane, à savoir l'incorporation des droits socio-économiques dans la Constitution en tant que directives de gouvernance, non directement applicables. Ainsi, quand les Irlandais obtinrent leur indépendance de la Grande-Bretagne, ils adoptèrent une Constitution consacrant ces droits mais qui précise clairement que ceux-ci n'ont pas force contraignante. De même, lorsque l'Inde acquit son indépendance après la seconde guerre mondiale, son Assemblée constituante inclut ces droits dans la Constitution à titre de simples directives de politique nationale, en indiquant clairement qu'ils n'étaient pas opposables devant les cours et tribunaux. (Je mentionne que la Cour Suprême de l'Inde a par la suite interprété ces droits de manière créative, en les invoquant pour définir la portée de droits civils et politiques fondamentaux qui avaient force contraignante). En Afrique du Sud, on vit un vigoureux soutien en faveur de l'idée de créer deux chapitres distincts dans la Constitution, l'un relatif aux droits contraignants, l'autre qui reprendrait des principes directeurs non directement applicables mais qui serviraient de lignes conductrices de la politique nationale.

A cette époque, début des années 1990, j'eus le plaisir d'être invité par Robert Badinter, président du Conseil constitutionnel français, à séjourner à Paris pendant une semaine. Ronald Dworkin avec qui j'avais travaillé à promouvoir le dialogue entre les juges sud-africains et les juristes en exil de l'ANC, se trouvait aussi à Paris. J'espérais recevoir ses commentaires sur le projet de Bill of Right rédigé par le Comité constitutionnel de l'ANC, en particulier sur les dispositions relatives à la force contraignante des droits économiques et sociaux. Nous avons eu une conversation téléphonique amusante. « Où habitez-vous ? » me demanda Ronald Dworkin. « Au Palais royal », dis-je « Pas l'hôtel Palais royal, mais le Palais royal ! » Le

Conseil constitutionnel l'occupait et je logea dans l'un des appartements de ce bâtiment. Cela m'a servi d'appât pour un rendez-vous. Je l'invitai à venir voir un exemplaire original de la Déclaration des droits de l'homme. Après notre rencontre, lorsque nous descendions les marches du Palais, Ronald Dworkin me fit part de ses doutes sur le projet de *Bill of Rights*. Était-il approprié d'inclure dans la Constitution des droits sociaux et économiques détaillés et larges ? Pour lui, le principe selon lequel chacun jouit d'une protection égale devant la loi, constitue un instrument plus puissant pouvant être utilisé pour améliorer la position des défavorisés, victimes de discrimination raciale et qui avaient été forcés de vivre des conditions d'inégalité flagrante.

J'ai passé beaucoup de temps à méditer ses paroles. Mais j'arrivais à la conclusion que le droit à une protection égale ne serait pas suffisant, même si des mesures de discrimination positive étaient adoptées. Le problème n'était pas seulement d'éviter les discriminations persistantes ou d'en prévenir de nouvelles, mais bien de faire en sorte que chacun soit fondé à bénéficier, au moins, de conditions de vie répondant à un minimum de décence. L'égale protection, accompagnée de programmes d'action positive, est susceptible de favoriser l'émergence d'une classe moyenne noire. Mais ce ne serait pas d'un grand secours pour les désespérément pauvres. Finalement, l'égale protection joua un rôle central dans la nouvelle Déclaration des droits. Mais elle n'allait pas au-delà de l'interdiction de toute discrimination négative et de la promotion de politiques visant à corriger des pratiques qui perpétuent des inégalités de fait. Elle n'impliquait pas, par elle-même, une obligation dans le chef de l'Etat de veiller à ce que chacun vive dans des conditions minimales de dignité humaine. Dans un pays où une grande partie de la population vivait dans une extrême pauvreté, même la discrimination positive ne suffisait pas. Il fallait réaliser plus d'avancées vers le progrès social. Mais la question subsistait : fallait-il faire de l'obligation qu'a l'Etat d'encourager le progrès social une obligation constitutionnelle ?

Au chapitre huit, je traite des problèmes qui surgissent lorsque des juges qui ne sont pas élus, sont habilités à trancher des questions dans le domaine social et économique, lesquelles sont en général du ressort de responsables élus. J'arrive à la conclusion que lorsqu'il leur incombe de protéger les droits de groupes marginalisés et vulnérables, le fait de ne pas être élus constitue probablement un avantage pour les juges. Cependant, de mon point de vue, lorsqu'il s'agit de donner un contenu concret aux droits socio-économiques, le véritable problème ne réside pas dans une absence de légitimité institutionnelle. La vraie difficulté réside dans l'incompétence institutionnelle. Une des objections majeures à l'attribution aux juges du pouvoir d'implémenter les droits économiques et sociaux, était qu'ils

risquaient de comprendre tout de travers. Ce risque est lié au fait que les juges sont traditionnellement de classe sociale aisée, mais aussi à la nature du raisonnement juridique traditionnel, qui tend à aborder toute question d'une manière abstraite basée sur des formules, mais ignore les réalités de la vie du commun des mortels, ce qui aboutit à favoriser le statu quo. Il revient au Parlement de traiter des aspects pratiques du logement, de la propriété foncière, et d'autres questions sociales. Il tient des réunions et des auditions, et bénéficie de la contribution d'une grande variété de personnes expertes dans différents domaines. En outre, la nature même du processus politique tient dans le compromis et la mise en balance des intérêts. Dans une société ouverte et démocratique, le compromis fondé sur des concessions réciproques, plutôt que sur le principe d'un seul gagnant, mérite d'être applaudi. Les juges n'ont pas l'aptitude nécessaire pour prendre des décisions dans le domaine du logement, des hôpitaux, de l'éducation ou de l'énergie. Ils n'ont tout simplement pas le savoir-faire et la capacité pour traiter de toutes ces questions. En revanche, les juges en savent long sur la dignité, sur l'oppression, et sur les pratiques qui aboutissent à mettre un être humain dans une situation intolérable. Il se peut que le principe d'efficacité soit l'un des grands principes de l'action gouvernementale, et que, d'un point de vue pragmatique, le principe de rechercher ce qui est le plus avantageux pour le plus grand nombre, soit un bon point de départ pour l'utilisation des deniers publics. Mais l'aspect qualitatif, fondé sur la dignité de chacun, ne devrait jamais être négligé. C'est là que l'attention de l'institution judiciaire, institutionnellement dirigée sur le respect de la dignité, prend tout son sens. La mise en balance qu'opèrent les cours et tribunaux est bien différente des compromis qui se forment dans la vie politique.

Je présume que derrière les arguments techniques avancés afin d'éviter que les droits socio-économiques soient qualifiés de contraignants, il y avait la crainte que l'attention que porteraient les juges à ces questions, conduise à une dilution du respect pour les droits civils et politiques fondamentaux. En gros, on craignait que dans la mise en œuvre du droit au pain, le droit à la liberté soit étouffé. Cette crainte a un fondement historique lourd et regrettable. Certains Etats avaient prétendu que, pour assurer le progrès et améliorer les conditions de vie de la masse, il était nécessaire de supprimer la liberté d'expression, d'éliminer la démocratie multipartite et de rejeter la société ouverte. Se peut-il que des peuples désirent le pain sans la liberté, ou la liberté sans le pain ? En Afrique du Sud, la lutte pour le droit de vote et pour la liberté d'expression, a toujours été indissociable de la lutte pour le logement, la santé et l'éducation. L'autoritarisme bureaucratique était inhérent à l'Apartheid. La majorité des gens n'étaient pas considérés comme des êtres humains, d'où les logements insalubres et la piètre éducation pour eux. La restauration de la dignité pour tous requérait à la

fois le respect pour les droits liés à la personne et la liberté de chacun, et la création de conditions matérielles indispensables à une vie dans la dignité.

Notre expérience prouve qu'en réalité, loin de se saper mutuellement, le désir de liberté et la recherche du pain sont liés et interdépendants. Comme l'a exprimé Amartya Sen, dans une société démocratique on ne voit pas la famine. Les pénuries en nourriture sont traitées en rendant compte à la population de la manière dont la distribution de nourriture se fait. En revanche, dans les dictatures, la famine et la misère sont omniprésentes car, bien que la quantité de nourriture disponible puisse être la même, les grains sont secrètement stockés et réservés aux riches. Ceux qui prétendent que les pauvres ne s'intéressent pas au droit de vote, à la liberté d'expression ou encore au droit à un traitement équitable, et que leur seule préoccupation serait de remplir leur estomac, ajoutent l'outrage à l'indignité. En réalité, les plus grands sacrifices pour la liberté ont été consentis par les plus pauvres et les plus démunis. Ils se sont battus pour la dignité, laquelle inclut aussi bien le droit de vote que le droit à une vie décente. Mais, lorsque la bataille pour la survie est épuisante, la liberté de vote et le droit de critiquer le gouvernement risquent de devenir vides de sens. Le vote peut toutefois être un instrument pour accéder à une vie meilleure, dans une société qui assure l'éducation et dans laquelle les gens savent lire, étudier, découvrir le monde, prendre des décisions politiques en connaissance de cause et opérer des choix individuels sensés. La situation aurait été bien ironique si le résultat de la lutte avait été réduit à garantir au peuple mourant de faim un droit inaliénable de maudire le gouvernement jusqu'à son dernier souffle.

Le caractère indissociable des différentes générations de droits nous aide à résoudre quelques-unes des tensions inhérentes entre le *libertarianisme* et le *communautarisme* au sujet de l'implémentation de droits sociaux et économiques. Les libertariens mettent l'accent sur l'individu, son autonomie et sa liberté de choix. Les communautaristes soulignent que nous vivons dans des communautés et que notre capacité de faire et d'exécuter des choix de vie, est largement dictée par le contexte social dans lequel nous évoluons. Appliquer une approche libertarienne stricte à la situation de Mme Grootboom, aurait eu pour résultat de l'abandonner à son sort sur base du droit de chacun d'être laissé tranquille, tout en lui reconnaissant la liberté illimitée de critiquer le gouvernement lorsque la pluie s'abattait sur elle. Elle ne voulait cependant pas que l'État l'abandonne. Elle voulait s'adresser à lui pour qu'elle-même et ses enfants obtiennent un toit pour s'abriter. En revanche, si une approche radicalement communautariste avait été adoptée, alors l'invasion – par elle et plusieurs centaines d'autres – de terres privées, aurait été justifiée comme étant l'exercice d'un droit appartenant à un groupe de sans-abri

au détriment des droits d'un seul propriétaire. Au-delà de la question des droits de propriété, la réalité était que la file d'autres individus en attente d'un logement à construire sur cette terre, et leurs droits, étaient également concernés.

Selon moi, l'approche voulue par notre Constitution, était celle qui ne soit ni radicalement libérale ni simplement communautaire. Il fallait privilégier une approche fondée sur la dignité. Le respect pour la dignité humaine englobe le droit d'être autonome, et le besoin de reconnaître que nous vivons tous en communauté. Il s'agissait donc du droit fondamental de tous les êtres humains de voir leur dignité respectée. Ce droit formait précisément le lien entre le droit à la liberté et le droit au pain.

L'affaire Soobramoney

Avant de commenter la façon dont la Cour s'est occupée du problème de Madame Grootboom, je dois mentionner que nous avons déjà traité un dossier concernant l'implémentation de droits sociaux et économiques. Il s'agissait d'une affaire très délicate, portée devant la Cour par une personne proche de la mort. Cette affaire concernait le droit à l'accès au soins de santé et, en particulier, à un traitement médical urgent.

M. Soobramoney, souffrant d'une insuffisance chronique des reins, de problèmes cardiaques et de diabète, a saisi notre Cour en demandant que nous ordonnions au service de dialyse de l'hôpital, de retarder sa mort aussi longtemps que les machines le permettaient. Par le passé, M. Soobramoney avait bénéficié d'une telle dialyse dans un hôpital étatique, ce qui lui avait sauvé la vie. Cependant, on l'avait averti qu'il ne serait plus qualifié pour un autre traitement, dès lors que les ressources ne permettaient que le traitement de 35% des personnes souffrant d'une maladie chronique. La priorité était accordée à ceux qui pouvaient bénéficier d'une transplantation des reins. Il n'était pas un bon candidat pour une telle transplantation, et avait donc été repoussé tout à la fin de la liste d'attente. Pendant un certain temps, M. Soobramoney avait survécu grâce à une dialyse dans le secteur médical privé. Mais lorsque les moyens financiers de sa famille furent épuisés, il chercha à obtenir, une fois de plus, un traitement gratuit dans un hôpital d'État. Après se l'être vu refuser, il saisit la Cour en invoquant son droit constitutionnel à l'accès aux soins de santé. Il soulevait comme argument que le refus de lui donner un traitement médical méconnaissait ce droit.

Il s'agissait là d'un cas extrêmement pénible pour les onze hommes et femmes de la cour qui avaient à décider si cet homme devait vivre ou mourir. Aucune jurisprudence pour nous guider, nous n'avions à notre disposition que le texte de la Constitution, un hôpital avec des ressources bonnes mais limitées, et la requête d'un homme mourant. Nous avons décidé, en premier lieu, de rejeter sa requête en ce qu'elle était fondée sur le droit à un traitement médical urgent. Selon nous, le droit à des soins urgents ne pouvait être invoqué que par quelqu'un qui était sur le point de s'effondrer ou qui avait été victime d'un traumatisme soudain. Ce droit ne pouvait être invoqué par quelqu'un souffrant d'affections chroniques, même si sa vie s'en trouvait menacée. Si chaque maladie chronique devait être considérée comme une urgence autorisant un traitement médical à charge de l'État, il n'y aurait plus de fonds publics pour d'autres services importants tels que des soins maternels et pédiatriques, l'éducation à l'hygiène, la vaccination, la prévention et le traitement de maladies telles la tuberculose, le cancer et la malaria et, finalement, l'amélioration de la lutte contre le HIV/sida.

En ce qui concerne le droit à l'accès aux soins de santé, la Cour a constaté que les conditions de cet accès, telles que fixées par les services étatiques de la santé et appliquées à Monsieur Soobramoney, n'étaient pas déraisonnables. Sur la base des preuves fournies par l'hôpital, il était évident que la définition des priorités était rationnelle et non discriminatoire. Sur ce point également, la Cour a donc rejeté la demande (voir l'affaire *Soobramoney*, p. 124).

Durant les plaidoiries, j'ai dit à l'avocat que j'appréciais la dignité avec laquelle son client avait saisi la Cour. J'ai ajouté que si les ressources de l'État étaient proportionnelles à la compassion, le cas aurait été facile à résoudre. Dans une opinion concordante au jugement principal, j'ai attiré l'attention sur le fait que, dans tous les cas qui concernent l'implémentation des droits sociaux économiques, le problème naissait de la rareté des ressources. Par leur nature même, les droits sociaux et économiques impliquent le rationnement. Ce rationnement ne doit pas être considéré comme une restriction du droit à l'accès aux soins de santé mais plutôt comme la condition même de leur exercice. À cet égard, les droits socio-économiques diffèrent dans leur mode de jouissance, voire par nature, des droits civils et politiques. Le droit à la liberté d'expression, par sa nature

même, ne peut être rationné. Chacun peut s'exprimer librement tout comme chacun ayant acquis un certain âge a le droit de voter. Certes, sur le plan de la mise en œuvre de ces droits, des problèmes peuvent surgir, par exemple, en ce qui concerne l'accès à la radiodiffusion publique, la recherche des moyens nécessaires pour créer des médias indépendants ou mener une campagne électorale. Mais les droits civils et politiques sont parfaits, *ab initio*, dans la mesure où ils ne dépendent pas d'une réalisation progressive. En revanche, la réalisation progressive des droits socio-économiques en fonction des ressources disponibles, nécessite des mécanismes de répartition essentiels à leur existence même (voir le cas *Soobramoney* – questions plus larges, p. 124).

Je n'étais pas certain des implications de cette distinction tant au regard de la conceptualisation de la nature du droit, que pour définir les remèdes adéquats en cas de violation de ce droit. J'étais toutefois convaincu que l'exercice d'un droit, qui par sa nature est partagé, souvent de manière compétitive, avec d'autres titulaires du même droit, devait avoir des caractéristiques légales différentes de l'exercice d'un droit civil individuel classique, qui est en soi autonome et complet.

L'Etat était obligé de prendre des mesures afin de réaliser progressivement le droit à l'accès aux soins de santé. Mais il pouvait assumer cette obligation aussi bien en veillant à la distribution d'eau potable, à la pureté de l'air, à la distribution de vivres au bénéfice de toute la communauté, qu'en prenant à sa charge les frais d'une hospitalisation et d'un traitement médical curatif onéreux pour un individu. L'important était que, par les programmes d'accès aux soins de santé, l'Etat atteigne des objectifs de plus en plus larges, et qu'au sein de chaque programme, toute personne soit traitée correctement et sans discrimination.

Retour à l'affaire *Grootboom*

Revenons au cas *Grootboom*. Prendre les droits constitutionnels au sérieux requiert que les juges soient conscients des deux tentations à éviter. La première est d'être excessivement formaliste, en adoptant une attitude d'indifférence par rapport à la réalité vécue par des personnes en chair et en os. La seconde est de se présenter comme le grand défenseur des pauvres en s'attirant les faveurs des médias. A mon avis,

tous les juges dans le cas *Grootboom* étaient bien conscients du fait qu'il fallait éviter le populisme judiciaire, c'est-à-dire éviter d'ordonner des mesures dans le seul but de plaire à l'imagination populaire, par un jugement dont la réalisation pratique eut été impossible. Cependant, le serment de rendre la justice pour tous, nous obligeait à donner un sens et un contenu aux droits socio-économiques consacrés dans la *Bill of Rights*. La situation de sans-logis dans laquelle Mme Grootboom et d'autres se trouvaient, ne pouvait rester sans réponse. Le droit à un logement décent serait vide de sens si à la suite d'une action étatique, des milliers de personnes étaient laissées sans possibilité de trouver un refuge pour s'abriter et abandonnées sans la moindre protection autre que quelques bâches en plastique. Le défi que nous devons relever consistait donc à trouver un fondement légal pour établir une jurisprudence répondant à ce type de situation, à fournir une analyse de principe et à définir une solution utile qui puisse être mise en œuvre, sans dépasser pour autant le champ limité de nos compétences .

Dans un jugement unanime rédigé par le Juge Zak Yacoob, nous avons décidé que le concept clé de la norme sur l'accès à un logement décent, concernait l'obligation incombant à l'État de prendre « *des mesures législatives et autres* » afin de réaliser progressivement ce droit. Nous avons considéré que le concept de mesures raisonnables était un concept sur lequel la Cour pouvait se pencher. Si des mesures ne répondent pas au critère du raisonnable, l'État manque à ses obligations constitutionnelles. Lors de l'examen du caractère raisonnable, la Cour reconnaît que le gouvernement détient une expertise spéciale dans le domaine du logement, et qu'un large éventail de choix politiques peuvent être compatibles avec le seuil du raisonnable. Pourtant, peu importe le caractère impressionnant de la politique de logement menée par l'État, celui-ci était défaillant en ce qu'il n'avait pas prévu des mesures en faveur de personnes qui, comme Mme Grootboom, se trouvaient dans une situation de crise telle que leur dignité s'en trouvait atteinte. En d'autres termes, même si le programme était raisonnable dans sa globalité, il présentait une lacune grave qui l'empêchait de satisfaire aux exigences constitutionnelles. Il ne comportait aucun plan complet d'aide urgente pour des cas de personnes sans abri et en situation d'extrême désespoir, telles les victimes de catastrophes naturelles ou les personnes se trouvant dans la situation de Mme Grootboom. En conséquence, nous

avons déclaré que le programme de logement de l'État était déraisonnable et contraire à la Constitution dans la mesure où l'État avait « manqué à son devoir de prévoir dans les limites de ses ressources, des mesures raisonnables pour les personnes... qui n'ont pas accès à des terres, qui sont sans toit, ou qui vivent dans des conditions intolérables ou dans une situation de crise ».

Après cette déclaration qui porte sur la nature des obligations de l'État dans ce domaine, nous avons laissé à l'Etat le choix des mesures concrètes à prendre pour remédier au mieux à son manquement. Nous lui avons donc laissé le choix de décider si le programme pour des logements provisoires d'urgence devait être réalisé sur le plan national, provincial ou local, ainsi que le choix des mesures qui peuvent être l'octroi d'une terre sur laquelle le bénéficiaire peut ériger un abri, d'un terrain avec un abri, d'une habitation, ou d'une assistance financière suffisante pour permettre aux personnes affectées de rechercher elles-mêmes une solution. De même, nous avons laissé à l'Etat le choix de décider où puiser les fonds pour le programme d'urgence. Ceux-ci pouvaient être prélevés du programme de logements, du budget de la défense, ou constitués grâce à des nouveaux impôts. Bref, l'Etat pouvait choisir où puiser l'argent, mais oserais-je ajouter ... sans toucher, bien sûr, au salaire des juges car celui-ci est constitutionnellement protégé !

De cette manière, nous pensions avoir exprimé à la fois la nécessité de rappeler à l'État son obligation de protéger la dignité fondamentale des êtres humains, et de reconnaître que c'est au gouvernement qu'il incombe de déterminer les priorités, la mise en œuvre, et tout détail concernant la manière dont il entend assumer ses responsabilités.

En cherchant une méthodologie à la fois de principe et effective, nous avons été fortement influencés par l'observation – ou plutôt la conviction – qu'il fallait interpréter les droits de la *Bill of Rights* de manière à reconnaître leur interconnexion et interdépendance. Notre Constitution proclame qu'à l'occasion de toute interprétation de la *Bill of Rights*, nous devons promouvoir les valeurs de la dignité humaine, de l'égalité et de la liberté. C'est bien le respect de ces valeurs, en particulier de la dignité humaine, qui nous a guidés. En conséquence, nous avons énoncé clairement que le droit au logement ne pouvait être disjoint du droit à la dignité humaine. Ceci impliquait qu'une

réponse simplement quantitative de l'État à ses obligations ne suffisait pas, même si, selon les standards internationaux, l'État avait fait des efforts considérables pour fournir des logements à prix modique. La dimension qualitative ne peut jamais être oubliée (voir le cas *Grootboom*, à la p. 127).

L'affaire sur la campagne pour un meilleur traitement médical

Le cas suivant, toujours dans le domaine de la mise en œuvre des droits socio-économiques, ne se fit pas attendre. Il était aussi dramatique que le précédent. Il s'agissait du droit à l'accès aux soins de santé dans le contexte de la pandémie du sida, qui avait frappé si fort dans le pays. Il s'agissait en particulier, du droit d'une femme enceinte et atteinte du virus, de recevoir le médicament Nevirapine dans tous les hôpitaux et cliniques publics, et non pas seulement auprès de deux structures sanitaires dans chacune de nos neuf provinces, comme prévu par le département de la santé. Ce médicament diminue fortement le risque de transmission du virus au nouveau-né. La politique de l'État constituait à dire que la distribution de ce médicament devait être limitée pendant une période de deux ans, le temps d'évaluer les problèmes de gestion.

Cette affaire, dont la Cour avait été saisie par la « Campagne pour un meilleur traitement » (« Treatment Action Campaign » ou TAC), présentée par son avocat comme l'organisation civile la plus active et la plus efficace, suscitait beaucoup d'émotion. La dite TAC avait mobilisé des dizaines de milliers de personnes atteintes du sida, pour qu'elles refusent de se voir marginalisées, et qu'elles s'affirment en tant que personnes capables de prendre leur vie en mains, du mieux qu'elles le peuvent. Certains dirigeants avaient participé à la lutte contre l'apartheid et savaient comment associer les actions de rue et les médias au déroulement d'un procès. Invoquant la Constitution, ces personnes reprochaient au gouvernement un comportement déraisonnable dans la mesure où il avait limité la fourniture de Nevirapine à deux établissements par Province. Les plaignants rappelaient que l'industrie pharmaceutique fournissait le médicament gratuitement pendant 5 ans, et que des questions de sécurité n'entraient pas en jeu puisque le médicament pouvait être acheté librement par tout un chacun qui pouvait en payer le prix. Par ailleurs, ils apportaient la preuve que les médecins et les infirmiers d'établissements médicaux

autres que les dix-huit établissements présélectionnés étaient prêts à administrer le traitement.

De son côté, le représentant de l'État soutenait avec force que la question relevait de la politique du gouvernement et échappait en conséquence au pouvoir judiciaire. Il affirmait, sans ménagement, qu'il ne revenait pas au juge de prescrire des médicaments. Fondamentalement, cet argument était basé sur la doctrine de la séparation des pouvoirs et conduisait à restreindre dans une certaine mesure la portée de la décision de la Cour dans l'affaire *Grootboom*.

Je dois ajouter que, selon l'avocat de TAC, la décision dans l'affaire *Grootboom* n'allait pas assez loin. Il plaidait que la Déclaration des droits était basée sur la notion de droits individuels. D'après lui, la Constitution exigeait du pouvoir judiciaire, qu'il aille au-delà du simple fait de souligner le devoir qu'a l'État de déterminer et d'appliquer des programmes raisonnables. La Constitution, selon lui, obligeait la Justice à venir en aide à quiconque se trouve sous le seuil minimal de ce qui est requis pour la sauvegarde de la dignité humaine.

Je garde un vif souvenir d'un échange entre l'avocat et moi-même à ce sujet. Je lui ai posé la question suivante: Etes-vous d'avis que quelqu'un qui vit dans la montagne peut introduire une action en justice pour réclamer l'eau courante, même si les sommes qui seraient dépensées pour répondre à ce besoin particulier pouvaient être utilisées pour fournir de l'eau à des milliers de personnes installées dans la vallée? C'est un argument émotionnel, m'a-t-il répondu. Non, ai-je rétorqué, il relève de la question de l'utilisation de ressources rares, afin de réaliser les droits sociaux et économiques au bénéfice du plus grand nombre. J'ai posé d'autres questions : Seules les personnes jouant le mieux des coudes avec l'assistance des meilleurs avocats, auraient-elles droit à une maison, à l'eau et l'électricité ? Faut-il interpréter la Constitution de manière à conférer à chaque juge le pouvoir ou l'obligation de décider qui aurait un accès prioritaire aux biens sociaux limités en quantité? Oui, a-t-il répondu, si les individus concernés sont dans une situation inférieure au seuil minimal de la dignité, leurs droits sont méconnus.

Au grand dam, peut-être, d'une partie des défenseurs des droits de l'homme, la Cour a décidé que le seuil minimal pouvait

être satisfait à travers un programme gouvernemental visant à pourvoir aux besoins les plus élémentaires, et non au moyen de procédures individuelles devant les cours et tribunaux. L'impossibilité de traiter de telles plaintes individuelles dans le cadre de procédures judiciaires, conduirait à discréditer la notion même des droits sociaux et économiques au détriment des personnes les plus défavorisées.

D'un point de vue public, toutefois, l'aspect le plus intéressant de l'affaire concernait la façon dont le jugement devait répondre à l'argument de l'avocat de l'Etat selon lequel, indépendamment des points de vue individuels des juges, il ne nous revenait pas, à nous juges, au regard de la Constitution, de déterminer la politique en matière de santé. En réaction à cet argument tiré du principe de la séparation des pouvoirs, des juges ont demandé à l'avocat si ce n'était pas la Constitution elle-même qui conférait à la Cour la mission de veiller à ce que les droits constitutionnels soient respectés. Si tel est le cas, en faisant usage de l'autorité liée aux décisions de justice pour faire respecter les droits constitutionnels, n'étions-nous pas précisément en train de remplir notre mission propre, au regard de la doctrine sur la séparation des pouvoirs ?

Lorsque nous sommes entrés dans la salle d'audience pour prononcer le jugement, mon collègue Sandile Ngcobo m'a passé, de manière ludique, un mouchoir en me demandant: « Albie, en auras-tu besoin aujourd'hui? ». Il se référait à ma réaction à un autre jugement qu'il avait écrit pour la Cour, et que j'avais souvent évoqué lors de mes voyages. Le cas concernait une personne atteinte du sida, qui avait présenté sa candidature comme steward à la compagnie South African Airways, et réussi tous les examens d'entrée, mais avait été déclarée inapte à la profession à cause de sa séropositivité. South African Airways avait notamment expliqué que la compagnie British Airways n'engageait pas des personnes dans une telle situation, de crainte que les clients ne se tournent vers une autre compagnie aérienne. Dans ce jugement, Sandile Ngcobo avait rejeté fermement l'argument selon lequel les pratiques commerciales d'autres compagnies aériennes pouvaient déterminer les droits constitutionnels des Sud-Africains. De plus, il soulignait que le fait que plusieurs personnes soient l'objet de préjugés, constituait un motif pour la compagnie aérienne de combattre la marginalisation plutôt que d'y céder. La Cour a donc constaté que le demandeur était victime d'une discrimination non

justifiée et a ordonné à la compagnie aérienne sud-africaine d'engager la victime comme steward aussi longtemps que sa santé ne l'empêchait pas de servir les clients de manière adéquate (voir le cas *Hoffmann*, à la p. 129).

La salle était remplie de personnes portant des t-shirts avec l'indication « VIH positif ». Un silence absolu régnait lors du prononcé du jugement. Après avoir quitté la salle d'audience, j'entendis des cris de joie. Et soudainement, j'eus les larmes aux yeux. Ce n'était pas seulement par l'émotion provoquée par l'impact du sida dans notre pays. J'éprouvais aussi un sentiment de fierté d'être membre d'une Cour qui protège les droits fondamentaux et la dignité de tous. À ce moment, l'émotion me prit au dépourvu. Mais dans l'affaire *TAC*, ce fut différent. Cette fois, je me sentais émotionnellement préparé. Lorsque nous étions sur le point d'entrer dans la salle d'audience pour prononcer le jugement dans cette affaire, j'ai donc répondu à mon collègue: « Pas de problème, Sandile, aujourd'hui, je suis prêt. Tu peux garder ton mouchoir ».

Lorsque nous sommes entrés dans la salle d'audience, je me suis aperçu qu'elle était à nouveau pleine de monde. Des gens de tous âges, hommes et femmes, noirs et blancs, bref la nation toute entière, portaient des t-shirts « VIH positif ». Il y avait aussi des journalistes du monde entier. L'atmosphère était tendue mais le silence régnait lorsque le premier président, Arthur Chaskalson, a lu le résumé de notre décision, avec sa voix magistrale: dès lors que le médicament était disponible sans frais et qu'il était considéré sans danger pour son utilisation dans le secteur privé comme pour sa distribution par les dispensaires pilotes, une limitation de son approvisionnement, au motif que le gouvernement souhaitait continuer la recherche pour remédier à des problèmes opérationnels, n'était pas raisonnable. Il fallait garder à l'esprit qu'un grand nombre d'enfants pouvaient dans l'intervalle et sans raison naître avec le virus VIH, et que les docteurs en médecine avaient clairement déclaré qu'ils souhaitaient prescrire le médicament mais qu'ils en étaient empêchés à cause des directives ministérielles. La Cour a donc ordonné que le médicament soit rendu disponible dans tous les établissements de santé publics, équipés d'un personnel médical en mesure d'administrer le traitement aux patients consentants. (Voir le cas *Treatment Action Campaign*, à la p. 131). Après le prononcé du jugement, un silence absolu régnait dans la salle d'audience. Nous l'avons quittée et au

moment où nous étions tous ensemble dans le couloir, des cris de joie ont retenti. Des larmes m'en coulaient à nouveau.

L'affaire Soobramoney

M. Soobramoney, souffrant d'une insuffisance rénale grave, a saisi la cour pour lui demander d'ordonner à un hôpital public de le traiter par dialyse. Il soutenait que la Constitution lui conférait le droit aux soins de santé. La cour a toutefois rejeté la demande au motif qu'elle ne pouvait interférer dans la décision raisonnable, prise par les autorités médicales au regard des ressources dont elles disposaient, décision consistant à donner la priorité aux patients susceptibles de bénéficier avec succès d'une transplantation rénale. Cette décision est de la plume d'Arthur Chaskalson, alors président de la Cour (et plus tard, son premier président).

Le président CHASKALSON:

Nous vivons dans une société marquée par d'énormes disparités de prospérité. Des millions de personnes vivent dans des conditions déplorables et dans une extrême pauvreté. Le taux de chômage y est élevé, la sécurité sociale inadaptée, nombreux sont ceux qui n'ont pas accès à l'eau potable ou à des soins de santé adéquats. Ces conditions étaient déjà présentes au moment où la Constitution a été adoptée. L'engagement de faire face à ces problèmes et de transformer notre société en une entité respectueuse de la dignité humaine, de la liberté et de l'égalité, se trouve précisément au cœur de notre nouvel ordre constitutionnel. Mais aussi longtemps que des disparités subsisteront, la promesse sera vaine (...)

Les appareils de dialyse disponibles, utilisés en conformité avec les lignes directrices, bénéficient à un plus grand nombre de patients que s'ils étaient utilisés aussi pour maintenir en vie les personnes souffrant d'une insuffisance rénale chronique. En outre, le résultat du traitement sera meilleur s'il vise la guérison des patients plutôt que la survie des seuls patients atteints d'une maladie chronique. Il n'a pas été soutenu que les lignes directrices étaient déraisonnables ou qu'elles n'auraient pas été appliquées de manière équitable et rationnelle, lorsque l'hôpital Addington a décidé que le demandeur n'entrait pas en considération pour une telle dialyse (...)

L'administration provinciale responsable des services de santé au KwaZulu-Natal a dû prendre des décisions sur le budget et son utilisation dans le domaine de la santé. Il s'agit de décisions difficiles, notamment

sur le plan politique – la fixation du budget de santé – et sur le plan fonctionnel – la détermination des priorités. Une Cour doit toujours être prudente, mais d'autant plus lorsqu'il s'agit d'interférer dans des décisions rationnelles, prises de bonne foi, par des organes politiques et des autorités médicales responsables de ces matières.

On ne peut que sympathiser avec le demandeur et sa famille, confrontés à une décision cruelle: devoir s'appauvrir pour garantir au demandeur le traitement qui prolongerait sa vie. Le fait – dur et dérangeant – est que si le demandeur était un homme riche, il aurait pu se procurer un tel traitement grâce à ses propres ressources; ne l'étant pas, il doit faire appel à l'Etat afin d'obtenir ce traitement. Les ressources de l'État sont cependant limitées et le demandeur ne répond pas aux critères pour être admis au programme de dialyse rénale. Malheureusement, ceci ne vaut pas seulement pour le demandeur mais aussi pour nombre de malades qui auraient besoin d'une dialyse rénale ou d'autres soins de santé. D'autres ont besoin d'un logement, de nourriture et d'eau, d'opportunités d'emploi, et de sécurité sociale. Tout cela concerne des aspects du droit à « ...une vie humaine: le droit de vivre comme un être humain, de faire partie d'une plus large communauté pour partager l'expérience de l'humanité » (...)

L'État doit gérer ses ressources, limitées, afin de répondre à toutes ces revendications. A certaines périodes, l'État se doit d'adopter une approche holistique, en considération des besoins plus larges de la société plutôt que de se concentrer sur les besoins spécifiques d'un individu au sein de cette société ...

L'affaire Soobramoney – questions plus larges

Dans un jugement séparé mais concordant, j'ai traité de quelques questions plus larges concernant le caractère des droits sociaux et économiques.

Juge SACHS :

Chaque demandeur qui cherche l'accès aux soins de santé publics, a le droit de voir sa demande examinée individuellement. Cependant, l'absence de critères de principe pour réguler cet accès, serait plus critiquable que l'existence même et l'application de ces critères. Comme l'a précisé une publication de l'UNESCO, même dans les nations industrialisées où la recherche subventionnée a permis le développement d'une industrie de la technologie privée biomédicale, un accès résolument égal aux soins de santé de haute technologie – auxquels la génération âgée a souvent recours – conduirait inévitablement à des dépenses publiques d'un tel niveau que

cela empêcherait l'investissement dans les soins préventifs pour les jeunes, ou dans les soins courants pour les adultes actifs. Telle est la raison pour laquelle la plupart des systèmes nationaux de santé n'offrent pas, sauf à des conditions très strictes, des soins de haute technologie tels que la dialyse ou la transplantation d'organes.

C'est un fait incontournable que si les gouvernements ne pouvaient accorder un avantage à quelqu'un à moins de l'accorder dans la même mesure à tous, l'unique possibilité serait de ne l'accorder à personne.

Par leur nature même, les droits aux soins de santé doivent être considérés non seulement dans un contexte légal traditionnel axé sur l'idée de l'autonomie individuelle, mais aussi à la lumière d'une nouvelle grille analytique basée sur la notion de l'interdépendance entre les hommes. Une vie saine dépend de l'interdépendance sociale: la qualité de l'air, de l'eau, des services sanitaires à laquelle l'État doit veiller pour le bien commun; elle dépend aussi de la qualité des relations sociales d'une personne, ces relations étant liées à la santé, ainsi que de la qualité des soins de santé administrés soit officiellement par les institutions médicales, soit de manière informelle par la famille, les amis et la communauté. Comme le dit Minow: l'interdépendance n'est pas un idéal social, mais un fait incontournable; la rareté des ressources nous y pousse. Qui aura la possibilité d'utiliser les appareils de dialyse? Qui aura la priorité de recevoir une transplantation de rein ... ?

Les analyses traditionnelles des droits doivent donc être adaptées afin de prendre en compte les problèmes spécifiques créés par la nécessité de prévoir un cadre général de principes constitutionnels concernant le droit d'accès aux ressources rares et pouvant guider les décisions d'arbitrage entre les détenteurs de droits concurrents. Lorsque, par leur nature, des droits sont partagés et interdépendants, trouver le juste équilibre entre les droits et des attentes toutes également légitimes, d'une multitude de demandeurs, ne devrait pas être considéré comme une limitation de ces mêmes droits (...).

Quelle que soit la manière dont le droit à la vie a été conçu en Afrique du Sud, aucune interprétation ne pourrait raisonnablement justifier que ce droit soit étendu afin d'englober un droit à reculer la mort indéfiniment. Comme l'a dit Steven J: mourir fait partie de la vie; plutôt que d'être son contraire, la mort est l'achèvement de la vie. Nous pouvons toutefois essayer d'influencer la manière dont nous faisons face à notre mortalité. C'est précisément sur ce point que des choix tragiques doivent être opérés, c'est-à-dire lorsque se pose la question de l'utilisation de ressources limitées pour prolonger artificiellement la vie.

Les cours et tribunaux n'offrent pas le forum adéquat pour résoudre les problèmes personnels et médicaux qui sous-tendent ces choix, aussi angoissants soient-ils. Aussi importantes que soient nos fonctions de contrôle, il existe des domaines où l'incompétence sur le plan institutionnel et la juste modestie constitutionnelle exigent de nous une très grande prudence. Le système juridique de notre pays ne peut mettre fin au combat plus intime que le patient, ceux qui s'occupent de lui et ses proches doivent tous mener.

De plus, les normes de la *Bill of Rights* ne peuvent être interprétées d'une manière qui aurait pour résultat que les cours et tribunaux, mus par la crainte excessive de jouer avec la vie de demandeurs, ordonnent que les hôpitaux fournissent les traitements les plus coûteux mais d'un succès aléatoire, avec comme conséquence que certaines ressources médicales rares soient monopolisées au préjudice d'autres citoyens (...).

Dans le cas présent, le demandeur a présenté sa demande très dignement, en exprimant clairement sa préoccupation pour la situation de tant d'autres personnes confrontées, comme lui, à une situation difficile. Si les ressources étaient proportionnelles à ma compassion, il n'y a aucun doute quant à la teneur qu'aurait eue ma décision. Malheureusement, les ressources étant faibles, je ne puis trouver un motif pour interférer dans leur répartition, telle que décidée par des instances mieux placées que moi pour faire des choix aussi pénibles.

L'affaire Grootboom

La Cour a déclaré que bien que l'État ait développé un vaste programme permettant à des personnes de quitter leurs cabanes pour des logements à prix modique, il n'était pas admissible qu'il n'ait pas prévu un programme en vue d'offrir un toit à des personnes désespérées, sans abri, suite à des évictions, des incendies ou des inondations. Dans son jugement prononcé à l'unanimité, le Juge Zacariah Yacoob énonce :

Juge YACOOB :

Notre Constitution consacre aussi bien les droits civils et politiques que les droits sociaux et économiques. Tous les droits de notre *Bill of Rights* sont liés et se renforcent mutuellement. Il ne fait aucun doute que les personnes privées de nourriture, de vêtements, de logement, se voient priver de toute dignité humaine et des valeurs fondamentales de notre société, telles la liberté et l'égalité. Reconnaître des droits sociaux et économiques dans le chef de tout un chacun, permet donc à tous de jouir aussi des autres

droits consacrés par le *Bill of Rights*. De la réalisation de ces droits, dépend également la progression de l'égalité des races et des genres, ainsi que l'évolution d'une société dans laquelle les hommes et les femmes sont tous sur pied d'égalité et capables de réaliser tout leur potentiel ...

A cet égard, il y a une différence entre la situation de ceux qui peuvent se payer un logement, même modeste, et de ceux qui ne le peuvent pas. Pour ceux qui sont en mesure de se payer un logement décent, l'obligation primaire qui incombe à l'Etat est de déverrouiller le système en donnant accès à des logements abordables, en leur facilitant la construction de maisons, grâce à un cadre législatif qui encourage l'accès au crédit.

Les questions relatives au développement et à la sécurité sociale se posent pour ceux qui ne sont pas en mesure de payer un logement décent. Les politiques de l'Etat doivent prendre en considération ces deux groupes de personnes. Les pauvres sont particulièrement vulnérables de sorte que leurs besoins requièrent une attention toute particulière ... L'obligation de l'Etat de prévoir l'accès à un logement décent dépend du contexte et peut varier en intensité de province en province, de ville en ville, de zone rurale à zone urbaine, et de personne à personne. Certaines personnes ont besoin d'une terre, sans plus; d'autres d'un terrain et de matériaux de construction; d'autres, d'un accès au financement ou encore à de services tels que la fourniture d'eau ou d'électricité, l'évacuation des eaux usées, de facilités telles que des routes. Les besoins en zone rurale, où les personnes vivent en communauté en pourvoyant à leur subsistance par l'agriculture, ne sont pas nécessairement les mêmes qu'en zone urbaine où des personnes essaient de trouver un emploi ainsi qu'un endroit pour vivre ...

Le critère du raisonnable doit aussi être déterminé à la lumière de la Déclaration des droits qui est à interpréter comme formant un tout. Ce texte consacre le droit à un logement décent, et ce pour une raison toute simple: nous apprécions la valeur des êtres humains et nous voulons que leurs besoins élémentaires soient satisfaits. Une société doit tendre à garantir que les nécessités primaires de la vie soient satisfaites, si elle entend se fonder sur la dignité humaine, la liberté et l'égalité. Pour être raisonnables, les mesures prises ne peuvent ignorer le degré de gravité de la méconnaissance des droits qu'elles tentent de rendre effectifs. Ceux dont les besoins sont les plus urgents et dont la capacité de jouir de leurs droits est le plus en péril, ne peuvent être oubliés lorsque des mesures sont prises afin de réaliser un droit. Pour répondre au test du raisonnable, il ne suffit pas, sans doute, que des mesures se traduisent en une progression statistique de l'implémentation du droit concerné. La Constitution requiert aussi que chacun soit traité avec considération et attention. Si des mesures, rencontrant par ailleurs un succès sur le plan statistique ne

prennent pas en compte les besoins des plus désespérés, elles ne passeront pas le test du raisonnable.

Le cadre réglementaire ne prévoit rien en vue de faciliter l'accès à une aide temporaire pour ceux qui n'ont ni terre ni toit, vivent dans des conditions intolérables, devant faire face à des désastres naturels, tels des inondations et des incendies, ou dont les maisons sont menacées de destruction, alors qu'ils se trouvent dans la nécessité la plus absolue. Leurs besoins peuvent cependant être rencontrés dans l'immédiat par l'octroi d'habitations provisoires, même si elles ne répondent pas à toutes les normes de durabilité, d'habitabilité et de stabilité, requises par la définition de « développement d'habitations' dans la réglementation (relative au logement).

Ce qui a déjà été réalisé en exécution du programme de logement, représente une avancée considérable. Des sommes importantes ont été dépensées et un nombre significatif de maisons ont été construites. Une énergie considérable a été consacrée en réflexions, ressources et expertises et des efforts continuent à être déployés. Ce programme vise précisément à réaliser progressivement le droit à l'accès à un logement décent. Mais il reste la question de savoir si les mesures adoptées sont raisonnables ...

La conception selon laquelle les droits sont étroitement liés et d'égale importance ne constitue pas seulement un postulat théorique. Elle a une portée humaine et pratique considérable dans une société fondée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté. Lorsqu'il s'agit d'évaluer le caractère raisonnable d'une action de l'État, il est fondamental d'avoir égard à la dignité inhérente aux êtres humains. La Constitution ne serait qu'un chiffon de papier si on ne prenait pas en compte la valeur fondamentale constitutionnelle de la dignité humaine pour évaluer le caractère raisonnable d'une action étatique dans le domaine du logement. La section 26, lue à la lumière de la Déclaration des droits dans son ensemble, implique que les justiciables ont droit à une action étatique raisonnable en toutes circonstances, respectant en particulier la dignité humaine. En bref, je ne fais que souligner que les êtres humains doivent être traités comme des êtres humains.

L'affaire Hoffmann

South African Airways (SAA) refusait d'engager M. Hoffmann comme steward, parce qu'il était atteint du virus VIH. À l'unanimité, la Cour, dans un jugement rédigé par Sandile Ngcobo, a décidé que cette pratique constituait une discrimination

déraisonnable et a ordonné que le demandeur soit employé comme steward aussi longtemps que sa santé le lui permettait.

Juge NGCOBO:

Il y a au cœur de l'interdiction de toute discrimination injuste, la reconnaissance par la Constitution que tous les êtres humains, indépendamment de leur position sociale, jouissent d'une égale dignité. Tel n'est pas le cas lorsqu'une personne est déraisonnablement discriminée. Le facteur déterminant pour évaluer le caractère déraisonnable d'une discrimination, réside dans son impact sur la personne discriminée. A cet égard, il faut prendre en considération la position de cette personne dans la société, le but recherché par la discrimination, la mesure dans laquelle les droits et intérêts de la victime ont été affectés et, finalement, la question de savoir si la discrimination a porté atteinte à sa dignité humaine ...

Le demandeur a le virus VIH. Les personnes qui vivent avec ce virus constituent une minorité. À cette situation de détresse, la société a répondu par des préjugés graves. Cette catégorie de personnes a fait l'objet de traitements défavorables et a subi une discrimination systématique. Elles ont été stigmatisées et marginalisées. Comme le démontre le cas présent, elles se sont vu refuser un emploi à cause de leur séropositivité, et ce sans égard à leur aptitude à exercer la profession dont elle se voient exclues. La réponse de la société a incité plusieurs d'entre elles à ne pas divulguer leur affection, de peur des préjudices qui pourraient en découler. Par effet de ricochet, elles n'ont pu recevoir l'aide prévue pour elles. Les personnes séropositives sont à compter parmi les groupes les plus vulnérables de notre société. Alors que les preuves médicales relatives à la transmission de la maladie sont connues et irréfutables, les préjugés et stéréotypes persistent. Eu égard au préjugé persistant à l'égard des personnes séropositives, toute discrimination à leur encontre peut, selon moi, être interprétée comme une nouvelle forme de stigmatisation, ce qui agresse leur dignité. L'impact de la discrimination sur les personnes atteintes du VIH est dévastateur. Ce l'est d'autant plus vrai lorsque la discrimination se manifeste dans le monde du travail, dès lors que leur droit à gagner leur vie en est affecté. Pour cette raison, cette catégorie de personnes jouit d'une protection spéciale dans notre système légal ...

Il va sans dire que des considérations commerciales légitimes constituent un facteur important lorsqu'il s'agit de recruter du personnel. Pourtant, nous devons nous prémunir contre les stéréotypes et préjugés qui nous envahissent, sous la forme déguisée de considérations commerciales. Le plus haut intérêt de la société requiert la reconnaissance de la dignité inhérente à tout être humain et l'élimination de toutes

formes de discrimination. Ce n'est que si ces groupes bénéficient d'une protection, que nous pouvons être certains que nos propres droits seront respectés ... Le droit constitutionnel du demandeur à ne pas souffrir d'une discrimination injustifiée, ne saurait dépendre de la perception qu'a le public mal informé des personnes séropositives. De plus, ce droit ne peut dépendre de la politique d'autres compagnies aériennes, qui ne sont pas tenues par notre Constitution.

Les préjugés ne peuvent jamais justifier une discrimination quelle qu'elle soit. Récemment, ce pays est sorti d'une ère de préjugés institutionnalisés. Nos ouvrages juridiques fourmillent d'exemples montrant qu'un préjugé avait été pris en considération pour nier des droits que nous tenons à présent comme acquis pour tous. Notre démocratie constitutionnelle est entrée dans une nouvelle ère, caractérisée par le respect de la dignité de chaque être humain. Les préjugés et les stéréotypes n'y ont plus place. En effet, dès lors que notre nation s'est donné pour objectif de réaliser l'égalité préconisée par notre Constitution, nous ne pouvons, en aucune circonstance, tolérer de manière directe ou indirecte les préjugés. SAA, qui est un organe étatique, a l'obligation constitutionnelle de respecter la Constitution et ne peut y échapper en cédant à des préjugés ou stéréotypes.

Les personnes séropositives doivent être traitées avec compassion et compréhension. Nous devons faire preuve de « Ubuntu » envers elles. Elles ne peuvent être condamnées à « une mort économique » du fait de ne pouvoir accéder à un emploi sur un pied d'égalité. Ceci est d'autant plus vrai dans notre pays où la séropositivité prend des proportions inquiétantes.

L'affaire sur la campagne pour l'obtention d'un traitement médical

À l'unanimité, la Cour a décidé qu'il n'était pas raisonnable que le département de la santé limite à deux sites par province, pendant une période de deux ans, la distribution du médicament antirétroviral Nevirapine. La Cour a ordonné que ce médicament soit rendu immédiatement disponible pour toutes les mères porteuses du virus VIH et leurs nouveaux-nés, et ce dans tous les établissements étatiques dans lesquels les médecins étaient en mesure de gérer l'administration du

médicament. Le jugement aborde la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et le judiciaire, dans les termes suivants :

LA COUR:

L'État a l'obligation de prendre des mesures responsables afin d'éliminer ou de réduire progressivement la précarité dans notre société. Il faut garder à l'esprit que, sur le plan institutionnel, les juges, lorsqu'ils abordent ces sujets, n'ont pas les instruments pour entreprendre des vastes recherches sur des faits et des politiques afin de déterminer les normes minimum requises et la façon la plus efficace d'utiliser les fonds publics, très sollicités... Les Cours sont mal placées pour décider de questions au sujet desquelles les injonctions qu'elles prendraient risquent d'entraîner de multiples conséquences sociales et économiques pour la communauté. La Constitution confie aux Cours et tribunaux un rôle limité et précis : exiger de l'État qu'il prenne des mesures en exécution de ses obligations constitutionnelles et contrôler le caractère raisonnable des mesures prises. La détermination du caractère raisonnable de celles-ci peut avoir des conséquences budgétaires, mais non de manière directe. Les fonctions législative et exécutive sont ainsi en équilibre ...

Nous sommes conscients des problèmes considérables auxquels le gouvernement est confronté suite à cette pandémie. De plus, l'État doit faire face à bien d'autres demandes, telles celles relatives à l'accès à l'éducation, à la terre, à un logement, aux services de santé, à la nourriture, à l'eau, ou à la sécurité sociale. Il s'agit là de droits socio-économiques consacrés par la Constitution, et l'État a le devoir de prendre les mesures raisonnables, législatives ou autres, dans les limites des ressources à sa disposition, afin d'assurer progressivement la mise en œuvre la plus large possible de chacun de ces droits. A la lumière de notre histoire, il s'agit là d'une tâche extrêmement difficile. Mais aussi d'une obligation que notre Constitution impose à l'État...

L'avocat du gouvernement soutient qu'en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, l'élaboration de politiques constitue une prérogative du pouvoir exécutif et non du pouvoir judiciaire, et les Cours n'auraient pas compétence pour ordonner au pouvoir exécutif la poursuite de l'une ou l'autre politique particulière. A plusieurs occasions, la Cour a souligné qu'en dépit de l'absence de limites claires entre les rôles des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, il est des sujets qui tombent clairement et exclusivement dans le domaine des compétences de l'une ou de l'autre branche de l'État. Chacun des organes doit être sensible à la séparation des pouvoirs et la respecter. Ceci ne signifie toutefois pas que

les Cours ne seraient pas habilitées à prononcer des injonctions ayant un impact sur le pouvoir politique ...

La tâche principale des Cours est d'appliquer la Constitution et la loi, et ce « de manière impartiale, sans crainte, parti pris ou préjugé ». La Constitution oblige l'Etat à « respecter, protéger, promouvoir, et réaliser les droits contenus dans la Déclaration des droits ». Lorsqu'une politique étatique est dénoncée comme n'étant pas conforme à la Constitution, les Cours doivent examiner si l'Etat, en définissant et en appliquant cette politique, a respecté ses obligations constitutionnelles. S'il est démontré, dans une affaire donnée, que l'Etat a manqué aux dites obligations, la Cour est constitutionnellement tenue de le constater. Dans la mesure où il s'agirait d'une intrusion du pouvoir judiciaire dans le domaine du pouvoir exécutif, celle-ci est autorisée par la Constitution elle-même. De plus, l'argument avancé par le gouvernement selon lequel il y aurait lieu de distinguer les décisions purement déclaratoires des injonctions contraignantes, est dépourvu de fondement. De simples ordonnances déclaratoires, visant le gouvernement ou des organes de l'État, peuvent aussi affecter le politique et le budget. En vertu de la Constitution, le gouvernement est tenu de donner un effet utile à de telles ordonnances, qu'elles soient ou non de nature à influencer sa politique, et de trouver les moyens de le faire. Ainsi, dans l'affaire *Mpumalanga*, notre Cour a annulé la décision du gouvernement provincial suspendant le paiement de subventions à certaines écoles, et a ordonné que les paiements soient poursuivis durant plusieurs mois. De même, dans l'affaire *Auguste*, la Cour a ordonné de conférer aux prisonniers le droit de vote, et a exigé que la Commission électorale modifie le règlement et son programme en matière d'élection, malgré l'incidence financière manifeste de cette décision ...

L'ampleur du défi face au virus du sida requiert un effort national concerté, coordonné et coopératif pour lequel l'Etat, dans chacune de ces trois branches doit s'impliquer ; il y a lieu de rassembler, d'inspirer et de diriger les moyens et les compétences multiples la société civile pour le relever. Cet objectif ne peut être atteint que par une communication appropriée, en particulier de la part du gouvernement. Pour être réalisé de manière optimale, un programme de santé publique doit être connu de tous ceux qu'il concerne, notamment les infirmiers locaux et les patients. La parfaite information de toute personne concernée est indispensable pour qu'un tel programme public réponde au standard constitutionnel du raisonnable ...

Un effort national et concerté est donc indispensable pour combattre la pandémie du VIH/SIDA. Le gouvernement se l'est imposé à lui-même. Nous avons décidé que la politique du gouvernement ne répondait pas

aux exigences constitutionnelles dès lors qu'elle exclut les personnes qui pourraient raisonnablement être incluses pour bénéficier d'un traitement médical adéquat qui empêche la transmission du virus VIH de la mère à l'enfant.

Ceci n'implique pas que, dans l'immédiat, chacun puisse exiger le bénéfice de ce traitement, même si, comme le dit le docteur Ntsabula, ceci est l'objectif idéal à poursuivre. Il faut donc consentir les efforts nécessaires pour atteindre cet objectif le plus rapidement possible. L'augmentation du budget auquel nous avons fait référence, facilitera la tâche... Nous estimons qu'il importe que tous les secteurs de la société, en particulier de la société civile, soient engagés dans les étapes à suivre pour atteindre ce but. Le gouvernement a toujours respecté et donné suite aux jugements de cette cour. Il n'y a aucune raison de craindre qu'il ne fasse pas de même dans le cas présent.

8

LA DIGNITÉ HUMAINE ET LA PROPORTIONNALITÉ

Si les moments de révélation ont tendance à survenir lorsque je somnole dans mon bain, ceux au cours desquels je me sens éclairé par les idées d'autres personnes surviennent plutôt au restaurant. Lors d'un dîner à Johannesburg, mon compagnon de table était Issy Foigel, juge danois qui siégeait à la Cour européenne des droits de l'homme. Il me raconta qu'au sein de sa Cour, il existait une différence d'approche entre les juges de l'Europe du Sud et ceux de l'Europe du Nord. Il arrivait qu'ils se mettaient d'accord sur le résultat final, mais leurs philosophies concernant leur rôle étaient bien différentes: les juges de l'Europe du Sud estimaient que leur tâche consistait à distinguer entre la justice et l'injustice, entre le bien et le mal, tandis que les juges de l'Europe du Nord considéraient que leur fonction était de rechercher un équilibre entre des demandes et les prétentions concurrentes ou divergentes sur la conception de ce qui est juste. Pour ces derniers, des cas d'injustice flagrante étaient plutôt rares dans une démocratie moderne et pluraliste. Selon eux, la tâche principale d'une cour des droits de l'homme consistait à trouver une méthodologie de principe pour équilibrer plusieurs intérêts publics et privés potentiellement en conflit plutôt que de déterminer la frontière entre la justice et l'injustice.

Dans la plupart des cas traités par la Cour, je concevais mon travail comme un règlement de conflit entre le droit et le droit. Nous n'étions pas souvent confrontés à l'obligation de tracer les frontières entre ce qui est légal et ce qui ne l'est pas. Le plus souvent, il s'agissait de concilier des intérêts divergents, présents dans toute société ouverte et démocratique. Dans ce contexte, le raisonnement légal abstrait à caractère dogmatique cédait le pas à une forme de décision dans laquelle le but, le contexte, l'impact et les valeurs occupent une place centrale. Ceci ne signifie pas que l'argumentation juridique et de principe, ou la cohérence juridique, devaient céder le pas à des notions vagues et subjectives de ce qui serait le bien ou le désirable. Tout au contraire, il était indispensable de rendre explicite les principes objectifs et les données factuelles servant de base au jugement rendu. Il était important de garder à l'esprit que ces principes eux-mêmes englobaient les éléments de la recherche d'équilibre auxquels j'ai fait référence. En effet, si un jour je me retrouvais naufragé sur une île déserte, et n'avoir comme seuls biens deux principes constitutionnels, je choisirais la dignité humaine et la proportionnalité.

La différence entre une approche basée sur le raisonnement formel et une autre basée sur une mise en balance, m'apparut à nouveau clairement lorsqu'à l'occasion du 150^e anniversaire du Parlement danois, le Juge Antonin Scalia de la Cour suprême des États-Unis et moi-même, étions invités à parler. Il semblait évident que nos hôtes souhaitaient que nos présentations respectives se complètent et s'équilibrent l'une et l'autre. Soulevant des arguments avec force et clarté, le Juge Scalia soutenait que le rôle du juge se limite à garantir le respect des règles formelles établies par la Constitution. La liberté individuelle, disait-il, est mieux protégée en insistant sur le respect de la séparation des pouvoirs entre d'une part, l'Etat et le gouvernement fédéral [dans le contexte du système fédéral aux États-Unis], d'autre part, entre le pouvoir législatif, l'exécutif et le judiciaire. Selon lui, cette approche serait plus sûre que celle de confier à un juge la liberté d'imposer ses préférences subjectives aux décisions prises démocratiquement par le pouvoir législatif. Il était, par conséquent, totalement opposé à l'idée de laisser entrer, dans le domaine judiciaire, des concepts comme la proportionnalité et la mise en balance des intérêts. D'après lui, il revenait au législateur, et non au juge, de faire cet exercice d'évaluation des intérêts en présence et d'arriver à des compromis appropriés. L'événement était très agréable, et à cette occasion j'ai découvert trois choses: que le mot « sesquicentennial » [en anglais] ne signifie pas le 600^e anniversaire mais le 150^e anniversaire; que le Juge Scalia était aussi aimable en dehors des salles d'audience qu'il était sévère lorsqu'il siégeait; et que, dans le contexte danois, l'approche de la mise en balance à laquelle Izzy Foigel m'avait initié, me semblait plus appréciée que l'approche proposée par le Juge Scalia. Bien que le Danemark n'était pas doté d'une Constitution forte, sa place au sein de la communauté des nations européennes et son adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme avaient conféré à son peuple une sensibilité accrue aux droits fondamentaux. C'est en France, où historiquement la volonté générale du peuple exprimée à travers le Parlement avait un impact fort, que j'avais entendu un juge du Conseil constitutionnel déclarer ce qui suit: le 19^{ème} siècle est le siècle durant lequel le pouvoir exécutif a pris le pouvoir de l'État; au 20^{ème} siècle, le Parlement a exercé un contrôle sur le pouvoir exécutif; le 21^{ème} siècle sera celui durant lequel le pouvoir judiciaire veillera à ce que le Parlement ainsi que le pouvoir exécutif respectent certaines normes fondamentales relatives aux droits du peuple.

Au sujet de la révolution négociée qui a fait évoluer l'Afrique du Sud d'un État autoritaire et raciste à une démocratie constitutionnelle, le professeur Mureinik a fait une déclaration mémorable sur le caractère des décisions de justice. Il a souligné que nous avons évolué d'une culture autoritaire à une culture de justification. Notre Cour Constitutionnelle est résolument attachée à la culture de justification. Les implications pour

la fonction judiciaire se sont révélées considérables. La responsabilité de guider la communauté juridique et de l'inciter à accueillir et à maîtriser les changements nécessaires, avait été confiée à notre Cour. Il ne s'agissait pas seulement d'opérer un changement technique, de ce que les juristes appellent l'évolution d'une approche littérale d'interprétation vers une approche fondée sur la finalité des droits. La Constitution a introduit un changement profond dans la nature même de la fonction judiciaire. Notre cour fut désormais appelée à traiter trois grandes questions d'une manière radicalement neuve, qui n'aurait jamais pu être envisagée dans l'ère pré-constitutionnelle. Pour chacune de ces trois questions, il fallait évoluer d'une approche basée sur la stricte application de normes prétendument inexorables, vers une approche qui reconnaît le devoir des juges, dans la plupart des domaines, d'exercer leur pouvoir de contrôler la conformité des lois à la Constitution. Cette transformation impliquait un abandon du souci de catégorisation et de l'adhésion stricte à des normes formelles, et ce, au bénéfice d'une recherche de modes raisonnés de mises en balance des intérêts en présence, tels qu'ils apparaissaient des faits de la cause, à la lumière des valeurs d'une société ouverte et démocratique. De plus, dans la mesure où notre Constitution nous encourageait à nous intéresser au droit étranger, nous avons découvert que le nombre croissant de décisions portant sur un contrôle constitutionnel partout dans le monde, indiquait que la conception de la fonction de juger évoluait dans le même sens.

Dans la période qui a précédé l'adoption de la Constitution dans notre pays, le Parlement était considéré comme souverain ; il n'était pas question de mettre en doute la validité des lois. Le pouvoir d'interprétation des lois par les cours consistait principalement, sinon exclusivement, à rechercher l'intention du législateur lors de leur adoption, en s'attachant aux termes utilisés au cours de leur rédaction. Aujourd'hui, l'examen de la conformité des lois à la Constitution est devenu central. Nous étions invités à maintenir la législation, même si pour ce faire, il fallait mettre les termes utilisés à rude épreuve. Le principal exercice était non pas de déterminer l'intention du législateur sur la base des termes utilisés, mais bien de rechercher l'interprétation conforme aux normes constitutionnelles. Les anciennes règles hautement techniques de l'interprétation des lois, qui avaient guidé jadis la communauté juridique, devenaient en quelque sorte superflues, et la nature profonde du délibéré et de la décision judiciaire s'est trouvée modifiée.

La deuxième grande question nouvelle qui se posait à nous a surgi lorsque, malgré tous nos efforts d'interprétation, force a été de constater que la norme légale en question ne pouvait être interprétée autrement que comme introduisant une restriction à un droit protégé par la Constitution. Il nous fallait alors aborder une question qui ne s'était jamais posée dans

l'ère pré-constitutionnelle : ladite restriction pouvait-elle être justifiée dans une société démocratique, fondée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté ? En réalité, l'examen des justifications aux restrictions apportées par la loi aux droits fondamentaux, avait fini par occuper la majeure partie de notre temps. La Constitution elle-même donne des éléments qui peuvent être pertinents pour cet examen. En substance, elle nous invite à nous laisser guider par le principe de proportionnalité. La restriction et les moyens utilisés étaient-ils proportionnels à l'intérêt général recherché ? Au cœur de cet exercice résidait la balance des intérêts, en un mot la proportionnalité, un principe sur lequel je ne saurais jamais assez insister. Dans la toute première affaire portée devant la Cour, relative à la peine de mort, c'est ce principe qui a servi de fondement à l'analyse juridique.

Je reviendrai sur la portée de ce principe, mais il me faut d'abord évoquer le troisième bouleversement sismique dans la fonction de juger. Il se rapporte à la question de la sanction. Quelle est la solution dans l'hypothèse où une disposition légale ne peut être regardée comme conforme à la Constitution et que la restriction à un droit ne trouve aucune justification ? La Constitution a doté la Cour d'un large pouvoir d'appréciation à cet égard, qu'il lui revient d'exercer au cas par cas. La Cour peut supprimer dans une loi les mots qui la rendent inconstitutionnelle, à condition que le texte ait encore un sens et qu'il réponde à l'objectif poursuivi par la loi. Si une suppression de mots est impossible, la Cour peut déclarer la loi inconstitutionnelle dans sa conception, ce qui signifie qu'elle est contraire à la Constitution au regard de la finalité qu'elle poursuit. Cette manière de décider était plutôt inédite avant l'adoption de la Constitution. Pour ceux qui restaient attachés à l'ancienne doctrine, constituant à obéir aveuglément à la volonté du législateur, la situation s'aggravait. La Cour a même été jusqu'à insérer dans un texte de loi, des termes qui ne s'y trouvaient pas... !

Elle le fit la première fois dans un cas où une réglementation sur l'immigration qui poursuivait une finalité manifestement noble, ne s'appliquait, selon ses termes qu'aux couples mariés, ce qui la rendait inconstitutionnelle dans la mesure où les couples homosexuels ne pouvaient en bénéficier. Après avoir constaté qu'elle créait une discrimination non justifiée sur la base de l'orientation sexuelle, nous avons décidé de ne pas renvoyer la loi au Parlement pour correction mais de sauver le texte en y ajoutant un paragraphe incluant les partenaires de même sexe. Les objectifs de la réglementation étaient clairs et une intervention textuelle minimale, n'entraînant aucune conséquence budgétaire, suffisait. La même correction aurait été apportée par le Parlement si la loi lui avait été renvoyée pour correction. En maintenant la loi en vigueur comme nous l'avons fait, nous avons servi les objectifs du Parlement.

A un niveau plus large, lorsque la Cour invalide une loi en raison de sa contrariété à la Constitution, elle est expressément habilitée à assortir ce constat de toute injonction qu'elle trouve juste et équitable. La Cour dispose donc d'un large pouvoir d'appréciation dans le domaine des sanctions et remèdes. Elle est habilitée par la Constitution à maintenir la loi inconstitutionnelle en vigueur pendant un certain laps de temps, pour laisser au Parlement le temps de la modifier, chose jadis inimaginable. Ce large pouvoir d'appréciation ne libère pas la Cour de son devoir de motiver ses décisions. Bien au contraire, dans chaque affaire, nous avons l'obligation d'exposer quels étaient les arguments contradictoires, et de justifier de manière complète le choix des remèdes. Au cours de nos réunions, nous passions souvent plus de temps à discuter des solutions à apporter, que des questions juridiques liées au fond du litige.

Je reviens sur l'activité essentielle de la Cour, qui était principalement d'appliquer le principe de proportionnalité dans le contexte propre à chaque cas précis. Au final, nous avions à porter des jugements de valeur, ce qui nous a rapidement rendus conscients de l'absolue nécessité d'expliquer, de la manière la plus complète et précise possible, le fondement de tels jugements. Ceux-ci ne résultaient pas de nos visions autoritaires ou subjectives. Nous devons définir le contexte dans lequel la question relative à un droit protégé par la Constitution se posait, analyser les objectifs que la loi critiquée prétendait poursuivre, examiner dans quelle mesure les dispositions légales protégeaient des droits, et surtout, apprécier si la restriction répondait aux critères de proportionnalité. A cet égard, il nous fallait accorder un poids considérable au pouvoir discrétionnaire qui revient à juste titre au gouvernement dans le choix des moyens dont il dispose pour réaliser un objectif légitime. En outre, nous devons laisser au gouvernement une marge d'appréciation pour évaluer les priorités sociales et les domaines qui requièrent l'intervention du législateur. Un pouvoir discrétionnaire apparaît justifié là où l'impact de la mesure est polycentrique, c'est-à-dire pouvant entraîner des larges conséquences, difficilement mesurables, dans de nombreux domaines de la vie.

Dans le même temps, nous avons toujours à apprécier la mesure concernée à l'aune de ce que permet la Constitution dans une société ouverte et démocratique, fondée sur l'égalité, la dignité et la liberté. Dans cet exercice, nous allions aussi loin que possible, tirant également profit de raisonnements juridiques et de pratiques légales dans d'autres parties du monde. Et nous considérions comme notre devoir de rédiger nos décisions de manière à ce que le lecteur puisse déterminer avec exactitude les facteurs que nous avons pris en compte, les considérations avaient fait pencher la balance, et pourquoi.

Dans la plupart des cas, le délibéré se poursuivait jusqu'à ce que nous trouvions un terrain d'entente suffisant pour rendre une décision à l'unanimité. Il est arrivé à plusieurs reprises cependant que nous divergions sur le poids des différents éléments à placer dans la balance. Ainsi, la Cour s'est divisée 6 contre 5 dans l'affaire relative à une plainte déposée par des Rastafaris qui, sur la base de la liberté de religion, revendiquaient une exemption à l'interdiction de consommer du cannabis. Bien que nous nous efforcâmes tous au même exercice de mise en balance, nous n'accordions pas le même poids aux éléments pertinents. L'affaire avait été portée devant la Cour par un avocat stagiaire, jugé apte par son ordre professionnel d'accéder à la profession, excepté le fait qu'il avait été condamné à deux reprises pour possession de cannabis et que, conformément à ses croyances, il refusait de s'engager à renoncer à cette drogue. La Cour postposa l'affaire afin de recevoir des attestations complémentaires de fonctionnaires de police d'une part, des Rastafaris d'autre part. Après l'examen de ces documents, la majorité estima qu'il n'y avait pas de moyens efficaces de contrôler l'usage du cannabis en cas d'octroi d'une exemption pour motif purement religieux. J'ai rédigé l'un des jugements divergents, mû par le sentiment que la majorité n'accordait pas un poids suffisant à ce qui était en réalité les griefs existentiels d'un groupe marginalisé, ce qui donnait à la pensée traditionnelle les moyens d'entraver le développement du droit à la différence. A mes yeux, les services de police étaient capables de gérer la distribution de cannabis saisi, en le confiant aux prêtres rastafaris pour un usage réservé exclusivement aux rites sacramentaux. Je renvoie au cas *Prince* (p. 144), pour des extraits de jugements qui démontrent que la mise en balance s'est effectuée de manière à produire des conclusions différentes. Mais ce qui mérite d'être souligné, c'est le fait que tant la décision de la majorité que les décisions dissidentes exposent de manière transparente les éléments pris en compte et le raisonnement suivi.

De même, dans des affaires qui concernaient le principe d'égalité, nous avons été amenés à exprimer des jugements de valeur fondés sur la Constitution, e.a. sur la question de savoir quand une différence de traitement constitue une discrimination ou non. Pour répondre à cette question, il nous fallait analyser l'impact concret de la mesure sur les membres des différents groupes concernés. Alors que nous faisons tous le test de proportionnalité, nous n'arrivions pas toujours à la même conclusion. Dans une affaire qui concernait le droit du conjoint survivant à une pension alimentaire à charge de la succession, la Cour a décidé 7 contre 3 à l'absence de traitement discriminatoire des concubins qui ne jouissaient pas de ce droit. La majorité a considéré, en substance, que dès lors que la loi ne prévoyait aucune obligation dans le chef de concubins de s'entretenir mutuellement durant leur vie commune, il serait incongru

et injuste d'allouer au survivant un droit alimentaire sur la succession de son partenaire défunt. Le jugement dissident que j'ai rédigé était deux fois plus long que le jugement de la majorité, ce qui était embarrassant pour moi. Je considérais que la solution ne découlait pas du droit matrimonial restreint, mais bien des principes qui régissent le droit familial. Les principaux éléments à prendre en considération étaient, selon moi, la nature et l'intensité du lien de famille, la profondeur de la relation entre les partenaires, et la mesure dans laquelle l'octroi d'une pension alimentaire découlait du dévouement désintéressé dont le survivant avait fait preuve envers le défunt et les enfants, ce qui a pu limiter ses possibilités de se constituer un patrimoine propre. La raison majeure du désaccord entre mes collègues et moi portait sur l'importance à donner au fait que bien que la réalité soit parfois différente, au regard de la loi les couples sont libres de s'engager ou non dans les liens du mariage. Je renvoie à l'affaire *Volks* (p. 149) pour des extraits des opinions divergentes.

Par ailleurs, nous avons examiné des cas relatifs au respect des droits socio-économiques, où la question centrale était de vérifier si l'Etat avait, dans les limites de ses ressources, adopté des mesures raisonnables, de manière à donner progressivement une portée concrète au droit concerné (Voir Chapitre 9). Décider du caractère proportionnel, raisonnable, et équitable d'une mesure ne se fait pas en procédant à une analyse purement grammaticale des textes, ni par des déductions logiques. Dans la grande majorité des cas traités, nous étions obligés par la Constitution, de formuler des jugements de valeur d'une importance considérable sur le plan social et moral. La question n'était donc pas de savoir s'il fallait exprimer un jugement de valeur, mais bien comment le faire en restant fidèle à la lettre et à l'esprit de la Constitution. Notre Constitution est intensément porteuse de valeurs. Celles-ci ne sont pas seulement liées de manière implicite au projet démocratique que la Constitution consacre. Elles sont explicitement citées dans le Préambule, les dispositions fondatrices et celles relatives à l'interprétation de la Déclaration des Droits (Voir l'annexe 1 (Préambule, s I(I) et s 39(1) et (2)). Voir aussi le cas *Rustenbug*, p. 152).

Il ressort des deux affaires déjà évoquées, l'une relative aux droits d'un groupe religieux marginalisé, l'autre aux droits des concubins, que les membres de la Cour n'auraient pas nécessairement été en désaccord, s'ils avaient eu à se prononcer sur la décision politique la plus adéquate pour toutes les personnes concernées. Il en aurait été de même pour ce qui concerne les dispositions relatives à la prostitution. Le point qui divisait la Cour était de savoir si une question relevait du seul domaine du législateur, ou au contraire justifiait une intervention de la Cour dans la mesure où la controverse concernait des droits fondamentaux. En règle générale, il revient non pas aux juges mais aux élus, de fixer des politiques en fonction

des ressources. L'obstacle pour les juges ne réside pas seulement dans les conséquences que leurs décisions pourraient avoir sur les finances de l'Etat. En effet, il arrive que des décisions de justice sur des droits civils fondamentaux aient un impact budgétaire, comme ce fut le cas lorsque la cour ordonna la tenue d'élections ou l'organisation de l'assistance judiciaire. La vraie question est de savoir s'il est opportun que des juges prennent position sur des questions vivement débattues et controversées, telles que celles qui sont discutées lors des débats électoraux. En règle générale, la réponse doit être négative. Que la politique gouvernementale soit sage ou non, c'est à l'opinion publique et aux électeurs d'en décider et nullement aux juges. Mais à toute règle, il y a des exceptions.

Des circonstances, plutôt rares, font que, dans des domaines très controversés, il est heureux, selon moi, que les juges ne soient pas redevables envers l'électorat. Nous avons le devoir de protéger des valeurs fondamentales faisant partie de la nouvelle jurisprudence au niveau mondial, et directement liées à des notions constitutionnelles qui se développent dans notre propre pays. Ceci me rend davantage conscient de la manière dont la Constitution établit un lien entre l'indépendance du juge et le respect de la dignité humaine. La consécration des différents droits a pour finalité la création d'un cadre légal fondamental dans lequel le Constituant exprime son respect de chaque être humain. Il n'appartient pas aux juges de prendre le parti d'un groupe de la société contre un autre, peu importe sa puissance ou sa fragilité. Leur rôle n'est pas de permettre que des considérations purement personnelles sur des questions politiques, sociales ou morales, prédominent. Les juges ont bien entendu des opinions, parfois très fermes, mais l'influence que celles-ci peuvent exercer doit être réfractée par le prisme du raisonnement constitutionnel. C'est la Constitution elle-même qui confie aux juges la responsabilité de veiller à ce que le principe de base de la dignité de tout un chacun soit respecté en toutes circonstances, motif pour lequel elle accorde des droits dits fondamentaux.

Le respect de la dignité humaine est le principe constitutionnel unificateur dans une société très diversifiée et inégalitaire. Ceci signifie que la Déclaration des droits a également pour vocation d'encourager la création de conditions qui garantissent la dignité aux démunis. En conséquence, la question centrale n'est pas de savoir si les juges non élus ne devraient en aucun cas prendre position sur des questions politiques controversées. Elle est de déterminer dans le respect des principes, les circonstances précises et raisonnables dans lesquelles leur responsabilité de gardien ultime de la dignité, les obligent à s'engager sur ce qui pourrait être un terrain de controverses politiques. C'est précisément dans des situations où les dirigeants politiques ont peine à résister à des pressions populistes,

et où la dignité de l'homme est le plus en danger, que le fait que les juges n'ont pas à rendre des comptes à un électorat, présente un avantage pour tous. C'est dans de telles circonstances que la fonction de juger est censée s'exprimer dans sa forme la plus pure. Grâce à leur indépendance, voulue par la Constitution, les juges garantissent que justice soit faite à tous, sans peur, parti pris ni préjugé.

En assurant aux plus vulnérables la protection de leurs droits, les cours et tribunaux se laisseront guider par les valeurs ancrées dans le texte et l'esprit de la Constitution. Ce n'est pas le fruit du hasard si la majeure partie du travail réalisé par les cours ayant la compétence d'examiner les lois au regard de la Constitution, consiste à opérer des mises en balance en considération des valeurs consacrées par la Constitution. Il n'y a pas de solution unique. La proportionnalité a ses propres exigences, sa propre logique, ses propres règles en matière de preuve, son propre ensemble de facteurs jugés déterminants. Mais les décisions relatives au caractère proportionnel, sont fortement influencées par des notions répandues sur ce qui est autorisé dans une société démocratique ouverte. Une telle société est un concept théorique. On ne la trouve ni ici ni ailleurs. Elle n'a pas telle ou telle constitution, tel ou tel système judiciaire. Elle représente un modèle de société idéale, qui se construit au départ de l'expérience vécue sur la manière dont les questions de pouvoirs et de droits sont traitées dans les pays considérés comme démocratiques. Elle condamne l'oppression, la misère, la division et la discrimination, fléaux de notre passé, malheureusement encore bien présentes dans de nombreuses parties du monde. Elle hisse la dignité humaine au rang des principes et aspire à considérer les gens tels qu'ils sont. Elle repose sur la diversité, elle accueille et traite chacun avec égards et respect. Il s'agit d'une société qui garantit la liberté de conscience et d'expression. Elle rend le gouvernement responsable envers la population, accorde à chaque vote le même poids, et a du respect pour les voix minoritaires.

L'image de cette société devient alors le modèle auquel il y a lieu de confronter les lois et l'action gouvernementale pour apprécier leur constitutionnalité. Les qualités qu'elle présente ont souvent été invoquées pour faire pencher la balance dans les affaires portées devant notre Cour. Toute notre vie, en tant que juristes et êtres humains, nous a préparés à discerner et à apprécier les traits essentiels de cette société. Oliver Wendell, juge à la Cour suprême des Etats Unis, disait, il y a un siècle, que l'évolution du droit commun n'est pas le fruit de la logique mais de l'expérience. Cette observation peut s'appliquer aujourd'hui au droit constitutionnel, en y ajoutant que sa vigueur tient à la logique, et que c'est la manière dont la logique et l'expérience fusionnent, qui lui confère sa cohérence et sa stabilité.

L'affaire Prince

Les extraits repris ci-dessous démontrent que la mise en balance des intérêts en jeu était reconnue comme nécessaire par des juges majoritaires et moi-même. Il y avait d'un côté les revendications des Rastafaris qui, à des fins religieuses, réclamaient d'être exemptés de l'interdiction du cannabis et de l'autre, la question de la possibilité de confier d'une manière ou d'une autre aux autorités de police la gestion d'une éventuelle exemption limitée en leur faveur. La majorité considérait qu'en cas d'exemption limitée, il serait impossible de la contrôler et, qu'en outre, les revendications des Rastafaris ne seraient pas satisfaites par une exemption limitée. Dans une opinion séparée, j'ai considéré que la majorité ne tenait pas suffisamment compte de la liberté religieuse d'un groupe marginalisé, et de l'intérêt, pour la société tout entière, de tolérer les différences. En outre, dans cet exercice de mise en balance, il y avait lieu de faire une distinction entre les drogues dures très nuisibles comme l'héroïne, et d'autres tel que le cannabis qui peut être mis sur le même pied que l'alcool ou le tabac, qui est produit au départ d'une plante indigène et utilisé depuis les temps précoloniaux à des fins récréatives.

(LA MAJORITE) :¹

Il ne s'agit pas de savoir si nous approuvons la loi qui interdit la possession et la consommation de cannabis. Nos positions à cet égard ne sont pas pertinentes. La seule question est de savoir si la loi est contraire à la Constitution. Le plaignant allègue que c'est le cas, dès lors qu'elle entrave sa liberté de religion et son droit de la pratiquer. Là est la question.

Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, requis par la Constitution, il ne fait aucun doute que le droit à la liberté de religion et le droit de la pratiquer sont importants dans une société démocratique ouverte, fondée sur la dignité, l'égalité et la liberté, et que la loi critiquée fait obstacle aux pratiques religieuses des Rastafaris. Il faut toutefois aussi reconnaître que la loi participe à l'effort du gouvernement dans la lutte contre les drogues. En substance, le plaignant soutient que, bien que la loi soit justifiée tant par son objectif que par son champ d'application, elle pêche par la généralité de ses termes puisqu'elle est formulée de manière à inclure l'usage du Cannabis par les Rastafaris lequel n'a pas à être prohibé.

1 Les noms des juges formant la majorité figurent dans la décision.

Si la loi en cause prévoit une interdiction générale de posséder ou de consommer des drogues nocives, c'est à l'évidence pour mettre un terme à la fourniture de telles substances à des consommateurs potentiels. Son objectif est de s'attaquer aux ravages que produit la drogue, en interdisant la détention de substances interdites (à d'autres fins que médicales ou scientifiques) et non pas de pénaliser leur seule consommation. Cette approche facilite le respect de la réglementation. Les personnes trouvées en possession de drogues sont coupables de délit, qu'elles aient eu l'intention de la consommer ou non, et sans égard à la question de savoir si une éventuelle consommation pourrait leur être préjudiciable. Cette méthode de contrôle est préconisée par la Convention unique sur les stupéfiants de 1961, dont l'Afrique du Sud est une des parties.

Le cannabis est une drogue qui nourrit un trafic illicite important, lequel se développe en Afrique du Sud et sur le plan international. De plus, l'usage du cannabis par les Rastafari ne se limite pas à une consommation symbolique ou à caractère sacramentel d'une quantité infime lors de cérémonies religieuses. Le cannabis est consommé tant individuellement qu'en groupe, au cours de cérémonies religieuses, mais aussi en d'autres lieux et à d'autres occasions, lorsque des Rastafaris se rassemblent. Conformément aux éléments fournis par l'appelant, celui-ci consomme régulièrement du cannabis tant chez lui qu'ailleurs. Ce qui distingue sa consommation d'une autre, se limite à l'objectif pour lequel le cannabis est consommé, et sa prétendue autodiscipline pour ne pas en abuser.

Il n'existe pas une façon objective, pour une autorité de police, de faire la distinction entre l'usage du cannabis pour motifs religieux et celui à des fins récréatives. Il lui serait aussi difficile, voire impossible, de vérifier de manière objective, si la détention de cannabis a lieu dans tel ou tel but. De même, aucun critère objectif ne permet de déterminer si une personne qui déclare être en possession de cannabis pour motif religieux dit la vérité ou ment. En l'absence de chaîne d'approvisionnement autorisée et contrôlée, il est difficile d'imaginer comment l'acquisition et la consommation de cannabis par les Rastafari dans le cadre de leurs pratiques religieuses, pourraient être isolées du vaste trafic illicite de drogues.

La consommation de cannabis à des fins religieuses ne saurait être assimilée à son usage dans un but médical. Elle expose les Rastafaris comme les autres consommateurs aux mêmes dangers, lesquels dépendent, dans la même mesure, de leur autodiscipline à en faire usage de manière non préjudiciable. En outre, vu les circonstances du cas, il serait contraire à la liberté de religion de rendre l'usage de cannabis à des fins religieuses tributaire d'une licence qui serait délivrée par l'Etat aux Rastafaris de bonne foi. Il relève de l'essence même de cette liberté que les individus

puissent choisir sans dépendre en aucune façon d'une autorisation du pouvoir exécutif. Un système d'autorisations ne règlera pas les problèmes liés au respect de la loi. Que les conditions de l'octroi d'une autorisation soient respectées ou non, dépendra uniquement de l'autodiscipline du titulaire de l'autorisation, laquelle ne peut être observée et contrôlée par les autorités. De plus, il y a le fait que la permission qui serait accordée aux Rastafaris de posséder du cannabis serait dénuée de tout sens s'ils n'étaient pas aussi autorisés à le cultiver...

En conséquence, l'usage du cannabis par les Rastafaris ne peut dans ces circonstances, être admis sans porter atteinte aux compétences de l'Etat de mettre en œuvre sa législation et à son devoir d'honorer ses obligations internationales. Le fait d'avoir omis de prévoir une possibilité d'exemption pour la détention et l'usage de cannabis par les Rastafaris est donc raisonnable et justifié au regard de la Constitution.

L'octroi d'une exemption partielle interférerait matériellement avec le pouvoir de l'Etat de mettre en œuvre la législation. De toute manière, si l'usage du cannabis était limité à l'objectif de l'exemption, une telle exemption ne satisferait pas davantage les besoins religieux des Rastafaris.

Juge SACHS :

L'intolérance peut prendre plusieurs formes. Dans sa forme la plus spectaculaire et destructive, elle implique l'usage du pouvoir pour écraser des croyances et des pratiques jugées exotiques et menaçantes. Dans sa forme la plus bénigne, elle s'exprime au travers d'un système rigide de normes générales, excluant toutes formes alternatives de comportements.

En concluant que l'octroi d'une exemption, même limitée, en faveur des Rastafaris constituerait une ingérence dans le pouvoir de l'Etat de faire exécuter la législation prohibant les drogues, le jugement majoritaire place en vérité et à mon avis, de manière inutile, les Rastafaris devant l'obligation de choisir entre leur religion et le respect de la loi. Une exemption de lois générales entraîne toujours certains coûts pour l'Etat, mais les inconvénients pratiques, et le fait de troubler les mentalités traditionnelles dominantes, constituent précisément le prix que le constitutionalisme attend du gouvernement. De mon point de vue, le jugement de la majorité donne plus de poids dans la balance au souci de faciliter l'application des lois, qu'à l'impact qu'il risque de produire, non seulement sur les droits fondamentaux de l'appelant et de sa communauté religieuse, mais aussi sur les notions fondamentales de tolérance et de respect de la diversité que la Constitution demande à tous de respecter au bénéfice de tous.

La balance des intérêts respectifs en jeu n'a pas à se faire sur base de considérations théoriques, purement logiques, tournant autour du socle parfait de la rationalité abstraite. Elle doit s'inscrire dans le contexte de la réalité historique, vécue, connue, sociologique et novatrice. Même si pour prendre sa décision, la Cour doit qualifier les questions en des termes conceptuels et abstraits et prendre des distances face à cette réalité, elle traite d'éléments issus de cette réalité et se doit de tenir compte des conséquences de ses décisions pour les personnes vivant dans cette réalité. La cour fait d'ailleurs aussi partie de cette réalité et elle doit s'engager dans un procédé complexe impliquant de s'extraire de cette réalité tout en dialoguant avec elle. Je crois que dans la présente affaire, le passé, l'imagination et les mentalités jouent un rôle particulièrement significatif, vu le poids attribué dans la balance des intérêts, aux différents éléments.

En ce qui concerne la mise en balance, certaines lois ou articles de lois sont plus équitables que d'autres. Ainsi, les problèmes que l'Etat peut rencontrer pour appliquer une interdiction générale de l'héroïne ne paraissent pas différents de ceux liés à une interdiction de l'usage de cannabis. Mais quant aux moyens d'implémentation, le poids de la première sera de loin plus important que le poids de l'autre. Une réduction, en soi infime, de l'usage sacramental et ancestral de cannabis indigène par les Rastafaris, ne fera guère de différence, dans le combat majeur mené contre des cartels important de l'héroïne, de la cocaïne ou du Mandrax. En réalité, « la guerre contre la drogue » serait mieux servie si, au lieu de rechercher et d'arrêter des Rastafaris que l'usage de cannabis rend particulièrement inoffensifs plutôt que dangereux ou avilis, les moyens mis en œuvre pour ce faire étaient utilisés pour la lutte contre les drogues manifestement nocives.

S'impose donc une harmonisation maximale de toutes les considérations en présence, sur base d'une approche de principe, mais nuancée au cas par cas, logée dans la réalité sud-africaine, mais inspirée par l'expérience dans le monde. Une telle harmonisation doit être réalisée avec une certaine candeur, sans perdre de vue les hautes valeurs de notre Constitution. Pour réussir la mise en balance, notre Cour se trouve souvent confrontée à des problèmes complexes, tel celui de tracer la frontière entre ce qui relève des compétences discrétionnaires de l'exécutif ou du législatif, et ce qui tombe dans la sphère de compétences du judiciaire.

Les Rastafaris ne constituent pas l'une des communautés religieuses établies qu'aucune législature n'oserait ignorer. On peut cependant comparer leur position à celle des religions plus répandues. On se souvient qu'à l'époque où la loi interdisait aux africains de posséder de l'alcool, le pouvoir de l'Eglise chrétienne était tel que la consommation de vin de

messe pour la communion fut permise aux fidèles. Ce fut aussi le cas aux Etats-Unis, lors de la période de Prohibition. Cependant, les africains qui brassaient de la bière destinée aux rites religieux traditionnels de supplication, furent poursuivis. La différence de traitement réside, non dans la nature de l'activité ou de l'exemption, mais dans le statut des groupes religieux concernés. On peut conclure que ce n'est pas ce qui est connu du plus grand nombre qui suscite du mépris, mais ce qui est étrange.

En Afrique du Sud, personne n'imagine qu'une autorité puisse adopter ou soutenir des lois qui auraient pour effet de réprimer les croyances ou pratiques relevant du christianisme, de l'islam, de l'hindouisme ou du judaïsme. Ces religions sont bien établies, aptes à organiser un lobby puissant, et à influencer l'issue des élections, de sorte que rien ne les incite à s'adresser aux cours et tribunaux pour leur demander une protection constitutionnelle.

Il n'existe pas de procédés quantitatifs ou formels propres à résoudre les conflits entre les questions en matière de foi et les questions d'intérêt public. Cependant, les croyances et l'intérêt général se rejoignent et s'entremêlent lorsqu'il s'agit de protéger la tolérance en tant que vertu constitutionnelle, et le respect de l'altérité et de la diversité en tant que principes constitutionnels. La tolérance religieuse n'est pas seulement essentielle envers ceux qui auraient à choisir entre le respect de leurs croyances et le respect de la loi. Elle est pleine de sens pour chacun de nous, en raison de nos propres croyances et du bénéfice pour chacun de vivre dans une société ouverte aux croyances des autres.

La question centrale dans la présente affaire n'est pas de savoir si nous approuvons ou non l'usage de cannabis, si nous sommes croyants ou non, disciples de tel ou tel mouvement. Dans le cas présent, l'appel du clairon à la tolérance, résonne en effet avec une force particulière pour ceux qui réprouvent l'usage du cannabis par principe, et ceux respectueux des croyances sans adhérer à l'une d'elle, restent bienveillants à l'égard des préceptes et pratiques de la foi des Rastafari. Cet appel touche tous ceux qui recherchent un moyen pour que l'altérité subsiste, non comme le résultat d'une technique jurisprudentielle astucieuse pour faciliter le règlement des litiges, mais comme la solution à une question de principe au centre du projet constitutionnel à réaliser.

Le test de la tolérance tel qu'il est prévu par la Constitution ne revient pas à accepter ce qui est familier ou pourrait être facilement accueilli, mais bien à donner un espace raisonnable à ce qui est « inhabituel, étrange et même dérangeant ».

L'affaire Volks

La question était de savoir si des personnes non mariées mais cohabitant, sont victimes de discrimination sur base du statut matrimonial, dans la mesure où elles ne peuvent invoquer à leur profit les avantages de la loi sur la pension alimentaire de l'époux survivant. La majorité a décidé que ce n'était pas le cas. Comme moi, deux femmes juges qui siégeaient dans l'affaire ont marqué leur désaccord. Les extraits suivants montrent la différence entre le jugement de la majorité, rédigé par le Juge Thembile Skweyiya, et mon propre jugement.

Juge SKWEYIYA :

Le mariage et la famille sont des institutions sociales importantes dans notre société. Le mariage occupe une place centrale et spécifique ; il constitue l'un des fondements importants de la vie familiale dans notre société.

La distinction entre les personnes mariées et les personnes non mariées, ne peut être regardée comme inéquitable si l'on tient compte d'un plus large contexte, celui des droits et obligations que seul le mariage entraîne. Alors qu'il existe une obligation réciproque d'assistance dans le chef des personnes mariées, la loi ne prévoit pas une telle obligation pour les personnes non mariées, mais habitant ensemble. Le bénéfice d'une pension alimentaire, tel que prévu dans la loi, entre dans le champ d'application des obligations liées au mariage. La loi s'applique aux personnes à l'égard desquelles la personne décédée (l'époux ou l'épouse) serait légalement redevable d'assistance s'il était encore vivant.

Le mariage n'est pas seulement un bout de papier. Les couples qui choisissent le mariage s'engagent l'un envers l'autre en pleine connaissance des obligations légales qu'entraîne de plein droit la conclusion du mariage. Ces obligations naissent aussitôt le mariage conclu, sans nécessité d'un quelconque accord supplémentaire. Certaines de ces obligations demeurent après la dissolution du mariage et aussi en cas de veuvage. Il en va autrement pour les couples non mariés, qui se seraient liés entre eux par un contrat fixant leurs droits et obligations respectifs, et dont les obligations ne vont pas au-delà de ce que le contrat prévoit. La Constitution n'exige pas l'imposition d'une obligation qui grèverait le patrimoine d'une personne décédée dans les cas où la loi ne lui impose pas une telle obligation de son vivant, et qu'elle n'a pas manifesté sa volonté d'accepter une telle obligation.

Je conclus qu'il n'est pas contraire à l'équité de faire une distinction entre les personnes liées par le lien du mariage et celles qui cohabitent, dans le cadre d'une relation hétérosexuelle, au profit du survivant. Dans le cadre de la loi sur la pension alimentaire de l'époux survivant à charge du patrimoine de l'époux décédé, il est tout à fait approprié de ne pas imposer à la succession, une obligation qui n'existait pas du vivant du défunt. Imposer une telle obligation serait incongrue, inéquitable, illogique et indéfendable.

Je suis sincèrement préoccupé du cas des femmes vulnérables qui n'ont pu se marier alors qu'elles l'avaient souhaité, et qui se retrouvent victimes d'une relation de cohabitation. Mais je ne pense pas que leur cause serait véritablement servie par l'élargissement du champ d'application de la loi, ni qu'elles sont victimes de discrimination dans l'état actuel de la loi. La solution réside dans l'adoption de dispositions légales relatives aux obligations réciproques des partenaires non mariés lorsqu'ils sont tous deux encore en vie. Si la législation devait être modifiée en ce sens, le contexte légal dans lequel il y aurait lieu d'évaluer la question soulevée serait fondamentalement différent.

Juge SACHS :

La personne qui a partagé sa maison et sa vie avec son partenaire décédé, donné naissance et élevé des enfants avec lui, pris soin de lui en bonne santé ou malade, et dédié sa vie à la famille qu'ils ont créée ensemble, doit-elle être traitée légalement comme un parfait étranger à l'égard de sa succession, sans pouvoir rien réclamer pour sa propre subsistance, au motif qu'ils n'étaient pas mariés ? Le mariage est-il la référence exclusive pour reconnaître au survivant un droit pouvant être opposé aux légataires et héritiers ?

L'examen du caractère équitable ou non d'exclure le concubin survivant du bénéfice de la loi, doit se dérouler non dans le cercle étroit du droit matrimonial, mais dans celui beaucoup plus large des principes du droit de la famille, plus réceptifs aux situations concrètes, susceptibles d'évoluer rapidement sous la nouvelle Constitution.

L'objectif général du droit de la famille est d'encourager la stabilité, la responsabilité et l'équité dans les relations familiales.

L'objectif de la loi en cause est d'octroyer aux veufs dans le besoin, le droit de réclamer une pension de survie à la succession. Les facteurs clefs sont la relation familiale, l'intimité et la nécessité. Les associer pour exclure le survivant simplement parce qu'il n'a pas de certificat de mariage,

n'est pas seulement cruel d'un point de vue social, mais aussi légalement injustifié.

(...) S'il est vrai que prendre soin de sa famille est l'une des grandes joies de la vie, et qu'en tant que tel il ne requiert pas une rétribution, le dévouement ne doit pas nécessairement être pris pour un sacrifice.

L'objectif de la loi constitutionnelle est qu'il soit remédié à des situations où un malheur entraîne un autre du fait de conditions injustes. En effet, une interprétation de la loi qui reviendrait à négliger que les circonstances ayant induit un état de nécessité résultent précisément du dévouement du survivant envers le défunt et sa famille, aurait un effet pervers. D'un point de vue social, il est irréaliste et abusivement moraliste, déloyal au regard de la Constitution, que la loi rende le partenaire victime de discrimination, impuissant, économiquement dépendant, menacé de pauvreté, sous prétexte qu'il aurait du soit insister pour le mariage, soit rompre la relation.

Les solutions ne sont pas simples. Promouvoir le mariage en tant qu'institution qui fournit la stabilité, la sécurité et la prévisibilité dans les relations familiales, est une nécessité sociale. Toute mesure visant à corriger l'inégalité des charges par le biais du droit de la famille ou des lois sur le bien-être, risque d'être critiquée comme ayant été établie pour décourager l'autonomie. Mais, si le paternalisme excessif peut déresponsabiliser et méconnaître l'objectif essentiel d'égalité, ce que l'on appelle avec mépris l'approche judiciaire selon l'adage « qui aime bien, châtie bien », peut sans raison, s'avérer insensible aux problèmes véritables et insurmontables auxquelles des personnes doivent faire face. Savoir que la loi interviendra pour garantir une justice élémentaire, peut les aider à combattre un sentiment d'impuissance et de fatalisme. C'est la raison pour laquelle les cours interviennent pour protéger les droits fondamentaux. En s'interposant, elles n'affaiblissent pas la dignité et le respect de soi, mais les mettent en valeur.

La réalité à prendre en compte pour interpréter la loi en cause, est que de nombreuses femmes âgées, pauvres, veuves, se retrouvent sans économies ni biens autres que leurs vêtements et ustensiles de cuisine, avec peu d'espoir de trouver un emploi, et contraintes, pour échapper à la misère, de demander à l'Etat l'octroi de la pension de survie pour personnes âgées.

Elles avaient le choix entre le dénuement, la prostitution, la solitude et la poursuite d'une cohabitation avec une personne avec laquelle il était impossible de se marier ou qui ne désirait pas le mariage. Toute

considération sur le caractère juste ou injuste de l'exclusion du bénéfice de la loi de personnes qui ont choisi la cohabitation, doit tenir compte de cette réalité.

Il s'ensuit que maintenir l'exclusion générale des conjoints non mariés du champ d'application de la loi, quelle qu'ait pu être l'importance de l'engagement du conjoint survivant à l'égard de la famille, ne saurait être justifié. La loi en cause n'est donc pas valide en ce qu'elle exclut le partenaire survivant, non marié mais ayant eu une relation intime et stable avec le défunt, comme décrit ci-avant, du bénéfice du droit à une pension de survie.

L'affaire *Rustenberg Platinum Mines*

Cette affaire portait sur les principes à appliquer lors de l'examen de décisions prises par un arbitre désigné en application de la législation du travail, concernant le caractère justifié ou non d'un licenciement. Lors des audiences, le débat a porté en grande partie sur la question de savoir s'il fallait tenir compte des motifs limités de révision, inscrits dans le droit du travail, ou de ceux, plus larges, prévus dans le droit administratif. Mon jugement indique qu'en réalité les procédures avaient une nature hybride, et que la solution devait être la même quelle que soit la loi appliquée. Le point décisif tenait dans les valeurs d'une société démocratique ouverte. Les textes de loi sont indissociables de ces valeurs.

Juge SACHS :

Les valeurs exprimées dans la Constitution sont fortes, explicites et censées valoir comme étant partie de la structure du projet constitutionnel. Elles sont inhérentes à la structure et à l'objectif du nouvel ordre démocratique. Il n'est pas possible de distinguer la lettre et l'esprit de la Constitution : les valeurs ne voltigent pas librement pour se poser comme un ornement sur telle ou telle norme législative et les textes ne sont pas autosuffisants dans l'attente de leur amélioration éventuelle. Le rôle des valeurs constitutionnelles n'est certainement pas de fournir une patine de vertu à des normes légales lisses, neutres et isolées. Le texte et les valeurs fonctionnent en mode intégré, afin d'assurer la protection promise par la Constitution.

Dans une démocratie constitutionnelle fondée sur des valeurs, avec une structure normative harmonieuse, vivante, qui n'a de cesse d'évoluer, la manière dont les demandes de justice constitutionnelle sont classifiées

et traitées, doit toujours tenir compte du contexte, des intérêts et des valeurs en jeu.

9

LE SÉCULAIRE ET LE SACRÉ : LE DOUBLE ENJEU DU MARIAGE HOMOSEXUEL

Introduction : La Marche

Nous étions en novembre 1991, quelques années avant que je sois nommé juge. J'étais en sueur. Après 24 ans d'exil, je me dirigeais à nouveau vers le centre de Cape Town. Le mois de novembre y est très chaud et c'était l'une des premières fois que je prenais le volant après avoir échappé à la mort, au Mozambique. J'étais donc nerveux, contraint de conduire d'une seule main. Découvrant une série de nouvelles voies à sens unique, je ne connaissais pas bien la route à suivre. On nous avait dit de nous rendre « au lieu de rassemblement habituel », mais je n'en connaissais pas l'adresse. La sueur perlait, surtout parce que, pour la toute première fois, j'allais participer à la Marche des fiertés.

J'étais en retard et je m'imaginai les organisateurs murmurer « Ah bon, Albie se dérobe à nouveau... ». L'année précédente, ils avaient organisé une marche à Johannesburg et m'avaient invité en raison de mes prises de position, largement diffusées, contre toute discrimination sur le fondement d'orientations sexuelles, mais lorsque le jour fut venu de défiler pour soutenir mes principes, je me suis excusé au motif que je devais assister le même jour à un mariage hétérosexuel. Par chance, les jeunes mariés étaient connus et les organisateurs avaient bien compris qu'il ne s'agissait pas d'un prétexte. Il ne fallait cependant pas me dérober une seconde fois.

Soudain, au centre de la ville, je vis des marcheurs aller dans ma direction. Je ne savais pas où garer ma voiture et j'entrai dans l'ère réservée à la Cathédrale St-George, espérant que l'archevêque me pardonne cette infraction. J'observais les marcheurs. La première banderole que j'aperçus portait les mots « Suck – Don't Swallow ». Ma première pensée fut d'imaginer avec horreur que je serais dans les journaux du lendemain ! Pourrais-je avoir un panneau avec les mots « Hétéros pour les Gays » ? Pourquoi n'ont-ils pas prévu un groupe pour les gens comme moi ? Ensuite, j'eus honte de mon embarras. J'étais encore fragile depuis l'attentat à la bombe, et j'avançais péniblement pour rattraper les marcheurs. J'aperçus le professeur Edwin Cameron que j'avais rencontré lors de conférences juridiques, et je marchai à ses côtés, et je ressentis un

sentiment merveilleux... J'avais surmonté un obstacle, et j'en étais fier, heureux de participer à cette marche dans mon pays.

Après une vingtaine de minutes, nous avons atteint un petit parc verdoyant, le Waal Parc, où enfant j'avais joué. S'y tenait une réunion improvisée, de 200 personnes environ ; j'étais un peu anxieux parce qu'on venait de me demander de prendre la parole alors que je devais encore me rendre à une autre réunion. Une première pensée qui me vint à l'esprit est que j'avais joué dans ce parc quand j'étais tout petit et que plus tard, j'y avais vu des pancartes avec l'indication « Blancs uniquement ». Il s'agissait de signes évidents. D'autres, moins visibles, auraient pu signaler « Hétéros uniquement ». Les couples hétérosexuels pouvaient se donner la main, se faire des câlins, exprimer sans gêne leur attachement intime, mais les couples de même sexe savaient que s'ils faisaient de même, la police leur tomberait dessus. J'ai partagé ce souvenir avec le public, en soulignant que le thème de l'égalité pour les gais et les lesbiennes était important pour les membres d'une communauté privée depuis longtemps de sa pleine humanité. J'ai ajouté qu'il était plus important encore pour notre société toute entière puisque notre pays était celui de la diversité. La différence fait partie intégrante du caractère propre de l'Afrique du Sud, et la manière dont nous traitons la différence est décisive pour la survie et le développement de notre société. Et c'est ainsi que la Marche a soulevé des questions qui dépassaient celles liées à cette forme directe et cruelle d'apartheid, dirigée contre un groupe déterminé de la population. Elle mettait le doigt sur les questions fondamentales d'une société ouverte, que la nouvelle constitution démocratique devait s'efforcer de réaliser.

Les juristes chrétiens pour l'Afrique

En 2005, au cours d'une réunion des juges de la Cour constitutionnelle, son président Pius Langa, nous annonce avoir reçu une invitation d'une association « Juristes chrétiens pour l'Afrique », pour assister à l'ouverture de leur conférence à Johannesburg. Celle-ci était fixée pendant les vacances judiciaires alors que lui-même allait se rendre aux îles Fidji pour aider à résoudre la crise constitutionnelle qui y avait éclaté. Il cherchait donc quelqu'un pour s'y rendre à sa place, mais sans succès. Finalement, je leva une main hésitante et dis : « Pius, comme je reste au pays, je pourrais y aller, mais je pense ne pas être la bonne personne pour assister à cette conférence ». Hochant la tête, il répondit : « Non, tu es exactement la personne qu'il faut. » Pius, fils de prédicateur, est juriste, africain et chrétien, mais je le soupçonnais de ne pas vouloir assister à la conférence en cette dernière qualité. Je l'avais compris et j'accepta donc d'accueillir les juristes de tout le continent au nom du Président de notre Cour.

Quelques semaines plus tard, en route pour la conférence, je ne transpirais pas, le temps n'étant guère chaud en cette période de l'année, mais j'étais tendu, m'interrogeant sur la teneur de l'allocution de bienvenue que j'étais censé prononcer. La tension a baissé lorsque, entrant dans le hall d'accueil, je vis des hommes et des femmes venant de tout le continent, magnifiquement vêtus de différents costumes africains, comme étant l'expression agréable de la diversité qui m'est si chère. Je me sentais pourtant encore mal à l'aise, désireux d'offrir à ces hommes et femmes de conscience, autre chose qu'une bienvenue polie. Ils avaient droit à un message d'accueil sincère de la part d'une Cour robuste et active qui défendait notre nouvelle et ambitieuse Constitution, qu'il n'a pas été facile à faire naître. Assurément, il me fallait dire des mots qui relient l'esprit et la nature de notre travail, à l'intensité de leurs convictions. En regardant à la ronde, je sus comment m'y prendre. Je pris la décision de leur raconter les difficultés éprouvées en 1994, lors de mon serment en tant que juge à la Cour Constitutionnelle, en présence de Nelson Mandela.

Appelé à monter sur le podium, j'expliquai à l'assemblée qu'après avoir signé mon engagement de respecter la Constitution sans crainte, sans parti pris ni préjugé, et de rendre justice à tous, il me fallait choisir entre deux façons de prêter serment : soit dire simplement « je le jure », soit lever le bras droit et dire « que Dieu me vienne en aide ». Choisir était pour moi un profond cas de conscience. J'avais grandi dans un foyer intensément laïc. Mes parents s'étaient disputés avec leurs parents au sujet de questions religieuses. Ils avaient pris une position qu'ils considéraient de principe, contre ce qu'ils percevaient comme une forme d'idéologie, une série de règles et de principes qu'ils étaient tout simplement incapables d'accepter. Les conséquences se sont avérées difficiles à vivre pour moi, enfant, dans une école mi-chrétienne, mi-juive, où j'étais le seul enfant juif, mais sans religion ni pratiques religieuses. J'avais senti que prétendre appartenir à une religion, simplement pour être accepté par les autres élèves, aurait été irrespectueux envers moi-même, ma conscience, mais surtout envers Dieu, s'il existe.

Le résultat fut que depuis mon plus jeune âge, j'étais conscient de la question religieuse et du caractère central de la foi pour définir son identité en tant que personne. Le problème de l'injustice raciale se posait alors de manière beaucoup moins complexe à ma conscience en développement. Sans doute est-ce parce que ma mère travaillait comme dactylographe pour un dirigeant noir, Moses Kotane. Mais depuis un très jeune âge, il était évident pour moi que l'inégalité était détestable. En revanche, explorer au plus profond de moi la dimension de Dieu, et refuser de simuler une croyance que je n'avais pas, était pénible. La conséquence en a été d'implanter en moi, et à vie, le respect des fidèles de toutes croyances. Bien

que sous la pression, je me définissais comme incroyant, j'acquis en réalité un ensemble de croyances, une vision propre du monde, profondément spirituelle à maints égards, avec des conséquences éthiques solides. Ces croyances avaient un impact sur tous les aspects de ma vie, qui j'allais épouser, où j'allais vivre, quelle serait ma forme physique. Mais elles ne faisaient pas référence à une croyance précise, et ne s'exprimaient pas dans le cadre d'une religion organisée.

J'ai raconté au public qu'étant très attentif aux questions de conscience, j'ai dans les années nonante, pu proposer une solution au sujet d'une question discutée au cours des négociations constitutionnelles, question que bon nombre de personnes jugeaient inextricable, concernant le libellé du préambule de la Constitution. Nombreux négociateurs insistaient pour que ce texte commence avec les mots : « Dans l'humble soumission au Dieu tout puissant ». Pour la majorité des sud-africains qui se considèrent chrétiens, pour les musulmans et hindous, les nombreux juifs et adeptes d'autres croyances, ne pas invoquer la déité dans le plus solennel des documents publics reviendrait à le dévaluer. Sans cette mention, la Constitution ne serait pour eux qu'un document de plus, dépourvu de lien spécifique et profond avec les croyances essentielles de la grande majorité de la nation. D'autre part, pour ceux qui avaient grandi sans religion ou pour qui la foi importe peu, l'idée d'introduire un tel document centré sur l'humain – par une invocation de Dieu, était profondément opprimante. La solution m'est venue très vite à l'esprit. Faisant alors partie du Comité constitutionnel de l'ANC et, évoquant les réunions de ce Comité, j'ai dit : « Nous entamons nos réunions en chantant un hymne, *Nkosi Sikelel'iAfrika*, « Que Dieu bénisse l'Afrique » ; nous le chantons comme l'hymne du peuple oppressé, le chant d'espoir de notre pays. Nous chantons que nous soyons blancs ou noirs, croyants ou incroyants. Il est devenu le chant du futur. Laissons la Constitution reprendre cette phrase : « *Nkosi Sikelel'iAfrika, God Seën Suid-Afrika, God Bless South-Africa ...*, dans chacune des onze langues officielles ». L'idée fut acceptée. Loin d'être une invocation qui pouvait diviser la population, elle devint un élément unificateur. Aujourd'hui, cet hymne est chanté par tous, noirs et blancs ensemble, notamment par notre équipe de rugby. Pour les croyants, l'importance de leur foi est reconnue. Les autres acceptent qu'il s'agit de l'hymne national, qui fait partie de notre histoire et de la structure actuelle de notre nation.

J'expliquais cela aux congressistes avant de revenir sur le moment où, solennellement, les juges ont prêté serment. L'ordre étant alphabétique, j'étais le dernier. Cinq des langues officielles étaient utilisées. Pour suivre ma conscience telle qu'elle s'est développée dans mon enfance, et rester fidèle à moi-même et à mes croyances véritables, il me fallait simplement dire « Je le jure ». Mais en cette occasion éminemment exceptionnelle, je

ressentais la nécessité de lever ce qui restait de mon bras droit. Ce bras représente les amis qui n'ayant pas survécu, n'ont pas connu la liberté : Ruth First, Joe Gqabi, Looksmart Solwande, Elija Loza, tous assassinés ou torturés jusqu'à en mourir. Ce qui reste de mon bras droit est la partie la plus symbolique de mon corps ; le lever donnerait un sens profond à mon serment de servir la Constitution sans crainte, parti pris ou préjugé. Et c'est ainsi, dis-je aux congressistes, que j'ai levé le bras droit et dit « Que Dieu me vienne en aide ». Les juristes chrétiens pour l'Afrique se sont alors levés pour acclamer. Les orateurs suivants ont, tour à tour, évoqué ce que j'avais dit. J'étais médusé. Je venais d'exposer à des fervents croyants que j'étais incroyant, et voilà qu'ils me gratifiaient d'une ovation...

Le lendemain, quelque 75 participants prenaient part à la visite de la Cour constitutionnelle et j'étais leur guide dans notre merveilleux bâtiment. Après deux heures de visite, je les saluai et exprimai tout mon bonheur de les avoir guidés, gens de mon continent, juristes comme moi, et leur dis qu'ayant une autre réunion, je devais me hâter de partir. (Il me semblait devoir sans cesse me précipiter d'une réunion à l'autre, et il m'arrivait de penser que la liberté, c'est de ne pas avoir de réunions..., mais je me trompais). J'avais déjà du retard. La réunion suivante avait lieu dans la prison des femmes, transformée en un lieu du souvenir où la Commission pour l'égalité des sexes avait ses bureaux. Les visiteurs se pressaient autour de moi : « s'il vous plaît, ne partez pas, nous devons faire une prière pour vous ». Il y a des prières courtes, des moyennes et des longues. La longue prière ne se limite pas à souhaiter bonne chance. Elle puise son inspiration dans la vision que la personne concernée a du monde. J'étais ému par la longue, très longue prière, exprimée avec sincérité, inspirée par les valeurs partagées par ceux qui m'entouraient. Ils me souhaitaient le meilleur du plus profond du cœur. La prière prit fin et j'étais sur le point de partir lorsqu'on me dit : « il nous faut maintenant faire l'imposition des mains ». L'imposition des mains par septante cinq personnes prend du temps, et ce n'est qu'après cette imposition des mains que j'ai pu me précipiter à la prison des femmes.

Je raconte cette histoire car plus que tout autre cas porté devant la Cour, le cas de mariages entre personnes de même sexe m'a amené à réfléchir aux étranges connexions entre la vie et le droit. Nous avons la loi, la Constitution, le rôle que nous devons assumer comme gardiens de la Constitution est déterminé, mais il y a différentes manières d'appliquer la Constitution à des problèmes particuliers. Comment deux expériences,

en apparence contradictoires, ont-elles donné le sens des jugements que j'ai écrits ? Je me le demande.

« Manipulateurs » versus « Bigots » ?

Le président de la Cour Constitutionnelle m'avait demandé de rédiger le premier projet de jugement pour la Cour dans cette affaire. A aucun moment, lors de la rédaction du projet, je pense n'avoir fait consciemment référence à l'une des expériences que je viens de décrire. Mais l'expérience est ce qu'elle est. Elle fait partie de l'être, façonne réactions, réponses et intuitions, ainsi que les raisons pour lesquelles on penche vers l'une ou l'autre solution lorsqu'il s'agit de choisir entre plusieurs raisonnements convaincants, chacun ayant sa propre rationalité interne, mais menant à des solutions différentes. Du plus profond de ma conscience, j'étais désireux de découvrir une façon de concilier les positions de chaque groupe en présence, en ce qu'elles avaient de plus significatif pour eux. La communauté gai et lesbienne aspirait à être libre et émancipée, à vivre pleinement leur humanité. La communauté des croyants sincères considérait le mariage homosexuel comme un anathème, affligeant, dérangeant et menaçant. Le jugement devait essayer de répondre aux deux communautés avec le même respect. Il devait éviter de considérer les premiers comme un groupe de lobby manipulateur et les autres comme une bande de bigots plongés dans le noir. Il était arrivé aux avocats des groupes en litige, de s'égarer dans de telles allusions. Dès qu'on commence à diviser la population entre « les bons » et « les mauvais », en instrumentalisant la Constitution à cet effet, je pense qu'on s'écarte de l'essence même du projet constitutionnel. Il faut découvrir en chacun son humanité, son intégrité et son honnêteté, et donc présenter la réponse de la Cour de sorte que chacun puisse dire : « Je comprends ce qui a été dit, j'ai des doutes sérieux sur la solution, mais le jugement donne du poids à ce que je pense et à qui je suis : il tient compte de mes convictions et respecte ma conscience et ma dignité. Dans l'approche qu'a suivi la Cour, je ne me sens pas exclu bien que la réponse est censée reposer sur la neutralité absolue dans la formulation des faits et des conclusions. Mes convictions, valeurs et points de vue ont été pris sérieusement en considération, et ont été examinés avec prévenance et respect ».

Dans le passé, j'avais déjà écrit des jugements portant sur des demandes de communautés religieuses en vue d'être exemptées, pour des motifs religieux, d'une obligation générale imposée par la loi. Au cours de recherches faites aux Etats Unis, au Royaume-Uni et en Afrique du Sud, j'ai découvert un sentiment d'indignation profonde qui ressortait des écrits de nombre d'académiciens, souvent à la fois profondément religieux et progressistes. Ils étaient heurtés par la position de la doctrine dominante,

selon laquelle la sphère publique devait être réduite à la rationalité et la raison d'Etat, censée être comprise par tous. En revanche, la religion était reléguée dans les recoins de la sphère privée, où chacun était libre de pratiquer ses croyances quelle qu'elles soient, selon sa conscience. D'après eux, la religion ne pouvait être bannie de la sphère publique. Ainsi, la difficulté majeure de l'affaire n'était pas de nature technique. Elle était plutôt de considérer la religion comme faisant partie de la sphère publique et donc de répondre d'une manière équilibrée, réfléchie, en respectant les principes, à toutes les communautés, religieuses, gai et lesbiennes. Toutes pouvaient s'attendre à ce que leurs revendications et convictions aient fait l'objet d'un examen emprunt de respect et raisonné au regard de la Constitution.

Madame Fourie et Madame Bonthuys

Marie Fourie et Cecelia Bonthuys avaient présenté à la Cour un récit assez simple. Elles s'étaient rencontrées, avaient été attirées l'une par l'autre, étaient sorties ensemble et vivaient ensemble depuis une décennie ensemble. Considérées par tous leurs amis comme formant un couple, elles avaient décidé de se marier. L'officier chargé des mariages civils leur avait dit que, personnellement, il n'avait aucune objection à célébrer ce mariage. Mais avait-il ajouté, il y a une difficulté insurmontable : la promesse qu'elles étaient censées faire, devait suivre la question suivante : « Voulez-vous, AB, prendre CD comme époux, épouse ? » Dans son esprit, les mots « époux » et « épouse » l'empêchaient de célébrer le mariage. Le couple décida d'introduire une action devant la Haute Cour. Le juge n'était pas indifférent à la question. Il reconnaissait que la Constitution interdisait toute discrimination sur la base de l'orientation sexuelle, comme sur d'autres bases, tels l'handicap, la race, la couleur, les croyances, l'origine nationale, la naissance et le statut marital. La Constitution reprend cette liste. Il ne pouvait toutefois donner à l'officier instruction de les marier aussi longtemps que la loi y faisait obstacle. Déboutées, les deux femmes firent appel de la décision devant la Cour suprême d'appel. Un des jugements leur a donné en partie raison. Il était de la plume de Edwin Cameron, avec lequel j'avais participé à la Marche des fiertés à Cape Town. Après avoir constaté que la loi créait un obstacle au mariage homosexuel, il indiqua que la loi permettait toutefois aux responsables religieux, désignés comme officiers de mariage, de célébrer le mariage selon leurs préceptes, et que certaines églises avaient été créées spécialement dans le but de célébrer le mariage homosexuel. Bien que les autorités ecclésiastiques n'aient pas officiellement été habilitées par le Ministère de l'Intérieur, à célébrer un tel mariage, il était prévu que ce serait fait dans le futur. Le résultat de cette décision était d'offrir la perspective que le mariage homosexuel serait reconnu par la loi, mais à une date inconnue.

Dans l'intervalle, une association de gais et de lesbiennes avaient introduit une demande devant la Haute cour de Johannesburg, soutenant que la loi était contraire à la Constitution dans la mesure où elle privait les couples homosexuels du droit au mariage. La Cour décida de suspendre l'affaire jusqu'à ce que la Cour Constitutionnelle prenne une décision dans l'affaire *Fourie*, et elle nous transmit le dossier. Nous avons joint les deux affaires pour les traiter ensemble.

La salle de la Cour était pleine de monde, des journalistes de plusieurs agences de presse internationales ainsi que des défenseurs et des opposants au mariage homosexuel. Les plaideurs étaient parfois pris par l'émotion, mais en général, le ton était retenu. L'avocat de Mme Fourie et de l'Association Gais et Lesbiennes, soutenaient que le droit commun et la loi sur le mariage étaient discriminatoires envers les couples homosexuels, que la Cour devait faire évoluer le droit commun en interprétant la loi de manière à y inclure, fût-ce de manière implicite, le terme anglais « spouse » (époux/épouse), neutre quant au genre, afin de permettre aux couples homosexuels de se marier. L'avocat de l'Etat rétorqua que, même à supposer que la loi présente une lacune, et que le droit commun et la loi soient discriminatoires, il s'impose de consulter l'opinion publique en la matière, la solution devant émaner du Parlement plutôt que de la Cour. Les *Amici curiae* (les amis de la cour), comparaisant au nom de l'Eglise catholique et d'une association nommée Docteurs pour la vie, défendaient avec insistance le mariage comme une institution visant la procréation, ayant acquis au cours de l'histoire un caractère intrinsèquement religieux.

Il ne serait pas correct de ma part de rendre publics les débats internes qui eurent lieu entre les onze juges qui ont siégé dans l'affaire, la confidentialité et la collégialité étant essentielles au bon fonctionnement de toute juridiction. Il ne serait pas davantage correct de ma part de défendre la décision ou d'exposer le raisonnement qui la fonde. Le jugement est un document public, ayant une portée publique. Il doit se suffire à lui-même, sans explications ou éclaircissements ultérieurs de son auteur. Je puis toutefois dire qu'il nous a fallu plusieurs mois pour le finaliser et qu'il est courant que la cour travaille et retravaille les questions complexes, au cours de nombreuses réunions successives, afin de garantir que la position de chacun des juges ; le but étant d'arriver, si possible, au consensus. Je puis aussi indiquer quelques repères pour faciliter au lecteur la compréhension des éléments principaux du jugement. Au final, le lecteur qui lit entre les lignes du jugement, pourra se faire une opinion sur la question de savoir si mes expériences avec deux communautés différentes, eurent un impact sur ce que j'écris.

Ceux qui lisent le jugement découvrent que celui-ci ne fait pas référence aux controverses surgies devant les cours de Vermont, Massachusetts, Canada ou Royaume-Uni, sur des questions relatives au mariage homosexuel. La controverse a voyagé de pays en pays et les mêmes arguments ont été avancés par les deux camps. Il était donc extrêmement utile de connaître les décisions rendues à l'étranger, ainsi que les moyens juridiques complexes qui y étaient exposés, même si ceux-ci étaient basés sur des textes constitutionnels juridiques différents. Nous ne les avons toutefois pas repris dans notre décision. Plus utile encore était la richesse des documents juridiques sud-africains au sujet de l'importance du principe d'égalité repris dans notre Constitution, interdisant tout traitement différencié et non justifié e.a. sur la base de l'orientation sexuelle, ainsi que de la grande diversité, dans notre pays, des conceptions de la structure familiale.

Orientation sexuelle

Etablir qu'il y avait discrimination injustifiée était relativement aisé dans le contexte juridique sud-africain. La Constitution interdit explicitement toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Notre Cour fut amenée, à cinq reprises à examiner des affaires liées à cette interdiction. Dans la première affaire, nous avons supprimé le crime de sodomie. Ensuite, l'affaire *Home Affairs*, concernait les droits de partenaires homosexuels étrangers, sous l'angle du droit de l'immigration. Devaient-ils être identiques à ceux dont bénéficie l'époux étranger de sud africains ? Il bénéficiait de deux avantages : il pouvait travailler sans permis spécifique et il pouvait entrer sur le territoire et obtenir le statut de résident d'Afrique du Sud. La Cour a décidé que le fait de n'avoir pas prévu, dans la loi sur l'immigration, les mêmes avantages aux partenaires homosexuels, entraînait une discrimination non justifiée à leur égard. Il n'aurait toutefois pas été opportun de supprimer dans cette loi les normes ayant des effets positifs, notamment celles qui encouragent le mariage hétérosexuel. Ce n'était pas en raison de ce qu'elle édictait que la loi était contraire à la Constitution, mais en raison de ses lacunes. Le champ d'application de la loi était trop étroit. Pour rétablir l'égalité, la Cour a introduit elle-même, directement dans la loi, des dispositions rectificatives. Après le mot « Spouse » dans la loi, nous avons ajouté la phrase « ou partenaires de vie dans une relation homosexuelle ». Le jugement a par ailleurs défini la portée de cet ajout, et confié au ministère de l'intérieur la mission d'en tirer les conséquences pratiques.

Dans une affaire ultérieure, nous avons répondu favorablement à la revendication de la Juge Kathy Satwhell qui réclamait pour sa partenaire lesbienne, les mêmes avantages, sur le plan de la pension, que ceux qu'un

mari pourrait obtenir. Dans un autre cas, la partenaire lesbienne d'une juge qui avait adopté des jumeaux, revendiquait des droits parentaux identiques à l'égard des enfants. Nous avons décidé que le fait que la loi sur l'adoption y faisait obstacle, était inconstitutionnel, non seulement parce qu'elle entraînait une discrimination injustifiée, mais aussi parce qu'elle nuisait aux intérêts des enfants. Une autre décision allant de le même sens a été prise au sujet de la parenté d'un enfant conçu in vitro.

Le jugement que j'ai écrit fait référence à ces différents cas. Il souligne la diversité des conceptions relatives à la structure familiale dans notre pays, bien que pendant longtemps, seul le mariage chrétien, traditionnellement et clairement hétérosexuel, était reconnu. Les mariages musulmans n'étaient pas reconnus car potentiellement polygames, avec pour résultat que les femmes venant d'Angleterre avaient le droit de rejoindre leur mari, au contraire des femmes venant de l'Inde qui ne l'avaient pas. Lorsque des personnes se rendaient volontairement prisonnières pour contester, et que Gandhi s'opposa à cette inégalité, il évoquait nos mères et nos sœurs armées de leur seul patriotisme et de leur foi, qui consentaient un sacrifice plus grand que les hommes, en allant en prison parce qu'elles portaient l'étiquette « concubines » et que leurs enfants étaient considérés comme illégitimes. En outre, les mariages coutumiers africains les plus nombreux, étaient pour ainsi dire marginalisés. Le jugement réserve donc une place importante à la diversité des traditions sur le mariage, la façon dont les êtres humains vivent ensemble, expriment leur intimité et leurs liens avec la société.

Source de discrimination

Etant admis que la jurisprudence de notre Cour et notre histoire avaient démontré que les couples de même sexe étaient soumis à un traitement différent et non justifié, deux questions se posaient. Quelle était la source de cette discrimination ? La Cour pouvait-elle rectifier elle-même la situation ou devait-elle s'en référer au Parlement ? Il y avait grossomodo deux types d'arguments. Pour les uns, la Cour ne pouvait prendre une initiative aussi radicale, touchant à la culture populaire, contraire aux pratiques reçues et aux lois de l'histoire, en instituant le mariage entre personnes de même sexe. Le maximum que la Cour pouvait faire, était d'émettre des observations, de déclarer qu'il y avait des lacunes dans les textes de loi, et de renvoyer ensuite la question au Parlement pour qu'il remédie à la situation. Les arguments subsidiaires consistaient à dire que même si les couples homosexuels se voyaient reconnaître le droit de régulariser leurs relations dans le domaine de la propriété, de la succession, des pensions, etc., ceci ne signifiait pas pour autant que leurs relations nouvellement reconnues puissent être qualifiées de mariages. L'usage du mot

« mariage » irait à l'encontre de la biologie, de l'histoire, de la religion et de la loi.

La décision de la Cour s'est construite autour de la définition du caractère de la discrimination invoquée. Elle énonce que la discrimination est la conséquence du fait que les couples homosexuels n'ont pas les mêmes droits et obligations que les couples hétérosexuels. La question du statut a été soulignée. Le mariage implique des éléments matériels et immatériels. Les mariages sont célébrés, leurs anniversaires fêtés, une part importante de notre culture s'organise autour du mariage. La considération que la confirmation de l'amour entre les partenaires de même sexe, et la reconnaissance publique de leur relation, dévaloriseraient et terniraient l'institution du mariage, heurtait les couples homosexuels.

Une note de bas de page du jugement indique qu'une certaine littérature homosexuelle soutenait ce qui suit : « Nous ne souhaitons pas reproduire les formes de relations qui ont entraîné tant d'oppression au sein des couples hétérosexuels, relations étroitement liées aux rapports de propriété. Ce n'est pas ce que nous souhaitons. » Mais une fois le combat engagé, la littérature gai et lesbienne dominante préconisa le droit pour les couples homosexuels d'opter librement pour le mariage. En raison du caractère symbolique du mariage, le droit de choisir de se marier ou non, représentait la pierre angulaire, le symbole de la réalisation de la pleine reconnaissance légale, une occasion de célébration publique et joyeuse (et, peut-être, de divorce empreint de tristesse).

Une fois la nature de la discrimination établie, il fallait nous pencher sur les moyens pour y remédier. La Cour allait-elle prendre elle-même des mesures ou, au contraire, renvoyer la question au Parlement ?

Ma collègue Kate O'Regan – qui soit dit en passant, avait été éduquée dans un couvent – considérait que la violation des droits fondamentaux était évidente. Elle soutenait que la Cour avait le devoir de faire évoluer le droit commun, encore soumis à la définition du mariage, telle qu'elle avait cours en Angleterre et qui avait été consacrée dans l'affaire « *Hyde v Hyde* » (1866), à savoir, l'union volontaire et pour la vie d'un homme et d'une femme, à l'exclusion de toute autre. Sa position était que la Cour devait suivre le procédé appliqué dans le cas *Home Affairs*, et décider de rectifier la loi sur le mariage en y incluant le terme neutre en langue anglaise « Spouse » (Désirez-vous AB prendre CD pour mari, femme, partenaire légal ?). Si cette formule ne satisfaisait pas le Parlement, il reviendra à celui-ci de modifier la loi de la manière qu'il juge appropriée, dans le respect du jugement de la cour sur les questions constitutionnelles. La solution qu'elle proposait était simple et pouvait être adoptée sur le

champ. Elle pouvait aussi s'appuyer sur des précédents. A ses yeux, il n'y avait pas de raison de postposer l'octroi des droits, conséquence prévisible d'une intervention du Parlement.

La Cour a cependant décidé à une très forte majorité que le Parlement devait être impliqué. Le Parlement avait aussi le devoir de respecter la Constitution. Ses membres en ont fait le serment. La Déclaration des droits doit être soutenue, protégée, défendue, développée par toutes les branches du pouvoir et, en premier lieu, par le Parlement. Impliquer le Parlement permettait qu'il entame un dialogue avec le peuple sud-africain, qu'il l'encourage à comprendre la décision et à l'accepter. La Cour lui a donné un an pour corriger la législation. Le jugement stipule qu'à défaut de le faire, les termes « or spouse » devaient être considérés comme inclus dans la loi.

Le Parlement reçu ainsi l'opportunité, non pas de décider s'il fallait mettre un terme à la discrimination, mais comment le faire, en l'encourageant à s'adresser à la nation, à participer à des discussions publiques, et à rechercher la solution par un large dialogue. De plus, tant quant au caractère de la discrimination que quant à la solution, le jugement offre clarifications et avertissements.

Le sacré et le séculaire

Une des préoccupations majeures du jugement était de garantir que la religion et la laïcité puissent coexister dans la sphère publique. La réponse qu'il offre ne consiste pas à distinguer le domaine public laïc du domaine privé sacré. Il reconnaît que la religion fait partie de la sphère publique, qu'elle a une profonde signification pour des millions de personnes qui, dans le combat pour la liberté, défendaient des positions diverses, et qui entre elles, s'opposaient sur la question du mariage homosexuel. Le jugement expose clairement que la loi sur le mariage respecte pleinement le droit de chaque religion ou conviction, d'organiser ses propres célébrations du mariage selon ses croyances. Rien dans le jugement n'oblige des personnes à célébrer leur mariage d'une manière qui serait contraire à leur conviction religieuse. La liberté de religion, reconnue par la Constitution et la loi sur le mariage, les protègent. Bien entendu, des désaccords peuvent surgir au sein des différentes confessions sur les préceptes fondamentaux, mais il revient alors aux membres de cette communauté religieuse de résoudre la question, et non à l'Etat.

Le jugement souligne que la religion doit être prise sérieusement en considération, et que les diverses croyances doivent être reconnues et respectées comme faisant partie de la sphère publique. Mais la loi doit

également reconnaître les revendications indéniables et incontestables des couples du même sexe de célébrer publiquement leur union, amour, sentiments réciproques. C'est un droit protégé par la Constitution. Le rôle du Parlement se limitait à définir les modalités leur permettant de jouir de leur droit à l'égalité.

Egalité dans un champ de tombes ou dans un champ de vignes ?

La question était alors de savoir comment réaliser cette égalité. Fallait-il l'établir dans un champ de tombes ou dans un champ de vignes, selon l'expression empruntée par mon collègue Laurie Ackermann à un auteur américain, et utilisée dans une affaire précédente qui concernait également les droits des gais et lesbiennes. L'inégalité peut être supprimée par le bas (cimetière) ou par le haut (vignoble). La législation américaine sur le traitement égalitaire est fortement axée sur le traitement identique des personnes se trouvant dans des conditions similaires. D'un point de vue formel, le nivellement par le bas et le nivellement par le haut aboutissent tous deux à un résultat conforme à la Constitution. L'auteur recherchait les critères qui permettraient de déterminer le type de nivellement qui s'imposait. Selon lui, le choix devait être inspiré par les principes constitutionnels concernés : quel procédé promeut au mieux le principe en cause ?

Pour ce qui concerne le mariage entre personnes de même sexe, la loi ne contenait aucune exclusion explicite ; elle ne prévoyait pas davantage un traitement différencié. Les couples homosexuels étaient tout simplement ignorés. La loi sur le mariage ne disait pas expressément : « sauf les gais et les lesbiennes ». Ceux-ci pouvaient se marier, mais avec une personne de l'autre sexe ! Le problème était donc que la loi était limitative. Pouvait-on y remédier en supprimant carrément la loi sur le mariage dans sa totalité ? Pouvait-on imaginer que la Cour constitutionnelle déclarât que le mariage est illicite pour tous, au motif que les gais et les lesbiennes ne pouvaient se marier ? Une proposition qui avait été avancée jadis par la Commission de Réforme de la loi sud-africaine était d'organiser l'union civile pour tous et de laisser le mariage aux autorités religieuses. Que ceux qui désirent le mariage aillent au temple, à la mosquée, à la synagogue, à la cathédrale..., ne concerne pas l'Etat. Le rôle de l'Etat se limiterait à déterminer la cérémonie applicables aux unions civiles. Aussi rationnelle que cette proposition semble être, elle ne rencontra guère de soutien. Quels seraient les sentiments des gais et des lesbiennes si, juste au moment où l'accès au mariage pour eux relevait du possible, l'institution elle-même disparaissait ? Quels sentiments les couples hétérosexuels éprouveraient-ils face à l'impossibilité de se marier, sous prétexte de rétablir l'égalité ? Il y aurait égalité, mais égalité dans le ressentiment. Promouvoir le respect

de la Déclaration des droits, signifie l'émancipation pour tous, et non la création d'une situation où tous se sentiraient également lésés. Il importait de souligner que pour atteindre une véritable égalité, il fallait une égalité de statut, d'opportunités, de tout ce à quoi une société attache de la valeur, et donc une égalité sur le champ de vignes. Il fallait l'indiquer pour éviter des controverses sans fin sur la constitutionnalité des mesures qui seraient prises.

« Séparés mais égaux »

Le jugement relatif à la doctrine « séparés mais égaux » fournit aussi des lignes directrices sur le principe d'égalité. Nous étions exhortés à suivre l'approche du Royaume Uni sur l'union civile, parce que le terme « mariage » n'y figurait pas, ce qui ouvrait la possibilité pour les couples homosexuels de régulariser leur situation réciproque en matière de propriété, de succession, et autres questions patrimoniales. Certains soutenaient que cela serait sans incidence sur l'institution du mariage telle qu'historiquement conçue. La doctrine dite « Separate but Equal » a cependant une histoire bien ancrée mais douloureuse, non seulement aux Etats-Unis, mais aussi dans notre pays. Dans les années trente, une décision déplorable fut rendue par la Cour d'appel, suite à une plainte déposée par des personnes d'origine indienne qui critiquaient le fait d'être exclus de certains guichets postaux réservés aux blancs. Trois des quatre juges n'apercevaient pas où était le problème : les plaignants pouvaient être servis tout aussi bien par tel guichet que par un autre. Un seul juge, Gardiner, diplômé à Oxford où il s'affichait comme socialiste, auteur d'un traité de droit pénal, a dit : « L'exclusion touche à la dignité de la personne et n'est pas uniquement une question d'efficacité. »

Trois décennies plus tard, Oliver Tambo, alors avocat dans une association avec Nelson Mandela avant de devenir le président en exercice de l'ANC en exil, reçut l'ordre de se placer à la barre dans la partie réservée aux non-européens, pour s'adresser au juge. Il refusa. L'audience fut levée ; à l'audience suivante, son avocat stagiaire, Godfrey Pitje, émit le même refus. (Plus tard, j'appris qu'Oliver Tambo avait à ce moment des travaux clandestins à effectuer et ne pouvait prendre le risque de se faire emprisonner ; son collaborateur avait donc accepté de le remplacer.) Ce dernier fut jugé coupable d'outrage à la Cour. Lorsque le cas fut présenté à la Cour d'appel, son président a jugé que la place de l'avocat à la barre n'avait aucune incidence, et la sanction fut confirmée.

Notre passé a démontré que la séparation était invariablement fondée sur des préjugés, qu'elle avait pour but d'isoler un groupe afin de maintenir la ségrégation. Le Parlement devait se montrer attentif à cette question, et

ne pas introduire une nouvelle forme d'exclusion, faussement présentée comme une forme d'égalité.

Dans le cas présent, les médias du monde entier pouvaient annoncer que la plus haute cour d'Afrique du Sud, avait décidé que les couples de même sexe avaient le droit de se marier et donné un délai d'un an au Parlement pour adapter la loi. Pour la seconde fois dans ma vie, ma photo a été publiée dans le New York Times, plusieurs années après celle prise dans un hôpital à Londres, recouvert de bandages, suite aux blessures que j'avais subies lors de l'attentat à la bombe. Mais cette fois, je portais la tige verte et j'étais entouré de mes collègues et de mon greffier (la photo figure en page ... de cet ouvrage).

Le Parlement a dûment organisé des débats publics. Les attaques véhémentes contre l'idée du mariage homosexuel étaient fréquentes, et peu de personnes la défendaient. Des positions homophobes extrêmes ont été enregistrées. Notre société comptant des homophobes, il valait mieux leur donner l'occasion de s'exprimer publiquement comme tels, plutôt que dissimuler les questions et d'empêcher des discussions ouvertes. Après de longues délibérations, le Conseil sud-africain des Eglises a publié une déclaration selon laquelle, après avoir étudié le jugement, il se félicitait de cette approche sage, à l'image du roi Salomon. Cette comparaison m'est allée droit au cœur ; mon père se prénomme Solomon (Solly Sachs).

L'intervention du Parlement

Quoi qu'il en soit, la cour qui en a le pouvoir, a donné un délai d'un an au Parlement pour réformer la législation. La Cour peut constater l'inconstitutionnalité d'une loi et suspendre la déclaration de son invalidité, pour laisser le temps de la corriger. Nous ne souhaitons pas invalider la loi sur le mariage si le délai imparti n'était pas respecté, ce qui aurait eu des conséquences désastreuses. Nous avons dès lors dit pour droit que si le Parlement n'avait pas corrigé la loi sur le mariage à l'expiration du délai d'un an, celle-ci devait automatiquement être lue comme comprenant les mots « or spouse », ce qui supprimerait son caractère discriminatoire. C'était là une position de repli. Quelques jours avant l'expiration du délai, le Parlement a promulgué une loi dite « Loi sur l'union civile ». Ce qui la distinguait de la loi sur le partenariat civil au Royaume-Uni réside non seulement dans l'usage du mot « union », mais aussi dans le fait que les comparants, le cas échéant du même sexe, avaient le droit de choisir entre deux formules. Ils pouvaient selon leur préférence, dire « J'accepte une union civile avec toi » ou « je me marie avec toi ».

Le jugement laisse au Parlement la possibilité de ne pas obliger les officiants à célébrer un mariage homosexuel, s'ils avaient des objections de conscience. Cette faculté a été introduite dans la loi. Se voir mariés par une personne qui manifesterait une aversion envers ce qu'il est célèbre, ne serait pas un bon début pour le couple. Par principe, l'Etat devait prendre toutes mesures raisonnables pour éviter qu'une personne doive choisir entre l'obéissance à la loi ou à ses convictions profondes. Pour l'Etat lui-même, il était important de faire appel à des fonctionnaires qui soient à l'aise avec les nouvelles valeurs constitutionnelles, afin que le mariage de personnes de même sexe soit célébré avec sympathie et non avec répugnance. Après un certain temps, la plupart des fonctionnaires ont célébré des mariages de gais et de lesbiennes dans la plus grande dignité et dans le respect de la loi.

Comme je l'ai déjà évoqué, les cours et tribunaux doivent, dans la mesure du possible, chercher à interagir avec la population tout entière, sans diviser la nation entre progressistes et réactionnaires, libéraux et conservateurs, sans opter pour telle ou une autre, ce qui intensifierait les divisions et aurait pour conséquence que les adversaires se chamaillent sur les décisions de justice. Les cours et tribunaux doivent rechercher un langage en accord avec la Constitution, laisser un message qui se lirait comme suit : « je ne suis pas heureux de cette solution, mais je la comprends ; j'ai été écouté, et il se peut que la prochaine fois, je sois du côté des gagnants. A la tombée du jour, je réalise ce que signifie être sud-africain, doté de droits dans la nouvelle Afrique du sud. »

Anecdotes

Je termine avec deux anecdotes. En janvier, quelques semaines après l'adoption de la nouvelle loi, je me rendis aux jardins botaniques Kirstenbosh de Cape Town, merveilleux jardins surplombés par la Montagne de la Table, et si accueillants pour les familles. Mon attention fut attirée par une pancarte « mariage de Amy et Jean », avec le chemin à suivre. Mon cœur bondit. C'était si simple, si familier, si banal... Jean, une sud-africaine vivant à Washington avec sa partenaire Amy, nous raconta que quelques jours avant l'évènement, apprenant à l'organisateur de la fête qu'elles étaient deux femmes, celui-ci avait répondu : « C'est merveilleux, vous serez les premières, et je suis fier que vous m'ayez choisi. »

Quelques jours plus tard, les journaux relataient le mariage de Zackie Achmat, initiateur de la campagne d'action pour le traitement du sida, qui lutte pour que les médicaments idoines soient administrés aux porteur du virus, et de son partenaire depuis quelques années, lequel provenait d'une famille blanche, rurale, parlant l'Afrikaans, de Free State. Le Juge Edwin

Cameron avait réussi à se faire désigner comme officiant pour ce mariage VIP. Chacun espérait y être invité. J'appris que Zackie et son partenaire avaient averti Edwin qu'ils ne souhaitaient pas faire usage du terme mariage, en raison de sa connotation hétérosexuelle. Mais Edwin les avait apparemment convaincus, en leur disant que la lutte pour le droit de se marier avait été rude, et que le mot « mariage » donnerait à leur relation une dignité dont les mots « union » ou « partenariat » les priveraient. C'est ainsi que Zackie et son partenaire ont opté pour la formule « je te marie ». L'évènement fut relaté dans les pages sociales des journaux qui décrivaient les tenues portées par les invités, le menu et certains discours. Le plus surprenant fut que des membres de la famille du partenaire, provenant d'une des régions les plus conservatrices du pays, évoquaient le père récemment décédé qui, disaient-ils, aurait été si fier de son fils en ce jour.

Le cas Fourie

Voici des extraits de mon jugement qui a été approuvé par tous mes collègues sauf un.

SACHS J :

(Égalité au travers de la différence)

L'égalité signifie que tous les êtres humains doivent jouir, de manière égale, de sollicitude et de respect, quelle que soient leurs différences. Elle n'implique pas l'élimination de la différence. Le respect des droits humains requiert l'affirmation de soi et non sa négation. L'égalité n'implique donc pas un nivellement ou une homogénéisation des comportements, ni l'éloge d'un type de comportement qui serait supérieur à un autre, mais la reconnaissance et l'acceptation de l'altérité. Au minimum, elle affirme que la différence ne peut être source d'exclusion, de marginalisation, d'ostracisme. Au mieux, elle rend hommage à la vitalité que la différence insuffle à toute société. La question va bien au-delà de l'exclusivité, prétendument réservée à l'hétérosexualité, source de controverses dans la présente affaire. La reconnaissance et l'acceptation de la différence est particulièrement importante dans notre pays puisque pendant des siècles, l'appartenance à un groupe, supposée fondée sur des prétendues caractéristiques biologiques, telle la couleur de peau, a été le fondement certain d'avantages ou de désavantages. Les sud-africains se présentent sous diverses formes. La Constitution reconnaît la diversité des êtres humains (génétique et socio-culturelle), consacre le droit à la différence, et rend hommage à la diversité de la nation. Ce qui est donc en jeu, ce n'est pas seulement de supprimer une injustice vécue par un groupe précis, mais la nécessité d'affirmer le caractère essentiel de notre société, basée

sur la tolérance et le respect mutuel. Le test de la tolérance n'est pas de savoir comment donner une place aux personnes ou aux pratiques avec lesquelles l'on se sent bien, mais de savoir comment accueillir ce qui gêne.

(L'ancienneté du préjugé)

Exclure les couples homosexuels des avantages et responsabilités du mariage n'est pas un inconvénient mineur ou secondaire, comme un reliquat d'un préjugé sociétal voué à disparaître telle la rosée du matin. Une telle exclusion est l'expression d'une affirmation dure et transversale, dans les textes légaux, que les couples hétérosexuels sont marginaux, et que leur besoin de reconnaissance et de protection serait moindre que celui des couples hétérosexuels. Elle renforce la vision blessante selon laquelle il y aurait lieu de les traiter comme des curiosités biologiques, des êtres ratés et déçus, qui ne s'inscrivent pas dans la société normale et qui, à ce titre, ne sont pas qualifiés pour bénéficier de la pleine considération et de la respectabilité que la Constitution tend à garantir à tous. Elle signifie que leur capacité d'aimer, de s'engager, d'accepter des responsabilités aurait, par définition, moins de valeur que celle des couples hétérosexuels.

Il s'ensuit que, vu le caractère primordial attribué au mariage et ses conséquences sociales, en priver les couples de même sexe revient à leur nier tout droit à l'auto-détermination.

L'ancienneté d'un préjugé n'est pas un motif pour le pérenniser. Dans notre pays, l'esclavage a duré un siècle et demi, le colonialisme deux fois plus longtemps, la prohibition du mariage interracial plus longtemps encore, et la domination masculine, des millénaires. Tous étaient fondés sur des données biologiques ou sociales, prétendument évidentes, approuvés par la religion et admis par la loi. Les deux premiers sont jugés aujourd'hui avec mépris, le troisième à des degrés variables de rejet, de honte ou d'embarras. Que la loi entérine aujourd'hui les vues traditionnelles et majoritaires, n'atténue en rien leurs effets discriminatoires. Ce sont précisément les groupes qui ne peuvent compter sur le soutien populaire ou sur une représentation au Parlement, qui sont amenés à revendiquer les droits fondamentaux que la Déclaration des droits leur attribue.

(La signification publique de la religion)

Dans la société démocratique et ouverte envisagée par la Constitution, les droits des non-croyants et des minorités religieuses doivent être pleinement respectés, mais les croyances religieuses de la majorité doivent l'être aussi. Comme la Cour l'a indiqué dans l'affaire *Education chrétienne*, la liberté de religion va au-delà de la simple protection de l'inviolabilité

de la conscience individuelle. Pour beaucoup de croyants, le rapport à Dieu et à la création occupe une place centrale dans leurs activités, les guide dans la façon de prendre conscience de soi, de leur communauté, de l'univers, en leur donnant du sens. Pour des millions de personnes, à toutes les étapes de la vie, la religion apporte soutien et estime, offrant aux aspirations individuelles et sociales, un cadre de stabilité et de développement. Les croyances religieuses ont une aptitude à réveiller les notions d'estime de soi et de dignité, qui sont au centre des droits humains fondamentaux. Elles ont une influence sur la vision que le croyant a de la société, et elles fondent la distinction entre le bien et le mal, qui se reflète dans l'affirmation et la poursuite de traditions puissantes dont l'ancienneté transcende les époques et les frontières nationales. Pour les croyants, il ne s'agit pas simplement d'une question de convenances ou d'aise, mais d'un consensus profond de ce qui constitue une vie bonne et juste et leur confère une place dans la création.

Les autorités religieuses participent largement et de manière importante à la vie publique : écoles, hôpitaux, programmes de lutte contre la pauvreté. Elles exigent de leurs membres un comportement éthique et sont attentives à l'exercice du pouvoir par les institutions publiques et privées. Elles encouragent la musique, l'art et le théâtre. Elles procurent des salles pour les activités des communautés, et dirigent des activités sociales les plus variées pour leurs membres et le public en général. Elles font partie du tissu social et constituent des éléments actifs de la nation, diversifiée et pluraliste, telle qu'envisagée par la Constitution. La religion n'est pas seulement une affaire de foi ou de doctrine. Elle fait partie du tempérament et de la culture d'un peuple et, pour de nombreux croyants de leur manière de vivre. Les organisations religieuses constituent des secteurs importants de la vie publique ; elles ont donc le droit de s'exprimer vis-à-vis de l'Etat et des cours et tribunaux sur les grandes questions d'actualité. Elles participent activement aux affaires publiques ; elles ont aussi pleinement voix au chapitre lorsqu'il s'agit d'examiner comment la loi est faite et appliquée.

En ce qui concerne les larges débats portant sur les droits des homosexuels, il est aussi nécessaire de reconnaître que, bien que les conflits religieux aient produit leurs propres formes d'intolérance et que la religion ait été invoquée dans notre pays pour justifier les formes de discrimination raciale les plus monstrueuses, il serait erroné et inutile de mépriser l'opposition à l'homosexualité fondée sur la religion, au motif qu'elle ne serait que l'expression d'un fanatisme religieux comparable au racisme. Comme l'a dit le Juge Ackermann dans l'affaire « *Sodomie* » :

Les questions dans la présente affaire ont un lien avec des convictions profondes et suscitent de vives émotions. Il ne faut pas croire que le point de vue selon lequel l'expression de la sexualité devrait être cantonnée au mariage entre un homme et une femme, avec la procréation pour objectif principal ou unique, ne serait défendu que par des fanatiques religieux, rustres. Au contraire, cette opinion est partagée par ceux qui considèrent sincèrement que pour des raisons mûrement réfléchies et nuancées, religieuses ou autres, il n'est pas souhaitable que l'expression physique de l'orientation sexuelle prenne une forme qui, de leur point de vue, est proscrite par les textes de loi.

Mais il ajoute :

Il est néanmoins tout aussi important de souligner que de telles opinions, aussi sincères et honnêtes soient-elles, ne sont pas susceptibles de modifier ce que la Constitution édicte en ce qui concerne la discrimination sur le fondement de l'orientation sexuelle.

(Le sacré et le séculaire)

Pour la Cour, une chose est de reconnaître le rôle important de la religion dans la sphère publique. Considérer la doctrine religieuse comme une source d'interprétation de la Constitution en est une toute autre. Il serait inacceptable que les sentiments religieux des uns déterminent les droits constitutionnels des autres. Au sein des religions, mais aussi entre les religions, il y a des divergences parfois très marquées sur la manière de réagir face à l'homosexualité de certains membres du clergé ou de leur congrégation. Les juges se trouveraient dans une situation inextricable s'ils devaient interpréter des textes religieux et statuer sur des questions à l'origine de schismes.

Chacun respecte la sincérité avec laquelle M. Smyth cite des passages de l'Ancien et du Nouveau Testament pour soutenir l'argumentation selon laquelle ce qu'il nomme « un changement de la définition du mariage » serait discriminatoire envers ceux pour qui le mariage hétérosexuel est une institution ordonnée par Dieu, et qui considèrent les liens du mariage comme sacrés. Mais s'agissant d'une analyse en droit, ces sources ne sauraient servir de fondement à un jugement. La question de savoir si les textes bibliques vont ou non dans le sens indiqué, ne relève en aucun cas des questions soumises à la Cour. D'un point de vue constitutionnel, ce qui est important pour la Cour, est que les droits de M. Smyth de considérer son mariage comme sacré, d'appartenir à une communauté religieuse qui consacre le mariage selon ses préceptes religieux, et d'exprimer librement

et de manière appropriée ses opinions en public et devant la Cour, soient respectés. On ne saurait attendre de la Cour qu'elle aille au-delà.

La société démocratique ouverte telle qu'envisagée par la Constitution implique la coexistence du sacré et du séculaire dans le respect mutuel. Le rôle de la Cour est de reconnaître la place que l'un et l'autre occupent, et non d'imposer la présence de l'un dans la sphère de l'autre. Pour autant qu'il ne soit pas porté préjudice aux droits fondamentaux d'une personne ou d'un groupe, la loi admettra un éventail d'opinions bien arrêtées sur des sujets qui suscitent la controverse. Je souligne la réserve selon laquelle il ne peut y avoir atteinte aux droits fondamentaux. L'opinion dominante est parfois dure envers les minorités, marginalisées. Le rôle de la Constitution et de la loi est précisément de contrecarrer la discrimination dont les minorités sont victimes. Qu'il s'agisse de courants majoritaires ou non, le test est de vérifier toujours si la mesure qui fait l'objet de la controverse, favorise ou non la réalisation de la dignité, de l'égalité et de la liberté.

La noblesse de la société démocratique, ouverte, réside dans son aptitude à accueillir et à gérer des visions fermes mais divergentes sur le monde et sur les modes de vie, et ce, de manière sage et loyale. L'objectif de la Constitution est de tolérer des conceptions différentes quant à la nature de l'existence humaine, dans un domaine public déterminé, de manière à ce qu'elles ne tentent pas à se détruire mutuellement et, dans le même temps, de permettre que le gouvernement puisse émoigner à tous le même respect et les mêmes égards.

La nécessité d'accueillir la diversité et de respecter les différentes croyances, est en fait reconnue de manière expresse dans la loi sur le mariage. Celle-ci autorise de désigner des dirigeants religieux comme officiants du mariage, la célébration du mariage dans des édifices religieux, l'emploi de formules religieuses usuelles, et le respect des rites religieux du mariage. Mais la loi va au-delà de la simple tolérance. Elle reconnaît aux mariages religieux une valeur juridique. Ils entraînent en effet les mêmes conséquences juridiques que celles liées aux mariages civils célébrés par un magistrat ou un fonctionnaire. L'intérêt que les cérémonies religieuses du mariage représente pour l'Etat, se traduit par le pouvoir qu'a le Ministre de l'intérieur de désigner les ministres du culte concerné et d'approuver les formules de célébration du mariage.

Aucun ministre du culte ne pourrait se voir contraint de célébrer un mariage homosexuel si celui-ci n'est pas conforme à la doctrine de la religion concernée. Rien ne permettrait de craindre que le droit des communautés religieuses de ne pas être obligées de célébrer des mariages qui seraient contraires à leur préceptes, soit remis en question.

Il résulte clairement de ce qui précède que la reconnaissance par l'Etat du droit des couples de même sexe de bénéficier d'un statut, de droits et de responsabilités identiques à ceux prévus par la loi pour les couples hétérosexuels, ne serait en rien en contradiction avec le droit qu'ont les organisations religieuses de refuser de consacrer des mariages entre personnes du même sexe. Les revendications que les couples homosexuels formulent sur base de la Constitution, ne peuvent donc être rejetées sur base d'arguments relatifs aux droits des croyants de voir leur liberté de religion respectée. Les intérêts des uns et des autres ne sont pas antagonistes ; ils coexistent sous l'empire de la Constitution fondée sur l'accueil de la diversité.

(Le rôle du Parlement)

De la même manière que la loi sur le mariage rend les couples homosexuels sujets à une discrimination en les excluant de son champ d'application et en les privant de protection, la définition du mariage selon le droit commun ne satisfait pas aux exigences constitutionnelles. Il faut donc constater que la définition du mariage du droit commun viole la Constitution et l'invalider dans la mesure où elle omet d'attribuer aux couples de même sexe un statut, ainsi que des droits et responsabilités identiques à ceux qu'elle accorde aux couples hétérosexuels. Dès lors, la question se pose de savoir si la Cour devrait modifier elle-même le droit commun pour remédier aux conséquences de son caractère trop restrictif.

(Le jugement énonce que les mots « or spouse » doivent être considérés comme inclus de plein droit dans la définition que donne le droit commun du mariage.) Ainsi rectifiée, la loi sur le mariage doit être interprétée et appliquée de façon à ce que les couples homosexuels soient traités avec les mêmes égards et la même considération que les couples hétérosexuels. L'effet en sera que l'inscription officielle des mariages homosexuels entraînera automatiquement les conséquences légales attachées aux mariages hétérosexuels...

La question qui se pose alors est de savoir si la Cour doit donner effet immédiat à sa décision comme les demandeurs et le Projet Egalité le souhaitent, ou si elle doit suspendre sa décision de manière à donner au Parlement l'occasion de corriger les défauts de la loi. La réponse exige l'examen de ce qui est juste et équitable et juste, compte tenu de toutes les circonstances.

Il s'agit d'une question de statut, ce qui requiert sécurité. Pour atteindre la sécurité, il faut résolument inscrire la réforme dans un large contexte afin de libérer une partie de la société, opprimée avec acharnement depuis

longtemps. Les circonstances dans la présente affaire justifient une réforme législative stable et durable. Une mesure provisoire garantirait moins bien l'exercice de l'égalité, comme le veut la Constitution, qu'une réforme législative conforme à la Constitution.

La revendication des demandeurs dans l'affaire *Fourie* de se voir reconnaître le droit de se marier, doit à mes yeux, être considérée comme un souhait bien légitime de la femme de pouvoir vivre ouvertement et librement comme lesbienne, débarrassée des tabous anciens qui empêchaient de jouir de la vie dans la société conventionnelle. Dès lors, le droit de célébrer le mariage signifie bien plus que le droit de contracter mariage avec toutes ses lourdes conséquences. Ce droit a une portée symbolique profonde dans la recherche de l'égalité et de la dignité. Plus la reconnaissance institutionnelle de telles unions sera grande et sûre, plus celles-ci seront-elles sauvées du vide législatif, plus elles s'avèreront paisibles et stables.

La question touche à des sensibilités profondes, tant privées que publiques. Le Parlement est, me semble – t'il, le plus approprié pour trouver les meilleures solutions au vide juridique auquel les couples homosexuels sont actuellement confrontés. La loi ne peut éliminer les stéréotypes et préjugés. Mais elle agit en grand maître en édictant les normes qui s'inséreront dans la vie quotidienne et protégeront des personnes vulnérables de la discrimination et d'abus. Il faut rappeler que les Cours ne sont pas les seules responsables de l'accomplissement des droits consacrés dans la *Bill of Rights*. C'est le pouvoir législatif qui est en première ligne. L'une de ses fonctions principales est d'assurer que les valeurs de la Constitution telles qu'exposées dans le Préambule et la section I, imprègnent tous les domaines de la loi.

Le présent jugement sert de support à la reconnaissance des droits des demandeurs en ce qu'il constate que la loi actuelle méconnaît leurs droits à l'égalité. Dans le même temps, je pense que leurs droits à l'égalité seront mieux reconnus en respectant la séparation des pouvoirs et en donnant au Parlement l'occasion de traiter de manière appropriée de la question. A cet égard, il est nécessaire d'attirer l'attention sur le fait qu'il peut y avoir plusieurs manières légitimes de combler les lacunes de la législation...

Eu égard à l'importance de la question pour le public, aux sensibilités profondes en jeu, et à l'importance de donner une base solide à la réalisation de l'égalité, il convient de laisser au Parlement de déterminer ce qu'il considère être la meilleure voie à suivre. Indiscutablement, exclure par la loi sur le mariage et le droit commun, les couples homosexuels du droit de jouir d'un statut identique aux couples hétérosexuels, est

inadmissible. Les lacunes doivent être corrigées de manière à garantir aux couples homosexuels qu'ils ne soient plus victimes de marginalisation et d'exclusion de par la loi, directement ou indirectement.

Dans l'exercice de ses pouvoirs, le Parlement aura égard à l'objectif des nouvelles mesures, à savoir de promouvoir la dignité de chacun, l'égalité, et l'exercice des droits et libertés fondamentales. Ceci implique en premier lieu qu'il prenne en considération que pour porter remède au caractère trop restrictif de la loi et du droit commun, il serait inapproprié de choisir une solution qui créerait un préjudice égal pour tous. L'égalité ne serait pas atteinte si la constatation de l'exclusion des couples homosexuels de l'institution du mariage civil, aboutirait à l'abrogation de cette institution pour tous. Niveler par le bas en privant tout le monde de l'accès au mariage civil, ne serait pas de nature à promouvoir l'égalité. L'égalité d'exclusion au lieu de l'égalité d'inclusion générerait un égal ressentiment pour tous, au lieu de le dissiper. La loi relative à la famille et au mariage doit rechercher l'égalité dans la célébration du mariage et non dans la marginalisation. C'est ce que l'on nomme l'égalité dans le champ de vignes, et non dans le champ de tombes...

Quel que soit le moyen choisi par le législateur, il doit manifester à l'égard des couples homosexuels la même générosité et le même accueil qu'envers les couples hétérosexuels, tant sous les aspects immatériels que matériels.

(La fin de l'isolement des couples homosexuels)

Le souhait que soit mis fin à l'isolement auquel la loi a contraint depuis longtemps les couples de même sexe, ou que celui-ci soit diminué, est au cœur de la présente affaire. C'est précisément parce que le mariage joue un rôle essentiel en ce qui concerne la manière dont la société se considère, qu'exclure les couples homosexuels du champ d'application de la loi sur le mariage est vécu comme injurieux, et qu'il y a lieu de poser des fondements stables et sûrs pour la construction de nouveaux paradigmes. Il convient de donner au Parlement la liberté de ce faire et d'assumer ses responsabilités dans le respect du cadre établi dans le présent jugement...

(Le jugement énonce que si le Parlement omet de corriger la loi de manière appropriée, les mots « or spouse » doivent être considérés comme inclus de plein droit dans la loi sur le mariage, ce qui implique le droit au mariage pour les couples homosexuels.)

Cette méthode présente l'avantage d'être simple et directe. Elle n'entraîne qu'une modification minimale des termes de la loi. Les valeurs

de la Constitution seront respectées. Les modes institutionnels de la célébration du mariage seront maintenus tels quels. Les conséquences budgétaires seront minimales. L'objectif de la loi, à savoir protéger et mettre en valeur la vie de famille serait maintenu et mis en valeur. Les stéréotypes indésirables perdront de leur force. Les institutions religieuses resteront habilitées à célébrer les mariages conformément à leurs préceptes et, si telle est leur volonté, à ne célébrer que les mariages hétérosexuels. Le principe du raisonnable peut être appliqué par l'Etat pour garantir que des officiants, ayant des objections sincères, d'ordre religieux, à l'encontre du mariage homosexuel, ne soient pas contraints de prêter leur office.

La Juge Kate O'Regan a approuvé le jugement, mais a formulé une opinion dissidente sur la question de la solution. De son point de vue, la Cour aurait dû modifier elle-même la définition du mariage, en décidant que le mot « or spouse », neutre en soi, doit être considéré comme inclus dans la loi sur le mariage, et ce avec effet immédiat. Il n'y avait pas lieu, selon elle, de renvoyer l'affaire au Parlement ce qui provoquait un retard d'un an.

Le Juge O'REGAN :

Le pouvoir et le devoir de protéger les droits constitutionnels a été confié aux Cours qui devraient ne pas reculer devant ce devoir. La légitimité d'une injonction faite par la Cour ne résulte pas de son statut, mais du fait qu'elle donne effet aux dispositions de la Constitution. Encore et toujours, dans notre large communauté, il y en a qui ne souhaitent pas voir les droits constitutionnels protégés, mais ceci ne saurait jamais justifier qu'une cour ne protège pas ces droits.

10

LE DÉBUT ET LA FIN

Au commencement et à la fin il y a le verbe, au moins dans la mesure où la vie d'un juge est concernée. Nous prononçons. Nous travaillons avec les mots, et nous sommes parmi les conteurs les plus influents de notre époque. La manière de raconter une histoire est souvent aussi importante que l'histoire elle-même. La voix que nous prenons pour nous exprimer ne peut être celle d'un oracle édictant les solutions aux problèmes de la vie, par l'énoncé d'une sagesse pure et détachée. Nous n'avons pas à chercher à imiter le son artificiel d'un computer qui serait programmé pour produire des solutions inexorables. Nous parlons de nos voix vivantes de personnes bien réelles, sensibles aux affaires dont nous avons à juger. Si la loi est une machine, nous sommes les esprits qui l'habitent et lui donnent vie, animés par des consciences formées non seulement par les études, mais aussi par les divers rendez-vous avec la vie, et les expériences les plus variées en lien ou non avec le droit. Nous continuons à faire partie du monde au sujet duquel nous nous prononçons. En effet, être juge et participer au travaux de la Cour n'est rien moins qu'une riche expérience de vie.

Nous découvrons qu'une Cour collégiale est plus que la somme de ses membres. Elle a sa propre vitalité, son propre dynamisme et sa propre culture. La Cour, c'est nous. Nous ne cherchons pas à échapper au narcissisme de la règle du précédent qui est au cœur du système d'autoréférence de la fonction judiciaire. Nous en tirons gloire. De manière réfléchie et consciente, nous nous exposons au monde comme des personnes qui, laissant au fourreau l'épée du pouvoir, fournissent des motifs. Comme j'ai tenté de le démontrer, exposer les raisons de ce que nous faisons, ne revient pas à s'engager dans la logique pure. Bien que la logique soit liée au raisonnement, elle n'en est qu'une partie. Pour qu'il soit bon, un raisonnement juridique convaincant est inévitablement le fruit de l'expérience et tient sa vitalité et sa substance de son lien avec la vie.

Des psychologues, sociologues, et politologues peuvent donner des éclaircissements utiles sur le pourquoi des décisions des juges, mais leurs explications ne pourront jamais se substituer aux motifs de la décision judiciaire.

Il se pourrait que mon aversion pour les châtiments corporels provienne du fait qu'à l'école, j'ai reçu fréquemment et injustement le fouet, ou plus tard, que j'ai entendu les cris de personnes torturées, du cachot où j'étais enfermé. Ceci peut expliquer ma sensibilité naturelle à la question des châtiments corporels. Mais ces expériences ne pourraient cependant pas expliquer la solution retenue dans le jugement que j'ai écrits au sujet d'une revendication des Ecoles de l'Education Chrétienne quant à leur droit, issu de leurs préceptes religieux, d'infliger des sanctions corporelles dans leurs écoles, nonobstant l'interdiction générale de telles sanctions. Pourquoi n'étais-je pas de ceux pour qui avoir été battu à l'école forme le caractère ? Comment concilier ma répugnance envers toute violence physique avec cette autre expérience de ma vie à l'école, à savoir, celle d'avoir recherché l'intégrité de mon droit en tant que personne de conscience, de ne pas feindre adhérer à une croyance qui n'était pas la mienne ?

A l'époque où je suis devenu juge, l'énergie brute provenant de ces expériences diverses, s'est transformée au fil de nouvelles expériences et assouplie sous l'effet d'innombrables réflexions à différentes étapes de ma vie pour enfin devenir un élément de la vision complexe et en constante évolution, que j'ai du monde. La beauté et le caractère horrible de certains concepts juridiques proviennent du fait qu'ils sont à la fois d'une abstraction déconcertante et complètement immergés dans des situations de vie concrètes. Dès lors, en rédigeant le jugement, après avoir passé ma journée à hésiter entre telle ou telle direction, j'ai ressenti la nécessité d'expliquer la solution, non à la lumière de mes propres expériences, mais à celle des valeurs de la Constitution. Ces valeurs sont le fruit d'expériences de vie de millions de personnes au travers des siècles. Elles réconcilient la passion pour le droit, évoquée par le Juge Brennan, avec le caractère normatif de toutes les dispositions légales. Dans cette affaire, il ne s'agissait pas d'écrire un traité philosophique sur le droit à l'intégrité physique par rapport au droit à la liberté de conscience. Il fallait procéder à une appréciation prudente de la manière dont ces deux droits étaient liés dans les circonstances concrètes de l'affaire. Et tous ceux qui lisaient la décision, notamment les parties, devaient être dûment informés des facteurs qui avaient influencé le raisonnement, en particulier du pourquoi j'avais fait ainsi pencher la balance. La large conclusion philosophique à laquelle je suis arrivé, est exposée dans L'exemption de la loi pour motifs religieux (Chapitre 4, p. 80) et doit être rappelée. La décision de la Cour était qu'au regard des principes de droit commun concernant « les châtiments raisonnables », la Communauté de l'enseignement chrétien pouvait garder l'intégrité de ses convictions dans le cercle familial, mais ne pouvait infliger des châtiments corporels dans la sphère publique des écoles. J'aime à penser qu'aussi déçues qu'elles ont pu l'être par la décision, les Ecoles ont réalisé que la profondeur de leurs convictions a

été reconnue et prise au sérieux, et que celui qui lit le jugement peut y découvrir le poids qui a été donné aux diverses considérations objectives qui ont influencé le résultat.

Lorsque je repense à mes années dans la magistrature, je n'ai aucun doute que mes expériences de vie se sont infiltrées dans ma conscience de juge, les unes de manière évidente, les autres de manière plus mystérieuse. Elles ont toutes été intégrées dans la culture juridique dans laquelle la Cour fonctionne et transformées par elle. Je puis au moins affirmer avec certitude que notre mission ne consiste pas à résoudre simplement des litiges par des raisonnements formels. D'un autre côté, elle ne consiste pas non plus à cacher nos préférences personnelles sous le manteau de termes juridiques. Notre tâche est de cerner les questions, de peser l'importance des différentes considérations invoquées, d'arriver à une solution équilibrée qui tienne compte du contexte et des valeurs constitutionnelles en jeu, et de partager avec le public toutes les raisons qui fondent la solution. En un mot, il s'agit de juger.

Du Nord au Sud

par Christine Schurmans

Le délibéré : « à contre cœur »

A Albie, à mes collègues d'ici et d'ailleurs, aux ministres de la justice ou garde des sceaux, présents et futurs, je dis que j'aimerais tant avoir eu la chance, l'occasion, la précieuse liberté de pouvoir dire, comme Albie Sachs le dit dans cette perle d'ouvrage, que c'est à contre cœur que j'ai signé telle ou telle décision, ou au contraire, que c'est de tout mon cœur et convaincue de respecter les lois et l'esprit des lois que j'ai signé une décision de « mon » tribunal ou de « ma » cour, en étant fière d'appartenir à une communauté de juges au-delà de toute frontière.

Le thème de l'ouvrage d'Albie Sachs n'est pas le délibéré des juges. Et pourtant, ce thème tabou est bien présent dans tous les chapitres de cette étrange alchimie, non de façon confuse, mais très pure.

Il est par exemple pour lui évident, dans le système qui est le sien, que les juges puissent exprimer publiquement un désaccord entre eux, au terme d'un délibéré qui recherche bien entendu d'abord un consensus. Il est tout aussi évident qu'un désaccord entre les juges qui ont délibéré, n'affecte pas la collégialité entre les juges et ne ternit en rien l'image de la Justice. Bien au contraire.

J'ai envoyé des personnes en prison. A contre cœur. J'ai déclaré des personnes ou des sociétés en faillite. A contre cœur. J'ai enlevé la garde d'un enfant à sa mère ou à son père. A contre cœur. J'étais minorisée et je n'avais même pas la liberté de le dire. J'ai signé des décisions sur le prix du gaz ou de l'électricité, à contre cœur. J'étais minorisée et je ne pouvais pas m'exprimer, face à une majorité toute puissante mais secrète, qui s'impose en faisant semblant qu'il y a unanimité.

En passant de chapitre en chapitre, le juge de la vieille Europe découvre avec surprise que le juge qui s'est battu pour ses convictions

dans le délibéré – et s'il ne le fait pas, il ne mérite pas d'être juge, nous dit Albie – , mais qui n'a pas réussi à séduire la majorité sur la solution ou sur son fondement, a le droit de s'exprimer. Bien évidemment. Mais ce qui paraît naturel au Sud, ne l'est pas au Nord, et pourtant... Si certains doctes juristes arrêtaient de prêcher, de façon indigne, que dans nos contrées la *dissenting opinion* ne pourrait se concevoir que dans les plus hautes juridictions ayant les moyens et le loisir de réfléchir, on n'en serait plus depuis longtemps au stade de la justice régaliennne qui ne s'exprime que d'une seule voix.

On peut se placer du côté du juge que j'étais et qui rêvait d'avoir la liberté d'exprimer sa propre opinion au terme d'un délibéré. Et en lui donnant la liberté de s'exprimer, individuellement, respecter sa dignité qui ne peut résider dans le devoir de taire à jamais son désaccord.

Mais qu'importe le juge, finalement, et sa difficulté de trouver le sommeil après avoir dû signer à contre cœur ou contre la loi, une décision qui ne dit même pas si elle a été prise à l'unanimité ou à la majorité ! Plaçons nous du côté du justiciable qui reste l'acteur principal dans tout procès. Savoir et comprendre pourquoi il a perdu et pourquoi il est condamné est une exigence fondamentale. Une consolation. Le désir de connaissance est consubstantiel à la condition humaine, souligne Henri Atlan dans *La philosophie dans l'éprouvette*. C'est reconnaître la dignité du condamné que de lui expliquer les raisons qui ont conduit des juges à le priver de liberté ou à ne pas lui reconnaître le droit qu'il réclamait. C'est l'exclure de la société des humains que de le priver de cette satisfaction de comprendre l'image de lui-même que lui renvoie la décision, et de celle de savoir si parmi les juges qui l'ont jugé, certains portaient sur l'affaire, sur lui, sur son avenir, un autre regard. C'est pourtant ce qu'a fait la Cour de cassation de Belgique en décidant, il y a quelques années, que la Cour d'assises qui connaît des crimes les plus graves, n'avait pas l'obligation de motiver sa décision. Celui qui est jugé coupable n'était-il pas présent à toutes les audiences ? Il était donc en mesure de deviner les raisons de son sort...

Malgré la condamnation de la Belgique – qui avait été soutenue par la France – pour cette décision par la Cour européenne des droits de l'homme, les mentalités n'ont pas vraiment changé au cœur des palais de justice et certainement pas dans les hauteurs des palais. Dans tous les débats, il manque pour avancer, l'aspect de la « dignité » de chacun quel qu'il soit. Un thème si cher à Albie.

Notre système ne donne toujours pas au perdant la satisfaction de comprendre son sort. Et pourquoi ? Parce que confortés par le fait d'être

majoritaires sans que cela ne se sache un jour, les juges qui rédigent la décision passent bien souvent sous silence toute approche qui aurait conduit à une autre solution et n'y répondent même pas. Mais le plus surprenant en ce 21^{ème} siècle, c'est encore de constater que les mystères qui entourent les décisions judiciaires et le délibéré sont encore couverts par des dogmes. On dit que le juge prononce la « vérité judiciaire » et qu'il le fait sur la base de « son intime conviction ». Des notions hermétiques qui ne font pas partie du langage de Albie Sachs. Son alchimie est d'une autre nature.

Certains très hauts magistrats, chefs de corps, se font même les défenseurs de « la motivation positive » qui permet à la majorité de dire pourquoi c'est ainsi, sans devoir répondre aux moyens qui plaident pour que les choses soient vues autrement, et sans même devoir les évoquer. Ces défenseurs de la rentabilité judiciaire oublient toute la complexité de l'art de juger. Et juger n'est art que si le perdant accepte la décision, et l'accepte comme le résultat de réflexions d'hommes, de femmes, imparfaites. Et c'est cet espoir, ce devoir, qu'Albie Sachs exprime en disant que son ambition, et celle de sa Cour, était que le justiciable débouté, puisse au moins constater que lui et ses arguments avaient été examinés, pris en considération, avec le plus grand respect.

D'autres très hauts magistrats, chefs de corps, s'arrogent le droit d'imposer à un juge de signer un jugement, un arrêt, même si celui-ci considère qu'il n'y a pas eu délibéré. Ils le font au nom de « l'image de la cour », une autre notion hermétique. Combien de juges cèdent à cette « image » ? Celle d'une image d'une justice univoque et docile qui nie toute sa complexité ? Cette image qui fait que la soif de justice se transforme en la crainte de devoir un jour comparaître devant un juge.

Mais le pire ennemi de la Justice est sans doute la routine, que l'on justifie par la pression du temps et le nombre d'affaires en attente d'être jugées. Celle qui fait que le juge acquiesce au jugement préparé par un collègue sans ouvrir le dossier, ou adhère en degré d'appel au premier jugement sans reprendre les choses à zéro. Celle qui fait que dans certaines chambres pénales, les avocats craignent de déposer des conclusions écrites de peur d'importuner les juges qui doivent y répondre, formellement. Cette routine imbécile qui a entraîné, en France, l'affaire *Outreau*, et ailleurs, le même type d'erreurs judiciaires.

Le plus grand mérite du système qui admet la *dissenting opinion* est de mettre chaque juge, chaque jour, dans chaque cas, devant sa propre responsabilité.

Le délibéré tac tic

Il n'est pas facile de trouver les mots justes pour décrire les différentes phases que traverse le juge pour arriver à une décision qu'il juge la plus exacte possible, la plus juste possible, celle qui respecte les faits de la cause, la loi mais aussi les valeurs fondamentales de la société. Albie a relevé ce défi dans son chapitre Tac Tic où il interpelle d'emblée le lecteur en disant que chacune de ses décisions est un mensonge. Loin de revendiquer pour ses décisions un prétendu statut de scientificité, c'est avec modestie qu'il décrit le cheminement tortueux de la pensée face aux doutes, aux hésitations, au choix des valeurs à protéger, à la volonté de ne pas céder aux premières impressions, à la nécessité de remettre un raisonnement en question et au devoir de découvrir et de comprendre les positions défendues par les collègues. Et le mensonge ne réside finalement que dans le fait que le texte final passe sous silence les émotions ressenties, les préjugés ou les égarements dans le raisonnement, surmontés, le temps énorme qu'a consacré le juge à réfléchir et à se demander mille fois s'il était possible de voir les choses autrement. Mais il n'est jamais question pour Albie Sachs d'un désir de présenter la décision comme la seule répondant définitivement à la vérité, ni le raisonnement suivi comme le seul possible pour y parvenir. N'est-il pas beau de reconnaître comme il le fait, à quel point le vécu du juge, ses croyances, sa vision du monde pèsent dans le délibéré et à quel point la confrontation du juge avec la loi, au travers des cas à résoudre, transforme sa personne ? Et merveilleux de lire qu'au-delà de toutes ces différences personnelles, le respect de la loi mais surtout le respect inconditionnel du poids de la dignité humaine, irréductible, sont dans cette alchimie le lien qui relie les juges entre eux de par le monde et leur donne conscience qu'ils ont des armes pour rendre la société meilleure. Ce qui signifie, dans la philosophie de l'ouvrage, plus généreuse, plus ouverte, plus tolérante.

Dans le délibéré que décrit Albie Sachs, chaque juge se prémunit d'emblée des influences que pourrait exercer l'opinion des autres sur lui. Chacun travaille d'abord comme s'il était seul à juger. Et les confrontations des opinions entre les juges ne prennent place qu'après l'audience, où chaque partie a pu s'exprimer et chacun des juges poser ses questions. Cela peut paraître évident mais il faut bien reconnaître que telle n'est pas la pratique au Nord où les objectifs de rentabilité de l'appareil judiciaire prennent le pas, bien souvent, sur la qualité. Le juge sympathique, gratifié de bonnes notes, est devenu celui qui signe le projet de décision rédigé par

l'un de ses collègues, sans faire la moindre observation et sans avoir étudié le dossier. Au regard de cet objectif de rentabilité, je suis convaincue que nous avons, Albie et moi, un trait commun : nous n'avons pas toujours été très sympathiques. Et grâce aux discussions que j'ai eues avec Albie sur les cas que nous traitions, lui au Sud, moi au Nord, j'étais confortée dans mon devoir de déplaire, s'il le fallait.

Pour le juge qui se respecte et respecte son prochain, chaque cas doit être traité comme s'il était le seul. Albie ne le dit pas mais cela ressort de son témoignage. La routine est pour moi comme pour lui la tentation à laquelle un juge ne peut jamais céder.

Les droits de la défense

Bien que je comprenne ses préoccupations, il est un point sur lequel je n'adhère pas à sa position. Il dit à plusieurs reprises que plus les crimes ou délits pour lesquels quelqu'un est poursuivi sont graves, plus il importe de respecter les droits à un procès équitable. Pour moi, la confiance dans la Justice d'un pays dépend du respect des droits à un procès équitable dans tout procès, quelle que soit l'importance de la faute pour laquelle on comparaît devant un juge et son retentissement dans les médias.

J'ai souffert dans ma carrière de juge de la méfiance envers les juges, comme du fait d'être considérée par ailleurs, dans ma rue, mon village ou ma ville comme me situant au dessus de la masse. Et cette méfiance est liée à la toute puissance qui est attribuée aux juges, qui entraîne la crainte d'être attiré devant les tribunaux et de ne pas être entendu. Dans le plus petit des litiges, et c'est le lot commun de la majorité des juges de les trancher, il importe de donner confiance dans le système judiciaire et de prendre le temps de comprendre, de cerner, d'hésiter, d'expliquer. C'est à celui qui perd que le juge doit rendre des comptes, avec respect. En rencontrant ses arguments. Et non comme nos Cours suprêmes ont l'habitude de « trancher », avec quelques « attendus » secs et sibyllins.

Le terrorisme

Malheureusement, les attentats qui se succèdent en Europe et ailleurs et la menace terroriste qui pèse si lourd et nourrit les nationalismes, rend l'ouvrage d'Albie Sachs d'une triste actualité pour les juges qui pourraient être tentés de ne pas accorder aux suspects, ou de ne les accorder qu'en pure façade, les droits fondamentaux à un procès juste et équitable. Avant d'être nommé juge, grièvement amputé par un attentat de terrorisme étatique, Albie s'est juré de ne jamais ressembler aux bourreaux. Ce serait

là sa douce vengeance. Et c'est cette promesse qu'il a tenue qui doit nous être commune, à nous, juges de tout pays.

Les excuses

Au moment où j'écris ces lignes, je me retrouve dans la presse de cette fin de juin 2017. Des journalistes révèlent l'existence d'une liste noire, secrète, que les banques dans le monde consultent, dans laquelle mon nom figure sous la rubrique « criminalité financière », « corruption »... Les journalistes dont Lars Bové précisent que j'y figure à tort. Mais le mal est fait. Ma photo apparaît au côté de celle de Marc Dutroux, par exemple. Je respire profondément et je me dis que demain sera un autre jour et que je suis encore entière. Mais dans le même temps, je ne peux m'empêcher de penser que si un président de la cour de cassation de mon pays ne m'avait pas décrite comme une pomme pourrie, je n'aurais jamais été sur cette liste, et s'il avait reconnu son erreur, publiquement, c'est-à-dire avec les mêmes moyens que ceux qu'il avait utilisés il y a bientôt dix ans pour m'accuser, je ne serais plus sur cette liste. Albie exprime tout le bénéfique que représentent les excuses, la demande de pardon, le dialogue entre l'offensant et l'offensé dans son pays, notamment dans la Commission Vérité et Réconciliation. J'ai assisté à des audiences de la CVR présidée par Desmond Tutu et j'y ai découvert une forme tellement noble de la Justice, inspirée par la soif de vérité et le respect de la dignité, celle qu'on perd à un moment donné, celle que l'on peut retrouver à un autre moment, grâce aux excuses sincères. Et comme le souligne Albie Sachs, cette forme de justice qui répare, est possible devant les cours et tribunaux, et nécessaire.

La valeur des excuses existe chez nous aussi, bien sûr, mais nous avons tant de mal à les exprimer, de peur de perdre la face ou de porter atteinte à l'image d'une institution. Même nos journalistes craignent de reconnaître des erreurs commises le plus souvent dans la précipitation et cultivent inconsciemment la mémoire d'une prétendue vérité qu'ils ont répandue dans le public et qui est fausse.

Hello

Albie montre aussi dans cet ouvrage que nous n'avons que faire des symboles, rites et privilèges qui entourent la fonction de juger et c'est bien la robe de Phila et non celle de Thémis qui virevolte à la cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, comme sur la couverture de son ouvrage.

Ceux qui ont rencontré Albie sont frappés par sa fraîcheur, sa simplicité, son art de vivre et d'être lui-même, joyeux, optimiste, sans la moindre

mascarade, en toute circonstance. Invité à donner une conférence aux Pays-Bas en plein hiver, devant un grand public en col et cravate, il arriva vêtu d'une blouse à fleurs très colorée, monta sur l'estrade et interpella l'assistance avec un éblouissant sourire en levant son bras gauche, à moins que ce ne soit ce qui lui restait de son bras droit, j'ai oublié: Hello !!! Good Morning everybody !

L'assistance était étonnée et restait de marbre. Albie répéta avec joie : *Hello, Everybody !!! Good morning !!!* J'étais assise à côté de Vanessa qui prenait la température de l'air sans être inquiète, et elle avait raison car toute l'assemblée s'est dégelée et a répondu : *Hello, Hello, Good Morning !!!* C'est cette fraîcheur éclatante d'Albie qui séduit, son empathie, sa conviction que l'on partage le monde et l'instant, pour le meilleur d'abord, avec l'espoir de le rendre meilleur, et un brin d'humour.

Hello Albie, Take care.

Les citations originales ont été maintenues afin de faciliter les éventuelles recherches de nos lecteurs

Décisions sud-africaines citées

Toutes les décisions sud-africaines citées sont disponibles via <http://www.constitutionalcourt.org.za>

August and Another v Electoral Commission and Others 1999 (3) SA 1 CC; 1999 (4) BCLR 363 CC

Azanian People's Organisation (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and Others 1996 (4) SA 672 CC; 1996 (8) BCLR 1015 CC

Christian Education South Africa v Minister of Education 2000 (4) SA 757 (CC); 2000 (10) BCLR 1051 (CC)

Daniels v Campbell and Others 2004 (5) SA 331 (CC); 2004 (7) BCLR 735 (CC)

Dikoko v Mokhatla 2006 (6) SA 235 (CC); 2007(1) BCLR 1 (CC)

Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others 2001 (1) SA 46 (CC); 2000 (11) BCLR 1169 (CC)

Hoffmann v South African Airways 2001 (1) SA 1 (CC); 2000 (11) BCLR 1235 (CC)

Kaunda and Others v President of the Republic of South Africa 2005 (4) SA 235 (CC); 2004 (10) BCLR 1009 (CC)

Laugh It Off Promotions CC v South African Breweries International (Finance) BV t/a Sabmark International and Another 2006 (1) SA 144 (CC); 2005 (8) BCLR 743 (CC)

Masetlha v President of the Republic of South Africa and Another 2008 (1) SA 556 (CC); 2008 (1) BCLR 1 (CC)

MEC for Health, KwaZulu-Natal v Premier, Kwazulu-Natal: In re Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others 2002 (5) SA 717 (CC); 2002 (10) BCLR 1028

Minister of Finance and Other v F J van Heerden 2004 (6) SA 121 (CC); 2004 (11) BCLR 1125 (CC)

- Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another* 2006 (1) SA 542 (CC); 2006 (3) BCLR 355 (CC)
- Mohamed and Another v President of the Republic of South Africa and Others* 2001 (3) SA 893 (CC); 2001 (7) BCLR 685 (CC)
- Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* 2005 (1) SA 217 (CC); 2004 (12) BCLR 1268 (CC)
- Pretoria City Council v Walker* 1998 (2) SA 363 (CC); 1998 (3) BCLR 257 (CC)
- Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope* 2002 (2) SA 794 (CC); 2002 (3) BCLR 231 (CC)
- S v Basson* 2007 (3) SA 582 (CC); 2005 (12) BCLR 1192 (CC)
- S v Coetzee and Others* 1997 (3) SA 527 (CC); 1997 (4) BCLR 437(CC)
- S v Jordan and Others (Sex Workers Education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae)* 2002 (6) SA 642 (CC); 2002 (11) BCLR 1117 (CC)
- S v Lawrence; S v Negal; S v Solberg* 1997 (4) SA 1176 (CC); 1997 (10) BCLR 1348 (CC)
- S v M* 2008 (3) SA 232 (CC); 2007 (12) BCLR 1312 (CC)
- S v Makwanyane and Another* 1995 (3) SA 391 (CC); 1995 (6) BCLR 665 (CC)
- Sidumo and Another v Rustenburg Platinum Mines Ltd and Others* 2008 (2) SA 24 (CC); 2008 (2) BCLR 158 (CC)
- Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal)* 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696 (CC)
- Volks v Robinson and Others* 2005 (5) BCLR 446 (CC)

Affaires dans d'autres tribunaux

- H M Advocate v McIntosh* 2001 SLT 304; 2001 SCCR 1991; [2001] All ER 638; [2001] 3 WLR 107; [2001] 2 WLR 817
- Olga Tellis & ORS v Bombay Municipal Corporation and Others* (1985 INSG ISS, 10 July 1985)
- R v Lambert* [2001] UKHL 37; [2002] 2 AC 545, [2001] 3 WLR 206
- R v Secretary of State for Education and Employment and others ex parte Williamson and others* [2005] UKHL 15, [2005] 2 AC 246, [2005] 2 WLR 590
- Sauvé v Canada (Chief Electoral Officer)* [2002] 3 SCR 519; 2002 SCC 68 (October 31, 2002)