

COUR CONSTITUTIONNELLE D'AFRIQUE DU SUD

Cas CCT 11/98

LA COALITION NATIONALE POUR LES HOMOSEXUELS ET LES
ÉGALITÉ DES

LESBIENS

Pr
mier demandeur

LES DROITS DE L'HOMME EN AFRIQUE DU SUD

COMMISSION

Se
cond demandeur

contre

LE MINISTRE DE LA JUSTICE

Premier défendeur

LE MINISTRE DE LA SÉCURITÉ

Deuxième défendeur

et L'ATTORNEY-GENERAL DU

WITWATERSRA

ND
Troisième défendeur

Entendu le le 27 août 1998

Décidé le le 9 octobre 1998

JUGEMENT

ACKERMANN J :

Introduction

[1] Cette affaire concerne la confirmation d'une déclaration d'invalidité

constitutionnelle de la -

- (a) section 20A de la loi sur les délits sexuels, 1957 ;
- (b) l'inclusion de la sodomie en tant qu'article dans l'annexe 1 du Code pénal.

Loi de 1977 sur la procédure civile (" annexe 1 de la LPC ") ; et

- (c) l'inclusion de la sodomie comme élément dans l'annexe de la loi sur les agents de sécurité de 1987 ("l'annexe de la loi sur les agents de sécurité") ;

faites par le juge Heher devant la Haute Cour de Witwatersrand le 8 mai 1998.¹ Ces déclarations ont été faites et renvoyées à cette Cour pour confirmation en vertu de la section 172(2)(a) de la Constitution de 1996.²

[2] L'ordonnance complète rendue par le juge Heher se lit comme suit :

- "1. il est déclaré que l'infraction de sodomie en common law est incompatible avec la Constitution de la République d'Afrique du Sud de 1996.

2. Il est déclaré que l'infraction de common law consistant à commettre un acte sexuel contre nature est incompatible avec la Constitution de la République d'Afrique du Sud de 1996 dans la mesure où elle criminalise les actes suivants

¹ Publiée sous le titre *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Justice and Others*.
1998 (6) BCLR 726 (W).

² La Constitution de la République d'Afrique du Sud de 1996. Le nouveau règlement de la Cour constitutionnelle n'a été promulgué que le 29 mai 1998 et le présent renvoi par la Haute Cour a eu lieu selon la procédure sanctionnée par cette Cour dans l'affaire *Parbhoo and Others v Getz NO and Another* 1997 (10) BCLR 1337 (CC) ; 1997 (4) SA 1095 (CC) aux paragraphes 1 à 6.

commis par un homme ou entre des hommes qui, s'il était commis par une femme ou entre des femmes ou entre un homme et une femme, ne constituerait pas une infraction.

3. Il est déclaré que la section 20A de la loi sur les infractions sexuelles de 1957 est incompatible avec la Constitution et invalide.
4. Il est déclaré que l'inclusion de la sodomie dans l'annexe 1 de la loi de procédure pénale de 1977 est incompatible avec la Constitution et invalide.
5. Il est déclaré que l'inclusion de la sodomie comme élément de l'annexe de la loi de 1987 sur les agents de sécurité est incompatible avec la Constitution et invalide.
6. Les ordonnances susmentionnées, dans la mesure où elles déclarent des dispositions de lois du Parlement invalides, sont renvoyées à la Cour constitutionnelle pour confirmation aux termes de la section 172(2)(a) de la loi 108 de 1996."

C'est à juste titre que le juge n'a pas renvoyé les ordonnances (1) et (2) à cette Cour pour confirmation parce que l'article 172(2)(a)³ de la Constitution de 1996 n'exige pas la confirmation par la Cour constitutionnelle des ordonnances d'invalidité constitutionnelle des infractions de droit commun, ni la confirmation par la Cour constitutionnelle des ordonnances d'invalidité constitutionnelle des infractions de droit

commun.

3

Qui prévoit ce qui suit :

"La Cour suprême d'appel, une Haute Cour ou une juridiction de statut similaire peut rendre une ordonnance concernant la validité constitutionnelle d'une loi du Parlement, d'une loi provinciale ou de toute conduite du Président, mais une ordonnance d'invalidité constitutionnelle n'a aucune force à moins d'être confirmée par la Cour constitutionnelle."

habilite un renvoi à cette fin.

[3] Les ordonnances (1) et (2) deviendraient normalement définitives à l'expiration du délai d'introduction d'une procédure de recours contre ces ordonnances auprès de la Cour suprême d'appel ou de cette Cour, si aucune procédure de recours n'a été introduite à ce moment-là. Je traiterai plus tard des problèmes qui peuvent se poser du fait que la Constitution ne prévoit pas de renvoi obligatoire dans de tels cas.

[4] Le premier requérant est la National Coalition for Gay and Lesbian Equality, une association volontaire de gays, de lesbiennes, de bisexuels et de transsexuels en Afrique du Sud et de 70 organisations et associations représentant les gays, les lesbiennes, les bisexuels et les transsexuels en Afrique du Sud. Le deuxième requérant est la Commission sud-africaine des droits de l'homme qui fonctionne en vertu de la section 184 de la Constitution de 1996.⁴ Les trois défendeurs sont le ministre de la Justice, le ministre de la Sûreté et de la Sécurité, et le procureur général du Witwatersrand. Initialement, les requérants ont demandé les réparations suivantes devant la Haute Cour :

" (a) une ordonnance déclarant que l'infraction de sodomie en common law est incompatible avec la Constitution de la République d'Afrique du Sud, 1996 (loi 108 de 1996) (" la Constitution ") et invalide ;

⁴ La Commission des droits de l'homme a été créée en vertu de la section 115 de la Constitution provisoire (la Constitution de la République d'Afrique du Sud, 1993) et continue de fonctionner en tant

que telle en vertu de l'article 20 de l'annexe 6 de la Constitution de 1996.

- (b) une ordonnance invalidant toute condamnation pour l'infraction de sodomie si cette condamnation se rapporte à un comportement commis après le 27 avril 1994 et si un appel ou une révision du jugement pertinent est en cours ou si le délai d'appel de ce jugement n'a pas encore expiré ;
- (c) une ordonnance déclarant que l'infraction de common law consistant à commettre un acte sexuel contre nature entre hommes est incompatible avec la Constitution et invalide ;
- (d) une ordonnance invalidant toute condamnation pour l'infraction de commission d'un acte sexuel non naturel entre hommes si cette condamnation se rapporte à un comportement commis après le 27 avril 1994 et si un appel ou une révision du jugement pertinent est en cours ou si le délai pour interjeter appel de ce jugement n'a pas encore expiré ;
- (e) une ordonnance déclarant que la section 20A de la loi sur les infractions sexuelles de 1957 (loi 23 de 1957) est incompatible avec la Constitution et invalide ;
- (f) une ordonnance annulant toute condamnation pour infraction à la section 20A de la loi sur les infractions sexuelles de 1957 (loi 23 de 1957), si cette condamnation concerne un comportement commis après le 27 avril 1994 et si un appel ou une révision du jugement pertinent est en cours ou si le délai d'appel de ce jugement n'a pas encore expiré ;
- (g) une ordonnance déclarant que l'inclusion de la sodomie dans l'annexe 1 de la loi de procédure pénale de 1977 (loi 51 de 1977) est incompatible avec la Constitution et invalide ;
- (h) une ordonnance invalidant tout acte accompli après le 27 avril 1994 en vertu de l'inclusion de la sodomie dans l'annexe 1 de la loi de procédure pénale (loi 51 de 1977) ;

- (i) un ordre déclarant que l'inclusion de la sodomie en tant qu'article dans l'annexe du

La loi sur les agents de sécurité, 1987 (loi 92 de 1987) est incompatible avec la Constitution et invalide ;

- (j) une ordonnance invalidant tout acte accompli après le 27 avril 1994 en vertu de l'inclusion de la sodomie dans l'annexe de la loi sur les agents de sécurité (loi 92 de 1987) ;
- (k) une ordonnance accordant aux requérants des mesures supplémentaires et/ou alternatives ;
- (l) seulement en cas d'opposition à cette demande, une ordonnance condamnant le ou les défendeurs qui s'y opposent à payer les frais du premier requérant."

[5] Les deuxième et troisième défendeurs ne se sont à aucun moment opposés à la demande. Le premier défendeur s'est initialement opposé à la demande pour des motifs très limités. Cependant, lorsque les requérants ont retiré leurs requêtes (h) et (j) ci-dessus, avant le début de l'audience devant la Haute Cour, le premier défendeur a retiré son opposition et, par conséquent, les requérants n'ont pas demandé de condamnation aux dépens. À un stade ultérieur de la procédure devant la High Court, les requérants ont abandonné la réparation demandée dans les requêtes (b) et (d). Sans abandonner la réparation demandée dans la requête (f), les requérants n'ont pas poursuivi cette réparation devant la Haute Cour parce qu'ils étaient d'avis que seule la Cour constitutionnelle était compétente pour accorder une réparation ayant l'effet généralisé de cette requête. Ces questions sont évoquées en raison des difficultés découlant des ordonnances demandées à cette Cour, qui seront traitées plus loin dans cet arrêt.

- [6] Les deuxième et troisième défendeurs n'étaient pas représentés lors de l'audience devant la Cour.

Le premier défendeur n'a pas déposé d'argument écrit devant la Cour, bien qu'il ait été invité à le faire dans les instructions du Président en vertu de la règle 15(5) du Règlement de la Cour constitutionnelle.⁵ Au nom du premier défendeur, le State Attorney a fait savoir que le premier défendeur se conformait aux ordonnances rendues par la Haute Cour, qu'aucun argument écrit ne serait déposé en son nom comme le demandaient les instructions du Président et qu'il serait représenté à l'audience "pour aider la Cour au cas où celle-ci poserait des questions à son représentant". À l'audience, le premier défendeur était représenté par Mme Masemola. Le Centre d'études juridiques appliquées a été admis en tant qu'*amicus curiae* en vertu de l'article 9 du règlement, a déposé des chefs d'argumentation et a été autorisé à présenter des arguments oraux devant la Cour.

[7] La LPC et diverses autres lois contiennent des dispositions liées à certaines infractions qui ne sont pas expressément identifiées dans ces dispositions, mais qui sont simplement décrites comme des infractions énumérées à l'annexe 1 de la LPC. L'inclusion de l'infraction de sodomie dans l'annexe 1 a notamment pour effet ce qui suit :

- (i) La section 37(1)(a)(iv) du CPA autorise tout fonctionnaire de police à prendre les empreintes digitales, palmaires ou plantaires de toute personne à qui une assignation a été signifiée pour le délit de sodomie ;

- (ii) L'article 40(1)(b) de la LPC permet à un agent de la paix d'arrêter toute personne

⁵ Ci-dessus n 2.

avec ou sans mandat valide, si l'agent soupçonne raisonnablement cette personne d'avoir commis une sodomie ;

- (iii) L'article 42(1)(a) de la LPC permet à un particulier d'arrêter toute personne avec ou sans mandat valide si le particulier soupçonne raisonnablement l'individu d'avoir commis une sodomie ;
- (iv) L'article 49(2) de la LPC permet à une personne autorisée à arrêter un individu soupçonné d'avoir commis une sodomie de tuer le suspect si, après avoir tenté d'arrêter le suspect, cette personne ne peut pas l'arrêter, ou si le suspect s'enfuit, et qu'il n'y a aucun autre moyen d'arrêter le suspect ou de l'empêcher de s'enfuir ;
- (v) Les articles 60(4)(a), 60(5)(e) et 60(5)(g) de la LPC prévoient que la mise en liberté sous caution peut être refusée à un accusé qui est susceptible de commettre une sodomie et, pour déterminer si cela se produira, la Cour peut tenir compte du fait que l'accusé a une disposition à le faire ou a déjà commis une sodomie alors qu'il était en liberté sous caution ;
- (vi) L'article 185A(1) de la LPC prévoit la protection des témoins qui ont

ACKERMANN J

donné ou qui sont susceptibles de donner des preuves matérielles en
référence à la

le délit de sodomie ;

- (vii) La section 3(1)(b) de la loi 127 de 1992 sur l'interdiction de l'interception et de la surveillance (lue avec la définition d'"infraction grave" de la section 1 de cette loi) permet à l'État d'intercepter les articles postaux et les communications privées nécessaires pour enquêter sur la sodomie ;
- (viii) La section 13(8) de la loi 68 de 1995 sur les services de police sud-africains donne des pouvoirs étendus aux membres de ces services pour ériger des barrages routiers dans le cadre de la prévention, de la détection et de l'investigation du délit de sodomie ;
- (ix) La section 1(8) et (9) de la loi sur les pensions spéciales, 69 de 1996, interdit aux personnes condamnées pour sodomie de recevoir ou de continuer à recevoir une pension en vertu de la section 1 de cette loi ;
- (x) L'article 2, paragraphe 1, point c), de la loi sur les pensions spéciales interdit à un conjoint survivant ou à une personne à charge survivante de percevoir une pension de personne à charge survivante si le retraité a été condamné pour le délit de sodomie.

- [8] En vertu de la loi sur les agents de sécurité, certaines conséquences négatives découlent du fait que

une personne est reconnue coupable de certaines infractions ou commet certains actes énumérés dans l'annexe de cette loi. L'infraction de sodomie figure dans cette annexe. L'effet de l'inclusion de l'infraction de sodomie dans l'annexe de la Loi sur les agents de sécurité est le suivant :

- (i) En vertu de l'article 12(1)(b) de la loi sur les agents de sécurité, il est interdit à toute personne condamnée pour sodomie de s'inscrire en tant qu'agent de sécurité.
- (ii) En vertu de l'article 15(1)(a)(i), l'enregistrement d'un agent de sécurité qui est reconnu coupable de sodomie peut être retiré.
- (iii) En vertu de l'article 20(1)(b), un agent de sécurité qui commet une sodomie peut être reconnu coupable de conduite inappropriée.

[9] Bien que nous ne soyons pas directement saisis de la constitutionnalité de l'infraction de sodomie en common law, la constatation de l'invalidité constitutionnelle est une étape indispensable et inévitable pour conclure que les dispositions visées aux paragraphes (4) et (5) de l'ordonnance sont constitutionnellement invalides. Dans ce sens indirect, le caractère correct ou non de la conclusion de la Haute Cour concernant l'infraction de sodomie est devant cette Cour et doit être décidé.

- [10] Avant de traiter de l'arrêt de la Haute Cour, il est utile de citer le texte de l'arrêt de la Cour.

les dispositions des deux Constitutions traitant de la garantie de l'égalité. Toutes deux sont pertinentes pour les questions qui seront traitées ultérieurement. La section 8 de la Constitution provisoire,⁶ dans la mesure où elle est actuellement pertinente, stipule :

- "(1) Toute personne a droit à l'égalité devant la loi et à une égale protection de la loi.
- (2) Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination injuste, directe ou indirecte, et, sans déroger à la généralité de cette disposition, notamment pour un ou plusieurs des motifs suivants : la race, le sexe, l'origine ethnique ou sociale, la couleur, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap, la religion, la conscience, les convictions, la culture ou la langue.
- (3) (a) La présente section ne fait pas obstacle aux mesures destinées à assurer une protection et une promotion adéquates des personnes, groupes ou catégories de personnes défavorisés par une discrimination injuste, afin de leur permettre de jouir pleinement et également de tous les droits et libertés.
(b)
- (4) La preuve *prima facie* d'une discrimination fondée sur l'un des motifs spécifiés au paragraphe (2) est présumée être une preuve suffisante d'une discrimination injuste telle que visée audit paragraphe, jusqu'à preuve du contraire."

L'article 9 de la Constitution de 1996 stipule

⁶ La Constitution de la République d'Afrique du Sud, 1993.

- "(1) Tous sont égaux devant la loi et ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi.
- (2) L'égalité comprend la jouissance pleine et égale de tous les droits et libertés. Pour promouvoir la réalisation de l'égalité, des mesures législatives et autres destinées à protéger ou à faire progresser les personnes, ou les catégories de personnes, désavantagées par une discrimination injuste peuvent être prises.
- (3) L'État ne peut exercer une discrimination injuste, directe ou indirecte, à l'encontre de quiconque pour un ou plusieurs motifs, notamment la race, le sexe, la grossesse, l'état civil, l'origine ethnique ou sociale, la couleur, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap, la religion, la conscience, les convictions, la culture, la langue et la naissance.
- (4) Nul ne peut exercer une discrimination injuste, directe ou indirecte, à l'encontre d'une personne pour un ou plusieurs motifs au sens du paragraphe (3). Une législation nationale doit être promulguée pour prévenir ou interdire la discrimination injuste.
- (5) La discrimination fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés au paragraphe (3) est injuste, à moins qu'il ne soit établi que la discrimination est équitable."

L'arrêt de la Haute Cour

[11] Le juge Heher, de la Haute Cour, a fondé son jugement déclarant que le crime de sodomie de droit commun était incompatible avec la Constitution de 1996 exclusivement sur la violation du droit à l'égalité. Il en est de même pour le juge Farlam (avec l'accord du juge Ngcobo) dans l'*affaire S v K*,⁷ une affaire sur laquelle s'est fortement appuyé le juge Heher pour conclure que le crime de sodomie de droit

commun

⁷ 1997 (9) BCLR 1283 (C) ; 1997 (4) SA 469 (C).

a cessé d'exister après l'entrée en vigueur de la Constitution provisoire⁸. Avant l'entrée en vigueur du nouvel ordre constitutionnel dans notre pays, l'infraction de sodomie prévue par la common law faisait une distinction entre les gays et les hétérosexuels et entre les gays et les lesbiennes. Elle proscrivait pénalement la sodomie entre hommes et hommes, même en privé entre adultes consentants, mais pas entre hommes et femmes ; elle ne proscrivait pas non plus les actes sexuels intimes en privé entre femmes adultes consentantes. En ce qui concerne l'existence d'un lien rationnel entre une telle différenciation et un objectif légitime du gouvernement,⁹ le juge Heher a simplement déclaré que :

"... les répondants n'ont pas suggéré de base raisonnée pour la différenciation qui pourrait favoriser les objectifs du gouvernement et je suis incapable d'en trouver une."¹⁰

Le juge Heher a souligné que si la différenciation était fondée sur l'un des motifs énumérés à l'article 9(3) de la Constitution de 1996 (en l'espèce sur le motif de l'"orientation sexuelle"), elle était présumée injuste (en vertu de l'article 9(5)). Il a immédiatement examiné si l'infraction de sodomie était justifiée en vertu de l'article 36 de la Constitution de 1996, sans se pencher expressément sur la question de savoir si, nonobstant la présomption de l'article 9(3), il avait été établi que la discrimination était équitable. Il a constaté (par

⁸ Ci-dessus n 1 à 750G.

⁹ Sur ce point, voir *Harksen v Lane NO and Others* 1997 (11) BCLR 1489 (CC) ; 1998 (1) SA 300 (CC)

para 53 (a) (cité au paragraphe 17 ci-dessous) traitant de l'analyse de l'égalité sous la Constitution provisoire. Comme il est souligné au paragraphe 18 ci-dessous, il n'est pas obligatoire dans tous les cas de se lancer dans l'analyse du lien rationnel.

10

Voir ci-dessus, n. 1, p. 746G.

nécessaire) qu'une telle justification n'existait pas et a jugé que le crime en question ne pouvait pas résister à un examen constitutionnel dans la mesure où "aucune base rationnelle pour [son] maintien ... ne peut être offerte".¹¹

[12] L'approche du juge Heher concernant l'infraction de common law consistant à commettre un acte sexuel contre nature était différente. Ayant constaté, en vertu de l'article 9(1) de la Constitution de 1996, qu'il n'y avait aucun lien entre la différenciation impliquée dans cette infraction et un quelconque objectif gouvernemental légitime, il s'est immédiatement penché sur la question de la justification. Il a conclu que rien ne justifiait le maintien de l'infraction de common law consistant à commettre un acte sexuel contre nature par un homme ou entre des hommes, si cet acte ne constituait pas une infraction s'il était commis par une femme, entre des femmes ou entre un homme et une femme ; il a fait une déclaration d'incohérence constitutionnelle en conséquence.

[13] L'article 20A de la loi sur les délits sexuels prévoit ce qui suit :

- "(1) Un homme qui commet avec un autre homme, lors d'une fête, un acte qui est calculé pour stimuler la passion sexuelle ou donner une gratification sexuelle, est coupable d'une infraction.
- (2) Aux fins du paragraphe (1), "une fête" désigne toute occasion où plus de deux personnes sont présentes.
- (3) Les dispositions du paragraphe (1) ne dérogent pas à la common law, à l'un quelconque des éléments suivants

¹¹ Id à 750E.

une autre disposition de la présente loi ou une disposition de toute autre loi."

La Haute Cour a estimé que ces dispositions manifestaient une double différenciation. Premièrement, une différenciation fondée sur le "sexe (genre)" parce que les dispositions ne criminalisent que certains comportements des hommes ; aucun acte de nature équivalente accompli par des femmes ou par des hommes et des femmes ensemble n'est criminalisé par la loi. Deuxièmement, sur la base de l'orientation sexuelle, parce que "la cible de la section est clairement les hommes ayant des tendances homosexuelles, bien que le libellé soit suffisamment large pour englober les hétérosexuels".¹² Selon l'arrêt, aucun des deux motifs de différenciation n'a de lien rationnel avec un quelconque objectif gouvernemental légitime. Comme les deux sont énumérés à l'article 9(3), l'iniquité est présumée et, sans se demander si l'iniquité avait été établie, le juge Heher a immédiatement examiné si la violation de l'article 9 pouvait être justifiée en vertu de l'article 9(2).

36.¹³ Il a conclu que ce n'était pas le cas.¹⁴ Ayant conclu que l'infraction de sodomie était

constitutionnellement invalide, le juge Heher a conclu, comme une conséquence inéluctable (et correcte)

¹² Id à 751G-H.

¹³ Id, p. 751I-752B. Dans ce passage, il est fait référence à la section 8 de la Constitution, ce qui pourrait être considéré comme une référence à la Constitution provisoire. Il s'agit clairement d'un lapsus, car dans les paragraphes qui suivent immédiatement, l'éminent juge examine la question de la justification en vertu de l'article 36 de la Constitution de 1996.

¹⁴ Id à 752B-753C.

donc sur cette prémisse), que l'inclusion de la sodomie dans l'annexe 1 de la LPC et dans la loi sur les agents de sécurité était également constitutionnellement invalide.

La validité constitutionnelle de l'infraction de sodomie en common law

[14] Pour l'instant, je ne traiterai que de la sodomie qui a lieu en privé entre des hommes consentants. La longue histoire de la manière dont la common law pénale sud-africaine traitait les gays différemment des hétérosexuels et des lesbiennes, avant l'adoption de la Constitution provisoire, a déjà été traitée dans au moins trois jugements de la Haute Cour.¹⁵ Les conclusions peuvent être brièvement énoncées. Le délit de sodomie, avant l'entrée en vigueur de la Constitution provisoire, était défini comme "un rapport sexuel illicite et intentionnel per anum entre des hommes humains", le consentement ne privant pas l'acte de son caractère illicite, "et donc les deux parties commettent le crime".¹⁶ Ni les relations sexuelles anales ou orales en privé entre un homme adulte consentant et une femme adulte consentante n'étaient punissables par le droit pénal. Il n'était pas non plus

¹⁵ A savoir, dans *S v H* 1995 (1) SA 120 (C) ; *S v K* ci-dessus n. 7, dans lequel une analyse historique très utile est menée, et dans le jugement de la Haute Cour dans la présente affaire.

¹⁶ Burchell et Milton *Principles of Criminal Law* 1ed (Juta Cape Town 1991), p. 571 et 572. Snyman *Criminal Law* 2ed (Butterworths, Durban 1989), p. 378-9, va dans le même sens. La qualification "avant l'entrée en vigueur de la Constitution provisoire" est ajoutée en raison du fait que certains auteurs universitaires ont soutenu que, malgré le fait que la sodomie en privé entre des hommes adultes consentants n'a pas survécu en tant qu'infraction face à la Constitution provisoire, il y a des cas de sodomie, par exemple les cas de viol anal "masculin" qui se produit sans le consentement de la victime ou lorsque la victime est incapable de donner son consentement, qui survivent en tant que sodomie. Voir, par exemple, Milton *South African Law of Criminal Law and Procedure* vol II 3ed (Juta, Cape Town

1996) à 250 et Snyman *Criminal Law* 3ed (Butterworths, Durban 1995) à 341.

tout acte sexuel, en privé, entre des femmes adultes consentantes est punissable.

*La violation de la garantie d'égalité L'analyse
de l'égalité.*

[15] Dans ce qui suit, je partirai du principe que la jurisprudence et l'analyse de l'égalité développées par cette Cour en ce qui concerne la section 8 de la Constitution provisoire¹⁷ sont également applicables à l'article 9 de la Constitution de 1996, malgré certaines différences dans le libellé de ces dispositions. Il est pertinent de mentionner à ce stade que M. Davis, qui a comparu pour l'amicus curiae, a soutenu qu'une interprétation plus substantielle devrait être donnée aux dispositions de la section 9(1) de la Constitution de 1996 que celle que cette Cour a donnée aux dispositions de la section 8(1) de la Constitution provisoire. M. Davis n'a pas suggéré que l'issue de ce renvoi devait être différente de celle soutenue par M. Marcus. Son argument portait sur le raisonnement utilisé pour arriver à ce résultat. Je traiterai de ces arguments plus loin dans cet arrêt.

[16] Ni l'article 8 de la Constitution provisoire ni l'article 9 de la Constitution de 1996 n'envisagent un concept d'égalité passif ou purement négatif, bien au contraire. Dans l'affaire *Brink v Kitshoff NO*, le juge O'Regan, avec l'accord de tous les membres de la Cour, a déclaré ce qui suit

¹⁷ Notamment dans *Brink v Kitshoff NO* 1996 (6) BCLR 752 (CC) ; 1996 (4) SA 197 (CC) ; *Prinsloo v Van der*

ACKERMANN J

Linde and Another 1997 (6) BCLR 759 (CC) ; 1997 (3) SA 1012 (CC) ; *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 (6) BCLR 708 (CC) ; 1997 (4) SA 1 (CC) ; *Harksen v Lane NO and Others* 1997 (11) BCLR 1489 (CC) ; 1998 (1) SA 300 (CC) ; *Larbi-Odam and Others v MEC for Education (North West Province) and Another* 1997 (12) BCLR 1655 (CC) ; 1998 (1) SA 745 (CC) ; et *Pretoria City Council v Walker* 1998 (3) BCLR 257 (CC) ; 1998 (2) SA 363 (CC).

"L'article 8 avait alors été adopté en reconnaissance du fait que la discrimination à l'encontre des personnes appartenant à des groupes défavorisés peut conduire à des schémas de désavantage et de préjudice collectifs. Une telle discrimination est injuste : elle construit et enracine l'inégalité entre les différents groupes de notre société. Les rédacteurs ont compris qu'il était nécessaire à la fois d'interdire ces formes de discrimination et d'autoriser des mesures positives pour en corriger les effets. La nécessité d'interdire de telles formes de discrimination et de remédier à leurs résultats sont les principaux objectifs de l'article 8 et, en particulier, des paragraphes (2), (3) et (4)."¹⁸

[17] A *Prinsloo*¹⁹ et dans *Harksen*²⁰ il a été postulé qu'une enquête en plusieurs étapes était nécessaire lorsqu'une attaque d'invalidité constitutionnelle était fondée sur l'article 8 de la Constitution provisoire. Dans l'affaire *Harksen*, l'approche a été résumée comme suit :

"Au prix d'une répétition, il serait peut-être bon d'énumérer les étapes de l'enquête qui deviennent nécessaires lorsqu'une disposition est attaquée sur la base de l'article 8 de la Constitution provisoire. Ces étapes sont les suivantes :

¹⁸ Voir ci-dessus, n. 17, paragraphe 42.

¹⁹ Voir ci-dessus, n. 17, paragraphes 22 à 41.

²⁰ Voir ci-dessus, n. 17.

- (a) La disposition fait-elle une distinction entre des personnes ou des catégories de personnes ? Dans l'affirmative, cette différenciation a-t-elle un lien rationnel avec un objectif légitime du gouvernement ? Si ce n'est pas le cas, il y a violation de l'article 8(1). Même si elle a un lien rationnel, elle peut néanmoins constituer une discrimination.
- (b) La différenciation constitue-t-elle une discrimination injuste ? Cela nécessite une analyse en deux étapes :
- (i) Premièrement, la différenciation constitue-t-elle une "discrimination" ? Si elle est fondée sur un motif spécifique, la discrimination aura été établie. Si elle n'est pas fondée sur un motif spécifique, l'existence ou non d'une discrimination dépendra de la question de savoir si, objectivement, le motif est fondé sur des attributs et des caractéristiques susceptibles de porter atteinte à la dignité humaine fondamentale des personnes en tant qu'êtres humains ou de leur faire subir un préjudice d'une gravité comparable.
- (ii) Si la différenciation constitue une "discrimination", s'agit-il d'une "discrimination injuste" ? S'il a été établi qu'elle était fondée sur un motif spécifique, le caractère injuste sera présumé. S'il s'agit d'un motif non spécifié, le caractère injuste devra être établi par le plaignant. Le critère d'injustice se concentre principalement sur l'impact de la discrimination sur le plaignant et d'autres personnes dans sa situation.

Si, à l'issue de cette étape de l'enquête, la différenciation n'est pas jugée déloyale, il n'y aura pas de violation de l'article 8, paragraphe 2.

- (c) Si la discrimination est jugée injuste, il faudra déterminer si la disposition peut être justifiée en vertu de la clause de limitation (article 33 de la Constitution provisoire)".²¹

21 Id au paragraphe 53.

[18] Cela ne signifie toutefois pas que, dans tous les cas, l'examen du lien rationnel de l'étape (a) doit inévitablement précéder l'étape (b). L'examen du lien rationnel de l'étape (a) serait manifestement inutile dans une affaire où un tribunal juge que la discrimination est injuste et injustifiable. Je passe à l'examen de la question de savoir si la différenciation fondée sur l'orientation sexuelle constitue une discrimination injuste. S'agissant d'un motif énuméré à l'article 9(3), il est présumé, en vertu de l'article 9(5), que la différenciation constitue une discrimination injuste "à moins qu'il ne soit établi qu'elle est équitable". Bien que personne dans cette affaire n'ait prétendu que la discrimination était équitable, la Cour doit néanmoins être convaincue, après examen de toutes les circonstances, que l'équité n'a pas été établie.

[19] Bien que, en dernière analyse, ce soit l'impact de la discrimination sur le plaignant ou les membres du groupe affecté qui constitue le facteur déterminant du caractère injuste de la discrimination, l'approche à adopter, comme il ressort de la décision de notre Cour dans l'affaire *Harksen*, est complète et nuancée. Dans l'affaire *Harksen*, après avoir fait référence à l'accent mis sur l'impact de la discrimination dans son jugement dans l'affaire *Hugo*, le juge Goldstone a poursuivi en disant :

" La nature de l'iniquité envisagée par les dispositions de l'article 8 a été examinée aux paragraphes 41 et 43 du jugement majoritaire dans l'affaire *Hugo*.

....

Au paragraphe 41, la dignité a été mentionnée comme une considération sous-jacente dans la détermination du caractère injuste. L'interdiction des discriminations injustes prévue par la Constitution constitue un rempart contre les atteintes qui portent atteinte à la dignité humaine ou qui affectent les personnes d'une manière comparativement grave.

....

Afin de déterminer si la disposition discriminatoire a eu un impact injuste sur les plaignants, divers facteurs doivent être pris en compte. Il s'agit notamment des facteurs suivants

- (a) la position des plaignants dans la société et s'ils ont souffert dans le passé de schémas de désavantage, que la discrimination dans le cas considéré soit fondée sur un motif spécifique ou non ;
- (b) la nature de la disposition ou du pouvoir et l'objectif qu'il vise à atteindre. Si son objectif n'est manifestement pas destiné, en premier lieu, à porter atteinte aux plaignants de la manière indiquée ci-dessus, mais vise à atteindre un objectif sociétal digne et important, tel que, par exemple, la promotion de l'égalité pour tous, cet objectif peut, selon les faits de l'espèce, avoir une incidence significative sur la question de savoir si les plaignants ont effectivement subi l'atteinte en question. Dans l'affaire *Hugo*, par exemple, l'objectif de la loi présidentielle était de bénéficier à trois groupes de détenus, à savoir les détenus handicapés, les jeunes et les mères de jeunes enfants, par mesure de clémence. Le fait que tous ces groupes étaient considérés comme particulièrement vulnérables dans notre société et que, dans le cas des handicapés et des jeunes mères, ils appartenaient à des groupes qui avaient été victimes de discrimination dans le passé, a pesé dans la balance pour que la Cour conclue que la discrimination n'était pas injuste ;
- (c) en tenant dûment compte des points a) et b) ci-dessus, et de tout autre facteur pertinent, la mesure dans laquelle la discrimination a porté atteinte aux droits ou aux intérêts des plaignants et si elle a entraîné une atteinte à leur dignité humaine fondamentale ou constitue une atteinte d'une gravité comparable.

Ces facteurs, évalués objectivement, contribueront à donner "précision et élaboration" au critère constitutionnel du caractère inéquitable. Ils ne constituent pas une liste fermée. D'autres peuvent apparaître

à mesure que notre jurisprudence en matière d'égalité continue de se développer. En tout état de cause, c'est l'effet cumulatif de ces facteurs qui doit être examiné et à l'égard duquel il faut déterminer si la discrimination est injuste."²² (Notes de bas de page omises).

L'impact de la discrimination résultant de la criminalisation de la sodomie sur les membres du ou des groupes affectés

[20] Dans ce qui suit, je m'appuie largement sur un article influent écrit par le professeur Edwin Cameron.²³ Selon le *Shorter Oxford English Dictionary*, "orientation" signifie "[a]

²² Id, paragraphes 50 et 51.

²³ Edwin Cameron "Sexual Orientation and the Constitution : A Test Case for Human Rights" (1993) 110 *SALJ* 450. Cet article est une version révisée d'une conférence inaugurale prononcée par l'auteur le 27 octobre 1992 à l'occasion de son acceptation d'une chaire *ad hominem* de professeur de droit à l'Université de Witwatersrand. Bien qu'elle ait été conçue quelque 18 mois avant l'adoption de la Constitution provisoire, la profondeur et la lucidité de son analyse sont tout aussi instructives à l'époque actuelle, où l'orientation sexuelle a effectivement obtenu une protection constitutionnelle. J'ai suivi l'utilisation par Cameron des expressions "gay", "lesbienne" et "homosexuel".

l'attitude ou l'adaptation d'une personne (en particulier politique ou psychologique) par rapport à des circonstances, des idées, etc. Quant à "l'orientation sexuelle", j'adopte la définition suivante proposée par Cameron :

"L'orientation sexuelle est définie par référence à l'attraction érotique : dans le cas des hétérosexuels, vers les membres du sexe opposé ; dans le cas des gays et des lesbiennes, vers les membres du même sexe. Potentiellement, une personne homosexuelle ou gaie ou lesbienne peut donc être toute personne qui est attirée érotiquement par les membres de son propre sexe."²⁴

[21] Le concept d'"orientation sexuelle", tel qu'il est utilisé dans la section 9(3) de la Constitution de 1996, doit recevoir une interprétation généreuse qu'il est tout à fait capable de supporter sur le plan linguistique et textuel. Il s'applique également à l'orientation des personnes bisexuelles ou transsexuelles, ainsi qu'à l'orientation des personnes qui peuvent, en une seule occasion, être érotiquement attirées par un membre de leur propre sexe.²⁵

[22] Le désir d'égalité n'est pas un espoir d'élimination de toutes les différences.

"L'expérience de la subordination - de la subordination personnelle, surtout - se cache derrière la vision de l'égalité."²⁶

²⁴ Id à 452.

²⁵ Un sens similaire plus large est soutenu par Kentridge dans Chaskalson and Others *Constitutional Law of South Africa*, Revision Service 2 (1998) aux pages 14-26 où le savant auteur déclare :
 "La culture, l'orientation sexuelle, le genre et même le sexe ne sont pas nécessairement immuables. Plutôt que d'étendre la protection uniquement aux caractéristiques humaines immuables, il faudrait reconnaître que certains choix sont si importants pour la définition de soi qu'ils devraient également être protégés."

Comparer également, *Sexual Orientation and the Law* by the Editors of the Harvard Law Review, 1990 Harvard University Press à la note 1 à 1.

26

Michael Walzer *Spheres of Justice : Une défense du pluralisme et de l'égalité* (Basil Blackwell, Oxford 1983)

Pour comprendre "l'autre", il faut essayer, dans la mesure où cela est humainement possible, de se mettre à la place de "l'autre".

Il est facile de dire que tous ceux qui sont comme "nous" ont droit à l'égalité. Il est plus difficile de dire que ceux qui sont "différents" de nous d'une certaine manière devraient avoir les mêmes droits à l'égalité que nous. Pourtant, dès que nous disons qu'un groupe ... est moins méritant et ne mérite pas une protection égale et le bénéfice de la loi, toutes les minorités et toute la société ... sont abaissées. Il est si simple et si dommageable de dire que ceux qui sont handicapés ou d'une race, d'une religion, d'une couleur ou d'une orientation sexuelle différente sont moins méritants".²⁷

[23] Les interdictions discriminatoires des rapports sexuels entre hommes renforcent les préjugés sociétaux déjà existants et augmentent gravement les effets négatifs de ces préjugés sur leur vie.

Même lorsque ces dispositions ne sont pas appliquées, elles réduisent les homosexuels [...] à ce qu'un auteur a appelé des "criminels non appréhendés", ce qui renforce la stigmatisation et encourage la discrimination en matière d'emploi et d'assurance, ainsi que dans les décisions judiciaires concernant la garde des enfants et d'autres questions liées à l'orientation." (Notes de bas de page omises).²⁸

²⁷ Le juge Cory, prononçant une partie du jugement conjoint de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Vriend c. Alberta* (un jugement non encore publié de la Cour suprême du Canada, dossier no 25285, prononcé le 2 avril 1998) au paragraphe 69.

²⁸ Cameron, ci-dessus, n. 23, p. 455.

La Cour européenne des droits de l'homme a, à mon avis, reconnu à juste titre le préjudice psychologique souvent grave pour les gays qui résulte de ces dispositions discriminatoires :

"L'un des effets des sanctions pénales contre les actes homosexuels est de renforcer la mauvaise compréhension et les préjugés généraux du public et d'accroître les sentiments d'anxiété et de culpabilité des homosexuels, ce qui conduit parfois à la dépression et aux graves conséquences qui peuvent s'ensuivre...".²⁹

La Cour suprême du Canada l'a fait aussi dans l'affaire *Vriend c. Alberta* :³⁰

"Le plus important est peut-être le préjudice psychologique qui peut résulter de cet état de fait. La crainte de la discrimination conduira logiquement à la dissimulation de la véritable identité, ce qui ne peut que nuire à la confiance personnelle et à l'estime de soi. À cet effet s'ajoute le message implicite véhiculé par l'exclusion, à savoir que les gays et les lesbiennes, contrairement aux autres individus, ne sont pas dignes de protection. Il s'agit clairement d'un exemple de distinction qui rabaisse l'individu et qui renforce et perpétue l'idée que les gays et les lesbiennes sont moins dignes de protection en tant qu'individus dans la société canadienne. L'atteinte potentielle à la dignité et à la valeur perçue des personnes gaies et lesbiennes constitue une forme particulièrement cruelle de discrimination. "

Ces observations ont été faites dans le contexte de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le domaine de l'emploi et s'appliqueraient avec encore plus de force à la criminalisation de la sodomie consensuelle en privé entre hommes adultes.

²⁹ *Norris v Republic of Ireland* (1991) 13 EHRR 186 at 192 para 21 citant avec approbation la conclusion d'un juge irlandais.

³⁰ Voir ci-dessus la note 27, par le juge Cory, au paragraphe 102.

[24] Mais ces dispositions ont également d'autres conséquences néfastes sur les hommes homosexuels, qui vont au-delà de l'impact immédiat sur leur dignité et leur estime de soi. Leurs conséquences -

"légitimer ou encourager le chantage, le piège de la police, la violence ("queer-bashing") et la discrimination périphérique, comme le refus d'installations, de logement et d'opportunités."³¹

[25] L'impact de la discrimination sur les gays et les lesbiennes est rendu plus grave et leur vulnérabilité accrue par le fait qu'ils constituent une minorité politique qui n'est pas en mesure d'utiliser le pouvoir politique pour obtenir une législation favorable pour eux.³² Ils dépendent donc presque exclusivement de la Déclaration des droits pour leur protection.

[26] J'examine maintenant l'impact de l'infraction de sodomie en common law sur les homosexuels à la lumière de l'approche développée par notre Cour et mentionnée au paragraphe 19 ci-dessus :

³¹ Cameron, supra n 23, p. 456 (note de bas de page omise).

³² Cameron, ci-dessus, n. 23, p. 458, dit ce qui suit dans ce contexte :

"Les groupes traditionnellement défavorisés, tels que les femmes et les Noirs, constituent la majorité de la population sud-africaine. Les gays et les lesbiennes, en revanche, sont par définition une minorité. Paradoxalement, leur perpétuation en tant que catégorie sociale dépend de la survie de la majorité hétérosexuelle procréatrice. Leur exclusion du pouvoir politique est

en un sens ordonnée, et ils ne seront jamais en mesure d'utiliser seuls le pouvoir politique pour obtenir une législation en leur faveur."

(a) La discrimination est fondée sur un motif spécifique. Les homosexuels constituent une minorité permanente dans la société et ont souffert par le passé de schémas de désavantage. L'impact est grave et affecte profondément la dignité, la personnalité et l'identité des homosexuels. Elle se produit à de nombreux niveaux et de nombreuses manières et est souvent difficile à éradiquer.

(b) La nature de ce pouvoir et son objectif sont de criminaliser le comportement privé d'adultes consentants qui ne causent aucun préjudice à quiconque. Il n'a pas d'autre but que de criminaliser un comportement qui n'est pas conforme aux opinions morales ou religieuses d'une partie de la société.

(c) Cette discrimination a, pour les raisons déjà mentionnées, porté gravement atteinte aux droits et aux intérêts des homosexuels et a profondément porté atteinte à leur dignité fondamentale.

[27] L'analyse ci-dessus confirme que la discrimination est injuste.³³ Il n'y a rien qui puisse être placé sur l'autre plateau de la balance. La conclusion inévitable est que la discrimination en question est injuste et donc en violation de l'article 9 de la loi de 1996 sur l'égalité de traitement.

³³ Voir l'affaire *Hugo*, ci-dessus, n. 17, paragraphe 112, où, dans un jugement concordant distinct, le juge O'Regan a déclaré ce qui suit :

"Plus le groupe affecté par la discrimination est vulnérable, plus il est probable que la discrimination sera considérée comme injuste. De même, plus la nature de la discrimination porte atteinte aux intérêts des personnes touchées par la discrimination, plus il est probable qu'elle sera considérée

comme injuste."

ACKERMANN J

Constitution.

L'infraction de sodomie en common law en tant qu'atteinte aux droits à la dignité et à la vie privée

[28] Jusqu'à présent, je n'ai examiné que le crime de sodomie de common law sur la base de son incompatibilité avec le droit à l'égalité. C'est sur cette base que l'affaire a été plaidée. Cependant, à mon avis, le crime de sodomie en common law constitue également une atteinte au droit à la dignité qui est consacré par l'article 10 de notre Constitution. Comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises,³⁴ le droit à la dignité est une pierre angulaire de notre Constitution. Son importance est encore soulignée par le rôle qui lui est accordé à l'article 36 de la Constitution, qui dispose que :

"Les droits énoncés dans la Déclaration des droits ne peuvent être limités que par une loi d'application générale, dans la mesure où cette limitation est raisonnable et justifiable dans une société ouverte et démocratique fondée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté. . .".

³⁴ *S v Makwanyane and Another* 1995 (6) BCLR 665 (CC) ; 1995 (3) SA 391 (CC) aux paragraphes 328-330 ; *Hugo* ci-dessus n 17 au paragraphe 41 ; *Prinsloo* ci-dessus n 17 aux paragraphes 31-33 ; *Ferreira v Levin NO and Others* 1996 (1) BCLR 1 (CC) ; 1996 (1) SA 984 (CC).

La dignité est un concept difficile à cerner en termes précis.³⁵ À tout le moins, il est clair que la protection constitutionnelle de la dignité nous oblige à reconnaître la valeur et le mérite de tous les individus en tant que membres de notre société. L'interdiction de la sodomie en common law criminalise tout rapport sexuel per anum entre hommes : indépendamment de la relation du couple qui s'y livre, de l'âge de ce couple, du lieu où il se produit, voire de toute autre circonstance. Ce faisant, elle punit une forme de comportement sexuel que notre société au sens large identifie aux homosexuels. Son effet symbolique est d'affirmer qu'aux yeux de notre système juridique, tous les homosexuels sont des criminels. La stigmatisation ainsi attachée à une partie importante de notre population est manifeste. Mais le préjudice imposé par le droit pénal est bien plus que symbolique. En raison de l'infraction pénale, les homosexuels risquent d'être arrêtés, poursuivis et condamnés pour le délit de sodomie simplement parce qu'ils cherchent à adopter un comportement sexuel qui fait partie de leur expérience d'être humain. De même que la législation sur l'apartheid mettait perpétuellement en danger la vie des couples de groupes raciaux différents, l'infraction de sodomie introduit l'insécurité et la vulnérabilité dans la vie quotidienne des homosexuels. Il ne fait aucun doute que l'existence d'une loi qui punit une forme d'expression sexuelle des homosexuels dégrade et dévalorise ces derniers dans notre société au sens large. En tant que telle, elle constitue une atteinte palpable à leur dignité et une violation de l'article 10 de la Constitution.

[29] L'avocat de la requérante a fait valoir, à titre subsidiaire, que les dispositions étaient en contradiction avec le droit communautaire.

³⁵ Voir le jugement du juge L'Heureux-Dube dans *Egan c. Canada* (1995) 29 CRR (2d) 79 à 106.

violation de l'article 14 de la Constitution, le droit à la vie privée. Ce faisant, cependant, le requérant a adopté le raisonnement de Cameron :

"L'argument de la vie privée a des effets néfastes sur la recherche d'une société qui soit réellement non stigmatisante en ce qui concerne l'orientation sexuelle. D'une part, l'argument de la vie privée suggère que la discrimination à l'égard des gays et des lesbiennes se limite à l'interdiction de comportements entre adultes dans l'intimité de la chambre à coucher. Ce n'est manifestement pas le cas. D'autre part, l'argument de la vie privée peut subtilement renforcer l'idée que l'intimité homosexuelle est honteuse ou inappropriée : qu'elle est tolérable tant qu'elle est confinée à la chambre à coucher - mais que ses implications ne peuvent être tolérées à l'extérieur. Le respect de la vie privée en tant que justification de la protection constitutionnelle ne va donc pas assez loin, et présente des inconvénients appréciables même dans ses propres termes."³⁶

[30] Il me semble que ces remarques doivent être comprises dans le contexte dans lequel elles ont été faites. Elles ont été faites lors d'une conférence inaugurale donnée le 27 octobre 1992, au moment où les négociations concernant la nouvelle Constitution étaient imminentes. À l'époque, il y avait un débat considérable sur les droits qui devaient ou non être inclus dans une déclaration des droits, et le sujet de la conférence était la question de savoir comment l'orientation sexuelle devait être protégée dans la nouvelle Constitution. L'auteur affirmait que l'orientation sexuelle devait être traitée comme un motif de non-discrimination dans la nouvelle Constitution et que le seul respect de la vie privée serait insuffisant. La préoccupation de M. Cameron selon laquelle la discrimination à l'encontre des homosexuels ne devrait pas être proscrite au nom du droit à la vie privée et à la liberté d'expression a été prise en compte.

³⁶ Cameron, supra n 23, p. 464, cité dans *S v K*, supra n 7, paragraphe 25.

la vie privée uniquement, est compréhensible. Je tiens à souligner que, dans cet arrêt, je considère que l'infraction de sodomie est inconstitutionnelle parce qu'elle viole les droits à l'égalité, à la dignité et à la vie privée. La présente affaire illustre comment, dans des circonstances particulières, les droits à l'égalité et à la dignité sont étroitement liés, tout comme le sont les droits à la dignité et à la vie privée.

[31] Il ne me semble pas que nous devions conclure de ces remarques que, lorsque notre droit impose une interdiction pénale générale à certaines formes de comportement sexuel, il n'en résulte pas une violation de la vie privée. Cela ne peut, à mon avis, être l'interprétation correcte de ces remarques. Notre Cour a examiné à plusieurs reprises le droit à la vie privée inscrit dans notre Constitution. Dans *l'affaire Bernstein contre Bester*,³⁷ il a été dit que les droits ne devraient pas être interprétés de manière absolue ou individualiste, de façon à nier que tous les individus sont membres d'une communauté plus large et sont définis de manière significative par cette appartenance :

"Dans le contexte de la vie privée, cela signifierait que seul le sanctuaire intérieur d'une personne, comme sa vie familiale, ses préférences sexuelles et son environnement familial, est protégé de l'érosion par les droits contradictoires de la communauté.

le domaine véritablement personnel, mais à mesure qu'une personne s'engage dans des relations et des activités communautaires telles que les affaires et les interactions sociales, l'étendue de l'espace personnel se réduit.

³⁷ 1996 (4) BCLR 449 (CC) ; 1996 (2) SA 751 (CC) au paragraphe 67.

en conséquence."³⁸

[32] La vie privée reconnaît que nous avons tous droit à une sphère d'intimité privée et d'autonomie qui nous permet d'établir et d'entretenir des relations humaines sans interférence de la communauté extérieure. La manière dont nous exprimons notre sexualité est au cœur de cette sphère d'intimité privée. Si, dans l'expression de notre sexualité, nous agissons de manière consensuelle et sans nous faire de mal, l'invasion de cette enceinte sera une violation de notre vie privée. Notre société n'a pas toujours cherché à réglementer l'expression sexuelle des Sud-Africains. Dans certains cas, comme ici, la raison de cette réglementation était discriminatoire ; notre loi, par exemple, interdisait les relations sexuelles entre personnes de races différentes. Le fait qu'une loi interdisant des formes de comportement sexuel soit discriminatoire n'empêche cependant pas qu'elle constitue en même temps une invasion inappropriée de la sphère intime de la vie humaine à laquelle la Constitution accorde une protection à l'article 14. Nous ne devons pas nier l'importance du droit à la vie privée dans notre nouvel ordre constitutionnel, même si nous reconnaissons l'importance de l'égalité. En fait, le fait de souligner la violation de ces deux droits dans la présente affaire met en évidence à quel point l'invasion des droits constitutionnels des personnes homosexuelles a été flagrante. L'infraction qui est au cœur de l'affaire

³⁸

Id. Voir également *Mistry v Interim National Medical and Dental Council of South Africa and others* 1998 (7) BCLR 880 (CC) au paragraphe 16.

La discrimination en l'espèce constitue en même temps et indépendamment une violation des droits à la vie privée et à la dignité, ce qui, sans aucun doute, renforce la conclusion que la discrimination est injuste.

Justification

[33] Bien que la section 36(1)³⁹ de la Constitution de 1996 diffère à divers égards de l'article 33 de la Constitution provisoire⁴⁰ son application implique toujours un processus, décrit

³⁹

Qui prévoit ainsi :

" Les droits énoncés dans la Déclaration des droits ne peuvent être limités qu'en vertu d'une loi d'application générale, dans la mesure où cette limitation est raisonnable et justifiable dans une société ouverte et démocratique fondée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté, compte tenu de tous les facteurs pertinents, notamment .

- (a) la nature du droit ;
- (b) l'importance de l'objectif de la limitation ;
- (c) la nature et l'étendue de la limitation ;
- (d) la relation entre la limitation et son objectif ; et
- (e) des moyens moins restrictifs pour atteindre l'objectif".

⁴⁰

Plus particulièrement en ce que l'interdiction de la négation du "contenu essentiel du droit en cause" ne peut être invoquée.

dans l'affaire *S/Makwanyane et autres*⁴¹ comme "... la mise en balance de valeurs concurrentes et, en fin de compte, une évaluation fondée sur la proportionnalité... qui exige la mise en balance de différents intérêts".

La "question" de l'article 33(1)(b) et l'exigence "nécessaire" de la clause conditionnelle de l'article 33(1) ont été omises de l'article 36(1) de la Constitution de 1996.

⁴¹ Voir ci-dessus, n. 34, paragraphe 104.

[34] Dans l'affaire *Makwanyane*, les considérations pertinentes dans le processus de mise en balance ont été énoncées comme incluant "... la nature du droit qui est limité, et son importance pour une société ouverte et démocratique basée sur la liberté et l'égalité ; le but pour lequel le droit est limité et l'importance de ce but pour une telle société ; l'étendue de la limitation, son efficacité et, en particulier lorsque la limitation doit être nécessaire, si les buts désirés pourraient raisonnablement être atteints par d'autres moyens moins dommageables pour le droit en question".⁴² Les considérations pertinentes dans le processus de mise en balance sont maintenant expressément énoncées à l'article 36(1) de la Constitution de 1996 pour inclure celles énumérées aux paragraphes (a) à (e). À mon avis, cela ne modifie en rien l'approche exposée dans l'affaire *Makwanyane*, sauf que le paragraphe (e) exige que l'on tienne compte, dans chaque évaluation de la limitation, des "moyens moins restrictifs pour atteindre l'objectif [de la limitation]".⁴³ Bien que l'article 36(1) ne mentionne pas expressément l'importance du droit, il s'agit d'un facteur qui doit nécessairement être pris en compte dans toute évaluation de la proportionnalité.

⁴² Id.

⁴³ Voir *De Lange v Smuts NO and Others* 1998 (7) BCLR 779 (CC) ; 1998 (3) SA 785 (CC) au paragraphe 86.

[35] La mise en balance des différents intérêts doit encore avoir lieu. D'une part, il y a le droit enfreint, sa nature, son importance dans une société ouverte et démocratique fondée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté, et la nature et l'étendue de la limitation. D'autre part, il y a l'importance de l'objectif de la limitation. Dans le processus de mise en balance et dans l'évaluation de la proportionnalité, on est tenu de considérer la relation entre la limitation et son objectif ainsi que l'existence de moyens moins restrictifs pour atteindre cet objectif.⁴⁴

[36] La criminalisation de la sodomie en privé entre hommes consentants est une limitation sévère du droit des homosexuels à l'égalité en matière d'orientation sexuelle, car elle touche l'un des moyens par lesquels les homosexuels expriment leur orientation sexuelle. Il s'agit en même temps d'une grave limitation des droits des homosexuels à la vie privée, à la dignité et à la liberté. Le préjudice causé par cette disposition peut, et c'est souvent le cas, affecter sa capacité à s'identifier et à s'épanouir. Ce préjudice se répercute également sur la société en général et donne lieu à une grande variété d'autres discriminations qui, collectivement, empêchent injustement une distribution équitable des biens et services sociaux et l'octroi de possibilités sociales aux homosexuels.

[37] Dans ce contexte, il faut se demander si la limitation a un but quelconque et, dans l'affirmative, quelle est son importance. Aucun objectif valable n'a été suggéré. L'application des opinions morales privées d'une partie de la communauté, qui sont

basées dans une large mesure sur rien...

⁴⁴ Id au paragraphe 88.

plus qu'un préjudice, ne peut être qualifié de tel but légitime. Il n'y a donc rien, dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, qui permette de contrebalancer l'ampleur de la limitation et son impact négatif sur les gays. Il semble donc que la limitation ne soit pas justifiée.

[38] En ce qui concerne les opinions et les influences religieuses, je répète ce qui a été dit dans *l'affaire S/H* :⁴⁵

"Il existe encore un important courant de pensée théologique qui considère que le but fondamental de la relation sexuelle est la procréation et qui, pour cette raison, proscrit également la contraception. Il existe un corps de pensée théologique tout aussi important qui ne soutient plus cette opinion. Les attitudes de la société à l'égard de la contraception et des mariages délibérément sans enfant évoluent également. Ces changements d'attitude doivent inévitablement entraîner un changement d'attitude à l'égard de l'homo-sexualité."

⁴⁵ Voir ci-dessus n 15, p. 125A-B.

Il ne serait pas judicieux, d'un point de vue judiciaire, d'aller plus loin en l'absence de preuves d'experts dûment admises. Je pense qu'il est nécessaire de souligner, dans le contexte de la présente affaire, qu'outre la liberté d'expression,⁴⁶ la liberté de conscience, de religion, de pensée, de croyance et d'opinion sont également des valeurs protégées par la Constitution de 1996.⁴⁷ Les questions en jeu dans cette affaire touchent à des convictions profondes et suscitent des émotions fortes. Il ne faut pas croire que l'opinion selon laquelle l'expression sexuelle doit être limitée au mariage entre un homme et une femme, avec la procréation comme objectif dominant ou unique, n'est défendue que par de grossiers bigots. Au contraire, elle est également défendue sincèrement, pour des raisons religieuses et autres mûrement réfléchies et nuancées, par des personnes qui ne souhaitent pas que l'expression physique d'une orientation sexuelle différente de la leur soit interdite par la loi.⁴⁸ Il est néanmoins tout aussi important de souligner que de telles opinions, aussi honnêtes et sincères soient-elles, ne peuvent influencer ce que la Constitution impose en matière de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

[39] Il n'y a rien dans la jurisprudence d'autres sociétés ouvertes et démocratiques basées

⁴⁶ En vertu de l'article 16 de la Constitution de 1996.

⁴⁷ En vertu de l'article 15 de la loi.

⁴⁸ Voir, par exemple, le professeur John M Finnis "Law, Morality and Sexual Orientation" dans 69 *Notre Dame Law Review* 1049 (1994).

sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté qui me conduiraient à une conclusion différente. En fait, tout compte fait, ils soutiennent une telle conclusion. Dans beaucoup de ces pays, il y a eu une nette tendance à la dépénalisation.

[40] En 1967 en Angleterre et au Pays de Galles,⁴⁹ et en 1980 en Ecosse,⁵⁰ la sodomie entre hommes adultes consentants en privé a été décriminalisée. Toutefois, en Irlande du Nord, le droit pénal relatif à la sodomie est resté inchangé. En 1981, dans l'*affaire Dudgeon contre Royaume-Uni*,⁵¹ la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la loi sur la sodomie en Irlande du Nord était contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.⁵² de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ("la Convention européenne") dans la mesure où elles criminalisaient la sodomie entre adultes masculins consentants en privé. En 1982, l'Irlande du Nord a modifié ses lois en conséquence.⁵³ La même conclusion a été tirée

⁴⁹ Par la loi de 1967 sur les délits sexuels et voir *S v K* ci-dessus n 7 aux paragraphes 33 et 41.

⁵⁰ Par la loi sur la justice pénale (Écosse) de 1980.

⁵¹ (1982) 4 EHHR 149 au paragraphe 61.

⁵² L'article 8 prévoit :

"(1) Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

(2) Il ne peut y avoir d'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure nécessaire, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique ou au

bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui."

53 Homosexual Offence (Northern Ireland) Order 1982, N.I. Statutes, SI 1982/1536 (N.I.19).

en 1988 dans l'affaire *Norris contre Irlande*.⁵⁴ Il a fallu à l'Irlande près de cinq ans pour se conformer à l'arrêt *Norris*, mais elle l'a finalement fait en 1993.⁵⁵

⁵⁴ Voir ci-dessus, n. 29.

⁵⁵ Criminal Law (Sexual Offences) Act, 1993, No.20, sections 2-4 (en vigueur le 7 juillet 1993).

[41] Dans l'affaire *S/Makwanyane*⁵⁶ le président de la Cour a souligné qu'en raison de la "marge d'appréciation" accordée aux autorités nationales par la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence de la Cour européenne ne serait pas nécessairement un guide sûr quant à ce qui serait approprié en vertu de l'article 33(1) de la Constitution provisoire.⁵⁷ Cela est particulièrement vrai dans le cas où la Cour européenne estime qu'il n'y a pas de "marge d'appréciation" autorisée par la Cour européenne des droits de l'homme.

la violation d'un droit de la Convention. C'est à cette situation en particulier que s'adressait, à mon avis, le président. Mais lorsque la Cour européenne conclut à l'existence d'une violation, elle y parvient après avoir dûment tenu compte de la marge d'appréciation de l'autorité nationale concernée. Cela suggère qu'il doit y avoir une violation très claire.

[42] À tout le moins, les arrêts *Dudgeon* et *Norris* sont révélateurs de l'évolution des attitudes judiciaires et sociales de ces dernières années. Dans l'arrêt *Dudgeon*, rendu il y a près de dix-sept ans, on peut lire ce qui suit :⁵⁸

"Par rapport à l'époque où [la] législation a été promulguée, il existe aujourd'hui une meilleure compréhension, et par conséquent une tolérance accrue, du comportement homosexuel, à tel point que dans la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe, il n'est plus considéré comme nécessaire ou approprié de traiter les pratiques homosexuelles du point de vue des droits de l'homme.

⁵⁶ Voir ci-dessus, n. 34, paragraphe 109.

57 Voir *S v K* ci-dessus, n. 7, paragraphe 41.

58 Voir ci-dessus, n. 52, p. 167, paragraphe 60. Les arrêts *Dudgeon* et *Norris* ont été réaffirmés en 1993 dans l'affaire *Modinos c. Chypre* 16 EHRR 485.

La Cour ne peut ignorer les changements marqués qui se sont produits à cet égard dans le droit interne des États membres." (Note de bas de page omise).

[43] L'article 3.3 de la Grundgesetz allemande (GG)⁵⁹ n'inclut pas l'orientation sexuelle parmi les motifs pour lesquels une personne ne peut être "favorisée ou défavorisée". En vertu de l'article 175 du code pénal allemand ("CLC") de 1935, un homme qui commet un acte sexuel ("Unzucht treibt") sur un autre homme ou permet qu'un acte sexuel soit commis sur lui-même est passible d'une peine d'emprisonnement ; une exception peut être faite dans le cas d'un homme âgé de moins de 21 ans. La section 175a prescrivait des peines minimales et maximales pour des cas particuliers de "Unzucht treiben".⁶⁰ Cette section a été abrogée en 1969.

[44] L'article 175 du CCT a finalement été abrogé en 1994, avec pour conséquence que les relations sexuelles privées consenties entre hommes ne sont plus criminalisées. Tous les hommes et toutes les femmes de moins de 16 ans bénéficient désormais de la même protection en vertu de l'article 182 du CCT en ce qui concerne les actes sexuels, qu'ils soient hétérosexuels, gays ou lesbiennes.⁶¹

⁵⁹

L'article 3 est ainsi libellé :

- "(1) Toutes les personnes sont égales devant la loi.
- (2) Les hommes et les femmes doivent avoir des droits égaux. L'État doit promouvoir la mise en œuvre effective de l'égalité des droits entre les femmes et les hommes et prendre des mesures pour éliminer les désavantages qui existent actuellement.
- (3) Nul ne doit être favorisé ou défavorisé en raison de son sexe, de sa filiation, de sa race, de sa langue, de sa patrie et de son origine, de sa foi, de ses opinions religieuses ou politiques. Nul ne doit être défavorisé en raison d'un handicap."

60 Par exemple, lorsqu'il a été obtenu par la violence ou sous la menace d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique, l'article 175a(1)1 prévoit une peine maximale de dix ans.

61 Voir également Troendle *Strafgesetzbuch* 48e Auflage, section 182, Rn 1.

[45] Les lois interdisant l'activité homosexuelle entre adultes consentants en privé ont été éradiquées dans 23 Etats membres qui avaient adhéré au Conseil de l'Europe en 1989 et, sur les dix pays européens qui ont adhéré depuis (au 10 février 1995), neuf avaient également dépénalisé la sodomie soit avant, soit peu après que leur demande d'adhésion ait été acceptée.⁶²

⁶² Robert Wintemute *Sexual Orientation and Human Rights* (Clarendon Press, Oxford 1995). Wintemute souligne également aux pages 4-5 que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle avait déjà été interdite dans les constitutions des États du Mato Grosso et de Sergipe au Brésil en 1989. En 1992 et 1993 respectivement, les Länder allemands de Brandebourg et de Thuringe ont introduit dans leurs constitutions des dispositions interdisant expressément la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. À part la Constitution sud-africaine, je ne suis pas au courant qu'une telle protection constitutionnelle ait été accordée dans une quelconque constitution nationale ; Wintemute le confirme.

[46] En Australie, tous les États, à l'exception de la Tasmanie, avaient, en 1992, dépénalisé les actes sexuels en privé entre adultes consentants et certains avaient également adopté des lois anti-discrimination qui interdisaient la discrimination fondée, entre autres, sur l'orientation sexuelle.⁶³ Toutefois, dans l'affaire *Toonen contre Australie*⁶⁴ la Cour européenne des droits de l'homme des Nations unies

⁶³ L'Australie-Méridionale a été le premier État à décriminaliser la conduite homosexuelle entre adultes consentants en 1972, suivie par le Territoire de la capitale australienne en 1976, le Victoria en 1981, et le Territoire du Nord et la Nouvelle-Galles du Sud en 1984. (Voir B Gaze & M Jones *Law, Liberty and Australian Democracy* (The Law Book Company, Sydney Ltd 1990) à 363). Les sections 5(1) et 29(3) de la loi de 1984 sur l'égalité des chances en Australie-Méridionale (South Australia Act 95 of 1984) interdisent la discrimination fondée sur la "sexualité", qui est définie comme incluant l'hétérosexualité, l'homosexualité, la bisexualité ou la transsexualité. L'Australie-Méridionale est ainsi devenue le premier État à reconnaître l'orientation sexuelle comme un motif de discrimination interdit. L'Australie occidentale a décriminalisé les relations sexuelles homosexuelles privées entre adultes dans la loi n° 32 de 1989 sur la réforme du droit (décriminalisation de la sodomie). En 1991, le Territoire de la capitale australienne a promulgué la loi sur la discrimination, n° 81 de 1991. La section 7 de cette loi inclut explicitement la sexualité parmi les motifs de discrimination interdits. Le Queensland, où la conduite homosexuelle était illégale jusqu'en 1990, a promulgué sa loi anti-discrimination en 1991, interdisant la discrimination fondée sur "l'activité sexuelle légale". Cette loi a été suivie en 1992 par la loi anti-discrimination du Territoire du Nord, n° 80 de 1992. La section 19(1)(c) de cette loi a déclaré que la sexualité était un motif de discrimination interdit.

⁶⁴ Communication numéro 488/1992 (31 mars 1994) Comité des droits de l'homme des Nations Unies, document n° CCPR/C/50/D/488/1992.

Le Comité des droits de l'homme a estimé que les lois de Tasmanie interdisant les activités sexuelles entre hommes violaient la disposition relative à la vie privée du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP),⁶⁵ qui est entré en vigueur pour l'Australie le 25 décembre 1991.

⁶⁵

L'article 17 du PIDCP détermine :

- "(1) Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.
- (2) Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles ingérences ou atteintes."

[47] La conclusion *Toonen* a inspiré la loi nationale sur les droits de l'homme (comportement sexuel)⁶⁶ en 1994, promulguée pour mettre en œuvre les obligations internationales de l'Australie en vertu de l'article 17 du PIDCP. L'article 4(1) de cette loi stipule que " le comportement sexuel impliquant uniquement des adultes consentants agissant en privé ne doit pas être soumis, par ou en vertu de toute loi du Commonwealth, d'un État ou d'un Territoire, à une quelconque ingérence arbitraire dans la vie privée au sens de l'article 17. . .". En 1994, la Nouvelle-Galles du Sud a également modifié sa loi anti-discrimination pour y inclure une disposition interdisant la discrimination fondée sur le sexe.⁶⁷ pour y inclure une disposition interdisant la discrimination fondée sur l'homosexualité. La Tasmanie a abrogé les articles incriminés de son code pénal (objet de la conclusion *Toonen*) en 1997. Cette abrogation a marqué la décriminalisation définitive des rapports homosexuels consensuels en Australie.

⁶⁶ Loi 179 de 1994.

⁶⁷ Loi 48 de 1977.

[48] Les relations sexuelles consensuelles entre hommes adultes ont été décriminalisées en Nouvelle-Zélande⁶⁸. Bien que la Déclaration des droits de la Nouvelle-Zélande (1990) ne fasse pas référence à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle,⁶⁹ la loi sur les droits de l'homme (Human Rights Act), 82 de 1993, inclut l'orientation sexuelle ("qui signifie une orientation hétérosexuelle, homosexuelle, lesbienne ou bisexuelle") comme un motif de discrimination interdit en vertu de la section 21(1)(m).⁷⁰

[49] En dépit du fait que l'article 15(1) de la Charte canadienne⁷¹ n'inclut pas expressément l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, la Cour suprême du Canada a jugé que l'orientation sexuelle est un motif analogue à ceux énumérés à l'article 15(1) :

⁶⁸ L'Homosexual Law Reform Act 33 de 1986 a supprimé les sanctions pénales contre les comportements homosexuels consensuels entre hommes en abrogeant les sections incriminées du Crimes Act de 1961. Celles-ci ont été remplacées par des dispositions criminalisant les relations sexuelles avec un garçon de moins de 16 ans, les relations sexuelles avec des personnes souffrant de troubles mentaux et les attentats à la pudeur.

⁶⁹ L'article 19 de la loi néo-zélandaise sur les droits de l'homme (New Zealand Bill of Rights Act 1990) est libellé comme suit :

"19. Absence de discrimination -

- (1) Toute personne a le droit de ne pas subir de discrimination fondée sur la couleur, la race, les origines ethniques ou nationales, le sexe, l'état civil ou les convictions religieuses ou éthiques.
- (2) Les mesures prises de bonne foi dans le but d'aider ou de faire progresser des personnes ou des groupes de personnes défavorisées en raison de leur couleur, de leur race, de leurs origines ethniques ou nationales, de leur sexe, de leur état civil ou de leurs convictions religieuses ou éthiques ne constituent pas une discrimination."

⁷⁰ Les autres motifs de discrimination interdits par l'article 21 sont le sexe, l'état civil, les convictions religieuses, les convictions éthiques, la couleur, la race, les origines ethniques ou nationales, le handicap, l'âge, les opinions politiques, la situation professionnelle et la situation familiale.

L'article 15 (1) se lit comme suit :

"Tous les individus sont égaux devant la loi et ont droit à une égale protection et à un égal bénéfice de la loi, sans discrimination et, en particulier, sans discrimination fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou le handicap physique."

"Dans l'affaire *Egan*, il a été jugé, sur la base des "désavantages sociaux, politiques et économiques historiques subis par les homosexuels" et du consensus émergent entre les législateurs (au paragraphe 176), ainsi que des décisions judiciaires antérieures (au paragraphe 177), que l'orientation sexuelle est un motif analogue à ceux énumérés au paragraphe 15(1)."⁷²

⁷²

Dans l'affaire *Vriend v Alberta*, précitée à la note 27, le juge Cory, au paragraphe 90.

[50] Au Canada, la sodomie ("sodomie") et la "grossière indécence" entre adultes consentants ont été décriminalisées par la loi en 1969 pour les actes commis en privé entre personnes âgées de 21 ans et plus.⁷³ Actuellement, l'article 159(1) et (2) du Code criminel canadien, L.R.C. 1985, c. C-46, prévoit ce qui suit :

"(1) Toute personne qui se livre à un acte de pénétration anale est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans ou est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

- (2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à tout acte accompli, en privé, entre
- (a) mari et femme, ou
 - (b) deux personnes, âgées chacune de dix-huit ans ou plus, qui consentent toutes deux à l'acte".

Selon la loi canadienne -

⁷³

Criminal Law Amendment Act, 1968-69, SC 1968-69, c. 38, s. 7. La "sodomie" s'applique aux relations sexuelles anales entre personnes de même sexe et de sexe opposé. La "[G]ross indécence" s'appliquait aux actes sexuels entre deux personnes, et " donc potentiellement à toute activité sexuelle entre hommes ou entre femmes, ainsi qu'aux rapports oraux entre personnes de sexe opposé ". (Voir Wintemute ci-dessus, n. 62, p. 150).

"[t]oute personne âgée de 14 ans ou plus, qu'elle soit mariée ou non, peut consentir à la plupart des formes de comportement sexuel sans exploitation, y compris les rapports vaginaux, sans conséquences pénales".⁷⁴

⁷⁴ (1995) 30 CRR (2d) 112 (Cour d'appel de l'Ontario).

[51] Dans l'affaire *R c. M (C)*⁷⁵ la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que l'article 159 porte atteinte à l'article 15(1) de la Charte. La juge Abella a fondé sa conclusion sur le motif de l'orientation sexuelle et les juges Goodman et Catzman sur le motif de l'âge. Les juges ont tous convenu que la violation n'était pas justifiable en vertu de l'article 1 de la Charte. Dans son jugement portant sur la violation de l'article 15(1), la juge Abella a conclu que la distinction d'âge prévue à l'article 159 impose un fardeau fondé sur l'orientation sexuelle et désavantage arbitrairement les hommes gais :

"leur refuser jusqu'à 18 ans un choix disponible dès l'âge de 14 ans pour ceux qui ne sont pas homosexuels, à savoir le choix de l'expression sexuelle avec un partenaire consentant avec lequel ils ne sont pas mariés."

Elle a estimé qu'il avait un impact négatif sur eux et qu'il perpétuait de manière arbitraire et stéréotypée l'écart pour un groupe historiquement défavorisé au lieu de le réduire.⁷⁶

[52] L'étude ci-dessus montre qu'en 1967, un processus de changement a commencé dans les démocraties occidentales en ce qui concerne les attitudes juridiques à l'égard de l'orientation sexuelle. Ce processus a abouti, dans de nombreuses juridictions, à la dépénalisation de la sodomie en privé entre adultes consentants. En 1996, la sodomie en privé entre adultes consentants avait été décriminalisée au Royaume-Uni et en Irlande, dans la plupart des pays d'Europe occidentale, en Australie (avec le

75 Id.

76 Id, p. 119-120.

à l'exception de la Tasmanie), la Nouvelle-Zélande et le Canada.

[53] Les États-Unis d'Amérique font exception à cette tendance, comme l'illustre l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Bowers contre Hardwick*.⁷⁷ Dans cette affaire, une Cour fortement divisée, par une majorité de cinq contre quatre, s'est déclarée non convaincue que les lois sur la sodomie de quelque 25 États devaient être invalidées.

⁷⁷ 478 US 186 (1986).

[54] *L'arrêt Bowers contre Hardwick* a fait l'objet de critiques soutenues.⁷⁸ Il est intéressant de noter que dans la récente affaire *Romer v Evans*,⁷⁹ la Cour suprême des États-Unis a, sans se référer à sa décision dans l'affaire *Bowers v Hardwick*, annulé un amendement à la Constitution de l'État du Colorado qui interdisait les mesures publiques destinées à protéger les personnes en fonction de leur orientation sexuelle.

⁷⁸ Voir, par exemple, Tribe *American Constitutional Law* 2ed 1428 et T Grey "Bowers v Hardwick Diminished" (1997) 68 *University of Colorado Law Review* 373.

⁷⁹ 134 L Ed 2d 855 (1996).

[55] Aux fins de la présente affaire, je considère qu'il n'est pas nécessaire d'examiner ces critiques ni de savoir quel est le statut actuel de l'arrêt *Bowers* aux États-Unis. Notre Constitution de 1996 diffère tellement, en ce qui concerne la présente question, de celle des États-Unis d'Amérique que l'arrêt majoritaire dans l'affaire *Bowers* ne peut vraiment pas nous aider à construire et à appliquer notre propre Constitution. La Constitution de 1996 contient des garanties expresses en matière de vie privée et de dignité⁸⁰ ainsi qu'une interdiction expresse de toute discrimination injuste fondée sur l'orientation sexuelle, ce qui n'est pas le cas de la Constitution des États-Unis. Notre Constitution ou notre jurisprudence ne nous oblige pas non plus, comme la Constitution des États-Unis l'exige de sa Cour suprême, dans le cas de "... droits qui ne sont pas facilement identifiables dans le texte de la Constitution", à "... identifier la nature des droits qui bénéficient d'une protection judiciaire accrue".⁸¹

[56] Outre les États-Unis, d'autres pays démocratiques n'ont pas encore dépénalisé la sodomie en privé entre hommes adultes consentants. Contrairement aux constitutions de ces pays, cependant, notre Constitution de 1996 mentionne spécifiquement "l'orientation sexuelle" comme un motif énuméré à l'article 9(3) sur lequel l'État ne peut exercer de discrimination injuste, étant présumé (jusqu'à ce que le contraire soit établi) que la discrimination sur ce motif constitue une discrimination injuste et donc une violation de l'article 9.⁸²

80 Sections 14 et 10 respectivement.

81 *Bowers*, ci-dessus, n. 77, p. 191-2, par le juge White.

82 Article 9(5).

[57] Un certain nombre de sociétés ouvertes et démocratiques ont tourné le dos à la criminalisation de la sodomie en privé entre hommes adultes consentants, en dépit du fait que l'orientation sexuelle n'est pas expressément protégée dans les dispositions de leurs constitutions relatives à l'égalité. Les raisons pour lesquelles ils ont agi ainsi, qui sont mentionnées ci-dessus, renforcent la conclusion à laquelle je suis parvenu, à savoir que la limitation en question dans notre droit concernant une telle criminalisation ne peut être justifiée au titre de l'article 36(1) de la Constitution de 1996. Je serais parvenu à cette conclusion si le droit à l'égalité avait été violé à lui seul. Le fait que les droits constitutionnels des homosexuels à la dignité et à la vie privée aient également été violés place la justification encore plus loin au-delà des limites du possible.

Soumission au nom de l'Amicus Curiae

[58] Il convient à ce stade de traiter des arguments avancés au nom de l'amicus curiae. Comme nous l'avons déjà mentionné, il n'est pas suggéré que ces arguments conduiraient ou devraient conduire à un résultat différent de celui soutenu par M. Marcus au nom du requérant. L'idée maîtresse des arguments de M. Davis était que l'interprétation par cette Cour de la section 8(1) de la Constitution provisoire est inadéquate dans la mesure où elle n'accorde pas suffisamment de poids ou d'importance à ce qu'il appelle l'égalité substantielle. Il a soutenu que l'article 9(1)

différait substantiellement de son prédécesseur, principalement parce que les mots "et avantages" avaient été ajoutés aux mots "protection égale".

[59] Ce dernier argument n'est pas fondé. Quelle que soit l'interprétation correcte de l'article 9 dans son ensemble, l'ajout des mots "et des avantages" à l'article 9(1) n'a entraîné aucun changement de fond dans ses objectifs. L'article 9(1) rend clair ce qui était déjà manifestement implicite dans l'article 8(1) de la Constitution provisoire, à savoir que, tant en conférant des avantages aux personnes qu'en imposant des restrictions à l'action de l'État et à d'autres actions, l'État doit le faire d'une manière qui aboutit à l'égalité de traitement de toutes les personnes. C'est ce qui a été décidé dans l'affaire *Hugo*, où un avantage accordé aux mères d'enfants âgés de moins de douze ans, mais pas aux pères de ces enfants, a été considéré comme une discrimination au sens de l'article 8(2) de la Constitution provisoire et présumé injuste, parce que la discrimination était fondée sur une combinaison de motifs énumérés à l'article 8(2).⁸³

[60] Avant d'aborder les autres arguments de M. Davis, il est nécessaire de commenter la nature de l'égalité matérielle, une expression contestée qui ne se trouve dans aucune de nos Constitutions. En particulier dans un pays comme l'Afrique du Sud, les personnes appartenant à certaines catégories ont subi une discrimination injuste considérable dans le passé. Il ne suffit pas que la Constitution garantisse, par le biais de sa déclaration des droits, l'élimination des dispositions statutaires qui ont causé cette discrimination injuste dans le passé. Les discriminations injustes du passé ont souvent des conséquences négatives permanentes, la continuation de la discrimination injuste

dans le passé est un problème qui doit être résolu.

qui ne s'arrête pas immédiatement lorsque ses causes initiales sont éliminées et qui, s'il n'y est pas remédié, peut se poursuivre pendant une longue période, voire indéfiniment. Comme la justice, l'égalité retardée est une égalité refusée.

[61] La nécessité de telles mesures correctives ou de restitution a donc été reconnue dans les sections 8(2) et 9(3) des Constitutions provisoire et de 1996 respectivement. On pourrait parler d'une telle égalité comme d'une égalité réparatrice ou restitutive. En outre, comme cela a été reconnu dans l'affaire *Hugo*, traiter les gens de manière identique peut parfois entraîner une inégalité :

⁸³ Voir ci-dessus, n. 17, paragraphes 32 et 108.

"Nous devons donc développer un concept de discrimination injuste qui reconnaisse que, bien que notre objectif soit une société qui accorde à chaque être humain un traitement égal sur la base d'une valeur et d'une liberté égales, nous ne pouvons pas atteindre cet objectif en insistant sur un traitement identique en toutes circonstances avant que cet objectif ne soit atteint. Chaque cas, par conséquent, nécessitera une compréhension attentive et approfondie de l'impact de l'action discriminatoire sur les personnes concernées afin de déterminer si son impact global favorise ou non l'objectif constitutionnel d'égalité. Une classification qui est injuste dans un contexte donné ne l'est pas nécessairement dans un contexte différent".⁸⁴

C'est de cette dernière manière que nous avons résumé la notion d'égalité matérielle par opposition à l'égalité formelle.

[62] La section 9 de la Constitution de 1996, comme celle qui l'a précédée, envisage clairement l'égalité matérielle et corrective. L'égalité matérielle est envisagée lorsque la section 9(2) affirme sans équivoque que l'égalité comprend "la pleine et égale jouissance de tous les droits et libertés". L'État est en outre tenu de "promouvoir la réalisation de cette égalité" par "des mesures législatives et autres destinées à protéger ou à favoriser les personnes, ou les catégories de personnes, défavorisées par une discrimination injuste", ce qui envisage l'égalité réparatrice. Cela ne veut pas dire que les principes qui sous-tendent l'égalité réparatrice ne fonctionnent pas...

⁸⁴ Voir ci-dessus, n. 17, paragraphe 41. Dans une note de bas de page du passage ci-dessus, on peut lire ce qui suit :

" C'est le corollaire logique du principe selon lequel "les semblables doivent être traités de la même manière", que le fait de traiter des personnes différentes de la même manière peut être aussi inégal que de traiter des personnes différentes de la même manière. Voir la discussion dans Kentridge 'Equality' dans Chaskalson et al *Constitutional Law of South Africa* (Juta & Co Ltd, Kenwyn 1996) au paragraphe 14.2."

ailleurs. Cela a été clairement reconnu dans l'affaire *Harksen* lorsque, traitant de l'objectif de la disposition ou du pouvoir en tant que facteur à prendre en considération pour décider si la disposition discriminatoire a eu un impact injuste sur les plaignants, le juge Goldstone a déclaré :

" Si son objet ne vise manifestement pas, en premier lieu, à handicaper les plaignants de la manière indiquée ci-dessus, mais vise à atteindre un objectif sociétal digne et important, tel que, par exemple, la promotion de l'égalité pour tous, cet objet peut, selon les faits de l'espèce, avoir une incidence significative sur la question de savoir si les plaignants ont effectivement subi l'altération en question ". Dans l'affaire *Hugo*, par exemple, l'objectif de la loi présidentielle était de bénéficier à trois groupes de détenus, à savoir les détenus handicapés, les jeunes et les mères de jeunes enfants, par mesure de clémence. Le fait que tous ces groupes soient considérés comme particulièrement vulnérables dans notre société et que, dans le cas des handicapés et des jeunes mères, ils appartiennent à des groupes qui ont été victimes de discrimination dans le passé, a pesé dans la balance.

avec la Cour en concluant que la discrimination n'était pas injuste... ".⁸⁵ (Note de bas de page omise).

[63] Il est clair, en outre, qu'en vertu de la section 8(1) de la Constitution provisoire, l'enquête engloberait à la fois la différenciation directe et indirecte. Cela doit nécessairement découler de la référence, à l'article 8(2), à la "discrimination directe et indirecte". Cela a été soutenu implicitement dans l'affaire *Harksen* (où la Cour n'a pas eu à traiter de la discrimination indirecte) et explicitement dans l'affaire *Walker* ; cette dernière étant une affaire où la discrimination indirecte était présente et où Langa DP, au nom de la Cour, a soutenu que la Cour avait le droit d'enquêter sur la discrimination

directe.

⁸⁵ Voir ci-dessus, n. 17, paragraphe 51(b).

le test de l'article 8(1) a été satisfait.⁸⁶

[64] À mon avis, les autres arguments de M. Davis ne peuvent être soutenus pour les raisons suivantes :

- (a) Cette Cour a donné effet à l'égalité matérielle dans son interprétation de la section 8 de la Constitution provisoire ;
- (b) Cette analyse n'est pas moins applicable à l'article 9 de la Constitution de 1996 et les mots supplémentaires "et bénéficiaire" dans l'article 9(1) ne vont pas plus loin ;
- (c) Il n'est donc pas nécessaire d'élaborer une nouvelle interprétation de l'article 9, paragraphe 1, de la Constitution de 1996. En effet, dans le présent arrêt, j'ai procédé à une analyse de fond à l'appui de la conclusion à laquelle M. Marcus et M. Davis prétendent.

Sodomie consensuelle et non consensuelle

⁸⁶ Voir ci-dessus, n. 17, paragraphes 27 et 30-33.

[65] Jusqu'à présent, nous n'avons considéré que l'interdiction pénale de la sodomie en privé entre hommes consentants. La définition de la sodomie en common law est toutefois plus large et ne se limite pas aux rapports sexuels privés consensuels per anum entre hommes adultes. Elle s'applique également aux relations sexuelles anales dans des circonstances où l'un des deux hommes n'a pas donné son consentement ou lorsque l'un des partenaires n'a pas atteint l'âge du consentement ; les cas de ce que l'on appelle le "viol anal" ou le "viol masculin", que la victime soit un homme adulte ou un enfant ou un nourrisson de sexe masculin.⁸⁷

⁸⁷

Voir Milton *South African Criminal Law and Procedure vol II, Common-law Crimes* 3ed (Juta, Cape Town 1996) à 254-5 et Snyman *Criminal Law* 3ed (Butterworths, Durban 1995) à 341.

[66] Je ne connais aucune juridiction qui, lorsqu'elle a dépénalisé les rapports sexuels consensuels privés entre hommes adultes, n'a pas conservé ou créé simultanément une infraction qui continue à criminaliser les relations sexuelles per anum même lorsqu'elles ont lieu en privé, lorsqu'elles ont lieu sans consentement ou lorsqu'un des partenaires n'a pas l'âge du consentement. Le législateur fixe généralement un âge minimum pour que les parties puissent bénéficier de la dépénalisation. La nécessité de conserver un certain contrôle, même sur les actes consensuels de sodomie commis en privé, a été reconnue dans *l'affaire Dudgeon contre Royaume-Uni*.⁸⁸ De même, au Canada, par exemple, les relations sexuelles anales sont criminalisées en termes généraux par la loi et les seuls actes exclus sont ceux commis en privé entre mari et femme, ou entre deux personnes âgées chacune de dix-huit ans ou plus, qui consentent toutes deux à l'acte.⁸⁹ Il faut cependant souligner que les dispositions ainsi prises l'ont toujours été par voie législative.

⁸⁸ Voir ci-dessus, n. 51, p. 163 et 164, paragraphes 47 à 9.

⁸⁹ Voir le paragraphe 50 ci-dessus pour les dispositions pertinentes de la loi.

[67] La question qui se pose est celle de savoir si, en déclarant que l'infraction de sodomie prévue par la common law n'est pas constitutionnellement valide, la Cour doit le faire uniquement dans la mesure où l'infraction est incompatible avec la Constitution ou si elle a le pouvoir de déclarer l'infraction invalide dans son intégralité. C'est cette dernière solution qu'a retenue le juge Heher, en dépit du fait que les requérants avaient, dans leur argumentation, limité leur demande de réparation aux actes consensuels commis en privé.⁹⁰ La section 172(1)(a)⁹¹ de la Constitution de 1996 permet uniquement à une juridiction compétente de déclarer qu'une loi incompatible avec la Constitution est invalide "dans la mesure de son incompatibilité". Au-delà, la Cour n'est pas habilitée à aller plus loin. Il est théoriquement possible de déclarer l'invalidité de l'infraction de sodomie dans la mesure où elle concerne les relations sexuelles per anum en privé entre des hommes consentants qui ont atteint l'âge du consentement et sont capables de donner ce consentement. Ce n'est toutefois pas nécessairement la fin de l'enquête.

⁹⁰ Ci-dessus n 1 à 750G-H.

⁹¹ L'article 172(1)(a) prévoit :
"Lorsqu'il décide d'une question constitutionnelle relevant de son pouvoir, un tribunal -
(a) doit déclarer que toute loi ou tout comportement qui est incompatible avec la

La Constitution est invalide dans la mesure de son incohérence. . ."

[68] Nous avons parfois déclaré que des dispositions statutaires étaient constitutionnellement invalides, bien que cela ait impliqué une formulation compliquée de la mesure dans laquelle une disposition était incompatible avec la Constitution.⁹² Cependant, une incompatibilité partielle notionnelle n'est pas suffisante en soi pour justifier un ordre d'invalidité constitutionnelle aussi limité ; la question de la divisibilité doit également être abordée. À cet égard, le juge Kriegler, dans les affaires *Coetsee c. Gouvernement de la République d'Afrique du Sud et autres* ; *Matiso et autres c. Commandant de la prison de Port Elizabeth et autres*, a formulé le test suivant pour la Cour :

"Bien que la divisibilité dans le contexte du droit constitutionnel puisse souvent exiger un traitement spécial, en l'espèce, le critère de base peut être appliqué correctement : si le bien ne dépend pas du mal et peut en être séparé, on donne effet au bien qui reste après la séparation s'il donne toujours effet à l'objectif principal de la loi. Le site

⁹² Ainsi, dans l'affaire *Ferreira v Levin*, précitée à la note 34, au paragraphe 157, l'ordonnance suivante a été rendue :

" 1. Les dispositions de l'article 417(2)(b) de la loi sur les sociétés de 1973 sont, avec effet immédiat, déclarées invalides, dans la seule mesure où les mots :
 et toute réponse donnée à une telle question peut ensuite
 être utilisée comme preuve contre lui".
 à l'article 417(2)(b) s'appliquent à l'utilisation d'une telle réponse contre la
 personne qui a donné cette réponse, dans le cadre d'une procédure pénale
 contre cette personne, autre qu'une procédure où cette personne est jugée sur
 une accusation relative à la prestation ou à la prestation d'un serment ou à la
 prestation ou à la formulation d'une affirmation ou à la fourniture d'un faux
 témoignage ou à la formulation d'une fausse déclaration en rapport avec ces

questions et réponses ou à un manquement à répondre à des questions

légal de manière complète et satisfaisante."

Le test comporte deux parties : premièrement, est-il possible de dissocier les dispositions invalides et, deuxièmement, si c'est le cas, ce qui reste donne-t-il effet à l'objectif du régime législatif ? ⁹³

[69] En l'espèce, nous traitons bien sûr de l'incohérence et de l'invalidité constitutionnelles d'une infraction de droit commun, mais je ne vois aucune raison valable pour laquelle les principes constitutionnels qui sous-tendent l'approche susmentionnée ne devraient pas, en les adaptant de manière appropriée, s'appliquer également au cas présent où, par une application directe de la Déclaration des droits, nous avons constaté que le cœur même de l'infraction était constitutionnellement invalide. Il ne fait aucun doute que l'existence de l'infraction de common law n'a pas été dictée par l'objectif de punir le "viol masculin". La seule raison de son existence était la nécessité perçue de criminaliser une forme particulière d'expression sexuelle gay ; des motifs et des objectifs que nous avons jugés en contradiction flagrante avec la Constitution. Le fait que le champ d'application de l'infraction soit suffisamment large pour inclure le "viol masculin" n'est qu'une coïncidence. Le cœur de l'infraction était d'interdire l'expression sexuelle gay d'un type particulier.

[70] Nous sommes en droit, à mon avis, de tenir compte de la politique en matière de droit pénal dans le contexte de la formation et du développement de l'infraction en question en common law. Si, au moment de la

⁹³ 1995 (10) BCLR 1382 (CC) ; 1995 (4) SA 631 (CC) au paragraphe 16. La référence de la note de bas de page dans le texte cité a été omise mais la note de bas de page elle-même se lit comme suit : " *Johannesburg City Council v Chesterfield House* 1952 (3) SA 809 (A) at 822 D - E. Voir également *S v Lasker* 1991 (1) SA 558 (CPD) at 566 ".

Au moment de la reconnaissance de l'infraction en question en common law, les normes juridiques et sociétales étaient telles que l'expression sexuelle homosexuelle n'était pas considérée comme devant être proscrite pénalement, il est très difficile de concevoir que cette infraction particulière ait vu le jour dans le seul but de criminaliser le viol masculin. En tout état de cause, une telle infraction aurait été punissable en tant que forme d'agression, comme l'était d'ailleurs le rapport anal avec une femme sans son consentement.

[71] Si l'on applique cette approche à l'époque actuelle, la même conclusion s'impose. Sous réserve des réserves qui seront exprimées plus loin dans le présent arrêt concernant la rétroactivité des ordonnances d'invalidité constitutionnelle, ni la cohérence de la common law, ni la politique judiciaire n'exigent le maintien d'une forme fortement tronquée de l'infraction de common law. Les actes de viol masculin constituent toujours des crimes en common law, que ce soit sous la forme d'attentat à la pudeur ou d'agression avec intention de causer des lésions corporelles graves. Ce sont les formes pénales par lesquelles est puni le rapport anal avec une femme, sans son consentement. Les peines compétentes qui peuvent être imposées pour ces infractions n'ont pas été limitées par la loi et la sévérité de ces peines peut être adaptée à la gravité des infractions commises. Tout en s'abstenant de tout commentaire, dans un sens ou dans l'autre, sur la validité constitutionnelle des limites d'âge ou des limites d'âge différentielles prescrites à l'article 14 de la loi sur les infractions sexuelles, il

ACKERMANN J

convient de souligner que ses dispositions protègent effectivement les personnes en dessous d'un certain âge contre les actes hétérosexuels et homosexuels de nature prescrite commis avec elles.

La déclaration de nullité de l'infraction dans son intégralité ne laissera aucun hiatus dans le droit pénal.

[72] Le ministre n'a pas fait appel de l'ordonnance d'invalidité constitutionnelle sans réserve rendue par la Haute Cour et il n'a pas été suggéré dans son argumentation que nous devrions interférer avec sa portée. Comme indiqué ci-dessus, d'autres pays démocratiques ont traité le viol masculin par le biais de nouvelles dispositions légales à cet égard. C'est à notre législateur qu'il appartient de décider s'il suivra ou non cet exemple. Pour toutes les raisons susmentionnées, je suis d'avis qu'il n'y a pas de justification adéquate pour faire une déclaration limitée d'invalidité en ce qui concerne l'infraction de sodomie en common law et que, par conséquent, il n'y a pas de justification pour interférer avec la portée de l'ordonnance rendue par la Haute Cour en déclarant l'infraction de sodomie constitutionnellement invalide dans son intégralité.

[73] Bien que, comme indiqué précédemment dans cet arrêt, la Cour ne soit pas formellement saisie de l'exactitude du paragraphe 1 de l'ordonnance de la Haute Cour, nous sommes obligés d'examiner son exactitude, ou l'étendue de son exactitude, afin d'examiner les conditions dans lesquelles les paragraphes 4 et 5 de l'ordonnance devraient être confirmés. À mon avis, cette Cour a le pouvoir de le faire, dans la mesure où il s'agit d'une question inévitablement liée à une décision sur une question constitutionnelle aux fins de l'article 167(3)(b) de la Constitution de 1996. En tant que question constitutionnelle relevant de son pouvoir, la Cour est tenue, en vertu de

ACKERMANN J

l'article 172(1)(a), de déclarer l'invalidité de l'infraction en question dans la mesure de son incompatibilité avec la Constitution. J'approuve donc le paragraphe 1 de l'ordonnance de la Haute Cour déclarant que l'infraction de sodomie de droit commun est incompatible avec la Constitution de 1996.

Constitution et invalidité.

La validité constitutionnelle de la section 20A de la loi sur les délits sexuels de 1957

[74] Pour des raisons de commodité, les dispositions de l'article 20A de la loi sur les infractions sexuelles sont à nouveau citées :

- "(1) Un homme qui commet avec un autre homme, lors d'une fête, un acte qui est calculé pour stimuler la passion sexuelle ou donner une gratification sexuelle, est coupable d'une infraction.
- (2) Aux fins du paragraphe (1), on entend par "fête" toute occasion où plus de deux personnes sont présentes.
- (3) Les dispositions du paragraphe (1) ne dérogent pas à la common law, à toute autre disposition de la présente loi ou à une disposition de toute autre loi. "

[75] L'objectif et l'impact absurde et discriminatoire de cette disposition peuvent être démontrés par de nombreux exemples. Un seul suffira. Un couple d'homosexuels assiste à une réunion sociale à laquelle participent des couples homosexuels, lesbiens et hétérosexuels. L'homme gay, en présence des autres invités, embrasse son partenaire gay sur la bouche d'une manière "calculée pour stimuler" sa "passion sexuelle" et celle de son partenaire et pour leur donner à tous deux une "gratification sexuelle". Ils ne font rien de plus. Un couple de lesbiennes et un couple d'hétérosexuels font exactement la même chose. Le couple gay est coupable d'une infraction. Les couples lesbiens et hétérosexuels non. Cameron a commenté à juste

titre l'absurdité et les conséquences tragi-comiques de cette situation.

la promulgation.⁹⁴

[76] En l'absence de disposition similaire pour les actes entre femmes, entre hommes et femmes ou entre femmes et hommes, la discrimination est fondée sur l'orientation sexuelle et est donc présumée injuste. L'impact voulu et causé par la disposition est flagrant, intense, avilissant et destructeur de l'épanouissement personnel, de l'expression sexuelle et de l'orientation sexuelle. En raison de la variété infinie d'actes qu'elle englobe

⁹⁴

Cameron, ci-dessus, n. 23, p. 455, où il est dit ce qui suit :

"Les résultats de ce texte de loi ont parfois été comiques. Sa jurisprudence comprend une décision solennelle de deux juges de la Cour suprême selon laquelle il n'y a pas eu de "fête" lorsqu'un commandant de police, visitant un sauna gay bien connu de Johannesburg pour le piéger, a fait irruption dans un box où deux hommes se livraient à des actes sexuels et a allumé la lumière. Le tribunal a jugé - dans une décision libérale - que le fait que les deux hommes se soient séparés lorsque le major a allumé la lumière empêchait la constitution d'une "fête". [S v C 1987 (2) SA 76 (W) at 811-J.] Le résultat est une illustration heureuse des absurdités auxquelles donnent nécessairement lieu les tentatives d'application de lois de ce genre."

dans son interdiction, l'impact est large et de grande portée. En ce qui concerne cette disposition, il y a encore moins à dire pour contrer la présomption d'injustice que dans le cas de la sodomie. L'article équivaut à une discrimination injuste et, pour les mêmes raisons fondamentales que celles exprimées ci-dessus à propos de la sodomie, l'article ne peut être justifié en vertu de l'article 36(1) de la Constitution de 1996. Rien ne nous permet d'affirmer que la disposition était motivée par autre chose qu'un préjugé de rang et qu'elle avait pour but d'éradiquer ces formes d'expression érotique homosexuelle. À mon avis, le juge Heher a décidé à juste titre que les dispositions de l'article 20A de la loi sur les infractions sexuelles sont incompatibles avec l'article 9 de la Constitution et sont invalides.

La validité constitutionnelle de l'inclusion de l'infraction de sodomie dans l'annexe 1 de la LPC et dans l'annexe de la loi sur les agents de sécurité.

[77] Dès lors qu'il est établi que l'infraction de sodomie est incompatible avec la Constitution, son inclusion dans les annexes susmentionnées doit nécessairement être également incompatible avec la Constitution. Je confirme donc les paragraphes 4 et 5 de l'ordonnance de la Haute Cour déclarant que l'inclusion de la sodomie est incompatible avec la Constitution de la République d'Afrique du Sud de 1996 et est invalide.

[78] J'ai eu l'occasion de lire le jugement concordant préparé par Sachs

J. Je suis d'accord avec les sentiments exprimés dans ce document.

[79] Avant de traiter de l'ordonnance appropriée à prendre, il est nécessaire de revenir sur la question évoquée en passant au paragraphe 3 du présent arrêt, à savoir les difficultés qui peuvent surgir du fait que la Constitution de 1996 ne prévoit pas un renvoi obligatoire lorsqu'une infraction de droit commun est déclarée non conforme à la Constitution par une High Court. La présente affaire en est une bonne illustration. D'un point de vue très formel, la Cour n'est pas saisie de l'ordonnance de la Haute Cour concernant l'invalidité constitutionnelle de l'infraction de sodomie de droit commun. Pourtant, il est impossible de considérer la confirmation des ordonnances relatives à l'inclusion de la sodomie dans les annexes pertinentes de la CPA et de la loi sur les agents de sécurité indépendamment de l'ordonnance relative à l'infraction de sodomie elle-même. Il serait constitutionnellement intolérable qu'une ordonnance d'une Haute Cour annulant l'infraction dans son intégralité doive être maintenue alors que, dans le même temps, cette Cour confirme l'annulation de l'infraction, telle qu'elle est incluse dans les annexes mentionnées, mais seulement dans une mesure limitée. Heureusement, pour les raisons déjà exposées,⁹⁵ nous sommes en mesure, dans les circonstances particulières de cette affaire, d'examiner la validité constitutionnelle de l'infraction de sodomie de common law elle-même. Des problèmes analogues se posent en ce qui concerne les degrés de rétroactivité des ordonnances.

[80] Il est fortuit que la même Haute Cour, dans la même affaire, ait traité de

l'infraction de droit commun et des dispositions législatives incorporant l'infraction de droit commun. Il n'était pas nécessaire qu'il en soit ainsi. L'infraction de droit commun aurait pu être déclarée constitutionnelle.

invalide dans un cas et la disposition légale dans un autre, mais tous deux dans la même Haute Cour. Cette Cour aurait alors été confrontée au problème supplémentaire, lorsqu'elle a été confrontée à la confirmation de la seule disposition légale, que l'infraction de common law avait été traitée dans une autre affaire.

[81] Un résultat tout aussi indésirable pourrait s'ensuivre s'il y avait des décisions contradictoires dans différentes Hautes Cours concernant la validité constitutionnelle d'une même infraction de common law, ou l'étendue de son invalidité, en l'absence d'un mécanisme constitutionnel exprès par lequel un tel conflit pourrait, en toute logique, être définitivement tranché pour l'ensemble du pays.

[82] Pour ces raisons, il me semble que les parties à des procédures dans lesquelles des déclarations d'inconstitutionnalité sont faites devraient, lorsqu'elles examinent l'opportunité d'un recours, accorder une attention particulière aux termes de l'ordonnance rendue ainsi qu'aux questions d'inconstitutionnalité. Il peut y avoir des circonstances où un recours contre les termes de l'ordonnance est approprié même s'il n'y a pas de contestation concernant la conclusion d'inconstitutionnalité elle-même.

⁹⁵ Paragraphe 9 ci-dessus.

L'ordre

[83] Aux fins de la présente étude, les dispositions pertinentes de l'article 172 de la Constitution se lisent comme suit :

- "(1) Lorsqu'il statue sur une question constitutionnelle relevant de sa compétence, un tribunal...
- (a) doit déclarer que toute loi ou tout comportement incompatible avec la Constitution est invalide dans la mesure de son incompatibilité ; et
 - (b) peut rendre toute ordonnance qui est juste et équitable, y compris...
 - (i) une ordonnance limitant l'effet rétroactif de la déclaration d'invalidité ; et
 - (ii) une ordonnance suspendant la déclaration de nullité pour toute période et à toute condition, afin de permettre à l'autorité compétente de corriger le défaut.
- (2) (a) La Cour suprême d'appel, une Haute Cour ou une cour de statut similaire peut rendre une ordonnance concernant la validité constitutionnelle d'une loi du Parlement, d'une loi provinciale ou de toute conduite du Président, mais une ordonnance d'invalidité constitutionnelle n'a aucune force à moins d'être confirmée par la Cour constitutionnelle.
- (b)
 - (c)
 - (d) Toute personne ou tout organe de l'État ayant un intérêt suffisant peut faire appel ou demander directement à la Cour constitutionnelle de confirmer ou de modifier une décision d'invalidité constitutionnelle prise par un tribunal en vertu du présent paragraphe."

[84] Le paragraphe (1)(b) diffère à divers égards de l'article 98(5), (6) et (7) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés.

Constitution provisoire.⁹⁶ Pour les besoins actuels, les différences significatives sont les suivantes :

⁹⁶

Les articles 98 (5), (6) et (7) de la Constitution provisoire prévoient ce qui suit :

- "(5) Dans le cas où la Cour constitutionnelle constate qu'une loi ou une disposition de celle-ci est incompatible avec la présente Constitution, elle déclare cette loi ou disposition invalide dans la mesure de son incompatibilité : A condition que la Cour constitutionnelle puisse, dans l'intérêt de la justice et du bon gouvernement, demander au Parlement ou à toute autre autorité compétente, dans un délai spécifié par la Cour, de corriger le défaut de la loi ou de la disposition, qui restera alors en vigueur en attendant la correction ou l'expiration du délai ainsi spécifié.
- (6) À moins que la Cour constitutionnelle, dans l'intérêt de la justice et du bon gouvernement, n'en décide autrement, et sauf dans la mesure où elle l'ordonne, la déclaration d'invalidité d'une loi ou d'une de ses dispositions -
 - (a) existant à l'entrée en vigueur de la présente Constitution, n'invalide pas les actes accomplis ou autorisés en vertu de celle-ci avant l'entrée en vigueur de cette déclaration d'invalidité ; ou
 - (b) adoptée après cette entrée en vigueur, invalidera tout ce qui a été fait ou permis en vertu de celle-ci.
- (7) Dans le cas où la Cour constitutionnelle déclare qu'un acte ou un comportement exécutif ou administratif ou une menace d'acte ou de comportement exécutif ou administratif a été commis.

l'acte ou le comportement d'un organe de l'État est inconstitutionnel, il peut ordonner à l'organe de l'État concerné de s'abstenir de cet acte ou de ce comportement ou, sous réserve des conditions et dans le délai qu'il peut spécifier, de corriger cet acte ou ce comportement conformément à la présente Constitution."

(a) En ce qui concerne la déclaration d'invalidité constitutionnelle d'une loi ou d'une de ses dispositions, l'article 98(6) de la Constitution provisoire réglementait différemment les conséquences d'une telle déclaration, selon que la loi existait au moment de l'entrée en vigueur de la Constitution provisoire ou qu'elle a été adoptée après. La Constitution de 1996 ne fait pas une telle distinction.

(b) L'effet d'une déclaration d'invalidité (sous réserve du pouvoir de la Cour constitutionnelle d'en décider autrement) est traité plus en détail dans la Constitution provisoire aux alinéas (a) et (b) de l'article 98(6). En vertu de la Constitution de 1996, et en l'absence d'une décision contraire d'un tribunal compétent, rien d'autre n'est prévu, si ce n'est qu'elle a un effet rétroactif. Je le déduis du fait que le pouvoir d'une juridiction compétente de rendre une ordonnance à cet égard en vertu de l'article 172(1)(b)(i) est de limiter "l'effet rétroactif de l'ordonnance d'invalidité constitutionnelle", interprété dans le contexte du principe de la théorie objective de l'invalidité constitutionnelle adopté dans l'affaire *Ferreira v Levin*⁹⁷ à savoir qu'une loi préexistante qui est incompatible avec la Constitution devient invalide au moment où les dispositions pertinentes de la Constitution entrent en vigueur.⁹⁸

(c) Le pouvoir d'une juridiction compétente de rendre une ordonnance différente de celle qui est prévue

⁹⁷ Voir ci-dessus n. 34, paragraphes 26-29, en particulier le paragraphe 28.

⁹⁸ Ceci est bien sûr soumis au pouvoir exprès accordé à une juridiction compétente en vertu de l'article

172(1)(b)(ii) de rendre "une ordonnance suspendant la déclaration d'invalidité pour toute période et à toute condition, afin de permettre à l'autorité compétente de corriger le défaut".

par la Constitution sont formulées différemment. Sous la Constitution provisoire, les dispositions de la section 98(6)(a) et (b) étaient dominantes, la Cour constitutionnelle étant habilitée à ordonner autre chose que ce qui est prévu dans ces paragraphes "dans l'intérêt de la justice et du bon gouvernement". Sous la Constitution de 1996, la disposition dominante de la section 172(1)(b)(i) est qu'un tribunal compétent :

"(b) peut rendre toute ordonnance qui est juste et équitable, y compris -

- (i) une ordonnance limitant l'effet
rétroactif de la déclaration d'invalidité
;"

[85] Les raisons pour lesquelles les requérants n'ont pas procédé au redressement demandé aux paragraphes (b) et (d) de leur avis de motion⁹⁹ sont expliquées comme suit dans l'arrêt de la Haute Cour :

"Les requérants ont fait valoir que l'effet de l'invalidité des crimes de droit commun devrait être examiné [dans] des cas individuels qui n'ont pas encore été finalisés. La préoccupation des requérants à cet égard était que les crimes de droit commun interdisaient certains comportements qui peuvent rester interdits malgré la Constitution. Si, par exemple, une personne a été condamnée pour sodomie (plutôt que pour attentat à la pudeur) en raison d'un acte " masculin ", elle peut être condamnée pour sodomie.

⁹⁹ L'intégralité du redressement initialement demandé dans l'avis de motion est citée au paragraphe 4 ci-dessus. Les paragraphes (b) et (d) lire comme suit :

- "(b) une ordonnance invalidant toute condamnation pour l'infraction de sodomie si cette condamnation se rapporte à une conduite commise après le 27 avril 1994 et si un appel ou une révision du jugement pertinent est en cours ou si le délai pour interjeter appel de ce jugement n'a pas encore expiré ;
- (d) une ordonnance invalidant toute condamnation pour l'infraction de

commission d'un acte sexuel non naturel entre hommes si cette condamnation se rapporte à un comportement commis après le 27 avril 1994 et si un appel ou une révision du jugement pertinent est en cours ou si le délai d'appel de ce jugement n'a pas encore expiré".

viol", sa condamnation pour sodomie ne devrait pas être annulée sans être remplacée par une nouvelle condamnation appropriée pour attentat à la pudeur. De l'avis des avocats des requérants, la large réparation demandée par leurs clients aux paragraphes (b) et (d) ne facilitait pas ce processus et ils ont donc abandonné la demande de cette réparation. "¹⁰⁰

[86] La raison pour laquelle les requérants n'ont pas, en fin de compte, maintenu le redressement demandé au paragraphe f) de leur avis de requête devant la High Court est reflétée comme suit dans l'arrêt de cette Cour¹⁰¹ de leur avis de requête devant la Haute Cour est reflétée comme suit dans l'arrêt de cette Cour :

". L'invalidation des condamnations en vertu de l'article 20A de la loi sur les infractions sexuelles ne pose pas de problèmes du type de ceux posés par les crimes de common law. Le site

¹⁰⁰ ci-dessus, n. 1, p. 731H-J.

¹⁰¹ "(f) une ordonnance annulant toute condamnation pour infraction à l'article 20A de la loi sur les infractions sexuelles de 1957 (loi 23 de 1957), si cette condamnation concerne un comportement commis après le 27 avril 1994 et si un appel ou une révision du jugement pertinent est en cours ou si le délai d'appel de ce jugement n'a pas encore expiré ;".

Les requérants ont toutefois fait valoir que seule la Cour constitutionnelle était compétente pour accorder une réparation qui aurait l'effet généralisé de la réparation demandée au paragraphe (f) et, s'ils avaient raison, ils s'adresseraient en temps voulu à la Cour constitutionnelle pour obtenir une ordonnance appropriée."¹⁰²

¹⁰² Voir ci-dessus, n. 1, p. 732A.

[87] Bien que, lors des plaidoiries devant cette Cour, les avocats des requérants n'aient pas abandonné l'argument selon lequel seule cette Cour a le pouvoir de rendre une telle ordonnance, ils ne l'ont pas vigoureusement défendu. À mon avis, cette thèse ne peut être soutenue. Toutes les juridictions compétentes pour faire des déclarations d'invalidité constitutionnelle ont le pouvoir de rendre une ordonnance appropriée en vertu de l'article 172(1)(b)(i) si une telle ordonnance, dans les circonstances d'un cas particulier, est "juste ou équitable". C'est en fait ce qui a été décidé dans l'affaire *S v Ntsele*.¹⁰³ La véritable question est de savoir si, dans les circonstances de cette affaire, une ordonnance limitant la rétroactivité de la déclaration d'invalidité serait effectivement juste et équitable, si l'on interprète correctement ce concept dans le contexte de l'article et de la Constitution dans son ensemble.

[88] Dans la mesure où une juridiction de première instance dispose de ce pouvoir, cette juridiction doit s'interroger sur son exercice. Cela est nécessaire car, dans un cas donné, il peut être nécessaire de recevoir des preuves afin de décider si, et de quelle manière, ce pouvoir doit être exercé. Il est essentiel que le tribunal de première instance reçoive et, si nécessaire, se prononce sur ces preuves, et non une cour d'appel ou notre Cour lors de la confirmation. L'importance de suivre une telle procédure a été soulignée par notre Cour dans des affaires similaires.

¹⁰³ 1997 (11) BCLR 1543 (CC) au paragraphe 12.

à plusieurs reprises.¹⁰⁴

[89] Les observations ci-dessus donnent une idée de la complexité de la décision de limiter ou non la rétroactivité de l'ordonnance et, si l'on décide de la limiter, de la décision qui serait juste et équitable. Il existe d'autres difficultés, dont certaines ont été soulevées avec les avocats lors des plaidoiries. En conséquence, la Cour a jugé utile d'inviter les requérants et le ministre à présenter des arguments écrits sur l'ordonnance la plus appropriée dans les circonstances de l'espèce. Ces arguments écrits ont été dûment remis par ces parties et nous les avons examinés. Il est nécessaire de traiter séparément les différents paragraphes de l'ordonnance de la Haute Cour.

Le décret d'invalidation du crime de sodomie en common law

¹⁰⁴ *Brink v Kitshoff NO* 1996 (6) BCLR 752 (CC) ; 1996 (4) SA 197 (CC) aux para 4 - 5 ; *Parbhoo and Others v*
Getz NO and Another 1997 (10) BCLR 1337 (CC) ; 1997 (4) SA 1095 (CC) para at 5 ; *Lawrence v the State and Another* ; *Negal v the State and Another* ; *Solberg v The State and Another* 1997 (10) BCLR 1348 (CC) ; 1997 (4) SA 1176 (CC) at paras 14 - 16 ; *S v Ntsele* 1997 (11) BCLR 1543 (CC) at para13 ; *City Council of Pretoria v Walker* 1998 (3) BCLR 257 (CC) ; 1998 (2) SA 363 (CC) au paragraphe 15 ; *Mistry v Interim National Medical and Dental Council and Others* 1998 (7) BCLR 880 (CC) au paragraphe 34.

[90] Dans cet arrêt, on est déjà arrivé à la conclusion que cette infraction devait être déclarée constitutionnellement invalide dans son intégralité. Cette conclusion a été atteinte par une application directe de la Déclaration des droits à une infraction pénale de common law, et non par un processus de développement de la common law.

[91] Nous sommes parvenus à cette conclusion, en dépit du fait que l'invalidité constitutionnelle de l'infraction de sodomie en common law ne nous était pas directement soumise, parce qu'il s'agissait d'une étape indispensable et inévitable pour conclure que l'inclusion de cette infraction dans les diverses annexes statutaires était constitutionnellement invalide¹⁰⁵. Il s'agissait donc d'une question constitutionnelle que la Cour était obligée de trancher en vertu de l'article 172(1) de la Constitution de 1996. La Cour est obligée par la section 172(1)(a), à la lumière de cette conclusion, de rendre une ordonnance d'invalidité. L'article 172(1)(b) habilite ensuite la Cour à rendre toute ordonnance "juste et équitable". En tout état de cause, il est impossible de rendre une ordonnance au titre de l'article 172(1)(b) de la Constitution qui soit juste et équitable en ce qui concerne l'invalidité de l'inclusion de l'infraction dans les annexes statutaires, sans rendre en même temps une telle ordonnance en ce qui concerne l'invalidité constitutionnelle de l'infraction elle-même. Pour que cette Cour s'acquitte correctement de son devoir en vertu de l'article 172(1)(b) dans le premier cas, elle est obligée de le faire également dans le second cas. Il existe des préoccupations d'intérêt

public à cet égard qui vont au-delà des intérêts des parties dans la présente affaire.

Les parties ne peuvent en tout cas subir aucun préjudice. Il est clair qu'à l'époque, elles avaient une mauvaise compréhension de ce que signifiaient leurs concessions par rapport à l'ordonnance, ainsi que de l'effet de l'ordonnance rendue par le juge Heher. Toutes les parties ont demandé à la Cour, en ce qui concerne l'invalidité constitutionnelle de l'infraction elle-même, d'exercer les pouvoirs que lui confère l'article 172(1)(b). À mon avis, nous sommes constitutionnellement obligés de le faire dans le cas présent.

[92] Le critère de l'ordonnance qu'un tribunal est compétent pour rendre en vertu de la section 172(1)(b) de la Constitution de 1996 suite à une déclaration d'invalidité constitutionnelle est qu'elle doit être "juste et équitable". Le critère de l'article 98(6) de la Constitution provisoire était "les intérêts de la justice et du bon gouvernement". Il n'y a pas encore eu de jugement complet de cette Cour sur la signification de "juste et équitable" dans la section 172(1)(b) de la Constitution de 1996, bien qu'il y ait été fait allusion dans *S v Ntsele*¹⁰⁶ et *De Lange v Smuts NO et autres*.¹⁰⁷ Il n'est pas non plus nécessaire de tenter une tâche aussi complète dans la présente affaire.

[93] Dans l'affaire *Ntsele*,¹⁰⁸ le juge Kriegler, traitant de la Constitution de 1996, a déclaré que le

¹⁰⁶ Voir ci-dessus, n. 103, paragraphes 12-14.

¹⁰⁷ Voir ci-dessus, n. 43, paragraphes 104-5.

¹⁰⁸ Voir ci-dessus, n. 103, paragraphe 14.

Les principales caractéristiques qui doivent être prises en compte lorsqu'on envisage la possibilité d'une ordonnance rétroactive ont été résumées de façon très claire dans le passage suivant de l'arrêt du juge O'Regan dans les affaires *S contre Bhulwana et S contre Gwadiso* :¹⁰⁹

"L'élément central de l'examen des intérêts de la justice dans un cas particulier est le fait que les plaideurs ayant obtenu gain de cause devraient obtenir la réparation qu'ils demandent. Ce n'est que lorsque les intérêts d'un bon gouvernement l'emportent sur les intérêts des plaideurs individuels que le tribunal n'accorde pas de réparation aux plaideurs qui ont obtenu gain de cause. En principe aussi, les plaideurs devant le tribunal ne devraient pas être distingués pour l'octroi d'une aide, mais l'aide devrait être accordée à toutes les personnes qui sont dans la même situation que les plaideurs (voir *US v Johnson* 457 US 537 (1982) ; *Teague v Lane* 489 US 288 (1989)). D'autre part, comme nous l'avons déclaré dans l'affaire *S v Zuma* (au paragraphe 43), nous devons faire preuve de circonspection dans l'exercice des pouvoirs que nous confère l'article 98(6)(a) afin d'éviter toute perturbation et incertitude inutiles dans le processus de justice pénale. Comme l'a déclaré le juge Harlan dans *Mackey v US* 401 US 667 (1971) à 691 :

Personne, ni les accusés, ni le système judiciaire, ni la société dans son ensemble, ne bénéficie d'un jugement prévoyant qu'un homme ira provisoirement en prison aujourd'hui, mais que demain et tous les jours suivants, son incarcération continue fera l'objet de nouveaux litiges sur des questions déjà résolues".

Par conséquent, en règle générale, une ordonnance de nullité ne devrait pas avoir d'effet sur les affaires qui ont été réglées avant la date de l'ordonnance de nullité."

¹⁰⁹ 1995 (12) BCLR 1579 (CC) ; 1996 (1) SA 388 (CC) au paragraphe 32.

Dans l'affaire *Ntsele*, l'intention n'était pas de suggérer que les critères de rétroactivité ou de non-rétroactivité étaient identiques dans la Constitution provisoire et la Constitution de 1996. Mais les affaires *Bhulwana* et *Ntsele* concernaient toutes deux l'invalidité constitutionnelle des dispositions relatives à l'inversion du fardeau de la preuve dans la loi 140 de 1992 sur la drogue et le trafic de drogue, et c'est dans ce contexte que le juge Kriegler a observé que les observations citées ci-dessus dans l'affaire *Bhulwana* " ... sont directement pertinentes ici et le type d'ordonnance que nous avons accordé dans cette affaire est également approprié ici ".¹¹⁰

[94] Les intérêts d'un bon gouvernement seront toujours une considération importante pour décider si une ordonnance proposée en vertu de la Constitution de 1996 est "juste et équitable", car la justice et l'équité doivent également être évaluées du point de vue de l'État et des intérêts généraux de la société en général. Comme dans le cas de *Ntsele*, cela pourrait finalement être décisif quant à ce qui est juste et équitable. Dans le même temps, le test prévu par la Constitution de 1996 est plus large et plus souple, le concept d'intérêt d'un bon gouvernement n'étant qu'un des nombreux facteurs possibles à prendre en considération.

¹¹⁰ Voir ci-dessus, n. 103, paragraphe 14.

[95] Il s'agit de la première affaire dans laquelle notre Cour a dû examiner la rétroactivité d'une ordonnance déclarant l'invalidité constitutionnelle d'une infraction pénale prévue par la loi ou la common law. Les questions en jeu diffèrent sensiblement de celles qui se posent dans les cas où les dispositions relatives à l'inversion du fardeau de la preuve ont subi ce sort. Dans ces derniers cas, l'application rétroactive sans réserve des dispositions invalidantes pourrait perturber gravement l'administration de la justice et être injuste pour l'accusation qui s'est appuyée de bonne foi sur ces dispositions en matière de preuve.¹¹¹ En outre, le résultat probable d'une telle ordonnance sans réserve serait de nombreux appels avec la possibilité de devoir recommencer la procédure.¹¹² Dans chaque cas, la question se poserait de savoir si l'accusé en question aurait été condamné, ou pourrait l'être, s'il ne s'était pas appuyé sur la disposition particulière relative au renversement du fardeau de la preuve. Dans les nouvelles audiences, les preuves nécessaires pour obtenir une condamnation

¹¹¹ Voir, par exemple, les observations à cet égard de Kentridge AJ dans *S v Zuma and Others* 1995 (4) BCLR 401 (CC) ; 1995 (2) SA 642 (CC) au paragraphe 43.

¹¹² Id.

en l'absence de la disposition probatoire en question pourrait ne plus être disponible.¹¹³

[96] Dans le cas présent, la situation est différente. Du point de vue des hommes homosexuels adultes qui ont été condamnés pour sodomie alors que celle-ci s'est déroulée de manière consensuelle et en privé (ce que j'appellerai par commodité la "sodomie consensuelle"), il semble manifestement et grossièrement injuste et inéquitable que ces condamnations ne puissent être annulées. Des personnes ont été condamnées pour une infraction qui a cessé d'exister lorsque la Constitution de 1996 est entrée en vigueur. En fait, en raison du principe d'invalidité constitutionnelle objective, l'infraction a cessé d'exister lorsque la Constitution provisoire est entrée en vigueur le 27 avril 1994, car il ne fait aucun doute que cette Cour, pour toutes les raisons exposées dans le présent arrêt, aurait déclaré que l'infraction de sodomie en common law était incompatible avec au moins les dispositions de l'article 8 de la Constitution provisoire, si un recours constitutionnel avait été introduit en vertu de celle-ci. Les tribunaux compétents ont des pouvoirs étendus en vertu de la section 172(1)(b) pour rendre des ordonnances qui sont " justes et équitables ". Le fait fortuit qu'une contestation constitutionnelle de l'infraction de sodomie n'ait pas été introduite dans le cadre de la Constitution provisoire ne doit pas nous empêcher, dans les circonstances particulières de cette affaire, de donner un plein effet rétroactif, au 27 avril 1994, à une ordonnance que la justice et l'équité exigent clairement.

113

Id.

[97] Une ordonnance rétrospective sans réserve pourrait facilement avoir des conséquences indésirables.

Les personnes pourraient agir directement en vertu de l'ordonnance pour faire annuler les condamnations sans contrôle judiciaire adéquat ou engager des actions en dommages et intérêts. La manière la moins perturbatrice d'accorder une réparation aux personnes ayant été condamnées pour sodomie consensuelle est de passer par les structures judiciaires établies. Sur la base de l'ordonnance d'invalidité constitutionnelle, ces personnes pourraient former un recours contre leurs condamnations pour sodomie consensuelle, si le délai pour former ce recours n'a pas encore expiré ou, s'il a expiré, elles pourraient introduire une demande d'annulation de la formation tardive d'un recours ou de la demande tardive d'autorisation de recours auprès d'un tribunal compétent. De cette manière, un contrôle juridictionnel efficace peut être exercé. Bien que cela puisse entraîner la réouverture d'affaires, il est fort probable que cela n'entraînera pas de bouleversements importants dans l'administration de la justice.

[98] Il convient toutefois de limiter l'effet rétroactif de l'ordonnance déclarant l'invalidité constitutionnelle de l'infraction de sodomie aux cas de sodomie consensuelle. En ce qui concerne tous les autres cas de sodomie, l'ordonnance devrait être limitée à celle qui prend effet à la date du présent arrêt. Cela est essentiel, à mon avis, pour éviter que les personnes condamnées pour des actes de sodomie assimilables

à un "viol masculin" ne voient leurs condamnations passées annulées. Permettre cela ne serait ni juste ni équitable. En l'absence d'une telle limitation, il pourrait y avoir confusion, lorsqu'une condamnation est annulée dans de tels cas, quant à savoir si une condamnation pour attentat à la pudeur ou pour agression avec intention de causer des lésions corporelles graves,

pourrait valablement être substitué.

L'ordonnance déclarant la section 20A de la loi sur les infractions sexuelles comme étant constitutionnellement invalide

[99] En substance, cette ordonnance a aussi peu de chances de causer des perturbations que l'ordonnance relative à l'infraction de sodomie en common law si elle est dotée d'un effet rétroactif qualifié similaire.

L'arrêté déclarant l'invalidité constitutionnelle de l'inscription de la sodomie à l'annexe 1 de la LPC.

[100] L'effet de l'inclusion de l'infraction de sodomie dans cette annexe a été exposé au paragraphe 7 ci-dessus. L'implication d'une ordonnance déclarant que la sodomie est constitutionnellement invalide diffère selon l'article particulier de la LPC ou d'une autre loi à laquelle l'annexe 1 de la LPC se rapporte, et différentes considérations s'appliquent pour décider de la question de la rétroactivité.

[101] L'article 37(1)(a)(iv) de la CPA ; l'article 3(1)(b) de la loi 127 de 1992 sur l'interdiction de l'interception et de la surveillance (Intercepting and Monitoring Prohibition Act) (lu avec la définition d'" infraction grave " de l'article 1 de cette loi) ; et

l'article 13(8) de la loi 68 de 1995 sur les services de police sud-africains (South African Police Service Act) (la

dont l'effet a été résumé au paragraphe 7 (i), (vii) et (viii) respectivement ci-dessus) se rapportent toutes à des actions au moyen desquelles des preuves auraient pu être obtenues et utilisées contre un accusé qui aurait pu être condamné pour sodomie. Il convient de souligner que le fait de donner à cette ordonnance un effet rétroactif qualifié ne signifie pas que les preuves obtenues au moyen des dispositions susmentionnées étaient nécessairement inadmissibles dans ces procès ou le seront nécessairement à l'avenir. Il s'agit là d'une question qui doit être tranchée par le tribunal saisi de toute affaire en vertu de l'ordonnance susmentionnée et qui sera tranchée par ce tribunal en tenant compte, le cas échéant, des dispositions de l'article 35(5) de la Constitution, qui prévoit que

"Les preuves obtenues d'une manière qui viole l'un des droits de la Déclaration des droits doivent être exclues si l'admission de ces preuves rendrait le procès inéquitable ou serait autrement préjudiciable à l'administration de la justice."

[102] L'effet des articles 40(1)(b), 42(1)(a), 49(2), 60(4)(a), 60(5)(e), 60(5)(g), et 185A(1) de la LPC a été résumé au paragraphe 7 (ii), (iii), (iv), (v) et (vi) ci-dessus. Ces dispositions de la LPC, à l'exception de celles qui s'appliquent à la caution,¹¹⁴ se rapportent toutes à des actes qui sont accomplis avant que l'accusé ne soit traduit en justice ou, comme dans le cas de l'article 185A, se situent tout à fait en dehors du procès. Ces dispositions ne peuvent avoir aucun effet sur l'équité du procès qui s'ensuit, et le fait de donner à l'ordonnance un effet rétroactif à leur égard pourrait ouvrir la porte à des poursuites civiles à l'encontre de ceux qui ont commis des infractions.

114 À savoir les articles 60(4)(a), 60(5)(e) et 60(5)(g) de la LPC.

les ont accomplis. Lorsque les personnes qui ont accompli les actes l'ont fait de bonne foi et en acceptant la validité des dispositions en question, dans la mesure où elles concernaient l'infraction de sodomie, il ne serait généralement pas juste ou équitable de donner à l'ordonnance une quelconque application rétroactive, pour les raisons indiquées dans l'affaire *De Lange v Smuts NO and Others*.¹¹⁵ Si les personnes concernées ont agi de mauvaise foi, le fait que l'ordonnance dans ce cas ne s'applique pas rétroactivement n'empêcherait pas toute action qu'un accusé (ou sa succession dans le cas de l'article 49(2) de la LPC) aurait pu avoir sur la base d'actes accomplis de mauvaise foi. En ce qui concerne les dispositions relatives à la mise en liberté sous caution, des considérations similaires s'appliqueraient. Elles ne pourraient affecter que très indirectement le soi-disant "droit à un procès rapide" de l'accusé¹¹⁶ en vertu de l'article 35(3)(d) de la Constitution, où le recours approprié de l'accusé, à savoir l'octroi d'une libération sous caution afin d'atténuer les conséquences néfastes des retards dans le procès, ne serait pas affecté.¹¹⁷ Au regard de toutes ces dispositions, l'argument en faveur de l'absence d'effet rétroactif de la déclaration d'invalidité est puissant. Il n'est cependant pas possible d'envisager toutes les conséquences possibles d'une déclaration d'invalidité.

¹¹⁵

ci-dessus, n. 43, paragraphe 105, où il est dit ce qui suit :

"En outre, si l'ordonnance est dotée d'un effet rétroactif, elle pourrait soulever des incertitudes quant à la question de savoir si une personne incarcérée de manière inconstitutionnelle dans le passé pouvait prétendre à des dommages et intérêts pour une incarcération qui était inattaquable en droit commun à l'époque et ordonnée de bonne foi constitutionnelle. S'il devait s'avérer que l'application rétroactive de l'ordonnance ne donne pas lieu à une action en dommages-intérêts, les personnes emprisonnées de manière inconstitutionnelle dans le passé ne subissent aucun préjudice en

matière de dommages-intérêts. Si elle a pour effet de donner lieu à une telle action, il s'agit d'une conséquence tout à fait indésirable, compte tenu du fait que l'incarcération a eu lieu de bonne foi."

116 Voir *Wild and Another v Hoffert NO and Others* 1998 (6) BCLR 656 (CC) ; 1998 (3) SA 695 (CC) au paragraphe 1.

117 Id au paragraphe 34.

et il est donc jugé prudent, dans l'ordre approprié, de conférer un pouvoir discrétionnaire à une juridiction compétente.

[103] L'effet de la section 1(8) et (9) et de la section 2(1)(c) de la loi 69 de 1996 sur les pensions spéciales a été résumé au paragraphe 7 (ix) et (x) ci-dessus. Elles concernent des créances monétaires contre l'État découlant directement de l'application de la loi en question et aucun motif de justice ou d'équité ne justifie une quelconque limitation de l'application rétroactive de l'ordonnance. Aucune raison n'a été suggérée pour que l'État ne s'acquitte pas de l'intégralité de ses obligations au titre de la loi spéciale sur les pensions en se fondant sur le fait que les dispositions relatives au délit de sodomie sont devenues constitutionnellement invalides à compter de la date à laquelle la Constitution provisoire est entrée en vigueur, du moins en ce qui concerne la sodomie consensuelle en privé entre hommes adultes. Il ne serait toutefois pas juste ou équitable qu'une telle rétrospectivité donne lieu à une quelconque cause d'action à l'encontre d'une personne ayant appliqué de bonne foi les dispositions relatives à la sodomie dans ces articles de la loi avant la date de cette ordonnance. Par conséquent, il serait également prudent de conférer un pouvoir discrétionnaire à un tribunal compétent.

L'ordonnance déclarant la nullité constitutionnelle de l'inclusion de la sodomie dans l'annexe de la loi sur les agents de sécurité.

[104] L'effet de l'inclusion de l'infraction de sodomie dans cette annexe a été examiné.

au paragraphe 8 ci-dessus. Elle interdit à une personne condamnée pour sodomie de s'inscrire en tant qu'agent de sécurité, ou l'expose au retrait de cette inscription, et une telle condamnation peut conduire à une conclusion de conduite inappropriée aux fins de la loi. La justice et l'équité semblent exiger une ordonnance ayant un effet rétroactif complet, au moins en ce qui concerne la sodomie consensuelle en privé entre hommes adultes. Il y a peu ou pas de risque de perturbation. Elle aurait simplement pour conséquence de corriger l'enregistrement des personnes condamnées et d'annuler toute constatation d'une conduite inappropriée fondée sur la condamnation pour cette infraction. En même temps, cependant, il ne serait pas juste ou équitable que cette opération rétrospective donne lieu à une cause d'action contre toute personne qui a appliqué de bonne foi les dispositions relatives à la sodomie dans ces articles de la loi avant la date de cette ordonnance et ici aussi, il serait prudent de conférer un pouvoir discrétionnaire à un tribunal compétent.

[105] Bien que les avocats des requérants aient effectué une vérification des dispositions statutaires afin d'identifier les lois qui incorporent l'infraction de sodomie ou qui s'y réfèrent, ils n'ont pas pu, naturellement, donner l'assurance que les dispositions statutaires identifiées dans cette affaire sont les seules à entrer dans cette catégorie. Il est possible qu'il existe d'autres dispositions légales de cette nature. Il est déconseillé de tenter de rendre une ordonnance dans l'abstrait concernant de telles lois et la mesure dans laquelle l'invalidité constitutionnelle de l'infraction de sodomie,

appliquée à ces lois, devrait avoir un effet rétroactif. Il s'agit d'une question qu'il vaut mieux laisser aux Hautes Cours le soin de traiter sur une base individuelle.

au cas par cas si le besoin s'en fait sentir.

[106] En conséquence, je rends l'ordonnance suivante :

1.1. L'infraction de sodomie de la common law est déclarée incompatible avec la Constitution de la République d'Afrique du Sud de 1996 et invalide.

1.2. En vertu de l'article 172(1)(b) de la Constitution de 1996, il est ordonné que l'ordonnance du paragraphe 1.1 n'invalidera pas une condamnation pour le délit de sodomie, à moins que cette condamnation ne se rapporte à un comportement constituant un comportement sexuel consensuel entre hommes adultes en privé, commis après le 27 avril 1994 et que soit un appel du jugement pertinent, soit une révision de celui-ci, soit le délai pour noter un appel de ce jugement n'ait pas encore expiré, soit une condensation pour la notation tardive d'un appel ou le dépôt tardif d'une demande d'autorisation d'appel soit accordée par un tribunal compétent.

1.3 Dans tous les cas de sodomie qui ne concernent pas un comportement constituant un comportement sexuel consensuel entre hommes adultes en privé, l'ordonnance visée au point 1.1 entrera en vigueur à la date du présent arrêt.

2.1. La section 20A de la loi sur les infractions sexuelles de 1957 est déclarée

incompatible avec la Constitution de 1996 et invalide.

2.2. En vertu de l'article 172(1)(b) de la Constitution de 1996, il est ordonné que l'ordonnance du paragraphe 2.1 n'invalidera pas une condamnation prononcée en vertu de l'article 20A de la loi de 1957 sur les délits sexuels, à moins que cette condamnation ne soit liée à un comportement ayant eu lieu après le 27 avril 1994 et qu'un appel ou une révision du jugement pertinent soit en cours, que le délai d'enregistrement d'un appel de ce jugement n'ait pas encore expiré, ou qu'une condensation pour l'enregistrement tardif d'un appel ou le dépôt tardif d'une demande d'autorisation d'appel soit accordée par un tribunal compétent.

3.1. L'inclusion de l'infraction de sodomie de common law dans l'annexe 1 de la loi de procédure pénale de 1977 est déclarée incompatible avec les dispositions de la Constitution de 1996 et invalide.

3.2 En vertu de l'article 172(1)(b) de la Constitution, il est déclaré que l'ordonnance mentionnée au paragraphe 3.1 n'invalide rien de ce qui a été fait sur la base de l'inclusion de la "sodomie" dans l'annexe, telle qu'incorporée dans les dispositions de l'article 37(1)(a)(iv) du Criminal Procedure Act, 51 de 1977 ; de l'article 3(1)(b) de l'Intercepting and Monitoring Prohibition Act, 127 de 1992 (lu avec la définition d'"infraction grave" de l'article 1 de cette loi) ; et la section 13(8) de la loi sur les services de police sud-africains, 68 de 1995, à moins qu'un tribunal de la juridiction compétente

ACKERMANN J

ne décide qu'il est juste et équitable que la conduite en vertu d'une telle confiance soit déclarée invalide, à condition que l'on tienne dûment compte de l'importance de l'infraction.

les dispositions de l'article 35(5) de la Constitution de 1996.

3.3 Aux termes de l'article 172(1)(b) de la Constitution, il est déclaré que l'ordonnance mentionnée au paragraphe 3.1 n'invalidera pas, dans tous les cas autres que ceux mentionnés au paragraphe 3.2 ci-dessus, les actes accomplis sur la base de l'inclusion de la "sodomie" dans l'annexe, à moins qu'un tribunal compétent ne décide qu'il est juste et équitable que les actes accomplis sur cette base soient déclarés invalides.

4.1. L'inclusion de l'infraction de sodomie de common law dans l'annexe 1 de la loi 92 de 1987 sur les agents de sécurité est déclarée incompatible avec les dispositions de la Constitution de 1996 et invalide.

4.2. Aux termes de l'article 172(1)(b) de la Constitution, il est déclaré que l'ordonnance mentionnée au paragraphe 4.1 n'invalidera pas les actes accomplis sur la base de l'inclusion du terme " sodomie " dans l'annexe de la loi de 1987 sur les agents de sécurité, à moins qu'un tribunal compétent ne décide qu'il est juste et équitable que les actes accomplis sur cette base soient déclarés invalides.

Chaskalson P, Langa DP, Goldstone J, Kriegler J, Mokgoro J, O'Regan J et Yacoob J sont tous d'accord avec l'arrêt du juge Ackermann.

SACHS J :

[107] Ce n'est qu'au sens le plus technique du terme qu'il s'agit de savoir qui peut pénétrer où et où. À un niveau pratique et symbolique, il s'agit du statut, de la citoyenneté morale et du sens de la valeur personnelle d'une partie importante de la communauté. À un niveau plus général et conceptuel, elle concerne la nature de la société ouverte, démocratique et pluraliste envisagée par la Constitution. En exprimant mon accord avec le jugement complet et énergique du juge Ackermann, j'estime nécessaire d'ajouter quelques observations complémentaires sur les questions plus générales. Je présenterai mes remarques - de manière préliminaire, comme il convient à leur ampleur et à leur complexité - dans le contexte de la réponse à trois questions qui sont apparues au cours de l'argumentation. La première concerne le rapport entre l'égalité et la vie privée, la deuxième le lien entre l'égalité et la dignité, et la troisième la question de la signification du droit à la différence dans la société ouverte et démocratique envisagée par la Constitution.

Égalité et vie privée

[108] Il est important de commencer l'analyse en se demandant ce qui est réellement puni par les lois anti-sodomie. S'agit-il d'un acte, ou d'une personne ? En dehors de

tout contrôle réglementaire, un comportement qui s'écarte d'une norme publiquement établie n'est généralement punissable que lorsqu'il est

violente, malhonnête, perfide ou, de toute autre manière, troublant la paix publique ou provoquant des blessures. Dans le cas de l'homosexualité masculine cependant, la déviance perçue est punie simplement parce qu'elle est déviante. Elle est réprimée pour son symbolisme perçu plutôt que pour son préjudice avéré. Si une preuve était nécessaire, elle est établie par le fait que la pénétration anale consensuelle d'une femme n'est pas criminalisée. Ainsi, ce n'est pas l'acte de sodomie qui est dénoncé par la loi, mais le soi-disant sodomite qui l'accomplit ; ce n'est pas un dommage social avéré, mais la menace que la passion homosexuelle en elle-même est considérée comme représentant pour l'hégémonie hétérosexuelle.¹¹⁸

118

Comme Foucault l'a commenté dans une formulation célèbre :

"Telle que définie par les anciens codes civils ou canoniques, la sodomie était une catégorie d'actes interdits, leur auteur n'était rien d'autre que le sujet juridique de ceux-ci. L'homosexuel du XIXe siècle est devenu un personnage, un passé, une histoire, une enfance, en plus d'être un type de vie, une forme de vie, une morphologie, avec une anatomie indiscreète et peut-être une physiologie mystérieuse. Rien de ce qui entrait dans sa composition totale n'échappait à son principe insidieux et indéfiniment actif, inscrit de façon impudique sur son visage et son corps, car c'était un secret qui se trahissait toujours. Elle lui était consubstantielle, moins comme un péché habituel que comme une nature singulière. Nous ne devons pas oublier que la catégorie psychologique, psychiatrique, médicale de l'homosexualité s'est constituée

à partir du moment où elle a été caractérisée - le célèbre article de Westphal de 1870 sur les "relations sexuelles contraires" peut être considéré comme sa date de naissance - moins par un type de relations sexuelles que par une certaine qualité de sensibilité sexuelle, une certaine façon d'inverser le masculin et le féminin en soi. L'homosexualité est apparue comme l'une des formes de la sexualité lorsqu'elle a été transposée de la pratique de la sodomie sur une sorte d'androgynie intérieure, un hermaphrodisme de l'âme. Le sodomite avait été une aberration temporaire, l'homosexuel était désormais une espèce. " Foucault *The History of Sexuality Volume One : An Introduction* (1978) in Pantazis "The Problematic Nature of Gay Identity" (1996) 12 *SA Journal of Human Rights* 291 at 298.

[109] L'effet est que tout désir homosexuel est entaché, et que toute la communauté gay et lesbienne est marquée par la déviance et la perversité. Lorsque tout ce qui est associé à l'homosexualité est traité comme tordu, pédé, répugnant ou comique, l'intérêt de l'égalité est directement engagé. Les gens sont soumis à des préjugés importants en raison de ce qu'ils sont ou de ce qu'ils sont perçus comme tels, et non en raison de ce qu'ils font. Le résultat est qu'un groupe important de la population est, en raison de sa non-conformité sexuelle, persécuté, marginalisé et replié sur lui-même. Je ne doute pas que lorsque les rédacteurs de la Déclaration des droits ont décidé d'inclure expressément l'orientation sexuelle dans leur liste de motifs de discrimination présumés injustes,¹¹⁹ ils avaient précisément ces considérations à l'esprit. Il y a

¹¹⁹

L'article 9 de la Constitution prévoit :

- "(1) Tous sont égaux devant la loi et ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi.
- (2) L'égalité comprend la jouissance pleine et égale de tous les droits et libertés. Pour promouvoir la réalisation de l'égalité, des mesures législatives et autres destinées à protéger ou à faire progresser les personnes, ou les catégories de personnes, désavantagées par une discrimination injuste peuvent être prises.
- (3) L'État ne peut exercer de discrimination injuste, directe ou indirecte, à l'encontre de quiconque pour un ou plusieurs motifs, notamment la race, le sexe, la grossesse, l'état civil, l'origine ethnique ou sociale, la couleur, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap, la religion, la conscience, les convictions, la culture, la langue et la naissance.

Il n'y aurait guère de cas plus forts que le présent pour invoquer la préoccupation et l'attention protectrices offertes par la Constitution.

-
- (4) Nul ne peut exercer une discrimination injuste, directe ou indirecte, à l'encontre d'une personne pour un ou plusieurs motifs au sens du paragraphe (3). Une législation nationale doit être promulguée pour prévenir ou interdire la discrimination injuste.
 - (5) La discrimination fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés au paragraphe (3) est injuste, à moins qu'il ne soit établi que la discrimination est équitable."

[110] Dans ce contexte, il est compréhensible que les requérants demandent instamment à la Cour de fonder son invalidation des lois anti-sodomie sur le motif qu'elles violent les dispositions de la Déclaration des droits relatives à l'égalité. Cependant, la manière dont les requérants ont traité le droit à la vie privée est moins acceptable, le présentant dans leur argumentation écrite¹²⁰ comme un second prix médiocre à offrir et à recevoir uniquement dans le cas où la Cour refuserait d'invalider les lois pour cause de violation de l'égalité. Leur argument peut être résumé comme suit : l'analyse de la vie privée est inadéquate parce qu'elle suggère que l'homosexualité est honteuse et qu'elle ne devrait donc être protégée que si elle se limite à la chambre à coucher privée ; elle tend à limiter la promotion des droits des homosexuels à la dépénalisation des relations sexuelles entre adultes consentants, au lieu d'envisager un cadre normatif plus complet qui traite de la discrimination générale à l'encontre des homosexuels ; et elle suppose une structure double - publique et privée. - qui ne rend pas compte de la complexité de la vie vécue, dans laquelle les vies publiques et privées se déterminent mutuellement, les lignes mobiles qui les séparent étant constamment susceptibles d'être définies par la répression.¹²¹

[111] Ces préoccupations sont sans aucun doute valables. Cependant, j'estime qu'elles découlent d'un ensemble d'hypothèses erronées quant à la manière dont l'égalité et le droit à la vie privée sont liés et quant à la manière dont le droit à la vie privée devrait réellement être compris.

120 Dans sa présentation orale, l'avocat des requérants a indiqué que son inquiétude ne portait pas sur l'argument de la vie privée en soi, mais sur la manière dont le jugement sur la vie privée pourrait être formulé. C'est à cette préoccupation que je m'adresse.

121 Voir Pantazis ci-dessus, n. 1, et Cameron "Sexual Orientation and the Constitution : A Test Case for Human Rights" (1993) 110 *SA Law Journal* 450.

adoptée par les requérants soumet les droits à l'égalité et à la vie privée à un ordre séquentiel inapproprié, tandis que, deuxièmement, elle sous-estime la portée et l'importance des droits à la vie privée. Le résultat cumulé est à la fois d'affaiblir plutôt que de renforcer la quête des droits de l'homme par les requérants, et de mettre le développement général de la jurisprudence en matière de droits de l'homme sur une fausse piste.

[112] Je traiterai d'abord de la question de la séparation inappropriée des droits et de l'ordre séquentiel, c'est-à-dire de l'hypothèse selon laquelle, dans un cas comme celui-ci, les droits doivent être compartimentés, puis classés par ordre décroissant de valeur. Le fait est que, tant du point de vue des personnes concernées que de celui de la société dans son ensemble, l'égalité et la vie privée ne peuvent être séparées, car elles sont toutes deux violées simultanément par les lois anti-sodomie. En l'espèce, ces lois nient le respect de la différence, qui est au cœur de l'égalité, et deviennent le fondement de l'atteinte à la vie privée. En même temps, la négation par l'État de différentes formes de comportement personnel intime devient le fondement de la répudiation de l'égalité. Il est préférable d'aborder et de défendre les droits de l'homme de manière intégrée plutôt que disparate. Les droits doivent s'adapter aux personnes, et non les personnes aux droits. Il faut pour cela considérer les droits et leurs violations d'un point de vue centré sur les personnes plutôt que sur les formules, et

en les analysant de manière contextuelle plutôt qu'abstraite.¹²²

122

C'est dans cet esprit que le juge L'Heureux-Dubé, dans l'affaire *Egan c. Canada* (1995) 29 CRR (2d) 79, à la page 120, a fait remarquer ce qui suit : "En réalité, ce ne sont plus les "motifs" qui sont déterminants pour la question de l'admissibilité.

Ce n'est pas l'existence d'une discrimination qui importe, mais le *contexte social* de la distinction. [Le contexte est d'une importance primordiale et les "motifs de distinction" abstraits ne sont qu'une méthode indirecte pour atteindre un objectif qui pourrait être atteint plus simplement et plus fidèlement en posant la question directe : "Cette distinction est-elle discriminatoire à l'égard de ce groupe de personnes ?". "

[113] Une conséquence d'une approche fondée sur le contexte et l'impact serait la reconnaissance du fait que les motifs de discrimination injuste peuvent se recouper, de sorte que l'évaluation de l'impact discriminatoire se fait non pas en fonction d'un motif de discrimination ou d'un autre, mais d'une combinaison des deux,¹²³ c'est-à-dire de manière globale et contextuelle, et non de manière séparée et abstraite.¹²⁴ L'objectif est de déterminer de manière qualitative plutôt que quantitative si le groupe concerné subit une cicatrisation¹²⁵ d'une nature suffisamment grave pour mériter une intervention constitutionnelle. Ainsi, les étrangers noirs en Afrique du Sud

123 Cette approche semble être envisagée par les mots "pour un ou plusieurs motifs" à l'article 9(3). Voir le point 2 ci-dessus.

124 Les féministes critiques de la race sont à l'avant-garde du mouvement en faveur d'un traitement et d'une compréhension contextuels de la vie des personnes victimes de discriminations multiples. L'une des idées maîtresses du genre critique de la race est de se concentrer sur les identités à plusieurs niveaux et la conscience multiple des femmes de couleur, en particulier, qui sont souvent victimes de discriminations fondées sur la race, le sexe et la classe économique. Ce faisant, le féminisme critique de la race attire l'attention sur la nécessité d'une prise en compte consciente des droits fondamentaux dans le contexte de personnes dont l'identité peut impliquer l'intersection de la race, du genre, de la classe, de l'orientation sexuelle, du désavantage physique ou d'autres caractéristiques qui servent souvent de base à une discrimination injuste. Voir, par exemple, une anthologie récente : Wing (ed) *Critical Race Feminism, a reader* (New York University Press, New York et Londres 1997).

125 L'une des nombreuses formes complexes de cicatrisation a été décrite de manière célèbre par Du Bois : "C'est une sensation particulière, cette double-conscience, ce sentiment de toujours se regarder à travers les yeux des autres, de mesurer son âme à l'aune du monde qui nous regarde avec un mépris amusé et de la pitié. On a toujours le sentiment d'être deux, un Américain, un Noir". Du Bois *The Souls of Black Folk : Essays and Sketches* (Dado, Mead et New York, 1979), p. 3, cité dans Minnow *Making all the Difference : Inclusion, Exclusion, and American Law* (Cornell University Press, Ithaca et Londres, 1990), p. 68.

Williams fait référence à la même expérience quasi schizophrénique dont il parle :
 "... le phénomène de la conscience multiple, de la voix multiple, de la double-voix - la conscience changeante qui est l'expérience quotidienne des personnes de couleur et des femmes. Quand j'étais plus jeune, j'avais l'habitude d'associer cette sensation de rêve, de facettes multiples du monde, à la crainte que je sois schizophrène. Maintenant que je suis plus âgée (et postmoderne), je pense qu'il y a beaucoup de bon sens dans cette vision du monde. Si, en effet, nous sommes des miroirs les uns des autres dans cette société, si j'ai un sens du concept de soi qui dépend de quelque manière que ce soit du regard des autres, des regards que je reçois parfois dans les yeux

des autres comme un jugement sur moi - si ces autres fournissent effectivement une partie de mon sens de moi-même, alors il y a un certain sens social à être en contact avec, plutôt qu'inconscient de, cette duplicité de moi-même, ce moi qui regarde en retour dans les yeux des autres" dans Williams "Response to Mari Matsuda" (1989) 11 *Womens Rights Law Reporter*

pourraient faire l'objet d'une discrimination que les étrangers en général, et les Noirs en règle générale, ne subissent pas ; cela pourrait, dans certaines circonstances, constituer une combinaison fatale. Il pourrait en être de même pour les mères célibataires ou les parents homosexuels, pour lesquels des approches nuancées plutôt que catégoriques seraient appropriées. Par ailleurs, une approche fondée sur le contexte plutôt que sur les catégories pourrait suggérer que le chevauchement des vulnérabilités est capable de produire un chevauchement des discriminations. Un exemple notoire serait celui des veuves africaines, qui ont historiquement souffert de discrimination en tant que Noirs, Africains, femmes, femmes africaines, veuves et, généralement, en tant que personnes âgées, d'autant plus qu'elles font souvent partie des travailleurs les moins bien payés.¹²⁶

11 à 11.

¹²⁶ Voir Simons *African Women : Their Legal Status in South Africa* C Hurst & Co, London 1968), p. 285 : "Les femmes portent un double fardeau de handicaps. Elles sont victimes de discrimination sur la base du sexe et de la race. Les deux types de discrimination interagissent et se renforcent mutuellement." Voir généralement le chapitre sur les "veuves en détresse".

[114] À l'inverse, une même situation peut donner lieu à des violations multiples, qui se chevauchent et se renforcent mutuellement, des droits constitutionnels. C'est le cas de l'affaire qui nous occupe. Le groupe en question est discriminé en raison d'une seule caractéristique, l'orientation sexuelle. Les mesures qui portent atteinte à leur personnalité sont regroupées autour de ce trait personnel particulier. Or, l'impact de ces lois sur le groupe est de nature telle que plusieurs droits protégés différents sont simultanément violés. Dans ces circonstances, il serait aussi artificiel en droit que dans la vie de traiter les catégories comme alternatives plutôt qu'interactives. Dans certains contextes, les droits entrent en conflit et un équilibre approprié est nécessaire.¹²⁷ Dans d'autres, comme en l'espèce, ils s'interpénètrent et donnent une dimension supplémentaire à l'étendue et à l'impact de la violation. Ainsi, la violation de l'égalité par les lois anti-sodomie est d'autant plus flagrante qu'elle touche le côté profond, invisible et intime de la vie des gens. La Déclaration des droits nous indique comment analyser cette interaction : en termes techniques, l'ingérence flagrante dans la vie privée aura une forte incidence sur le caractère injuste de la discrimination,¹²⁸ tandis que la manière discriminatoire dont les groupes sont visés par les atteintes à la vie privée détruira toute possibilité de justification de ces atteintes.¹²⁹

¹²⁷ Voir *Du Plessis and Others v De Klerk and Another* 1996 (5) BCLR 658 (CC) ; 1996 (3) SA 850 (CC) au paragraphe 55, par Kentridge AJ :

"Une plainte pour diffamation, par exemple, soulève une tension entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la dignité."

¹²⁸ Voir section 9(3) ci-dessus n 2.

¹²⁹ L'article 36 se lit comme suit :
"(1) Les droits de la Déclaration des droits ne peuvent être limités qu'en

termes de loi d'application générale dans la mesure où la limitation est raisonnable et justifiable dans une société ouverte et démocratique fondée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté, ...".

[115] La valeur dépréciée accordée dans l'argumentation à l'invalidation sur la base de la vie privée, en la traitant comme un parent pauvre de l'égalité, était le résultat de l'adoption d'une version appauvrie du concept de vie privée lui-même. À mon avis, les hypothèses sous-jacentes concernant la vie privée étaient doublement défectueuses, étant beaucoup trop étroites dans leur compréhension, d'une part, et beaucoup trop larges dans leurs implications, d'autre part. Je traiterai d'abord de l'étroitesse excessive de la compréhension.

[116] Il n'y a aucune raison pour que le concept de vie privée se limite, comme cela a été suggéré, à soustraire au contrôle de l'État ce qui se passe dans la chambre à coucher, avec le triste sous-entendu que vous pouvez vous comporter aussi bizarrement ou honteusement que vous le souhaitez, étant entendu que vous le faites en privé.¹³⁰ C'est devenu un cliché judiciaire de dire que la vie privée protège les personnes, pas les lieux.¹³¹ Le juge Blackmun, dans l'affaire *Bowers, Procureur général de la Géorgie c. Hardwick et al.*¹³² le juge Blackmun a clairement indiqué que le "droit d'être laissé seul", souvent cité, ne devait pas être considéré comme un simple droit négatif d'occuper un espace privé à l'abri de toute intrusion gouvernementale, mais comme un droit de vivre sa vie, d'exprimer sa personnalité et d'être libre de ses choix.

¹³⁰ L'arrêt du juge Ackermann ci-dessus, aux paragraphes 29 à 32, explique utilement le contexte dans lequel

Cameron en est venu à faire la distinction entre égalité et vie privée. Il contient également des observations tranchantes sur l'importance de protéger l'intimité privée, auxquelles je m'associe pleinement.

- 131 L'expression a été inventée par le juge Stewart dans l'affaire *Katz v United States* 389 US 347, 351 (1967). Voir *Mistry v Interim National Medical and Dental Council of South Africa and Others* 1998 (7) BCLR 880 (CC), paragraphe 1.
21. Voir également le point 18 ci-dessous.
- 132 478 U.S. 186 (1985).

prendre des décisions fondamentales concernant vos relations intimes sans être pénalisé.¹³³

133

Id, 205-14 :

"Nous protégeons la décision d'avoir ou non un enfant parce que la parentalité change radicalement la définition de soi d'un individu, et non en raison de considérations démographiques ou du commandement biblique d'être fécond et de se multiplier.

....

Le fait que les individus se définissent de manière significative à travers leurs relations sexuelles intimes avec d'autres personnes suggère, dans une nation aussi diverse que la nôtre, qu'il peut y avoir de nombreuses "bonnes" manières de mener ces relations, et qu'une grande partie de la richesse d'une relation viendra de la liberté dont dispose un individu pour choisir la forme et la nature de ces liens intensément personnels.

....

Les auteurs de notre Constitution ont entrepris d'assurer des conditions favorables à la poursuite du bonheur. Ils ont reconnu l'importance de la nature spirituelle de l'homme, de ses sentiments et de son intelligence. Ils savaient que seule une partie de la douleur, du plaisir et des satisfactions de la vie se trouve dans les choses matérielles. Ils ont cherché à protéger les Américains dans leurs croyances, leurs pensées, leurs émotions et leurs sensations". [Citant *Stanley v Georgia* 394 U.S. 557 (1969) à 564].

....

[Priver les individus du droit de choisir eux-mêmes la manière de mener leurs relations intimes constitue une menace bien plus grande pour les valeurs les plus profondément ancrées dans la société.

De même que "la liberté doit être considérée non seulement *"négativement* ou égoïstement comme une simple absence de contrainte, mais *positivement* et socialement comme un ajustement des contraintes à la fin de la liberté d'opportunité"¹³⁴ de même la vie privée doit être considérée comme suggérant au moins une certaine responsabilité de l'État dans la promotion des conditions dans lesquelles l'épanouissement personnel peut avoir lieu.

enraciné dans l'histoire de notre nation que la tolérance de la non-conformité ne pourrait jamais le faire."

¹³⁴ Brennan "Reason, Passion, and the Progress of the Law" The Forty-Second Annual Benjamin N. Cardozo Lecture, (1988) 10:3 *Cardozo Law Review* 1 at 10, citant Cardozo *The Paradoxes of Legal Science* (1928) at 118.

[117] La jurisprudence émergente de cette Cour est tout à fait compatible avec une telle approche affirmative. Dans l'affaire *Bernstein et autres c. Bester et autres NNO*, le juge Ackermann a souligné que la portée de la vie privée était étroitement liée au concept d'identité et que "les droits, comme le droit à la vie privée, ne sont pas fondés sur une notion du moi libre, mais sur la notion de ce qui est nécessaire pour avoir une identité autonome...". Dans le contexte de la vie privée, cela signifie que c'est le sanctuaire intérieur de la personne, comme sa vie familiale, ses préférences sexuelles et son environnement familial, qui est protégé de l'érosion par les droits contradictoires de la communauté".¹³⁵ Vu sous cet angle, l'autonomie doit signifier bien plus que le droit d'occuper une enveloppe d'espace dans laquelle un individu socialement détaché peut agir librement sans interférence de l'État. Ce qui est crucial, c'est la nature de l'activité, et non son emplacement. Tout en reconnaissant la valeur unique de chaque personne,¹³⁶ la Constitution ne présuppose pas que le détenteur de droits est une figure isolée, solitaire et abstraite possédant un moi désincarné et socialement déconnecté. Elle reconnaît que les personnes vivent dans leur corps, leur communauté, leur culture, leur lieu et leur époque. L'expression de la sexualité nécessite un partenaire, réel ou imaginaire. Ce n'est pas à l'État de choisir ou d'organiser le choix du partenaire, mais aux partenaires de se choisir eux-mêmes.

¹³⁵ 1996 (4) BCLR 449 (CC) ; 1996 (2) SA 751 (CC) aux paragraphes 65 et 67 citant Forst à la note 90. Le savant

Le juge a poursuivi en observant que :

"Cela implique que les droits de la communauté et les droits des autres membres imposent une obligation correspondante au citoyen, faisant ainsi évoluer la notion abstraite d'individualisme vers l'identification d'un membre concret de la société civile. La vie privée est reconnue dans le domaine véritablement personnel, mais lorsqu'une personne s'engage dans des

relations et des activités communautaires... l'étendue de l'espace personnel se réduit en conséquence."

Il convient de noter que l'espace personnel n'est pas assimilé à l'espace physique, bien qu'il puisse y avoir une relation entre les deux. Voir *Mistry*, ci-dessus, n. 14, paragraphe 21.

[118] En même temps, il n'y a aucune raison pour que le concept de vie privée soit étendu pour donner une permission libertaire générale aux gens de faire tout ce qu'ils veulent, à condition que ce qu'ils font soit sexuel et privé. À cet égard, les hypothèses relatives au droit à la vie privée sont trop larges. Il existe très peu de sociétés démocratiques, si tant est qu'il y en ait, qui ne pénalisent pas les personnes qui s'adonnent à des relations sexuelles intergénérationnelles, intrafamiliales et interespèces, que ce soit en public ou en privé. De même, dans les sociétés démocratiques, les relations sexuelles impliquant la violence, la tromperie, le voyeurisme, l'intrusion ou le harcèlement sont punissables (si elles ne sont pas toujours punies) ou peuvent donner lieu à des poursuites, quel que soit l'endroit où elles se déroulent (il existe une controverse concernant la prostitution et les relations sexuelles sadomasochistes et fétichistes dangereuses).¹³⁷ L'intérêt de la vie privée est surmonté en raison du préjudice perçu.

¹³⁶ *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 (6) BCLR 759 (CC) ; 1997 (3) SA 1012 (CC) au paragraphe 31.

¹³⁷ Pour le point de vue d'un psychanalyste, voir Young " Is 'Perversion' Obsolete ? (1996) *Psychologie dans la société (PINS)* (21) 5 à 12. Il soutient que le concept de perversion a cédé la place à celui de pluralisme, mais qu'il existe toujours des limites à ce qui est acceptable dans le comportement sexuel.

[119] Le choix n'est donc pas un tout ou rien entre le maintien d'une normalité spartiate, à un extrême, et l'entrée dans ce que l'on a appelé le supermarché post-moderne des satisfactions, à l'autre.¹³⁸ Le respect de la vie privée n'exige pas le non-respect des normes sociales.¹³⁹ La loi peut continuer à proscrire ce qui est acceptable et ce qui est inacceptable, même en ce qui concerne l'expression sexuelle et même dans le sanctuaire du foyer, et peut, dans des limites justifiables, pénaliser ce qui est nuisible et réglementer ce qui est offensant. Ce qui est crucial pour les besoins actuels, c'est que les limites établies, quelles qu'elles soient, n'enfreignent pas la Constitution.

Egalité et Dignité

¹³⁸ Id à 13.

¹³⁹ Voir également le paragraphe 133 ci-dessous.

[120] On notera que le motif qui relie et unit l'égalité et la vie privée, et qui, en fait, traverse toutes les protections offertes par la Déclaration des droits, est la dignité.¹⁴⁰ Notre Cour a souligné à plusieurs reprises le caractère central de la notion de dignité et d'estime de soi dans l'idée d'égalité.¹⁴¹ Dans un argument intéressant,¹⁴² le Centre d'études juridiques appliquées (le Centre) a lancé un défi frontal à cette approche, en soutenant que la clause d'égalité est destinée à faire progresser l'égalité, et non la dignité, et que les dispositions de la Déclaration des droits relatives à la dignité¹⁴³ devraient se charger de protéger la dignité. Cette démarche s'inscrivait dans le cadre d'une invitation faite à la Cour de revoir l'ensemble de son approche de la jurisprudence en matière d'égalité, en passant de ce que le Centre a appelé la position défensive de la confiance dans la discrimination illégale en vertu de l'article 9(3)¹⁴⁴ à ce qu'il prétendait être une position affirmative de promotion de l'égalité en vertu des dispositions générales de l'article 9(1). Le site

¹⁴⁰ Le juge O'Regan commente dans *S v Makwanyane and Another* 1995 (6) BCLR 665 (CC) ; 1995 (3) SA 391 (CC) à l'adresse suivante paragraphe 328 :

"On ne saurait trop insister sur l'importance de la dignité en tant que valeur fondatrice de la nouvelle Constitution. Reconnaître un droit à la dignité, c'est reconnaître la valeur intrinsèque des êtres humains : les êtres humains ont le droit d'être traités comme des êtres dignes de respect et de sollicitude. Ce droit est donc le fondement de nombreux autres droits qui sont spécifiquement inscrits dans le chapitre 3."

¹⁴¹ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 (6) BCLR 708 (CC) ; 1997 (4) SA 1 (CC) at para 41 ; *Prinsloo v van der Linde and Another* above n 19 at paras 31-3 ; *Harksen v Lane NO and Others* 1997 (11) BCLR 1489 ; 1998 (1) SA 300 (CC) at para 50.

¹⁴² Dans l'affaire *S v Mhlungu and Others* 1995 (3) SA 867 (CC) ; 1995 (7) BCLR 793 (CC) au paragraphe 129, j'ai eu l'occasion de faire référence à l'importance d'" un dialogue judiciaire fondé sur des principes, en premier lieu entre les membres de cette Cour, puis entre notre Cour et les autres tribunaux, la profession juridique, les écoles de droit, le Parlement et, indirectement, le grand public ". La critique du Centre doit être accueillie favorablement, même si l'on peut s'attendre à ce que de telles observations généralisées soient faites dans des articles de journaux plutôt que dans des arguments

d'amici.

143

L'article 10 prévoit :

"Toute personne a une dignité intrinsèque et le droit de voir sa dignité respectée et protégée."

la vocation constitutionnelle de l'article 9(1),¹⁴⁵ Selon elle, la vocation constitutionnelle de l'article 9(1), qui était celle d'un garant de l'égalité matérielle, a été réduite à celle d'un gardien des plaintes pour violation de la dignité.

144 Ci-dessus n 2.

145 Id.

[121] Le juge Ackermann a, je crois, traité de manière convaincante l'affirmation selon laquelle la Cour n'a pas réussi à promouvoir l'égalité matérielle par opposition à l'égalité formelle. En effet, son arrêt est lui-même un bon exemple de refus de suivre un test d'égalité formelle, qui aurait pu fonder l'invalidité simplement sur le traitement différent accordé par la loi aux rapports sexuels anaux selon que le partenaire est un homme ou une femme. Au lieu de cela, le jugement s'est concentré, avec une sensibilité appropriée à la manière dont les préjugés anti-gays ont porté atteinte à la dignité des membres de la communauté gay, sur la manière dont les lois anti-sodomie ont renforcé le désavantage systémique de nature pratique et spirituelle. En outre, il l'a fait non pas en adoptant le point de vue du législateur dit raisonnable qui accepte comme objectifs tous les préjugés de la société hétérosexuelle tels qu'ils sont incorporés dans les lois en question, mais en répondant à la demande des requérants d'examiner la question du point de vue de ceux dont la vie et l'estime de soi sont affectées par ces mesures.¹⁴⁶ Je voudrais appuyer et, je crois, renforcer cet argument en me référant à des raisons de principe et de stratégie pour lesquelles, lorsqu'elle élabore sa jurisprudence en matière d'égalité, la Cour devrait continuer à se concentrer sur les principes antidiscriminatoires définis aux paragraphes 3, 4 et 5 de l'article 9, qui contiennent en leur cœur le respect de la dignité humaine.

¹⁴⁶

Le juge Ackermann, ci-dessus, aux paragraphes 20-27 et 58-64.

[122] Les indications textuelles contre l'argument du Centre selon lequel l'article 9(1) devrait être interprété de manière à porter pratiquement tout le fardeau de la garantie de l'égalité, ont été clairement identifiées dans le jugement du juge Ackermann.¹⁴⁷ Il existe, à mon avis, d'autres considérations soutenant une focalisation structurée sur la non-discrimination en tant que cœur des garanties d'égalité applicables :¹⁴⁸ l'aptitude institutionnelle,¹⁴⁹ l'efficacité fonctionnelle,¹⁵⁰ la discipline technique,¹⁵¹ la congruence historique,¹⁵² la compatibilité avec la pratique internationale¹⁵³ et sensibilité conceptuelle.

¹⁴⁷ Voir ci-dessus les paragraphes 15 à 19. Il convient de noter que la question des revendications socio-économiques de fond a été directement traitée par l'inclusion expresse d'un certain nombre de droits socio-économiques dans la Déclaration des droits, assortie d'une indication de la responsabilité du législateur d'assurer leur réalisation dans la limite des ressources disponibles. Voir les sections 26 (logement), 27 (soins de santé, alimentation, eau et sécurité sociale) et 29 (éducation) de la Constitution de 1996.

¹⁴⁸ "Nous promouvons l'égalité en réduisant la discrimination, et nous réduisons la discrimination en réduisant l'écart entre l'avantage et le désavantage historique et arbitraire." Voir AJ Abella dans *R v M (C)* (1995) 30 CRR (2d) 112 à 119.

¹⁴⁹ Voir Nowak et Rotunda *Constitutional Law* 5 ed (West Publishing Company, St. Paul Minn 1995) à 601.

¹⁵⁰ Hogg commente :
 " Une étude préparée en 1988, soit trois ans seulement après l'entrée en vigueur de l'article 15 . . . a trouvé 591 cas (dont les deux tiers ont été rapportés intégralement) dans lesquels une loi avait été contestée sur la base de l'article 15. La plupart des contestations semblaient non fondées et la plupart ont échoué, mais l'absence de normes claires pour l'application de l'art. 15 a encouragé les avocats à continuer d'essayer d'utiliser l'art. 15 chaque fois qu'une distinction statutaire a joué en défaveur d'un client", dans Hogg *Constitutional Law of Canada* 3 ed (Carswell Professional Publishing, Canada 1992) à 1162.

¹⁵¹ Les sections 9(3), (4) et (5) de la Constitution de 1996 fournissent la structure pour une analyse judiciaire ciblée et franche.

¹⁵² La longue liste de motifs de discrimination spécifiquement énumérés à l'article 9(3) souligne l'importance particulière accordée par la Déclaration des droits à la lutte contre la discrimination injuste sous les nombreuses formes qu'elle a été amenée à prendre.

¹⁵³ Loin que le concept de non-discrimination soit faible et négatif, Sieghart y fait référence comme étant probablement le principe le plus fort de tous ceux que l'on trouve dans le droit international des droits de

SACHS J

l'homme. Voir Sieghart *The International Law of Human Rights* (Clarendon Press, Oxford 1983), cité dans *In re : the Education Bill of 1995 (Gauteng)* 1996 (4) BCLR 537 (CC) ; 1996 (3) SA 165 (CC) au paragraphe 71.

[123] En développant sa jurisprudence en matière d'égalité autour du concept de discrimination injuste, la Cour s'engage dans un discours structuré centré sur le respect des droits de l'homme et la non-discrimination.¹⁵⁴ Elle réduit le risque d'une intervention judiciaire trop envahissante dans des questions de politique sociale générale, tout en soulignant la responsabilité particulière de la Cour en matière de protection des droits fondamentaux de manière affirmative. Elle réduit également la possibilité que la Cour soit inondée de requêtes non fondées et permet à la Cour de se concentrer sur sa vocation particulière, d'utiliser les techniques pour lesquelles elle a une aptitude particulière et de défendre les intérêts pour lesquels elle a une responsabilité particulière. Enfin, elle place la jurisprudence de la Cour dans le contexte de l'évolution des concepts des droits de l'homme dans le monde et de l'histoire particulière de notre pays.

¹⁵⁴ Voir l'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia* (1989) 30 CRR (2d) 193, un point de repère dans la jurisprudence sur l'égalité.

[124] Contrairement à l'argument du Centre, l'atteinte à la dignité et à l'estime de soi en vertu des dispositions sur l'égalité peut être distinguée de l'atteinte à la dignité en vertu de l'article 10 de la Déclaration des droits.¹⁵⁵ La première est fondée sur l'impact que la mesure a sur une personne en raison de son appartenance à un groupe historiquement vulnérable qui est identifié et soumis à un désavantage en raison de certaines caractéristiques personnelles étroitement liées¹⁵⁶ de ses membres ; c'est l'inégalité de traitement qui entraîne et est prouvée par l'indignité. L'atteinte à la dignité au sens de l'article 10, en revanche, envisage un éventail beaucoup plus large de situations. Elle offre une protection aux personnes dans leurs multiples identités et capacités. Il peut s'agir d'individus traités de manière irrespectueuse, comme une personne arrêtée à un barrage routier. Il peut également s'agir de membres de groupes soumis à un désavantage systémique, comme les travailleurs agricoles dans certaines régions ou les prisonniers dans certaines prisons, ces groupes n'étant pas identifiés en raison de caractéristiques étroitement liées, mais en raison de la situation dans laquelle ils se trouvent. Il s'agirait de cas d'indignité de traitement conduisant à une inégalité, plutôt que d'inégalité liée à des caractéristiques de groupe étroitement liées produisant une indignité.

¹⁵⁵ Voir ci-dessus, point 26.

¹⁵⁶ Une expression pertinente utilisée par le juge Iacobucci dans l'affaire *Egan c. Canada*, précitée au point 5, p. 157.

[125] Une fois encore, je suis d'avis que le principe d'égalité et le principe de dignité ne doivent pas être considérés comme concurrents mais plutôt comme complémentaires. L'inégalité ne s'établit pas simplement par une différence de traitement fondée sur le groupe, mais par une différenciation qui perpétue le désavantage et conduit à l'effritement du sentiment de dignité et d'estime de soi associé à l'appartenance au groupe. Inversement, une atteinte à la dignité est plus facilement établie lorsqu'il existe une inégalité de pouvoir et de statut entre le violeur et la victime.

[126] L'un des grands avantages de l'approche des droits de l'homme sensible à la situation est que l'analyse se concentre non pas sur des catégories abstraites, mais sur les vies telles qu'elles sont vécues et les blessures telles qu'elles sont subies par les différents groupes de notre société. La manière dont est vécue la discrimination fondée sur la race, le sexe, la religion ou le handicap varie considérablement - il y a de la différence dans la différence. Le point commun qui les unit toutes est l'atteinte à la dignité imposée aux personnes en raison de leur appartenance à certains groupes. La dignité dans le contexte de l'égalité doit être comprise dans cette optique. L'accent mis sur la dignité conduit à mettre simultanément l'accent sur le contexte, l'impact et le point de vue des personnes concernées. Cet accent est en fait le garant d'une égalité substantielle, par opposition à une égalité formelle.

[127] Comme nous le rappelle le juge Marshall, " ... les leçons de l'histoire et de l'expérience sont certainement le meilleur moyen d'atteindre les objectifs de l'Union européenne ".

Il s'agit de la meilleure façon de savoir quand, et à l'égard de quels intérêts, la société est susceptible de stigmatiser des individus comme membres d'une caste inférieure ou de les considérer comme n'appartenant pas à la communauté. Parce que les préjugés engendrent les préjugés et que les stéréotypes produisent des limitations qui confirment le stéréotype sur lequel ils sont fondés, une histoire de traitement inégal exige une sensibilité à la perspective que ses vestiges perdurent... comme dans de nombreuses distinctions juridiques importantes, "une page d'histoire vaut un volume de logique".¹⁵⁷ Dans le cas des homosexuels, l'histoire et l'expérience nous enseignent que les cicatrices ne proviennent pas de la pauvreté ou de l'impuissance, mais de l'invisibilité. C'est l'altération du désir, c'est l'attribution de la perversité et de la honte à l'affection corporelle spontanée, c'est l'interdiction de l'expression de l'amour, c'est le refus de la pleine citoyenneté morale dans la société parce que vous êtes ce que vous êtes, qui porte atteinte à la dignité et à la valeur personnelle d'un groupe.

¹⁵⁷ *City of Cleburn Text. v Cleburn Living Center* (1985) 473 US 432 at 473, citant le juge Holmes dans *New York Trust Co. et. al. v Eisner* (1921) 256 U.S. 345 at 349. Le stéréotype en lui-même ne doit pas nécessairement entraîner une discrimination. Le stéréotype de l'homme équilibré et sans émotions, qui est la meilleure personne pour occuper des postes de direction, a bien servi de nombreux hommes. C'est lorsque les stéréotypes sont associés à un désavantage qu'ils deviennent constitutionnellement offensants. Ces désavantages peuvent prendre des formes matérielles, mais il n'est pas nécessaire que ce soit le cas ; la Déclaration des droits reconnaît que l'on ne vit pas seulement de pain. En effet, nous n'avons aucune preuve que les homosexuels sont plus riches ou plus pauvres que le reste de la société. Ils ne sont pas non plus, en tant qu'individus, nécessairement moins représentés que les hétéros dans les couloirs du pouvoir politique, économique, social, culturel, judiciaire ou des forces de sécurité. Le désavantage qu'ils subissent ne vient pas d'une conséquence des préjugés, il vient des préjugés eux-mêmes. La complexité des problèmes liés aux stéréotypes est illustrée par les positions contrastées adoptées dans l'affaire *Hugo*, précitée au point 24, par le juge Kriegler aux points 80-86 et le juge O'Regan au point 111.

[128] Cette vulnérabilité particulière des gays et des lesbiennes en tant que groupe minoritaire dont le comportement s'écarte de la norme officielle est bien mise en évidence par Cameron dans l'article fondateur auquel mon savant collègue fait référence.¹⁵⁸ Les gays constituent une section distincte mais invisible de la communauté qui a été traitée non seulement avec irrespect ou condescendance mais aussi avec désapprobation et répulsion ; ils ne sont généralement pas évidents en tant que groupe, pressés par la société et la loi de rester invisibles ;¹⁵⁹ leur caractéristique d'identification combine toutes les anxiétés produites par la sexualité avec tous les effets aliénants résultant de la différence ; et ils sont considérés comme particulièrement contagieux ou enclins à corrompre les autres. Aucun de ces facteurs ne s'applique à d'autres groupes traditionnellement victimes de discrimination, tels que les personnes de couleur ou les femmes, qui ont bien entendu dû subir des formes d'oppression spécifiques. À mon avis, le savant auteur a tout à fait raison lorsqu'il conclut que, précisément parce que ni le pouvoir ni l'allocation de ressources spécifiques ne sont en cause, l'orientation sexuelle devient un point de mire moral dans notre ordre constitutionnel. Pour cette même raison, la question de la dignité est dans ce contexte centrale à la question de l'égalité.

¹⁵⁸ Voir le juge Ackermann ci-dessus au paragraphe 20.

¹⁵⁹ Law "Homosexuality and the Social Meaning of Gender" (1988) *Wisconsin Law Review* 187 à 212, cité dans Cameron ci-dessus n 4 à 459. commentaires :
"La métaphore du placard est plus puissante pour les gays, car l'hétérosexisme exige qu'ils renient leur identité et les relations centrales de leur vie. Le genre, en revanche,

est visible, comme la race, et les femmes sont confrontées à l'impuissance,
pas à l'invisibilité ", in

[129] Au cœur de la jurisprudence en matière d'égalité, il s'agit de sauver des personnes d'un statut de caste et de mettre fin à leur traitement comme des êtres humains inférieurs en raison de leur appartenance à un groupe particulier. L'indignité et le statut de subordination peuvent découler d'une exclusion imposée par les institutions du courant dominant de la société ou d'une impuissance au sein de ce courant ; ils peuvent également provenir de la localisation de la différence comme forme problématique de déviance dans le groupe défavorisé lui-même, comme c'est le cas pour les personnes handicapées.¹⁶⁰ Dans le cas des homosexuels, elle provient de la contrainte de nier une caractéristique personnelle étroitement liée. Pénaliser les gens parce qu'ils sont ce qu'ils sont est un profond manque de respect pour la personnalité humaine et une violation de l'égalité. Cet aspect ne serait pas bien pris en compte, voire pas du tout, par l'approche du Centre, qui doit être rejetée.

Le traitement de la différence dans une société ouverte

[130] Bien que la Constitution elle-même ne puisse pas détruire les préjugés homophobes, elle peut exiger l'élimination des institutions publiques qui sont fondées sur ces préjugés et les perpétuent. À partir d'aujourd'hui, une partie de la communauté peut ressentir l'égle préoccupation et considération de la Constitution et jouir d'une vie moins menacée, moins solitaire et plus digne. La loi rattrape une réalité sociale en évolution. Un amour qui, depuis plusieurs années, ose dire ouvertement son nom dans les librairies, les théâtres, les festivals de cinéma et les défilés publics, et qui a réussi à

devenir une partie riche et reconnue de la culture sud-africaine.

¹⁶⁰ Voir généralement Minow, ci-dessus, n. 8.

ne doivent plus craindre d'être poursuivis pour une expression intime. Une loi qui a facilité les agressions homophobes et induit l'auto-oppression, cesse d'exister. Les tribunaux, la police et le système pénitentiaire sont en mesure de consacrer le temps et les ressources autrefois consacrés à des poursuites odieuses et futiles à la capture et à la poursuite des criminels qui s'en prennent aux homosexuels comme aux hétérosexuels. Les homosexuels ne sont plus traités comme des hétérosexuels ratés mais comme des personnes à part entière.

[131] Pourtant, à mon avis, les implications de ce jugement vont bien au-delà de la communauté gay et lesbienne. Il n'est pas exagéré de dire que le succès de l'ensemble de l'effort constitutionnel en Afrique du Sud dépendra dans une large mesure de la façon dont la similitude et la différence seront conciliées, une question centrale dans le cas présent.

[132] Le présent cas montre bien qu'il ne faut pas confondre égalité et uniformité ; en fait, l'uniformité peut être l'ennemi de l'égalité. L'égalité signifie une préoccupation et un respect égaux par-delà les différences. Elle ne présuppose pas l'élimination ou la suppression de la différence. Le respect des droits de l'homme exige l'affirmation de soi, et non la négation de soi. L'égalité n'implique donc pas un nivellement ou une homogénéisation des comportements, mais une reconnaissance et une acceptation de la différence.¹⁶¹ À tout le moins, elle affirme que

161

Voir Littleton dans *Reconstructing Sexual Equality* (1987) 75 *California Law Review* 1279 à 1285 où elle présente une approche pour reconstruire l'égalité basée sur la prémisse de l'acceptation. Ce modèle vise à créer une symétrie dans les expériences vécues par tous les membres de la société en éliminant les inégalités.

la différence ne doit pas être le fondement de l'exclusion, de la marginalisation, de la stigmatisation et de la punition. Au mieux, elle célèbre la vitalité que la différence apporte à toute société.

les conséquences découlant de la différence.

[133] L'article 9 de la Constitution est sans ambiguïté : la discrimination fondée sur le fait d'être gay ou lesbienne, est présumée injuste et constitue une violation des droits fondamentaux. Cet arrêt considère que, pour déterminer les limites normatives du comportement sexuel admissible, l'activité érotique homosexuelle doit être traitée sur un pied d'égalité avec l'activité hétérosexuelle, en d'autres termes, que la qualité homosexuelle du comportement ne doit pas être une considération pour déterminer où et comment la loi doit intervenir. Selon certains commentateurs, le respect du principe d'égalité va plus loin à deux égards. Premièrement, la communauté des gays et des lesbiennes doit avoir pleinement accès à la prise de décision sur les questions en jeu, de sorte que leurs expériences, leur sens du bien et du mal et leurs propositions pour une législation efficace soient pris en compte de la même manière lorsque le résultat est déterminé¹⁶². Deuxièmement, la sélection

162

Le thème de l'égalité de voix est mis en évidence par Dworkin dans "Equality, Democracy and Constitution" (1990) Vol XXVIII, No. 2 *Alberta Law Review* 324 aux pages 337-41 où il affirme que : "Dans une véritable démocratie, le peuple ne gouverne pas de manière statistique mais communautaire...".

. [Lorsque nous insistons sur le fait qu'une véritable démocratie doit traiter tout le monde avec la même attention, nous faisons un pas décisif vers une forme plus profonde d'action collective dans laquelle "nous le peuple" est compris comme comprenant non pas une majorité mais tout le monde agissant communément... mais l'idée que dans une communauté intégrée, la vie collective ne peut pas inclure la formation des jugements de ses membres individuels comme distincts de ce qu'ils font, a une importance distincte quasi-définitive parce qu'elle établit des conditions minimales pour toute communauté, de quelque type que ce soit, qui aspire à l'intégration plutôt qu'au monolithe.

et discriminatoire - si elle ne vise qu'à éliminer certaines croyances collectivement jugées erronées ou dégradantes - alors elle détruit l'intégration des citoyens qui font l'objet de la réforme".

Trakman soutient la même chose dans "Section 15 : Equality ? Where" (1995) 6:4 *Constitutional Forum* 112 à 121. "Si l'article 15 [la clause sur l'égalité dans la Charte des droits] a un sens, cela signifie que l'article 15 n'a pas de sens.

Le sens de l'égalité réside dans la condition de la vie communautaire à laquelle l'égalité est destinée. Cette condition présuppose que toutes les personnes au sein de la société ont le droit de participer à cette vie commune avec une

égalité relative. Cette condition d'égalité n'exige pas que tout le monde ait exactement la même part du "bien" social. L'égalité permet à différents segments de la société de jouir de différentes qualités de vie avec une égalité comparative, et non symétrique. L'égalité comparative signifie également qu'aucun segment de la société n'a le droit de définir la qualité de la "bonne" vie pour tous à son image. Quel que soit son objet, le législateur dans une société démocratique n'a pas le droit de s'identifier aux intérêts de certaines communautés de manière à produire une inégalité comparative pour les autres communautés."

des questions à examiner ne doivent pas être sélectionnées et traitées sur la base de stéréotypes et de préjugés. Il n'est pas nécessaire de se prononcer sur ces questions complexes dans cette affaire.

[134] La reconnaissance et l'acceptation de la différence sont particulièrement importantes dans notre pays où l'appartenance à un groupe a été la base d'avantages et de désavantages explicites. Le développement d'un sentiment actif, plutôt que purement formel, de jouir d'une citoyenneté commune dépend de la reconnaissance et de l'acceptation des personnes telles qu'elles sont. Le concept de déviance sexuelle doit être revu. Une norme hétérosexuelle a été établie, les gays ont été qualifiés de déviants par rapport à la norme et la différence a été localisée en eux.¹⁶³ Ce que la Constitution exige, c'est que la loi et les institutions publiques reconnaissent la variabilité des êtres humains et affirment l'égalité de respect et de sollicitude qui doit être accordée à tous tels qu'ils sont. À tout le moins, ce qui est statistiquement normal cesse de servir de base pour établir ce qui est juridiquement normatif. Plus largement, le champ de ce qui est constitutionnellement normal est élargi pour inclure le plus large éventail de perspectives et pour reconnaître, accommoder et accepter la plus grande étendue de différences. Ce qui devient normal dans une société ouverte, ce n'est donc pas une forme imposée et standardisée d'éthique, mais une forme d'éthique de la vie.

¹⁶³

Minow (voir ci-dessus, n. 8) soutient que l'égalité pour ceux qui sont considérés comme différents est exclue par cinq suppositions non formulées et inacceptables, à savoir que : La différence est intrinsèque et non une comparaison ; la norme n'a pas besoin d'être énoncée ; l'observateur peut voir sans perspective ; les autres perspectives ne sont pas pertinentes ; et le statu quo est naturel, non contraint et

bon. Elle se concentre principalement sur les droits des personnes handicapées, mais la critique semble s'appliquer à la manière dont le comportement des homosexuels a été décrit.

un comportement qui refuse de reconnaître la différence, mais l'acceptation du principe même de la différence, qui accepte la variabilité du comportement humain.

[135] L'invalidation des lois anti-sodomie marquera un moment important dans la maturation d'une démocratie ouverte fondée sur la dignité, la liberté et l'égalité. Comme je l'ai dit, notre avenir en tant que nation dépend en grande partie de la manière dont nous gérons la différence. Dans le passé, la différence a été vécue comme une malédiction, aujourd'hui elle peut être considérée comme une source de vitalité interactive. La Constitution reconnaît la variabilité des êtres humains (génétique et socioculturelle), affirme le droit à la différence et célèbre la diversité de la nation.¹⁶⁴

[136] Un État qui reconnaît la différence ne signifie pas un État sans moralité ou sans point de vue. Il ne bannit pas les concepts de bien et de mal, ni n'envisage un monde sans bien ni mal. Il est impartial dans ses relations avec les personnes et les groupes, mais n'est pas neutre dans son système de valeurs. La Constitution n'interdit certainement pas à l'État de faire respecter la moralité. En effet, la Déclaration des droits n'est rien d'autre qu'un document fondé sur une profonde moralité politique.¹⁶⁵ Ce qui est central pour le caractère et le fonctionnement de l'État,

¹⁶⁴

Le préambule de la Constitution se lit comme suit :

"... croire que l'Afrique du Sud appartient à tous ceux qui y vivent, unis dans notre diversité". De nombreuses dispositions traitent des droits associatifs, culturels, religieux et linguistiques ainsi que des droits relatifs à la croyance et à l'expression, qui soulignent tous la riche diversité de notre pays. Voir par exemple les sections 6, 18, 29 et 31 de la Constitution. Voir également *Gauteng Education* ci-dessus, n. 36, paragraphes 49 et 52.

165 Voir Robertson et Merrils *Human Rights in Europe* 3 ed (1993) cité dans *Coetzee v Government of the*

est que les préceptes de la moralité qu'il applique et les limites qu'il peut atteindre se trouvent dans le texte et l'esprit de la Constitution elle-même.¹⁶⁶

République d'Afrique du Sud 1995 (10) BCLR 1382 (CC) ; 1995 (4) SA 631 (CC) à la note 66.

166

Voir AJ Abella ci-dessus, n. 31, page 639 :

"Lorsque les gouvernements définissent les limites de la moralité, comme ils le font lorsqu'ils énoncent des lois, ils sont tenus de le faire conformément aux garanties constitutionnelles, et non en fonction de suppositions injustifiées."

[137] Le fait que l'État ne puisse pas imposer les orthodoxies des systèmes de croyance à l'ensemble de la société a deux conséquences.¹⁶⁷ La première est que les gays et les lesbiennes ne peuvent être contraints de se conformer aux normes hétérosexuelles ; ils peuvent désormais sortir de leur invisibilité et vivre en tant que citoyens sud-africains libres et à part entière. La seconde est que les personnes qui, pour des raisons de croyance religieuse ou autre, ne sont pas d'accord avec le comportement homosexuel ou le condamnent, sont libres d'avoir et d'exprimer ces croyances. Cependant, si la Constitution protège le droit des personnes à conserver ces croyances, elle ne permet pas à l'État de transformer ces croyances - même dans des versions modérées ou douces - en dogme imposé à l'ensemble de la société.

[138] À mon avis, la décision de cette Cour doit être considérée comme faisant partie d'une acceptation croissante de la différence dans une Afrique du Sud de plus en plus ouverte et pluraliste. Elle me permet d'espérer que les effets émancipateurs de l'élimination des préjugés institutionnalisés à l'encontre des gays et des lesbiennes encourageront la population hétérosexuelle à être plus sensible à la variabilité du genre humain. Après avoir fait ces observations, j'exprime mon plein accord avec le jugement et l'ordonnance du juge Ackermann.

Pour les requérants :

M. GJ Marcus SC et M. M Chaskalson instruit

Par Nichollas, Cambanis et Associés

¹⁶⁷ Voir *S v Lawrence* 1997 (10) BCLR 1337 (CC) ; 1997 (4) SA 1176 (CC) aux paragraphes 148 et 179.

Pour les 1st défendeurs : Mme GCM Masemola, instruite par le State Attorney,
Johannesburg.

Pour l'Amicus Curiae : M. D. Davis, instruit par la Wits Law Clinic.