

Textes à l'appui : Décision de la Cour constitutionnelle sud-africaine, CCT 10/99, du 2 décembre 1999

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 9 (DOSSIER : AFRIQUE DU SUD) - FÉVRIER 2001

Décision de la Cour constitutionnelle, CCT 10/99, du 2 décembre 1999, « Coalition nationale pour l'égalité des homosexuels et des lesbiennes contre Ministère des affaires intérieures et autres »

Le texte ci-dessous reproduit est une traduction non officielle, réalisée en vue de la publication dans les Cahiers, *du texte intégral de la décision commentée dans ce même numéro (p. 84) et à laquelle il est fait référence dans la présentation de la Cour (p. 41)*. Toutefois il a été choisi, pour des contraintes éditoriales évidentes, de ne pas procéder à la traduction des cent quatorze notes de bas de pages que comporte la décision dans sa version longue, qui est consultable en ligne sur le site Internet de la Cour constitutionnelle sud-africaine à l'adresse <http://www.concourt.gov.za/judgments/1999/natcoal.wp>

LA COUR CONSTITUTIONNELLE DE L'AFRIQUE DU SUD

Affaire CCT 10/99

LA COALITION NATIONALE POUR L'ÉGALITÉ DES HOMOSEXUELS ET DES LESBIENNES

Premier appelant/requérant

SVEN PATRIK ALBERDING

Deuxième appelant/requérant

FIONA JANE LIEBE SAUNDERS WATSON

Troisième appelant/requérant

MALCOLM CLIVE NORTH

Quatrième appelant/requérant

FRANCK ANDRÉ CHARLES JOLY

Cinquième appelant/requérant

LINDA AOUDIA

Sixième appelant/requérant

ARGYRIS SOTIRIS ARGYROU

Septième appelant/requérant

CLINT LEWIS TATCHELL

Huitième appelant/requérant

LUCINDA SLINGSBY

Neuvième appelant/requérant

STEVEN MARK LE GRANGE

Dixième appelant/requérant

HILTON MARC KAPLAN

Onzième appelant/requérant

CHRISTINE HAZEBROUCQ

Douzième appellant/requérant

JACOBUS JOHANNES DE WET STEYN

Treizième appellant/requérant

LA COMMISSION POUR L'ÉGALITÉ ENTRE LES SEXES

Quatorzième appellant/requérant

contre

LE MINISTRE DES AFFAIRES INTÉRIEURES

Premier répondant

LE MINISTRE ADJOINT DES AFFAIRES INTÉRIEURES

Deuxième répondant

LE DIRECTEUR GÉNÉRAL DES AFFAIRES INTÉRIEURES

Troisième répondant

Date de l'audition : le 17 août 1999

Date du prononcé : le 2 décembre 1999

JUGEMENT

ACKERMANN J.

Introduction

[1] Cette affaire soulève deux questions importantes. La première est de savoir s'il est contraire à la Constitution que la loi sur l'immigration facilite l'immigration vers l'Afrique du Sud des conjoints de résidents permanents en Afrique du Sud mais n'accorde pas les mêmes bénéfices aux homosexuels et aux lesbiennes vivant en concubinage avec des résidents sud-africains permanents. La deuxième est de savoir si, lorsqu'elle conclut que les dispositions d'une loi sont contraires à la Constitution, la Cour peut ajouter dans le texte même de la loi des mots qui la rendraient conforme à la Constitution. Ces questions résultent des dispositions de l'article 25 (5) (ci-après dénommé « l'article 25 (5) ») de la loi n° 96 de 1991 sur le contrôle des étrangers (ci-après dénommée « la loi ») et de l'application des dispositions de l'article 172 (1) (b) de la Constitution de 1996 (ci-après dénommée « la Constitution ») au cas où l'article 25 (5) devrait s'avérer contraire à la Constitution. L'article 25 (5) dispose :

"Nonobstant les dispositions de l'alinéa (4), mais sous réserve des dispositions des alinéas (3) et (6), un comité régional peut, sur demande du conjoint ou de l'enfant à charge d'une personne résidant de manière permanente et légale sur le territoire de la République, autoriser l'attribution d'un permis d'immigration."

[2] L'article 25 (5) a été déclaré contraire à la Constitution, et en conséquence des mesures conservatoires ont été ordonnées par la Haute Cour du Cap de Bonne Espérance (ci-après dénommée la « Haute Cour ») (par les juges Davis et Conradie, soutenus par le juge associé Knoll), par la décision suivante :

"1. L'article 25 (5) de la loi n° 96 de 1991 sur le contrôle des étrangers est déclaré invalide en ce que l'avantage conféré exclusivement aux conjoints est en conflit avec l'article 9 (3) dans la mesure où il est discriminatoire envers les partenaires de même sexe sur la base de leur orientation sexuelle.

2. La déclaration d'invalidité de l'article 25 (5) est suspendue pour une période de douze mois à compter de la date de la confirmation de la présente décision afin de permettre au Parlement de mettre un terme à ce conflit.

3. L'exclusion des partenaires de même sexe des avantages conférés par l'article 25 (5) de la loi constitue une circonstance spéciale justifiant que soit accordée une demande d'exemption introduite conformément à l'article 28 (2) de la loi par le partenaire de même sexe d'une personne résidant de manière permanente et légale sur le territoire de la République. La présente partie de la décision restera en vigueur

jusqu'à ce que le Parlement ait mis un terme au conflit.

4. En vertu de l'article 172 (2) (b) les deuxièmes requérants et suivants sont exemptés, aux fins de l'article 28 (2) de la loi, des dispositions de l'article 23 de celle-ci.

5. Aucune mesure ne peut être prise à leur encontre en vertu de la loi du fait de leur résidence, de leur travail ou de leurs études sur le territoire de la République.

Les répondants sont tenus de payer, conjointement et solidairement, les dépens des requérants, en ce compris les frais de deux avocats."

[3] Cette décision faisait suite à la requête introduite par les quatorze appelants/requérants (ci-après dénommés « les requérants ») contre les trois répondants, à savoir le ministre, le ministre adjoint et le directeur général des affaires intérieures (ci-après dénommés collectivement « les répondants » et individuellement « le ministre », « le ministre adjoint » et « le DG » respectivement) par laquelle les requérants sollicitaient une décision dans les termes suivants :

"1. Réexaminer et annuler ou rectifier la décision par laquelle le premier répondant refuse au septième requérant une prolongation de l'exemption accordée le 23 avril 1997 en vertu de l'article 28 (2) de la loi n° 96 de 1991 relative au contrôle des étrangers, modifiée, du fait qu'il résidait de manière permanente et légale avec son partenaire de même sexe, à savoir le treizième requérant;

2. Réexaminer et annuler ou rectifier la décision du premier répondant de refuser d'accorder au deuxième requérant et suivants, jusqu'au sixième inclus, l'exemption en vertu de l'article 28 (2) de la loi n° 96 de 1991 relative au contrôle des étrangers, modifiée, du fait de leurs relations stables avec une personne de même sexe à savoir respectivement du huitième au douzième requérant;

3. Réexaminer et annuler ou rectifier la décision du premier répondant, voire du troisième répondant le cas échéant, selon laquelle les circonstances spéciales n'existent plus aux termes de l'article 28 (2) de la loi n° 96 de 1991 relative au contrôle des étrangers, modifiée, pour justifier qu'en soit accordé le bénéfice aux partenaires de même sexe des citoyens sud-africains vivant en relation stable;

4. Ordonner au troisième répondant de recevoir, de traiter et de transmettre pour examen à la Commission d'examen des demandes d'immigration les demandes introduites par le deuxième requérant et suivants jusqu'au septième inclus, en vue de l'obtention d'un permis d'immigration en vertu de l'article 25 (2) la loi n° 96 de 1991 relative au contrôle des étrangers, modifiée, à des conditions à tout le moins aussi favorables que celles qui sont applicables aux couples mariés en vertu de l'article 25 de la loi;

5. Déclarer que l'article 25 de la loi n° 96 de 1991 relative au contrôle des étrangers, modifiée, est contraire aux dispositions de la loi n° 108 de 1996 portant Constitution de la République sud-africaine, et donc invalide dans la mesure où les deux sont en conflit;

6. Ordonner au premier répondant d'accorder les mêmes dispenses que celles déjà accordées au septième requérant en vertu de l'article 28 (2) de la loi n° 96 de 1991 relative au contrôle des étrangers, modifiée, en attendant la modification de la loi relative au contrôle des étrangers destinée à la rendre conforme aux dispositions de la loi n° 108 de 1996 portant Constitution de la République sud-africaine;

7. Ordonner au premier répondant d'accorder au deuxième requérant et suivants jusqu'au sixième inclus l'exemption en vertu de l'article 28 (2) de la loi n° 96 de 1991 relative au contrôle des étrangers, modifiée, en attendant la modification de la loi relative au contrôle des étrangers destinée à la rendre conforme aux dispositions de la loi n° 108 de 1996 portant Constitution de la République sud-africaine;

8. Déclarer que le fait que le premier répondant ne reconnaît pas les relations stables entre personnes de même sexe comme circonstance spéciale aux fins de l'article 28 (2) de la loi est contraire à la Constitution..."

[4] Les requérants ont fait appel à notre Cour en vertu des dispositions de l'article 172 (2) (d) de la Constitution, en demandant que soit modifiée la décision rendue par la Haute Cour. Ils demandent en même temps la confirmation de la décision dans sa totalité, à l'exception des points contre lesquels ils font appel et « des éventuels points de l'ordonnance qui ne sont pas soumis à confirmation par cette Cour en vertu de articles 167 (5) et 172 (2) de la Constitution ». Les répondants ont ensuite fait appel contre la totalité du jugement et de la décision de la Haute Cour.

Refus de la Haute Cour d'accorder aux répondants un ajournement

[5] Les répondants n'ont déposé aucun mémoire en défense devant la Haute Cour. Les répondants ont sollicité un ajournement de l'audition moins de vingt-quatre heures avant les date et heure prévues pour l'audition par la Haute Cour. Ils ont proposé de supporter les dépens selon

le barème avocat - client, en prenant l'engagement concomitant que le *statu quo* en ce qui concerne le deuxième requérant et suivants jusqu'au treizième inclus serait conservé jusqu'à ce que l'affaire soit jugée définitivement. Le motif invoqué par les répondants était le suivant :

"[...] que les mémoires en défense complets puissent être déposés, car à défaut d'un tel dépôt cette honorable Cour serait peu ou mal informée du but et de la mise en oeuvre pratique des dispositions législatives en question et des motifs invoqués par le gouvernement pour s'opposer à la présente requête. Ces motifs concernent notamment des questions relatives à la maturité, à la signification, à la nature et au but des droits fondamentaux invoqués par les requérants, des questions de justification qui sont soulevées, ainsi que la nature des mesures conservatoires et définitives présentées dans les mémoires des requérants [...]"

La Haute Cour a refusé la demande d'ajournement.

[6] Les faits significatifs de l'affaire sont présentés dans le jugement de la Haute Cour; il n'y a pas lieu de les réitérer à présent. Ils sont résumés pour l'essentiel dans l'extrait suivant du jugement du juge Davis :

"Dans la présente affaire les mémoires des requérants ont été signifiés aux répondants environ sept mois avant que l'affaire ne soit portée devant cette Cour. Les requérants ont consenti des efforts soutenus afin de rappeler aux répondants leurs obligations non seulement envers cette Cour mais en fin de compte également envers la Cour constitutionnelle. Aucun élément n'a été fourni pour expliquer pourquoi les répondants avaient choisi d'ignorer la procédure pendant plus de sept mois. La déclaration sous serment de M. Mokoena [le DG] se limite à déclarer que le conseil des ministres avait décidé la veille de l'audition qu'il convenait de s'opposer à la requête et que des questions importantes étaient soulevées."

[7] Davis J. a également fait remarquer, à juste titre, que notre Cour a clairement dit pour droit que tout élément de preuve considéré par l'État comme pertinent à une question de l'invalidité constitutionnelle d'une disposition législative doit être apporté devant la Haute Cour avant que celle-ci ne procède à la première audition de l'affaire. Le juge a déclaré qu'une telle considération, aussi importante soit elle, ne justifie pas à elle seule l'octroi d'un ajournement, qui doit être fondé sur un principe clair. Davis J. a précisé que les répondants n'avaient invoqué aucun motif pour justifier leur manquement aux règles de procédure, qu'ils avaient traité avec dédain leurs obligations envers la Cour, qu'ils avaient ignoré le droit des requérants à la résolution de leurs requêtes, et qu'en conséquence la demande avait été écartée.

[8] Les répondants ont sollicité de cette Cour la révision du rejet de leur requête, en invoquant deux moyens. D'une part, ils ont demandé que soit rendue une décision dans les termes suivants :

"1. Refuse de condamner le fait que les répondants ont omis de déposer leur mémoire en défense auprès de la Cour *a quo*;

2. Autorise les répondants à déposer leur mémoire en défense ainsi que les pièces à annexer à celui-ci;

3. *Alternativement* à la requête n° 2 ci-dessus, renvoie l'affaire à la Cour *a quo* en vue de la réaudition de la requête..."

Si la mesure sollicitée par le point 2 de la requête susmentionnée était accordée, leur mémoire déposé devant cette Cour serait assimilé au mémoire en défense dans la procédure en instance devant la Haute Cour. Les répondants n'ont pas essayé de présenter d'arguments dans l'affaire et n'ont pas conclu à ce que leur mémoire soit considéré comme élément de preuve dans le cadre de l'appel ou comme élément couvert par l'article 30 (1) du règlement de la Cour constitutionnelle.

[9] D'autre part, et à titre subsidiaire, ils sollicitent une modification de leur recours en appel tendant à introduire un nouveau moyen, à savoir que « c'est à tort que la Haute Cour, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, a rejeté la demande d'ajournement introduite par les répondants. » Ceci aurait pour effet d'écartier les décisions rendues par la Haute Cour et de faire renvoyer la question devant la Haute Cour, soit en vue d'un réexamen de la demande d'autorisation de déposer un mémoire en défense soit en vue d'un réexamen de la requête à la lumière du mémoire en défense des répondants. Si la première requête est bien mentionnée en passant dans les documents contenant les arguments des répondants, il n'y a eu aucune mention de cette requête de la part des répondants lors des débats oraux devant cette Cour, alors même que les deux requêtes ont fait l'objet d'une opposition globale et très vigoureuse dans le cadre des arguments écrits des requérants, qui les considèrent comme étant sans mérite, comme constituant un abus et devant être rejetés avec condamnation aux dépens selon le barème avocat/client.

[10] Ces deux requêtes ont pour but final l'annulation de la décision de la Haute Cour et une nouvelle audition de l'affaire sur la base du mémoire en défense des répondants. La première requête est entièrement dénuée de fondement. À défaut d'annuler une décision rendue sur

appel par une autre Cour et d'y substituer une décision différente, cette Cour ne dispose d'aucune compétence lui permettant de rendre une décision au nom d'une autre Cour régulièrement saisie d'une affaire ou d'excuser, au nom d'une telle Cour, le manquement au règlement applicable à une telle Cour. La deuxième requête et le moyen qu'elle cherche à introduire sont dépourvus de fondement, compte tenu des considérations exposées ci-après.

[11] Une Cour d'appel n'a aucune compétence lui permettant d'annuler une décision par laquelle une Cour de niveau inférieur accorde ou refuse un ajournement dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation pour la seule raison que la Cour d'appel elle-même, au regard des faits pertinents présentés devant la Cour inférieure, serait parvenue à une conclusion différente; elle ne peut intervenir que lorsqu'il apparaît que la Cour inférieure n'a pas exercé son pouvoir d'appréciation conformément au droit, ou qu'elle avait été influencée soit par des principes erronés soit par une présentation erronée des faits, ou qu'elle avait pris une décision qui, en l'occurrence, ne pouvait pas raisonnablement être prise par une Cour interprétant de façon correcte l'ensemble des faits et principes. À première vue, la plainte en appel formulée dans le cadre des moyens invoqués à l'appui de la requête en modification ne satisfait pas à ces critères, car elle n'allègue qu'une erreur dans l'exercice du pouvoir d'appréciation de la Haute Cour. Même en supposant, toutefois, que ce moyen présente correctement le critère qui permettrait à cette Cour d'intervenir, les répondants n'ont aucunement établi son bien-fondé, au vu des faits présentés devant la Haute Cour. Aucun vice de forme de la part de la Haute Cour n'a été allégué par les répondants dans leurs arguments écrits ou oraux devant cette Cour et aucun ne ressort du dossier. En fait je suis d'avis que la Haute Cour a rejeté la requête à bon escient, pour des raisons valables et substantielles, et que les deux requêtes introduites devant cette Cour en vue d'un tel rejet doivent être elles-mêmes rejetées. La question des dépens sera traitée à la conclusion de ce jugement.

Cadre législatif et faits pertinents

[12] Avant de passer à l'examen de la question constitutionnelle posée à cet égard, il convient d'examiner l'argument soulevé par les répondants selon lequel la Haute Cour n'aurait pas dû statuer sur la question de la validité constitutionnelle de l'article 25 (5), au motif qu'elle ne se prêtait pas à une décision. Mais même cette question préliminaire exige un examen du cadre législatif ainsi que des faits pertinents à la question devant être déterminée.

[13] Comme son long titre l'indique, la loi est de portée large et prévoit « le contrôle de l'admission des personnes, de leur résidence sur le territoire de la République et de leur départ; ainsi que des matières connexes ». Pour l'affaire portée devant nous, il suffit de faire référence au chapitre III, qui traite de la résidence sur le territoire de la République et du domicile, et donc à un certain nombre de ses dispositions pertinentes. L'article 24 (1) de la loi établit une Commission d'examen des demandes d'immigration qui est composée d'un comité central et d'au moins un comité régional (ci-après dénommé « comité régional ») pour chacune des provinces de la République. Une des dispositions particulièrement importantes en ce qui concerne la présente affaire est l'article 23, qui traite des "étrangers", un "étranger" étant défini par l'article 1 (1) comme « personne n'ayant pas la citoyenneté sud-africaine »; cette disposition dispose ce qui suit :

"Sous réserve des dispositions des articles 28 et 29, aucun étranger ne peut :

(a) entrer ou séjourner sur le territoire de la République en vue d'y résider de manière permanente, à moins d'être titulaire d'un permis d'immigration délivré en vertu de l'article 25; ou

(b) entrer ou séjourner sur le territoire de la République en vue d'y résider de manière temporaire, à moins d'être titulaire d'un permis de résidence temporaire délivré un vertu de l'article 26."

[14] Les exceptions stipulées par l'article 29 ne sont pas pertinentes dans la présente affaire; toutefois les exemptions stipulées par l'article 28 le sont, les dispositions concernées étant les suivantes :

"28 (2) Nonobstant les dispositions de la présente loi, le ministre, si la preuve lui est fournie qu'il y a des circonstances spéciales qui justifient sa décision, peut exempter toute personne ou catégorie de personnes des dispositions de l'article 23 pendant une période déterminée ou indéterminée, sous réserve des conditions qu'il peut imposer, et peut également le faire avec effet rétroactif.

(3) ...

(4) Le ministre peut retirer toute exemption accordée en vertu de l'alinéa (2)...

(5) Nonobstant toute disposition à effet contraire prévue par la présente loi, le ministre peut délivrer à toute personne dont l'exemption est retirée en vertu de l'alinéa (4), un permis de séjour temporaire approprié conformément à l'article 26 en vue du séjour sur le territoire de la

[15] C'est dans le contexte législatif ci-dessus rappelé qu'il convient d'examiner et d'évaluer les dispositions de l'article 25 :

"25 Permis d'immigration

(1) [Une demande de permis d'immigration introduite par un étranger doit être soumise au DG.]

(2) [Une telle demande est à son tour soumise par le DG à un comité régional, qui ne peut examiner la demande que si le demandeur prévoit de résider de manière permanente dans la province pour laquelle ce comité régional a été désigné.]

(3) [Sauf dispositions à effet contraire prévues par la loi] le comité régional concerné peut autoriser la délivrance au demandeur du permis d'immigration et soumettre l'autorisation à la condition que le demandeur exerce sa profession dans la province dans laquelle il entend résider de manière permanente, pour une période minimale de 12 mois, ainsi qu'à toute autre condition que le comité estime nécessaire.

(4) Le comité régional concerné peut autoriser la délivrance au demandeur d'un permis d'immigration si le demandeur :

(a) (i) est de bon caractère;

(ii) sera un habitant souhaitable de la République;

(iii) n'est pas susceptible de nuire au bien-être de la République;

(iv) n'exerce pas et n'est pas susceptible d'exercer une profession dans laquelle, de l'avis du comité régional, un nombre suffisant de personnes est disponible sur le territoire de la République pour répondre aux exigences des habitants de la République;

(b) est un membre indigent, âgé ou infirme de la famille d'une personne résidant de manière permanente et légale sur le territoire de la République en mesure de subvenir à ses besoins et qui en prend l'engagement par écrit.

(5) Nonobstant les dispositions de l'alinéa (4), mais sous réserve des dispositions des alinéas (3) et (6), un comité régional peut, sur requête du conjoint ou de l'enfant à charge d'une personne résidant de manière permanente et légale sur le territoire de la République, autoriser la délivrance d'un permis d'immigration.

(6) Un comité régional peut, dans le cas d'une personne qui sollicite un permis d'immigration et qui a contracté mariage avec une personne résidant de manière permanente et légale sur le territoire de la République depuis moins de deux ans avant la date de sa demande, refuser d'autoriser un tel permis à moins que le comité ne soit convaincu qu'un tel mariage n'a pas été contracté aux fins de circonvenir aux dispositions de la présente loi.

(7) [Exige, sous réserve du pouvoir discrétionnaire du DG de prolonger la période, que la personne à qui le permis d'immigration est délivré] entre sur le territoire de la République aux fins de résidence permanente dans un délai de six mois à compter de la date de délivrance du permis.

(8) Si une personne à qui un permis a été délivré en vertu de l'alinéa (7) n'entre pas sur le territoire de la République aux fins de résidence permanente dans un délai de six mois à compter de la date de délivrance du permis ou du délai supplémentaire que [le DG] peut déterminer, le permis cesse d'être valable.

(9) (a) [Prévoit la délivrance à un étranger, autorisé en vertu de la présente loi à séjourner temporairement sur le territoire de la République en vertu du permis prévu par l'article 26 (1) (b), d'un permis d'immigration] *mutatis mutandis* comme s'il était en dehors de la République, et la délivrance de ce permis l'autorise à résider de manière permanente sur le territoire de la République.

(b) Nonobstant les dispositions du paragraphe (a), un comité régional peut autoriser un permis en vertu du présent article à quiconque a reçu l'autorisation en vertu de l'article 26 (1) de séjourner temporairement sur le territoire de la République, pour autant que le bénéficiaire entre dans la catégorie des personnes visées par l'alinéa (4) (b) ou (5).

(10) [Prévoit le rejet et le renouvellement des demandes de permis d'immigration.]

(11) [Prévoit le réexamen d'une demande à l'instance du DG.]

(12) [Détermine les circonstances dans lesquelles un comité régional renvoie une demande au comité central d'examen ou de réexamen.]

(13) [Détermine les pouvoirs du comité central pour examiner ou réexaminer une demande.]

(14) [Pénalise certains types de conduite par rapport à la demande et à la délivrance d'un permis d'immigration.]

(15) [Confère certains pouvoirs en matière de procédure au DG.]

La contestation de la validité constitutionnelle de l'article 25 (5) porte sur le fait qu'elle permet d'accorder un traitement préférentiel à un ressortissant étranger qui demande un permis d'immigration s'il est « le conjoint [...] d'une personne résidant de manière permanente et légale sur le territoire de la République », mais non à un ressortissant étranger qui, bien que placé dans une situation comparable à tous les autres égards, est dans un relation stable avec une personne de même sexe résidant de manière permanente et légale sur le territoire de la République.

[16] Le premier requérant est un regroupement de différentes personnes homosexuelles, lesbiennes, bisexuelles et transsexuelles en Afrique du Sud et de 69 organisations et associations représentant de telles personnes. Ses principaux buts comprennent la promotion de l'égalité devant la loi pour toutes les personnes, indépendamment de leur orientation sexuelle; la réforme et l'abrogation des lois qui discriminent sur base d'une telle orientation; la promotion et le parrainage de la législation pour assurer l'égalité des droits ainsi que l'égalité de traitement des personnes en ce qui concerne leur orientation sexuelle; et la contestation par action judiciaire, par lobbying, par recommandation et mobilisation politique, de toutes formes de discrimination fondée sur une telle orientation. Le deuxième requérant et les suivants jusqu'au septième inclus, dont aucun n'est un citoyen sud-africain, sont respectivement « les partenaires du même sexe dans une relation stable » du huitième requérant et suivants jusqu'au treizième inclus. Ces requérants du huitième au treizième inclus (les « partenaires sud-africains ») résident tous de manière permanente et légale en Afrique du Sud. Le quatorzième requérant est la Commission pour l'égalité entre les sexes.

[17] Puisqu'aucun n'est citoyen sud-africain, le deuxième requérant et suivants jusqu'au septième inclus doivent tous, au sens de la loi, être considérés comme "étrangers". Leur relation homosexuelle stable avec leur partenaire sud-africain respectif sont de durée et de caractère différents. Ils ont certains aspects en commun. Chacune de ces relations constitue une relation homosexuelle stable manifeste, caractérisée par l'intimité et la dépendance mutuelle. Cela est plus explicite dans le cas de certains des requérants. La troisième requérante et sa partenaire sud-africaine vivent ensemble en ménage commun depuis mars 1995; elles ont acheté conjointement une maison en février 1998, partagent les dépenses du ménage, ont contracté des polices d'assurance communes et réglementent leurs relations par un accord de partenariat domestique. Leur interdépendance émotionnelle, physique et matérielle est, comme dans le cas des autres requérants, telle qu'elles se marieraient si la loi les y autorisait. Le quatrième requérant et son partenaire ont célébré une affirmation publique de leurs relations en présence des membres de leurs familles et de leurs amis. Les septième et treizième requérants sont bénéficiaires testamentaires réciproques. Si on n'accordait pas au deuxième requérant la résidence permanente en Afrique du Sud, le huitième requérant émigrerait afin de maintenir les relations.

[18] À la suite des élections de 1994, le premier requérant a entamé des discussions avec le DG sur un certain nombre de questions, y compris la non-reconnaissance des relations de même sexe pour l'obtention des permis d'immigration en vertu de l'article 25 (4), (5) et (6) de la loi. À la suite de ces discussions, qui sont apparemment devenues des relations de travail cordiales, une confirmation écrite a été adressée au premier requérant au nom de la DG, selon laquelle :

"[...] toutes les demandes d'exemptions en vertu de l'article 23 (b) de la loi relative au contrôle des étrangers [...] seront examinées sur base de leurs mérites."

Si la référence à l'article 23 (b) de la loi est quelque peu obscure, il ressort clairement du contexte qu'il s'agit d'une référence à l'exemption en vertu de l'article 28 de la loi des exigences de l'article 23 (b).

[19] Malgré cette confirmation, le premier requérant a continué de faire des démarches en vue d'obtenir la reconnaissance législative expresse des relations de même sexe dans le cadre des articles 25 (4), (5) et (6) de la loi. En conséquence, au moins treize dispenses temporaires ont été accordées entre avril et novembre 1997, en vertu de l'article 28 (2) de la loi aux partenaires étrangers de même sexe lesbiennes ou homosexuels sud-africains, qui souhaitaient résider de manière permanente sur le territoire de la République. Les exemptions ont été accordées par un fonctionnaire dûment délégué par le ministre; il était précisé dans chaque cas que l'exemption temporaire avait été accordée pour une période de douze mois « en attendant les suites données au mémorandum soumis au ministre des affaires intérieures » et qu'il avait

été démontré à l'autorité qui l'accordait « que des circonstances spéciales existent qui justifient une telle exemption » en vertu des dispositions de l'article 28 (2) des exigences de l'article 23 (b) de la loi.

[20] En 1997, le ministère a changé de position, ce qui a donné lieu le 9 janvier 1998 à un refus global de telles exemptions pour les partenaires étrangers de même sexe des résidents permanents sud-africains. Ce refus a été consigné dans une lettre portant cette même date adressée par le DG au premier requérant, qui précisait notamment que :

"En vertu de l'article 28 (2) de la loi, le ministre ne peut accorder d'exemptions que s'il existe des circonstances spéciales qui justifient une telle décision. En raison du flux constant des demandes d'exemptions, il est difficile de soutenir que les circonstances spéciales existent dans n'importe lequel de ces cas, comme l'exige ledit article de la loi.

Le simple fait que la loi de 1991 relative au contrôle des étrangers ne couvre pas des relations de même sexe ne peut pas être considéré comme « circonstances spéciales » aux fins de l'exercice des pouvoirs d'exemption conférés par cette loi. Il a été décidé par conséquent de ne pas accorder d'exemptions en vertu de l'article 28 (2) de la loi simplement pour rendre service aux partenaires étrangers dans des relations homosexuelles."

Le premier requérant a pris différentes mesures au nom d'un certain nombre de requérants et d'autres partenaires étrangers dans les relations homosexuelles pour améliorer leur situation en ce qui concerne l'obtention d'exemptions en vertu de l'article 28 (2) de la loi et à d'autres fins, mais celles-ci étant restées infructueuses la requête a été présentée devant la Haute Cour.

*"Maturité" en vue de la matière * de l'audition*

* En anglais dans la version originale : « ripeness of the question ».[21] Si la question de la pertinence a été également soulevée par les répondants devant la Haute Cour, aucun appel n'a été formulé contre le rejet de cet argument par la Haute Cour. Alors que la notion de « maturité » n'est pas définie avec précision, elle comporte un principe général selon lequel, là où il est possible de statuer sur une affaire, au civil ou au pénal, sans qu'une question constitutionnelle ne soit soulevée, c'est cette procédure qui doit être appliquée.

[22] L'argument en ce qui concerne la question de « maturité » a suivi plus ou moins la même ligne que celle suivie par la Haute Cour. Il était prétendu que la seule mesure sollicitée par le deuxième requérant et suivants jusqu'au septième inclus était l'obtention des exemptions prévues par l'article 28 (2) de la loi. La décision concernant une exemption incombait au ministre. Les requérants en question n'ont jamais sollicité de permis d'immigration en vertu des dispositions de l'article 25 de la loi, les demandes en ce sens relevant d'un comité régional et non du ministre. Sans avoir effectué une telle démarche, selon l'argument, les requérants n'avaient pas obligé l'autorité compétente à statuer sur la question de savoir si un partenaire de même sexe, ressortissant étranger, d'une personne résidant de manière permanente et légale en Afrique du Sud avait le droit d'être traité comme conjoint et donc droit au traitement préférentiel prévu par l'article 25 (5). Les requérants n'avaient pas en conséquence sollicité une mesure non-constitutionnelle qui, en cas de réussite, aurait pu rendre inutile l'examen de la validité constitutionnelle de l'article 25 (5). Un tel échec était en conflit, arguait-on, avec le principe général, mentionné dans le paragraphe précédent, selon lequel, là où il est possible de statuer sur une affaire sans qu'une question constitutionnelle ne soit soulevée, c'est cette procédure qui doit être appliquée.

[23] Selon l'argument des répondants, il était raisonnablement possible qu'un comité régional puisse, en vertu de l'article 39 (2) de la Constitution, interpréter le terme « conjoint » employé par l'article 25 (5) de la loi comme s'étendant au partenaire de vie de même sexe, rendant ainsi inutile l'examen de la validité constitutionnelle de l'alinéa. À mon avis le terme « conjoint » n'est pas susceptible d'une telle interprétation dans son contexte. Il existe, il est vrai, un principe d'interprétation constitutionnelle selon lequel, là où il est raisonnablement possible d'interpréter une loi de manière à éviter toute incompatibilité avec la Constitution, cette interprétation est à préférer à une autre qui, bien qu'aussi raisonnable, donnerait lieu à une telle incompatibilité. Toutefois, une telle interprétation n'est pas raisonnable s'il n'est possible d'y parvenir qu'au prix d'une déformation du sens de l'expression concernée.

[24] Il existe une distinction claire entre le fait d'interpréter la législation de manière à « promouvoir l'esprit, le sens et le but de la Déclaration des droits de l'homme », conformément aux exigences de l'article 39 (2) de la Constitution, d'une part, et, d'autre part, le procédé qui consiste à ajouter des mots à une disposition législative apportant une mesure corrective en vertu de l'article 172 (1) (b), à la suite d'une déclaration d'invalidité constitutionnelle sous l'article 172 (1) (a), ou à les supprimer. Je traiterai plus loin de la constitutionnalité de la technique qui consiste à ajouter des mots à une disposition législative. Pour l'instant, l'accent est posé sur la nature fondamentalement différente des deux procédés. Le premier, étant purement interprétatif, se limite à déterminer ce que le texte est raisonnablement susceptible de signifier. Le deuxième ne peut intervenir qu'une fois que la disposition législative en question, malgré l'application de toutes les techniques légitimes

[25] La Haute Cour a conclu à bon escient que le terme « conjoint » employé à l'alinéa 25 (5) n'était pas raisonnablement susceptible d'être interprété dans le sens recherché par les répondants. Le terme « conjoint » n'est pas défini dans la loi, mais sa signification ordinaire est synonyme de « personne mariée; épouse, époux ». Le contexte dans lequel le terme « conjoint » est employé à l'article 25 (5) n'implique pas une signification plus large. L'utilisation de l'expression « mariage » à l'article 25 (6) et les dispositions spéciales concernant une personne demandeuse d'un permis d'immigration et « qui a contracté mariage avec une personne résidant de manière permanente et légale sur le territoire de la République, moins de deux ans avant la date de sa demande » indique au surplus que le terme « conjoint » employé à l'article 25 (5) exprime l'idée d'un partenaire dans un mariage. Il n'y a pas non plus la moindre indication que le terme « mariage » employé dans la loi exprime une idée de portée plus large que les mariages reconnus en temps normal par notre loi. À cet égard, référence peut être faite à l'arrêt récent de la Chambre des lords dans l'affaire *Fitzpatrick (P.A.) c/ Sterling Housing Association Ltd*, d'après lequel le terme « conjoint » ne pourrait pas être interprété de façon plus large, et à l'affaire *Quilter c/ le procureur général*, dans laquelle, même si la loi en question ne définit pas le terme « mariage », la Cour d'appel néo-zélandaise a déclaré unanimement que les indications textuelles excluaient que le terme comprenne les unions homosexuelles.

[26] Si le terme « conjoint » avait été utilisé dans un sens plus étendu dans l'article 25 (5) de la loi, il aurait été inutile de préciser dans l'article 1 (1) que le mariage « comporte une union coutumière ». Il est significatif que la définition de « l'union coutumière », qui se lit :

"l'association d'un homme et d'une femme dans des relations conjugales selon la loi et la coutume indigènes, lorsque ni l'homme ni la femme n'est partenaire à un mariage subsistant, qui est reconnue par le ministre en vertu de l'alinéa (2)";

est basée sur des relations de sexe opposé. Compte tenu de l'ensemble de ces circonstances, il n'est pas possible de concevoir le terme « conjoint » employé à l'article 25 (5) comme incluant le partenaire étranger de même sexe d'une personne résidant de manière permanente et légale sur le territoire de la République. Les requérants en conséquence n'étaient pas fondés en droit à solliciter avec succès une mesure non-constitutionnelle, basée sur une telle interprétation du terme « conjoint ». Il s'ensuit que c'est à bon escient que la Haute Cour a rejeté l'argument des répondants selon lequel la question constitutionnelle n'était pas « mûre » pour l'audition.

Validité constitutionnelle de l'article 25 (5)

Introduction

[27] Il convient de traiter au départ d'un argument présenté au nom des répondants qui est fondamental pour leur approche de l'affaire et pour la catégorisation des questions concernant la conformité à la Constitution de l'article 25 (5). M. Patel, qui représentait les répondants en association avec Mme Moroka et M. Dhlamini, a estimé que la République, en tant qu'État indépendant souverain, était légalement autorisée à exclure tout étranger de la République; qu'elle disposait à cet égard d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire absolue qui n'était susceptible d'aucune contestation constitutionnelle ou judiciaire; et que, si le Parlement a légiféré pour permettre aux étrangers de résider en Afrique du Sud, il l'a fait en usant du même pouvoir discrétionnaire et les dispositions d'une telle législation ne sont pas non plus susceptibles de contestation constitutionnelle ou judiciaire. Il a estimé que cela a été reconnu par la Constitution dans la mesure où certaines dispositions de la déclaration des droits de l'homme confèrent des droits significatifs aux seuls citoyens de la République. Ainsi, seul un citoyen a le droit « d'entrer, de séjourner et de résider partout sur le territoire de la République »; le droit "à un passeport"; certains droits politiques; et le droit de « choisir librement son commerce, son occupation ou sa profession ».

[28] Un tel argument, même s'il était fondé, ne serait d'aucun secours aux répondants, car la présente affaire ne concerne pas cette catégorie d'étrangers mais plutôt des personnes ayant des relations homosexuelles stables avec des personnes résidant de manière permanente et légale sur le territoire de la République (que je dénommerai ci-après « Sud-Africains »). La distinction est significative et décisive. Le fait que la loi n'accorde pas la moindre reconnaissance aux relations homosexuelles stables affecte de la même manière les partenaires sud-africains et les partenaires étrangers. À mon avis on peut, et on doit, statuer correctement sur la présente affaire sur la base de la question de savoir si l'article 25 (5) en limitant les droits des partenaires sud-africains, à savoir ceux du huitième requérant et des suivants jusqu'au treizième inclus, viole la Constitution. Selon une jurisprudence constante de la Cour suprême zimbabwéenne, le droit constitutionnel qu'ont les citoyens à la libre circulation est violé lorsqu'on refuse aux conjoints étrangers de tels citoyens l'autorisation de résider au Zimbabwe. Ce n'est pas la question de la libre circulation qui nous est posée dans la présente affaire; toutefois, il est à noter que la question de la violation dans les cas zimbabwéens a été traitée par rapport aux droits du conjoint, citoyen résidant au Zimbabwe.

[29] Une telle approche ne présente aucune difficulté sur le plan de la procédure ou du fond. Il est vrai que les parties sollicitant des permis

d'immigration sont les partenaires de ressortissants étrangers. Selon la théorie objective de l'invalidité constitutionnelle adoptée par cette Cour, une partie ayant la capacité d'ester en justice peut valablement invoquer le caractère objectif d'incompatibilité avec la Constitution d'une loi à l'appui de la mesure qu'elle sollicite même si le droit violé de manière contraire à la Constitution n'est pas détenu par cette partie mais bien par une autre personne. Ils s'ensuit que le deuxième requérant et les suivants jusqu'au septième inclus sont en droit d'invoquer toute violation constitutionnelle de n'importe lequel des droits détenus par les partenaires sud-africains (huitième requérant et les suivants jusqu'au treizième inclus) découlant du fait que la loi n'accorde pas la pleine reconnaissance aux relations homosexuelles stables. Il est évident que les partenaires sud-africains peuvent eux-mêmes invoquer une telle violation.

Limitation par l'article 25 (5) du droit à l'égalité prévu par l'article 9 et du droit à la dignité prévu par l'article 10

[30] L'article 9 de la Constitution dispose :

"Égalité

(1) Tous sont égaux devant la loi et ont droit à la même protection et aux mêmes avantages au regard de la loi.

(2) L'égalité comporte la jouissance complète et égale de l'ensemble des droits et libertés. Les mesures législatives et autres destinées à protéger ou à favoriser des personnes ou des catégories de personnes désavantagées en raison de discriminations injustes peuvent être prises afin de promouvoir la réalisation de l'égalité.

(3) L'État ne peut pas injustement discriminer, directement ou indirectement, contre 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, l'incapacité, la religion, la conscience, la croyance, la culture, la langue et la naissance.

(4) Nul ne peut injustement discriminer, directement ou indirectement, contre qui que ce soit pour un ou plusieurs des motifs visés à l'alinéa

(3). La législation nationale doit être établie pour empêcher ou interdire la discrimination injuste.

(5) La discrimination fondée sur un ou plusieurs des motifs visés à l'alinéa (3) est injuste à moins qu'il ne soit établi que la discrimination est équitable."

L'article 10 dispose :

"La dignité humaine

Chacun possède sa dignité intrinsèque et a le droit que sa dignité soit respectée et protégée."

[31] Davis J. a déclaré que l'article 25 (5) constitue une limitation claire de la garantie contre la discrimination injuste prévue par l'article 9 puisqu'elle pose une distinction selon l'orientation sexuelle; en vertu de l'article 9 (5), une telle distinction, reprise comme l'un des motifs visés par l'article 9 (3), est présumée injuste faute de preuve du contraire; et la preuve du contraire n'était pas apportée. La Haute Cour a estimé inutile de traiter des autres motifs invoqués à l'appui de la contestation de l'article 25 (5). Dans l'affaire *Coalition Nationale pour l'égalité des Homosexuels et des Lesbiennes c/ Ministre de la Justice et autres* (l'affaire "sodomie") cette Cour a précisé que, compte tenu des circonstances particulières, les droits à l'égalité et à la dignité sont étroitement liés et a jugé que l'incrimination pénale de la sodomie était contraire à la Constitution en tant que violation de ces deux droits. Dans la présente affaire les droits à l'égalité et à la dignité sont également étroitement liés, et il convient d'en traiter de façon connexe.

[32] Pour aborder la question de l'atteinte au principe d'égalité, je suivrai l'approche établie par cette Cour dans différents arrêts, collationnés et résumés dans l'affaire *Harksen c/ Lane NO et autres* et appliquée à l'article 9 de la Constitution dans l'affaire "sodomie". La distinction qui découle de l'article 25 (5) est d'un type négatif. Elle ne proscrie pas la conduite des personnes homosexuelles dans une relation stable et ne rentre pas dans la catégorie des dispositions qui prescrivent elles-mêmes des conséquences négatives pour ces personnes. La distinction se situe dans le fait de ne pas leur étendre les mêmes avantages ou bénéfiques qui sont réservés aux conjoints. La plainte des requérants, confirmée par la Haute Cour, porte sur le fait que l'article 25 (5) est « imparfaitement inclusif car il confère un avantage à une catégorie de personnes définie trop restrictivement dans la mesure où elle n'inclut pas toutes les personnes jouissant d'un droit à l'inclusion sur le fondement de l'égalité ». Ceci n'est pas pertinent du point de vue constitutionnel pour établir une violation au droit à l'égalité. L'article 9 (1)

(1) « précise la disposition déjà manifestement implicite dans l'article 8 (1) de la Constitution intérimaire, selon laquelle l'État, tant en ce qu'il

accorde des avantages à des personnes qu'en ce qu'il impose des contraintes à l'État ou prend d'autres mesures, doit procéder de manière telle à assurer l'égalité de traitement de tous ».

[33] Devant cette Cour les répondants ont contesté la conclusion tirée par la Haute Cour que l'omission dans l'article 25 (5) d'accorder des bénéfices conjugaux aux personnes homosexuelles dans une relation stable constituait une distinction basée sur l'orientation sexuelle. L'argument avancé par eux était que la distinction était fondée sur le fait que les intéressés étaient des non-conjoints, ce qui n'avait rien à voir avec leur orientation sexuelle, et qu'en conséquence, étant donné que la distinction était fondée sur des considérations « non-maritales » plutôt que sur l'état civil, il n'y avait pas de discrimination injuste. Cet argument est dépourvu de tout bien-fondé, étant donné que, ainsi qu'il a été indiqué au paragraphe 25 ci-dessus, le conjoint est défini par rapport à son mariage et que le terme ne s'applique qu'aux partenaires d'un mariage.

[34] L'argument subsidiaire a été présenté selon lequel, même si la distinction était fondée sur des considérations d'état civil, rien n'empêchait des homosexuels et des lesbiennes de contracter des mariages avec des personnes du sexe opposé, et donc de devenir et d'acquérir des conjoints et de bénéficier en conséquence des avantages réservés aux conjoints en vertu de l'article 25 (5). Il s'ensuit, selon cet argument, que le fait de ne pas bénéficier des avantages réservés aux conjoints résultait de leur propre choix. L'élément implicite de cet argument est que les personnes homosexuelles dans une relation stable devraient passer outre à leur orientation sexuelle et contracter à contrecœur mariage avec une personne du sexe opposé.

[35] Je ne peux accepter cet argument. Il confond la forme et la substance et il ne respecte pas comme il se doit le fonctionnement, l'expérience ou l'impact de la discrimination dans la société. La discrimination ne se pratique pas dans les secteurs discrets de la loi, hermétiquement isolés les uns des autres, où chaque aspect de la discrimination et son impact seraient examinés et évalués isolément. La discrimination doit être analysée dans le cadre de l'expérience de ceux qu'elle frappe. Comme il a été dit dans l'affaire *sodomie* :

"L'expérience de la subordination - et surtout de la subordination personnelle - est sous-jacente à la vision de l'égalité."

[36] Par ailleurs, l'argument ne reconnaît pas le fait que le mariage ne représente qu'une forme de vie de couple parmi d'autres. La loi ne reconnaît, pour le moment, que les mariages qui sont des relations conjugales entre personnes de sexe opposé. Il n'est pas nécessaire, pour ce jugement, d'étudier d'autres formes de vie commune. Qu'il suffise de dire qu'il existe une autre forme de vie commune qui est différente du mariage reconnu par la loi. Cette forme de vie commune est représentée par des relations conjugales entre deux personnes de même sexe. La loi ne reconnaît pas pour le moment les relations homosexuelles stables en tant que mariages. Il s'ensuit que l'article 25 (5) n'accorde sa protection qu'aux relations conjugales entre hétérosexuels et exclut toute protection à la vie commune impliquant des relations conjugales homosexuelles, qui constitue pourtant la seule forme de relations conjugales disponibles aux homosexuels et aux lesbiennes en harmonie avec leur orientation sexuelle.

[37] Une avancée notable et significative dans notre législation ces dernières années est l'ampleur de la reconnaissance expresse et implicite accordée par la législature aux relations homosexuelles stables. Ces unions sont reconnues par tout un éventail de dispositions législatives. Cette tendance législative est certes significative dans la mesure où elle témoigne de l'engagement du Parlement en faveur de l'égalité en matière d'orientation sexuelle; toutefois, il n'y a toujours pas dans notre droit de reconnaissance expresse de la relation homosexuelle stable en tant que relation permettant de satisfaire aux besoins juridiques et autres des intéressés.

[38] Il s'ensuit que les partenaires de même sexe se trouvent dans une situation différente de celle des partenaires hétérosexuels qui n'ont pas contracté de mariage et ne sont donc pas devenus conjoints. Comme il sera souligné plus loin dans ce jugement, il est inutile dans la présente affaire de traiter de la situation de tels partenaires hétérosexuels non-mariés. L'argument des répondants, selon lequel les homosexuels et les lesbiennes sont libres de se marier, dans la mesure où rien ne les empêche d'épouser des personnes du sexe opposé, est vrai uniquement en tant qu'abstraction et n'a pas réellement de sens. Cet argument méconnaît l'injonction constitutionnelle selon laquelle les homosexuels et les lesbiennes ne peuvent faire l'objet d'aucune discrimination fondée sur leur propre orientation sexuelle ainsi que le droit constitutionnel d'exprimer cette orientation au travers d'une relation dans laquelle ils s'engagent librement.

[39] Le point de vue selon lequel la discrimination prévue par l'article 25 (5) est fondée sur l'orientation sexuelle présente de nombreux mérites. Comme il a déjà été précisé, la seule forme de relation conjugale qui ne bénéficie pas de la protection de l'article 25 (5) est la seule dans laquelle les homosexuels et les lesbiennes peuvent s'engager en harmonie avec leur orientation sexuelle, à savoir des relations homosexuelles stables. Une conclusion semblable a été tirée par la Cour suprême canadienne dans les affaires *Canada (procureur général) c/ Mossop, Egan c/ Canada* et *M. c/H.*

[40] À mon avis, cependant, il est préférable de suivre le raisonnement selon lequel la discrimination prévue par l'article 25 (5) constitue une discrimination qui ajoute ou combine deux éléments distincts, l'orientation sexuelle et l'état civil, tous deux spécifiés dans l'article 9 (3) et présumés constituer une discrimination injuste en vertu de l'article 9 (5) de la Constitution. Comme Sachs J. l'a précisé à juste titre dans l'affaire *Sodomie*:

"Une des conséquences d'une approche basée sur le contexte et l'impact serait de reconnaître que les motifs de discrimination injuste peuvent s'entrecroiser, de sorte que l'évaluation de l'impact discriminatoire ne se baserait pas uniquement sur l'un ou l'autre motif de discrimination mais sur une combinaison simultanée, c'est-à-dire une évaluation globale prise dans un certain contexte et non pas séparément et abstraitement." [notes de bas de page omises]

Je partage également l'analyse suivante présentée par le juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *Mossop*:

"Cet argument [de Lamer CJC] est basé sur une hypothèse sous-jacente selon laquelle les motifs « statut familial » et « orientation sexuelle » s'excluent mutuellement. Toutefois il est de plus en plus généralement reconnu que les catégories de discrimination peuvent se recouvrir et que les personnes peuvent souffrir d'exclusion historique sur base à la fois de la race et du sexe, de l'âge et du handicap physique, ou d'une autre combinaison. La situation des personnes qui sont confrontées à de multiples sources de préjudice est particulièrement complexe [...] Les catégories de discrimination fondée principalement sur la race ou principalement sur le sexe méconnaissent la réalité de la discrimination telle qu'elle affecte les intéressés. L'on peut être la victime d'une discrimination pour beaucoup de raisons, et lorsqu'on en est la victime, il n'est pas vraiment utile d'affirmer qu'il s'agit de l'une ou l'autre catégorie. Il est peut-être plus réaliste de reconnaître que les deux formes de discrimination peuvent se présenter et s'entrecroiser."

Le principe selon lequel le mariage doit être contracté avant que son bénéfice ne soit acquis constitue un des éléments de la discrimination fondée sur l'état civil, tandis que le fait qu'aucun bénéfice de ce genre n'est acquis en faveur des homosexuels et des lesbiennes engagés dans la seule forme de relations conjugales qui leur est accessible en harmonie avec leur orientation sexuelle représente une discrimination sur le fondement de l'orientation sexuelle. Je propose de traiter la présente affaire sur cette base.

Impact de la discrimination sur les requérants concernés

[41] Comme il a été dit dans l'affaire *Sodomie*, le facteur déterminant pour établir le caractère injuste de la discrimination est, en fin de compte, l'impact de la discrimination sur le demandeur ou les membres de la catégorie concernée. L'approche de cette détermination est nuancée et globale, tenant compte de différents facteurs qui, s'ils sont évalués cumulativement et objectivement, contribueront à élaborer et à préciser l'évaluation constitutionnelle de l'injustice (*constitutional test of unfairness*). Les facteurs suivants sont à considérer parmi les facteurs importants qu'il convient de prendre en compte à cet égard (la liste n'étant toutefois pas exhaustive) :

- (a) la situation des demandeurs dans la société et le fait de savoir s'ils ont été affectés dans le passé par certains types de désavantages;
- (b) la nature de la disposition ou de la compétence et du but qu'elle poursuit. Si le premier but n'est manifestement pas d'affecter les demandeurs dans leur dignité humaine fondamentale ou sur tout autre plan d'une importance comparable mais vise à atteindre un objectif social digne et important, comme, par exemple, la promotion de l'égalité pour tous, ce but peut, selon le cas d'espèce, avoir un impact non négligeable sur la question de savoir si les demandeurs ont en fait été l'objet du désagrément en question;
- (c) compte tenu des points (a) et (b) ci-dessus ainsi que d'autres facteurs appropriés, à quel point la discrimination a-t-elle porté atteinte aux droits ou aux intérêts des demandeurs, et a-t-elle entraîné un affaiblissement de leur dignité humaine fondamentale ou constitue-t-elle une atteinte d'une gravité comparable.

Il convient de noter comment la Cour suprême canadienne, en élaborant sa jurisprudence relative à l'égalité prévue par l'article 15 (1) de la charte canadienne, est parvenue à prendre conscience que le but primordial recherché de sa garantie d'égalité était la protection et la promotion de la dignité humaine.

[42] Dans l'affaire *Sodomie*, cette Cour a traité du sérieux impact négatif que la discrimination sociale fondée sur l'orientation sexuelle a eu par le passé, et qu'elle continue d'avoir, sur les homosexuels et leurs vies de couple, pour parvenir à la conclusion que les hommes homosexuels sont une minorité permanente dans la société et qu'ils ont souffert par le passé de certains types de désavantages. Si l'accent principal de ce jugement portait sur la pénalisation de la sodomie et sur d'autres prohibitions d'expressions érotiques entre hommes, les conclusions concernant le statut minoritaire des homosexuels et les types de discrimination dont ils ont fait et continuent de faire l'objet s'appliquent tout aussi bien aux lesbiennes. La société dans son ensemble a généralement accordé bien moins de respect aux lesbiennes et

aux relations intimes qu'elles entretiennent qu'aux hétérosexuels et à leurs relations. La souffrance due à la discrimination passée et présente, tant à l'égard des homosexuels que des lesbiennes, constitue le message évident qu'elle nous transmet, à savoir que ceux-ci et celles-ci, qu'on les considère en tant que personnes individuelles ou par rapport à leurs relations de même sexe, ne bénéficient ni de la dignité intrinsèque ni du droit au respect d'autrui que l'on accorde aux hétérosexuels et à leurs relations. Cette discrimination se produit à un niveau profondément intime d'existence et de rapports humains. Elle refuse aux homosexuels et aux lesbiennes ce qui est fondamental dans notre Constitution et dans les concepts d'égalité et de dignité, concepts qui sont étroitement imbriqués, à savoir que toutes les personnes ont la même valeur et la même dignité intrinsèques en tant qu'êtres humains, indépendamment de leurs éventuelles autres différences. Le refus d'accorder la même dignité et la même valeur dégénère beaucoup trop rapidement et insidieusement en un refus de reconnaissance de l'humanité et entraîne un traitement inhumain par le reste de la société à beaucoup d'autres égards. Cela est profondément avilissant et a souvent l'effet cruel de miner la confiance et le sens du respect de soi et de l'amour-propre chez les lesbiennes et les homosexuels.

[43] Des opinions semblables, que je partage, ont été exprimées dans l'affaire *Vriend c/ Alberta*, où Cory J. s'est exprimé ainsi :

"Il est facile de dire que tous ceux qui sont comme « nous » ont droit à l'égalité. Tout le monde trouve plus difficile de dire que ceux qui, d'une certaine façon, sont « différents » de nous devraient avoir les mêmes droits à l'égalité que nous. Cependant, dès que nous disons que [...] tel groupe est moins méritant et moins digne de la protection et du bénéfice égal de la loi, toutes les minorités et tout [...] l'ensemble de la société sont dépréciés. Il est si simple et tellement insultant de dire que ceux qui sont handicapés ou qui appartiennent à une race ou une religion différente, ou qui ne sont pas de la même couleur ou orientation sexuelle que nous, sont moins dignes."

[44] Cette Cour a reconnu que « plus le groupe qui fait l'objet d'une discrimination est vulnérable, plus la discrimination risque d'être considérée comme injuste. » La vulnérabilité dépend à son tour dans une très large mesure des différents types de préjudices subis par le passé, des stéréotypes etc. D'où l'importance de l'examen des préjudices passés. Dans un passage approuvé dans *M. c/H.*, le juge Iacobucci a exposé ce point de manière fort éloquente dans l'affaire *Law*:

"Le facteur le plus persuasif à l'appui de la conclusion selon laquelle le traitement différentiel imposé par la législation est vraiment discriminatoire sera l'éventuel passif de préjudices préexistants, la vulnérabilité, le stéréotype ou les brimades éprouvés par une personne ou un groupe [...]. Ces facteurs sont pertinents parce que, dans la mesure où le demandeur est déjà soumis à des circonstances ou à un traitement injuste au sein de la société en vertu de ses caractéristiques ou de ses circonstances personnelles, on ne lui a pas souvent accordé le même intérêt, le même respect ni la même considération qu'aux autres. On peut logiquement conclure que, dans la plupart des cas, la poursuite du traitement différentiel contribuera à perpétuer ou à promouvoir leur caractérisation sociale injuste, et aura un impact plus grave sur eux, puisqu'ils sont déjà vulnérables."

Dans la présente affaire, comme dans *M. c/H.*, il existe un préjudice et une vulnérabilité préexistants significatifs.

[45] Je passe maintenant à l'impact discriminatoire de l'article 25 (5) sur les personnes homosexuelles dans une relation stable. Je suis d'accord avec l'argument présenté au nom des répondants selon lequel l'article 25 (5) vise manifestement à atteindre l'objectif social de protection de la vie familiale des « mariages légaux » (que j'interprète comme signifiant les mariages qui sont formellement valides et contractés de bonne foi à l'exclusion des mariages blancs contractés dans le seul but de contourner la loi) ainsi que certaines unions coutumières reconnues, en encourageant la réunification familiale et notamment en donnant à des conjoints de personnes résidant de manière permanente et légale sur le territoire de la République le droit d'obtenir un permis de séjour permanent. La question pertinente qui se pose immédiatement est celle de connaître l'impact de l'exclusion de ces dispositions protectrices sur les personnes homosexuelles dans une relation stable.

[46] Le point de départ sera la question de savoir quelle est la nature de ladite vie familiale dans le cas de conjoints auxquels l'article 25 (5) accorde sa protection et son bénéfice particulier. Pour la présente affaire il est inutile d'examiner en profondeur la nature du mariage classique et des relations conjugales. Il suffit de retenir qu'en vertu du droit commun sud-africain un mariage « crée une communauté physique, morale et spirituelle de vie, un consortium vitae omnis » qui a été décrit comme :

"[...] une abstraction comportant la totalité d'un certain nombre de droits, devoirs et avantages dont bénéficient les conjoints dans le cadre de leur mariage [...] Ceux-ci comportent des valeurs immatérielles, telles que la fidélité, la tendresse et l'affection, l'intérêt [...] ainsi que les besoins plus matériels de la vie, tels que les soins physiques, le soutien financier, les services rendus dans le fonctionnement du ménage commun ou dans un commerce de prestation de services de soutien [...]."

Comme Sinclair et Heaton le précisent, les devoirs inhérents à la cohabitation et à la fidélité découlent de ces relations. Dans l'affaire

Grobelaar c/ Havenga il a été déclaré que « l'amitié, l'amour, l'affection, le réconfort, les services mutuels, les rapports sexuels ... tout cela fait partie de l'état conjugal. L'ensemble de ces éléments compose le *consortium* ».

[47] Il est important de souligner qu'au cours des décennies passées on a constaté un processus de plus en plus rapide de transformation des relations familiales ainsi que des concepts sociaux et juridiques de la famille et de ce qu'elle comporte. Sinclair et Heaton, après avoir fait référence aux transformations profondes des relations juridiques entre les membres de la famille qui ont eu lieu par le passé, commentent de la manière suivante la situation actuelle :

"Mais la période actuelle de changement rapide semble « frapper les hypothèses sous-jacentes les plus fondamentales » concernant le mariage et la famille.

[...]

L'Afrique du Sud, elle-même un pays qui a connu et qui connaît encore une transformation politique et socio-économique considérable, occupe une position particulière dans le cadre de l'évolution des relations juridiques entre les membres de la famille et entre l'État et la famille. Sa société hétérogène « est fissurée par les différences de langue, de religion, de race, d'habitudes culturelles, d'expérience historique » et de sa propre autodéfinition, et de ce fait elle est donc le reflet des attentes très variables en ce qui concerne le mariage, la vie familiale et la situation des femmes dans la société [...]" [Citations internes omises]

[48] Dans d'autres pays encore on constate une évolution significative des attitudes sociales et juridiques à l'égard des couples homosexuels dans le cadre du concept de famille. La jurisprudence traitant des questions d'égalité dans des pays tels que Canada, Israël, le Royaume-Uni et les États-Unis témoignent de ces changements. En me référant à ces jugements des Cours les plus élevées d'autres pays, je ne manque pas de tenir compte de la nature différente de leur histoire, de leur système juridique et de leur contexte constitutionnel, ni du fait que, dans les deux derniers pays, la question concernait essentiellement l'interprétation législative plutôt que l'invalidité au regard de la Constitution. Néanmoins, ces jugements expriment les normes et les valeurs d'autres sociétés ouvertes et démocratiques basées sur la dignité de l'homme, l'égalité et la liberté qui, à mon avis, manifestent clairement la préoccupation croissante, la compréhension et la sensibilité envers la diversité humaine en général et envers les homosexuels et les lesbiennes et leurs relations en particulier. Ceci est une source importante d'inspiration permettant d'éclairer notre compréhension de la Constitution et de la promotion de ses normes fondamentales.

[49] L'article 25 (5) a pour impact de renforcer des stéréotypes néfastes et douloureux au sujet des homosexuels et des lesbiennes. Au cœur de ces stéréotypes, qu'ils soient articulés de façon explicite ou non, se trouvent des malentendus fondés sur le fait que l'orientation sexuelle des lesbiennes et des homosexuels les amène à ressentir une affinité érotique et émotionnelle avec les personnes du même sexe qui se traduit par une attitude physique sexuelle avec les partenaires de même sexe :

"Il y a deux discours prédominants qui circulent dans la société américaine qui aident à expliquer la difficulté à laquelle les lesbiennes et les homosexuels sont confrontés lors de l'adoption d'enfants et de la fondation d'une famille. Tout d'abord, il y a l'histoire des lesbiennes et des homosexuels qui porte sur leur sexualité. Que ce soit en raison du dégoût, de la confusion, ou de l'ignorance concernant l'homosexualité, la sexualité lesbienne et homosexuelle domine le discours non seulement de l'adoption par un couple de même sexe mais aussi de l'ensemble des questions relatives aux lesbiennes et aux homosexuels. La classification des lesbiennes et des homosexuels en tant que "êtres exclusivement sexuels" contraste fortement avec la perception des parents hétérosexuels en tant que « personnes qui, entre beaucoup d'autres activités dans leurs vies, se livrent à l'occasion à des rapports sexuels ». Par ce récit, les lesbiennes et les homosexuels sont réduits à l'état de créatures unidimensionnelles, définies par leur sexe et leur sexualité." [Note en bas de page omise]

Des classifications aussi fausses doivent être rejetées. Notre droit n'a jamais proscrit les actes sexuels consensuels entre les femmes dans le privé et les lois pénalisant certains actes sexuels consensuels entre hommes dans le privé et certains actes en public ont été déclarées contraires à la Constitution.

[50] Un deuxième stéréotype, couramment invoqué pour renforcer les préjugés envers la sexualité homosexuelle et lesbienne, est construit sur le fait qu'un couple de même sexe ne peut pas procréer de la même manière qu'un couple hétérosexuel. Les homosexuels et les lesbiennes sont certes autorisés à titre individuel à adopter des enfants en vertu des dispositions de l'article 17 (b) de la loi n° 74 de 1983 relative à la garde des enfants, et rien n'empêche un couple homosexuel ou lesbien, dont l'un des partenaires a ainsi adopté un enfant, de traiter un tel enfant comme son propre enfant à tous égards si ce n'est sur le plan strictement juridique. Ils peuvent certainement aimer l'enfant, s'en occuper et subvenir à ses besoins exactement comme s'il s'agissait de leur enfant commun.

[51] D'un point de vue juridique et constitutionnel, le potentiel procréateur n'est pas un élément de la définition des relations conjugales. Si c'était le cas, ce serait profondément dégradant pour les couples (mariés ou non) qui, pour quelque raison que ce soit, sont incapables de procréer au début de leur relation ou qui le deviennent à un moment ultérieur. Ce serait tout aussi dégradant pour les couples qui entament leur relation à un âge auquel ils n'ont plus le désir des rapports sexuels. Ce serait dégradant pour les parents adoptifs de suggérer que leur famille serait moins susceptible d'être considérée comme une famille et moins susceptible de mériter le respect qu'une famille ayant procréé ses propres enfants. J'estime que ce serait même dégradant pour un couple qui décide volontairement de ne pas avoir ensemble d'enfants ou de rapports sexuels; ceci constitue une décision qui relève entièrement du domaine protégé de la liberté et de la vie privée.

[52] Je suis conforté dans mon opinion par les conclusions suivantes du juge L'Heureux-Dubé (avec l'appui des juges Cory et McLachlin) dans l'affaire *Mossop*:

"L'argument est celui selon lequel la procréation est d'une manière ou d'une autre essentielle au concept de la famille et que les couples de même sexe ne peuvent pas constituer des familles puisqu'ils sont incapables de procréer. Si la procréation a certes une valeur indéniable, la Cour n'aurait pas pu accepter que la capacité de procréer pose les limites de la définition de la famille. S'il en était ainsi, les couples sans enfants et les parents uniques ne constitueraient pas des familles. De plus, il s'ensuivrait de cette logique que les familles adoptives ne seraient pas aussi souhaitables que les familles naturelles. Les défauts de ce point de vue doivent sauter aux yeux. Si la procréation est un élément dans beaucoup de familles, poser la capacité de procréer comme base inaltérable de la famille pourrait aboutir à une version appauvrie plutôt qu'enrichie."

[53] Il me semble que l'on peut exprimer le message transmis aux homosexuels et lesbiennes que l'exclusion totale qui les frappe dans les dispositions de l'alinéa et l'impact que cela a sur eux en comparant (a) les faits concernant les homosexuels et les lesbiennes et leurs vies de couple qui doivent être acceptés, et (b) ce que l'alinéa énonce en réalité :

(a) (i) Les homosexuels et les lesbiennes ont un droit constitutionnel inaliénable à la dignité et à l'égalité;

(ii) L'orientation sexuelle est un motif expressément mentionné à l'article 9 (3) de la Constitution, et en vertu de l'article 9 (5) la discrimination fondée sur ce motif est injuste en l'absence de preuve du contraire;

(iii) La prohibition pénale antérieure de l'expression sexuelle privée et consensuelle entre les homosexuels, résultant de leur orientation sexuelle et visant les hommes homosexuels, a été annulée parce que contraire à la Constitution;

(iv) Les homosexuels et lesbiennes engagés dans une relation stable sont tout aussi capables que les conjoints hétérosexuels d'exprimer et de partager l'amour sous ses diverses formes comprenant l'affection, l'amitié, l'amour charnel et la charité;

(v) Ils sont de même tout aussi capables d'avoir des relations intimes, permanentes, engagées, monogames, fidèles et durables; d'apporter une aide émotionnelle et spirituelle; de fournir des soins physiques, un soutien financier et l'aide dans le fonctionnement du ménage commun;

(vi) Ils sont individuellement capables d'adopter des enfants et, dans le cas des lesbiennes, de les porter;

(vii) En bref, ils ont la même capacité d'établir un consortium *omnis vitae*;

(viii) Enfin, ce qui est d'une importance particulière pour la présente affaire, ils sont capables de constituer une famille, nucléaire ou élargie, et de s'établir, s'aimer et s'épanouir dans le cadre d'une vie familiale qui n'est nullement à distinguer de celle dont bénéficient les conjoints hétérosexuels.

(b) L'alinéa, dans ce contexte, énonce en fait que tous les homosexuels et lesbiennes qui résident de manière permanente sur le territoire de la République, qui vivent des relations homosexuelles avec des ressortissants étrangers, n'ont pas le droit de bénéficier des possibilités ouvertes par l'alinéa aux conjoints mariés à des ressortissants étrangers afin de protéger leur famille et leur vie familiale. Ceci est ainsi stipulé en dépit du fait que la famille et la vie familiale que les homosexuels et les lesbiennes sont capables d'établir avec leurs partenaires étrangers de même sexe ne sont à aucun égard significatif susceptibles d'être distinguées de celles des conjoints, et qu'en termes humains elles sont tout aussi importantes pour les couples homosexuels et lesbiens qu'elles le sont pour les conjoints mariés.

[54] Le message et l'impact sont clairs. L'article 10 de la Constitution reconnaît et garantit que tout le monde possède une dignité intrinsèque et a le droit que cette dignité soit respectée et protégée. Le message est que les homosexuels et les lesbiennes n'ont pas l'humanité intrinsèque requise pour que leur famille et leur vie de famille dans de telles relations de même sexe soient respectées ou protégées. Il sert en plus à

perpétuer et à renforcer les préjugés et les stéréotypes existants. Il s'agit d'une violation grossière, brutale, cruelle et grave de leur dignité. La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est grave dans la mesure où aucun intérêt, et certainement aucun intérêt égalitaire, ne se manifeste à l'égard de l'orientation sexuelle particulière des homosexuels et des lesbiennes.

[55] On nous a présenté avec insistance, au nom du ministre, un argument selon lequel il était d'une importance publique capitale de protéger l'institution traditionnelle et classique du mariage et que le gouvernement avait en conséquence un très fort intérêt légitime à protéger la vie familiale de tels mariages, ce qui lui donnait le droit de le faire au moyen de l'article 25 (5). Même si cette proposition devait être acceptée, elle serait sujette à deux réserves importantes. En premier lieu, la protection de l'institution traditionnelle du mariage telle que la loi la reconnaît ne peut pas être assurée d'une manière qui limite de façon injustifiée les droits constitutionnels des personnes homosexuelles dans une relation stable.

[56] En deuxième lieu, il n'y a aucun lien rationnel entre l'exclusion des personnes homosexuelles dans une relation stable du bénéfice de l'article 25 (5), d'une part, et l'intérêt que le gouvernement cherche à protéger, à savoir la protection des familles et de la vie familiale des conjoints hétérosexuels, d'autre part. Aucune possibilité n'a été suggérée, et je n'en vois d'ailleurs aucune, qui ferait que l'extension appropriée du bénéfice de l'article 25 (5) aux partenaires de vie de même sexe puisse avoir un impact négatif sur cette protection. Un argument semblable a été nettement rejeté par la Cour suprême canadienne, laquelle Cour a également souligné, à bon escient me semble-t-il, que se préoccuper de la protection des couples homosexuels n'implique en aucune façon un dénigrement de l'institution traditionnelle du mariage.

[57] Il n'y a rien dans la balance pour contrecarrer une telle conclusion. Je déclare par conséquent que l'article 25 (5) constitue une discrimination injuste et une limitation sérieuse du droit à l'égalité prévu par l'article 9 (3) en ce qui concerne les homosexuels et les lesbiennes qui résident de manière permanente sur le territoire de la République et qui ont des relations homosexuelles stables avec des ressortissants étrangers. Je déclare également, pour des raisons manifestées tout au long de ce jugement et aboutissant à la conclusion tirée au début de ce paragraphe, que l'article 25 (5) constitue en même temps une limitation grave du droit à la dignité prévu par l'article 10 dont bénéficient lesdits homosexuels et lesbiennes. Après être parvenu à cette conclusion, il est inutile d'examiner la question de savoir si l'un quelconque des droits de libre circulation du huitième requérant et suivants jusqu'au treizième inclus, garantis par l'article 24 de la Constitution, a été limité de quelque façon que ce soit par l'article 25 (5).

Justification

[58] J'applique maintenant l'analyse de justification de l'article 36 (1), incorporant celle de la proportionnalité appliquée à la pondération des différents intérêts, déclarée dans l'affaire *S. c/ Makwanyane et un autre* et adaptée pour la Constitution de 1996 dans l'affaire *S. odomie.* Les droits limités, à savoir les droits à l'égalité et à la dignité, sont des droits importants qui sont au coeur de nos valeurs démocratiques constitutionnelles de dignité humaine, d'égalité et de liberté. Établir et entretenir des relations personnelles intimes de la nature concernée par la présente affaire constituent, pour beaucoup de personnes, un aspect essentiel de leur auto-compréhension ainsi que du développement et de l'expression complets de leur personnalité humaine. Bien qu'exprimées dans un contexte différent, alors que l'état civil n'était pas un motif spécifié dans l'article 8 (2) de la Constitution intérimaire, les remarques suivantes du juge O'Regan dans l'affaire *Harksen*, sont pertinentes :

"Je conviens que l'état civil est une question d'importance significative pour tout le monde; elle est étroitement liée à la dignité et à la liberté humaines. Pour la plupart des personnes, la décision d'établir des relations personnelles permanentes avec autrui est une décision capitale et fondamentale."

Le fait que l'article 25 (5) a pour effet d'exclure les relations homosexuelles stables pose des limites profondes et sérieuses à ces droits.

[59] Il n'y a aucun intérêt contraire qui entre dans le processus de pondération. Il est vrai, comme nous l'avons déjà dit, que la protection de la famille et de la vie familiale dans les relations conjugales classiques est un objectif important pour le gouvernement, mais la mesure dans laquelle il peut y parvenir ne serait en aucune façon limitée ou affectée si les couples homosexuels étaient inclus comme il le faudrait sous la protection de l'article 25 (5). Il n'existe à mon avis aucune justification pour la limitation dans la présente affaire et il s'ensuit donc que les dispositions de l'article 25 (5) sont contraires à la Constitution et dépourvues de validité.

[60] Il importe d'indiquer et de souligner l'étendue précise de la participation visée ci-dessus. La Cour n'est concernée dans la présente affaire que par les personnes vivant une relation homosexuelle stable. La question de la situation des personnes célibataires vivant une relation hétérosexuelle stable et leur exclusion des dispositions de l'article 25 (5) n'a jamais été soulevée dans cette affaire, et aucun argument n'a été présenté à ce sujet. La Cour ne traite pas de cette question dans la présente affaire, et je n'exprime aucun point de vue à ce sujet, la laissant

complètement ouverte. Et la Cour ne traite pas non plus dans cette affaire la question de savoir si, ou dans quelle mesure, la loi doit accorder la reconnaissance institutionnelle formelle aux couples homosexuels; cette question est également laissée ouverte.

Remède approprié

[61] La Haute Cour a été confrontée à la difficile tâche de concevoir une mesure appropriée en vue de remédier aux conséquences de sa déclaration affirmant que l'article 25 (5) est contraire à la Constitution en raison de l'omission qu'elle comporte.

[62] En ce qui concerne la déclaration d'invalidité, la Haute Cour a considéré que trois options lui étaient ouvertes. La première consistait à remédier à l'invalidité constitutionnelle de l'article 25 (5) en introduisant des mots dans l'article de telle sorte que ses dispositions s'appliquent également aux personnes vivant une relation homosexuelle stable. La Haute Cour a décidé qu'un tel remède ne serait pas approprié, au motif principal qu'elle était d'avis qu'il n'était pas possible de définir avec un degré suffisant de précision les mots qui auraient dû être insérés dans l'article 25 (5) pour le rendre conforme à la Constitution. La deuxième a été formulée de la manière suivante :

"Si une déclaration d'invalidité disposait que l'article était contraire à la Constitution dans la mesure où elle confère un avantage exclusif aux conjoints et entraîne de ce fait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, les autres dispositions de l'article pourraient rester valides. Ainsi, les conjoints selon l'actuelle définition de la loi continueraient d'en bénéficier."

La troisième consistait à « déclarer l'article invalide dans sa totalité. » La Haute Cour a entendu suivre la deuxième option parce qu'il est apparu

"préférable de rédiger la déclaration d'invalidité de façon à sauvegarder un but légitime (c'est-à-dire, reconnaissant l'importance de certaines formes de relations permanentes) plutôt qu'à refuser un bénéfice à tous ceux qui le méritent. Mais cela perpétue la discrimination en ce qui concerne certaines formes de relations permanentes. Ainsi, l'intervention du législateur est exigée pour remédier à la situation et pour assurer qu'aucune discrimination injustifiée ne sera permise par la loi",

elle a donc rédigé le paragraphe 1^{er} de sa décision comme suit :

"l'article 25 (5) de la loi n° 96 de 1991 relative au contrôle des étrangers est déclarée invalide dans la mesure où l'avantage conféré exclusivement aux conjoints est contraire à l'article 9 (3) en ce qu'il discrimine envers les partenaires de vie de même sexe en se fondant sur leur orientation sexuelle."

La Haute Cour a suspendu cette décision pour une période de douze mois "à compter de la date de la confirmation de la présente décision afin de permettre au Parlement de rectifier la contradiction" et a rendu les décisions supplémentaires énumérées au paragraphe 2 du présent jugement.

[63] Tout en reconnaissant l'aspect nouveau et la difficulté de rédiger une décision appropriée dans les circonstances de la présente affaire, la conclusion s'impose : la Haute Cour n'a, en fait, par le paragraphe 1 de sa décision, déclaré l'invalidité d'aucune disposition de l'article 25 (5). Cette conclusion repose sur deux raisons. Il apparaît clairement au vu de sa motivation en faveur de la deuxième option (celle qui a été adoptée) qu'elle cherchait par sa décision à conserver les bénéfices de l'article pour les conjoints et qu'elle tenait à rendre une décision à cet effet. Et ce fut bien en effet le résultat de la décision, dont l'interprétation est compliquée en ce sens qu'elle fusionne la motivation de la décision avec son dispositif. La technique de l'annulation partielle peut effectivement servir à rendre inopérantes certaines dispositions d'un acte législatif, dans les cas où c'est la *présence* de ces dispositions particulières qui viole la Constitution et où le champ d'application de la disposition est trop étendu et de ce fait contraire à la Constitution, mais l'inconstitutionnalité ne peut être levée par la suppression de ces mêmes termes de la disposition. Une décision comportant et effectuant une annulation partielle dans un cas d'invalidité constitutionnelle a été rendue pour la première fois dans l'affaire *Ferreira c/ Levin NO et autres; Vryenhoek et autres c/ Powell NO et autres*.

[64] Toutefois, lorsque l'invalidité d'une disposition législative résulte d'une *omission*, il ne me semble pas possible d'aboutir à la séparabilité en utilisant des termes tels que « invalide dans la mesure où » ou d'autres expressions similaires. Une omission ne peut pas, conceptuellement, être réparée par suppression. Cela est implicite dans la jurisprudence constitutionnelle du Canada et des États-Unis que l'on abordera plus loin dans ce jugement et expressément affirmé en Allemagne. Le seul équivalent logique de la suppression dans le cas de l'invalidité par omission consiste à ajouter les termes manquants. Dans la présente affaire seules deux options sont possibles; déclarer l'article 25 (5) intégralement invalide ou ajouter des dispositions pour corriger l'invalidité.

[65] Une Cour qui rédige une déclaration d'invalidité doit assurer l'équilibre entre deux considérations majeures. Il s'agit d'une part de

l'obligation de fournir « une réparation appropriée » prévue par l'article 38 de la Constitution, à laquelle les demandeurs ont droit « lorsqu'un droit garanti par la déclaration des droits a été violé ou menacé ». Si la disposition réparatrice considérée par cette Cour dans l'affaire *Fose* était celle de la Constitution intérimaire, les deux dispositions sont matériellement identiques, et les observations suivantes présentées lors de cette affaire s'appliquent également à l'article 38 de la Constitution :

"Compte tenu du contexte historique dans lequel la Constitution intérimaire a été adoptée et de la violation massive des droits fondamentaux qui l'avait précédée, il me semble incontestable que cette Cour a le devoir particulier de s'assurer que, dans les limites de la Constitution, une mesure réparatrice efficace sera accordée en cas de violation de n'importe lequel des droits qu'elle garantit. Dans notre contexte une mesure appropriée doit signifier une mesure efficace, car sans mesures efficaces pour compenser la violation, les valeurs sur lesquelles la Constitution est fondée ainsi que les droits qu'elle garantit ne peuvent pas être correctement confirmés ou améliorés. Surtout dans un pays où si peu de gens ont les moyens de faire respecter leurs droits au moyen d'actions judiciaires, il est essentiel que, chaque fois que les autorités judiciaires constatent qu'une violation d'un droit protégé s'est produite, il y ait une sanction efficace. Les Cours ont une responsabilité particulière à cet égard et sont tenues « de forger de nouveaux outils » et de rechercher des sanctions innovatrices, si besoin en est, afin d'atteindre cet objectif." [Note en bas de page omise]

L'obligation pour la Cour de fournir la réparation appropriée, doit être lue en même temps que l'article 172 (1) (b), qui impose à la Cour de rendre une décision juste et équitable.

[66] L'autre considération qu'une Cour doit garder à l'esprit, est le principe de la séparation des pouvoirs et, partant, le respect qu'elle doit au corps législatif lorsqu'elle élabore un remède à une violation de la Constitution dans une affaire particulière. Il n'est pas possible de formuler d'une façon générale ce qu'un tel respect doit comporter, car ceci dépend des faits et des circonstances de chaque affaire. Toutefois, il implique pour l'essentiel une réserve des Cours en évitant de s'avancer sur la partie du domaine législatif que la Constitution a réservée, et pour une bonne raison, au législateur. La question de savoir si et dans quelle mesure, une Cour peut intervenir au niveau du langage employé dans une loi dépendra en fin de compte de l'interprétation correcte de la Constitution au vu de la législation et des faits pertinents à chaque affaire.

[67] Je suis convaincu par l'argument présenté par M. Trengove selon lequel, en ce qui concerne le respect dû au législateur, il n'existe en principe aucune différence entre une Cour qui déclare qu'une disposition législative est conforme à la Constitution moyennant suppression de la partie incriminée par annulation totale ou partielle, et une Cour qui ajoute des termes manquants. Dans les deux cas, l'acte du Parlement, tel qu'il s'exprime dans une disposition législative, est modifié par la décision d'une Cour. Dans le premier cas par suppression, et dans l'autre par ajout.

[68] Cette différence fortuite ne peut pas par elle-même fonder une différence de principe. La seule question qu'il convient vraiment de poser est celle de savoir quelles sont les conséquences d'une telle décision et si elles constituent un empiétement, contraire à la Constitution, sur le domaine réservé au législateur. Toute autre question conduirait à la conclusion absurde selon laquelle l'octroi d'une mesure dépendrait de la circonstance fortuite de la forme choisie par le législateur pour la disposition en question. Un législateur pourrait, par exemple, accorder certains avantages aux couples en général et en exclure les couples homosexuels par voie d'exception expresse. Dans ce cas il n'y aurait aucune objection à déclarer l'exception invalide, pour autant que la Cour soit persuadée qu'une telle suppression était, quel que soit le critère retenu constitutionnellement légitime par rapport au législateur. Il serait absurde d'exclure la solution qui consiste à ajouter les termes manquants là où elle est tout aussi justifiée constitutionnellement par rapport au législateur, simplement en raison de sa forme.

[69] Aucune disposition de la Constitution ne permet de conclure que la forme doit être considérée comme étant d'une importance supérieure à la substance, ce qui conduirait à une situation d'anomalie aussi flagrante. La clause de suprématie – l'article 2 – ne dispose pas que les « termes » qui sont contraires à la Constitution sont invalides mais plutôt que la « loi » elle-même l'est. De même, l'article 172 (1) (a) oblige une Cour compétente à déclarer que « toute loi [...] qui est contraire à la Constitution est invalide dans la mesure de cette contrariété »; il ne parle pas de « tout terme » ni de « tout terme employé dans toute loi ». La Cour suprême canadienne est parvenue à la même conclusion concernant la nature et l'admissibilité de l'ajout de termes dans l'arrêt de principe *Schachter c/ le Canada*.

[70] Je tire de cela la conclusion que l'ajout de termes constitue, selon les circonstances, une forme appropriée de mesure compensatrice au sens de l'article 38 de la Constitution et que

"[...] que la Cour ajoute ou supprime des termes dans une loi contestée, la Cour devrait se concentrer sur la mesure appropriée dans le cas d'espèce et non sur la nature de la technique qu'elle a utilisée afin de parvenir au résultat."

La véritable question est celle de savoir si, dans les circonstances de la présente affaire, l'ajout de termes serait juste et équitable et

constituerait une rectification appropriée.

[71] Je suis conforté dans cette conclusion par le fait que dans plusieurs systèmes juridiques, les juridictions ont déclaré qu'elles ont la compétence pour ajouter des termes à la loi lorsque cela est justifié. Dans l'affaire *Schachter*, l'arrêt de principe canadien, la Cour suprême du Canada a déclaré qu'une Cour peut ajouter des termes dans une loi dans des circonstances appropriées; elle a présenté quelques principes pour orienter de telles décisions. Depuis lors, les Cours canadiennes ont ajouté des termes dans les lois à plusieurs reprises. Les Cours américaines se déclarent également compétentes pour ajouter des termes dans une loi afin de remédier à un défaut de compatibilité avec la Constitution. La Cour suprême d'Israël et la Cour constitutionnelle allemande ont également rendu des décisions semblables.

[72] En ce qui concerne les dispositions par trop exclusives, des critiques ont également été adressées au modèle de choix de techniques rectificatives qui part du principe qu'il n'existe aucune norme constitutionnelle, même incomplète, qui puisse orienter un tel choix. S'il est impossible de rendre compte de façon adéquate, dans un simple résumé, de toute la richesse et de toute la profondeur des arguments avancés à cet égard par Caminker, les extraits suivants reflètent les points forts de son discours et sont pertinents dans la présente affaire :

"Face à une norme substantielle incomplète et en l'absence de valeurs structurelles imposant au juge de s'abstenir, la présupposition répandue selon laquelle les Cours remplissent leur rôle « essentiellement juridictionnel » simplement en rétablissant l'égalité de traitement soit par extension ou par annulation - est fautive. Si les deux méthodes sont formellement appropriées, l'une d'elles est préférée en substance; les Cours peuvent encore (au moins temporairement) actualiser des normes constitutionnelles en choisissant la meilleure technique.

Définir ainsi la rectification comme un point de départ préserve le pouvoir conféré au législateur de participer à la décision compensatrice; l'éventualité d'un contrôle législatif ultérieur « enlève » sa substance à toute objection selon laquelle la Cour suprême, en élaborant des normes interstitielles, violerait le principe de la séparation des pouvoirs au détriment du Congrès. En effet, non seulement l'emploi du modèle basé sur la norme améliorera l'exécution par le juge de sa fonction juridictionnelle propre mais il enrichira également la contribution apportée par le législateur en stimulant son processus délibératoire ultérieur. Selon ce modèle, lorsque la Cour opte pour une technique rectificative elle est conduite à discuter franchement de l'origine et de la qualité de la préférence constitutionnelle exprimée par les normes incomplètes en cause. Cette discussion servira d'inspiration aux débats législatifs ultérieurs tout en favorisant l'expression d'une exigence normative selon laquelle le point de départ de la Cour doit être maintenu; il est donc d'autant plus probable que le législateur tienne compte à la fois des valeurs constitutionnelles et des préférences politiques lors de l'élaboration de la mesure compensatrice définitive." [Notes de bas de page omises]

[73] Ayant ainsi conclu qu'il est loisible à cette Cour, en vertu de notre Constitution, d'ajouter à la loi les termes manquants afin de supprimer son incompatibilité avec la Constitution, il importe de résumer les principes qui devraient orienter la Cour lorsqu'elle doit décider si une telle décision est appropriée. Dans le développement de ces principes, il importe de veiller à ce que les besoins particuliers de notre Constitution et ses exigences en matière de mesures compensatrices soient constamment pris en compte.

[74] La suppression de mots dans une disposition législative et l'ajout de termes dans celle-ci constituent des mesures compensatrices relevant de la compétence de la Cour et étroitement liées entre elles. Pour décider si des mots doivent être supprimés d'une disposition ou si des mots doivent y être ajoutés, une Cour prête une attention particulière, tout d'abord, à la nécessité de veiller à ce que la disposition qui résulte de la suppression ou de l'ajout soit compatible avec la Constitution ainsi qu'avec ses valeurs fondamentales, et ensuite, à ce que le texte qui en résulte ait le moins d'impact possible sur des lois adoptées par le législateur. Dans notre société, où les recueils de textes législatifs contiennent encore bon nombre de dispositions adoptées par un Parlement qui ne se souciait pas de la protection des droits de l'homme, la première considération pèsera souvent plus lourd que la seconde.

[75] Pour décider d'ajouter des termes dans un loi, une Cour devrait également tenir compte du fait qu'il ne sera pas opportun d'ajouter des termes à moins qu'en le faisant elle puisse définir avec suffisamment de précision comment la loi doit être étendue pour se conformer à la Constitution. En outre, lors de l'ajout (comme lors de la suppression) une Cour devra s'efforcer de rester la plus fidèle possible au projet législatif dans le cadre des contraintes découlant de la Constitution. Même si l'ajout est justifié par d'autres considérations, il ne doit pas être ordonné s'il risque d'avoir pour effet une intrusion budgétaire inacceptable. En déterminant l'étendue de l'intrusion budgétaire, il convient de tenir compte de la taille relative du groupe que la décision ajouterait au groupe déjà bénéficiaire. Lorsque l'ajout, par l'extension du groupe des personnes protégées, vient soutenir une politique de longue date ou une politique promue par la Constitution, cette technique doit être préférée à celle qui enlèverait toute protection.

[76] Il convient également de garder à l'esprit que lorsque la solution de la Cour est de censurer tout ou partie du texte ou d'y ajouter des termes, son choix n'est jamais irréversible. Le législateur peut, dans les limites posées par la Constitution, modifier la mesure, en reformulant

l'égalité des avantages, en en redéfinissant de nouveaux, en les réduisant, en les modifiant, en les « peaufinant » ("fine-tuning") ou en les supprimant. Ainsi, il aura le dernier mot en ce qui concerne la nature et l'ampleur des avantages.

[77] Enfin, j'en viens à l'application des principes et des orientations susmentionnés aux faits et à l'incompatibilité de la législation concernée par la présente affaire avec la Constitution. L'annulation de l'article 25 (5) aurait pour effet néfaste de priver des conjoints, définis selon des termes actuels, des avantages conférés par l'article; ceci serait en effet « l'égalité dans toute sa force » et créerait des « cimetières égaux ». Cette conséquence ne peut pas être évitée de manière adéquate par la technique qui consiste à suspendre la décision pour une période déterminée. Les conséquences néfastes exposées ci-dessus se produiraient si le Parlement ne faisait rien et si la suspension expirait avec le passage du temps.

[78] Ce qui, peut-être, est plus important, c'est le fait que, sur le plan normatif, une telle décision donnerait l'impression que l'égalité réalisée au moyen de l'annulation des avantages dont bénéficient actuellement les conjoints serait admissible au regard de la Constitution. Il n'est ni utile ni souhaitable de décider, dans la présente affaire, si le fait de ne pas accorder aux conjoints les avantages dont ils bénéficient actuellement en vertu de l'article 25 (5) serait défendable au regard de la Constitution. Il serait tout aussi peu souhaitable de suggérer le contraire en rendant une décision d'annulation.

[79] En tout état de cause, les avantages conférés aux conjoints expriment la politique claire du gouvernement qui consiste à protéger et à améliorer la vie familiale des conjoints. Cette politique a au moins 69 ans d'existence, car l'article 3 (1) (b) (v) de la loi n° 8 de 1930 relative aux quotas d'immigration conférait un avantage comparable, même s'il était moins complet et qu'il s'appliquait de façon plus discriminatoire. Il y a donc fort à parier que, si le Parlement avait réfléchi à la manière la plus appropriée de remédier à l'incompatibilité avec la Constitution de l'article 25 (5), il aurait opté pour une mesure qui n'aurait pas privé les conjoints des avantages actuellement conférés par l'article. Ceci d'autant plus que le gouvernement, dans d'autres secteurs, tient compte des obligations législatives qui lui incombent en vertu de la clause d'égalité en ce qui concerne les partenaires de même sexe. Il ressort de l'ensemble des considérations qui précèdent que, dans la mesure où cela est raisonnablement possible, une décision d'annulation n'est pas la solution préférable.

[80] Le groupe qui viendrait s'ajouter aux « conjoints » en cas de modification par ajout à l'article 25 (5), à savoir les personnes homosexuelles dans une relation stable, serait sans doute très petit par rapport à la catégorie qui bénéficie de l'article. Aucune donnée statistique n'a été fournie par les parties pour quantifier l'impact, mais cette hypothèse me semble fiable. La politique du gouvernement, sous-jacente à l'article 25 (5), resterait parfaitement intacte en cas de décision d'ajout, et les implications budgétaires seraient négligeables.

[81] À mon avis, les remarques formulées dans l'affaire *Fose*, reprises ci-dessus, sont particulièrement applicables à la présente affaire. À supposer que la Cour doive concrétiser les normes et les valeurs se trouvant au cœur de notre Constitution, il importe qu'elle ordonne, à l'égard du huitième requérant et suivants jusqu'au treizième inclus ainsi que des personnes dont la situation par rapport à l'article 25 (5) est similaire, une mesure qui soit efficace et qui soit perçue comme telle. Et si, pour le faire convenablement, de nouveaux outils doivent être forgés et des solutions innovantes développées, cela doit être fait.

[82] Une mesure appropriée dans la présente affaire doit garantir le droit des personnes homosexuelles dans une relation stable d'établir une unité familiale qui, tout en tenant compte des caractéristiques découlant de cette nature homosexuelle, bénéficie, de la part de la loi et de la société en général, de la même protection et du même respect que les mariages reconnus par la loi. Mais la décision doit promouvoir plus qu'une abstraction. Elle doit permettre d'éliminer les stéréotypes. Il s'agit là d'une exigence qui découle de l'engagement de notre Constitution en faveur de la non-discrimination et de la protection égale. Il y a une dimension publique plus large. Le glas sonne pour tout le monde, car

"le coût social de la discrimination est intolérablement élevé, et ces pratiques insidieuses sont préjudiciables non seulement aux personnes qui souffrent de la discrimination mais également au tissu même de notre société" (juge L'Heureux-Dubé de la Cour suprême du Canada dans la décision *Mossop*).

La manière la plus efficace de réaliser cela dans la présente affaire consisterait à rendre une décision d'ajout, à supposer que cela soit raisonnablement possible.

[83] Le seul obstacle à une telle décision dans la présente affaire serait l'éventuelle impossibilité de définir avec suffisamment de précision la manière dont le bénéfice de l'article 25 (5) doit être élargi afin de le rendre conforme à la Constitution. La question de savoir ce que l'on entend par suffisamment de précision dépendra des faits et des exigences de chaque affaire. En décidant ce qui constitue une précision suffisante, il ne faut pas perdre de vue le fait que la décision d'ajout ne constitue pas un acte définitif. Il convient de préciser que si la mesure décidée par une Cour consistait en l'annulation de l'article 25 (5), accompagnée d'une décision de suspension, la question de la mesure conservatoire

destinée à protéger les requérants ayant obtenu gain de cause poserait les mêmes problèmes en ce qui concerne la formulation précise d'une décision conservatoire que ceux posés par une décision d'ajout. C'est pour cette raison que la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Miron* a refusé de rendre une décision d'annulation suspendue accompagnée d'une exemption constitutionnelle.

[84] Il est loisible au législateur de modifier ou de peaufiner toute extension que la Cour, par son décision, pourrait donner à l'article 25 (5), ou de le faire en ce qui concerne toute disposition connexe ou pertinente, afin de mettre sa politique en application de façon plus complète, à condition qu'il le fasse d'une façon qui ne soit pas contraire à la Constitution. L'égalité de protection et la non-discrimination garanties par l'article 9 n'exigent pas l'identité de traitement. L'unité familiale d'un couple homosexuel diffère de l'unité familiale de conjoints; les traiter de manière identique pourrait en fait, dans certaines circonstances, constituer une discrimination. Les conjoints dans le cas d'un mariage classique sont liés par des relations juridiques spécifiques reconnues par la loi; l'existence du mariage classique peut être prouvée facilement et de façon pratiquement incontestable; en outre, il n'est pas possible de mettre fin aux relations juridiques sans l'intervention des tribunaux. Les relations homosexuelles stables ne sont pas jusqu'à présent reconnues ou protégées d'une façon comparable par la loi. Afin d'assurer l'égalité de protection et la non-discrimination pour les personnes dans des unités familiales aussi différentes, il peut être nécessaire de les traiter différemment.

[85] Des mesures législatives et administratives raisonnables peuvent être prises pour empêcher que l'on abuse de l'article 25 (5) ou que l'on se dérobe aux dispositions de la loi en général. L'article 25 (6) est une telle mesure, car elle dispose que :

"Un comité régional peut, dans le cas d'une personne sollicitant un permis d'immigration et ayant contracté mariage avec une personne qui réside de manière permanente et légale sur le territoire de la République, moins de deux ans avant la date de sa demande, refuser d'accorder un tel permis, à moins que le comité ne soit persuadé que ce mariage n'a pas été contracté pour éluder les dispositions de la présente loi."

Si la portée des dispositions de l'article 25 (5) est élargie aux personnes homosexuelles dans une relation stable, il est également loisible au Parlement et à l'exécutif de prendre des mesures raisonnables pour empêcher des personnes de prétendre faussement être dans une relation homosexuelle stable afin d'éluder les dispositions de la loi.

[86] Compte tenu des éléments exposés ci-dessus, je suis persuadé que l'incompatibilité avec la Constitution de l'article 25 (5) peut être rectifiée avec suffisamment de précision par l'ajout, après le mot « conjoint », des mots « ou personne homosexuelle dans une relation permanente », et qu'elle devrait être rectifiée de cette manière. Le mot « permanente », dans ce contexte, se réfère à l'intention confirmée des parties de cohabiter de manière permanente. À mon avis, un tel ajout, analysé à la lumière de ce qui a été dit ci-dessus au sujet du droit du législateur de peaufiner l'article ainsi élargi et d'autres dispositions éventuellement concernées, n'empiète pas impunément sur le domaine réservé au législateur.

[87] Il convient de souligner encore une fois que la Cour n'est appelée à rendre une décision d'ajout qu'au sujet des couples homosexuels, car c'est uniquement par rapport à cette catégorie que la Cour a été conduite à décider, et uniquement par rapport à elle qu'il a été décidé ci-dessus que leur exclusion des dispositions de l'article 25 (5) est contraire à la Constitution. Outre les cas de disposition constitutionnelle contraire expresse, une Cour tranche des litiges constitutionnels et rend, le cas échéant, des décisions d'invalidité constitutionnelle, sur les seules questions qui lui sont soumises et n'exerce pas, en tout état de cause, un contrôle de constitutionnalité abstrait. Lorsqu'une disposition législative est partiellement infirmée, il subsiste la possibilité hypothétique que par la suite, en raison des questions et des arguments présentés à la Cour, la portée de l'invalidité constitutionnelle doive être élargie. De même, à la suite de la décision ajoutant des termes destinés à rectifier une disposition insuffisamment inclusive et donc contraire à la Constitution, il subsiste la possibilité que, pour des raisons identiques, une Cour doive élargir l'ajout afin de remédier à l'invalidité constitutionnelle. Il n'y a en principe aucune différence entre ces deux possibilités. La conclusion à laquelle je suis parvenu dans la présente affaire est que l'article 25 (5) est contraire à la Constitution en ce qu'il n'accorde pas ses avantages à une catégorie de personnes pouvant y prétendre. La décision à rendre doit accorder une mesure compensatoire pour cette catégorie. Cela ne signifie pas que d'autres catégories ne pourraient pas prétendre aux avantages accordés par l'article 25 (5).

[88] Quiconque, chargé de l'application de la loi, est appelé à décider si une relation homosexuelle est permanente, au sens indiqué ci-dessus, devra tenir compte de l'ensemble des faits présentés. Sans prétendre fournir une liste exhaustive, de tels faits comporteraient les âges respectifs des partenaires; la durée du partenariat; le fait que les partenaires ont participé à une éventuelle cérémonie manifestant leur intention d'entrer dans une relation permanente, la nature de cette cérémonie et la personne qui l'a présidée; la manière dont la relation est considérée par les parents et amis des partenaires; le fait que les partenaires partagent ou non un domicile commun ou que les partenaires détiennent le domicile commun en tant que copropriétaires ou colocataires; la question de savoir si et dans quelle mesure les partenaires partagent la responsabilité des dépenses habituelles et de l'entretien de la maison commune; la question de savoir si, et dans quelle mesure, l'un des partenaires apporte une aide financière à l'autre; la question de savoir si et dans quelle mesure les partenaires ont organisé la

couverture des soins médicaux, de la pension et de prestations du même genre sur une base de réciprocité; la question de savoir s'il y a une convention de partenariat et quel en est le contenu; et la question de savoir si et dans quelle mesure les partenaires ont prévu des dispositions testamentaires réciproques. Aucun de ces éléments n'est indispensable pour établir une relation stable. Afin d'appliquer les critères ci-dessus, ceux qui sont chargés de l'application de la loi sont habilités, dans le respect de la Constitution et compte tenu de la teneur de ce jugement, à prendre toutes les mesures raisonnables, par voie de règlement ou autre, en vue d'assurer l'accès à toutes les informations permettant d'établir la nature permanente de toute relation homosexuelle sont présentées.

Décision

[89] Aucun argument n'a été présenté pour justifier la suspension d'une décision d'ajout. Les personnes homosexuelles dans une relation stable ont droit à une mesure efficace pour remédier à la violation de leur droit à l'égalité et à la dignité. Compte tenu des circonstances de la présente affaire, une mesure efficace est une mesure qui entre immédiatement en vigueur. Cela dit, si la décision devait avoir effet rétroactif, elle pourrait provoquer l'incertitude juridique en ce qui concerne la validité des décisions prises et des actes effectués par le passé, de bonne foi et sur base des dispositions de la loi telles qu'on les comprenait à l'époque, au sujet des demandes introduites en vertu de la loi par des personnes vivant une relation homosexuelle stable. À mon avis il importe d'éviter de telles incertitudes dans la mesure du possible, et donc de limiter la décision de façon à ce qu'elle soit dépourvue d'effet rétroactif. Une telle décision ne peut provoquer aucun préjudice dans le chef de personnes vivant une relation homosexuelle stable qui souhaiteraient introduire une nouvelle requête ou persister dans une requête existante, en vue d'obtenir l'avantage accordé par la loi, car rien ne les empêche de procéder ainsi immédiatement après que la décision a été rendue. Il est donc juste et équitable de rendre une décision ainsi limitée.

Dépens

[90] M. Trengove a présenté l'argument selon lequel les dépens à allouer aux requérants en ce qui concerne les deux requêtes présentées en vue de mesures conservatoires devant cette Cour, qui ont été déboutées, devraient comprendre les frais de deux avocats calculés selon le barème avocat/client, et cela pour deux motifs; d'une part, parce qu'elles constituent un abus de procédure, et d'autre part, parce qu'elles sont manifestement infondées.

[91] Le fait que les deux requêtes sont manifestement infondées ressort clairement de ce qui précède. Le jugement de la Haute Cour critique à bon escient la conduite des répondants lors de la procédure qui s'est déroulée devant la Haute Cour, leur approche dilatoire au litige et leur tentative de dernière heure de retarder l'audition de l'affaire. La même critique peut être formulée à l'égard de leur tentative tardive de soulever de nouvelles questions par les deux requêtes intérimaires dûment déboutées, auxquelles j'ai fait référence au commencement de ce jugement, ainsi que du fait qu'ils n'étaient pas à même d'expliquer pourquoi, même pendant l'audition devant la Cour, ils ont été incapables pendant plus de 14 mois de déposer un mémoire en défense portant sur les allégations factuelles formulées dans la requête principale.

[92] Le gaspillage concernant les frais occasionnés par ces demandes fait partie des dépens auxquels les répondants seront condamnés. La seule question qui se pose est celle de savoir si les requêtes constituent un abus de procédure judiciaire justifiant une décision condamnant au paiement des dépens comprenant les frais avocat/client.

[93] Si l'argument présenté à cette Cour par les répondants au sujet du bien-fondé de l'appel avait manifesté le même manque de substance et la même négligence apparente des droits des requérants, je n'aurais pas hésité à les condamner aux dépens comprenant les frais avocat/client, malgré le fait que ces dépens sont rarement accordés en appel.

[94] Toutefois, en ce qui concerne le bien-fondé de l'appel, aucune critique ne peut être formulée à l'égard de la conduite des répondants. Ils ont soulevé des questions de substance, et leur décision de s'opposer à la confirmation de la décision de la Haute Cour, et de faire appel contre la décision qui a été rendue, ne peut être considéré comme injustifié.

[95] Les deux requêtes concernaient des questions collatérales qui ont pu être réglées de manière sommaire; elles ont pris très peu de temps. Il y a effectivement gaspillage au niveau des dépens occasionné par le fait que les répondants ont dû examiner les questions soulevées dans les demandes intérimaires et leur répondre dans leur mémoire. Toutefois, ces dépens ne représentent qu'une part relativement faible de l'ensemble des dépens nés de l'appel dans son ensemble.

[96] Il est regrettable que l'État ait estimé utile de soulever devant cette Cour des questions aussi peu sérieuses que celles présentées dans les deux requêtes déboutées. Toutefois sa conduite, analysée dans le cadre de l'appel dans son ensemble, ne constitue pas un abus de procédure d'une gravité justifiant que la Cour rende une décision en matière de dépens ordonnant le paiement des dépens selon le barème avocat/client.

[97] L'article 25 (5) de la loi n° 96 de 1991 relative au contrôle des étrangers, en omettant de conférer aux personnes vivant une relation homosexuelle stable, les avantages qu'il confère aux conjoints, porte une discrimination injuste, sur le fondement de leur orientation sexuelle et de leur état civil, à l'encontre des personnes vivant ces relations homosexuelles stables et résidant de manière permanente et légale sur le territoire de la République. Une discrimination aussi injuste limite les droits d'égalité que l'article 9 de la Constitution garantit à de tels partenaires ainsi que le droit à la dignité garanti par l'article 10. Cette limitation n'est ni raisonnable ni justifiable dans une société ouverte et démocratique basée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté; par conséquent, elle ne satisfait pas aux exigences de l'article 36 (1) de la Constitution. Cette omission dans l'article 25 (5) de la loi est donc contraire à la Constitution. Il ne convient pas de déclarer que l'article 25 (5) est invalide en totalité. Il convient plutôt d'ajouter, après le mot « conjoint » dans cet article, les mots « ou le partenaire du même sexe dans une relation permanente ». L'ajout de ces mots entrera en vigueur dès que la décision sera rendue.

[98] La Cour rend la décision suivante :

1. Les requêtes introduites par les répondants et visant :

- (a) le refus de condamner le fait qu'ils n'aient pas déposé de mémoire en défense devant la Haute Cour;
- (b) l'autorisation de déposer leurs mémoires en défense;
- (c) le renvoi devant la Haute Cour de la question relative au dépôt de leurs mémoires en défense; ainsi que
- (d) la modification de leur recours en appel

sont rejetées; les répondants sont condamnés solidairement aux dépens, en ce compris les frais de deux avocats.

2. L'appel des requérants est accepté; les paragraphes 1, 2 et 3 de la décision rendue par la Haute Cour sont annulés et remplacés par les paragraphes suivant :

2.1. l'absence à l'article 25 (5) de la loi n° 96 de 1991 relative au contrôle des étrangers, après le mot « conjoint », des mots « ou partenaire du même sexe dans une relation stable », est déclarée contraire à la Constitution;

2.2. l'article 25 (5) de la loi n° 96 de 1991 relative au contrôle des étrangers doit être complété, après le mot « conjoint », par les mots :

"ou partenaire du même sexe dans une relation permanente".

3. Les mesures énoncées au paragraphe 2 n'entreront en vigueur qu'au moment où la présente décision sera rendue.

4. Les paragraphes 4, 5 et le paragraphe relatif aux dépens de la décision de la Haute Cour sont confirmés.

5. Les répondants sont condamnés solidairement aux dépens afférents aux procédures devant cette Cour, en ce compris les frais de deux avocats.

Le président Chaskalson, le vice-président Langa, les juges Goldstone, Madala, Mokgoro, Ngcobo, O'Regan, Sachs et Yacoob et le juge adjoint Cameron appuient le jugement ci-dessus.

Avocats représentant les requérants/appelants : W. Trengove et A. Katz, instruits par le centre de ressources juridiques.

Avocats représentant les répondants : E.M. Patel, K.D. Moroka et T.P. Dhlamini, instruits par le procureur général.