

La diffusion du constitutionnalisme en Afrique du Sud :
une analyse à travers la décision de la Cour constitutionnelle du 6 juin 1995 portant
inconstitutionnalité de la peine de mort

« *La vérité, c'est que nous ne sommes pas encore libres ; nous avons seulement atteint la liberté d'être libres, le droit de ne pas être opprimés (...). Car être libres, ce n'est pas seulement se débarrasser de ses chaînes ; c'est vivre d'une façon qui respecte et renforce la liberté des autres* ».

Nelson Mandela, *Un long chemin vers la liberté*,
Le Livre de Poche, 2003, pp. 755-756.

Johannesburg. Sur les hauteurs de la ville, dans le quartier de *Braamfontein*, se trouve *Constitution Hill*, la colline de la Constitution. D'un côté, *Old Fort*, le fort construit par Paul Kruger en 1896, initialement pour protéger le pays de la menace des invasions britanniques et finalement transformé en prison pour blancs ; Nelson Mandela y fut pourtant détenu. De l'autre, *Number Four*, lieu effrayant dans lequel des milliers de noirs furent emprisonnés dans des conditions effroyables, sans le moindre soupçon de dignité humaine ; Mahatma Gandhi ou Robert Sobukwe y furent des hôtes tristement célèbres. Entre les deux, dominée par *Constitution Square*, la Cour constitutionnelle. Bien qu'installée depuis 1994, c'est en février 2004 qu'elle a pris possession de ses nouveaux locaux et a officiellement recommencé à travailler le 21 mars, jour du *Human Rights Day*. Conçu pour être ouvert, accessible à tous et transparent, le bâtiment est construit autour des restes du grand escalier de l'ancienne zone d'attente de la prison. Le hall principal de la Cour est un espace plein de lumière, soutenu par plusieurs colonnes inclinées, qui se veulent être une métaphore architecturale des arbres à palabres sous lesquels, traditionnellement, les villageois africains se rassemblent pour discuter des questions les plus importantes¹. *Constitution Hill* est bien le lieu où l'histoire et le futur se rejoignent ; où les vestiges du régime d'*apartheid*, fondé sur le principe d'exclusion de la majorité du peuple sud-africain, côtoient au plus près les aspirations démocratiques, qui reposent sur un nouvel ordre constitutionnel qui promouvant l'égalité des droits de chacun et garantissant les droits de l'Homme. Ainsi donc dénommée en raison de la charge symbolique du lieu, *Constitution Hill* est aujourd'hui le cœur démocratique et constitutionnel de toute la Nation sud-africaine et incarne, de ce fait, l'attachement de la nouvelle société aux valeurs universelles de l'Etat de droit.

Concrètement, le processus de transition démocratique et politique a connu au moins quatre grands temps forts institutionnels. C'est d'abord en 1990 que la décision a été prise de lever les interdictions qui pesaient sur différentes organisations politiques, de libérer Mandela et d'entamer un dialogue en vue de reconstruire les institutions sur de nouvelles bases ; au premier rang de celles-ci l'égalité juridique, c'est-à-dire le droit à la participation politique

¹ Le symbole officiel de la Cour constitutionnelle reprend d'ailleurs cette image.

pour tous les individus du pays². Le résultat de cette démarche fut l'adoption de la Constitution intérimaire, le 22 décembre 1993. Bien que de transition et donc, par nature, de durée limitée, cette Constitution devait être le levier de l'instauration progressive d'un régime démocratique. Pour ce faire, elle imposait un certain nombre de règles constitutionnelles auxquelles l'Assemblée constituante, élue dans un futur proche, devrait se conformer. Les premières élections législatives se déroulèrent alors du 26 au 28 avril 1994, mettant définitivement fin au régime de l'*apartheid* et permettant de former l'Assemblée constituante (Assemblée nationale et Sénat réunis), chargée de préparer le nouveau texte destiné à devenir la Constitution définitive. Conformément aux attentes de 1990, le processus constituant a permis d'associer l'ensemble de la population dans un grand débat public, afin que chacun puisse donner son opinion à chaque phase d'élaboration du texte ; parallèlement, des commissions thématiques chargées de rédiger des avant-projets transmettaient leurs propositions au Comité constitutionnel³. Ce premier exercice de démocratie réelle et de terrain s'est conclu par l'adoption du projet définitif, par l'Assemblée constituante, à une majorité des deux-tiers, le 8 mai 1996.

La culture du débat politique et de la constitutionnalité se sont donc progressivement mais rapidement imposés. Progressivement, puisque c'est au terme de l'évolution par étapes, précédemment décrite, que l'Afrique du Sud est passée d'une souveraineté de la loi à une souveraineté de la Constitution. Rapidement, puisqu'il n'a pas fallu attendre la Constitution définitive pour que les exigences occidentales du constitutionnalisme soient consacrées et irriguent les comportements des pouvoirs publics. En effet, c'est dans la décision du 6 juin 1995, *State v. Makwanyane*⁴, sur l'inconstitutionnalité de la peine de mort, que la Cour a jeté les bases d'une diffusion des valeurs du constitutionnalisme dans le droit sud-africain. Ce que souligne la juge Mokgoro dans son opinion séparée : « Maintenant que le constitutionnalisme est devenu une valeur centrale pour la jurisprudence naissante de l'Afrique du Sud, l'interprétation des lois sera radicalement différente de ce qu'elle avait l'habitude d'être dans l'ordre juridique passé »⁵. Car, rappelle le juge Sachs, « le constitutionnalisme [en Afrique du Sud] arrive simultanément avec la réalisation de l'égalité et de la liberté, de l'ouverture d'esprit, du compromis et de la tolérance. Quand on examine le passé, les rédacteurs de [la] Constitution ont non seulement rejeté les lois et les usages qui imposaient la domination et isolaient les individus, mais aussi ceux qui empêchaient les discours libres et les discussions raisonnables, ceux qui brutalisaient les individus et ceux qui diminuaient [le] respect pour la vie »⁶. En effet, conformément aux raisons qui ont présidé à la vague constitutionnaliste en Europe après la seconde guerre mondiale, l'Afrique du Sud se situe bien dans la perspective d'une rupture ferme avec un passé totalitaire, c'est-à-dire avec un régime de privations dans lequel les crimes et les atteintes à la dignité humaine étaient institutionnalisés au nom d'une

² F. DREYFUS, La Constitution intérimaire d'Afrique du Sud, *R.F.D.C.*, n° 19, 1994, p. 468.

³ Pour une explication détaillée du processus constituant, voir F. DREYFUS, De la Constitution intérimaire à la nouvelle Constitution, in G. CONAC, F. DREYFUS et N. MAZIAU, *La République d'Afrique du Sud. Nouvel Etat, nouvelle société*, La vie du droit en Afrique, Economica, 1999, pp. 16-19.

⁴ CCT/3/94, 1995 (3) SA 391 (CC), 1995 (6) BCLR 665 (CC), 1195 (2) SACR 1 (CC), voir la décision sur le site de la Cour constitutionnelle : <http://www.constitutionalcourt.gov.za/uhtbin/cgiirsi/IoKMAKTzMI/0/57/518/0/J-CCT3-94>.

⁵ Mokgoro, § 301, "Now that constitutionalism has become central to the new emerging South african jurisprudence, legislative interpretation will be radically different from what it used to be in the past legal order (...)".

⁶ Sachs, § 391, "Constitutionalism in our country also arrives simultaneously with the achievement of equality and freedom, and of openness, accomodation and tolerance. When reviewing the past, the framers of our constitution rejected not only the laws abd practices that imposed domination and kept people apart, but those that prevented free discourse and rational debate, and those that brutalised us as people and diminished our respect of life". Voir aussi les §§ 389 et 390 dans lesquels le juge Sachs retrace les grandes phases du constitutionnalisme, de l'âge des Lumières à la seconde guerre mondiale.

idéologie de la race. Ce qui, en réaction et avec la volonté des acteurs qui y souscrivent par consensus systémique, ne peut que permettre l'importation du modèle constitutionnaliste occidental, sorte de « package » de valeurs pluralistes et d'exigences démocratiques grâce auxquelles les déficits juridiques, libéraux et démocratiques de l'Afrique du Sud seront compensés ; de sorte que la transition politique ne pourra qu'aboutir et l'Etat de droit se construire. En général, la Constitution d'un Etat est établie sur la base du postulat très constitutionnaliste selon lequel la démocratie interne ne peut s'obtenir que par le droit constitutionnel. Du coup, les rédacteurs ont souvent préféré des Constitutions « bien pleines » aux Constitutions « bien faites », c'est-à-dire canalisant dans la bonne direction les rapports de force et les valeurs locales⁷. Cela s'est presque systématiquement traduit par l'ajout de pans entiers nouveaux dans la Constitution qui, de synonyme de la puissance de l'Etat, devient instrument de limitation de cette puissance par la soumission de l'Etat au droit et par le respect des exigences du libéralisme, du droit international et du principe de constitutionnalité.

C'est bien dans cette logique que s'inscrit la Constitution intérimaire de 1993, avant que la Constitution définitive de 1996 ne lui emboîte le pas en devenant, certainement, une des Constitutions les plus progressiste du monde à ce jour. Avec ses quinze chapitres, deux cent cinquante et une sections et sept annexes, le texte de 1993 se caractérise par la diversité et la contrariété des objectifs qu'il vise : définir les modalités d'élaboration de la future Constitution tout en obligeant l'Assemblée constituante à respecter trente quatre principes intangibles pour l'élaboration de la Constitution de 1996⁸, protéger efficacement les droits fondamentaux sans remettre entièrement à plat l'ancien système juridictionnel⁹, préserver l'unité nationale au-delà de la période intérimaire tout en déterminant une forme

⁷ Sur cette question, voir S. MILACIC, Les ambiguïtés du constitutionnalisme postcommuniste, in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, pp. 341-342.

⁸ Ces principes figurent à l'annexe 4 de la Constitution intérimaire. La Cour constitutionnelle va alors avoir un rôle plutôt inhabituel et même exceptionnel pour une juridiction de cette nature, puisqu'elle va devoir vérifier que le constituant de 1996 ne s'est pas écarté des prescriptions du constituant de 1993, en contrôlant l'adéquation de la Constitution définitive à ces trente-quatre principes constitutionnels, véritable « pacte solennel » selon les termes de la Cour. L'arrêt d'homologation de la Cour intervint en décembre 1996 après qu'un premier projet, soumis à la Cour en mai 1996 fut renvoyé en août à l'Assemblée. Ce qui ne va pas sans poser quelques interrogations du point de vue de la théorie juridique. D'abord, ces trente-quatre principes constitutionnels n'acquiescent-ils pas, par cette certification, une valeur supra-constitutionnelle ? Ce qui pose, ensuite, la question de la nature de l'interprétation de la Cour : cette interprétation « juste » ou « correcte » exclut-elle une alternative, à savoir l'existence d'une possible « fausse » interprétation ? Enfin, plus généralement, la distinction classique pouvoir constituant originaire / pouvoir constituant dérivé résiste-t-elle à cette situation ? Doit-on considérer que le constituant de 1993 représente le pouvoir originaire et celui de 1996 le pouvoir dérivé, auquel cas, entre autre, la permanence du pouvoir constituant originaire ne s'accorderait pas avec le caractère intérimaire de la Constitution de 1993, sauf à admettre, comme Siéyès, que le constituant originaire évolue pour n'apparaître ensuite que sous sa forme instituée....

⁹ L'objectif était de développer pleinement la protection de la Constitution et des droits fondamentaux. Mais le pouvoir judiciaire restant composé pour l'essentiel des mêmes personnes que celles ayant servi sous l'*apartheid*, il était impossible de lui laisser le soin de trancher les questions de constitutionnalité. Pour autant, en vue d'assurer l'effectivité du recours sur ces questions, il fallait que le justiciable ait accès au prétoire. C'est la raison pour laquelle la compétence constitutionnelle fut partagée entre les juridictions ordinaires et la Cour constitutionnelle, juge de la constitutionnalité en dernière instance. Au cours des négociations constitutionnelles qui ont débuté en décembre 1991, la conclusion s'est donc imposée qu'il convenait de créer un système de justice constitutionnelle caractérisé, paradoxalement, non seulement par un contrôle diffus mais aussi concentré ; voir dans ce sens, X. PHILIPPE, La Cour constitutionnelle sud-africaine et le règlement des conflits, *R.F.D.C.*, n° 27, 1996, pp. 461-463 ; X. PHILIPPE, La Cour constitutionnelle sud-africaine. Présentation de la Cour constitutionnelle sud-africaine, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 9, 2000.

d'organisation de l'Etat qui permette de concilier les aspirations identitaires avec les velléités centralisatrices¹⁰....

Dans ce contexte, rien d'étonnant alors à ce que la décision de la Cour du 6 juin 1995, *State v. Makwanyane*, deuxième affaire portée à l'examen du juge dans les faits¹¹ mais première véritable « grande décision », fut l'occasion pour la Cour constitutionnelle de « donn[er] le ton du contrôle qu'elle entendait exercer »¹² et préciser l'esprit dans lequel elle allait travailler. Le test devait être d'autant plus probant que la solution qui allait être rendue le serait contre l'opinion publique, plutôt favorable à la peine de mort. La décision, longue de deux cent quarante-quatre pages, déclare donc que la section 277(1)(a) du *Criminal Procedure Act* de 1977, prévoyant la peine de mort, est contraire à la Constitution, la peine capitale pouvant seulement trouver à s'appliquer si une personne est convaincue de trahison lorsque l'Afrique du Sud est en guerre¹³. Ecrite par le Président de la Cour, Arthur Chaskalson, elle fut rendue à l'unanimité des onze membres, les opinions séparées des dix autres juges révélant la diversité des motivations ou des raisonnements¹⁴ selon les sensibilités. La décision principale montre comment la section 11(2) de la Constitution intérimaire qui interdit les traitements cruels, inhumains ou dégradants exclut la possibilité du recours à la peine capitale. En conséquence de quoi, la Cour rejette l'argument selon lequel la peine de mort pourrait être admise, dans certains cas, au regard de la clause de limitation des droits constitutionnels (section 33(1))¹⁵, la contradiction de la peine de mort avec les prescriptions de la section 11(2) se suffisant à elle-même. La nature des droits en jeu dans cette affaire, le caractère éminemment politique de la question et le début d'une ère constitutionnelle de rupture avec l'ancien régime devaient inciter la Cour à la fois à la prudence et au courage. Pour prévenir toute accusation de subjectivité ou d'outrepassement de ses pouvoirs, la Cour devait s'en tenir à l'application de toute la Constitution, mais rien que de la Constitution :

*« The question before us, however, is not what the majority of south africans believe a proper sentence for murder should be. It is wheter tehe Constitution allows the sentence »*¹⁶.

Ainsi, au fil de son raisonnement, la Cour a montré comment les valeurs du constitutionalisme trouvent à s'appliquer dans la nouvelle société sud-africaine, à travers la consolidation des bases de l'Etat de droit **(I)** ou la consécration d'une approche substantielle dans l'interprétation des droits fondamentaux **(II)** ; tout cela bénéficiant à la Cour elle-même, qui a vu son autorité assise et sa légitimité renforcée **(III)**.

¹⁰ Le choix du caractère fédéral ou unitaire de l'Etat a représenté un enjeu majeur des négociations constitutionnelles. La création de neuf provinces dotées d'une large autonomie politique sans pour autant priver l'Etat central de ses capacités d'intervention fut le compromis et certainement « la solution [la plus] équilibrée », F. DREYFUS, *La Constitution intérimaire d'Afrique du Sud*, *art. cit.*, p. 490 ; N. MAZIAU, *La décentralisation en Afrique du Sud : un Etat « caméléon » ?*, in G. CONAC, F. DREYFUS et N. MAZIAU (Sous la direction de), *La République d'Afrique du Sud. Nouvel Etat, nouvelle société*, La vie du droit en Afrique, Economica, 1999, pp. 61-66.

¹¹ La première décision de la Cour date du 5 avril 1995, CCT5/94, 1995 (2) SA 642 (C), *State v. Zuma and others*, et concerne le droit au procès équitable et la constitutionnalité de la présomption relative à la recevabilité des aveux en vertu de l'article 217 (1)(b)(ii) du *Criminal Procedure Act*.

¹² X. PHILIPPE, *La Cour constitutionnelle sud-africaine et le règlement des conflits politiques*, *art. cit.*, p. 477.

¹³ Chaskalson, §§ 33-42 et 95.

¹⁴ Sur lesquels nous reviendrons.

¹⁵ Chaskalson, §§ 97-143, § 146.

¹⁶ Chaskalson, § 87.

I – Les fondations de l’Etat de droit sud-africain

La décision *Makwanyane* est l’occasion, pour la Cour, d’affirmer solennellement non seulement que l’Afrique du Sud abandonne le dogme de la souveraineté de la loi au profit de la souveraineté de la Constitution¹⁷ (A), mais aussi de faire comprendre quelle place elle réserve au concept de droits de l’Homme dans sa jurisprudence (B).

A – La Constitution intérimaire comme norme fondamentale

Le principe de suprématie constitutionnelle découle de l’article 4(1) de la Constitution intérimaire ; il sera rappelé dans les articles 1 et 2 de la Constitution définitive du 8 mai 1996, au terme de laquelle « la suprématie de la Constitution est le fondement essentiel de la République d’Afrique du sud, Etat souverain et démocratique »¹⁸. Les implications d’un tel principe sont soulignées dans la décision principale et certaines opinions séparées.

Au terme de l’article précité « [la Constitution intérimaire est] la loi suprême de la République et toute loi ou toute action non-cohérente avec ses dispositions seront (...) nulles et sans effet (...) ». Cette disposition a une signification tant symbolique que juridique. Sur le plan du symbole, la Constitution de 1993 fixe les règles politiques de la transition ; en tant que tel, ce droit matériel nouveau est la clé de la réussite du nouveau régime¹⁹. A ce titre, la Constitution interdit tout acte contraire à ses prescriptions, c'est-à-dire qu’elle empêche le retour au régime de ségrégation dans lequel les droits des individus étaient bafoués. Le Président Chaskalson ouvre d’ailleurs son argumentation en rappelant que la Constitution intérimaire est une sorte de pont historique entre le passé d’une société profondément divisée, caractérisée par les querelles, les conflits, la souffrance et l’injustice et un futur construit sur la reconnaissance des droits de l’Homme, la démocratie, la cohabitation pacifique et les possibilités de développement pour tous les sud-africains, sans distinction de couleur, race, classe, croyance ou sexe²⁰. Une introduction en ces termes, empruntés au premier paragraphe de la disposition sur l’Unité Nationale et la Réconciliation qui se trouve à la fin de la Constitution, est d’autant plus indispensable qu’aucune autre référence au passé n’est faite ailleurs dans le Préambule, contrairement au Préambule de la Constitution finale²¹, ou dans le texte de la Constitution elle-même. Et le juge Mahomed d’insister sur ce point dans son opinion séparée, en soulignant que la Constitution ne conserve du passé que ce qui est défendable ; sur tous les autres aspects, elle représente une rupture décisive :

¹⁷ Sur cette question, voir G. DEVENISH, *A commentary on the south african constitution*, Butterworths, 1998, p. 220.

¹⁸ Derrière « la formulation très générale du principe » de laquelle on pourrait déduire une portée particulièrement large de la notion, il s’agit en réalité « de faire prévaloir en toutes circonstances les droits fondamentaux sur lesquels s’appuie la démocratie », in N. LENOIR, *Le nouvel ordre constitutionnel d’Afrique du Sud*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc1/ccc1len.htm>.

¹⁹ Xavier PHILIPPE distingue les règles neutres face à la transition démocratique, les règles influençables par la situation de transition et les règles politiques de la transition, in X. PHILIPPE, *La spécificité du droit de transition dans la construction des Etats démocratiques. L’exemple de l’Afrique du Sud*, in L. SERMET (Sous la direction de), *Droit et démocratie en Afrique du Sud*, L’Harmattan, 2001, pp. 47-51.

²⁰ Chaskalson, § 7 ; citation reprise dans l’opinion de la juge O’Regan, § 322.

²¹ “*We, the people of South Africa,*

Recognise the injustices of our past;

Honour those who suffered for justice and freedom in our land;

Respect those who have worked to build and develop our country; and believe that South Africa belongs to all who live in it, united in our diversity.

We therefore, through our freely elected representatives, adopt this Constitution as the supreme law of the Republic so as to heal the divisions of the past and establish a society based on democratic values, social justice and fundamental human rights (...)”.

« *[The south african constitution] retains from the past only what is defensible and represents a decisive break from, and a ringing rejection of, the part of the past which is disgracefully racist, authoritarian, insular, and repressive and a vigorous identification of and commitment to a democratic, universalistic, caring and aspirationally egalitarian ethos, expressly articulated in the constitution* »²².

En écho au principe de suprématie constitutionnelle posé par la section 4(1), on comprend alors pourquoi le Chapitre 3 de la Constitution dresse un long catalogue de droits fondamentaux : le meilleur moyen d'effacer la marque du passé est bien d'offrir une protection de niveau constitutionnel aux droits dont tous les individus peuvent se prévaloir. La plénitude de ces droits, en réaction aux privations du passé, atteste de la volonté des rédacteurs de les envisager de manière moderne et réaliste. L'exemple le plus frappant est peut-être la prohibition par la section 8(2) de toute discrimination, directe ou indirecte, fondée sur la race, le genre, le sexe, la tendance sexuelle, la couleur, l'origine sociale ou ethnique, la religion, la conscience, les croyances, la culture, la langue, l'âge ou l'infirmité²³. La suprématie de la Constitution conduit donc à une intangibilité et une sacralisation des droits fondamentaux. Le symbolique rejoint ici le juridique, car sur le plan du droit maintenant, la supériorité de la Constitution de 1993 montre que cette dernière n'est pas une norme comme les autres ; « *A constitution is no ordinary statute* » explique le Président Chaskalson²⁴ : elle oblige l'exécutif et le législatif à rendre leurs actes conformes à ses prescriptions ; elle fixe des limites constitutionnelles qu'aucun pouvoir ne peut franchir²⁵. Or, cette limitation de l'activité des pouvoirs constitutionnels par le droit ne va pas de soi dans un régime traditionnellement habitué au culte de la loi et dans lequel la Constitution de 1983 ne prévoyait aucune juridiction pour examiner la validité d'une loi adoptée par le Parlement. Comme la Constitution fournit désormais « l'étalon de mesure de la validité des produits du processus législatif ainsi que des actions de la branche exécutive du Gouvernement »²⁶, tous les juges doivent être en mesure de défendre la norme fondamentale et de protéger les droits fondamentaux qu'elle contient. D'où une compétence en matière de vérification de la constitutionnalité attribuée non seulement aux juges ordinaires mais aussi, et surtout, à la Cour constitutionnelle en dernière instance. Du coup, conformément à l'idée du « précédent judiciaire » en vigueur dans les systèmes de *common law*, toutes les juridictions sont liées par l'arrêt de la Cour constitutionnelle. Ce contrôle final, dont l'une des vocations est de donner l'interprétation authentique de la Constitution, permet donc d'imposer la Cour comme le premier et le dernier rempart de protection de la fundamentalité constitutionnelle ; et, en conséquence, d'éviter un retour à la souveraineté parlementaire et à la protection plus qu'incertaine des droits par le Parlement. Position explicitée par le Président Chaskalson selon qui :

²² Mahomed, § 262.

²³ Sont aussi représentatifs de cette volonté de rompre avec un passé discriminatoire et liberticide la consécration du droit à la vie (section 9), de l'interdiction de la torture et des traitements dégradants (section 11(2)), l'interdiction de la servitude et du travail forcé (section 12)....

²⁴ Chaskalson, § 15.

²⁵ « *It defines the powers of the different organs of State, including Parliament, the executive and the courts as well as the fundamental rights of every person which must be respected in exercising such powers* », Chaskalson, § 15; dans le même sens, « *All constitutions seek to articulate, with differing degrees of intensity and detail (...) the constitutional limits and the conditions upon upon which that power is to be exercised* », Mahomed, § 262.

²⁶ T. VAN REENEN, Tendances actuelles dans l'interprétation de la Constitution de l'Afrique du Sud, *R.F.D.C.*, 1996, p. 356.

« *The protection of rights could be left to Parliament, which as a mandate from the public (...), but this would be a return to parliamentary sovereignty, and a retreat from the new legal order established by the 1993 constitution* »²⁷.

C'est donc bien dans la force du droit et, à titre principal, de la Constitution, que les acteurs politiques engagés dans le processus de démocratisation de l'Afrique du Sud ont trouvé les voies et les moyens d'introduire de véritables changements. C'est en retour dans une protection effective de la primauté de la norme suprême que la Cour constitutionnelle doit accompagner ces changements et les rendre pérennes. Car l'Afrique du Sud est désormais un Etat constitutionnel et le rôle des juges, spécialement ceux investis du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des actes, est immense²⁸. D'autant plus immense que c'est bien du registre de la suprématie constitutionnelle que découle toute la conception sud-africaine des droits de l'Homme.

B – Les droits de l'Homme comme valeur fondatrice de la nouvelle société sud-africaine

Dès le début de la décision, le Président Chaskalson relève que si la Constitution de 1993 est bien une Constitution de transition, elle n'en établit pas moins un nouvel ordre en Afrique du Sud, dans lequel les droits de l'Homme et la démocratie sont enracinés²⁹. Et de poursuivre que le Chapitre 3 de la Constitution, le *Bill of Rights*, expose les droits fondamentaux dont chaque personne est titulaire³⁰, juste après avoir rappelé que la Constitution intérimaire était le point de passage entre le passé d'une société profondément divisée, conflictuelle, et un futur fondé sur la reconnaissance des droits de l'Homme³¹. Cette référence redondante à la place des droits de l'Homme dans le nouvel Etat sud-africain n'a d'autre fonction que d'insister sur la conception que la Cour se fait de ces droits : ils sont avant tout les principes fondateurs de la nouvelle Afrique du Sud. De la même manière que l'*apartheid* était la valeur qui fondait l'ancienne société, les droits de l'Homme sont la valeur caractéristique de la nouvelle³². C'est alors à la lecture de la Constitution que l'on mesure la portée des affirmations du Président Chaskalson. Les droits ne sont pas limités aux seuls droits classiques du XVIII^{ème} siècle. On trouve en effet, dans le texte intérimaire, non seulement un catalogue de droits collectifs et économiques, mais aussi des droits de la troisième génération, comme le droit à un environnement qui ne soit pas nuisible à la santé³³, l'accès à l'information (section 23)... En outre, de nombreux droits consacrés par des instruments juridiques internationaux sont repris par la Constitution de 1993, revêtant souvent un sens particulièrement fort, dans la mesure où leur affirmation s'oppose aux pratiques odieuses du régime d'*apartheid*³⁴. Il en va ainsi de la dignité humaine (section 10), de

²⁷ Chaskalson, § 88.

²⁸ En effet, "*In the past, under the system of parliamentary supremacy, judges could get away to some extent with explaining their role in the positivist tradition, as declarers of the law and not its makers*", in D.-M. DAVIS, *Positivism and the judicial function*, 1985, p. 118.

²⁹ *The constitution "is a transitional constitution but one which itself establishes a new order in South Africa; an order in which human rights and democracy are entrenched (...)"*, Chaskalson, § 7.

³⁰ « *Chapter three of the constitution sets out the fundamental rights to which every person is entitled under the constitution (...)* », Chaskalson, § 8.

³¹ Chaskalson, § 7.

³² « Ils ont une portée ontologique : ils définissent l'essence d'une société nouvelle à construire qui se démarque très spécifiquement de la société ancienne », in E. SPITZ, *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle sud-africaine relative aux droits de l'Homme*, in G. CONAC, F. DREYFUS et N. MAZIAU (Sous la direction de), *La République d'Afrique du Sud. Nouvel Etat, nouvelle société*, Economica, 1999, p. 49.

³³ Section 29.

³⁴ F. DREYFUS, *La Constitution intérimaire d'Afrique du Sud, art. cit.*, p. 473.

l'interdiction de la torture et des traitements dégradants (section 11(2)), ces deux droits servant d'ailleurs de base au raisonnement de la Cour dans la décision *Makwanyane*, ou encore du droit à l'intimité (section 13) ou du droit de ne pas être privé de sa nationalité sans justifications (section 20). La Constitution intérimaire tire donc les conséquences du passé ainsi que les enseignements des vagues successives de constitutionnalisme en occident (des Lumières à l'après-guerre), puisqu'elle intègre en un seul bloc pratiquement toutes les dimensions des droits fondamentaux, à l'exception de certains aspects sociaux³⁵, comme le droit au travail ou à la santé, bien que ce dernier puisse implicitement se déduire du droit à l'environnement tel qu'énoncé précédemment. Cette idée de droits de l'Homme en tant que valeur sera parfaitement exprimée à l'article 1^{er} de la Constitution de 1996 qui réaffirme, à son tour, les « valeurs fondatrices »³⁶, selon ses propres termes, sur lesquelles repose la nouvelle Afrique du Sud : la dignité humaine, la mise en œuvre du principe d'égalité et la promotion des droits de l'homme et des libertés ; le refus de la discrimination raciale et sexiste ; la suprématie de la Constitution et le respect du droit ; le principe du suffrage universel, fondé sur des élections régulières, et le principe du multipartisme, ces deux principes visant à garantir un système de gouvernement responsable, efficace et ouvert. Sous cet angle, on se rend compte qu'il ne s'agit plus seulement de considérer les droits fondamentaux comme « à la source » du nouvel Etat de droit ; ils en sont aussi le fil conducteur, dans la mesure où la Cour doit veiller à leur « promotion » (« *advancement of human rights and freedoms* »).

On touche alors ici un point particulièrement typique des régimes de transition : en dépit du potentiel légitimant que peut représenter l'invocation des droits de l'Homme, on s'aperçoit malgré tout que le concept est un concept vide ; il ne peut en effet reposer sur aucune définition du contenu de ces droits, dans la mesure où ceux-ci n'existaient pas sous le régime antérieur et où la jurisprudence et la pratique en la matière ne sont pas encore suffisantes. Donc si les droits de l'Homme sont « inhérents » au nouvel Etat de droit sud-africain, ce caractère intrinsèque doit nécessairement conduire le juge à progressivement remplir ces « coquilles vides », de façon à définir les droits de l'Homme non seulement de manière formelle mais aussi, et surtout, de manière substantielle. Avec ce paradoxe que le caractère propre du droit constitutionnel aura pour objet, en l'espèce, la construction de droits « substantiels », par opposition à une vision plus formaliste et technique de la règle de droit³⁷ que l'on s'attendrait à voir appliquée dans une Afrique du Sud principalement imprégnée des règles de la *common law*. Ainsi, la notion de droits de l'Homme est ambivalente dans le droit sud-africain : en tant que valeur fondatrice, les droits fondamentaux doivent être garantis ; mais en tant que valeurs à la base de l'édifice juridique et dont le sens n'est pas prédéterminé, ils sont aussi un concept dont l'objet est à construire en fonction d'un but défini. Cette dialectique est parfaitement présente dans la décision *Makwanyane*, la référence aux valeurs étant particulièrement insistante en l'espèce³⁸. Précisément, la section 35(1) de la Constitution prévoit que l'interprétation doit promouvoir les valeurs qui sous-tendent une société ouverte et démocratique basée sur la liberté et l'égalité³⁹. S'appuyant sur cette disposition, le président Chaskalson postule que les droits de l'Homme sont le fondement du nouvel ordre social ; que

³⁵ Le droit à l'éducation est malgré tout consacré par la section 32.

³⁶ “*The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values (...)*”.

³⁷ N. LENOIR, *Le nouvel ordre constitutionnel d'Afrique du Sud*, préc.

³⁸ De manière plus générale, la référence aux « valeurs » est une constante dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, alors que certaines Cours occidentales n'y font que des allusions.

³⁹ « *In interpreting the provisions of this chapter a court of law shall promote the values which underlie an open and democratic society based on freedom and equality (...)* », Chaskalson, § 34 ; Kentridge, § 198 ; Mogkoro, § 300 ; O'Regan, § 321 ; Sachs, §§ 358-387.

ce fondement est en même temps la fin et le but de la société qui cherche à se construire⁴⁰. Or, ces droits de l'Homme se présentent comme dénués de tout contenu. Donc pour déterminer leur sens, il convient de répondre à la question : à quoi doivent-ils servir ? Très concrètement, les rédacteurs de la Constitution intérimaire ne se sont pas prononcés sur la constitutionnalité de la peine capitale puisqu'aucune disposition la concernant n'a été incluse dans la Constitution. Et même s'il eût été préférable que le constituant tranche lui-même la question⁴¹ au moins pour éviter de rentrer dans l'affrontement interprétation constitutionnelle *versus* logique contre-majoritaire, la Cour ne peut se soustraire à son obligation de statuer. Elle se trouve, en conséquence, devant une question entièrement ouverte : en tant que valeurs cardinales d'une société démocratique, les droits de l'Homme interdisent-ils toujours de mettre à mort un individu ? Autrement dit, la peine de mort est elle justifiable et raisonnable au regard du droit à la vie, du droit à la dignité et du droit à être protégé de la torture et des traitements dégradants dans la société démocratique que l'Afrique du Sud entend promouvoir ?

La réponse à ces questions ne peut passer que par une interprétation substantielle des droits fondamentaux, dans une logique finaliste et téléologique, c'est-à-dire conforme à l'objectif sud-africain d'implantation de l'Etat de droit et de diffusion de la culture des droits de l'Homme.

II – L'approche substantielle dans l'interprétation des droits de l'Homme

Dans son opinion séparée, la juge O'Regan souligne que chacun des droits fondamentaux est envisagé de manière large et donc, est susceptible de différentes interprétations. D'où cette interrogation : comment la Cour va-t-elle déterminer le contenu et la portée de chacun de ces droits ?⁴² La réponse est en partie apportée par la section 35(1) qui, comme on l'a vu, enjoint la Cour à une certaine herméneutique, celle d'une interprétation destinée à promouvoir les valeurs qui sous-tendent la société sud-africaine. Cette disposition incite donc le juge constitutionnel à une interprétation orientée vers le futur⁴³ et en faveur d'une protection renforcée desdits droits. Ainsi, la recherche de la signification constitutionnelle d'un droit fondamental repose sur une interprétation généreuse (**A**) qui passe par une ouverture sur le droit international et étranger (**B**).

A – L'interprétation généreuse

La difficulté de l'interprétation provient non seulement de l'incertitude pour définir ce qu'est le « contenu essentiel » d'un droit⁴⁴, mais aussi de la manière de le déterminer⁴⁵. Si

⁴⁰ E. SPITZ, La jurisprudence de la Cour constitutionnelle sud-africaine relative aux droits de l'Homme, *art. cit.*, p. 52.

⁴¹ *"It would no doubt have been better if the framers of the constitution had stated specifically, either that the death sentence is not a competent penalty, or that it is permissible in circumstances sanctioned by law. This, however, was not done and it has been left to this Court to decide whether the penalty is consistent with the provisions of the constitutions (...)"*, Chaskalson, § 5. Dans ce sens, voir aussi, Chaskalson, § 11; Kentridge, § 192; et sur les intentions des constituants, voir Sachs, § 388.

⁴² O'Regan, § 321.

⁴³ *"In interpreting the rights enshrined in chapter 3, therefore, the court is directed to the future : to the ideal of a new society which is to built on the common values which made a political transition possible in our country and which are the foundation of its nex constitution. This is not to say that there is nothing from our past which should be retained"*, O'Regan, § 323.

⁴⁴ A noter, d'ailleurs, que définir pleinement le contenu d'un droit fondamental prend du temps, puisque la substance ne se précisera qu'au fur et à mesure des interprétations de la Cour. C'est pourquoi le contenu

cette question prend tout son sens dans la décision *Makwanyane*, elle n'est pas étrangère au juge, puisqu'il s'y est déjà trouvé confronté dans son tout premier jugement, *S. v. Zuma*⁴⁶, du 5 avril 1995, précité. Selon les propos du Président Chaskalson, dans cette affaire, la Cour a donné son approbation à une approche généreuse et substantielle⁴⁷ de l'interprétation, c'est-à-dire une interprétation qui permette de donner un sens aux valeurs, et donc aux droits, contenus dans la Constitution. La nécessité d'une telle "vision d'ampleur"⁴⁸ des droits fondamentaux, selon les termes du juge Sachs, est confirmée par la juge O'Regan qui précise que:

« *This purposive or teleological approach to the interpretation of rights may at times require a generous meaning to be given to provisions of chapter three of the constitution and at other times a narrower or specific meaning* »⁴⁹.

D'ailleurs, ce type d'interprétation est d'autant plus justifié que la Constitution, contrairement à la loi ordinaire, est rédigée dans un style caractérisé par son amplitude et sa généralité. Mais comme l'interprétation constitutionnelle n'est pas une science exacte mais plutôt une question de choix⁵⁰, il reste indispensable d'identifier les principales clefs de cette interprétation. Pour ce faire, le Président Chaskalson⁵¹, tout comme la juge O'Regan⁵², renvoient au *leading case* canadien, *R. v. Big M. Drug Mart Ltd*⁵³, déjà visé dans l'affaire *Zuma*, et dans lequel le juge Dickson livre une « méthode d'application de la méthode d'interprétation ». En l'espèce, 1) la signification d'un droit ou liberté garanti par la Charte canadienne doit être recherché à la lumière des intérêts que ce droit doit protéger. Il faut alors se référer aux caractères et objectifs plus larges de la Constitution elle-même, au langage choisi, aux origines historiques du concept et au sens et à la finalité des autres droits et libertés avec lesquels il s'articule. 2) L'interprétation doit être généreuse plutôt que trop légaliste et doit, à ce titre, remplir l'objectif d'une garantie et permettre aux individus de bénéficier complètement de la protection de la Charte⁵⁴. Enfin, 3), il est important de ne pas étendre à l'excès la portée du droit concerné, mais de se rappeler que la Charte doit être replacée dans son contexte philosophique, historique et linguistique⁵⁵.

Pour tenir compte des spécificités et exigences sud-africaines, ces principes directeurs doivent renvoyer à une interprétation dialectique. L'interprétation généreuse doit en effet être contextuelle et téléologique. En amont, elle est contextuelle, car elle doit prendre en

minimum d'un droit, déterminé à l'occasion d'une affaire, doit progressivement être étendu et développé, c'est-à-dire enrichi dans les décisions ultérieures. Un droit fondamental ne peut prendre corps que par touches successives.

⁴⁵ Chaskalson, §§ 132-133.

⁴⁶ Kentridge, § 15.

⁴⁷ "In *S. v. Zuma and two others*, this court dealt with the approach to be adopted in the interpretation of the fundamental rights enshrined in chapter three of the constitution. It gave its approval to an approach which, whilst paying due regard to the language that has been used, is "generous" and "purposive" and gives expression of to the underlying values of the constitution", Chaskalson, § 9.

⁴⁸ « *An amplitude of vision* », Sachs, § 363.

⁴⁹ O'Regan, § 325.

⁵⁰ « *Constitutional interpretation is not an exact science ; rather it is a question of making choices* », in J. SARKIN, *Problems and challenges facing south africa's constitutionnal court: an evaluation of its decisions on capital and corporal punishment*, *The Sout African Law Journal*, 1996, p. 79.

⁵¹ § 9.

⁵² § 325.

⁵³ (1985) 13 CRR 64. Dans le même sens sur cette question, voir aussi une autre décision de la Cour suprême du Canada : *Law society of British Columbia and another v. Andrews and another* (1989), 36 CRR 193 (SCC), §§ 224-225.

⁵⁴ *R. v. Big M. Drug Mart Ltd*, § 103.

⁵⁵ T. VAN REENEN, *Tendances actuelles de l'interprétation de la Constitution en Afrique du Sud*, *art.cit.*, p. 370.

considération qu'il s'agit bien de l'histoire, des usages, de la doctrine et des attentes de la population sud-africaine. Ainsi, selon le Président Chaskalson, « *I need say no more in this judgement than that section 11(2) of the constitution must not be construed in isolation, but in its context, which includes the history and background to the adoption of the constitution, other provisions of the constitution itself and, in particular, the provisions of chapter three of which it is part* »⁵⁶. Une telle approche prend bien sûr tout son sens quand il s'agit de définir la portée du droit à la vie, comme en l'espèce. En un mot, pour mieux replacer le droit en question dans son contexte actuel, l'interprétation ne doit pas oublier le « *background* »⁵⁷. Ce n'est qu'à cette condition que s'établira une jurisprudence constitutionnelle propre à l'Afrique du Sud et non semblable à celle d'un autre Etat étranger. En aval, l'interprétation se doit d'être téléologique, car pour développer la plénitude des droits fondamentaux, c'est-à-dire les valeurs d'humanité, « *ubuntu* » en sud-africain, inhérentes à toute société démocratique, elle n'a d'autre solution que de se focaliser vers l'avenir en considérant que la Constitution (intérimaire ou définitive) représente une rupture avec le passé. La référence à la valeur d'*ubuntu* est d'ailleurs particulièrement intéressante en ce qu'elle est spécifique à la culture sud-africaine et, à ce titre, a une résonance toute particulière dans la construction de la démocratie de ce pays⁵⁸. C'est pourquoi son intérêt est longuement souligné dans les opinions séparées des juges Madala⁵⁹, Mahomed⁶⁰ et Mogkoro⁶¹. Il s'agit en réalité d'un standard constitutionnel, sorte d'objectif de valeur constitutionnelle à l'occidentale qui, en raison de son caractère général, est une boîte de Pandore de laquelle toutes les valeurs démocratiques peuvent jaillir. Le juge Langa reconnaît d'ailleurs qu'un certain nombre de références à l'*ubuntu* ont été faites dans plusieurs textes, dont le Postambule de la Constitution, mais sans explication véritable du concept⁶². C'est pourquoi les juges Madala et Mahomed entendent apporter quelques précisions quant au contenu de la notion. L'*ubuntu* est un concept qui imprègne toute la Constitution et plus particulièrement le chapitre trois qui exprime les droits humains fondamentaux. Il renvoie aux idées d'humanité, de justice sociale et d'équité⁶³. Sur un plan plus émotionnel, il exprime la capacité instinctive d'amour envers les Hommes, la joie qu'ils peuvent procurer, la richesse des émotions⁶⁴.... Ce que confirme la juge Mogkoro pour qui l'*ubuntu* reflète les valeurs de solidarité d'un groupe : la compassion, le respect, la dignité humaine, l'unité collective, la moralité⁶⁵. L'*ubuntu* justifie donc le besoin de réparation et non de vengeance ou de représailles⁶⁶. C'est pourquoi les conflits et crimes violents sont l'opposé de l'*ubuntu*⁶⁷, tout comme les traitements cruels et dégradants⁶⁸. De

⁵⁶ Chaskalson, § 10 ; dans le même sens voir Chaskalson, § 17 ; Ackermann, § 157 ; Mahomed, § 262.

⁵⁷ Le terme est utilisé par le Président Chaskalson, §§ 10, 17, 19.

⁵⁸ Mogkoro, § 308.

⁵⁹ §§ 237-245, § 260.

⁶⁰ § 263.

⁶¹ §§ 307-317.

⁶² Langa, § 227.

⁶³ “*The concept « ubuntu » appears for the first time in the post-amble, but it is a concept that permeates the constitution generally and more particularly chapter three which embodies the entrenched fundamental human rights. The concept carries in the ideas of humaneness, social justice and fairness*”, Madala, § 237.

⁶⁴ “*The need for ubuntu expresses the ethos of an instinctive capacity for and enjoyment of love towards our fellow men and women; the joy and the fulfilment involved in recognizing their innate humanity; the reciprocity this generates in interaction within the collective community; the richness of the creative emotions which it engenders and the moral energies which it releases both in the givers and the society which they serve and are served by*”, Mahomed, § 263.

⁶⁵ “*Metaphorically, it expresses itself in ubuntu ngumuntu ngabantu, describing the significance of group solidarity on survival issues so central to the survival of communities (...)*”, Mogkoro, § 308.

⁶⁶ Chaskalson, §§ 130-131. Tel est le contenu des dispositions du Postambule de la Constitution intérimaire.

⁶⁷ Langa, § 225.

⁶⁸ *Ibidem*.

cette conception protéiforme de la notion, les juges ne peuvent que déduire l'opposition radicale entre la peine capitale et l'*ubuntu*⁶⁹.

La seule limite à une interprétation articulée à la fois sur le passé, le contexte et l'*ubuntu* a trait aux éventuelles difficultés à concilier interprétation substantielle et interprétation généreuse. Car on a postulé que la seconde découlait de la première. Or, il faut admettre « qu'en certaines circonstances, l'interprétation substantielle peut exiger une interprétation moins généreuse [c'est-à-dire plus restreinte], afin de dégager la vraie signification d'un droit ». Mais la juge O'Regan estime que cette difficulté ne se pose pas en l'espèce⁷⁰ : l'impossibilité de limiter le droit à la vie et à la dignité humaine (chapitre 3 sections 9 et 10) par une argumentation raisonnable et justifiable (section 33 (1)(a)(i),(ii)) sans que cette limitation implique une dénaturation du contenu de ces droits (section 33 (1)(b)), en est la meilleure preuve. Pour aboutir à cette conclusion, le juge procède à un raisonnement en deux temps (« *a two-stage approach* »)⁷¹, dans lequel il donne d'abord une interprétation large des droits garantis par le Chapitre 3, avant d'envisager certaines limitations de ceux-ci en vertu de la section 33. Ainsi, le juge va devoir s'interroger sur le point de savoir s'il y a eu violation d'un droit protégé par le *Bill* ; et si, dans l'affirmative, cette violation peut être justifiée au regard de la clause générale de limitation des droits constitutionnels de la section 33⁷². Après une recherche des clauses de limitation des droits dans les Constitutions canadienne⁷³, allemande⁷⁴ et dans la Convention européenne des droits de l'Homme⁷⁵, le Président Chaskalson se demande donc dans quelle mesure la peine capitale pour meurtre est justifiable dans la Constitution sud-africaine⁷⁶. Répondre à cette question nécessite, au préalable, d'avoir correctement défini et délimité les droits en jeu dans la première étape du raisonnement ; c'est alors seulement que les justifications à la limitation de ces droits pourront être recherchées. Au terme de la section 33, la limitation d'un droit doit être justifiable dans une société ouverte et démocratique basée sur la paix et l'égalité ; elle doit à la fois être raisonnable et nécessaire et ne doit pas priver ce droit de son contenu essentiel (d'où l'intérêt de l'avoir correctement identifié dans le premier temps de l'approche)⁷⁷. En somme, l'idée implicitement contenue dans la section 33 est celle de la proportionnalité, bien connue notamment du juge de la C.E.D.H. quand il est dans une situation semblable. La seule limitation acceptée repose sur la démonstration de son caractère raisonnable et nécessaire et pas seulement sur la preuve que la limitation n'est pas dépourvue de toute raisonabilité et de toute nécessité. La différence est grande entre les deux logiques. La première, positive, conduit le juge à un contrôle maximal ; la seconde, négative, implique plus simplement un contrôle de la « non-disproportionnalité manifeste ». Autrement dit, en l'espèce, « il ne s'agit pas de montrer que dans certains cas, la peine de mort n'est pas une peine disproportionnée ;

⁶⁹ Madala, § 260 ; Mogkoro, § 317.

⁷⁰ O'Regan, § 325 ; Chaskalson, § 10 ; Mogkoro, §§ 307, 311.

⁷¹ Selon les termes du Président Chaskalson, § 100.

⁷² Voir la thèse d'E. DERDAELE, *La construction constitutionnelle de la Nation et de l'Etat en Afrique du Sud : l'unité dans la diversité*, Septentrion, Thèses à la carte, 2001, pp. 554-559.

⁷³ Chaskalson, §§ 105-107.

⁷⁴ Chaskalson, § 108.

⁷⁵ Chaskalson, § 109.

⁷⁶ Chaskalson, §§ 110-143.

⁷⁷ Duard KLEYN estime à cet égard que « *The limitation clause of the interim constitution was quite complex. It basically distinguished between three categories of rights. (...) It provided that in one category, the limitation had to be reasonable, in another, it had to be reasonable and necessary and in the last category it had to satisfy the additional requirement of necessity only in certain instances* », in D. KLEYN, *The constitutional transformation in South Africa: an overview*, in L. SERMET (Sous la direction de), *Droit et démocratie en Afrique du Sud*, L'Harmattan, 2001, p. 30.

il s'agit de montrer que dans certains cas, c'est une peine strictement proportionnée »⁷⁸. La conclusion ne peut donc s'imposer qu'à l'issue d'une « balance des droits » (*a « balancing process »*), une pesée, c'est-à-dire un bilan des limitations possibles et de leurs buts dans une approche qui doit prendre en considération la nature du droit, son importance dans une société démocratique, sa compatibilité avec les exigences de la démocratie et le fait que les objectifs escomptés pourraient éventuellement être atteints par d'autres moyens moins dommageables pour le droit en question⁷⁹. En l'espèce, le poids de la dissuasion, de la protection des individus et du châtement doivent être appréciés par rapport, d'une part, à d'autres possibilités de sanctions pénales applicables dans un Etat ouvert et, d'autre part, aux facteurs qui, pris dans leur ensemble, rendent la peine capitale cruelle, inhumaine et dégradante (destruction de la vie, perte de la dignité, éléments d'arbitraire, d'inégalité et les possibilités d'erreurs dans la mise en application de la peine)⁸⁰. Au terme de ce bilan, le Président Chaskalson considère que la peine de mort est inconstitutionnelle car contraire à l'article 11(2) interdisant les peines cruelles, inhumaines ou dégradantes⁸¹ ; les conditions pour une limitation du droit à la vie ne sont pas remplies : la peine de mort n'est pas justifiable au regard de la section 33, elle n'est ni raisonnable ni nécessaire dans la nouvelle société démocratique sud-africaine.

Si une telle solution a pu s'imposer, c'est aussi parce que l'interprétation substantielle des droits de l'Homme s'est appuyée sur les exemples du droit étranger et international

B – L'interprétation éclairée par le droit international et comparé

La Constitution intérimaire, dans sa section 35(1)⁸², (et la Constitution définitive dans sa section 39(1)(a),(b),(c)), recommande aux juridictions d'interpréter les dispositions du *Bill of Rights* en s'inspirant, au besoin, des principes du droit international public et du droit jurisprudentiel comparé. En soi, cette disposition est un bel exemple d'importation des valeurs du constitutionnalisme occidental dans le texte fondamental sud-africain. Mais au-delà de la seule référence formelle, la section 35(1) est le canal principal par lequel les décisions des juridictions étrangères et les principes d'autres systèmes juridiques vont parvenir dans le droit sud-africain. Cet argument du droit comparé est très fréquemment invoqué dans la décision *Makwanyane*⁸³. La raison immédiate semble être la fonction légitimante de telles références ; légitimation du jugement mais aussi légitimation de la Cour elle-même. L'objectif recherché serait alors à la fois un souci d'amarrer le pays « au consensus de valeurs qui émerge dans la communauté internationale civilisée »⁸⁴ et une volonté d'intégrer la jurisprudence de la Cour

⁷⁸ E. SPITZ, La jurisprudence de la Cour constitutionnelle sud-africaine relative aux droits de l'Homme, *art. cit.*, p. 54.

⁷⁹ Chaskalson, §§ 104, 135-143 ; Mahomed, §§ 282-298 ; O'Regan, §§ 338-344.

⁸⁰ Chaskalson, § 135 ; dans le même sens “*In the balancing process, the rprincipal factors that have to be weighted are on the one hand the destruction of life and dignity that is a consequence of the implementation of the death sentence, the elements of arbitrariness and the possibility of error in the enforcement of capital punishment, and the existence of a severe alternative punishment (life imprisonment) and, on the other, the claim that the death sentenc is a greater deterrent to murder, and will more effectively prevents its commission, than would a sentence of life imprisonmentn and that there is a public demand for retributive justice to be imposed on murderers, which only the death sentence can meet*”, Chaskalson, § 145.

⁸¹ Chaskalson, § 146.

⁸² “*In interpreting the provisions of this Chapter a court of law (...) have regard to public international law applicable to the protection of the rights entrenched in this Chapter, and may have regard to comparable foreign case law*”.

⁸³ Et il le sera encore très largement dans la décision du 9 juin 1995, *S. v. Williams and others*, CCT 20/94 ; 1995(3), SA 632(CC) ; 1995(7), BCLR 861(CC), dans laquelle la Cour considère les châtements corporels contraires aux sections 10 (dignité humaine) et 11 (traitement inhumains et dégradants) de la Constitution.

⁸⁴ Décision *S. v. Williams and others*, précitée, § 22.

dans l'environnement de celles des autres Cours constitutionnelles. Un pays sortant d'un régime de privation de libertés ne possède pas de références en matière de droits de l'Homme. L'appel aux exemples jurisprudentiels étrangers et au droit international permet donc, non seulement à l'Afrique du Sud de donner à la communauté internationale un gage d'ouverture réelle, mais aussi d'inscrire la nouvelle société sud-africaine dans une logique de mise en conformité avec les exigences universelles en matière de suprématie constitutionnelle et de garantie des droits fondamentaux. En ce sens, le droit international et comparé constitue, au moins au début, une sorte de « balise constitutionnelle », une matrice de principes de références, auréolés de la crédibilité internationale et parés des habits du constitutionnalisme occidental, sur lesquels la Cour peut s'appuyer avant d'avoir une jurisprudence suffisamment riche et avancée pour disposer de ses propres repères. Le Président Chaskalson semble aller dans cette direction quand il affirme :

*« Comparative Bill of Rights jurisprudence will non doubt be of importance, particularly in the early stages of the transition when there is no developed indigenous jurisprudence in this of the law on which to draw »*⁸⁵.

Et d'insister sur l'intérêt d'importer la jurisprudence étrangère seulement en considération des objectifs assignés de reconstruction de l'Afrique du Sud et en tenant compte du contexte spécifique sud-africain :

*“In dealing with comparative law, we must bear in mind that we are required to construe the South african constitution, and not an international instrument or the constitution of some foreign country, and that this has yo be done with due regard to our legal system, our history and circumstances, and the structure and language of our constitution”*⁸⁶.

Autrement dit, même si au terme de la section 35(1), le constituant a explicitement voulu que la Cour se réfère, dans ses interprétations, aux jurisprudences étrangères et aux principes du droit international public, le juge constitutionnel sud-africain entend garder une marge d'appréciation pour adapter ses propres solutions à la situation sud-africaine. Au surplus, en ce qui concerne l'appel au droit étranger, la section 35(1) fixe moins une possibilité (« *may have regard* ») qu'une certaine impérativité, comme c'est le cas pour la référence au droit international public (« *a court have regard* »). Cette distinction préfigure bien celle, plus appuyée, de la section 39(1) de la Constitution définitive, au terme de laquelle le juge sud-africain interprétant la charte constitutionnelle des droits *devra* tenir compte (ou prendre en considération) du droit international et *pourra* tenir compte (prendre en considération) les droits étrangers jurisprudentiels et positifs. Pour cette raison et dès 1993, les jurisprudences étrangères notamment ne seront pas importées en bloc, quelles qu'en soient leur commodités/adéquation à la jurisprudence constitutionnelle locale⁸⁷.

Pour autant, les références comparées sont abondantes, confirmant une pratique assez ancienne en cours dans les Etats du *Commonwealth*⁸⁸. Ces jurisprudences ne sont bien sûr pas choisies par hasard. Elles proviennent principalement de pays de *common law* (Canada, Etats-Unis, Royaume-Uni...), soit d'Etats dont la Constitution a servi d'inspiration au constituant sud-africain (Allemagne, Inde...), soit, enfin, d'Etats géographiquement proches de l'Afrique

⁸⁵ Chaskalson, § 37.

⁸⁶ Chaskalson, § 39. Dans le même sens, « *Although we are told by section 35(1) that we « may » have regard to forign case law, it is important to appreciate that this will not necessarily offer a safe guide to the interpretation of chapter three of our constitution* », Chaskalson, § 37.

⁸⁷ T. VAN REENEN, Tendances actuelles dans l'interprétation de la Constitution de l'Afrique du Sud, *art. cit.*, p. 363.

⁸⁸ S.-J. PRISO-ESSAWE, La garantie du droit international des droits de l'Homme dans la Constitution, in L. SERMET (Sous la direction de), Droit et démocratie en Afrique du Sud, L'Harmattan, 2001, p. 169.

du Sud (Zimbabwe, Nigeria...)⁸⁹. Ainsi, dans l'affaire *Makwanyane*, le Président Chaskalson, tout comme les autres juges dans leurs opinions séparées, citent plusieurs décisions américaines (dont *Furman v. Georgia*⁹⁰, *Gregg v. Georgia*...⁹¹) qui, pour décider de la constitutionnalité de la peine de mort, ont dû définir l'étendue du droit à la vie, la portée du droit à la dignité...⁹². Seul le juge Sachs s'en abstient, préférant mettre en valeur la jurisprudence africaine tant locale que régionale sur la question⁹³. Concernant toujours la portée des droits impliqués dans l'affaire *Makwanyane*, bon nombre de références sont faites à l'affaire *Kindler v. Canada*⁹⁴, jugée par la Cour suprême canadienne⁹⁵ ; à la décision de la Cour suprême indienne *Bachan Singh v. State of Punjab*⁹⁶ ; à la décision de la Cour d'appel de Tanzanie *Mbushuu and another v. The Republic*⁹⁷ ; à l'arrêt de la Cour suprême du Zimbabwe *Catholic Commission for Justice and Peace in Zimbabwe v. Attorney general, Zimbabwe and others*⁹⁸ ; et, de manière plus inattendue, à la décision de la Cour constitutionnelle hongroise assimilant la peine capitale à un châtiment cruel et dégradant⁹⁹. Sur la question de la portée des clauses de limitation des droits constitutionnels, les juges se réfèrent à l'affaire *R. v. Oakes*¹⁰⁰, jugée par la Cour suprême canadienne¹⁰¹, à la doctrine allemande¹⁰², ainsi qu'à plusieurs décisions de la Cour constitutionnelle fédérale ou de la Cour administrative fédérale.

Concernant les dispositions de droit international public maintenant, l'arrêt *Makwanyane* distingue le droit international public général du droit international des droits de l'Homme. Le premier renvoie aux sources à considérer uniquement définies par l'article 38 du statut de la C.I.J.¹⁰³. En revanche, le second inclut non seulement les textes conventionnels mais aussi la jurisprudence des organes juridictionnels établis par ces conventions (Comité des Nations-Unies sur les droits de l'Homme, Cour européenne des droits de l'Homme...). Ce que rappelle le Président Chaskalson en expliquant :

⁸⁹ Cette dernière hypothèse pourrait laisser supposer la construction progressive d'un droit régional des droits de l'Homme en Afrique australe, voir T. MALUWA, *International human rights norms and the South african interim constitution, S.A.Y.I.L.*, 1993-1994, pp. 40-42. ; voire même « l'émergence d'un organe régional de contrôle des droits fondamentaux », X. PHILIPPE, L'émergence de la protection et du contrôle des droits fondamentaux en Afrique australe, in J.-Y. MORIN (Sous la direction de), *Les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 336.

⁹⁰ *Furman v. Georgia*, 408 US 238 (1972).

⁹¹ *Gregg v. Georgia*, 428 US 153, 173 (1976) (Stewart, Powel and Stevens, J.J.).

⁹² Chaskalson, §§ 40-42, 52, 55-56, 58, 86, 91-93 ; Ackermann, §§ 158-162 ; Didcott, §§ 178-179, 188 ; Kentridge, §§ 196, 198-200 ; Kriegler, § 212 ; Langa, § 232 ; Madala, § 236 ; Mahomed, §§ 271-272 ; Mogkoro, §§ 309-310 ; O'Regan, § 341.

⁹³ J. SARKIN, *Problems and challenges facing south africa's constitutional court : an evaluation of its decisions on capital and corporal punishments, art. cit.*, p. 77.

⁹⁴ (1992) 6 CRR (2nd) 193 SC. L'affaire sera d'ailleurs portée devant le Comité des Nations-Unies sur les Droits de l'Homme, Communication n° 470/1991, 30 juillet 1993.

⁹⁵ Chaskalson, §§ 60-62, 65, 82 ; O'Regan, § 330, 335.

⁹⁶ (1980) 2 SCC 684, Chaskalson, §§ 70-77 ; Kriegler, § 212.

⁹⁷ *Criminal appeal* n° 142, 1994 ; 30 juin 1995 ; Chaskalson, §§ 114-115.

⁹⁸ 1993 (4) SA 239 (ZSC) ; Didcott, § 177 ; Kentridge, § 197 ; Madala, § 246. ; Mogkoro, § 304 ; O'Regan, §§ 331, 336.

⁹⁹ Décision 23/1990 (X31) AB ; Chaskalson, §§ 83-84 ; Mahomed, § 280.

¹⁰⁰ (1986) 19 CRR 308.

¹⁰¹ Chaskalson, §§ 105-107, 134.

¹⁰² Chaskalson, § 108 ; Ackermann, § 167.

¹⁰³ J. DUGARDS, *Rights and constitutionalism: the new South african legal order*, Dawid van Wyk *et al.* (Edité par), Juta and Co, Ltd., 1994, pp. 193-194. Pour l'auteur, l'application de la section 35 exige de prendre en considération toutes les sources du droit international reconnues par l'article 38(1) du statut de la Cour internationale de justice.

“In the context of section 35(1), public international law would include non-binding as well as binding law. They may both be used under the section as tools of interpretation. International agreements and customary international law accordingly provide a framework within which chapter three can be evaluated and understood, and for that purpose, decisions of tribunals dealing with comparable instruments, such as the United Nation Committee on Human Rights, the inter-american Commission of Human Rights, the European Commission on Human Rights, and the European Courts of Human Rights, and in appropriate cases, reports of specialised agencies such as the International Labour Organisation may provide guidance as to the correct interpretation of particular provisions of chapter three”¹⁰⁴.

Fort d’avoir explicité les conditions du recours au droit international, le Président Chaskalson va alors se référer à la Convention internationale sur les droits civils et politiques ainsi qu’aux décisions du Comité des Nations-Unies sur les droits de l’Homme pour connaître le point de vue onusien sur la peine de mort¹⁰⁵. Puis il va citer l’arrêt de la C.E.D.H., *Soering v. United Kingdom*¹⁰⁶, dans lequel le juge européen a dû préciser la portée des articles 2 et 3 garantissant respectivement le droit à la vie et interdisant les traitements inhumains et dégradants, à l’occasion de la demande d’extradition d’un meurtrier vers les Etats-Unis où il était passible de la peine capitale pour les faits commis¹⁰⁷. La C.E.D.H. est enfin plus largement évoquée pour son test de proportionnalité, c’est-à-dire sa pratique de limitation de certains droits selon des critères spécifiques, en dépit de l’absence de toute clause générale de limitation dans la Convention européenne des droits de l’Homme¹⁰⁸.

En toute hypothèse, ces références abondantes au droit étranger ou international mettent en relief l’image de ce qu’est une société fondée sur les droits de l’Homme. Et, par effet de ricochet, elles mettent en exergue la noblesse du rôle du juge qui se doit de les protéger et le prestige de ses décisions qui contribuent à étendre la sphère de liberté individuelle de tout citoyen sud-africain.

III – Le prestige de la Cour constitutionnelle de Johannesburg

Bénéficiant, *ab initio*, de la légitimité d’institution « clef de voûte » du processus de transition démocratique, la Cour constitutionnelle a su ensuite développer une jurisprudence audacieuse et équilibrée, dont la décision *Makwanyane* fut la première pierre, qui a contribué à lui conférer la stature d’une véritable Cour constitutionnelle indépendante des pouvoirs en place, permettant ainsi de renforcer son autorité au plan national (**A**) et de rayonner sur le plan international (**B**).

A – L’autorité au regard des autres acteurs en Afrique du Sud

C’est un lieu commun que de constater que le fonctionnement de la justice est parfois sous l’emprise des pouvoirs constitutionnels et du gouvernement d’opinion. L’émergence de la démocratie d’opinion contre la logique représentative-traditionnelle, préfigurerait l’entrée dans une démocratie plus vertueuse. C’est ainsi qu’au nom de l’exigence de proximité, le juge peut être tenté de se rapprocher de la « base », le souverain, pour mieux s’émanciper du « sommet », les gouvernants. Jusque là, rien de bien alarmant ; au contraire, plutôt un

¹⁰⁴ Chaskalson, § 35.

¹⁰⁵ Chaskalson, §§ 63-67. Mais aussi Mahomed, § 280 ; Mogkoro, § 309.

¹⁰⁶ (1989) 11 EHRR 439, req. n° 14038/88, publié in A161.

¹⁰⁷ Chaskalson, §§ 68-69, 81, 86. Mais aussi Madala, § 249.

¹⁰⁸ Chaskalson, § 109.

phénomène classique de la modernité démocratique. Là où la question devient problématique, c'est quand le souverain est assimilé à l'opinion publique et que la source légitimante incarnée par le peuple devient l'égal d'une légitimation par l'opinion publique. L'affaire *Makwanyane* est donc l'occasion pour le Président Chaskalson de considérer la relation entre la Cour et l'opinion publique¹⁰⁹. La clarification était indispensable dans la mesure où, bénéficiant d'une habilitation implicite du constituant pour se prononcer sur la constitutionnalité de la peine de mort, la Cour était livrée à elle-même, et donc potentiellement influençable tant par l'opinion publique que par les gouvernants d'ailleurs. La Cour pressentait bien qu'elle s'engageait dans une voie d'autant plus difficile que la solution risquait d'être rendue contre l'opinion majoritaire du moment favorable à la peine capitale. Ce que souligne Arthur Chaskalson :

*« I am prepared to assume that (...) the majority of South africans agree that the death sentence should be imposed in extreme cases of murder »*¹¹⁰.

Le Président adopte alors une attitude claire à l'égard de l'opinion en estimant que, certes, l'opinion publique peut manifester son intérêt pour la question examinée, mais que, pour autant, elle n'a pas à se substituer à la Cour dont le devoir est d'interpréter la Constitution sans crainte ou parti pris particulier. La Cour ne peut donc pas s'écarter de son devoir d'arbitre indépendant de la Constitution en faisant des choix uniquement fondés sur le simple fait qu'ils ont l'assentiment du public¹¹¹. Car si la volonté de l'opinion publique devait être décisive, il n'y aurait pas besoin de décision constitutionnelle.

Mais si la suite de l'argumentation confirme cette fermeté, elle semble aussi entretenir une certaine confusion entre les notions de peuple (« *people* ») et d'opinion publique (« *public opinion* »). En effet, le Président Chaskalson estime que la protection des droits aurait tout aussi bien pu être laissée au Parlement, qui détient un mandat du « public »¹¹² et qui est responsable devant celui-ci de la manière dont il l'exerce¹¹³. Mais une telle situation eut été un retour à la souveraineté parlementaire et un retrait par rapport au nouvel ordre légal établi par la Constitution de 1993. Sur le fond, ce flou conceptuel ne change pas la position de principe. Pour autant, il importe de bien distinguer le peuple souverain et, en l'espèce, sa représentation, de l'opinion. La souveraineté s'exprime par l'élection seule ; l'opinion se révèle par les sondages notamment. La souveraineté du peuple implique le pluralisme des idées et le débat politique ; l'opinion publique postule le monisme et produit un discours manichéen. Ce dernier point mérite d'ailleurs d'être approfondi, puisqu'il est implicitement évoqué par le Président Chaskalson quand il explique que la détermination de la constitutionnalité de la peine capitale aurait pu être soumise à un référendum, à l'issue duquel une majorité de points de vue aurait prévalu sur la minorité. Auquel cas, il estime que, contrairement aux raisons qui ont conduit à l'instauration du nouvel ordre juridique, les droits de la minorité n'auraient pas été correctement protégés¹¹⁴. Cet argument ne peut que susciter l'interrogation. D'un côté, le Président Chaskalson semble adhérer au fait que l'opinion publique fonctionne de manière globale : une fois la majorité obtenue (à un sondage), on

¹⁰⁹ Chaskalson, §§ 87-89.

¹¹⁰ Chaskalson, § 87.

¹¹¹ *“This Court cannot allow itself to be diverted from its duty to act as an independent arbiter of the Constitution by making choices on the basis that they will find favour with the public”*, Chaskalson, § 89.

¹¹² « (...) which has a mandate from the public (...) », Chaskalson, § 88.

¹¹³ « (...) an is answerable to the public (...) », Chaskalson, § 88. Dans le même sens, Didcott, § 188 : *« We cannot delegate to Parliament that duty that we bear to determine it, or evade that duty otherwise, but must perform it ourselves »*.

¹¹⁴ *« The very reason for establishing the new legal order, and for vesting the power of judicial review of all legislation in the courts, was to protect the rights of minorities and other who cannot protect their rights adequately through the democratic process »*, Chaskalson, § 88.

conclut à la globalité et les opinions contraires sont oubliées rapidement. L'opposition ou l'argument contradictoire n'ont aucun statut légitime ; et la minorité, de ce fait, cherche souvent à se faire oublier, la tendance étant de la considérer comme « contestatrice » ou « dissidente » puisqu'elle pense différemment de la majorité¹¹⁵. Mais d'un autre côté, ce mode de fonctionnement ne peut pas caractériser le référendum, instrument de démocratie directe par excellence et non de démocratie d'opinion. Le Président Chaskalson applique pourtant cette grille d'analyse à l'institution référendaire et aboutit donc à la conclusion que le référendum ne respecte pas le choix de la minorité ! Or, la grande différence est que le référendum est une procédure aménagée par le texte constitutionnel, lequel est lui-même validé par le vote du peuple ; sa procédure et ses implications sont donc acceptées comme telles. Au contraire les canaux d'expression de l'opinion publique ne sont absolument pas prévus par la Constitution ; et l'opinion publique elle-même échappe d'ailleurs largement au droit¹¹⁶. Ce flottement sémantique est alors confirmé par l'adhésion du Président Chaskalson et du juge Didcott aux propos tenus par le juge Powell, dans son opinion séparée dans l'affaire *Furman v. Georgia*¹¹⁷. Ce dernier estime que la prise en considération de « l'opinion populaire »¹¹⁸ relève davantage de la fonction législative que de la fonction judiciaire¹¹⁹. Cette affirmation ne fait qu'entretenir un peu plus la confusion entre débat démocratique et débat d'opinion, c'est-à-dire idéologique. Face à un débat politique qui met les idées et valeurs en concurrence pour aboutir au compromis systémique caractérisant la démocratie, le débat d'opinion se cristallise sur « le thème du jour » et, au fil d'une logique de surenchère, aboutit à un certain consensualisme qui gomme toutes les aspérités des contre-arguments. En résumé, si le Président Chaskalson n'hésite pas à ériger l'idée de distance optimale entre la Cour et l'opinion publique en principe fondamental d'une « bonne justice constitutionnelle », il semble plus gêné pour déterminer la place que doit occuper l'opinion dans un Etat de droit démocratique. Peut-être parce qu'il n'a pas encore résolu l'ambiguïté originelle qui consiste à dire que l'opinion n'est pas l'autre profil du peuple souverain et que la démocratie d'opinion n'est pas la forme la plus achevée de la démocratie politique-pluraliste....

Nonobstant ce flou conceptuel, la Cour sud-africaine ne rentre pas dans une logique d'interdépendance avec l'opinion et, partant, ne s'appuie pas sur cette dernière pour fonder un système de légitimation. Ce qui signifie qu'en Afrique du Sud, l'opinion publique n'est pas juge en dernière instance. Ce choix est d'autant plus courageux que certaines Cours de pays de *common law* développent une « stratégie de légitimation sociale »¹²⁰ qui repose en grande partie sur l'adhésion de l'opinion publique aux jugements de la Cour. Ainsi, la Cour suprême des Etats-Unis ne fait pas que porter un simple intérêt à l'opinion. Au contraire elle prend en compte l'opinion publique en tant que paramètre essentiel de son système de légitimation ;

¹¹⁵ S. MILACIC, Faut-il réinventer la démocratie ? Du « néodémocratie » pour rééquilibrer le « néolibéralisme », *Discours prononcé à l'Université d'Athènes, mars 2005, à l'occasion de la remise des insignes de Docteur Honoris Causae*.

¹¹⁶ « Le droit constitutionnel ignore l'opinion publique. [En France], le terme ne figure jamais dans le texte constitutionnel ; ni dans les travaux préparatoires en amont ; pas plus que dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, en aval », in S. MILACIC, La souveraineté du peuple électoral ou de l'opinion sondagière ? La démocratie représentative menacée par la démagogie d'opinion ?, in R. BEN ACHOUR et J. GICQUEL (Sous la direction de), *Regards croisés sur les Constitutions tunisienne et française à l'occasion de leur quarantenaire*, Publications de la Sorbonne, 2003, pp. 53-77.

¹¹⁷ Précitée.

¹¹⁸ Ambiguïté encore dans le vocable utilisé et compromis entre l'opinion publique et la souveraineté populaire.

¹¹⁹ « *The assessment of popular opinion is essentially a legislative and not a judicial function* », Chaskalson, § 89 ; Didcott, § 188.

¹²⁰ G. SCOFFONI, La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine, *R.I.D.C.*, n° 2, 1999, p. 269.

elle tente même d'anticiper les réactions du public à ses décisions¹²¹. Selon la doctrine américaine, il ne s'agit pas là, pour le juge, de « prétendre exprimer une vérité absolue, mais de participer à un processus nécessairement collectif d'interprétation de la Constitution »¹²². C'est pour cette raison que le juge considère l'opinion comme un groupe social susceptible d'apporter un éclairage déterminant sur telle ou telle question juridique¹²³. Mais quand on sait que l'opinion revendique le plus souvent le consensus spontané, voire évident, on peut légitimement penser que le confort de l'harmonie consensuelle, en amont, se paye souvent par les difficultés issues des tensions et contradictions dans l'application de la décision, en aval. D'où la sentence sage du Président Chaskalson :

*“The question before us is not what the majority of South africans believe a proper sentence for murder should be. It is wheter the constitution allows the sentence”*¹²⁴.

Positionnée à une distance suffisante de l'opinion pour éviter toute interférence dans le processus juridictionnel, la Cour entend aussi ne pas empiéter sur les compétences du Parlement et sur le processus législatif. En effet, en l'absence de mécanismes constitutionnels adéquats pour empêcher l'usurpation du rôle du Parlement par le pouvoir judiciaire, la Cour se trouve d'emblée confrontée à « la difficulté contre-majoritaire ». Et dans l'affaire *Makwanyane*, le fait que le constituant intérimaire se soit abstenu de se prononcer sur la constitutionnalité de la peine capitale, renvoyant cette mission à la Cour, ne fait qu'accroître le risque d'accusation de « gouvernement des juges ». Qui plus est, les justifications à l'exercice d'un pouvoir juridictionnel, que d'aucuns qualifieraient d'activiste, sont d'autant plus délicates que la Cour adopte une technique d'interprétation constitutionnelle généreuse et téléologique. Arthur Chaskalson résume alors bien le dilemme, somme toute classique en démocratie :

*« Can, and should, an unelected court substitute its own opinion of what is reasonable or necessary for that of an elected legislature ? »*¹²⁵.

Le débat est certes un peu convenu en Occident, quoique plutôt saillant dans les pays de *civil law*¹²⁶, mais entièrement nouveau en Afrique du Sud. Car dans le passé, sous le système de la suprématie parlementaire, les juges n'avaient pas d'autre pouvoir que celui d'appliquer strictement le droit et non de participer à sa formation¹²⁷. Aujourd'hui que l'Afrique du Sud est devenue un Etat constitutionnel, le rôle des juges, et spécialement ceux qui sont chargés du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité, est immense¹²⁸ ; le contrôle de constitutionnalité a en effet une portée plus large que le contrôle judiciaire de droit

¹²¹ Les affaires relatives au traitement médical maintenant en vie (*Cruzan*, 497 U.S. 261 (1990)), à l'avortement (*Planned Parenthood v. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992)) ou au suicide médicalement assisté (*Washington v. Glucksberg*, 117 S.Ct. 2258 (1997)) illustrent parfaitement la manière dont « l'anticipation des réactions de l'opinion publique peut s'avérer déterminante dans les choix [de la Cour] », in G. SCOFFONI, La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine, *art. cit.*, pp. 274-277.

¹²² R.-H. FALLON Jr., *Implementing the Constitution*, *Harvard Law Review*, vol. 11, n° 1, nov. 1997, p. 148.

¹²³ Dans ce sens, Mahomed, § 266, pour qui l'opinion publique peut légitimement jouer un rôle significatif, parfois même décisif dans la résolution d'un débat public comme celui de la peine de mort. Mais le processus judiciaire est entièrement différent ; *“Public opinion therefore legitimately plays a signifiant, sometimes even decisive, role in the resolution of a public issue such as the death penalty. The judicial process is entirely different”*.

¹²⁴ Chaskalson, § 87.

¹²⁵ Chaskalson, § 107.

¹²⁶ Sur toute cette question voir F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la 7^{ème} République*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

¹²⁷ D.-M. DAVIS, *Positivism and the judicial function*, (1985) 102 *S.A.L.J.*, pp. 103-118.

¹²⁸ J. SARKIN, *Problems and challenges facing south africa's constitutional court : an evaluation of its decisions on capital and corporal punishment*, *art. cit.*, p. 78.

commun. Du coup, en protégeant les droits fondamentaux des individus et des minorités, la Cour constitutionnelle, mais aussi les juges ordinaires, ont un rôle qui s'étend bien au-delà de la simple interprétation et application de la volonté majoritaire. En déclarant non constitutionnels les actes du Gouvernement représentatif (élu, majoritaire et responsable devant les électeurs), le judiciaire (non élu et non responsable) agit donc comme une institution contre-majoritaire¹²⁹. Car il est bien clair que le pouvoir d'invalider une loi ou acte administratif confère au juge, au final, un pouvoir quasi politique¹³⁰. Le juge constitutionnel s'insère de ce fait dans un *law making process* dont l'un des autres acteurs essentiels est le législateur¹³¹. Aussi, précise le Président Chaskalson, chaque fois qu'un choix raisonnable est possible, le juge sud-africain doit privilégier l'interprétation la plus respectueuse du législateur¹³². Mais cette interprétation n'équivaut bien sûr pas à donner un blanc-seing au Parlement ou au Gouvernement pour méconnaître les droits fondamentaux de la Charte. Elle contribue seulement à ne pas créer de conflits inutiles entre les logiques majoritaire et constitutionnelle, la démocratie constitutionnelle contenant intrinsèquement cette tension entre majoritarisme et contrôle judiciaire¹³³.

Mais à toute difficulté, sa contrepartie. Et c'est précisément la justesse des vues adoptées sur les questions de droits fondamentaux, d'interprétation, d'opinion publique et de dérive contre-majoritaire qui font de la décision *Makwanyane* une décision de référence et, à ce titre, un bel exemple d'exportation jurisprudentielle à l'étranger.

B – Le rayonnement à l'étranger

Du point de vue sud-africain, la Cour de Johannesburg fait désormais partie du club fermé des Cours constitutionnelles. Son rôle est d'autant plus enclin à se développer sur le terrain international qu'elle pourrait être le pivot d'un système de coopération entre les Cours constitutionnelles ou suprêmes de cette région. Preuve de ce dynamisme, la bibliothèque de la Cour a entamé une politique sans précédent d'acquisition d'ouvrages juridiques¹³⁴ en droit constitutionnel et science politique bien sûr, mais aussi en droit administratif, droit civil, droit du travail, droit commercial ou droit pénal. Pour faciliter le travail des juges dans l'application de la section 35(1), aujourd'hui 39(1), qui commande de tenir compte du droit étranger et international dans l'interprétation de la Constitution, la Cour a émis le souhait de se doter des ressources de référence en droit français et francophone (Afrique du Nord, Belgique, Québec notamment), en droit anglo-saxon (Canada, Etats-Unis, Royaume-Uni), mais aussi en droit allemand, indien, namibien ainsi qu'en droit islamique et ce, dans l'essentiel des disciplines. L'objectif, à terme, est de constituer le plus gros centre de ressources juridiques d'Afrique australe, susceptible d'être utilisé tant par les juges de la Cour et les juristes nationaux que par les experts internationaux.

¹²⁹ T. VAN REENEN, Tendances actuelles dans l'interprétation de la Constitution de l'Afrique du Sud, *art. cit.*, pp. 356-357.

¹³⁰ M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Economica, 1990, pp. 97-110, 179-256.

¹³¹ Sur ce point, voir A. STONE-SWEET, La politique constitutionnelle, in G. DRAGO, B. FRANCOIS et N. MOLFESSIS (Sous la direction de), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, pp. 117-140.

¹³² "Where choices have to be made between differing reasonable policy options, the courts will allow the government the deference due to legislators", Chaskalson, § 107.

¹³³ D. DAVIS, M. CHASKALSON et J. DE WAAL, *Democracy and constitutionalism: the role of constitutional interpretation*, in D. VAN WYK, J. DUGARD, B. DE VILLIERS et D. DAVIS (édité par), *Rights and constitutionalism*, Le Cap, Juta, 1994, p. 62.

¹³⁴ Sous la houlette d'un organisme allemand de coopération intergouvernementale.

Du point de vue « occidental » maintenant, c'est la Commission de Venise particulièrement qui a suivi avec beaucoup d'intérêt les récents développements constitutionnels en Afrique du Sud. La Commission a entamé une coopération avec le pays au moment de la chute du régime d'*apartheid*. Après avoir dépêché sur place des experts européens afin de donner un avis sur les règles constitutionnelles de la transition, c'est désormais la Commission de Venise qui s'inspire du travail jurisprudentiel de la Cour. En effet, elle a pu s'inspirer de la jurisprudence sud-africaine, et notamment de la décision *Makwanyane*, dans la recherche de solutions aux problèmes constitutionnels de l'Europe. Ainsi, le raisonnement de la Cour dans cet arrêt a été cité à plusieurs reprises par la Commission dans des avis sur des dispositions similaires contenues dans des Constitutions européennes. Il faut ici mentionner le projet d'avis de 1997¹³⁵ ainsi que l'avis de 1998¹³⁶ de la Commission de Venise sur la constitutionnalité de la peine de mort en Ukraine, de même que le projet d'avis¹³⁷ et l'avis¹³⁸ de 1999 sur la compatibilité de la peine capitale avec la Constitution albanaise. Dans le projet d'avis tout comme dans l'avis concernant l'Ukraine, la Commission souligne que « si la peine de mort, en tant que telle, a pu être considérée comme une peine qui n'est pas inhumaine ou dégradante, sa réalité, ses conditions et les effets qui lui sont même inhérents et inévitables (procédures, prolongations, attentes, incertitudes, angoisses, souffrances et extinction de l'être humain) ont parfois été considérés comme des traitements prohibés. L'opinion du Président Chaskalson de la Cour constitutionnelle sud-africaine [est un exemple bien connu de cette approche] ». Et de citer le cœur du vingt-sixième paragraphe de la décision :

“Death is a cruel penalty and the legal processes which necessarily involve waiting in uncertainty for the sentence to be set aside or carried out, add to the cruelty. It is also an inhuman punishment for it involves, by its very nature, a denial of the executed person's humanity, and it is degrading because it strips the convicted person of all dignity and treats him or her as an object to be eliminated by the state”¹³⁹.

La citation est exactement et intégralement reprise dans le projet d'avis et l'avis relatifs à la constitutionnalité de la peine de mort en Albanie. En outre, ce dernier précise que les arguments du Président Chaskalson ont été retranscrits dans le rapport Franck, du 15 septembre 1994, sur l'abolition de la peine capitale¹⁴⁰, soumis à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

¹³⁵ Projet d'avis de la Commission de Venise sur la constitutionnalité de la peine de mort en Ukraine (CDL (1997) 051)) ; voir [http :www.venice.coe.int/docs/1997/CDL\(1997\)051-f.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1997/CDL(1997)051-f.asp).

¹³⁶ Avis de la Commission de Venise sur la constitutionnalité de la peine de mort en Ukraine (CDL-INF (1998) 001rev.) ; voir [http :www.venice.coe.int/docs/1998/CDL-INF\(1998\)001rev-f.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1998/CDL-INF(1998)001rev-f.asp).

¹³⁷ Projet d'avis (CDL(1999)001) du 11 février 1999.

¹³⁸ Avis de la Commission de Venise sur la compatibilité de la peine capitale avec la Constitution albanaise (CDL-INF(1999)004), 24 septembre 1999 ; voir [http :www.venice.coe.int/docs/1999/CDL-INF\(1999\)004-f.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1999/CDL-INF(1999)004-f.asp).

¹³⁹ Chaskalson, § 26.

¹⁴⁰ Document n° 7154.

Les organisateurs de cet atelier nous invitaient à s'interroger sur le scepticisme et la « normalisation constitutionnelle » engendrés par l'expansion du constitutionnalisme occidental dans les pays en voie de développement. Il me semble que l'exemple sud-africain ne laisse pas de place au doute. L'Afrique du Sud est le bon élève de la classe ; et la décision *Makwanyane* en est la meilleure preuve. Car dans cette affaire, le juge a œuvré avec intelligence dans trois directions : il a transposé/adapté les exigences du constitutionnalisme occidental au contexte sud-africain ; il a soigneusement sélectionné les *case law* occidentaux pour, au besoin, fonder son raisonnement sur ceux-ci ; et, *in fine*, il a construit une décision courageuse et équilibrée considérée aujourd'hui comme une référence par nombre de pays occidentaux. Le marché de l'import-export constitutionnel a donc bien fonctionné : sous la houlette de sa Cour constitutionnelle, l'Afrique du Sud a importé les principes fondateurs de la démocratie politique ; en retour, elle livre une décision qui correspond parfaitement aux standards constitutionnels universels. Alors aux deux questions suivantes, posées par les organisateurs, « Les juridictions constitutionnelles sont-elle devenues des acteurs majeurs de la vie publique capables de faire respecter les exigences d'un Etat de droit démocratique », et « Les gouvernés sont-ils effectivement protégés dans leurs droits constitutionnels ? », je répondrai assurément « oui » en Afrique du Sud. Et je rappellerai à cet égard les propos du juge Sachs :

*“In a democratic society such as we are trying to establish (...) our function as members of this court is, when interpreting the constitution, to pay due regard to the values of all sections of society, and not to confine ourselves to the values of one portion only, however, exalted or subordinate it might have been in the past”*¹⁴¹.

Fabrice Hourquebie

Docteur en droit,
Collaborateur auprès de la Cour constitutionnelle
d'Afrique du Sud,
Membre du centre d'Etudes et de Recherches sur
les Balkans, Université Montesquieu-Bordeaux IV.

¹⁴¹ Sachs, § 370.