

La légitimité de la justice constitutionnelle en Afrique du sud

Xavier PHILIPPE¹

(Introduction) - Analyser la légitimité de la justice constitutionnelle dans une perspective nationale et comparative relève d'un pari quasiment impossible dès lors que le terme même de « légitimité » apparaît tellement polysémique et source de controverses qu'il est bien difficile de savoir si l'on débat du même sujet² ! Il faut pourtant s'y risquer en sachant que les désaccords ne manqueront pas de se manifester.

(Un problème de définition et de composantes ?) - La légitimité dans sa définition littéraire est à la fois complexe et contradictoire dans la mesure où elle se réfère à des idées différentes, contestables dans leur généralité et assez peu précises³. Si chaque acteur ou auteur tente de la cerner, il est plus facile de l'identifier par ce qu'elle n'est pas que par ce qu'elle est ! Pour se lancer dans cet exercice perdu d'avance, il est tout d'abord possible de constater que la légitimité repose sur un ensemble d'éléments objectifs et subjectifs concourant à reconnaître un objet, un fait, une situation, un principe, une règle... comme fondés et acceptés par un groupe social. Cela signifie que la légitimité repose à la fois sur un élément fondateur qui l'inscrit dans un cadre reconnu mais que, de surcroît, une adhésion à la valeur de cet élément fondateur doit s'instaurer au sein du groupe social qui y adhère. Il ressort de ce constat que ce qui peut être considéré comme légitime ne peut être déconnecté du contexte dans lequel cette qualité est analysée. Pour illustrer cette idée dans le cadre constitutionnel, il est possible de considérer qu'une institution prévue par la Constitution est légitime parce qu'elle fait partie intégrante de l'architecture constitutionnelle et que son existence ainsi que sa fonction sont définies par ce texte fondateur. Toutefois, parallèlement et paradoxalement, sa légitimité dépendra également subjectivement de la nature du processus constituant qui l'aura vu naître - démocratique ou autoritaire, issue d'un travail exclusif d'experts ou d'une démarche participative - qui conditionnera le regard et la confiance que le citoyen pourra avoir en cette institution. Ce double élément d'objectivité et de subjectivité est incontournable et ne considérer que l'un ou l'autre ne pourrait déboucher que sur une analyse biaisée. Ici réside l'un des premiers points de désaccord potentiel sur la compréhension de la légitimité.

(L'appréhension distincte du sens de la légitimité dans les différentes sciences sociales) - Un autre enjeu fondamental de l'appréhension de la légitimité repose sur le domaine dans lequel on l'analyse. La notion de légitimité n'est pas l'apanage des juristes et si ces derniers peuvent en avoir une certaine conception, les autres sciences peuvent en avoir une approche différente. La légitimité juridique n'est pas la légitimité politique pas plus qu'elle n'est la même que la légitimité sociologique⁴. Il en résulte un questionnement fondamental pour le traitement d'un sujet comme

¹ Xavier PHILIPPE, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, École de droit de la Sorbonne, Directeur de l'ISJPS (Institut des Sciences Juridique et Philosophique de la Sorbonne) CNRS UMR 8103 ISJPS & Professeur extraordinaire à l'Université du Western Cape (Le Cap - Afrique du sud) *Dullah Omar Institute for Constitutional Law, Governance and Human Rights* - Xavier.Philippe@univ-paris1.fr

² V. M. Verdussen *Justice Constitutionnelle*, précis de la faculté de droit de l'UCL, pp.26-39, 2^{ème} éd. Larcier, Intersentia, Bruxelles, 2024.

³ Pour prendre l'exemple du dictionnaire *Le Larousse*, celui-ci fait références à quatre significations différentes de la légitimité : 1. *Caractère de ce qui est fondé en droit* ; 2. *Qualité de ce qui est équitable, fondé en justice* ; 3. *Qualité d'un enfant (légitime)* ; 4. *Qualité d'un pouvoir d'être conforme aux croyances des gouvernés quant à ses origines et à ses formes*. Non seulement ces quatre significations ne présentent guère de points communs mais elles sont de surcroît assez différentes les unes des autres.

⁴ Dans un article fondateur, le Professeur Theunis Roux (« *Principle and pragmatism on the Constitutional Court of South Africa* » Revue I•CON, Volume 7, Number 1, 2009, pp. 106-138, doi :10.1093/icon/mon029) considère que la légitimité du contrôle de constitutionnalité repose sur la capacité de la juridiction constitutionnelle à rendre

celui de la légitimité du juge constitutionnel consistant à s'interroger sur le possible cloisonnement d'une telle étude : peut-on sérieusement ne s'intéresser qu'à la légitimité juridique dès lors que les autres formes d'appréhension de la légitimité influent inévitablement sur la conception même de la première ? Certains l'affirment, d'autres le réfutent ! Quelle conception retenir et surtout quel dialogue peut-on engager en droit et entre les différentes sciences si l'on ne retient pas les mêmes éléments du débat ?

(Légitimité et notions connexes) – La polysémie du terme « légitimité » l'entoure inévitablement d'un certain flou que l'ensemble des auteurs l'ayant analysé ont relevé comme par exemple la conformité à la règle de droit (la juridicité ou dans un sens plus courant la légalité), le soutien ou la croyance des citoyens en l'institution et son action, la protection de valeurs non nécessairement transcrites en règles juridiques expresses impliquent une réflexion impliquant la légitimité mais ne se confondant pas avec cette dernière. La difficulté majeure d'une telle réflexion repose donc d'abord sur la nécessité de ne pas amalgamer l'ensemble des notions impliquant le recours à la notion de légitimité mais qui s'en distinguent tout en y faisant référence.

La légitimité juridique dans son sens premier reposerait sur la capacité d'une institution ou d'une règle à remplir pleinement la mission que l'ordre juridique lui a affecté et qu'elle est supposée remplir. Il ne s'agit pas ici simplement d'efficacité mais de cohérence avec le système qui les a institués et que les commanditaires ou les destinataires acceptent comme le résultat logique de ce qui a été institué. Cette première approche de la légitimité peut apparaître quelque peu simpliste mais elle repose sur cette idée logique : un enfant est légitime parce qu'il naît d'un couple marié qui le reconnaît comme tel ; un juge rend une décision en appliquant et en interprétant une règle de droit parce que telle est la mission qui lui a été confiée. Si la question de la légitimité se limitait à celle de la logique de mise en œuvre d'un système de valeurs et de règles instituées pour reconnaître cette valeur, la situation serait largement simplifiée. Cependant, tel n'est (souvent) pas le cas en raison de la subjectivité entourant la réception et l'acceptation des conséquences engendrées par l'ordre juridique.

(Une légitimité évolutive) – Au-delà même de l'acceptation des valeurs conditionnant la légitimité d'une institution, d'une règle ou d'une décision, l'idée de permanence de la légitimité se pose. Ce qui est considéré comme légitime à un moment donné peut ne plus l'être ou ne plus le devenir quelque temps après, voire parfois longtemps après. L'évolution de l'environnement et des facteurs ayant présidé à asseoir cette légitimité peuvent évoluer et remettre en cause voire faire disparaître cette légitimité. Il suffit qu'une institution ou une règle se transforme pour que sa légitimité originaire et incontestable soit remise en cause. La difficulté de l'évaluation de la légitimité repose alors sur de multiples facteurs contextuels qu'il est nécessaire d'appréhender et de renouveler pour en mesurer l'impact sur sa perception mais également son existence objective : si la raison d'être d'une institution ou d'un texte disparaît ou encore si celle-ci est altérée à tel point qu'elle ne correspond plus à sa justification initiale, sa légitimité risque de s'en trouver affectée. Ceci peut d'ailleurs être graduel et varier du « complètement légitime » au moins légitime pour parfois atteindre l'illégitimité. Cet aspect est important pour comprendre pourquoi l'étude de la légitimité de la justice constitutionnelle ne peut se limiter à l'observation à un moment précis d'une institution ou d'une règle.

Les réflexions qui précèdent sont absolument indispensables à prendre en considération dès lors que l'on évoque la légitimité de la justice constitutionnelle dans un État donné. L'analyse de la

des jugements fondés sur des raisonnements apparaissant acceptable à la communauté juridique dont elle fait partie. Il ajoute qu'elle ne doit pas être confondue avec le soutien de l'opinion à la Cour d'une part et à la sécurité institutionnelle dont bénéficie la Cour d'autre part. Il considère quant à lui que la légitimité de la Cour constitutionnelle ne peut pas être perçue du seul point de vue juridique et préfère l'analyser du point de vue sociologique.

légitimité de la justice constitutionnelle en Afrique du sud les intégrera donc avec toute la circonspection qu'implique tout jugement de valeur sur un tel sujet.

(Une brève histoire de la justice constitutionnelle en Afrique du sud) - L'Afrique du sud n'est pas un État dans lequel la justice constitutionnelle possède une longue histoire. Celle-ci n'est formellement apparue qu'avec la Constitution intérimaire de 1993 qui a, pour la première fois, institué, une juridiction spécialement chargée de contrôler les questions de constitutionnalité. Cette situation s'expliquait par deux facteurs : le premier - politique - reposant sur la défiance du régime d'apartheid envers toute forme de contrôle juridictionnel des décisions prises par le pouvoir exécutif ; le second - plus juridique - découlant du caractère parlementaire du régime qui imposait aux juridictions de ne pas remettre en cause un acte législatif adopté par le Parlement (souveraineté parlementaire). En réalité, derrière ces arguments figurait une volonté farouche du pouvoir politique de tenir les juges à l'écart de toute forme d'immixtion dans le contrôle des autorités élues par la minorité blanche. L'argument avancé de l'impossible remise en cause de la volonté parlementaire par une décision juridictionnelle était lui-même un subterfuge puisque toutes les décisions étaient prises par le pouvoir exécutif et avalisées par le Parlement qui jouait surtout le rôle d'une institution d'enregistrement de la volonté du pouvoir exécutif.

Il y eut cependant quelques tentatives isolées de contrôle de la constitutionnalité de certaines décisions portant atteinte aux droits fondamentaux. L'une des plus connues est la décision *Harris v. Minister of Interior* de 1952⁵ connue sous le nom *d'affaire du droit de vote des personnes métis du Cap*, qui remettait en cause ce droit garanti par une loi de 1909. La nouvelle loi n'avait pas suivi la procédure législative spécifique que la Cour suprême invalida. Le pouvoir réagit en modifiant les majorités nécessaires pour amender ladite loi et la modifia en conséquence. Quelques autres tentatives eurent lieu jusqu'à la fin du régime d'apartheid en s'appuyant sur la notion britannique de *Rule of law* développée par A. Dicey ou encore tentant de limiter les détentions arbitraires et les mesures prises durant la mise en œuvre de l'état d'urgence mais toutes ces décisions furent remises en cause par l'adoption de nouvelles lois destinées à mettre en échec ces tentatives de contrôle juridictionnel des lois. Il faut souligner que les juges évoquaient essentiellement des arguments formels et procéduraux pour remettre en cause ces textes et que tout était mis en œuvre pour rendre le contrôle de constitutionnalité impossible. L'argument de la souveraineté parlementaire n'était qu'un paravent destiné à justifier une interdiction de remise en cause juridictionnelle des décisions politiques. La justice constitutionnelle était à cette époque considérée comme illégitime par le pouvoir parce qu'elle aurait constitué un contre-pouvoir inadmissible. Il faut ajouter que l'intégralité des juges étaient nommés par le pouvoir politique qui contrôlait ainsi l'ensemble du pouvoir juridictionnel. Toute velléité d'indépendance pouvait rapidement être sanctionnée.

(La rupture constitutionnelle de la démocratisation) - Ce n'est qu'à la fin du régime d'apartheid que la question du contrôle de constitutionnalité se posa. Dès lors que le nouveau système constitutionnel s'ancrait dans les principes de la démocratie, du multipartisme et de la protection des droits fondamentaux, la perspective d'un gardien de ces valeurs et de ces principes devenait une question centrale des négociations et des discussions. L'apparition de la justice constitutionnelle en Afrique du sud fut donc consubstantielle à la démocratie et fit l'objet d'un réel débat non pas tant sur son existence que sur les modalités qu'elle prendrait. Le contexte historique joua évidemment un rôle majeur. Le pouvoir juridictionnel était perçu comme conservateur et lié au régime d'apartheid : la méfiance à son égard était donc forte quand bien même certains des juges étaient de grands professionnels du droit. Il fallait donc résoudre une situation disjonctive où d'un côté la méfiance à l'égard des juges subsistait et de l'autre la nécessité d'un contrôle de constitutionnalité n'était guère discutée. Le résultat fut la création de la Cour

⁵ *Harris v Minister of the Interior* (no.2) [1952] 4 SA 769.

constitutionnelle, d'abord par la Constitution intérimaire de 1993 puis par le texte définitif adopté en 1996.

Cette création s'inscrit dans le contexte de la transition constitutionnelle et politique sud-africaine impliquant plusieurs particularités au regard de la légitimité de la justice constitutionnelle : la Cour constitutionnelle est un organe totalement nouveau s'inscrivant dans le cadre de l'adoption d'une démocratie constitutionnelle qui se veut transformatrice de la société et qui fixe un cadre clair mais assez large aux missions que la Cour doit remplir. Elle doit à la fois veiller au respect des engagements voulus par les constituants mais également servir d'organe de régulation entre les pouvoirs publics nationaux, provinciaux et municipaux. Elle fut chargée par le constituant de fonctions transitoires mais fondamentales comme celle d'homologation de la constitution finale⁶. Son rôle dépasse le seul contrôle de constitutionnalité des lois et inclut la promotion des droits fondamentaux garantis par la Constitution.

I. L'état de la pensée sur la légitimité de la justice constitutionnelle et du juge constitutionnel en Afrique du sud

(La reconnaissance constitutionnelle de la justice constitutionnelle) - En reconnaissant la nécessité d'inclure dans la Constitution un système de contrôle de constitutionnalité, les constituants sud-africains, - ceux de 1993 comme ceux de 1996 - ont inscrit la légitimité de la justice constitutionnelle dans la nouvelle démocratie sud-africaine conçue comme une démocratie de « protection » et de « transformation » (*transformative constitutionalism*). La création de la Cour correspond cependant à des agendas différents selon ceux qui l'ont promue.

(Légitimité de la justice constitutionnelle et légitimité du juge constitutionnel) - Historiquement, la lutte contre le régime d'apartheid avait reposé sur une reconnaissance égale de tous les droits aux individus, quelle que soit leur couleur de peau⁷. La consécration d'une déclaration des droits fondamentaux dans les textes constitutionnels imposait donc qu'il y ait un gardien du respect de ces droits. La garantie juridictionnelle de ces droits fut logiquement la réponse commune. Sur ce point, il existait une quasi-unanimité chez les constituants et au sein des différents partis politiques car la peur d'une absence d'effectivité de la protection des droits et libertés subsistait. S'agissant d'une transition négociée, les anciens leaders de l'apartheid voulaient désormais une protection de leurs droits en tant que minorité blanche et les promoteurs de la démocratisation du régime voulaient une garantie effective des droits, notamment des droits les plus progressistes dont la mise en œuvre serait de toute façon complexe compte tenu de la situation concrète en termes d'inégalités. Le caractère *transformatif* de la Constitution⁸ imposait des garanties dont la justice constitutionnelle apparaissait comme l'une des plus solides. Toutefois, alors même que l'accord se faisait sur le contrôle de constitutionnalité, des désaccords subsistaient sur le modèle de justice constitutionnelle : pays de droit mixte, l'Afrique du sud était fortement imprégnée par la culture du « *judge made law* » qui militait par une intégration du contentieux constitutionnel au sein de chaque juridiction ; mais parallèlement, la méfiance à l'égard du pouvoir juridictionnel incitait l'ANC en tant que parti majoritaire à lui préférer le modèle d'une juridiction unique, chargée

⁶ *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 (CCT 23/96) [1996] ZACC 26 ; 1996(4) SA 744 (CC) ; 1996 (10) BCLR 1253 (CC) ; (1996) 17 ILJ 821 (CC) (6 septembre 1996) ; *Certification of the Amended Text of the Constitution of The Republic Of South Africa*, 1996 (CCT37/96) [1996] ZACC 24 ; 1997 (1) BCLR 1 ; 1997 (2) SA 97 (4 décembre 1996)

⁷ V. notamment la Charte de la liberté du 26 juin 1955 qui constitua un texte fondateur sur les droits et libertés pour tous. Cette charte reprenait des textes promus par l'ANC (*African National Congress*) depuis le début des années 1920. Cela visait également toute forme de non-discrimination.

⁸ V. E. Kibet & C. Fombad "Transformative constitutionalism and the adjudication of constitutional rights in Africa" (2017) 17 *African Human Rights Law Journal* 340-366. V; égal. Anne Smith « *Equality constitutional adjudication in South Africa* », *African Human Rights Law Journal* (2014) 14 AHRLJ 609-632.

exclusivement du contrôle de constitutionnalité. Ce fut donc ce modèle qui fut retenu, s'inspirant de différents exemples étrangers (notamment la RFA) tout en faisant certaines concessions aux partisans d'un système déconcentré puisque les juridictions d'appel pouvaient traiter des questions de constitutionnalité sous condition d'homologation de leurs décisions par la Cour constitutionnelle. S'il existait donc une légitimité partagée de la justice constitutionnelle, la légitimité de la Cour constitutionnelle faisait débat. En réalité, l'ANC se méfiait du système juridictionnel issu de l'apartheid qui subsistait alors car les juges ne pouvaient pas être remplacés rapidement. La création de la Cour constitutionnelle obéissait à une logique politique visant à instituer une juridiction nouvelle composée de juges qui ne pourraient être regardés comme les prolongateurs de l'ancien régime et adhérerait aux nouvelles valeurs promues par la Constitution. Comme le souligne la Cour constitutionnelle sur son site Internet : *L'ANC estimait que cette tâche serait trop difficile et que la nouvelle Constitution devait, pour la protéger, être dotée d'une nouvelle Cour, une Cour exempte de tout passé. En ce sens, la décision de créer une Cour constitutionnelle était politique. Et le processus de nomination à la Cour, clairement défini dans la Constitution provisoire, était le fruit d'un compromis*⁹. L'existence de la justice constitutionnelle en Afrique du sud représente donc un choix conscient, délibéré dont les modalités ont été négociées autour d'une Cour constitutionnelle coordonnant un système de contrôle de constitutionnalité semi-diffus. L'accord sur la reconnaissance de la justice constitutionnelle a donc été largement partagé et sa légitimité au sein des constituants n'a jamais été remise en cause. Elle figurait dans le principe n° VII des 34 principes devant guider la rédaction de la Constitution finale de 1996¹⁰.

(La justice constitutionnelle au sein de l'opinion publique) - Si la reconnaissance d'une justice constitutionnelle a été largement acceptée par les parties durant les négociations constitutionnelles¹¹, l'opinion publique a été tenue quelque peu à l'écart des débats techniques. Le processus constituant inclusif sud-africain imposait une communication régulière avec la population mais les questions relatives aux modalités de mise en œuvre des principes restaient plutôt hors du débat. Autrement dit, l'existence même de la Cour constitutionnelle n'a pas été contestée mais ses modalités d'organisation sont restées assez largement ignorées lors des discussions publiques. Si la justice constitutionnelle a mobilisé les juristes et particulièrement les constitutionnalistes - universitaires comme praticiens - l'enjeu relatif aux modalités d'intervention de la justice constitutionnelle est resté quant à lui assez largement en dehors du débat public. Il en est résulté une forme de décalage entre d'une part, les représentants politiques et les experts, conscients de l'enjeu que représentait la justice constitutionnelle et d'autre part, l'opinion publique qui, sans en ignorer l'existence, la percevait avant tout comme un moyen de protéger les droits fondamentaux sans pour autant en comprendre les modalités de mise en œuvre. Telle est d'ailleurs la raison pour laquelle le soutien de l'opinion publique en tant qu'élément de légitimité doit être pris avec précaution : la légitimité d'une institution ne peut pas reposer sur la seule impression - positive ou négative - que l'opinion peut en posséder et cela quel que soit le sens des décisions. Certains auteurs n'ont pas hésité à mettre en doute ce soutien de la population à la Cour constitutionnelle¹² sans pour autant que cette critique apparaisse toujours fondée.

⁹ <https://www.concourt.org.za/index.php/about-us/history>

¹⁰ 34 principes constitutionnels « préconstituants » furent adoptés durant le processus des négociations constitutionnelles. Ils devaient se retrouver dans le texte final de la Constitution. Le principe n° VII disposait « *Le pouvoir judiciaire doit être dûment qualifié, indépendant et impartial et doit avoir le pouvoir et la compétence de sauvegarder et de faire respecter la Constitution et tous les droits fondamentaux* ».

¹¹ Il faut ici rappeler que le processus constituant sud-africain s'est opéré en plusieurs phases qui ont commencé avec une forme de conférence nationale (baptisée *CODESA*) réunissant toutes les parties prenantes avant de devenir des négociations entre les principaux partis politiques. À aucun moment, la justice constitutionnelle n'a été contestée.

¹² V. par ex. Lynn Berat, *The Constitutional Court of South Africa and Jurisdictional Questions: In the Interest of Justice*, 3 INT'L J. CONST. L. (I-CON) 39, 74 (2005) ; James Gibson, Gregory Caldera « *Defenders of Democrac ?*

(La justice constitutionnelle dans le débat académique) – L'apparition relativement récente de la justice constitutionnelle en Afrique du sud a créé une nouvelle situation. Jusqu'au milieu des années 1980, la question était peu évoquée, si ce n'est à titre anecdotique avec les tentatives avortées des juridictions d'appel et de la Cour suprême d'appel. La pensée sur les modalités de la justice constitutionnelle est apparue avec la démocratisation du régime et la nécessité de protéger les droits fondamentaux. Le débat a porté sur la nécessité d'une garantie juridictionnelle de la Constitution qui a fait l'objet d'un large consensus mais également sur les modalités dont la justice constitutionnelle serait exercée¹³. Si le caractère mixte du système juridique sud-africain laissait une part très large à la *Common Law*, ce sont moins des raisons politiques relatives à la nature même du régime politique (qui reste assez largement parlementaire) que les modalités d'exercice de cette justice qui ont suscité le débat. Compte tenu de la situation antérieure, le choix résidait entre un contrôle déconcentré ou diffus au sein des juridictions et un contrôle concentré entre les mains d'une Cour constitutionnelle, spécifique et nouvelle. Ce choix n'était pas purement technique comme sa présentation peut le laisser penser car il reflétait en réalité un niveau de défiance envers le pouvoir juridictionnel (ou judiciaire). Ce pouvoir n'avait pas changé et ne pouvait pas être changé dans l'immédiat. Ils avaient tous été nommés par le régime d'apartheid. Or, confier à l'ensemble des juges le contrôle de constitutionnalité incluant la protection des droits fondamentaux alors que ces mêmes juges les avaient combattus lorsqu'ils servaient le pouvoir précédent semblait paradoxal. La Cour constitutionnelle sud-africaine est donc née d'un choix politique issu tant de l'ANC que des membres de la doctrine qui militaient pour une juridiction nouvelle complètement indépendante composée de juges nouveaux et dont les accointances à l'égard de l'ancien régime ne pouvaient être remises en question compte tenu de leur opposition ancienne à ce même pouvoir. Il s'agissait d'un choix politique parfaitement raisonné que la doctrine constitutionnelle a soutenu¹⁴. Quelques concessions furent faites à l'égard des juridictions ordinaires supérieures (Hautes cours (cours d'appel) et Cour suprême) leur permettant de se prononcer sur la constitutionnalité d'un texte mais les contraignant à faire homologuer leurs décisions par la Cour constitutionnelle. Celle-ci conserve le monopole du contrôle de constitutionnalité de cette façon. La création de la Cour constitutionnelle sud-africaine a donc été perçue comme un véritable progrès, légitimé par la nouvelle démocratie que les constituants avaient instituée. Ce sont davantage les évolutions de la Cour constitutionnelle qui ont été ensuite critiquées. Sa légitimité initiale découlait en réalité de l'ensemble du processus.

(Le paradoxe de la légitimité de la justice constitutionnelle dans les démocraties nouvelles) – L'apparition du mouvement néoconstitutionnaliste dans les années 1990 a placé la justice constitutionnelle dans une position spécifique car elle est devenue un élément central des transitions et des processus de démocratisation. Les constitutions qui s'en réclamaient intégraient toutes des catalogues de droits fondamentaux ainsi qu'un contrôle de constitutionnalité. L'Afrique du sud n'a pas fait exception à cette tendance et l'idée même de contrôle de constitutionnalité a été perçue comme une garantie de la transition négociée. L'absence de

Legitimacy, Popular Acceptance and the South African Constitutional Court », *The Journal of Politics* 2003 Feb. 65(1), 1-30. University of Chicago Press.

¹³ V. pour une synthèse de la question. Theunis Roux (« *Principle and pragmatism on the Constitutional Court of South Africa* » *Revue I•CON*, Volume 7, Number 1, 2009, pp. 106-138, op.cit. note 4

¹⁴ Et cela d'autant plus que cette même doctrine constitutionnelle a participé aux deux processus constitutifs et que la promotion de la justice constitutionnelle était générale. V. not Heinz Klug, « *Participating in the Design: Constitution-Making in South Africa* », 3 *Rev. Const. Studies* 18 (1996) ; Richard Spitz, Matthew Chaskalson « *The Politics of Transition: The Hidden History of South Africa's Negotiated Settlement* » Hart Pub., London, 2000.

confiance initiale entre les parties aux négociations les a amenées à rechercher un arbitre impartial et indépendant. L'idée d'une Cour constitutionnelle s'est faite presque naturellement car elle représentait ce chaînon manquant. Ce ne sont pas tant les débats théoriques sur la nécessité d'un juge constitutionnel qui ont alimenté le débat que l'histoire constitutionnelle et le rejet de toute forme de contrôle des actes du parlement. En garantissant un catalogue de droits fondamentaux, le juge constitutionnel en devenait le gardien et le promoteur ainsi que la Constitution lui en confiait la mission. Cette logique de la légitimité démocratique des cours constitutionnelles permet de comprendre que la légitimité du juge constitutionnel s'est imposée immédiatement comme une donnée constitutive de la démocratie sud-africaine. La justice constitutionnelle ne s'est pas imposée progressivement par une décision de principe de la Cour ou une découverte faite quelques années après l'adoption du texte. Elle a été conçue comme une institution constitutionnelle motrice consciemment développée pour garantir et développer la Constitution. En attribuant les violations et excès du régime d'apartheid à la faiblesse de la règle de droit, la Cour constitutionnelle venait apporter l'une des réponses à l'absence de contre-pouvoirs de l'ancien régime. La création et la légitimité de la Cour constitutionnelle sud-africaine se sont donc faites en conjurant le passé tout en essayant de construire l'avenir.

Cet état de la légitimité du juge constitutionnel en Afrique du sud reste particulier dans la mesure où la Cour constitutionnelle a été créée dans un contexte de transition et de rupture au regard de son passé : la Cour est le résultat d'une volonté consciente et délibérée d'arrêter les excès de toute forme de pouvoir, ce qu'elle réussira à réaliser avec toutefois un certain nombre de difficultés, voire de renoncements.

II. Les éléments de légitimité de la Cour constitutionnelle sud-africaine

La Cour constitutionnelle sud-africaine possède aujourd'hui 30 années d'existence. Elle a fait l'objet d'une attention particulière tant à l'intérieur du pays pour sa jurisprudence parfois abondamment commentée qu'à l'extérieur de l'État par le modèle original qu'elle a développée et par les décisions majeures qu'elle a rendues dont certaines constituent des références en matière de justice constitutionnelle comparée.

(Un ancrage constitutionnel affirmé) - Ainsi que cela a été exposé précédemment, les conditions de création de la Cour constitutionnelle ont largement favorisé son ancrage légitime dans le nouveau paysage de la démocratie sud-africaine. La Cour constitutionnelle est prévue à l'article 167 de la Constitution de 1996¹⁵. Son rôle initial a évolué en 2001 et 2012 suite à des révisions

¹⁵ Art.167. Cour constitutionnelle

1. La Cour constitutionnelle est composée du juge-président de la République d'Afrique du Sud, du juge-président adjoint et de neuf autres juges.

[Paragraphe (1) remplacé par l'article 11 de la loi n° 34 de 2001.]

2. Toute affaire portée devant la Cour constitutionnelle doit être entendue par au moins huit juges.

3. La Cour constitutionnelle

a. est la plus haute juridiction de la République ; et

b. peut statuer sur

i. les questions constitutionnelles ; et

ii. toute autre affaire, si la Cour constitutionnelle autorise le recours au motif que l'affaire soulève une question de droit défendable d'intérêt général qui mérite d'être examinée par elle ; et

c. décide en dernier ressort si une affaire relève de sa compétence.

[Paragraphe (3) remplacé par l'article 3 de la loi portant dix-septième amendement de la Constitution de 2012.]

4. Seule la Cour constitutionnelle peut

a. trancher les différends entre les organes de l'État, au niveau national ou provincial, concernant le statut constitutionnel, les pouvoirs ou les fonctions de l'un quelconque de ces organes ;

b. statuer sur la constitutionnalité de tout projet de loi parlementaire ou provinciale, mais uniquement dans les circonstances prévues aux articles 79 ou 121 ;

c. statuer sur les demandes visées aux articles 80 ou 122 ;

d. statuer sur la constitutionnalité de tout amendement à la Constitution ;

constitutionnelles puisqu'elle est aujourd'hui devenue la juridiction suprême du pays capable de statuer sur une question juridique d'intérêt général même autre que constitutionnelle et que son président est devenu le *Chief Justice*, c'est-à-dire le plus haut responsable du pouvoir judiciaire sud-africain. Son rôle est largement décrit par la Constitution et pourrait correspondre à un mélange de toutes les formes de saisine imaginables : elle peut statuer dans le cadre d'un contrôle *a priori* sur les projets de loi, sur recours direct, et *a posteriori* dans le cadre d'une question préjudicielle de constitutionnalité, voire d'un appel formulé auprès d'une juridiction pour que la Cour statue sur la question de constitutionnalité. Elle vérifie également la constitutionnalité des constitutions provinciales au regard de la constitution nationale et se prononce même sur les projets de révision constitutionnelle nationale. Tout ceci est directement visé par la Constitution et bien que la pratique révèle que les chefs de compétence de la Cour sont inégalement mobilisés, toute question constitutionnelle peut difficilement lui échapper. La Constitution a habilité la Cour constitutionnelle à s'emparer de l'interprétation de la protection et de l'application de la Constitution. Cette situation est assez unique si l'on considère que la Cour n'existait pas avant 1994. S'y ajoutent d'autres articles plus généraux relatifs au pouvoir judiciaire mais qui reconnaissent aux juridictions des pouvoirs inhérents à leur existence et fonctions en prévoyant que « *La Cour constitutionnelle, la Cour suprême d'appel et les Hautes Cours d'Afrique du Sud ont chacune le pouvoir inhérent de protéger et de régler leur propre processus et de développer la « Common Law », en tenant compte des intérêts de la justice* »¹⁶. Peu de choses échappent donc à la compétence de la Cour qui n'aient pas été inscrites dans la Constitution.

(La nomination et l'indépendance des juges constitutionnels) - Sans vouloir revenir sur le débat ayant présidé au choix de la création d'une Cour constitutionnelle, le choix des juges revêtait un caractère politique dans la mesure où ces derniers devaient refléter par leur engagement et leur histoire une compatibilité avec les valeurs du nouveau régime démocratique. Parallèlement, il est exigé de chaque juge des capacités et des qualités garantissant leur compétence et leur probité (*fit and proper*). La rédaction de l'article 174 de la Constitution témoigne de cette volonté d'impliquer les autorités politiques et judiciaires dans le choix des juges et de vérifier ces exigences. Le principe de nomination est différent s'agissant du président et du vice-président de la Cour constitutionnelle¹⁷ qui relèvent du choix du Président de la République après avis de la *Commission du service judiciaire (JSC)*¹⁸. Si la Constitution exige que quatre juges constitutionnels

e. décider que le Parlement ou le Président a manqué à une obligation constitutionnelle ; ou

f. certifier une constitution provinciale conformément à l'article 144.

5. La Cour constitutionnelle rend la décision finale sur la constitutionnalité d'une loi du Parlement, d'une loi provinciale ou de la conduite du Président, et doit confirmer toute ordonnance d'invalidité rendue par la Cour suprême d'appel, la Haute Cour d'Afrique du Sud ou une juridiction de statut similaire, avant que cette ordonnance ne soit exécutoire.

[Paragraphe (5) remplacé par l'art. 3 de la Loi portant dix-septième amendement de la Constitution de 2012.]

6. La législation nationale ou le règlement de la Cour constitutionnelle doivent permettre à une personne, lorsque cela est dans l'intérêt de la justice et avec l'autorisation de la Cour constitutionnelle,

a. de saisir directement la Cour constitutionnelle ; ou

b. de faire appel directement devant la Cour constitutionnelle d'une décision d'une autre juridiction.

7. Une question constitutionnelle comprend toute question relative à l'interprétation, à la protection ou à l'application de la Constitution.

¹⁶ Article 173 de la Constitution de 1996.

¹⁷ Le Président doit également consulter les dirigeants des partis politiques représentés à l'Assemblée nationale.

¹⁸ La *Commission du service judiciaire (JSC)* est un organe constitutionnel indépendant chargé entre autres de la nomination des juges à tous les niveaux. Son rôle diffère suivant les juridictions et les personnes à nommer mais consiste à vérifier à travers les dossiers de candidatures et les entretiens avec les candidats, qu'ils remplissent les conditions pour occuper la fonction de juge. En ce qui concerne la Cour constitutionnelle, le rôle de la *JSC* se limite à un rôle consultatif en ce qui concerne le Président et le Vice-Président mais à un rôle de sélection pour les autres juges constitutionnels parmi lesquels le Président de la République doit choisir. La *JSC* est composée de juges, de professionnels du droit (avocats, universitaire) et de représentants des partis politiques élus à l'Assemblée nationale.

sur onze émanent du pouvoir judiciaire, en pratique tous les juges sélectionnés possèdent une formation juridique et ont souvent été juges, universitaires, avocats...

Sans entrer dans les détails des différentes nominations, la composition de la Cour implique une marge de manœuvre raisonnée pour le Président de la République. S'il dispose d'une assez grande latitude théorique pour le président et le vice-président, il voit son action contrainte dans le choix d'une liste restreinte de noms dans les autres cas parmi lesquels il doit effectuer un choix. Cette organisation rationalisée du choix des juges constitutionnels est destinée à garantir leur légitimité. Néanmoins, si le système a correctement fonctionné pour l'immense majorité des juges constitutionnels, il ne s'est pas toujours révélé infallible. Les premières nominations au sein de la Cour constitutionnelle ont été peu contestées. Tant le Président Nelson Mandela que la *JSC* avaient à cœur de nommer des personnes incontestables, rayonnant autant par leur compétence juridique que par leur activité antérieure. Cette « première » Cour constitutionnelle bénéficia d'une grande crédibilité pour des raisons liées tant à la personnalité des juges qu'à leur conception du fonctionnement de l'institution. Ceci s'est notamment ressenti à travers les décisions prises mais également à travers la capacité des juges à débattre pour que la décision prise puisse apparaître comme la plus unanime possible. Cette question relève autant du raisonnement juridique que de la capacité des juges à concevoir le rôle qu'ils veulent donner à l'institution dans laquelle ils siègent. Avec le départ de ces « juges originaires » qui représentaient une sorte de mémoire de la Constitution, ont été nommés des juges dont la connaissance de la constitution n'était pas là même. Les sélections opérées par la *JSC* furent davantage contestées, notamment dans les questions posées lors des entretiens avec les candidats et les critiques commencèrent à se développer dans la mesure où bien que le système ait été conçu pour favoriser la transparence et la compétence, celles et ceux qui les faisaient fonctionner remettaient en cause la logique de sélection : la liste restreinte proposée au Président ne comportait pas certains noms qui au regard de la compétence et de la diversité auraient dû y figurer et en comportaient d'autres plus surprenants. Ceci aboutit à développer une culture de la politisation des nominations que le système cherchait précisément à éviter. Si le pire a pu jusqu'à aujourd'hui être évité, les critiques formulées à l'égard de certains juges constitutionnels, y compris du président ces quinze dernières années ont contribué à ternir la situation existante¹⁹. La légitimité des juges constitutionnels n'est donc pas uniquement affaire de garanties constitutionnelles mais davantage d'un respect de leur esprit par les protagonistes chargés d'assurer leur respect. À ce jour cependant, la réalisation de ces risques s'est révélée limitée. De façon symptomatique, les critiques formulées contre les juges constitutionnels ou à l'égard de la *JSC* l'ont été soit pas des universitaires ou experts critiquant le non-respect de la logique et de l'esprit de la Constitution, soit au contraire par des personnalités politiques opposées à la Cour constitutionnelle et remettant en cause son rôle en tant que gardien de la Constitution²⁰.

(La jurisprudence de la Cour : source de sa légitimité ?) – La création de la Cour constitutionnelle en 1994 constituait un immense défi en termes de légitimité. Non seulement il fallait créer de toutes pièces une juridiction constitutionnelle qui n'existait pas mais également rendre opérationnelle la jurisprudence de cette Cour. Or, n'ayant aucun point de référence antérieure en matière constitutionnelle, la Cour se trouva confrontée à la création de sa propre jurisprudence. Dans un État fortement imprégnée de la dynamique de *Common Law*, le défi était particulièrement complexe. Hormis le texte de la Constitution – il est vrai assez détaillé – la Cour constitutionnelle devait partir d'une page blanche ou quasiment blanche. De surcroît, créée

¹⁹ V. H.Corder « South Africa's Constitutional Court at 30 : a solid foundation but cracks are showing », The Conversation, 14 avril 2024, <https://theconversation.com/south-africas-constitutional-court-at-30-a-solid-foundation-but-cracks-are-showing-227570>

²⁰ Ce fut notamment le cas du Président d'alors J. Zuma lorsqu'il fut condamné dans l'affaire dite du Nkandlagate à rembourser les sommes qui avaient été payées pour la rénovation de sa résidence privée dans la Kwazulu Natal et qu'il avait attribué à des dépenses de sécurité.

dans un contexte de fortes attentes en matière de protection des droits fondamentaux, la Cour devait faire face à des réponses impliquant inévitablement des dilemmes en matière de gestion des conflits de droits fondamentaux. Or, ce rôle, la Cour constitutionnelle l'a embrassé avec courage et méthode. Les premières décisions rendues en matière de châtiments corporels²¹ et d'inconstitutionnalité de la peine de mort²² constituèrent un moment décisif non seulement pour la protection des droits fondamentaux mais également pour l'assise et la reconnaissance de la légitimité de la Cour. Le début de la décision *Makwanyane* (rédigée par le Président de la Cour Arthur Chaskalson) représente probablement l'un des moments clés de l'instauration de l'autorité et de la légitimité de la Cour. La Cour commence par constater que l'affaire portée devant elle (par des personnes condamnées à mort et attendant leur exécution) sur la constitutionnalité de la peine de mort dans le nouveau contexte sud-africain aurait dû être réglée devant l'Assemblée constituante ou en tout état de cause devant un forum politique. Elle rappelle également qu'elle sait qu'une partie importante de l'opinion publique est favorable au maintien de la peine de mort et regrette que ce soit la Cour constitutionnelle qui doit juridiquement trancher un débat politique mais souligne qu'elle n'y renonce pas. Ce faisant, elle mène son raisonnement juridique en s'appuyant sur les références dont elle dispose en droit interne mais également en se référant au droit comparé, officiellement reconnu comme source d'interprétation. En déclarant inconstitutionnelle la peine de mort dans un jugement unanime, la Cour constitutionnelle sud-africaine conquiert une légitimité jurisprudentielle qui lui avait déjà été accordée institutionnellement. Cela ne se démentira pas par la suite et permettra à la Cour de rester en phase avec l'ensemble des compétences qui lui ont été confiées même dans les moments les plus difficiles.

(Une construction jurisprudentielle contextualisée) – La multiplicité des compétences de la Cour constitutionnelle sud-africaine constituait un autre défi pour asseoir sa légitimité. Née dans un État de droit mixte et écrite par des juges eux-mêmes habitués à la rédaction des décisions de justice fondée sur le modèle de la *Common Law* (*judicial opinion writing*) utilisant le discours comme élément de démonstration de la solution retenue, les décisions sont longues, motivées et fondées sur une méthode syllogistique aisément détectable autour de la question de la règle, de son application et de la conclusion. La Cour intervient principalement dans les contentieux *a posteriori* dans le cadre de la mise en œuvre de droits dont elle est chargée de vérifier la constitutionnalité. Ce type d'intervention lui a permis de se trouver saisie de tous les grands débats de société dont elle a dû trancher les prétentions. Le cadre constitutionnel lui a fourni de réels moyens d'action mais entre l'abstraction du texte initial et la réalisation des droits dans des contextes tendus voire conflictuels, la Cour constitutionnelle s'est retrouvée impliquée dans ces transformations. Depuis 1995, la Cour constitutionnelle n'a cessé d'être mise à contribution dans la résolution de ces débats. Et elle n'a jamais renoncé à le faire au prix parfois de la minimisation de certaines règles ou principes mais rarement en ignorant le rôle qui était le sien²³. Ce rôle transformateur que la Constitution s'est elle-même donnée mais qu'elle a également confié à la Cour constitutionnelle dans sa réalisation permet de comprendre la dimension volontairement interventionniste de la Cour. Ceci a souvent donné lieu dans ses décisions à l'impression que la Cour constitutionnelle disposait de pouvoirs dépassant ceux qui sont traditionnellement les siens. Or, dans le cas sud-africain, cette habilitation provenait de la Constitution elle-même. Il y avait donc quelque paradoxe à critiquer l'exercice d'une fonction prévue par la Constitution et

²¹ *S v Williams and Others* (CCT20/94) [1995] ZACC 6; 1995 (3) SA 632; 1995 (7) BCLR 861 (CC) (9 juin 1995).

²² *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6 juin 1995).

²³ V. A. Chaskalson *Third Bram Fischer lecture*, 2000 Legal Resource Centre, <https://lrc.org.za/wp-content/uploads/Third-Bram-Fischer-Lecture-1.pdf>; le texte de cette conférence est largement prémonitoire du rôle que la Cour constitutionnelle s'est faite et se fera de son rôle transformateur de la société.

l'affirmation de l'expression d'une volonté « contre-majoritaire »²⁴ prévue par la Cour. Cet argument, né de la doctrine américaine, cadre en réalité assez mal avec le contexte sud-africain. Les décisions de la Cour constitutionnelle sud-africaine ont pu être critiquées parce qu'elles n'allaient pas assez loin au regard de ce que la Cour aurait pu faire mais jamais - à l'exception peut-être de celle sur la peine de mort - à l'encontre d'une volonté majoritaire. Au demeurant, l'argument « contre-majoritaire » peut lui-même être soumis à caution dès lors qu'il ne prend en considération qu'une majorité électorale brute assez peu représentative des nuances que revêt par essence une décision longuement motivée et contextualisée. La Cour constitutionnelle a ainsi assis sa légitimité autour de questions telles que le droit au logement²⁵, le droit à la santé²⁶, le droit à l'eau²⁷... nombre de droits économiques et sociaux mais également l'égalité, les droits électoraux ainsi que les droits procéduraux tels que le droit à l'information loyale. Il est finalement peu de domaines dans lesquels la Cour ne soit pas intervenue. Cette légitimité a résulté autant des décisions elles-mêmes que des personnes et populations qu'elles ont affectées et qui étaient souvent soit des minorités numériques ou des minorités qui ne pouvaient pas être représentées en raison de leur situation économique²⁸

(Une jurisprudence substantielle doublée d'une jurisprudence institutionnelle) - Les éléments de légitimité de la Cour constitutionnelle ont également été le résultat d'une volonté des constituants de confier à la Cour un rôle institutionnel de gardien de l'architecture d'ensemble de la Constitution. Si le rôle initial d'homologation de la Constitution adoptée par une Assemblée constituante par une cour constitutionnelle²⁹ est rare, il s'explique par le contexte de la transition. En revanche, le rôle de répartition des compétences entre l'État et les Provinces est plus fréquent dans un État quasi-fédéral. La Cour constitutionnelle a ainsi rendu quelques décisions importantes en la matière³⁰ bien qu'il ne s'agisse pas de son domaine d'intervention privilégié.

En décembre 2012, une loi constitutionnelle amendant la Constitution pour la 17^{ème} fois fut adoptée et a consacré la Cour constitutionnelle comme la plus haute Cour d'Afrique du sud dont les décisions ne peuvent être modifiées par aucune autre juridiction. Cet amendement n'a pas fait perdre à la Cour constitutionnelle son monopole final en matière constitutionnelle mais lui a en revanche donné un autre rôle : celui d'une juridiction chargée de statuer en dernier ressort sur toute question d'importance et d'intérêt public général en considération de son évolution et qui lui serait transmise par une autre juridiction. Cette transformation a conduit la Cour à accepter d'intervenir dans des contentieux qui dépassait la seule nature constitutionnelle au profit d'autres considérations plus larges même si les questions constitutionnelles demeurent en toile de fond. Ce fut notamment le cas pour la Commission *Zondo*³¹ et ce qui fût baptisé d'affaire de capture

²⁴ B. Friedman "The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics" 148 U. Pa.L. Rev. 971 1999-2000 at 977

²⁵ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* (CCT11/00) [2000] ZACC 19 ; 2001 (1) SA 46 ; 2000 (11) BCLR 1169 (4 octobre 2000)

²⁶ *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 2)* (CCT8/02) [2002] ZACC 15; 2002 (5) SA 721 (CC); 2002 (10) BCLR 1033 (CC) (5 Juillet 2002)

²⁷ *Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others* (CCT 39/09) [2009] ZACC 28; 2010 (3) BCLR 239 (CC) ; 2010 (4) SA 1 (CC) (8 October 2009)

²⁸ Il faut souligner au passage le rôle important joué ici par les *amicus curiae* dans les procédures devant la Cour constitutionnelle et la facilité avec laquelle la Cour admet le recours à cette procédure.

²⁹ V. *supra* note 6.

³⁰ V. *Executive Council of the Western Cape Legislature and Others v President of the Republic of South Africa and Others* (CCT27/95) [1995] ZACC 8 ; 1995 (10) BCLR 1289 ; 1995 (4) SA 877 (22 Septembre 1995)

³¹ Sur cette commission, v. X. Philippe « La justice transitionnelle après la transition : la Commission Zondo de lutte contre la capture et la corruption d'État en Afrique du Sud », in « Le droit au service de l'humanité » Mélanges

des biens de l'État (*State Capture*) par l'ancien Président Zuma. Ce dernier, cité à comparaître devant la Commission, refusa de s'y présenter après trois sommations. Le secrétaire de la Commission (prévue par une disposition constitutionnelle) saisit la juridiction compétente qui compte tenu de la situation saisit la Cour constitutionnelle pour lui demander d'imposer la comparution. La Cour constitutionnelle rendit une première décision obligeant l'ancien président Zuma à se présenter devant la Commission³². Il refusa d'y déférer. Devant cette situation, la Cour constitutionnelle fut à nouveau saisie pour « outrage à la Cour » (*contempt of court*) qui constitue une infraction pénale et a conduit la Cour constitutionnelle à prononcer une peine de 15 mois d'emprisonnement³³. Il fut arrêté et emprisonné et introduit une nouvelle requête devant la Cour constitutionnelle qui le débouta³⁴. Ces décisions - dont les deux dernières furent rendues à la majorité - furent approuvées par le public et la presse mais fortement critiquées par certains politiques et les intéressés comme constituant une intrusion inacceptable de la justice (et de la Cour constitutionnelle) dans le jeu politique. Quoiqu'il en soit, la Cour constitutionnelle intervient ici dans le jeu institutionnel d'une façon beaucoup plus intrusive qu'une cour constitutionnelle n'est accoutumée à le faire. Elle s'expose inévitablement à des critiques dépassant son seul rôle constitutionnel même si en l'espèce l'intervention de la Cour constitutionnelle est destinée à faire fonctionner les « institutions constitutionnelles indépendantes » comme l'était la Commission Zondo.

(La légitimité normative - faire respecter l'État de droit mais également son esprit) - La légitimité normative de la Cour constitutionnelle dépend également des normes de référence qu'elle prend en considération. Ici encore, la Constitution de 1996 a offert à la Cour constitutionnelle une gamme de sources de référence qui renforcent sa légitimité dans la mesure où elle n'a pas eu - comme dans les Cours d'autres États - à faire œuvre d'interprétation ou d'inventivité pour intégrer des sources normatives que la Constitution visait directement. Un double mouvement peut être détecté. En premier lieu, le texte de la Constitution lui-même est largement détaillé et offre à la Cour une vaste gamme de sources ou de normes de références. Il en est ainsi des droits fondamentaux qui ne sont pas uniquement affirmés mais détaillés en plusieurs paragraphes. Il en est également ainsi de règles procédurales ou de modalités de contrôle comme le contrôle de proportionnalité expressément visé dans le contrôle des limitations des droits figurant à l'article 36 de la Constitution. En second lieu, la Constitution considère que la mise en œuvre des droits fondamentaux ne s'exerce pas dans un monde clôt et qu'en conséquence les sources normatives de référence peuvent être externes à l'ordre juridique sud-africain. Il en est ainsi par exemple, de l'interprétation de ces droits à l'article 39 de la Constitution qui exige que le juge prenne en considération le droit international et lui offre la possibilité de se référer au droit comparé et demande également aux juridictions de développer les droits fondamentaux en harmonie avec le droit coutumier. La constitution représente ainsi une source d'habilitation puissante en matière de contrôle de constitutionnalité et la Cour constitutionnelle n'a pas hésité (avait-elle d'ailleurs le

offerts au Professeur Michel Hotellier, pp. 377-297, Collection Genevoise « Recueils de textes », Schulthess éd. Romandes, Genève, 2023.

³² *Secretary of the Judicial Commission of Inquiry into Allegations of State Capture, Corruption and Fraud in the Public Sector including Organs of State v Zuma* (CCT 295/20) [2021] ZACC 2; 2021 (5) BCLR 542 (CC); 2021 (5) SA 1 (CC) (28 janvier 2021).

³³ *Secretary of the Judicial Commission of Inquiry into Allegations of State Capture, Corruption and Fraud in the Public Sector including Organs of State v Zuma and Others* (CCT 52/21) [2021] ZACC 18; 2021 (9) BCLR 992 (CC); 2021 (5) SA 327 (CC) (Zuma II) (29 juin 2021).

³⁴ *Zuma v Secretary of the Judicial Commission of Inquiry into Allegations of State Capture, Corruption and Fraud in the Public Sector Including Organs of State and Others* (CCT 52/21) [2021] ZACC 28; 2021 (11) BCLR 1263 (CC) (Zuma III) (17 septembre 2021).

choix ?) à s'appuyer systématiquement sur la Constitution pour forger la légitimité de sa jurisprudence.

(La légitimité visuelle et symbolique de la Cour constitutionnelle : le lieu et l'identification de la justice constitutionnelle) - Un autre élément de la légitimité mérite d'être souligné dans le cas sud-africain : il s'agit du lieu d'exercice de la justice constitutionnelle. Cela peut sembler anecdotique mais ne l'est pas dans un État sorti récemment d'un régime d'oppression et de négation des droits. La Cour constitutionnelle siège aujourd'hui à Johannesburg dans un endroit rebaptisé *Constitutional Hill* sur lequel se dressait une ancienne prison dans laquelle les opposants au régime d'apartheid étaient emprisonnés. Ce site fut fermé en 1983 et la Cour constitutionnelle choisit d'y intégrer son siège dans un mélange d'anciens bâtiments de la prison et de nouveaux dans lesquels siège la Cour mais également un centre de recherches de l'Université de Johannesburg. Les premiers juges de la Cour voulaient que le siège ne soit pas une tour d'ivoire inaccessible mais un lieu où le public pouvait accéder facilement. Telle est toujours la situation actuelle : la Cour se visite, est ouverte lors des audiences à toute personne, accueille des expositions, comporte un musée dans l'ancienne partie de la prison. Tout a été pensé pour que la Cour apparaisse comme un lieu que le public peut s'approprier et qui rappelle à la fois le passé tragique et la rupture réalisée par la création de cette institution de protection des droits fondamentaux et du nouvel ordre constitutionnel. Jusque dans le logo de la Cour représentant la justice sous un arbre où se trouvent de nombreuses personnes, la Cour constitutionnelle est un lieu ouvert. Ce symbole le représente³⁵ et est destiné à ancrer la Cour constitutionnelle dans la vie quotidienne des sud-africains et ainsi à renforcer la légitimité de la Cour.

III. Les fragilités de la légitimité du juge constitutionnel sud-africain

Les fragilités de la légitimité du juge constitutionnel sud-africain apparaissent de deux ordres : d'une part, il existe des fragilités inhérentes au développement de la justice constitutionnelle que l'on retrouve dans les États où cette justice exerce un rôle de contre-pouvoir protégeant la Constitution ; d'autre part, il existe des fragilités contextuelles liées à l'exposition de la cour constitutionnelle à des atteintes flagrantes à la Constitution et à l'État de droit. Ces dernières sont de loin les plus dangereuses.

(Les fragilités de la légitimité du juge constitutionnel liées à l'exercice de sa mission et au développement de sa jurisprudence) - La Cour constitutionnelle sud-africaine n'a pas échappé aux critiques récurrentes faites à toute Cour constitutionnelle remplissant effectivement sa mission. En appliquant la Constitution comme celle-ci le prévoyait, elle est intervenue dans une dimension logique qui garantissait le respect des engagements des constituants tout en adaptant ces exigences aux contingences contextuelles. La Cour constitutionnelle n'a pas vu sa légitimité remise en cause tant qu'elle ne s'est pas heurtée au pouvoir politique ou pour le moins que ce pouvoir a accepté les décisions de la Cour constitutionnelle. Comme le souligne le Professeur Hugh Corder, à propos d'une décision invalidant une acte de l'exécutif national, Nelson Mandela fit davantage pour la légitimité de la Cour que la décision elle-même lorsqu'il déclara à la télévision qu'il se soumettait à la décision de la Cour car elle constituait l'arbitre final d'une telle controverse³⁶. Les premiers signes de controverse apparurent lorsque certaines politiques



Constitutional Court
of South Africa

³⁵

On pourrait ajouter d'une façon générale que pour renforcer ce sentiment de légitimité, la Cour constitutionnelle met tout en œuvre pour se faire connaître et faciliter son accès. Son site Internet en représente une illustration : tout ou presque est mis en ligne et le rôle de la Cour, son accès et ses travaux mis à la disposition du public.

³⁶ H. Corder « South Africa Constitutional Court at 30... » *The Conversation*, 14 avril 2024, *op.cit.* p.2.

gouvernementales apparurent irrationnelles et inconstitutionnelles : la Cour constitutionnelle invalida dans une décision restée célèbre, l'absence de distribution de médicaments antirétroviraux dans la lutte contre le SIDA lorsqu'elle força le gouvernement à l'administrer lors de la naissance d'un enfant issu d'une mère porteuse du virus³⁷. La remise en cause de politiques publiques qui ne correspondaient pas aux exigences constitutionnelles fut positivement perçue même si nombre d'observateurs trouvaient que ces politiques n'allaient pas assez loin. Ainsi, en matière de droit d'accès au logement, de santé ou d'accès à l'eau, la Cour constitutionnelle fixa certaines limites à l'exercice des droits en raison des limites liées aux ressources financières et non-financières. Il faut toutefois souligner ici les débats relatifs à la remise en cause de la légitimité du juge constitutionnel furent avant tout menés par des autorités politiques qui brandirent la critique classique du juge non-élu et donc illégitime face à des décisions prises démocratiquement par des autorités élues³⁸. Certes, les constitutionnalistes – notamment certains d'entre eux – ne furent pas en reste pour alimenter ce débat mais agirent dans une logique irréconciliable opposant la légitimité politique à la légitimité constitutionnelle. Ce débat existe encore³⁹ et ne cessera probablement pas de sitôt, comportant ses soutiens et ses détracteurs⁴⁰. La légitimité de l'institution est inévitablement sujette à son mode de fonctionnement, à ses membres, à la justification de ses décisions ainsi qu'au rôle que les autorités politiques veulent voir la Cour jouer. De ce point de vue, la Cour constitutionnelle sud-africaine sait qu'elle ne possède jamais le dernier mot et le nombre de révisions constitutionnelles qui ont eu lieu depuis 1996⁴¹ démontre que elle reste parfaitement consciente de son rôle et de sa fragilité. S'il est exact que la Cour a tenté de prolonger la volonté transformatrice de la société, inscrite dans la Constitution, elle ne l'a jamais fait au prix de décisions irraisonnées.

(Une légitimité juridique confirmée contre une légitimité politique remise en cause) – La Cour constitutionnelle sud-africaine en dépit de la quasi omnipotence qui lui avait été conférée par la Constitution a commencé à faire l'objet de critiques à la fin des années 2000 pour des raisons tenant davantage à l'évolution du contexte politique qu'à la légitimité de sa jurisprudence. Cette époque correspond, ainsi que le souligne Hugh Corder⁴², à la fin du mandat des premiers juges qui avaient été nommés à la fin du régime d'apartheid. En effet, la Cour avait réussi en une quinzaine d'années à rendre des décisions importantes et emblématiques mais elle fixait également les règles du jeu au sein des institutions. Or, la remise en cause de la légitimité de la Cour constitutionnelle est venue davantage des cercles politiques et notamment des partis au pouvoir que des décisions rendues par la Cour. De façon symptomatique, les contributions académiques sur ce sujet jusqu'en 2010 pointent certains défis mais n'intègrent pas la période postérieure qui vit pourtant la Cour confrontée à une situation délicate. Avec l'arrivée au pouvoir du président Jacob Zuma, l'Afrique du sud fut confrontée à une vague de corruption sans précédent depuis 1994 dans laquelle l'État était partie prenante. Cet épisode tragique qualifié de *State Capture* (capture de l'État) visait à désigner la vente progressive des biens de l'État (entreprises publiques) à des personnes choisies via un réseau choisi dirigé par le Président lui-même et ses proches et une famille d'origine indienne (*Gupta*). Le processus consistait pour le pouvoir exécutif à nommer des dirigeants d'entreprises publiques dont le rôle consistait à faire baisser la valeur de l'entreprise pour que celle-ci soit vendue à un prix bas. Cela n'a apparemment qu'un lointain rapport avec la légitimité de la Cour mais se situe en réalité au cœur du problème

³⁷ *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 2)* (CCT8/02) [2002] ZACC 15 ; 2002 (5) SA 721 (CC) ; 2002 (10) BCLR 1033 (CC) (5 juillet 2002)

³⁸ Hugh Corder « Rule of law in South Africa protects even those who scorn it », *The Conversation*, 27 janvier 2022, <https://theconversation.com/rule-of-law-in-south-africa-protects-even-those-who-scorn-it-175533>

³⁹ V. par ex. T. Gyorfí *Against the New Constitutionalism*, Elgar Monographs in Constitutional and Administrative Law series, 288 p., *Edwar Elgar pub.*, London, 2016.

⁴⁰ V. D. Mafora, *Capture in the Court - In Defence of Judges and the Constitution*, Tafelberg ed. Cape Town, 2023.

⁴¹ 18 au total ; la dernière date de 2023 et reconnaît le langage des signes comme une langue officielle.

⁴² H. Corder « South Africa Constitutional Court at 30... » *The Conversation*, 14 avril 2024, *op.cit.* p.3.

car celle-ci va devenir un gardien de l'orthodoxie constitutionnelle et de l'État de droit en s'opposant aux pratiques de l'exécutif et en rappelant les principes de suprématie de l'ordre juridique, soutenant les institutions publiques constitutionnellement protégées (notamment le protecteur public et la Commission *Zondo*) et en sanctionnant les violations des règles à l'égard des autorités d'enquête et judiciaires. Durant cette période qui s'étala lors de la décennie 2010, seuls les médias et le pouvoir judiciaire résistèrent à la remise en cause de l'État de droit que le pouvoir mettait en place. La Cour constitutionnelle résista dès lors qu'elle fut saisie de ces travers dans les décisions relatives à l'affaire *Nkandla* (résidence privée du Président de la République) et lors de la Commission *Zondo*⁴³.

Toutefois les fragilités de la légitimité de la Cour apparaissent au sein de l'interface existant entre les autorités politiques et la Cour elle-même. Différents éléments peuvent être relevés mais ils sont liés de près ou de loin à la politique de nomination des juges eux-mêmes.

La première fragilité du système repose sur le fonctionnement de la Commission du service judiciaire *JSC* qui en raison de sa composition et en tant qu'instance de nomination et disciplinaire des juges, a pu apparaître à plusieurs reprises, notamment dans l'affaire du juge *Hlope*, incapable de prendre les décisions qui s'imposaient en dépit des preuves dont elle disposait. La tendance s'est ensuite développée de proposer au Président de la République la nomination de candidats à la Cour constitutionnelle qui ne correspondaient pas aux meilleurs dossiers ou pour le moins les plus adéquats à l'égard de la mission de la Cour constitutionnelle. La position de la Cour constitutionnelle en tant que juridiction suprême apparaissait quelque peu remise en cause pas la qualité de ces nominations qui, sans être scandaleuses, remettaient en cause l'autorité et la légitimité de la Cour. S'y ajoutait des dissensions internes à la *JSC* liées à l'opposition systématique de certains membres politiques à la nomination de personnes pourtant hautement qualifiées. L'une des révisions constitutionnelles concernant la procédure de nomination des juges constitutionnels⁴⁴ a consisté précisément à permettre au Président de demander un complément de noms, s'il estime que ceux qui lui ont été proposés ne conviennent pas. Il doit toutefois fournir les motifs pour lesquels il refuse de nommer les personnes qui lui ont été proposées.

Une deuxième fragilité de la légitimité de la Cour constitutionnelle tient à ce que la *JSC* est présidée par le Président de la Cour constitutionnelle⁴⁵. Celui-ci se retrouve donc dans une situation où il exerce un rôle déterminant au sein de la Cour constitutionnelle mais également au sein de l'instance de nomination et de discipline des juges. Or, la pratique des quinze dernières années a révélé certains dysfonctionnements liés au manque de direction et de fermeté dans les dossiers au sein de la Cour. L'affaire dite du juge *Hlope* déjà mentionnée ainsi que les déclarations du président de la Cour constitutionnelle - Mogoeng Mogoeng - durant la présidence de Jacob Zuma ont démontré que l'exercice de la fonction de juge constitutionnel pouvait être rapidement déconsidéré si les juges constitutionnels eux-mêmes ne respectaient pas eux-mêmes leur serment de protéger la Constitution et faisaient prévaloir leurs convictions personnelles sur le respect des droits constitutionnels⁴⁶. Ces situations, si elles sont demeurées exceptionnelles, ont néanmoins terni la légitimité de la Cour constitutionnelle.

⁴³ *Economic Freedom Fighters v Speaker of the National Assembly and Others; Democratic Alliance v Speaker of the National Assembly and Others* (CCT 143/15; CCT 171/15) [2016] ZACC 11; 2016 (5) BCLR 618 (CC); 2016 (3) SA 580 (CC) (31 mars 2016)

⁴⁴ Loi n°34 de 2001.

⁴⁵ Article 178 de la Constitution.

⁴⁶ La nomination du président de la Cour constitutionnelle Mogoeng Mogoeng fut largement controversée en raison de ses déclarations antérieures et de ses prises de position. Ouvertement conservateur, ayant pris des positions critiquant l'homosexualité et les ayant notamment exposés dans un jugement dissident, il a également déclaré qu'il fallait respecter la séparation des pouvoirs et ne pas intervenir dans les décisions prises par les autres pouvoirs exécutif et législatif. Il a également reconnu lors d'une conférence qu'il était souhaitable que la Constitution soit interprétée

Une troisième fragilité ayant affecté le fonctionnement et la légitimité de la Cour constitutionnelle, en lien avec les précédentes, repose sur le nombre de nominations de juges suppléants, c'est-à-dire de juge faisant fonction dès lors qu'une vacance se produit. Pour les raisons indiquées ci-dessus, nombre de juges n'ont pas été remplacés immédiatement et leur vacance a généré la nomination de juges remplaçants (*acting judge*), nommés jusqu'à ce que le siège vacant soit pourvu. Or, nombre de juges constitutionnels ayant achevé leur mandat ont été remplacés par ces juges remplaçants, qui logiquement ne doivent l'être que pour une période limitée. Cette situation a également favorisé la multiplication des décisions au sein de la Cour constitutionnelle dans lesquelles les opinions dissidentes ont été largement plus nombreuses. Cependant, la tendance à l'allongement des délais ainsi que les retards pris dans les nominations des juges constitutionnels titulaires ont multiplié les situations dans lesquelles la composition de la Cour était instable et minait ainsi sa légitimité. Le manque d'expérience des juges suppléants et leur fréquent remplacement ainsi que leur manque de perspectives antérieures a pu affecter la légitimité du processus de décision qui requiert cette stabilité.

(Une fragilité liée à l'extension des compétences de la Cour constitutionnelle hors du seul domaine constitutionnel ?) - Un autre élément de fragilité de la légitimité de la Cour constitutionnelle sud-africaine repose peut-être sur le fait précisément qu'elle n'est plus uniquement une Cour constitutionnelle mais également une sorte de Cour suprême d'appel pour toutes les questions liées à la protection de l'État de droit. Cette modification de la Constitution intervenue en 2012 conduit à transformer la Cour constitutionnelle en une Cour plus générale possédant le dernier mot sur toutes les questions juridiques controversées. Assez anodine sur le papier, cette compétence élargie de la Cour la transforme en autre chose qu'une Cour constitutionnelle. Alors que sa mission initiale est parfaitement délimitée par les textes, celle de Cour suprême finale des « questions juridiques d'importance publique générale » l'est beaucoup moins. Cette extension qui pourrait être perçue de prime abord comme une reconnaissance supplémentaire de la légitimité de la Cour constitutionnelle aboutit en réalité à brouiller les rôles et l'amène à intervenir dans des situations politiquement controversées où les choix qu'elle opère sont scrutés et inévitablement soumis à la critique. De surcroît, cette extension de compétence a conduit la Cour à faire face à une augmentation substantielle des requêtes qu'elle doit gérer en admettant ou non les recours portés devant elle. Si l'idée pouvait donc apparaître initialement séduisante, elle a produit un effet pervers en termes de capacité de la Cour à gérer une compétence supplémentaire qui a pu affecter la perception de sa légitimité.

* * *

Il est bien difficile d'évaluer avec précision la légitimité d'une institution telle que la Cour constitutionnelle sud-africaine. Il ressort de cette étude que cette légitimité a été largement appuyée par son contexte de création : celui d'une transition constitutionnelle démocratisante dans laquelle la Cour est apparue naturellement comme un interlocuteur légitime pour garantir le nouvel équilibre constitutionnel. Cette légitimité de « naissance » s'est cependant émoussée au fil du temps, au fur et à mesure que la Cour changeait de composition et que les enjeux politiques s'immisçaient dans les questions soumises à la Cour. La traversée de la décennie 2010 marquée par la corruption d'État et par la défense des valeurs constitutionnelles a cependant été émoussée par un questionnement sur la place et le rôle de la Cour constitutionnelle dans sa capacité à gérer

à la lumière des valeurs religieuses. V. sur ce point P. De Vos « Justice Mogoeng - An Unwise Decision », Constitutionally Speaking, 16 août 2011, <https://constitutionallyspeaking.co.za/justice-mogoeng-an-unwise-decision/> Pour une analyse profonde de ces causes, v. Nurina Ally & Leo Boonzaie « The Constitutional Court's Efficiency: Statistics from the Mogoeng Era, 2010-2021 », *Constitutional Court Review* 2022, Volume 12, 317-342 <https://doi.org/10.2989/CCR.2022.0012>

des compétences élargies et à maintenir les valeurs du constitutionnalisme transformatif pour lesquelles elle a été créée.

NE PAS COPIER