

Constitution et pratiques de la Constitution en Afrique du sud : Les pratiques anticonstitutionnelles.

Xavier PHILIPPE¹

Introduction - Évoquer les « pratiques de la Constitution » pour l'observateur d'un système constitutionnel relève d'un pari toujours quelque peu hasardeux. Une Constitution contient un certain nombre de règles dont l'observation devrait être la seule conséquence logique. La pratique de la Constitution ne devrait être rien d'autre que la mise en œuvre des règles constitutionnelles qui représente la « règle du jeu » de la vie politique et sociale. Elle ne devrait donc être qu'une opérationnalisation de la Constitution révélant son parfait fonctionnement. Pourtant... la réalité s'écarte de cet idéal qui semble ne jamais véritablement exister. Si l'on pousse la réflexion plus avant, évoquer des pratiques inconstitutionnelles signifie que la règle constitutionnelle a été méconnue pour des raisons qui peuvent être diverses (mauvaise interprétation, ambiguïté du texte...) mais qui procèdent d'une démarche prenant en considération la constitution. Certes, la règle était mal appliquée mais elle en tenait compte. Une étape supplémentaire semble devoir être franchie lorsque la pratique est « anticonstitutionnelle », c'est-à-dire non seulement ne prend pas en compte la règle constitutionnelle mais s'y oppose sciemment révélant ainsi une volonté malveillante ou de destruction de la constitution. Plus qu'une question de degré, la pratique anticonstitutionnelle comporte une volonté, une intention consciente. Il est également possible de considérer que toute pratique inconstitutionnelle ou contraire à la constitution est une pratique anticonstitutionnelle. Si jouer avec les mots ne représente pas la finalité de cette réflexion, il faut convenir que les discussions sur les pratiques anticonstitutionnelles risquent de tourner court si les acteurs ne s'entendent pas sur la signification des termes du débat.

Pourtant, la réflexion sur les pratiques anticonstitutionnelles peut révéler un intérêt intellectuel dès lors qu'elle intègre une dimension comparative. La diversité des systèmes constitutionnels ainsi que leur imperfection de fonctionnement grandissante rendent cette réflexion utile pour tenter de comprendre comment ces dérives constitutionnelles peuvent progressivement se développer au point parfois de remettre en cause le texte qui les fonde.

Compréhension des pratiques anticonstitutionnelles en Afrique du sud - Ces quelques remarques générales sont indispensables pour étudier la situation des pratiques anticonstitutionnelles en Afrique du sud. On pourrait logiquement penser qu'un État ayant adopté une constitution de façon relativement récente se prémunisse contre de telles déviances, *a fortiori* lorsque cet État a lui-même été victime par le passé de telles pratiques et a cherché à s'en protéger. On pourrait l'imaginer dans des États qui se réfèrent à de « vieilles constitutions » dont le texte ne correspond plus nécessairement à un fonctionnement moderne de la vie politique. En revanche, rien ne prédestinait l'Afrique du sud démocratique à être confrontée à de telles pratiques aussi rapidement. Et pourtant ! Trente ans après avoir adopté sa constitution définitive en 1996,

¹ 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* - Membre du Comité exécutif de l'Association internationale de droit constitutionnel (IACL-AIDC) ; Trésorier et membre du Conseil d'administration de l'*Institut Louis Joinet IFJD (Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie)*, Xavier.Philippe@univ-paris1.fr

l'Afrique du sud a été confrontée à un nombre de pratiques anticonstitutionnelles peu imaginables au moment où son texte fondateur était adopté.

L'apartheid comme pratique anticonstitutionnelle originaire – L'Afrique du sud a été confrontée dès son origine à ce décalage entre la constitution et ses pratiques à travers la mise en œuvre de la politique d'apartheid. Alors même que le système constitutionnel et juridique garantissait certains principes généraux comme ceux de justice et d'égalité², les gouvernements successifs postérieurement à 1948 - date de la victoire du *Parti National* - n'ont cessé de développer des législations discriminatoires et racistes. L'interdiction des mariages interraciaux, les restrictions aux libertés politiques, les détentions arbitraires, l'état d'urgence et la pratique de la torture étaient déjà des pratiques anticonstitutionnelles sous le régime d'apartheid. Si l'on considère l'histoire constitutionnelle sud-africaine, il existe donc une longue tradition de pratiques anticonstitutionnelles liées au régime politique mis en place et au mode de gouvernement qui l'animait³. Si une telle période est aujourd'hui révolue, elle a cependant laissé des traces durables dans la conception de l'exercice du pouvoir et dans le rapport que certaines autorités publiques entretiennent au regard de la constitution.

Le changement de paradigme constitutionnel lié à l'avènement de la démocratie sud-africaine en 1994 – La fin du régime d'apartheid et l'avènement de la démocratie constitutionnelle ont pu laisser penser que la soumission des autorités à la constitution allait résoudre les difficultés et que la création d'un *Constitutional State* (« État de droit » en français) permettrait de gérer la vie politique et sociale d'une telle façon que la règle constitutionnelle deviendrait la référence pour gouverner l'action publique mais également les rapports sociaux. La Constitution intérimaire de 1993 puis celle dite « finale » de 1996 avaient été élaborées en ce sens. La longueur mais surtout la précision des deux textes témoignent de cette volonté de soumettre l'ensemble des autorités publiques mais également la société à la Constitution devenue un élément de protection des individus et obligeant l'État à mettre en œuvre les transformations promises lors de l'apparition de la démocratie. Cette évolution vers une nouvelle société, dont les relations seraient canalisées par le droit et les procédures constitutionnelles, prenait le contrepied du régime antérieur et positionnait le cadre constitutionnel sud-africain comme un système cohérent et construit permettant de gouverner de façon opérationnelle. Le danger des dérives anticonstitutionnelles semblait écarté. Il le fut pendant un temps car d'une part les acteurs politiques originaires avaient participé à la rédaction de la Constitution et avaient donc été associés à son élaboration ; d'autre part, il existait une volonté de respecter la Constitution considérée comme le nouveau contrat social commun dont l'acceptation avait été très large. La situation se modifia progressivement avec l'éloignement du moment d'adoption du texte constitutionnel.

Les écarts progressifs au respect de la Constitution : de l'inconstitutionnalité ponctuelle et accidentelle à la volonté délibérée de remise en question de l'ordre constitutionnel par des pratiques anticonstitutionnelles – Les décennies postérieures à l'adoption de la Constitution ont

² On rappellera ici que le système constitutionnel initial était celui de 1909 avec le *South Africa Act* qui rattachait l'Union sud-africaine à la Couronne britannique. En 1961, fut adoptée une nouvelle constitution autonome républicaine qui sera remplacée par la Constitution tricamérale de 1983. Fondées sur le modèle de *Westminster*, ces textes étaient essentiellement institutionnels, la garantie des droits s'opérant par les principes de *Common Law* applicables dans cet État de droit mixte. Juridiquement, les lois d'apartheid ont été adoptées en contradiction avec ces principes généraux mais sans que cela ne donne lieu à des sanctions.

³ V. J. Dugard *Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid*, disponible sur <https://legal.un.org/avl/ha/cspca/cspca.html>

progressivement remis en cause l'attachement initial à son texte et ses principes mais ont également vu se développer des attaques contre la Constitution ainsi que le système qu'elle avait mis en place.

Séquentialisation - On peut distinguer quatre périodes. La première période concerne celle suivant immédiatement l'adoption de la Constitution : elle se caractérise par une volonté de la respecter et la mettre en œuvre. Elle correspond à la présidence de Nelson Mandela puis à la première présidence de Thabo Mbeki. Elle peut être qualifiée « d'âge d'or » de respect de la Constitution bien que la Cour constitutionnelle ait durant cette période rendue des décisions cardinales en matière d'inconstitutionnalité de certaines lois ou de certaines pratiques. Cette première période correspond également à la montée en puissance des institutions constitutionnelles nouvellement créées et à la promotion des droits fondamentaux. La deuxième période que l'on peut situer entre 2004 et 2012 correspond au deuxième mandat de Thabo Mbeki puis à son éviction par Jacob Zuma. Les inconstitutionnalités montent en intensité. Elles révèlent des désaccords profonds entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, le pouvoir législatif étant dans l'incapacité de s'opposer au Président et au gouvernement pour des raisons politiques. L'affaire *Treatment Action Campaign* dite de la trithérapie pour lutter contre la transmission du virus du SIDA en constitue l'emblème : l'inaction de l'exécutif était ici révélée et témoignait d'un refus conscient d'aller à l'encontre des recommandations scientifiques. Cette période révèle un écart croissant entre la lettre, l'esprit de la Constitution et son respect. La troisième période correspond à celle des présidences de Jacob Zuma et révèle une volonté de défiance, voire même de combat à l'égard de la Constitution. Elle est marquée par des affaires célèbres comme celle de la résidence présidentielle de *Nkandla* ou encore par la corruption endémique au plus haut niveau de l'État avec le phénomène de *State Capture* (ou captation des biens de l'État)⁴. Cette période a été la plus « anticonstitutionnelle » par les pratiques qui se sont développées. On se trouve aujourd'hui dans une quatrième période qui n'est pas encore achevée et durant laquelle les signaux envoyés à l'égard de la Constitution semblent revenir vers une situation d'apaisement et de nouvelle croyance dans la règle de droit mais où subsistent des comportements remettant en cause le cadre constitutionnel. Les pratiques inconstitutionnelles n'ont pas disparu mais les pratiques anticonstitutionnelles, c'est-à-dire délibérées et conscientes, semblent en régression.

Cette séquentialisation des inconstitutionnalités révèle des attitudes profondément différentes oscillant entre « l'erreur commise sans intention de méconnaître la constitution » et « la volonté consciente de la violer, voire de la combattre ».

Précisions terminologiques propres à l'Afrique du sud dans la compréhension des termes « pratiques anticonstitutionnelles » - Bien que cette question puisse être discutée, le terme « pratique anticonstitutionnelle » en Afrique du sud vise des pratiques hostiles à l'ordre constitutionnel lui-même alors que celui de « pratique inconstitutionnelle » vise plus simplement

⁴ La notion de *State Capture* est difficilement traduisible sans qu'elle perde de son essence. Elle pourrait être traduite par « capture des actifs ou biens de l'État » ou de « captation de l'État », ou encore de « mainmise sur l'État ». La capture de l'État est considérée comme une forme extrême de corruption politique. Des groupes d'intérêts privés ou des individus influencent les lois et les décisions publiques pour s'enrichir. Il ne s'agit pas seulement de simple corruption mais d'un contrôle profond des institutions pour servir un clan ou une entreprise. Elle a été mise en avant par la Banque mondiale au début des années 2000 à propos de la corruption des États d'Asie centrale après la chute de l'URSS. Cependant, aujourd'hui, elle est devenue un symbole pour décrire le scandale de l'ancien président Jacob Zuma et de la famille Gupta en Afrique du sud. Des réseaux mafieux ont pillé les entreprises publiques. Pour un résumé de l'intégralité de cette affaire v. <https://www.pplaaf.org/fr/cases/state-capture.html>.

celle qui ne respecte pas la constitution sans intention de la méconnaître ou de l'ignorer. Ces dernières ne comportent de volonté subjective de détournement ou d'attaque contre la constitution. Concrètement cela permet de distinguer le terme « inconstitutionnel » visant un texte, une décision ou une action non-conforme à la constitution et le terme « anticonstitutionnel » qui renvoie à une attitude, une manœuvre ou une pratique dirigée contre la constitution dans le but de l'ignorer, la contourner ou la détruire⁵. Dans le cadre sud-africain, les pratiques anticonstitutionnelles correspondent à des attaques délibérées contre la constitution et sont représentées en termes de paroxysme par l'ère Zuma, plus particulièrement durant son second mandat.

Seront examinées successivement dans ce rapport la façon de penser juridiquement les pratiques anticonstitutionnelles en Afrique du sud (I) puis de saisir ces pratiques en examinant comme les sanctionner et les prévenir (II).

I. L'appréhension juridique des pratiques anticonstitutionnelles en Afrique du sud

A. Un panorama des pratiques anticonstitutionnelles relevées en Afrique du sud depuis l'adoption de la Constitution de 1996

Un cadre constitutionnel tourné vers le respect d'un accord de société - Une réflexion collective et comparative engagée sur les pratiques anticonstitutionnelles conduit à privilégier une approche contextuelle de ces pratiques. Suivant l'État considéré, les pratiques considérées comme anticonstitutionnelles seront perçues à travers leur gravité et la confiance collective placée dans le système constitutionnel. Sur ce point, l'Afrique du sud postapartheid fait partie de ces États ayant confié un rôle central à la constitution dans la mesure où la fin du régime précédent avait été fondée sur un recentrage autour de la règle de droit et des garanties qu'elle offrait. Le constitutionnalisme sud-africain s'est donc développé autour de cette confiance mutuelle placée dans la Constitution. Il s'est caractérisé par sa volonté de transformation de la société (constitutionnalisme transformatif, développé par K. Klare) même s'il a également rempli ses fonctions traditionnelles (institutionnelles, de garantie des droits fondamentaux et sociétaux).

Une propension initiale élevée au respect de la constitution - Ce phénomène a généré deux conséquences directes – souvent palpables lorsqu'une constitution vient d'être adoptée et que les acteurs politiques en ont été les négociateurs : d'une part, le respect de la constitution est conçu comme une garantie et une justification du bien-fondé des décisions prises ; d'autre part, si d'aventure une inconstitutionnalité était révélée, sa correction ou l'invalidation de la décision ou de l'action contestée aurait pour conséquence l'acceptation et la soumission entière au constat et à la correction de l'inconstitutionnalité. À titre d'illustration, lorsque la Cour constitutionnelle rend l'un de ses premiers arrêts déclarant la peine de mort inconstitutionnelle⁶, il ne s'agissait pas de remettre en cause l'ordre constitutionnel mais de le préciser dans un contexte où la peine de mort faisait débat et n'avait pas été tranchée lors de l'élaboration de la constitution. Il n'y avait pas eu de volonté de contourner ou de méconnaître la constitution mais bien de la préciser. La décision a été parfaitement acceptée.

⁵ Ces deux termes ne sont pas concurrents. Ils sont différents sur le plan sémantique : *anticonstitutionnel* signifie qui est hostile à la constitution politique du pays, qui est dirigé contre la constitution : disposition, manœuvre anticonstitutionnelle ; *inconstitutionnel* signifie qui n'est pas conforme à la constitution de l'État. <https://nos-langues.canada.ca/fr/juridictionnaire/anticonstitutionnel-inconstitutionnel>

⁶ *S v Makwanyane and Another* (CCT 3/94) 1995 ZACC 3, 1995 (3) SA 391 (CC).

L'apparition des pratiques anticonstitutionnelles : de la dérive à la déviance – Le contexte constitutionnel sud-africain a évolué progressivement et intégré certaines pratiques qui au fil du temps ont donné lieu à un écart de plus en plus grand entre la règle constitutionnelle et les décisions prises. Cela signifie que la régulation des inconstitutionnalités par les juridictions et notamment la Cour constitutionnelle ne s'est plus limitée à un contrôle marginal des inconstitutionnalités mineures mais a débouché sur des décisions qui allaient ouvertement révéler des inconstitutionnalités majeures.

L'une des décisions emblématiques dans ce tournant fut la décision *Pharmaceutical Manufacturers Association of South Africa and Another: In re Ex Parte President of the Republic of South Africa and Others*⁷ par laquelle la Cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnelle la promulgation d'une loi par le président en raison de son irrationalité. Cette loi devait remplacer largement le régime antérieur applicable au contrôle des médicaments humains et vétérinaires et modifier le régime de certaines substances agricoles et vétérinaires.

Le texte avait été promulgué en décembre 1998, mais prévoyait qu'il n'entrerait en vigueur qu'à une date à déterminer par le Président. Par la Proclamation R49 of 1999, publiée le 30 avril 1999, le Président avait annoncé son entrée en vigueur. Le problème était majeur car les annexes réglementaires et plusieurs règles nécessaires au fonctionnement pratique du nouveau système n'étaient pas prêtes. Or, l'entrée en vigueur de la nouvelle loi abrogeait également les principales annexes du régime précédent. En conséquence, le cadre juridique permettant de classer et contrôler les médicaments risquait de devenir inopérant. En sanctionnant cette irrationalité en tant qu'inconstitutionnalité, la Cour constitutionnelle transmettait un message à peine voilé de réprimande des conséquences générées par une telle situation. Cette décision marquait le passage d'une forme de régulation des inconstitutionnalités à un contrôle des pratiques constitutionnelles et de l'absence d'évaluation des conséquences d'une décision législative ou exécutive.

Il restait cependant difficile d'y voir une pratique anticonstitutionnelle dans la mesure où l'élément de volonté n'était pas caractérisé et évident. Il faudra attendre la décision *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 2)*⁸ qui constitue l'une des décisions les plus importantes de la Cour constitutionnelle sud-africaine sur les droits sociaux. Elle a obligé l'État à lever les restrictions injustifiées à la distribution de *névirapine* dans les établissements publics et à mettre en œuvre un programme raisonnable de prévention de la transmission du VIH de la mère à l'enfant. La Cour censure ici davantage la façon de mener une politique et son irrationalité que le strict respect du droit constitutionnel à la santé. Cette politique s'inscrivait dans un climat de contestation des politiques gouvernementales sur le SIDA. L'association *Treatment Action Campaign (TAC)*, une organisation militante sud-africaine, avec le *Children's Rights Centre* et le Dr Haroon Saloojee, avaient saisi la justice pour faire sanctionner la politique de santé qu'ils jugeaient irrationnelle et incohérente. En dépit de ces arguments, l'exécutif avait maintenu sa position et la Cour a rendu une ordonnance enjoignant au ministère de la santé de prendre des mesures immédiates d'accès aux médicaments. L'inconstitutionnalité se détecte ici autant dans la méconnaissance de la constitution que dans l'attitude des autorités publiques à ne pas vouloir infléchir leur position alors que rien ne les en empêchait. Un cran supplémentaire est franchi dans ce cadre car les autorités savaient ce qu'il était possible de faire

⁷ (CCT 31/99), 2000 ZACC 1, 2000 (2) SA 674 (CC), 2000 (3) BCLR 241 (CC)

⁸ *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 2)*, CCT 8/02, 2002ZACC 15, 2002 (5) SA 721 (CC), 2002 (10) BCLR 1033 (CC), 5 juillet 2002.

et ne l'ont pas fait. Cette décision fut aussi emblématique d'un élément important pour évaluer la pratique anticonstitutionnelle : l'attitude de la société civile face à l'exercice des politiques publiques. Il ne s'agissait pas de défendre des intérêts individuels ou catégoriels mais d'une divergence d'appréciation entre ce que la société attend et que les décideurs publics sont en mesure d'apporter.

Les décisions révélant le passage de la dérive à la déviance furent cependant celles qui marquèrent l'ère du Président Jacob Zuma avec notamment les affaires *Nkandla* et celle dite des *Scorpions*. L'affaire de *Nkandla* marqua une véritable rupture dans l'intensité des pratiques anticonstitutionnelles. Dans la décision de la Cour constitutionnelle *EFF v Speaker ; DA v Speaker* de 2016, la Cour a considéré que les dépenses publiques engagées pour la résidence privée du Président Jacob Zuma à *Nkandla* (piscine, enclos à bétail, poulailler, centre d'accueil des visiteurs et amphithéâtre) constituaient des aménagements non-liés à la sécurité du Président. La défenseure des droits (*Public protector*, autorité constitutionnelle indépendante), Thuli Madonsela, avait demandé au Président de rembourser une portion raisonnable des coûts de ces aménagements. Jacob Zuma ne s'était pas conformé à ces demandes. Parallèlement, l'Assemblée nationale avait adopté une résolution fondée sur les conclusions d'un ministre qui exonérait le président de sa responsabilité et de tout remboursement. La Cour a refusé cette approche en se fondant sur deux arguments déterminants : d'une part, la défenseure des droits représente une institution constitutionnelle indépendante et ses décisions possèdent un effet contraignant tant qu'elles ne sont pas annulées ou suspendues par une juridiction compétente ; d'autre part, ni le Président ni le Parlement ne peuvent substituer un rapport politique ou ministériel à une décision juridiquement obligatoire du protecteur public. La Cour a donc déclaré que le Président Zuma avait manqué aux obligations découlant des articles 83(b), 181(3) et 182(1)(c) de la Constitution. Elle a aussi déclaré inconstitutionnelle et illégale la résolution parlementaire ayant neutralisé la décision du protecteur public. Le Trésor devait déterminer dans les 60 jours le montant de la somme à rembourser en conséquence de quoi le Président Zuma devait payer dans les 45 jours suivants.

Une autre décision marquante pour comprendre les pratiques anticonstitutionnelles en Afrique du sud concerne la lutte contre la corruption et les institutions chargée de la mener. Cette affaire cristallisée dans la décision de la Cour constitutionnelle *Glenister II*⁹ est la grande affaire « structurelle » de l'ère Zuma. Après la dissolution du *Directorat des opérations spéciales* (*Directorate of Special Operations* – connu sous le nom de *Scorpions*), unité jusque-là réputée et particulièrement active contre la criminalité organisée et la corruption – la majorité de la Cour a considéré que son remplaçant, la nouvelle unité des *Hawks*, n'était pas suffisamment protégée contre l'influence politique. L'apport doctrinal de cette décision fut important : la Cour a déduit de la Constitution et des conventions internationales ratifiées par l'Afrique du Sud une obligation de disposer d'un organisme anticorruption présentant une indépendance à la fois *structurelle et opérationnelle*. La Cour ne réclamait ni une indépendance absolue ni une absence complète de contrôle politique ; elle exigeait des garanties effectives contre l'ingérence indue, notamment dans les recrutements, les conditions d'exercice du mandat, la sécurité de l'emploi et l'autonomie des

⁹ *Glenister v President of the Republic of South Africa and Others* (CCT 48/10) 2011 ZACC 6; 2011 (3) SA 347 (CC); 2011 (7) BCLR 651 (CC) ; v. égal. Singh, KJ 2014, *Fighting corruption, a constitutional imperative: the case of Hugh Glenister v President of the Republic of South Africa*, LLM Dissertation, University of Pretoria, Pretoria, viewed 26/08/24 <http://hdl.handle.net/2263/43243>.

enquêtes. L'effet immédiat fut une déclaration d'invalidité différée de 18 mois : le Parlement devait modifier le cadre législatif.

D'autres décisions marquantes en matière de corruption et de comportements anticonstitutionnels des autorités publiques ont certainement été marqués par l'affaire *Gupta* et la capture des biens de l'État par l'exécutif ainsi que les suites qui ont été données à cette affaire tant par la Commission d'enquête indépendante dénommée *Commission Zondo*¹⁰. Cette affaire à rebondissements a duré pendant de nombreuses années et concerné la collusion du pouvoir exécutif par le biais du Président de la République Jacob Zuma avec une famille d'origine indienne, les *Gupta*, qui ont, avec l'absolution des instances de l'ANC et une forme de léthargie du Parlement, littéralement pillé les ressources des grandes entreprises publiques sud-africaines (énergie, transport) au point d'en faire disparaître certaines ou de les laisser dans un état de faillite complète.

La décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud du 29 juin 2021¹¹ condamnait à une peine d'emprisonnement ferme de 15 mois l'ancien Président de la République Jacob Zuma pour outrage à la Cour (*contempt of court*). Elle sanctionnait le refus de Jacob Zuma de respecter une ordonnance antérieure de la Cour¹², qui lui avait ordonné de se présenter devant la Commission d'enquête sur la captation de l'État (commission *Zondo*), afin de répondre aux citations à comparaître et de déposer selon le calendrier fixé par la Commission. Il avait refusé de comparaître et de témoigner malgré cet ordre direct de la plus haute juridiction sud-africaine. La Cour a donc conclu qu'il s'était rendu coupable du délit d'outrage à la justice. Elle l'a déclaré coupable et lui a infligé une peine d'emprisonnement immédiatement exécutoire de 15 mois. La sanction était particulièrement exceptionnelle, car elle était prononcée directement par la Cour constitutionnelle à l'encontre d'un ancien président. La Cour avait estimé qu'une nouvelle injonction ou une sanction conditionnelle ne suffirait pas : le refus ouvert et répété de Zuma risquait de porter gravement atteinte à l'autorité judiciaire et à l'État de droit¹³. Cette affaire a marqué les esprits car elle démontrait que la Cour constitutionnelle résistait aux pressions et ne plaçait pas les chefs de l'exécutif au-dessus de la Constitution. Au-delà de la seule question d'outrage à la Cour, la juridiction constitutionnelle sanctionnait un système d'attaque anticonstitutionnelle que les autorités publiques avaient non seulement cautionné mais également organisé.

¹⁰ Officiellement dénommée *The Judicial Commission of Inquiry into Allegations of State Capture, Corruption and Fraud in the Public Sector including Organs of State* et présidée par le vice-président de la Cour constitutionnelle Raymond Zondo. Cette commission d'enquête indépendante avait été créée conformément à la Constitution. V. sur ce sujet en langue française notre étude 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 Bernard, Frédéric / Hertig Randall, Maya / Bovet, Christian / Flückiger, Alexandre (éds), *Le droit au service de l'humanité*. Mélanges en l'honneur de Michel Hottelier, Collection genevoise, Genève/Zurich, Schulthess Éditions Romandes, 2023, pp. 377-397.

¹¹ *Secretary of the Judicial Commission of Inquiry into Allegations of State Capture, Corruption and Fraud in the Public Sector including Organs of State v Jacob Gedleyihlekisa Zuma (Helen Suzman Foundation as amicus curiae)*, CCT 52/2, ZACC 18.

¹² Ordonnance du 28 janvier 2021, *Secretary of the Judicial Commission of Inquiry into Allegations of State Capture, Corruption and Fraud in the Public Sector including Organs of State v Jacob Gedleyihlekisa Zuma*, CCT 295/20, 2021 ZACC 2.

¹³ Jacob Zuma avait ensuite demandé l'annulation ou la rétractation de la décision. Dans une nouvelle décision du 17 septembre 2021, *Jacob Gedleyihlekisa 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*, 2021 ZACC 28, la Cour avait rejeté l'essentiel de cette tentative, en rappelant que la décision du 29 juin l'avait reconnu coupable d'outrage et avait fixé la peine de 15 mois.

La question a également rebondi récemment avec une autre affaire concernant l'actuel Président de la République Cyril Ramaphosa, à propos de l'affaire dite du scandale de la ferme *Phala Phala* (du nom de la propriété appartenant au Président où furent découverts dans les coussins d'un canapé 580.000 dollars américains en billets de banque). Un rapport d'un groupe d'experts indépendants (fondé sur l'article 89 de la Constitution concernant la procédure de révocation) avait conclu au renvoi du président devant une commission en vue d'une possible destitution. Le Parlement en décembre 2022, avait rejeté ce rapport, ce qui aboutissait à bloquer l'enquête et protéger le président. Le 8 mai 2026, la Cour constitutionnelle a estimé que le Parlement avait agi de manière illégale et anticonstitutionnelle¹⁴.

Il n'est guère ici possible de dresser un tableau complet de ce que le système juridique sud-africain a pu considérer comme des pratiques anticonstitutionnelles¹⁵ mais il faut souligner que deux pouvoirs ont résisté à ces attaques directes contre la Constitution : le premier est représenté par les médias qui ont joué le rôle de « lanceurs d'alerte » contre les dérives du système. Constitutionnellement protégés, ils n'en ont pas moins été un élément crucial dans la protection de l'ordre constitutionnel ; le second est le pouvoir judiciaire dans son ensemble¹⁶ avec à son sommet la Cour constitutionnelle. Il faudrait ajouter à ces deux pouvoirs un troisième, représenté par la société civile que ce soit par le biais d'associations ou même parfois d'initiatives individuelles. Il faut rendre hommage à toutes celles et ceux qui ont cherché à protéger la démocratie et la constitution sud-africaine dans des moments difficiles et sans jamais perdre confiance dans les combats qui ont été menés.

B. Comment peuvent être appréhendées les pratiques anticonstitutionnelles en Afrique du sud ?

Les développements précédents étaient destinés à comprendre comment la situation constitutionnelle sud-africaine, c'est-à-dire le cadre textuel mais également l'interprétation et les pratiques constitutionnelles, ont pu générer des dérives puis des déviations¹⁷ au regard des exigences initiales formulées par les auteurs de cette promesse constitutionnelle qu'était le texte de 1996.

Le rejet du « concept de pratiques anticonstitutionnelles » - Il ressort de l'analyse de ces pratiques qu'elles sont nées le plus souvent de façon erratique, imprévisible et qu'en présenter une construction d'ensemble apparaît difficile, voire présomptueux. Vouloir créer un « concept des pratiques anticonstitutionnelles » ne semble pas avoir de sens dans le contexte sud-africain. Si l'on considère le concept comme une idée construite, fondée sur des critères identifiés et possédant certaines fonctions au sein d'une théorie ou d'un raisonnement, rien de tout cela ne pourrait présider à la création d'un concept, même de façon empirique. Les seuls éléments qui semblent se retrouver – mais avec une force et des degrés variables – sont représentés par l'élément conscient et intentionnel de se mettre en porte à faux ou de s'opposer à la constitution. Tout au plus pourrait-on regrouper l'ensemble sous l'idée de notion de « pratique anticonstitutionnelles » pour en dresser une forme d'inventaire mais cela ne pourrait guère aller plus loin. Ceci reste donc très subjectif et ne peut prétendre s'inscrire dans une théorie construite de ce que l'on

¹⁴ CCT 35/24, 8 mai 2026 *Economic Freedom Fighters and Another v Speaker of the National Assembly and Others* [2026] ZACC 17, 2026 (8) BCLR 761.

¹⁵ Une proposition de tableau des pratiques relevées est toutefois proposée à titre indicatif à la fin de cette contribution.

¹⁶ Il faut y inclure les autorités constitutionnelles indépendantes et notamment le défenseur public des droits (*Public Protector*), qui ont su résister aux pressions qui pesaient sur elles.

¹⁷ La différence résidant dans la « conscience » que les auteurs de ces pratiques ont pu posséder de l'écart de leurs attitudes ou décisions avec les exigences constitutionnelles

pourrait dénommer une pratique anticonstitutionnelle. Il faut donc se rendre à la raison et renoncer à vouloir construire un concept qui n'en serait pas un.

La classification des inconstitutionnalités et leur gradation permettent-elles de mieux comprendre les enjeux du débat ? – La classification sémantique des inconstitutionnalités possède avant toute chose une vertu pédagogique permettant de comprendre et de faire comprendre les variations pouvant exister entre ces méconnaissances ou mauvaises interprétations de la constitution ainsi que leur gravité. De ce point de vue, les trente années d'existence de la Constitution sud-africaine ont révélé différents types de méconnaissance ou de violations qui dépendaient à la fois du contexte mais également de la façon dont la Constitution pouvait se comprendre et s'interpréter.

Deux types d'éléments sont rentrés en ligne de compte. D'une part, la signification de la Constitution s'est affinée avec sa mise en œuvre et les pratiques auxquelles elle a donné lieu. Il est donc logique qu'une série d'inconstitutionnalités soient nées des réglages indispensables à la mise en œuvre d'un nouveau système constitutionnel. On pourrait comparer ce phénomène à celui d'un rodage du texte nécessitant des ajustements. Il est difficile de qualifier ce phénomène de sanction de pratiques anticonstitutionnelles dans la mesure où l'on se trouve davantage dans la logique d'un contentieux de l'appréciation de validité et de l'interprétation. Un cap a cependant été franchi avec ce que l'on pourrait appeler les « inconstitutionnalités ouvertes », c'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles il existait une connaissance de l'inconstitutionnalité antérieure à sa sanction par un organe ou une juridiction ou une forme de persévérance dans la volonté de ne pas respecter la Constitution. Dans cette hypothèse, il est possible de tenter de dresser une typologie des inconstitutionnalités et de leur gravité. La difficulté repose cependant sur la subjectivité de cette appréciation, c'est-à-dire au fond de savoir qui la formule et dans quel but. Pour positionner ce débat dans le cadre sud-africain en s'appuyant sur les jurisprudences examinées, la différence est assez nette entre par exemple la décision *Hugo*¹⁸ qui permet au Président sud-africain de prendre des mesures de grâce présidentielle tout en les soumettant au contrôle de constitutionnalité et la décision TAC (*Treatment Action Campaign*)¹⁹ où la Cour constitutionnelle déclare inconstitutionnelle l'irrationalité de la décision de ne pas administrer un médicament aux malades du SIDA mis à disposition gratuitement par un laboratoire. L'erreur peut toujours conduire à une inconstitutionnalité ; l'irrationalité voire la malveillance deviennent, quant à elles, des pratiques anticonstitutionnelles. La violation de la constitution franchit un pas supplémentaire lorsque les actes ou actions des autorités publiques se fondent sur des attaques ouvertes contre la constitution, voire cherchent à en saper les fondements. La doctrine sud-africaine a mis en exergue cette remise en question de l'ordre constitutionnel créé lors de la transition démocratique.

C. La réaction de la doctrine juridique sud-africaine face aux pratiques anticonstitutionnelles commises par les autorités sud-africaines

De l'optimisme doctrinal à la dénonciation des déviations - Si la doctrine juridique sud-africaine dénonce dans son ensemble les dérives et déviations identifiées précédemment, certains auteurs ont été à la pointe de ces dénonciations ne se limitant plus à observer et qualifier ces dérives mais mettant en garde la communauté juridique et le public contre les risques de remise en cause du

¹⁸ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo*, 1997 (4) SA 1 (CC), CCT 17/96. La Cour a admis que la remise de peine réservée à des mères détenues ayant de jeunes enfants créait une différence de traitement fondée sur le genre, mais a conclu qu'elle n'était pas injuste dans le contexte social considéré. Elle a cependant soumis le pouvoir présidentiel de Grâce au respect de la Constitution.

¹⁹ V. supra note 8.

système démocratique. La doctrine constitutionnelle sud-africaine est passée d'un optimisme scientifique à un observatoire tirant la sonnette d'alarme contre les pratiques anticonstitutionnelles remettant en cause la démocratie constitutionnelle. Ce changement d'attitude s'est manifesté à l'égard de quatre grands types de déviance.

Le constitutionnalisme abusif et autocratique – Les dérives engendrées par la capture des biens de l'État (*State Capture*) sous la présidence Zuma ont conduit la doctrine sud-africaine à puiser dans le constitutionnalisme comparé des phénomènes observés à l'étranger, notamment avec les dérives populistes constatées dans certains États et notamment les phénomène de glissement antidémocratique (*constitutional backsliding*) et de constitutionnalisme autocratique (*autocratic legalism*) signifiant que la règle constitutionnelle était utilisée comme une arme aux mains du pouvoir exécutif au lieu d'être un instrument au service des institutions et de la société. Ce phénomène a concrètement conduit les autorités exécutives à utiliser la Constitution pour servir leurs propres intérêts et dévoyer le système constitutionnel à leur profit. Ce phénomène transforme la constitution en arme contre elle-même (*weaponisation of law*), ce qui signifie que la référence à la constitution est en réalité un moyen de la détruire. Ce « constitutionnalisme abusif » développé par David Landau et Rosalind Dixon²⁰ s'applique parfaitement à la situation sud-africaine. Elle a été notamment mise en exergue par les professeurs Pierre De Vos²¹ et Richard Calland²² qui dénoncent ce dévoiement délibéré de la Constitution et en font une arme au service de ceux qui veulent la détruire. L'enseignement à en tirer repose sur la possibilité de faire naître des pratiques anticonstitutionnelles de la constitution elle-même.

Le syndrome de « la défense de Stalingrad » ou la guérilla judiciaire de mauvaise foi – Sous ces termes apparemment abscons se cache une réalité assez simple consistant pour les autorités publiques à utiliser les ressources offertes par le constitutionnalisme pour faire de l'obstruction et empêcher les institutions de fonctionner en multipliant les recours et retards dans l'exécution des décisions. La doctrine y voit un abus flagrant de procédure et une volonté manifeste de se placer au-dessus de la Constitution par l'usure des institutions. Ce syndrome de « la défense de Stalingrad »²³ conduit à une exploitation caractérisée des procédures existantes dans le but d'empêcher l'application de la Constitution. Cette situation correspond à une situation de guerre juridique (*lawfare*) conduisant à chercher à se défendre par tous les moyens même les plus inutiles.

²⁰ David Landau, « Abusive Constitutionalism », UC Davis Law Review, vol. 47, no 1, novembre 2013, pp. 189-260 ; Rosalind Dixon et David Landau, « Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy », UC Davis Law Review, vol. 53, no 3, 2020, pp. 1313-1387. Cet article étend l'analyse au rôle de cours constitutionnelles qui peuvent elles-mêmes contribuer à la dégradation démocratique. Des mêmes auteurs, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2021. L'ouvrage étudie la circulation internationale de doctrines constitutionnelles et leur emploi sélectif ou détourné à des fins illibérales.

²¹ V. not. P. De Vos *ANC And Ramaphosa's Choice On State Capture Report Findings – Self And Party Or The Good Of The Country?* <https://constitutionallyspeaking.co.za/anc-and-ramaphosas-choice-on-state-capture-report-findings-self-and-party-or-the-good-of-the-country/>; sa critique des pratiques anticonstitutionnelles délibérées ne se focalise pas sur le texte lui-même – qu'il considère comme robuste – mais sur la subversion politique et systémique des institutions par la classe dirigeante, en particulier durant l'ère de la « capture de l'État » sous Jacob Zuma, prolongée par les calculs partisans de l'ANC

²² V. R. Calland *The Zuma Years: South Africa's changing face of power*. Cape Town, Zebra Press, 2013. Il concentre sa critique sur la manière dont la culture politique interne de l'ANC a consciemment neutralisé les contre-pouvoirs constitutionnels pour permettre la capture de l'État.

²³ P. De Vos "Stalingrad defence: Zuma's costly and legally untenable attempts to avoid facing criminal charges" *Daily Maverick*, 27 octobre 2021.

La remise en cause de la légitimité de la Constitution et de la Cour constitutionnelle – Il s'agit ici d'une critique plus classique consistant à délégitimer le texte et l'arbitre constitutionnel lui-même. Lorsque la Cour a rappelé à l'ordre constitutionnel le pouvoir l'exécutif (notamment dans l'affaire *Nkandla*), plusieurs vagues d'attaques politiques de mauvaise foi ont été lancées contre la Cour. Cette critique baptisée de « *fétichisme constitutionnel* » consiste à considérer que le texte de la Constitution n'est pas sacralisé et que les positions de la Cour constitutionnelle ne tiennent pas compte des réalités. Concrètement, cela signifie que des partis et groupes politiques ont choisis d'attaquer directement la Constitution en la qualifiant de « *document libéral provenant d'États occidentaux* » ou de « *compromis de l'Apartheid* » empêchant une véritable transformation de l'Afrique du sud. La doctrine s'est fracturée entre les tenants d'une approche décoloniale²⁴ et ceux d'une approche plus positiviste, même si ces derniers s'accordent pour reconnaître la nécessité de réformes structurelles. Cependant, ils considèrent que les attaques contre la Constitution et la Cour constitutionnelle traduisent une rhétorique populiste guidée par la mauvaise foi. Les critiques formulées sont en réalité dues à un manque de volonté politique, à une absence de capacité de gouverner plus qu'à la Constitution elle-même ainsi qu'à la Cour qui l'interprète. Cette théorie de la « Constitution bouc émissaire » des déviations anticonstitutionnelles est âprement combattue notamment par certains membres de la doctrine, anciens juges²⁵, estimant que les élites politiques, notamment celles au pouvoir utilisent la Constitution comme une excuse pour masquer leur incompétence ou leur manque de courage politique.

L'affaiblissement du Parlement et des organes délibératifs – La doctrine estime enfin qu'au sein des pratiques anticonstitutionnelles, certaines d'entre elles sont issues d'un dévoiement des institutions et notamment de l'incapacité des organes délibératifs – le Parlement – d'exercer le contrôle qui leur est constitutionnellement dévolu. L'idée est ici assez simple. Elle repose sur l'ultra dominance pendant des décennies de l'ANC qui rendait ineffective et inefficace la mission de contrôle du Parlement qui bloquait toute tentative de demande de comptes et de responsabilité à l'égard de l'exécutif. Cela est dû, selon la doctrine, à une forme de népotisme au sein du couple exécutif-législatif, renforcé par le caractère parlementaire du système : ceci ressort notamment de décisions de la Cour constitutionnelle qui n'a pas admis que le Parlement mette fin à des procédures à l'encontre de présidents en exercice²⁶.

²⁴ La critique décoloniale de la Constitution de 1996 marque une rupture radicale avec les analyses de P. de Vos ou de R. Calland. Alors que ces derniers estiment que le texte est excellent mais trahi par les politiciens, les théoriciens décoloniaux soutiennent que la Constitution elle-même est le problème. Portée par des intellectuels, des juristes de la *Critical Legal Studies* sud-africaine (comme le Professeur Tshepo Madlingozi, directeur du *Centre for Human Rights*, (v. not. *"Social justice in a time of neo-apartheid constitutionalism: critiquing the anti-black economy of recognition, incorporation and distribution"* *Stellenbosch Law Review*, 2017) ou le Professeur Joel Modiri de l'Université de Pretoria, *"Conquest and constitutionalism: first thoughts on an alternative jurisprudence"* (*South African Journal on Human Rights*, 2018), cette école de pensée affirme que la Constitution de 1996 a été délibérément conçue pour préserver les structures de domination coloniale et blanche sous couvert de transition démocratique.

²⁵ Tel est le cas du Professeur Dennis Davis qui développe une critique originale des pratiques anticonstitutionnelles. Pour Dennis Davis, l'attaque la plus pernicieuse contre la Constitution ne vient pas de ceux qui la violent ouvertement, mais de ceux qui la vident de sa promesse sociale-démocrate. Sa critique est un réquisitoire contre la trahison politique d'une élite politique qui préfère accuser le texte constitutionnel plutôt que d'admettre son refus d'appliquer les outils radicaux qu'il contient pour transformer la vie des pauvres. Davis, Dennis M. & Klare, Karl (2024). *Two Cheers for Transformative Constitutionalism*. *Law and Critique* 35 (3): 487-533.

²⁶ Trois décisions attestent de cette abdication du contrôle. Dans la décision *Economic Freedom Fighters v Speaker of the National Assembly and Others* [2016] ZACC 11, la Cour a considéré à l'unanimité que le Parlement avait violé la Constitution en estimant que le Parlement n'avait pas le pouvoir de remplacer, d'ignorer ou de vider de leur

Il ressort de l'ensemble de ces éléments que la doctrine sud-africaine n'est pas restée insensible à ces pratiques anticonstitutionnelles et les a dénoncées. On remarquera toutefois un trait commun : ce n'est pas tant la Constitution elle-même qui est critiquée en tant que telle que la façon dont les autorités l'ont appliqué et s'en sont écartées.

II. Les réactions juridiques et politiques contre les pratiques anticonstitutionnelles

Les développements qui suivent seront beaucoup plus synthétiques que les précédents auxquels ils se réfèrent. La question centrale est celle de la réaction que peuvent manifester les contre-pouvoirs et le corps électoral face à ces pratiques anticonstitutionnelles. Les phénomènes identifiés par la doctrine sud-africaine démontrent que l'identification des pratiques est connue mais que la réponse dépend de facteurs conjoncturels eux-mêmes souvent multidimensionnels. Le pouvoir juridictionnel constitue une réponse mais ne peut à lui seul répondre à l'ensemble des attitudes qui conduisent à ces pratiques anticonstitutionnelles.

A. La sanction des pratiques anticonstitutionnelles

Les gardiens de l'orthodoxie constitutionnelle – La sanction des dérives et déviances anticonstitutionnelles revient logiquement au juge. Il a été constaté que le juge constitutionnel sud-africain avait su réagir face à des situations où nombre de ses homologues étrangers auraient probablement renoncé invoquant le caractère politique du contrôle dans lequel cette situation l'amenait. Ce courage de la Cour constitutionnelle est probablement dû à son rôle de juridiction suprême mais également au caractère multidimensionnel du contrôle de constitutionnalité. Le fait de pouvoir être saisi *a priori* ou *a posteriori*, de pouvoir exercer un contrôle abstrait ou un contrôle concret facilite la perception des pratiques anticonstitutionnelles. S'y ajoute une autre dimension tenant au fait que la Cour constitutionnelle n'est pas seule à contrôler ces pratiques anticonstitutionnelles mais bénéficie de l'ensemble du réseau juridictionnel pour détecter de telles pratiques. Bien qu'elle demeure l'arbitre final, la révélation des pratiques anticonstitutionnelles devant les juridictions ordinaires facilite leur appréhension et le moyen de lutter contre de telles pratiques. En un mot, la structure du système juridictionnel de garantie du respect de la constitution influe sur les moyens de lutte contre ces pratiques. Il existe ici une conception du contrôle de constitutionnalité, pensée par les auteurs de la Constitution, ayant permis de lutter contre de telles pratiques.

Des sanctions à haut risque ? – La Cour constitutionnelle et les juridictions sud-africaines n'ont jamais renoncé dans leur lutte contre les pratiques anticonstitutionnelles, au point de ne pas hésiter à envoyer en prison un ancien président qui s'estimait au-dessus de la Constitution. Ceci

substance les conclusions contraignantes de la Défenseure publique des droits. En agissant ainsi, les députés ont délibérément fait écran pour protéger le Président, commettant un manquement direct à leur obligation de lui demander des comptes (*accountability*). Un an plus tard, dans la décision *Economic Freedom Fighters and Others v Speaker of the National Assembly and Another* [2017] ZACC 47, la Cour est allée encore plus loin concernant la procédure de destitution : elle a considéré que l'Assemblée nationale avait failli à son obligation constitutionnelle en ne créant pas de mécanisme opérationnel pour enquêter sur les fautes présidentielles. La Cour a souligné que l'obligation de contrôle exige une action concrète et non un simple formalisme inefficace. Enfin dans la décision *Economic Freedom Fighters and Another v Speaker of the National Assembly and Others* [2026] ZACC 16, la Cour s'est prononcée sur les manquements parlementaires entourant le président en exercice, Cyril Ramaphosa. Elle a jugé que l'Assemblée nationale avait à nouveau renoncé à sa mission de surveillance en ne respectant pas l'obligation constitutionnelle contraignante de laisser une enquête contre le Président aller à son terme lorsque des indices graves existent. Mettre fin au processus de manière prématurée pour des motifs partisans a été qualifié d'acte inconstitutionnel et de parodie de contrôle.

ne s'est pas produit sans réactions dénoncées par les détracteurs du constitutionnalisme sud-africain. Il faut d'ailleurs s'interroger sur la dimension des pratiques anticonstitutionnelles : sont-elles limitées au texte de la constitution ou intègrent-elles de façon plus large les attaques contre la conception du constitutionnalisme défendue au sein d'un État ? L'expérience sud-africaine démontre que la seconde solution est souvent privilégiée. Mais le juge peut-il être seul à lutter contre les pratiques anticonstitutionnelles ? Le spectre du constitutionnalisme abusif n'est jamais bien loin et croire qu'il ne puisse jamais être menacé est probablement une erreur. La combinaison des différents contre-pouvoirs reste la réponse la plus efficace.

La multiplication et la diversité des contre-pouvoirs - L'Afrique du sud avait au moment de l'élaboration de sa constitution en 1994-1996 compris que la trilogie des pouvoirs n'était pas suffisante et qu'il fallait créer de nouveaux pouvoirs indépendants. Ce fut le cas des institutions du Chapitre 9 de la Constitution avec les institutions constitutionnelles indépendantes qui ont joué leur rôle même si celui-ci a été contesté. Le défenseur des droits (*Public Protector*) a par exemple été au cœur de la révélation de pratiques anticonstitutionnelles et a joué un rôle moteur de lanceur d'alerte. Elle a rencontré d'ailleurs de nombreux obstacles mais n'a guère renoncé grâce à son opiniâtreté.

A côté des contre-pouvoirs constitutionnels, d'autres contre-pouvoirs informels ont également favorisé la lutte contre les pratiques anticonstitutionnelles. Ainsi que cela a déjà été mentionné, le rôle des médias mais également de la société civile a contribué à lutter contre de telles pratiques et de telles déviances. Ces dénonciations, souvent étayées, ont contribué à faire naître une forme de culture de lutte contre les pratiques anticonstitutionnelles. Au fond, la connaissance de ce que devrait être le respect de la constitution permet une lutte beaucoup plus efficace contre ces pratiques. L'éducation et la prise de conscience représentent également cette forme de lutte et un moyen de sanctionner de telles pratiques. Ainsi, à titre d'exemple, elles ont aussi contribué à faire prendre conscience aux électeurs de l'incapacité de l'ANC à tenir ses promesses et à demeurer intègre et à lui faire perdre progressivement sa majorité absolue.

La lutte politique contre les pratiques anticonstitutionnelles - Cet affaiblissement progressif de l'ANC a vu émerger d'autres forces politiques qui ont contribué à faire naître des forces politiques d'opposition plus structurées, qui se sont révélées être des aiguillons efficaces pour lutter contre ces pratiques anticonstitutionnelles. À titre d'exemple, le parti *EFF* (*Economic Freedom Fighters*) a été celui qui a déclenché les recours pour les affaires de corruption présidentielle devant la Cour constitutionnelle. La recomposition du paysage politique peut représenter ainsi un moyen de lutte contre les pratiques anticonstitutionnelles mêmes si celles-ci sont dépendantes de stratégies politiciennes. Au fond, la sanction des pratiques anticonstitutionnelles ne passe peut-être pas par une réforme du constitutionnalisme mais par un changement dans l'attitude des acteurs. Ceci est loin d'être prévisible ni de faire l'objet d'une prédiction rationnelle.

B. La prévention des pratiques anticonstitutionnelles

Difficultés de prévention - Prévenir les pratiques anticonstitutionnelles peut aussi bien relever de la mise en œuvre de dispositions mécaniques de la constitution que de formuler des prédictions en lisant dans une boule de cristal. Comme cela a été analysé précédemment, l'une des caractéristiques des pratiques anticonstitutionnelles repose sur l'imprédictibilité de leurs formes et de leurs manifestations. S'il existe des formes récurrentes de telles pratiques, les promoteurs de telles inconstitutionnalités conservent des ressources insoupçonnées. Il faut donc à la fois capitaliser sur les expériences passées mais également savoir innover lorsque de nouvelles

pratiques apparaissent pour les détecter. À titre d'exemple, la corruption et le népotisme regorgent de ressources insoupçonnées.

Les mécanismes de prévention constitutionnels – Si la constitution ne peut pas tout prévoir, elle peut néanmoins offrir un certain nombre de ressources permettant de lutter contre les pratiques anticonstitutionnelles. Certaines peuvent être intégrées dans la constitution, soit institutionnellement, soit substantiellement, soit procéduralement. D'autres peuvent être créées par les autorités de contrôle soit en croisant les dispositions de la Constitution de façon combinée, soit de façon *sui generis* en partant de son esprit. La Constitution n'est pas sans ressources pour prévenir les pratiques anticonstitutionnelles mais possède des propres limites.

Si l'on observe et analyse la jurisprudence constitutionnelle, la Cour l'a développé à l'égard de telles pratiques dans deux directions. Institutionnellement, elle a toujours vérifié que les dispositions de la Constitution étaient d'une part, respectées (en acceptant une marge de manœuvre quant à leur mise en œuvre) mais a également censuré toute forme de dévoiement des règles et procédures. Elle a su donner à la séparation des pouvoirs une signification concrète et sanctionné les pouvoirs qui soit outrepassaient leurs compétences, soit ne les exerçaient pas. Les autorités constitutionnelles indépendantes ont de ce point de vue pu bénéficier du soutien de la Cour. Substantiellement, la Constitution de 1996 avait inclus les contrôles de rationalité et de proportionnalité dans son texte. Les pratiques anticonstitutionnelles ne sont rien d'autre que le contraire, c'est-à-dire irrationnelles et disproportionnées. Le contrôle a donc pu être exercé sans tordre le cou à la Constitution puisqu'elle le prévoyait expressément. Ceci a pu également conduire la Cour à censurer certaines pratiques qui étaient manifestement en décalage avec les exigences scientifiques ou relevaient d'une expertise particulière pour pouvoir être appréciées au regard de la Constitution. Tel fut notamment le cas en matière de médicaments par exemple. Toutefois la Constitution ne peut avoir réponse à tout.

La prévisibilité difficile de nouvelles pratiques anticonstitutionnelles – Les pratiques anticonstitutionnelles ne peuvent pas toujours donner lieu à anticipation. Certaines d'entre elles apparaissent de façon *sui generis* et ne reposent pas toutes sur la même source : elles peuvent remettre en cause une règle d'ordre constitutionnel par une pratique de même nature et se situer sur le même plan. D'autres peuvent relever de la sphère législative, de la sphère exécutive, voire être véritablement des pratiques, c'est-à-dire des comportements ne reposant sur aucune règle précise et n'utilisant aucun cadre précis. Tel a été notamment le cas des affaires de corruption. Prévenir de telles pratiques ne peut relever que d'une réaction qui sera avant tout politique avant de se matérialiser dans un acte ou une décision juridique. Toutefois, certains comportements ne pourront jamais être anticipés à l'avance. Il est donc nécessaire que les instruments de prévention comportent des mécanismes souples pour pouvoir faire face à des situations qui surviennent parfois brusquement. La crise du COVID-19 en a été une parfaite illustration. Les comportements anticonstitutionnels étaient tous justifiés par le caractère extraordinaire et soudain de la situation, quand bien même la Constitution aurait pu dans nombre de cas être respectées.

En définitive, l'exemple sud-africain révèle que les pratiques anticonstitutionnelles peuvent apparaître rapidement après l'adoption d'une constitution. Ce n'est pas tant la pratique qui est délicate à identifier que sa qualification exacte et les moyens d'y remédier. L'expérience sud-africaine démontre que le contexte mais également les facteurs extra-juridiques façonnent ces pratiques qui deviennent des éléments stratégiques de destruction de la démocratie constitutionnelle. L'erreur serait de ne considérer ces pratiques qu'à travers leurs résultats. Plus qu'une inconstitutionnalité, elles révèlent un état d'esprit à l'égard de la Constitution auquel

s'ajoute une intention de remise en cause de l'ordre constitutionnel. Tel est le danger ! Ne les appréhender qu'à travers leurs aspects juridiques serait une erreur et leur ferait perdre ce qu'elles sont réellement : une volonté de s'affranchir des règles communes à une société pour ne servir que des intérêts propres.

* * *

Pratiques relevées susceptibles d'être qualifiées d'anticonstitutionnelles	Illustration dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sud-africaine ou à travers les décisions d'institutions publiques sud-africaines
Corruption systémique	Détournement de fonds publics et affaiblissement de la redevabilité des institutions. (Commission Zondo, <i>Glenister v President of the Republic of South Africa</i> (2011))
Capture des biens de l'État	Appropriation de certaines institutions par des intérêts politiques ou économiques privés. (Commission Zondo), <i>President of the Republic of South Africa v Office of the Public Protector</i> (2017).
Népotisme et clientélisme	Distribution de ressources ou de fonctions publiques selon des logiques d'allégeance plutôt que selon les principes constitutionnels. <i>Democratic Alliance v Acting National Director of Public Prosecutions</i> (2012) (Affaire Menzi Simelane)
Politisation des forces de sécurité	Atteinte à la neutralité de la police et risque d'usage partisan de l'appareil coercitif. <i>Independent Police Investigative Directorate (IPID) v Minister of Police</i> (2016)
Politisation des poursuites pénales	Fragilisation de l'indépendance du ministère public et montée du risque d'impunité. <i>Corruption Watch v President of the Republic of South Africa</i> (2018)
Recours excessif à la force	Violations des droits à la dignité, à l'intégrité physique et à la sécurité des personnes. Massacre de Marikana (2012), <i>Khosa v Minister of Defence</i> (2020)
Torture et mauvais traitements	Atteintes directes aux garanties fondamentales protégées par la Constitution. <i>S v Makwanyane</i> (1995)
Restrictions à la participation politique	Obstacles injustifiés à l'exercice effectif des droits de représentation et de candidature. <i>New Nation Movement NPC v Minister of Home Affairs</i> (2020)
Réformes institutionnelles attentatoires à la séparation des pouvoirs	Mesures susceptibles de réduire illégalement les compétences d'organes constitutionnels autonomes. <i>Justice Alliance of South Africa v President of the Republic of South Africa</i> (2011)
Insuffisante effectivité des droits sociaux	Inégalités persistantes dans l'accès réel à l'éducation et à d'autres droits socio-économiques. <i>Governing Body of the Juma Musjid Primary School v Essay NO</i> (2011)