

Guerre et Constitution en Afrique du sud
Rapport Table ronde de justice constitutionnelle¹
Aix-en-Provence septembre 2023

(Introduction) – « La guerre, c'est l'enfer. Il est extrêmement difficile de la gouverner constitutionnellement. Les pressions engendrées par la nécessité militaire conduisent l'interprétation du langage constitutionnel dans des dimensions que seule l'expérience et la pratique peuvent révéler »². Les rapports entre la guerre et la Constitution d'un État n'apparaissent pas *prima facie* comme les plus aisés à appréhender et définir dans la mesure où le terme de « guerre » ne possède pas de définition juridique précise et relève davantage sémantiquement d'un vocable à contenu variable suivant les contextes où il est employé. Pour autant, nombre de constitutions se réfèrent régulièrement soit au mot, rarement employé seul ou à l'idée qui sont davantage associés au domaine de la défense qu'à celui imagé de lutte dans d'autres secteurs (économique, social...). Cette situation rend l'identification des règles et l'analyse difficiles et impose de prendre nombre de précautions dans l'étude des rapports que la constitution peut entretenir avec la « guerre ».

Les réflexions sémantiques critiques préalables à l'emploi du mot guerre dans les textes juridiques ne manquent pas car les définitions génériques données par les dictionnaires sont insatisfaisantes et rendent mal compte d'une réalité beaucoup plus complexe fondée sur une situation de lutte armée entre deux groupes – et non pas nécessairement entre États. La définition du mot guerre en anglais (*war*) semble déjà plus large : « un état de conflit armé entre différents États et ou entre différents groupes au sein d'un même État »³ et rend compte de la variabilité des limites du sens attribué au mot même. La question ne manque pas d'importance car elle implique une question d'emploi de la force armée, quelles que soient les moyens et méthodes de combat. L'idée de guerre est donc le plus souvent entendue par les constituants comme le recours à la force armée et à son encadrement par la constitution. Si la « guerre » s'oppose à la « paix », cette dernière est en revanche davantage présente dans la Constitution sud-africaine⁴. Si les causes de la guerre peuvent faire l'objet de différents qualificatifs (guerre ethnique, religieuse) qui n'affectent pas le recours à la force, il faut en revanche écarter les hypothèses d'emploi du mot guerre se référant à une forme de métaphore comme la « guerre économique », la « guerre sociale » ou n'importe quelle adjonction de qualificatif se référant à l'idée du mot « guerre » sans en comporter une quelconque idée de recours aux moyens et méthodes de combat militaires.

L'histoire de l'Afrique du sud n'est pas indifférente à ce rejet du mot « guerre » dans la mesure où la politique d'apartheid ayant sévi durant la quasi-totalité du vingtième siècle a été marquée par des périodes d'évènements violents où le recours au conflit armé et la rhétorique du mot « guerre » ont émaillé la quasi-totalité des périodes à quelques exceptions près : que ce soit la guerre coloniale *Anglo-boer* de 1899 à 1902, la Première ou la Seconde guerre mondiale, puis l'engagement de la lutte armée intérieure et extérieure durant les périodes d'apartheid dur, le régime constitutionnel et politique sud-africain a été marqué par des périodes de violence extrêmes, de crises, de guerre de

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

² S. Ellmann "War Powers" in *Constitutional Law of South Africa*, Chapitre 23 C, p.2, 2ème éd., 2013, *Juta*.

³ "A state of armed conflict between different countries or different groups within a country", définition du dictionnaire *Oxford (en ligne)*

⁴ Section 198 de la Constitution de 1996 « La sécurité nationale de la République... (a) doit refléter la résolution des sud-africains de vivre en paix et en harmonie... (b) La résolution (des sud-africains) de vivre en paix doit empêcher tout citoyen sud-africain de participer à un conflit armé, national ou international, à l'exception des hypothèses prévues dans les termes de la Constitution ou de la loi. (c) la sécurité nationale doit être assurée en accord avec le droit y compris le droit international.

guérilla⁵, voire de conflits armés interne internationalisés avec l'Angola et la libération du Sud-Ouest africain (aujourd'hui, Namibie). La fin de l'apartheid a donc été également synonyme de fin du conflit armé⁶ et a influencé les deux constitutions qui en ont été issues dans lesquelles le mot « guerre » a complètement été abandonné.

Alors même que l'Afrique du sud vivait une période de démocratisation et de consécration des droits fondamentaux, la constitution sud-africaine de 1996, suivant en cela celle (intérimaire) de 1993, n'a pas consacré une large place aux questions de défense, se limitant à les évoquer dans un chapitre plus général dédié aux forces de sécurité⁷. Soulignons ici que le texte constitutionnel, contrairement à la dernière constitution du régime d'apartheid de 1983, n'emploie le mot « guerre » qu'en deux endroits et dans le même chapitre mais de façon totalement incidente⁸. Ce choix a été réalisé à dessein car les cinq articles⁹ consacrés à ce sujet ont été rédigés dans un contexte de démocratisation et les ambiguïtés suscitées par le mot guerre ont laissé place aux mots « conflit armé » et « défense » apparaissant aux constituants davantage adaptés à la situation qu'ils étaient susceptibles de rencontrer. Après avoir été considéré par la communauté internationale comme un État paria, l'Afrique du sud se devait de renouer non seulement avec les États voisins mais également avec une constitution davantage compatible avec les exigences du droit international sur lequel elle s'était engagée.

1. Les interactions entre guerre et constitution en Afrique du sud : une approche historico-constitutionnelle

Si la situation de crise continue générée par le régime d'apartheid au vingtième siècle, rappelée en introduction, se situe à l'origine du régime constitutionnel imposé au conflit armé dans la constitution de 1996, elle ne peut être assimilée à une situation de guerre permanente. Le régime sud-africain jusqu'en 1993 se caractérisait par une politique de traitement séparé des races donnant lieu aux discriminations les plus injustes et abjectes mais ne constituait pas un « état de guerre » permanent au sens où l'on comprend ce terme traditionnellement. Ce n'est qu'à travers des actions de guérillas menées sur le territoire sud-africain ou de façon plus nette dans les conflits internationaux avec les États ayant hébergé les mouvements armés d'opposition¹⁰ que le mot conflit armé prenait son sens mais suivant les époques, ils ont été de basse à moyenne intensité. Il est donc difficile de considérer que l'avènement de la démocratie constitutionnelle sud-africaine n'est que l'issue d'un conflit armé. Il s'agissait davantage de mettre fin à un régime politique fondé sur la discrimination dans son ensemble dont le conflit armé avait été une manifestation. Il est en revanche exact de considérer que la fin de la Constitution de 1983 a été générée par la chute du régime d'apartheid, résultant des négociations entre les différents groupes ayant participé à la transition démocratique, depuis la libération des prisonniers politiques le 11 février 1990 jusqu'à la promulgation de la Constitution définitive le 8 décembre 1996. Le processus fut complexe mais le résultat permit de mettre fin à une situation de conflit dépassant les seuls conflits armés passés.

⁵ La guérilla ou « petite guerre » est une méthode de combat dont le dictionnaire Larousse donne la définition suivante « 1. *Forme de guerre caractérisée par des actions de harcèlement, d'embuscades ou de coups de main.* 2. *Groupe de soldats armés légèrement et chargés de harceler l'ennemi.* »

⁶ La branche armée du Congrès national africain (ANC) fut créée en 1961 afin de combattre le régime d'apartheid. Connue sous son abréviation MK (*Umkhonto weSizwe*). Elle abandonna la lutte armée au début des années 1990 lors des négociations en vue de mettre fin à l'apartheid et fut officiellement dissoute le 16 décembre 1993 au cours d'une cérémonie dans le stade d'Orlando à Soweto.

⁷ Chapitre 11 de la Constitution de 1996.

⁸ Il s'agit des articles 16 relatif à la liberté d'expression (qui restreint la liberté d'expression dès lors qu'elle s'apparente à de la « propagande de guerre ») et 37 de la Constitution relatif à l'état d'urgence qui l'englobe dans d'autres situations telles l'invasion (v. infra).

⁹ Sections 200 à 204 de la Constitution de 1996.

¹⁰ Notamment l'Angola et le Mozambique qui servirent notamment de base au MK, branche armée de l'ANC.

A. Le rôle des négociations de sortie de conflit dans l'adoption des constitutions intérimaire de 1993 et définitive de 1996

(Rôle de la « guerre » dans l'avènement et la chute de la Constitution) - S'il est erroné d'évoquer le mot « guerre » dans l'hypothèse du processus d'adoption de la Constitution sud-africaine, il est en revanche possible d'opérer un rapprochement entre les négociations qui prirent place à partir de 1990 (et commencèrent en réalité secrètement avant 1990) et l'adoption d'un nouveau processus constituant. Ce furent d'abord l'organisation des conférences CODESA I¹¹ et CODESA II¹² puis le processus des négociations multipartis (politiques)¹³ qui permirent de donner naissance à trente-quatre principes pré-constituants puis à l'écriture de ce qui deviendrait la Constitution intérimaire de 1993. Toutefois, dans ce processus complexe, la fin du conflit armé ne fut que l'un des aspects du processus : si le Parti National (NP) souhaitait que le MK, branche armée de l'ANC, soit dissout, ceci généra la méfiance de l'ANC qui ne comprenait pas cet empressement alors même que les combats avaient cessé. Ce point de discorde aboutit cependant à la dissolution de la branche armée et le processus put continuer après des concessions réciproques.

(Existence de dispositions transitoires spécifiques liées au conflit armé servant à gérer une période encore conflictuelle) - Il ressort toutefois de l'analyse de ce processus de négociations que le conflit armé durant la période d'apartheid joua un rôle modéré dans l'établissement de la constitution intérimaire puis de la constitution définitive de 1996. Le principal point sur lequel la Constitution organise la défense du pays et l'encadre constitutionnellement repose sur la « défense du territoire » et ses nouvelles valeurs. La Constitution intérimaire de 1993 comprend un point central issu de la lutte armée antérieure reposant sur le caractère unique des forces de défense nationale. Cette clause repose sur la section 224 qui organise l'armée sud-africaine en intégrant toutes les composantes antérieures des forces de défense des anciennes parties au conflit. Cette unité retrouvée vise tout particulièrement à fédérer les différentes forces armées et à les placer sous un commandement unique de l'autorité civile. Il s'agit là d'un élément classique des constitutions de transition dans une perspective post-conflictuelle bien que *de facto* les combats entre l'armée régulière sud-africaine et les groupes armés des partis politiques aient cessé au début de la décennie 1990. La Constitution sert ici à sceller l'accord de paix entre les anciennes parties au conflit et à leur permettre de trouver un accord sur l'intégration dans la nouvelle société démocratique et la certitude de ne pas voir ressurgir une forme de rébellion armée.

Les autres dispositions de la Constitution intérimaire de 1993 furent fondées sur une même logique de soumission des forces de défense à la constitution et aux institutions démocratiquement élues. L'existence d'un commandant militaire des forces de défense (officier de carrière) semble donner à ce fonctionnaire un rôle clef en matière de décision mais il ne peut agir que sous l'autorité des ministres responsables au sein du gouvernement (défense) et du président de la République¹⁴. Toutefois, il existait à cette époque une raison bien particulière pour laquelle la Constitution ne confiait pas officiellement au Président de la République le rôle de commandant en chef des forces

¹¹ La conférence pour une Afrique du sud démocratique, dite CODESA I se déroula à partir du 21 décembre 1991 au World Trade Centre à Johannesburg et fut le résultat d'un accord entre 92 organisations politiques souhaitant mettre fin à l'apartheid et au gouvernement du Parti National. Ce Front patriotique réclama la mise en place d'un gouvernement intérimaire pour gérer la transition.

¹² La seconde conférence pour une Afrique du sud démocratique, dite CODESA II, se déroula à partir du 15 mai 1992 après qu'un dernier référendum réservé à la population blanche fut tenu le 17 mars 1992 approuvant les négociations et le processus de transition. Toutefois, malgré certaines avancées notables qui furent reprises par la suite, la conférence fut un échec essentiellement à cause de l'intransigeance du Parti National.

¹³ Le processus de négociations multipartis aussi dénommé par son acronyme MPNP fut le dernier stade des négociations. Il prit place en mars 1993 et reprit les travaux des deux précédentes conférences pour établir un gouvernement de transition et une constitution intérimaire contenant les principes à respecter pour l'adoption d'une constitution définitive. Cette constitution intérimaire fut adoptée en décembre 1993 par le dernier Parlement du régime d'apartheid.

¹⁴ Section 225 de la Constitution intérimaire Act 200 de 1993.

armées : le régime intérimaire entre 1993 et 1996 instituait un gouvernement de transition réunissant des anciennes forces politiques adverses imposant certaines formes de contre-pouvoirs tant au sein de l'exécutif que du pouvoir législatif. La place faite au Parlement est par ailleurs remarquable dans la mesure où ce dernier est officiellement investi¹⁵ d'une mission de contrôle : les forces de défense et le pouvoir exécutif sont responsables devant le Parlement des actions engagées et doivent fournir toutes les justifications de leurs actions. De surcroît, de façon plus classique, le Parlement dispose du pouvoir budgétaire sur les forces de défense en votant les crédits nécessaires qui représente souvent un réel pouvoir de contrôle sur la façon dont l'exécutif engage les forces de défense et justifie le recours à la force.

B. Les conditions du recours à la force armée exigées par les textes constitutionnels

(L'engagement de la force armée) - Sur les motivations du recours à la force, la Constitution intérimaire de 1993 s'est montrée également particulièrement précise et ne permettait plus un emploi discrétionnaire par l'exécutif de l'armée pour engager des opérations militaires. La lecture et l'analyse de l'article (section) 227 de cette constitution révèle un double encadrement des fonctions des forces de défense dont le rôle essentiel consiste à assurer la défense de la République et à préserver la souveraineté et l'intégrité territoriale de l'État. Toutefois, ce rôle général demande quelques précisions pour être compris. La limitation du rôle fonctionnel des forces de défense dans la constitution est destinée à encadrer ces dernières dans des tâches précises qui doivent les différencier des missions de police alors même qu'elles sont intégrées dans le même chapitre. Les notions de défense et de protection de la souveraineté ne sont pas uniquement perçues du point de vue international mais intègrent également la dimension intérieure de protection de la constitution et des personnes ainsi que de leurs droits fondamentaux dans la perspective d'une démocratie émergente qu'il s'agit de protéger. Du point de vue sémantique, l'on se doit de relever que le texte se limite strictement à l'emploi de termes qui peuvent être identifiés juridiquement : le conflit armé interne ou international, le respect des engagements internationaux dans la conduite d'opérations militaires et le respect tant de la Constitution que des autres sources du droit en ce qui concerne le cadre normatif. L'originalité du texte sud-africain de 1993 reposait sur cette double dimension interne et externe de la protection assurée par les forces de défense liée au contexte de création. Cette remarque faite, les trois principes fondamentaux de l'encadrement des forces de défense par la Constitution se trouvaient déjà présents : d'une part, les actions engagées en matière de défense sont soumises à la constitution et au contrôle de constitutionnalité ; d'autre part, les forces de défense ne sont autorisées à agir que dans le cadre des règles de droit ; enfin, l'engagement des forces de défense impose un contrôle parlementaire s'assurant de l'existence de contre-pouvoirs et du respect de la séparation des pouvoirs. Cette situation se confirmera dans les dispositions de la Constitution définitive de 1996, laquelle adoptera néanmoins un système de recours aux forces de défense beaucoup plus classique¹⁶.

(Impact des engagements internationaux ou régionaux sur le contenu des constitutions dans leurs dispositions relatives au conflit armé) – Tant la Constitution intérimaire de 1993 que celle définitive de 1996 ont adopté une attitude « amicale » à l'égard du droit international que celui-ci soit conventionnel ou coutumier. Il faut ici rappeler préalablement que l'Afrique du sud avait été mise au ban des nations sous le régime d'apartheid et que nombre de conventions internationales n'avaient été ni signées ni ratifiées par les autorités sud-africaines de l'époque. La transition démocratique a donc conduit à une transformation radicale de l'attitude de l'État sud-africain sur le respect et l'applicabilité du droit international¹⁷. Les deux constitutions ont donc remplacé le respect du droit international au

¹⁵ Section 228 de la Constitution intérimaire Act 200 de 1993.

¹⁶ V. infra l'analyse des dispositions applicables dans la Constitution dite « définitive » de 1996, sections 198 à 204.

¹⁷ V. le tableau des ratifications des traités de droit international humanitaire (droit des conflits armés) par l'Afrique du sud sur le site du CICR : https://ihl-databases.icrc.org/public/refdocs/IHL_and_other_related_Treaties.pdf On remarquera que la plupart des ratifications des traités « modernes » c'est-à-dire postérieurs à 1949, n'ont été signés et/ou ratifiés qu'après 1995, c'est-à-dire au moment de la transition démocratique.

centre du processus constituant bien au-delà¹⁸ des seules interventions armées potentielles de l'Afrique du sud en territoire étranger. Elles ont cependant fait directement référence au droit international et conventions internationales que les forces de défense sud-africaines devaient respecter lorsqu'elles intervenaient lors d'une opération militaire.

Ce rappel générique mérite une projection de ce que cela entraîne pour les forces de défense sud-africaine en action. On relèvera tout d'abord que ces obligations du droit international des conflits armés s'appliquent tant dans un conflit armé international qu'interne (ou non-international), en raison de la nature même des engagements internationaux sur la paix et la sécurité internationale. Ensuite, ces obligations sont centrées sur le *jus in bello* ou droit « dans la guerre » représenté par le droit international humanitaire tant conventionnel que coutumier. Pour donner une idée de ce que cela représente, cela inclut les quatre conventions de Genève de 1949 ainsi que leurs protocoles additionnels I & II de 1977 (auxquelles l'Afrique du sud est partie) et III de 2005 mais également l'ensemble des autres conventions internationales relatives au droit des moyens et méthodes de combat, notamment les conventions de La Haye de 1899-1907 qui régissent toujours par exemple le droit de l'occupation militaire, mais également celles de 1954 sur la protection des biens culturels ou encore les conventions signées dans le cadre des Nations-Unies sur l'emploi des armes classiques ainsi que celles interdisant l'emploi et le stockage des armes bactériologiques (1972) et des armes chimiques (1993). Ce panorama n'est pas exhaustif mais donne une idée de l'ampleur du cadre normatif conventionnel. À cela s'ajoute l'ensemble des autres règles non-conventionnelles telles celles identifiées en droit international coutumier humanitaire dont le contenu peut être trouvée dans l'étude de droit coutumier réalisée au début des années 2000¹⁹ par le Comité international de la Croix-Rouge. Il faut ici prendre conscience que l'ensemble de ces règles issues du droit international sont également des règles constitutionnelles par leur incorporation à la Constitution pouvant être directement sanctionnées par un juge sud-africain si elles venaient à être méconnues au nom de l'obligation imposées par celles-ci aux forces de défense²⁰. Le droit des conflits armés n'est pas un droit déconnecté de sa mise en œuvre dans l'ordre interne et son origine internationale et coutumière ne doit pas faire oublier qu'il représente également une branche du droit interne dont la constitution doit se saisir. C'est ce qu'ont fait les constituants sud-africains en 1993 et en 1996. Il n'y a donc aucune ambiguïté sur la portée de ces obligations dans l'ordre interne puisqu'elles ont été expressément mentionnées par les deux textes constitutionnels.

C. Le recours à la force armée dans les conflits armés et engagements militaires des forces armées sud-africaine

En raison de l'absence volontaire de l'emploi récurrent du mot « guerre » dans les constitutions de 1993 et de 1996, la question relative à l'appréhension des différentes formes de guerre n'apparaît pas spécifiquement pertinente. Quelques remarques peuvent être néanmoins formulées sur le cadre général qui régule les comportements des forces de défense.

(Guerre et paix) – L'absence d'emploi régulier du mot « guerre » n'a cependant pas empêché les constituants sud-africains de se référer à la paix, à son maintien et sa protection. Par essence même, les constitutions démocratiques sud-africaines de 1993 et de 1996 font référence à la paix dans leur

¹⁸ Sur le statut du droit international dans la Constitution de 1996, voir la Section 234 de la Constitution. Le statut du droit international en Afrique du sud impose aux autorités constituées de mettre en œuvre les traités signés et ratifiés et de respecter le droit international coutumier ainsi que l'ensemble des décisions des organisations internationales auxquelles l'Afrique du sud est partie. En revanche, le texte constitutionnel impose une incorporation des engagements internationaux en droit interne (système dualiste) à ceci près qu'une disposition d'un traité qui se suffit à elle-même (*self-executing*) peut et doit être directement appliquée (système moniste). D'une façon générale, de nombreux articles de la Constitution se réfèrent au droit international et à la nécessité d'interpréter la constitution d'une façon compatible avec le droit international.

¹⁹ Disponible en français sur <https://ihl-databases.icrc.org/fr/customary-ihl/v1>

²⁰ De surcroît, elles ont été intégrées en droit interne dans le « manuel du combattant » qui impose les règles de conduite aux membres des forces de défense. V. South Africa LOAC Manual (1996).

texte²¹. Conformément à la Charte des Nations-Unies, l'Afrique du sud promeut les buts de celle-ci que sont la paix et la sécurité internationales et intègre dans la constitution le recours à la force armée comme élément de participation et de promotion de la paix. Ceci explique notamment que les forces sud-africaines aient pu participer à certaines opérations extérieures de maintien de la paix sur le fondement des textes constitutionnels, notamment en Afrique²². En revanche, la paix envisagée comme but constitutionnel à poursuivre n'a pas conduit l'Afrique du sud à renoncer aux opérations militaires comme ont pu le faire certains autres États.

En intégrant complètement les engagements internationaux dans son ordre constitutionnel, l'Afrique du sud donne plein effet au droit international ainsi que cela a été étudié précédemment. Il faut ici souligner que nombre de traités et conventions internationales ont été adoptés, signés et ratifiés assez rapidement au début de la période de démocratisation en raison de l'attitude antérieure du gouvernement d'apartheid hostile au droit international, notamment en matière de protection des droits des personnes. Ce revirement a marqué un changement d'attitude dans les relations que le droit international a entretenu avec la constitution qui s'inscrivait dans la logique du processus de démocratisation.

On remarquera enfin que pas plus qu'elle n'emploie le mot « guerre » hormis de façon incidente, les Constitutions sud-africaines d'aujourd'hui de 1993 et de 1996 ne font une quelconque référence à une métaphore guerrière dans d'autres domaines. L'idée de rendre lisible une constitution s'accorde mal avec l'emploi métaphorique du mot guerre et le constituant s'en est fort heureusement abstenu. Au demeurant, si le personnel politique peut avoir recours à ce type de métaphores ou de paraphrase, aucune règle légale ou juridictionnelle n'a repris un emploi imagé du mot guerre. Hormis les articles de la Constitution, les deux préambules de 1993 et de 1996 font références aux souffrances du passé mais ne font nullement allusion au mot guerre.

Cette situation n'est guère étonnante car les constitutions récentes s'abstiennent d'employer le mot guerre qui fait référence à un vocabulaire plutôt ancien et vise souvent des pratiques qui n'ont plus véritablement cours aujourd'hui comme la « déclaration de guerre ». S'il existe toujours des règles de droit interne concernant la décision de recourir à l'usage de la force armée à l'extérieur ou à l'intérieur de l'État, notamment celle consistant à demander l'approbation du Parlement en cas d'intervention des forces armées nationales, la « déclaration de guerre » en tant que telle qui constituait un préalable à tout acte de belligérance, n'est plus appliquée et constitue davantage un constat (état de fait) qu'un acte juridique²³. La guerre existe sans déclaration de guerre.

2. La gestion de la guerre par les Constitutions : approches institutionnelles et juridictionnelles

En dehors même de tout conflit sur le territoire national, le recours aux forces armées pour gérer certaines situations extraterritoriales est courant et impose un cadre normatif que les constitutions envisagent de plus en plus. L'Afrique du sud n'échappe pas à cette situation et la place des forces armées, leur composition mais également les conditions de leur engagement n'ont pas échappé à la vigilance des constituants.

(Différences de perspectives entre la constitution intérimaire de 1993 et la constitution « définitive » de 1996) - Dans le cas sud-africain, il faut souligner une différence assez sensible entre le texte de la

²¹ V. notamment la Section 198 de la Constitution de 1996 sur les principes directeurs de la sécurité nationale notamment les alinéas (a), (b) et (c) imposant le seul recours à cet impératif pour que la paix et la sécurité pour les citoyens sud-africains soit préservés, conformément au droit :

“a. National security must reflect the resolve of South Africans, as individuals and as a nation, to live as equals, to live in peace and harmony, to be free from fear and want and to seek a better life.

b. The resolve to live in peace and harmony precludes any South African citizen from participating in armed conflict, nationally or internationally, except as provided for in terms of the Constitution or national legislation.

c. National security must be pursued in compliance with the law, including international law...”

²² En République démocratique du Congo ou au Mozambique, par exemple.

²³ V. S. Ellmann “War Powers” in *Constitutional Law of South Africa*, Chapitre 23 C, *op.cit.* p.4 qui souligne que la Constitution de 1996 ne donne à aucune autorité constitutionnelle le pouvoir de « déclarer la guerre ».

constitution intérimaire de 1993 et celle de 1996. Ceci est essentiellement dû au déplacement des menaces existantes entre l'écriture des deux textes : alors que la constitution intérimaire devait gérer la création d'une force de défense unique intégrant les anciens adversaires, celle de 1996 s'est résolument tournée vers le futur et a tracé un véritable cadre constitutionnel contraignant en vue de l'utilisation des forces armées. La situation n'est cependant pas complètement satisfaisante dans la mesure où le texte constitutionnel de 1996 reste très laconique sur certains points et consacre davantage de dispositions aux forces de sécurité qu'aux forces armées. Le chapitre 11 s'intitule d'ailleurs « *Forces de sécurité* » et intègre des principes généraux et trois composantes : l'armée (forces de défense), la police et le renseignement. L'un des points les plus délicats reste celui de la déclaration d'« *État de défense nationale* » permettant au président de la République de mobiliser et d'employer les forces armées avec la déclaration d'état d'urgence telle qu'elle est définie dans la section 37 de la Constitution dans le chapitre 2 relatif aux droits fondamentaux.

A. Structure générale institutionnelle des dispositions relatives aux forces armées dans la Constitution de 1996

Les dispositions constitutionnelles de 1996 relatives aux forces de défense sont relativement peu nombreuses et pour certaines apparaissent peu détaillées par rapport à d'autres articles de la Constitution ou du même chapitre. Ce choix s'explique par l'absence de concentration des constituants sur les aspects constitutionnels concrets engendrés par un conflit armé. Le conflit armé a essentiellement été appréhendé à travers la défense du territoire national même s'il n'est pas exclu pour certaines opérations extérieures.

(*Les forces de défense*) – La section 200 de la Constitution instaure constitutionnellement une force de défense armée qui doit être structurée et gérée comme une force militaire disciplinée. D'apparence anodine, cette disposition reconnaît la force armée au sein des institutions constitutionnelles et exige qu'il s'agisse d'une institution structurée, c'est-à-dire placée sous un commandement responsable et discipliné, ce qui exclut toute forme de milices ou d'organes paramilitaires. Ceci implique une soumission des forces armées à la Constitution et aux autorités constituées. Toute forme de coup d'État tentée par les forces armées entrerait en contradiction avec les exigences constitutionnelles. L'alinéa 2 de cet article définit d'ailleurs les missions des forces de défense : défendre et protéger la République et son intégrité territoriale ainsi que sa population conformément à la constitution et aux principes du droit international relatif à l'emploi de la force armée. Ce texte soumet non seulement le recours à la force armée à un cadre d'exercice (la défense de la République, du territoire et du peuple) mais également au cadre constitutionnel dans son ensemble et au droit international des conflits armés (qui devient alors une exigence constitutionnelle). On se trouve donc ici en présence d'un texte d'encadrement qui non seulement soumet les forces armées à la Constitution mais leur impose un cadre juridique d'exercice relativement contraint incluant le droit constitutionnel mais également le droit international. Le fait de viser les « principes du droit international régulant le droit de l'emploi de la force » semble indiquer que ce ne sont pas seulement les engagements internationaux qui sont visés ici mais toutes les dispositions du droit international, y compris les normes de droit coutumier.

(*La responsabilité politique*) – La section 201 est certainement l'une des plus importantes pour l'emploi de la force armée. On remarquera que cet article fait reposer la responsabilité politique du recours à la force armée sur des autorités civiles et non militaires. Le premier alinéa impose l'obligation de confier la défense à un ministre (ministre de la défense) qui est responsable au sein du cabinet. Cependant, le second alinéa fait du président de la République le personnage clef de la responsabilité de l'emploi des forces de défense dans la mesure où il est le seul, en tant que chef de l'exécutif, à pouvoir décider de l'emploi de la force armée. Ce pouvoir est exclusif²⁴ mais reste soumis à des conditions : l'emploi de la force armée doit être fait en coopération avec les forces de

²⁴ S. Ellmann "War Powers" in *Constitutional Law of South Africa*, Chapitre 23 C, *op.cit.* p.5 souligne que si le Président a délégué ses pouvoirs, ce peut être le Vice-président voire un ministre désigné comme faisant fonction de Président s'ils sont absents. La fonction commande la compétence et le pouvoir plus que la titularité personnelle de l'office.

police, pour défendre la République ou pour remplir une obligation internationale. cet emploi doit donc être justifié par des situations strictement définies et ne peut se faire sans que les forces de police ne soient prévenues, ce qui peut sembler d'ailleurs curieux en raison de la différence de nature des fonctions. Le texte ajoute cependant des conditions procédurales à ces exigences et notamment l'obligation imposée au Président de la République d'informer le Parlement (les deux chambres), « promptement » et avec des « détails appropriés », des raisons du recours à la force, de l'endroit où cette force est employée, du nombre de personnes (militaires) impliqués et de la durée approximative prévue de l'emploi de cette force. Cette « information » du parlement doit se faire auprès du comité responsable si le parlement n'est pas en session si l'emploi de la force a été engagé depuis sept jours. Ce texte fixe donc deux principes d'importance : la responsabilité politique du président dans le recours à la force armée même si institutionnellement les forces armées sont sous la responsabilité du ministre de la défense ; l'obligation d'informer le parlement de l'emploi de cette force dans un délai assez court mais qui ne prévoit pas de pouvoir de veto de la part de ce dernier. (*Commandement des forces armées*) – Le commandement des forces armées est précisé par la section 202 de la Constitution. Cet article prévoit que le Président de la République en tant que chef de l'exécutif est le Commandant en chef des forces de défense et qu'il lui incombe de nommer les personnes responsables du commandement. Cette fonction de commandement est ensuite placée sous la responsabilité du ministre de la défense, sous l'autorité du président. Ce texte complète le précédent et fait du Président le commandant en chef des forces armées, assisté du ministre de la défense. Il lui confie aussi la responsabilité de nommer les chefs militaires à la tête des forces de défense. S'il s'agit d'un schéma relativement classique, il présente la particularité de confirmer le rôle central du Président de la République en tant qu'autorité constitutionnelle pour non seulement engager les forces de défense mais également les commander et assumer la responsabilité d'un tel engagement.

(*État de défense nationale*) – l'état de défense nationale représente l'équivalent de « l'état de conflit armé » lorsque le recours à la force armée est décidé par le Président. La section 203 lui confère ce pouvoir de déclarer un tel état et l'oblige à informer le Parlement rapidement et en détail : des raisons d'une telle déclaration, de l'endroit où la force armée est employée et du nombre de personnes (combattants) impliqués. Le texte constitutionnel est ici plus précis puisqu'il impose non seulement de communiquer cet état de défense nationale au Parlement mais également en cas d'intersession parlementaire de convoquer une session extraordinaire dans les sept jours de cette déclaration. L'état de défense nationale cesse dans les sept jours s'il n'a pas été approuvé par le Parlement.

Ce texte appelle plusieurs commentaires. D'une part, l'état de défense nationale apparaît être une condition nécessaire à l'engagement des forces armées mais la section 201 de la Constitution le permet également. Ces deux articles doivent-ils se lire de façon séparée ou combinée ? Si le Parlement est visé dans les deux articles, cela signifie-t-il que l'approbation est exigée pour la section 203 alors que pour la section 201 il ne s'agirait que d'une information ? Cela signifie-t-il par ailleurs que la compétence du Président de la République pour recourir à la force armée pourrait relever d'autres articles de la Constitution et notamment de l'état d'urgence ? Cela ne semble pas improbable mais reste du domaine virtuel jusqu'à ce jour, puisque de tels pouvoirs n'ont pas été exercés. D'autre part, cet article vise le Parlement pris dans ses deux chambres, impliquant que l'Assemblée nationale et le Conseil national des provinces doivent donner leur approbation. Si une session commune peut-être envisageable, les conditions formelles du recours à l'état de défense nationale semblent assez légères et donner au Président une large marge de manœuvre dès lors qu'il satisfait aux conditions de fond. L'état de défense nationale ne semble pas se substituer à l'ancienne déclaration de guerre mais correspondre à une décision exécutive de recours à la force armée soit pour des opérations extérieures, notamment de participation à des forces multinationales de maintien de la paix, soit pour des opérations qui viseraient à défendre le territoire national. Cet état de défense nationale n'est donc pas sans susciter d'interrogation alors même qu'il s'agit à n'en pas douter d'un point clef du dispositif de la défense nationale et qu'aucun conflit armé (au sens où

l'Afrique du sud serait l'un des belligérants) ne pourrait être engagé sur son propre sol sans qu'un tel état de défense nationale n'ait été déclaré. On remarquera pour terminer sur ce point que rien n'a été prévu concernant la durée de l'autorisation donnée par le Parlement pour un tel état de défense nationale. Un fois approuvé, le Président de la République semble pouvoir faire ce qu'il souhaite. Le Parlement pourrait s'y opposer mais rien n'a été prévu dans la Constitution de 1996 pour qu'une procédure spontanée mettant fin à l'état de défense nationale puisse à nouveau émaner du Parlement lorsque celui-ci l'a initialement approuvé. Seuls ses pouvoirs budgétaires lui permettraient de s'opposer indirectement à certaines dépenses et empêcher certaines opérations. (*Le secrétariat civil de la défense*) – La section 204 institue de façon lapidaire un secrétariat civil de la défense placé sous l'autorité du ministre de la défense et renvoyant sa composition et son mode de fonctionnement à une loi. Que signifie un tel article ? Il s'agit simplement de reconnaître que les autorités civiles ne peuvent être tenus à l'écart de l'exercice des pouvoirs constitutionnels de composition, de structuration et d'engagement des forces armées de la République et qu'il est indispensable que la communication en matière de défense soit répartie sur l'ensemble des autorités militaires et civiles. L'autorité militaire reste soumise aux autorités civiles constitutionnelles. On perçoit ainsi la conception que la Constitution sud-africaine de 1996 a voulu promouvoir à travers ces dispositions. Si le texte des articles est relativement concis, il n'en reste pas moins qu'un certain nombre de questions demeurent dont la réponse demeure encore difficile à fournir en raison de l'absence de mise en œuvre probante de ces articles. Si l'armée sud-africaine a connu une transformation radicale depuis la fin de l'apartheid, elle n'a pas eu à défendre la République, le territoire ou la population. Tout commentaire doit donc faire preuve d'une certaine prudence.

B. Les difficultés d'interprétation liées au statut constitutionnel du conflit armé en Afrique du sud

(*Position de la question*) – Faisant partie des constitutions modernes issues du néoconstitutionnalisme des années 1990, les Constitutions sud-africaines de 1993 et de 1996 ne connaissent pas un certain nombre de débats agitant d'autres constitutions, dont la période de rédaction est plus ancienne. Le conflit armé dans la Constitution de 1996 s'intègre dans une architecture assez classique : Il est lui-même soumis à une constitution intégrant les règles du droit international ; il est encadré par les autorités constitutionnellement habilitées à la gérer : forces de défense, pouvoir exécutif, parlement ; le rôle pivot de recours à la force armée est confié au Président de la République sous le contrôle du Parlement ; s'il n'existe plus de déclaration de guerre, la constitution prévoit en revanche un « état de défense nationale » permettant de recourir à la force armée par le Président sous le contrôle et avec l'autorisation du Parlement. L'ensemble est donc loin d'être révolutionnaire. Toutefois, un certain nombre de questions se posent si l'on replace le conflit armé dans la perspective plus générale du texte de la Constitution et notamment des atteintes aux droits fondamentaux.

(*Le conflit armé replacé dans la perspective de l'ensemble du texte de la constitution de 1996*) – Si la question est restée virtuelle jusqu'à ce jour, le respect des autres dispositions de la Constitution se pose, notamment au regard de la protection des droits fondamentaux.

(*Le conflit armé et la limitation des droits fondamentaux*) – Compte tenu de son passé, l'Afrique du sud n'a pas intégré dans son texte constitutionnel une charte des droits fondamentaux à éclipses. L'état de conflit armé ne supprime donc pas l'applicabilité des droits fondamentaux en cas de conflit armé, conformément au texte de la Constitution et au droit international humanitaire prévoyant que les règles relatives aux droits fondamentaux, tant nationales qu'internationales, continuent de s'appliquer. Il faut donc se référer au texte de la Constitution pour tenter de comprendre quel impact le conflit armé pourrait avoir sur les droits fondamentaux. Un premier texte pourrait semble-t-il faire l'objet d'une interprétation : il s'agit de la section 36 relative à la limitation des droits fondamentaux et prévoyant les conditions dans lesquelles une telle limitation peut se produire. Ce texte comporte un premier alinéa justifiant la limitation des droits lorsqu'elle est justifiée et raisonnable dans une société transparente et démocratique fondée sur la dignité, l'égalité et l'ensemble des facteurs en présence, incluant la nature du droit, l'importance du but de la

limitation, la nature et le degré de la limitation, la relation entre la restriction et son objet et l'absence de mesures moins restrictives pour aboutir au même résultat. Ce texte, extrêmement complet permet donc les restrictions et nul doute qu'une restriction aux droits fondamentaux dans le cadre d'un conflit armé pourrait y prendre place. La seule exigence qu'implique le respect de l'article 36 repose sur l'exigence du caractère général de la restriction qui doit s'imposer sans discrimination. On peut cependant sans difficulté imaginer que des restrictions à la liberté d'aller et de venir dans les zones de combat ou encore l'obligation de respecter une certaine discrétion limitant la liberté d'expression puissent être constitutionnellement imposées.

(Le conflit armé et l'état d'urgence) – La question devient plus difficile non pas avec la limitation des droits mais avec la suspension des droits telle qu'elle est prévue par la section 37 de la Constitution relative à l'état d'urgence. Ce texte, très complet prévoit qu'en cas d'état d'urgence, la suspension de certains droits puisse être mise en œuvre à l'exception de ceux contenus dans une liste figurant dans cet article²⁵. Si l'on scrute ce texte, on remarquera que les droits indérogeables sont assez proches de ceux que le droit international humanitaire reconnaît²⁶ et qu'en conséquence en cas de conflit armé, la suspension ne pourrait pas concerner les garanties fondamentales reconnues aux personnes civiles, hors de combat, ou qui ne participeraient pas ou plus aux hostilités. On se retrouve donc devant une apparente compatibilité entre la protection des droits fondamentaux en cas de conflit armé et les exigences des autres dispositions de la Constitution et du droit international.

Pourtant ce sont les conditions du recours à l'état d'urgence qui posent problème. En effet, l'alinéa 1^{er} de ce texte prévoit que l'état d'urgence ne peut être déclarée qu'en cas de menace de la vie de la nation par une « guerre »²⁷, une invasion, une insurrection générale, un désordre, une catastrophe naturelle ou toute autre urgence publique et que la déclaration est nécessaire pour restaurer la paix et l'ordre. La lecture de ce texte questionne car d'une part, le mot « guerre » y est employé avec d'autres motifs qui ne donnent aucune précision sur la nature précise de la menace et d'autre part, les situations énumérées autorisent le recours à l'état d'urgence pour restaurer la paix et l'ordre, ce qui est tout aussi vague en termes d'exigences concrètes permettant de déclarer un état d'urgence. Sans revenir sur le débat de la sémantique du mot guerre, il apparaît clairement ici que le recours à l'état d'urgence peut être déclenché en cas de conflit armé. Ceci interroge sur l'interaction et la compatibilité avec les autres dispositions de la Constitution et notamment avec celle sur l'état de nécessité militaire. Le texte même de la section 37 fait référence à la guerre et à l'invasion semblant autoriser les dérogations exceptionnelles au respect des droits fondamentaux. Le moins que l'on puisse dire est que ce texte génère dans sa lecture combinée avec la section 203 une certaine confusion. Certes, il ne concerne que la matière des droits fondamentaux et non les autres décisions de la constitution mais l'articulation avec les dispositions du chapitre 11 semble susceptible de générer des interrogations. Faut-il que la Président de la République déclare deux états : un de nécessité militaire et une d'urgence ? Un seul peut-il suffire ? La réponse est loin d'être claire. À ce jour, l'absence de mise en œuvre de ces dispositions laisse place à un discours putatif. La question mérite cependant d'être posée.

(Comparaison entre l'état de nécessité militaire et l'état d'urgence) - Elle le mérite d'autant plus que les conditions de mise en œuvre des deux états « d'urgence » et « de nécessité militaire » font apparaître des différences substantielles sur plusieurs points. D'une part, l'état d'urgence est le résultat d'une loi et non d'une déclaration présidentielle. Certes, il y a de fortes chances pour qu'un tel projet soit porté par le gouvernement et indirectement par le président mais constitutionnellement les autorités de déclenchement ne sont pas les mêmes. D'autre part, la déclaration d'état d'urgence impose un cadre et des délais dans lesquels cet état d'exception est enserré : il peut être renouvelé

²⁵ Ce sont respectivement l'égalité, la dignité humaine, la vie, la liberté et la sécurité de la personne, l'esclavage, la servitude et le travail forcé, les enfants et les garanties des personnes détenues, arrêtées ou accusées.

²⁶ Notamment à travers l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève du 12 août 1949.

²⁷ Il s'agit de l'une des deux occurrences du mot « guerre » que l'on puisse relever dans la constitution de 1996, l'autre reposant sur l'interdiction de faire de la propagande en faveur de la « guerre ».

mais sa durée de vie initiale est limitée et nécessite une nouvelle intervention non pas des deux chambres du parlement mais de l'Assemblée nationale seule statuant à la majorité absolue lors du 1^{er} renouvellement et à la majorité de 60% lors des renouvellements subséquents. Le cadre est donc à la fois plus précis mais également limité à la seule Assemblée nationale. En contrepoint l'état de nécessité militaire apparaît plus simple et plus souple dans ses conditions de mise en œuvre puisqu'il est initié par le président de la République et que sa poursuite doit faire l'objet d'une approbation par les deux chambres du Parlement. En revanche, rien n'indique que cette approbation, qui doit avoir lieu dans les 7 jours de la déclaration, doive être ultérieurement renouvelée. Cela signifie qu'une fois accordée, le Parlement n'a plus à approuver les mesures prises et que l'état de nécessité militaire cesse lorsque le Président décide que la nécessité militaire a disparu. Certes, l'état de nécessité militaire reste soumis aux obligations de la Constitution et il est tout à fait plausible que la Cour constitutionnelle puisse se prononcer sur le maintien ou l'inconstitutionnalité d'un tel état mais en l'absence de jurisprudence à ce sujet, il est difficile de prédire ce que pourrait être la nature du contrôle exercé ni de déterminer sur quels critères précis la Cour se fonderait. En tout état de cause, l'état de nécessité militaire semble sur le papier offrir un pouvoir discrétionnaire au président de la République beaucoup plus large²⁸ que celui dont l'autorité exécutive pourrait bénéficier en cas d'état d'urgence.

Une autre interrogation surgit avec le libellé de l'état d'urgence. Alors que la distinction et la compatibilité entre les deux états « d'urgence » et « de nécessité militaire » semble complexe voire ambiguë, le libellé de la section 37 sur l'état d'urgence semble ajouter à la confusion en ce qui concerne les droits indérogeables et notamment les conditions de détention qu'une personne arrêtée dans le cadre de l'état d'urgence pourrait être amenée à connaître. La Constitution de 1996 consacre des dispositions précises aux droits fondamentaux pouvant faire l'objet de suspension mais garantit les droits des personnes arrêtées ou détenues dans un tel cadre en vue de restaurer la paix et l'ordre. Rien n'interdit d'appliquer *a priori* ces dispositions aux personnes retenues dans le cadre d'un conflit armé à ceci près que le dernier alinéa 8 précise que ces dispositions et garanties ne s'appliquent en cas de conflit armé international aux personnes ne détenant pas la nationalité sud-africaine et « en raison » d'un tel conflit. Le texte de la Constitution précise en effet que dans un tel cas, ce sont les principes et garanties du droit international humanitaire qui doivent s'appliquer. En soi, l'interprétation la plus logique consiste à considérer que la constitution impose que le droit international humanitaire s'applique en cas de conflit armé international et qu'en cas de conflit armé interne, ce soit la section 37 de la Constitution de 1996 qui s'applique. Cette répartition des règles applicables est assez curieuse dans la mesure où le droit international humanitaire régit à la fois les conflits armés internationaux et les conflits armés non-internationaux. Il est également ici difficile d'imaginer quelle est la signification précise de la formulation de cet article mais nécessaire de souligner que les constituants ont eu conscience d'inclure certaines situations de conflit armé dans l'état d'urgence sans pour autant préciser ou faire de lien avec l'état de nécessité militaire. La logique voudrait que l'état d'urgence soit déclaré lorsque les droits et libertés fondamentaux sont menacés en même temps que l'état de nécessité militaire mais rien ne l'exige. Il se peut que l'état de nécessité militaire soit déclaré pour des opérations extérieures (en dehors du territoire national) mais rien n'indique qu'en cas d'intervention sur le sol national ou pour des opérations impliquant des citoyens sud-africains, il faille que les deux états « d'urgence » et de « nécessité militaire » soient déclarés. Sans vouloir dissenter trop longuement sur les éventuelles combinaisons qui pourraient résulter de ces deux dispositions constitutionnelles (sections 37 et 203), il faut ici relever que cette situation constitutionnelle crée un manque de clarté qui ne pourrait être levé qu'en cas de difficulté d'application. L'absence de jurisprudence rend ici la situation extrêmement délicate à interpréter.

(L'absence d'intervention du juge constitutionnel durant les situations d'engagement des forces armées sud-africaines depuis l'avènement de la Constitution de 1996) – L'absence de conflit armé sur le sol sud-africain depuis la fin de l'apartheid et l'adoption de la Constitution de 1996 rend logiquement l'intervention du

²⁸ V. S. Ellmann "War Powers" in *Constitutional Law of South Africa*, Chapitre 23 C, *op.cit.* p. 6.

juge constitutionnel très difficile non-sollicité à ce jour dans le cadre d'un conflit armé. La seule intervention armée « contestable » – mais n'ayant pas fait l'objet de contentieux – fut celle engagée en septembre 1998 contre l'État enclavé du Lesotho dans le cadre de la *Southern African Development Community* (SADC) déployant une intervention militaire contre la déstabilisation et les émeutes se déroulant à l'époque dans la capitale Maseru²⁹. Sans développer ici le contexte de cette intervention, il faut souligner qu'elle n'avait pas fait l'objet d'une quelconque déclaration d'état de nécessité militaire (et a fortiori d'état d'urgence) et qu'elle avait été déclenchée par le président par intérim Mangosothu Buthelezi en l'absence du Président de la République Nelson Mandela et du vice-Président de l'époque Thabo Mbeki³⁰. Cette intervention militaire fut de courte durée (ce qui n'enlevait rien à son caractère de recours à la force armée) et fut assez largement contestée politiquement mais non juridiquement. On remarquera toutefois que les dispositions constitutionnelles relatives à l'état de défense nationale ne furent guère utilisées mais qu'en lieu et place, la légitimation de l'opération reposa juridiquement sur l'action commune menée de préservation de la paix par la SADC. Ce furent donc des dispositions internationales qui légitimèrent la décision et non le cadre constitutionnel qui ne fut pas convoqué en tant que tel pour cette intervention. L'Afrique du sud a également participé à certaines opérations extérieures sur différents continents³¹ dans le cadre de forces de maintien de la paix soit sous l'auspice des Nations-Unies, soit d'organisations régionales. Ces opérations extérieures n'ont pas généré de recours aux états précités (notamment celui de « défense nationale » ni davantage donné lieu à contentieux. La décision de l'Afrique du sud de participer à des missions maintien de la paix dans le cadre d'organisations internationales et de recourir à l'engagement de ses forces armées peut s'opérer sous la seule égide du pouvoir exécutif qui demeure soumis à un possible contrôle de la part du Parlement mais que celui-ci doit « désapprouver »³². Les juridictions sud-africaines et la Cour constitutionnelle en particulier n'ont donc pas eu à ce jour à statuer directement sur les dispositions du chapitre 11 de la Constitution en matière de défense ni sur aucune autre disposition de la Constitution dans son rapport avec un conflit armé.

Face à une telle situation, il est possible d'avancer certaines idées qui demanderaient à être confirmées par les juridictions elles-mêmes, en partant de la plus certaine pour aller vers la plus incertaine.

En premier lieu, il ne fait aucun doute que les décisions prises dans le cadre constitutionnel liées à un conflit armé sont soumises à un possible contrôle juridictionnel de constitutionnalité dès lors qu'il s'agit d'une décision des autorités constituées et que les conditions de mise en œuvre du recours à la force armée sont clairement inscrites dans la Constitution. Le doute n'est guère permis à cet égard. Encore faut-il qu'un contentieux puisse être déclenché et que le juge soit saisi.

En deuxième lieu, le recours à la force armée en Afrique du sud n'implique pas seulement les dispositions du chapitre 11 mais toutes les dispositions constitutionnelles : non seulement celles relatives aux droits fondamentaux mais également les pouvoirs budgétaires du Parlement qui semblent davantage en mesure de constituer un contrepoids aux prérogatives présidentielles. Puisque toute dépense publique doit être autorisée par le Parlement, les fonds nécessaires à l'emploi de la force armée ne dérogent pas à cette règle et permettent ainsi un contrôle effectif de l'emploi de la force armée par le Parlement³³. Il suffit que ce dernier n'accorde pas son autorisation d'engagement d'une dépense militaire pour que l'opération militaire soit mise en péril. Cette approche holistique de la Constitution relativise l'idée de toute puissance que le Président de la

²⁹ Cedric H. de Coning "Lesotho Intervention: Implications for SADC. Military interventions, peacekeeping and the African Renaissance" <https://journals.co.za/doi/pdf/10.10520/EJC16147>, 2000

³⁰ "Remembering the moment that SA soldiers marched into Lesotho" Mail & guardian, 19 septembre 2018 <https://mg.co.za/article/2018-09-19-mandela-and-military-force-its-use-is-determined-by-the-situation/>

³¹ Népal, Mozambique, République Centrafricaine, République démocratique du Congo, Mozambique.

³² V. S. Ellmann "War Powers" in *Constitutional Law of South Africa*, Chapitre 23 C, *op.cit.* p. 18.

³³ V. notamment la section 18 de la *Loi sur la défense (nationale)* n°42 de 2002 qui impose au Président de fournir au Parlement le détail de toutes les dépenses militaires engagées et sollicitées. Le contrôle parlementaire est ici particulièrement précis et exigeant.

République (et plus généralement le pouvoir exécutif) semble détenir. Le cadre constitutionnel est donc plus large que la lecture des quelques articles consacrés aux forces de défense.

En troisième lieu, le contrôle juridictionnel qui pourrait être exercé serait probablement de deux ordres : procédural et substantiel. Le contrôle procédural serait probablement le plus effectif dans la mesure où la Constitution fixe certaines conditions qu'il serait indispensable de fournir et de vérifier. Le texte constitutionnel exige par exemple, dans ses sections 201 et 203, que les motifs du recours à la force armée par le Président de la République soient fournis au Parlement « rapidement » et dans des « détails appropriés ». Le juge pourrait contrôler l'existence et le respect de ces éléments aisément. La question du contrôle substantiel est en revanche plus complexe à trancher dans la mesure où il est plus délicat de prédire comment la Cour constitutionnelle pourrait apprécier la « nécessité militaire » ou la nécessité d'un « état de défense nationale ». Ce n'est pas une question propre à la Cour constitutionnelle sud-africaine ou à une autre juridiction suprême mais placer le juge dans la position d'un stratège semble réellement délicate. Il y a fort à parier que sauf extravagance totale, la Cour constitutionnelle n'entrerait pas dans une telle appréciation. Il y aurait peut-être là matière à reprendre la distinction entre le « droit de la guerre » (*jus ad bellum*) et le « droit dans la guerre » (*jus in bello*). Si le premier relève d'un choix politique, le second s'inscrit en revanche dans un corps de règles internationales et internes que la Constitution sud-africaine a reconnu et qu'elle rappelle tout au long de son texte comme un ensemble d'obligations que les autorités sud-africaines doivent respecter. L'intervention du juge constitutionnel pourrait donc s'opérer sur le fondement direct du droit international humanitaire qui lie l'Afrique du sud³⁴ sans difficulté majeure. On peut ici relever que le caractère amical et compatible du droit international avec la Constitution de 1996 facilite cette approche dans la mesure où en appliquant le droit international le juge ne ferait que se conformer à la lettre et à l'esprit de la Constitution. En intégrant le droit international des conflits armés dans le cadre constitutionnel, le constituant a clairement manifesté sa volonté d'intégrer la logique du droit dans la guerre dans la liste des exigences que les autorités publiques devaient respecter.

Conclusion

L'analyse des rapports entre la « guerre » - au seul sens de conflit armé - et la Constitution sud-africaine de 1996 démontre à la fois une volonté d'encadrement des pouvoirs se référant à l'emploi ou au recours à la force armée mais génère également de nombreuses incertitudes quant au contenu exact des obligations qui y figurent. L'absence d'utilisation de ces pouvoirs et la seule analyse littérale ne peuvent rendre compte des difficultés qui surgiraient si de tels pouvoirs étaient utilisés. Il faut cependant admettre que la gravité générée par une telle situation ne relève pas de l'appréciation des seules règles juridiques. Les dispositions constitutionnelles sont destinées à canaliser et ordonner le recours à la force armée dans une démocratie et à s'assurer qu'un seul pouvoir – le pouvoir exécutif – ne s'accapare pas l'intégralité des décisions sans contrôle ni partage des informations. Il faut conserver à l'esprit qu'au-delà même des dispositions constitutionnelles, le caractère démocratique d'un régime se mesure à la capacité de partager les responsabilités et les choix opérés. Il existe donc souvent, au-delà des seules exigences juridiques, des canaux de communication entre les pouvoirs permettant de partager la responsabilité de choix stratégiques et militaires. Ceci n'est guère surprenant compte tenu de la complexité engendrée par certaines opérations militaires.

Il n'en reste pas moins que la constitution n'est jamais une arme infaillible pour prévenir l'usage inappropriée de la force. Les Constitutions sud-africaines de 1993 et de 1996 ont d'abord voulu réagir par rapport au passé et cantonner l'armée dans son rôle subordonné à la démocratie. Sur ce

³⁴ Une telle position serait d'ailleurs conforme à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sud-africaine qui n'hésite pas dans certaines affaires où le droit international humanitaire est en cause à s'y référer et à l'appliquer ; v. par exemple CCT315/16 and CCT193/17 23 février 2018, *S and Another v Okah; Okah v S (Institute for Security Studies and Southern Africa Litigation Centre as Amici Curiae)*.

plan, elles ont réussi à faire admettre que les forces de défense étaient à la fois soumises et protégées par la Constitution et que leur but unique était de renforcer la démocratie et non de l'affaiblir. Ce but a été atteint, ce qui n'est pas une mince réussite sur le continent africain. Ensuite, les textes constitutionnels ont voulu organiser les rapports entre les pouvoirs exécutif et législatif dans l'emploi de la force armée : l'un initie, l'autre contrôle et bénéficie d'un pouvoir ultime de veto. L'architecture est classique mais n'a jamais été mise à l'épreuve à ce jour. Enfin, les années d'apartheid ont laissé un souvenir amer sur le recours à la force léthale par les forces de sécurité et les forces armées qui ont conduit les constituants à replacer le conflit armé dans sa capacité de menace à l'égard des droits fondamentaux. Ici encore, les textes constitutionnels ont intégré le recours à la force armée dans le cadre de la protection des droits fondamentaux empêchant que le recours à la force armée ne justifie n'importe quelle atteinte au nom de la nécessité militaire. À ce jour, ces progrès sont davantage virtuels que réels mais il reste à espérer que les garde-fous mis en place par les constituants puissent au moins jouer un rôle minimum si ces dispositions constitutionnelles venaient à être opérationnalisées.