

Le nouvel ordre constitutionnel en Afrique du Sud,

Noëlle LENOIR - Membre du Conseil constitutionnel

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 1 - DÉCEMBRE 1996

Les conditions d'élaboration d'une Constitution n'éclairent pas seulement sur l'intention des « pères fondateurs » qui l'ont conçue. Elles traduisent avant tout la place accordée au droit pour asseoir la légitimité du nouveau régime, et en garantir le bon fonctionnement.

Les différentes étapes de la gestation de la nouvelle Constitution d'Afrique du Sud sont à cet égard exemplaires.

Elles marquent l'instauration progressive du nouvel ordre constitutionnel de l'Afrique du Sud, en tant qu'Etat fondé sur l'idée de Primauté du Droit. La nouvelle démocratie a en effet entendu rompre avec le régime ancien :

- En substituant le principe de la suprématie de la Constitution à celui de la suprématie parlementaire issue du modèle de Westminster auquel se rattachait la Constitution de 1983 ;
- En fondant la citoyenneté sur le respect de l'égalité des droits de chacun, conformément à la philosophie des droits de l'homme ;
- En mettant en place les verroux juridiques de nature à éviter le retour à la situation antérieure d'une société divisée et en proie aux conflits induits par l'apartheid.

"La suprématie de la Constitution, mentionnée aux articles 1 et 2 de la Constitution adoptée le 8 mai 1996, est le fondement essentiel de la République d'Afrique du Sud, Etat Souverain et Démocratique".

On peut du reste penser que, sous cette formulation très générale, cette notion a une portée particulièrement large. Elle va en effet au delà des prescriptions qui figurent par exemple à l'article 20-3 de la loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 selon lesquelles : "le pouvoir législatif est soumis à l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont soumis à la loi et au droit". Toutefois, l'inspiration est dans les deux cas la même. Il s'agit de faire prévaloir en toutes circonstances les droits fondamentaux sur lesquels s'appuie la démocratie.

La façon dont la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, depuis son installation en 1994 (1) a rempli sa tâche illustre le rôle aujourd'hui assigné aux juridictions constitutionnelles dans la construction d'un « Etat de Droit constitutionnel », selon la formule maintenant couramment utilisée.

Son rôle est en l'occurrence d'autant plus affirmé que la Constitution d'Afrique du Sud ne se contente pas d'organiser les relations entre les différents pouvoirs et les différentes institutions publiques. Elle exprime des valeurs fondatrices, que son article premier regroupe sous quatre rubriques :

- a) la dignité humaine, la mise en oeuvre du principe d'égalité et la promotion des droits de l'homme et des libertés ;
- b) le refus de la discrimination raciale et sexiste ;
- c) la suprématie de la Constitution et le respect du droit ;
- d) le principe du suffrage universel, fondé sur des élections régulières et le principe du multipartisme, ces deux principes visant à garantir un système de gouvernement responsable, efficace et ouvert".

Les premières années de l'histoire constitutionnelle de la nouvelle Afrique du Sud, consacrées à la préparation de la constitution « définitive » (1) ont surtout privilégié une démarche d'ouverture : ouverture au débat public dans le pays, ouverture sur l'échange

d'informations et d'expériences avec les juristes des autres démocraties, ouverture sur les systèmes de droit constitutionnels étrangers ayant inspiré tant le constituant Sud-Africain, que la Cour Constitutionnelle, au fil de sa jurisprudence.

La sagesse des partis, de même que le charisme du Président Mandela, ont sans doute favorisé ce climat d'ouverture, dans un contexte

politique et social pourtant difficile et fragile.

Mais le fait d'avoir érigé la Constitution en véritable « pacte solennel » et d'avoir confié à la Cour constitutionnelle la mission d'en être le garant, a sans doute aussi exercé une influence décisive, en permettant une meilleure adhésion de la population.

Le débat constitutionnel a fait en quelque sorte office de médiation. Le combat d'idées et les conflits d'intérêts ont, à travers lui, pu se résoudre pacifiquement sur des bases communes.

- Comment s'est donc établi ce nouvel « Etat de droit constitutionnel » ?
- Comment la Cour constitutionnelle est-elle appelée à contribuer à son édification ?

Rédigée dans une langue simple et accessible, la nouvelle Constitution d'Afrique du Sud est intéressante à étudier en tant qu'elle intègre de nombreux apports du droit constitutionnel comparé et, même du droit international public. Elle apparaît ainsi comme un document complet dans lequel la Cour constitutionnelle est en mesure de puiser les normes de référence indispensables à l'exercice de son contrôle.

La méthode choisie pour l'élaboration de la Constitution a, à cet égard, ménagé le temps de réflexion et de discussion nécessaire. En réalité, la Constitution de 1996 est le produit d'un processus en quatre phases :

- C'est en avril 1994, c'est-à-dire dès la mise en oeuvre de la Constitution intérimaire de 1993, qu'a été formée l'Assemblée Constituante (Assemblée Nationale et Sénat réunis) chargée de préparer un nouveau texte destiné à devenir la constitution « définitive » ;
- La période comprise entre 1994 et 1996 a été consacrée au débat public sur la base des versions successives du projet de future constitution, proposées par l'instance regroupant les négociateurs mandatés par les différents partis politiques ;
- Ce débat s'est conclu par l'adoption par l'Assemblée Constituante, à une large majorité, du nouveau texte, le 8 mai 1996 ;
- Ce vote n'a cependant pas constitué la phase finale du processus. En effet, le compromis arrêté en 1993 par les groupes politiques, incluait une double obligation : d'une part, maintenir inchangés 34 principes, regardés comme fondamentaux, établis en même temps que la Constitution intérimaire (et comprenant en particulier énoncé des « droits et libertés fondamentaux universellement reconnus ») ; d'autre part, soumettre le nouveau texte constitutionnel au contrôle de la Cour constitutionnelle chargée d'en vérifier la conformité par rapport à ces principes fondamentaux. Il était en outre spécifié que la nouvelle constitution ne serait applicable qu'après que la Cour en eût certifié la conformité

Il est évidemment surprenant de voir ainsi une juridiction constitutionnelle invitée à contrôler la « constitutionnalité » de la Constitution. En tous les cas, le fait est inédit, même si sa signification proprement juridique est de moindre portée qu'il n'apparaît de prime abord.

Quant à la procédure même de préparation du nouveau texte constitutionnel, elle s'est principalement caractérisée par la place faite au dialogue. Ce dialogue s'est instauré entre les négociateurs des partis qui ont constamment cherché un terrain d'entente, afin de concrétiser l'objectif de réconciliation, à la base de l'édifice constitutionnel. Il s'est également développé au sein de la population. Chaque citoyen a, en effet, été mis à même, grâce à des émissions régulières de télévision et de radio, voire à travers le système internet, ou encore en adressant directement à l'Assemblée des propositions d'amendements, de faire entendre sa voix. Certains commentateurs ont ainsi pu dire que la nouvelle Constitution était le fruit du travail d'une "équipe" de 43 millions d'individus. Une telle effervescence autour d'un projet de Constitution fait inmanquablement penser à la Révolution Française et aux cahiers de doléances. De même, elle évoque les circonstances ayant entouré l'adoption de la Déclaration de 1789. On songe aux idées avancées à cette époque, par Condorcet qui voulait voir participer chaque citoyen à la formation du droit notamment par l'approbation de la constitution.

Mais l'analogie ne s'arrête pas là. Les auteurs de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ont entendu transmettre un message de portée universelle. Les constituants Sud-Africains, de façon comparable, ont expressément affirmé vouloir fonder leur nouvel Etat sur « les principes universels des Droits de l'Homme ».

En effet, l'un des principes de référence oblige les constituants à respecter les « droits et libertés fondamentaux universellement reconnus ».

Ceci explique que la Cour constitutionnelle s'y réfère elle-même fréquemment.

Les nombreux échanges qui ont eu lieu entre le gouvernement et le Parlement Sud-Africains, d'une part, et des juristes étrangers, d'autre part, ont encore accentué la dimension internationale du processus constitutionnel de la nouvelle république. Sept pays, dont la France, ont été conduits à y déléguer des experts dans le cadre d'actions de coopération juridique, profitables à l'ensemble des parties concernées.

La Constitution de 1996 reflète la diversité des influences juridiques, tout particulièrement dans ses dispositions relatives à la Cour constitutionnelle, véritable « clé de voûte du nouveau système ».

Garante de la suprématie constitutionnelle, la Cour se voit en réalité confier la mission de maintenir la cohésion sociale fondée sur le compromis politique dont est issu l'accord de 1993, la Constitution en étant l'expression juridique.

Ce rôle est assuré à travers le contrôle de constitutionnalité dont le champ est spécialement vaste. Or il s'avère que les mécanismes de contrôle conjuguent différents systèmes juridiques :

- La Cour constitutionnelle n'a pas le monopole de l'exercice du contrôle de constitutionnalité qu'elle partage, dans certains domaines, avec les autres juridictions. La Cour suprême et les juridictions ordinaires exercent ainsi concurremment avec la cour constitutionnelle le contrôle des actes du pouvoir exécutif, ainsi que le contrôle des législations provinciales. On pourrait donc en déduire qu'elle a été conçue sur le modèle des Cours existant dans les pays de Common Law, comme les Etats-Unis et le Canada, où ce contrôle est en effet « diffus ».
- Mais lorsqu'on examine, d'un point de vue d'ensemble, les compétences de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, on se rend à l'évidence.

Cette Cour appartient sans ambiguïté au modèle des Cours Européennes, comme en témoigne ses domaines de compétence exclusive, à savoir :

- le contrôle de la constitutionnalité des lois nationales, sur la base d'une saisine directe ou par voie d'exception;
- le contrôle de la constitutionnalité des projets de lois nationaux. Ce contrôle préventif est exercé sur saisine du Président de la République, d'un tiers des membres de l'Assemblée Nationale, ou d'un cinquième des membres d'une Assemblée Provinciale ;
- le contrôle de la constitutionnalité de la répartition des compétences entre les organes de l'Etat ;

Une attribution tout-à-fait exceptionnelle est celle consistant pour la Cour à devoir certifier le respect par la Constitution « définitive » des 34 principes constitutionnels sur lesquels elle a été établie. Toutes proportions gardées, cette procédure est comparable à celle qui aurait pu être instaurée en France si le Conseil constitutionnel s'était vu confier en 1958 le soin de contrôler la conformité de la Constitution de la Vème République avec les principes généraux énoncés par la loi Constitutionnelle du 3 juin 1958.

La lecture de la décision de la Cour constitutionnelle, en date du 6 septembre 1996, aux termes de laquelle ont été déclarées non conformes neuf dispositions du nouveau texte, conforte la Cour dans son rôle d'arbitrage et de garant d'une continuité constitutionnelle.

La décision est aussi instructive par ses silences que dans sa motivation expresse. Il est ainsi notamment significatif que la Cour ait jugé bon de ne pas aborder d'office certains sujets délicats, ayant fait l'objet des controverses politiques les plus vives. Tel est le cas des dispositions sur les pouvoirs coutumiers des autorités locales traditionnelles dont la nature, patriarcale ne doit néanmoins pas contredire le principe de l'égalité des droits impliquant le refus de toute discrimination notamment en fonction du sexe. Tel est aussi le cas des dispositions relatives au quotas et aux discriminations positives. Le principe de l'"affirmative action", auquel la Cour n'a rien trouvé à redire résulte donc pour la première fois de dispositions constitutionnelles écrites.

Il est tout aussi notable, en sens inverse, que la Cour ait, dans sa motivation, explicitement entendu recourir à la diversité des techniques dont le juge constitutionnel fait usage.

La Cour indique, dans l'introduction de sa décision, qu'elle a accepté d'analyser les mémoires d'une multiplicité d'intervenants avec le maximum de bienveillance quant à l'appréciation de leur recevabilité (partis politiques, groupes d'intérêts, particuliers...). Le but était d'avoir la vision la plus large possible de la gamme des arguments des divers courants de pensée s'exprimant dans le pays.

De manière à mieux faire comprendre la portée de son rôle de « certification » de la Constitution, la Cour insiste par ailleurs sur la nature juridique, et non politique, de sa mission. Cette formule de précaution illustre les contraintes propres au contrôle préventif abstrait. C'est en effet une telle mise au point qui s'exprime parfois, en France, lorsque le Conseil constitutionnel rappelle qu'il ne « possède pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ».

L'effort didactique de la décision de septembre 1996 se traduit par ailleurs par les précisions apportées par la Cour quant à la manière dont elle a interprété les principes constitutionnels de référence.

Il est clair que l'approche retenue par elle s'inscrit dans le processus qui fait de la « certification » de la constitution, le véritable acte de

naissance de celle-ci. Aussi les 34 principes de référence qui en constituent le fondement ont-ils été interprétés, explique la Cour, de façon téléologique, c'est-à-dire à la lumière de l'objectif de « créer un nouvel ordre » sur la base d'un « Etat constitutionnel, souverain et Démocratique », assurant à ses citoyens le libre exercice de leurs droits fondamentaux. Chaque principe, souligne en outre la Cour, a été considéré, non pas isolément, mais en fonction de la cohérence d'ensemble formée par le corpus des 34 principes. La Cour a donc cherché à éviter toute interprétation susceptible de faire apparaître des conflits entre les différents principes. Cette méthode holistique, qui s'écarte quelque peu de la démarche habituelle des juridictions constitutionnelles, se justifie par le souci de donner leur pleine portée à chacun des principes fondateurs.

Pour le surplus, la cour a exploité tous les ressources des techniques du contrôle de constitutionnalité. Elle a ainsi censuré des dispositions du nouveau texte contrevenant, selon elle, directement à certains principes. Elle a estimé par exemple que la nouvelle constitution ne préservait pas l'indépendance de certaines autorités (les deux autorités qui sont en particulier appelées à jouer respectivement le rôle d'ombudsmen et de contrôleur des finances publiques, soit le « protecteur public » et l'"auditeur général"). Elle a de même jugé que la constitution ne garantissait pas une suffisante stabilité juridique, faute de prévoir une procédure de révision constitutionnelle contraignante. En se fondant en revanche sur la déclaration des droits, elle a estimé la reconnaissance du droit de grève par la constitution n'impliquait pas que les employeurs disposent parallèlement d'un droit constitutionnel de « lock out ».

D'autres dispositions ont été déclarées non conformes aux principes de référence, au motif d'imprécision, renvoyant implicitement au moyen de l'incompétence négative. Ainsi, outre les dispositions ayant pour effet de diminuer les pouvoirs des gouvernements des neuf provinces instituées par la Constitution, la Cour a également censuré les dispositions n'apportant pas, selon elle, les précisions indispensables à la délimitation des pouvoirs et compétences des autorités locales

La Cour a enfin déclaré contraires au principe de suprématie de la constitution, les dispositions qui exonéraient pour l'avenir de tout contrôle de constitutionnalité certaines législations antérieures. La Cour a par là même posé en principe le caractère de droit commun d'un tel contrôle.

Quels enseignements tirés de l'exemple donné par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, si étroitement associée à la mise en place du nouveau régime ?

Du point de vue de l'évolution du droit constitutionnel dans le monde, deux principales leçons paraissent pouvoir être retenues.

1) Sans entrer dans les débats doctrinaux sur l'existence ou non d'une supra constitutionnalité, le rôle et la jurisprudence de la Cour d'Afrique du Sud attestent que le droit constitutionnel a essentiellement à voir avec les valeurs, qu'il a pour vocation de faire émerger et de formaliser. La référence aux valeurs est, en effet, une constante de la jurisprudence de la Cour. Dans un considérant d'une de ses décisions, elle a souligné par exemple que "... toutes les constitutions recherchent à exprimer... les valeurs qui doivent guider le peuple", tandis que dans un autre, elle affirme exercer son contrôle « d'après les valeurs... qui doivent fonder une société... engagée sur la voie de la démocratie ».

L'allusion aux valeurs démocratiques se retrouve dans la jurisprudence de toutes les cours constitutionnelles. Elle a bien entendu été particulièrement appuyée dans le fameux arrêt « State v/Makwanyane » du 6 juin 1995, par lequel la Cour d'Afrique du Sud a déclaré la peine de mort inconstitutionnelle.

L'expérience déjà riche de la Cour Sud-africaine démontre, s'il en était besoin, le caractère propre du droit constitutionnel. Celui-ci a pour objet de fonder des droits « substantiels » par opposition à la vision plus formaliste et technique de la règle de droit, dans la conception originaires de la common law. La place occupée par cette Cour dans le dispositif institutionnel d'Afrique du Sud illustre d'autant plus ce phénomène qu'il lui appartient de rechercher des solutions d'équilibre sur la base d'une diversité culturelle s'exprimant à travers l'usage de 11 langues officielles, la pratique d'une multiplicité de religions et des traditions politiques extrêmement contrastées. Ce sont les valeurs communes que la Constitution traduit et dont la cour doit assurer le respect, qui forment désormais le ciment de la société sud-africaine.

2) La deuxième constatation qui s'impose a trait à l'influence grandissante des différents droits constitutionnels nationaux et même d'une telle influence réciproque du droit constitutionnel et du droit international. On sait que la Cour de justice des Communautés Européennes s'appuie sur « les traditions constitutionnelles communes aux Etats-membres », à présent expressément mentionnées comme source d'inspiration du droit communautaire dans le Traité sur l'Union Européenne de 1992. Dans le même ordre d'idées, la Constitution d'Afrique du Sud comporte un article qui recommande aux juridictions d'interpréter les dispositions de la « Déclaration des Droits », placée en tête du texte constitutionnel, en s'inspirant au besoin des principes du droit international, ainsi que de ceux qui se dégagent du droit comparé, positif et jurisprudentiel. En ce sens, la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, à l'instar d'autres cours (comme le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe ou encore la Cour suprême du Canada et de l'Inde) n'hésite pas chaque fois qu'elle le juge utile, à se référer, dans les motifs de ses

décisions, à la jurisprudence d'autres cours. Elle a ainsi déjà cité à plusieurs reprises la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Cette ouverture du droit constitutionnel, sur la scène juridique internationale n'est pas sans liens avec la multiplication des contacts bilatéraux entre les Cours nationales. Le droit constitutionnel devient un langage juridique commun, quelque soit par ailleurs le système auquel chaque démocratie se rattache.