

Le contrôle des lois constitutionnelles en Afrique du Sud

Xavier PHILIPPE - Professeur de droit public à l'Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III et à l'Université de Western Cape (Le Cap-Afrique du sud), Directeur de l'Institut Louis Favoreu - GERJC - CNRS UMR 6201

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 27 (DOSSIER : CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS CONSTITUTIONNELLES) - JANVIER 2010

Le contrôle des lois constitutionnelles par une Cour constitutionnelle constitue en soi un sujet iconoclaste : comment une juridiction constitutionnelle chargée de garantir le respect de la Constitution peut-elle contrôler la norme ou les modifications de la norme qu'elle est chargée de faire respecter ? Cette contradiction, résumée à travers le débat relatif à la « supra-constitutionnalité », est pourtant celle que l'Afrique du sud a rencontrée au lendemain de son accession à la démocratie dans les années 1990. Les constituants sud-africains ont en effet choisi de confier à la Cour constitutionnelle le soin de vérifier le texte constitutionnel final à l'aune de 34 principes constitutionnels ⁽¹⁾ adoptés lors des « négociations constitutionnelles multipartis » ⁽²⁾ de 1992-1993, sur lesquels les différents protagonistes de la transition avaient réussi à trouver un accord. Pour la première fois, la Cour constitutionnelle a donc été amenée à « homologuer » (le terme exact anglais est certification) le texte final adopté par l'Assemblée constituante. Ce choix, faut-il le souligner, est celui du constituant lui-même et non celui de la Cour constitutionnelle. Le contrôle des lois constitutionnelles en Afrique du sud a ainsi pris place dans un contexte particulier (I), s'est réalisé devant une Cour constitutionnelle qui s'est acquittée de sa tâche en ayant conscience d'effectuer un contrôle exceptionnel (II), et a constitué une expérience nouvelle sur le sens et la portée de laquelle il ne faut pas se méprendre (III).

I. Le contexte particulier du contrôle des lois constitutionnelles en Afrique du sud

La connaissance du contexte dans lequel le contrôle des lois constitutionnelles a pris place en Afrique du sud amène à relativiser singulièrement le caractère apparemment révolutionnaire du processus. La Cour a davantage joué le rôle d'un gardien du processus constituant que celui d'un « supra-constituant ».

À l'origine du processus constituant, les « négociations multipartis » avaient donné lieu à d'importants différends sur la perception future du contenu et du rôle de la Constitution. Les parties en présence avaient des conceptions radicalement opposées sur ce que devait être le processus constituant et son résultat ⁽³⁾. En conséquence, une certaine méfiance était née de part et d'autre qui avait conduit à la recherche de garde-fous ⁽⁴⁾ destinés à empêcher que l'un des partis majoritaires d'alors ⁽⁵⁾ ne prenne le dessus. Le résultat fût assez surprenant car les protagonistes se mirent d'accord -- pour des raisons bien différentes -- sur l'idée de primauté et de respect de la règle de droit. Cette confiance nouvelle dans la « règle commune du jeu » s'est manifestée de différentes façons. En premier lieu, il fallait construire entièrement et ex nihilo un nouveau texte constitutionnel : en l'absence de références antérieures, il fallait d'abord un accord des parties sur les principes communs. En second lieu, le facteur « temps » impliquait une conclusion rapide du processus mais le rendait parallèlement peu légitime en termes de démocratie puisque le texte était le résultat d'un compromis entre les principaux partis sans que la population ait été consultée. En troisième et dernier lieu, le processus devait revêtir une garantie de sincérité dans le temps, nécessaire pour s'assurer que les principes sur lesquels les parties s'étaient entendues avaient été respectés. Ce « contrôle de sincérité » du processus devait être confié à un organe indépendant et hors de tout soupçon. Ainsi naquit l'idée de contrôle de la loi constitutionnelle.

Techniquement, le processus imaginé était simple : il consistait à définir un ensemble de principes (les principes constitutionnels) ⁽⁶⁾ et une procédure d'adoption du texte constitutionnel définitif ⁽⁷⁾. L'idée sous-jacente était une construction du texte constitutionnel par paliers se focalisant d'abord sur les principes, puis sur leur mise en œuvre : les « principes constitutionnels » constituaient les lignes directrices et les « textes constitutionnels (intérimaire et définitif) » la mise en œuvre de ces principes. Le risque tenait à ce que le laps de temps écoulé entre l'adoption de ces principes et celle du texte final de la Constitution ne favorise un écart important entre la volonté originaires des constituants et le résultat définitif ⁽⁸⁾. Les auteurs des 34 principes constitutionnels de 1993 avaient donc décidé de confier à la Cour constitutionnelle nouvellement créée le soin de vérifier que la loi constitutionnelle définitive respecterait ces mêmes principes ⁽⁹⁾. La Cour était donc chargée de « certifier » ⁽¹⁰⁾ que le texte définitif ne s'était pas écarté des intentions originaires des constituants et des équilibres sur lesquels ils avaient réussi à trouver un accord.

Cette connaissance du contexte d'intervention de la Cour constitutionnelle conduit à relativiser singulièrement le contrôle de constitutionnalité

des lois constitutionnelles généralement présenté comme une « révolution » ! S'il est vrai que la Cour constitutionnelle a été amenée par deux fois à contrôler la compatibilité de la loi constitutionnelle avec ces principes constitutionnels, elle ne l'a pas fait pour se prononcer sur les choix des constituants mais pour s'assurer qu'ils restaient constants avec leurs propres engagements ⁽¹¹⁾. Il n'a jamais été question pour la Cour de se substituer au constituant resté maître du processus dans son intégralité.

II. Le contrôle des lois constitutionnelles exercé par la Cour constitutionnelle sud-africaine

La Cour constitutionnelle a exercé deux types de contrôle à l'égard des lois constitutionnelles. L'un, exceptionnel et unique, a porté sur l'homologation de la Constitution de 1996 et a donné lieu à deux décisions ; l'autre plus classique a porté sur l'homologation de Constitutions provinciales, notamment celle du Kwazulu-Natal et celle du Western Cape, au regard du texte de la Constitution nationale de 1996.

Le premier contrôle -- celui exercé sur le processus d'homologation de la Constitution de 1996 -- est certainement le plus original et reste aujourd'hui encore considéré comme une particularité du système constitutionnel sud-africain ⁽¹²⁾. Adopté le 8 mai 1996, la Cour fût saisie du texte constitutionnel et organisa les audiences du 1^{er} au 11 juillet ⁽¹³⁾. Elle rendit une première décision le 6 septembre 1996 ⁽¹⁴⁾ dans laquelle elle refusait d'homologuer le texte constitutionnel initial par rapport aux 34 principes adoptés initialement. La décision est intéressante à plus d'un titre. La Cour explique tout d'abord en introduction le caractère exceptionnel et inhabituel de son contrôle et rappelle qu'elle tient son mandat de la Constitution et du processus constitutionnel lui-même ⁽¹⁵⁾. Elle souligne également qu'elle ne peut se substituer au constituant et que sa mission se limite à vérifier le rapport de correspondance -- ou plus exactement de compatibilité -- entre les principes constitutionnels et le texte voté. La Cour commence par examiner l'ensemble du processus d'adoption et son résultat pour reconnaître sa compatibilité générale avec les exigences que s'étaient fixés les constituants initiaux. En revanche, elle va estimer que certains aspects du texte ne respectaient pas les conditions formulées dans les « principes constitutionnels ». Elle refuse donc d'homologuer le texte constitutionnel en l'état mais estime que la correction de ces incompatibilités permettra au texte de satisfaire aux exigences des principes constitutionnels.

Les motifs d'incompatibilité reposaient sur trois grands thèmes. La Cour estimait tout d'abord que certains droits fondamentaux, dont la protection devait être clairement précisée au regard de la formulation de certains principes constitutionnels, n'étaient pas suffisamment garantis ⁽¹⁶⁾. Ensuite, la Cour estima que les autorités constitutionnelles indépendantes -- et notamment deux d'entre elles -- l'équivalent de l'ombudsman (public protector) -- et l'auditeur général des comptes -- ne bénéficiaient pas d'une indépendance et d'une garantie d'inamovibilité suffisante pour exercer leur mission ⁽¹⁷⁾. Enfin, la Cour considéra que la répartition des compétences entre le pouvoir central et les autorités provinciales n'était pas suffisamment équilibrée et précisée au regard des principes constitutionnels et cela au détriment des Provinces ⁽¹⁸⁾. L'ensemble de ces éléments conduisit la Cour à refuser l'homologation du texte initial ⁽¹⁹⁾.

L'Assemblée constituante dû donc se réunir à nouveau pour corriger le texte et soumettre le nouveau pour que celui-ci soit enfin homologué. Non seulement elle modifia les différentes dispositions que la Cour constitutionnelle avait estimé incompatibles mais elle modifia de surcroît certaines dispositions qu'elle estima insuffisamment protectrices. Elle refusa en revanche de rouvrir un débat général sur le texte estimant que les modifications à opérer ne devaient être que techniques et non politiques.

Dans une seconde décision du 4 décembre 1996 *Certification of the Amended Text of the Constitution of The Republic Of South Africa*, 1996 ⁽²⁰⁾, la Cour estima que l'Assemblée constituante avait « consciencieusement » tiré les conséquences de la première décision et que le texte constitutionnel pouvait donc être complètement homologué. La Cour rejeta les arguments de différents partis politiques et de divers particuliers les estimant non fondés au regard de sa mission. Le texte fût promulgué le 10 décembre 1996 à Sharpeville par le président N. Mandela et entra en vigueur le 4 février 1997. La Cour constitutionnelle venait de procéder à un contrôle unique en son genre dans lequel elle avait su trouver sa place et démontra ainsi qu'elle était capable d'exercer le rôle d'expert juridique qui lui avait été confié dans le nouveau jeu constitutionnel.

L'autre type de contrôle exercé par la Cour constitutionnelle sur les lois constitutionnelles est plus classique puisqu'il l'a conduite à se prononcer sur la conformité de la loi constitutionnelle provinciale à la loi constitutionnelle nationale. Bien que l'Afrique du sud ne soit pas exactement un État fédéral mais plutôt régional ou autonome, la logique de la Constitution permet aux Provinces de se doter d'une « Constitution provinciale » ⁽²¹⁾. Le contrôle exercé consiste à vérifier que le texte provincial n'empiète pas sur les compétences nationales et qu'il respecte les normes constitutionnelles générales. La Cour constitutionnelle a eu à connaître à plusieurs reprises de telles lois. Dans le cadre du contrôle de la Constitution provinciale du Kwazulu-Natal, la Cour refusa d'homologuer cette dernière aux motifs d'une part, qu'elle méconnaissait la répartition des compétences législatives et exécutives qui appartenaient au Parlement et au Gouvernement national et d'autre part, que certaines dispositions du chapitre relatif aux droits fondamentaux sortaient du champ de compétence de la Province ou contredisaient

manifestement la Constitution nationale⁽²²⁾. Le rôle d'homologation de la Cour constitutionnelle fût ici ressenti différemment et beaucoup plus critiqué⁽²³⁾ car le projet de loi constitutionnelle provincial avait été adopté à l'unanimité après d'âpres négociations. Certaines voix se sont élevées contre ce processus « anti-démocratique » – et pourtant classique dans un État composé – alors que, dans le même temps, le processus d'homologation de la Constitution nationale fût beaucoup moins décrié. Cela n'a toutefois pas empêché la Cour de continuer à jouer son rôle en la matière qui doit être plutôt considéré comme préventif des conflits futurs et fût accepté plus facilement en d'autres circonstances⁽²⁴⁾.

III. Le sens et la portée du contrôle des lois constitutionnelles en Afrique du sud

Il est tentant de considérer ce processus de contrôle des lois constitutionnelles en Afrique du sud comme atypique et non transposable. L'est-il vraiment ? La connaissance du contexte et la nature exacte du contrôle effectué démontrent que l'originalité du processus, sans être niée, doit être relativisée. En effet, s'il est incontestable que le contrôle des lois constitutionnelles par une juridiction constitutionnelle ne fait pas partie de ses attributions ordinaires, la Cour sud-africaine a nettement souligné le caractère « exceptionnel » d'un tel contrôle tenant plus au contexte de la transition qu'à la volonté du juge de se substituer au constituant. Le sens et la portée de ce contrôle peuvent être appréhendés en essayant d'évaluer ce que représente exactement un tel contrôle et quelles en sont les limites !

Il existe tout d'abord des éléments objectifs démontrant que si ce contrôle ne fait pas partie des activités traditionnelles du juge constitutionnel, ce dernier n'en reste pas moins capable techniquement de le mettre en œuvre en raison de l'existence d'éléments fiables de comparaison, qualifiables et quantifiables.

Ce contrôle n'est pas un contrôle de supra-constitutionnalité au sens propre du terme mais plutôt un contrôle de régularité d'un « processus constituant complexe », c'est-à-dire réalisé en plusieurs phases successives. Il s'agit en effet davantage d'un « contrôle horizontal », consistant à mesurer la permanence du degré de protection des normes issues de la volonté des constituants dans l'élaboration d'un processus étalé dans le temps, que d'un « contrôle hiérarchique vertical » découlant de l'imposition d'une norme supérieure que le juge aurait lui-même déterminée. Ce processus ne s'est d'ailleurs pas développé spontanément. Au contraire, il résulte d'une volonté du constituant habilitant le juge constitutionnel et lui confiant le soin de vérifier ce que l'on pourrait appeler le respect d'un « pacte de fidélité aux intentions originaires ». Cette analyse rend ce contrôle beaucoup moins spectaculaire que sa présentation ne le suggère de prime abord.

Il est également nécessaire de souligner le caractère limité du contrôle du juge constitutionnel. Tant la nature du contrôle que son intensité font l'objet d'une autolimitation de sa part : d'une part, il qualifie le processus « d'homologation » et non de « contrôle de (supra)constitutionnalité » ; d'autre part, il rappelle qu'il ne s'agit pas pour la Cour de substituer ses choix à ceux du constituant mais de vérifier que les règles du jeu n'ont pas été méconnues par les parties. En conséquence, les décisions d'homologation représentent des décisions « techniques » qui refusent de prendre en considération les oppositions politiques sous-jacentes⁽²⁵⁾. Cette autolimitation de la Cour a fait naître certaines critiques chez les constitutionnalistes sud-africains qui ont estimé qu'elle aurait pu aller un peu plus loin⁽²⁶⁾. La Cour a cependant voulu se démarquer de son contrôle habituel et prévenir toute critique des choix opérés par les constituants quand bien même certains de ces choix apparaissaient opposés à sa propre jurisprudence⁽²⁷⁾.

La Cour a également, qu'il s'agisse de la première ou de la deuxième décision d'homologation, soigné la démarche intellectuelle qu'elle appliquait dans ses décisions ! Elle a notamment choisi de jouer la carte de la transparence et de l'explication motivant parfois d'une façon surabondante les raisons de sa position. Cette explication du raisonnement possède le mérite de rendre l'exercice plus lisible et plus compréhensible.

Ces éléments relativisent le caractère révolutionnaire du contrôle. On remarquera paradoxalement que les décisions d'homologation de la Constitution nationale ont donné lieu à peu de critiques et que l'Assemblée constituante a parfaitement joué le jeu de ce contrôle « à double détente » un peu particulier. Les dispositions non homologuées ont fait l'objet des amendements désirés. Seul le contexte politique particulier⁽²⁸⁾ a pu générer quelques commentaires. La Cour constitutionnelle s'est donc estimée satisfaite des modifications. La situation a été un peu plus compliquée pour les lois constitutionnelles provinciales où la Cour, par deux fois, a estimé que le contenu des projets ne correspondait pas aux exigences de la Constitution nationale. Le rapport de normes (nationales/provinciales) est cependant ici beaucoup plus calibré et correspond à un contrôle classique. La Cour ne s'y est d'ailleurs pas trompée.

Est-ce à dire que le contrôle des lois constitutionnelles ne pose aucune difficulté en termes juridiques ? Ce serait aller un peu vite en besogne.

En premier lieu, quelle que soit la façon dont on essaie de présenter ce contrôle, il reste anormal tant d'un point de vue normatif que fonctionnel. Il n'est pas possible, quels que soient les mots choisis, d'y voir un contrôle ordinaire de constitutionnalité des lois et cela bien qu'il s'agisse d'un

En second lieu, on doit également souligner qu'en dépit d'un contrôle lié à un processus constituant particulier que l'on peut comprendre, les principes constitutionnels dégagés par les constituants originaires deviennent des « super-principes constitutionnels » et s'imposent aux autres dispositions de la hiérarchie des normes y compris aux normes constitutionnelles : formellement ces principes sont « supra-constitutionnels » puisqu'ils s'imposent aux normes constitutionnelles adoptées ultérieurement. En l'occurrence, il s'agit de principes connus et largement partagés ce qui ne rend pas gênant un tel contrôle tenu du contexte d'intervention. Cependant, si ces principes avaient été plus controversés, le juge aurait-il pu réagir autrement et se montrer plus exigeant ? La logique même d'un tel contrôle reste posée car elle prend le juge à témoin d'un processus constituant auquel il reste majoritairement étranger mais dans lequel il devient finalement largement impliqué. De surcroît, elle amène à s'interroger sur le caractère permanent ou temporaire de tels principes à l'issue du processus : ces principes particuliers demeureront-ils des principes renforcés ou supérieurs par la suite ?

En troisième lieu, le contrôle exercé sur les lois constitutionnelles en Afrique du sud pose un problème de légitimité. Si les principes constitutionnels ont été définis par les partis politiques réunis lors du processus des négociations multipartis, ces principes, indépendamment de leur contenu, ont été dégagés par un accord ne possédant aucun fondement ni aucune légitimité démocratique. Le contrôle de la loi constitutionnelle porte donc sur un texte adopté démocratiquement par des représentants élus que l'on mesure à l'aune de principes qui émanent d'un corps sans légitimité. Le caractère mesuré et raisonnable du contrôle ne lui enlève pas ce caractère anormal. Une réflexion doit donc s'engager quant à l'opportunité d'étendre un tel contrôle à d'autres situations.

Le contrôle des lois constitutionnelles en Afrique du sud restera une exception dans le paysage du contrôle exercé par les Cours constitutionnelles. Son existence est largement due à la situation particulière de la transition sud-africaine et doit y rester limitée au risque de créer une complication inutile et dangereuse. Les 34 principes constitutionnels sud-africains se sont substitués à la violence et ont permis de mener les négociations pacifiquement. On peut ainsi comprendre ce rôle inhabituel confié à la Cour dans ce contexte et le considérer comme un moyen de désamorcer les situations explosives. En revanche, la technique utilisée pour les modifications ultérieures de la Constitution n'a pas repris cette obligation de contrôle des lois constitutionnelles. Les constituants lui ont préféré un mécanisme de majorité qualifiée et de procédures renforcées rendant plus difficiles les révisions constitutionnelles sur certains points majeurs⁽²⁹⁾.

L'exemple sud-africain a confié un rôle inhabituel au juge constitutionnel dont il s'est acquitté avec rigueur. Il s'agissait d'un pari d'autant plus risqué que la Cour constitutionnelle n'existait pas au moment où l'idée de ce contrôle a commencé à se dégager. Si c'était à refaire, les constituants ne choisiraient peut-être pas cette voie-là. Mais peut-on refaire et répéter l'histoire ? En la matière, rien n'est moins sûr et tout effet de mimétisme sans réflexion préalable pourrait s'avérer dangereux !

(1) Ces principes sont qualifiés par le § 2 du Préambule de la Constitution intérimaire elle-même de 1996 de « pacte solennel ».

(2) Tel est le nom officiel donné aux négociations qui ont réuni principalement l'African National Congress (ANC) et le National Party (NP), l>Inkhata Freedom Party (IFP) avait décidé de boycotter le processus constituant. Ces négociations ont constitué la deuxième phase du processus après l'échec de la Conference for a Democratic South Africa (CODESA). Elles sont parfois baptisées CODESA 2.

(3) Sur l'historique des conceptions de la démocratie constitutionnelle v. Basson (D.) South Africa's Interim Constitution, p. 100-111, Juta, 2^e éd. 1995. Deux courants s'opposaient : le premier souhaitait une assemblée constituante élue qui élaborerait une Constitution (pouvoir constituant élu et agissant seul) ; le second souhaitait au contraire que le processus constituant s'insère dans des négociations politiques entre les principaux protagonistes et donne lieu à un processus graduel (pouvoir constitué chargé de mettre en œuvre les principes définis par le pouvoir constituant originaire). Ce second processus sera celui finalement retenu par les protagonistes.

(4) L'idée de ces garde-fous a été l'œuvre de comités techniques qui ont imaginé cette solution pour permettre de faire avancer les négociations. Le contexte politique n'était pas encore apaisé.

(5) Essentiellement l'ANC et le NP.

(6) V. Annexe 4 de la Constitution intérimaire de 1993.

(7) Ch. 5 de la Constitution intérimaire de 1993 intitulé « adoption d'une nouvelle Constitution », art. 68 à 74 et spéc. les art. 71 et 73.

(8) La Constitution intérimaire de 1993 comportait un art. 74 interdisant la révision de ce chap. 5 sur le mode d'adoption de la Constitution ainsi que l'annexe 4 contenant les principes constitutionnels. Ainsi que l'avait souligné D. Basson, il s'agissait là des seules dispositions absolues du texte constitutionnel intérimaire, (op.cit. p. 110).

(9) Art. 71 de la Constitution intérimaire de 1993

(10) Le terme est celui employé dans le texte constitutionnel. Art. 71(2) de la Constitution intérimaire « le nouveau texte constitutionnel adopté par l'Assemblée constituante ou toute disposition qui en découle sont dépourvus d'opposabilité et d'effet tant que la Cour constitutionnelle n'a

pas certifié que toutes les dispositions de ce texte sont conformes aux principes constitutionnels mentionnées dans le sous-paragraphe (1)(a) ».

(11) De façon concrète, les constituants dans le cas présent sont représentés par les personnes ayant participé au processus d'écriture de la Constitution. Alors que le processus constituant intérimaire était le fruit d'une participation volontaire des partis politiques et de leurs représentants, le processus constituant « définitif » était le résultat de la procédure d'écriture telle qu'elle avait été imaginée dans la Constitution intérimaire, c'est-à-dire par les membres du Parlement. En pratique, il faut bien comprendre qu'il s'agissait tout au long du processus des mêmes personnes. Le changement majeur entre 1993 et 1996 reposait sur les premières élections démocratiques d'avril 1994. Les personnes étaient les mêmes mais leur légitimité avait changé entre temps.

(12) V. les développements substantiels consacrés à ce processus sur le site de la Cour : <http://www.constitutionalcourt.org.za/>

(13) Ces audiences furent les plus longues et les plus complexes de l'histoire de la Cour. Pas moins de 47 avocats représentant 29 partis politiques et des individus firent valoir leurs arguments devant la Cour pour contester le texte adopté. Source : <http://www.constitutionalcourt.org.za>

(14) CCT 23/96 du 6 septembre 1996 Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly : in re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996, [1996] ZACC 26 ; 1996 (4) SA 744 (CC) ; 1996 (10) BCLR 1253 (CC), <http://www.constitutionalcourt.org.za> ; le jugement est long de 296 pages.

(15) § 1 « L'homologation juridictionnelle d'une Constitution est un phénomène sans précédent et la nature même de l'entreprise doit être expliquée... » ; égal § 26-30 où la Cour explique la nature de sa mission d'homologation.

(16) Le raisonnement de la Cour est assez long. Elle commença par homologuer la clause reconnaissant l'applicabilité horizontale des droits fondamentaux, qui revenait à admettre l'applicabilité des droits fondamentaux entre personnes privées ; elle admit également l'ensemble des dispositions du ch. 2 relatif aux droits fondamentaux, y compris la justiciabilité des droits économiques et sociaux ; elle estima en revanche que le droit de l'employeur à engager des négociations collectives n'était pas suffisamment garanti (§ 96) ; que les dispositions concernant la révision constitutionnelle relative aux droits fondamentaux n'étaient pas assez protectrices en termes de procédure (§ 159) ; elle souligna également que la liste des droits indérogeables en cas d'État d'urgence n'était pas suffisamment justifiée mais qu'en tout état de cause les restrictions des autres droits devraient être soumis au contrôle du juge (§ 94).

(17) § 163 et 165.

(18) § 481.

(19) Dans son commentaire de la Constitution, le professeur G. Devenish qualifiait la première décision d'homologation de « tâche éléphantesque » qui avait débouché certes sur une décision de non-certification pour certaines clauses mais qui pour la grande majorité d'entre elles satisfaisaient aux exigences de la Cour montrant ainsi un nouveau visage du constitutionnalisme en Afrique du sud tourné vers le respect de la démocratie, des droits fondamentaux et de l'État de droit, « A Commentary of the South African Constitution », p. 343, Butteworths, Durban, 1998.

(20) CCT 37/96 du 4 décembre 1996 Certification of the Amended Text of the Constitution of The Republic Of South Africa, 1996 [1996] ZACC 24 ; 1997 (2) SA 97 (CC) ; 1997 (1) BCLR 1 (CC) ; disponible sur : <http://www.constitutionalcourt.org.za>

(21) Art. 160 de la Constitution intérimaire de 1993, spécialement § 3 & 4.

(22) CCT 15/96 du 6 septembre 1996, Ex Parte Speaker of the KwaZulu-Natal Provincial Legislature : In Re Certification of the Constitution of the Province of KwaZulu-Natal, 1996, [1996] ZACC 17 ; 1996 (4) SA 1098 (CC) ; 1996 (11) BCLR 1419 (CC) ; <http://www.constitutionalcourt.org.za>

(23) V. The Citizen 16 mars 1996 « KZ/N Constitution : Recipe for Peace » ; Daily News, 21 mars 1996 « Provincial Constitutions : Another Success for KZN » ; Sunday Times 8 septembre 1996, Richard « Kwazulu Natal Provincial Draft Too Big for its Boots, say Judges ».

(24) CCT 6/97 du 2 septembre 1997 Ex Parte Speaker of the Western Cape Provincial Legislature, In re Certification of the Constitution of the Western Cape, 1997, ZACC 8 ; 1997 (4) SA 795 (CC) ; 1997 (9) BCLR 1167 (CC) ; <http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2080.PDF> et CCT 29/97, 18 novembre 1997, Ex parte Speaker of the Western Cape Provincial Legislature : In re Certification of the Amended Text of the Constitution of the Western Cape, 1997, [1997] ZACC 15 ; 1998 (1) SA 655 (CC) ; 1997 (12) BCLR 1653 (CC) ; <http://www.constitutionalcourt.org.za>.

(25) CCT 23/96 du 6 septembre 1996 Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly : in re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996, op. cit. § 16-20.

(26) V. en ce sens par ex. Devenish (G.) « A Commentary on the South African Constitution », op.cit. p. 340 et s.

(27) La Cour a par exemple accepté en termes de droits fondamentaux la clause d'horizontalité prévue par le texte constitutionnel alors qu'elle avait refusé un tel effet dans sa jurisprudence antérieure sous l'empire de la Constitution intérimaire de 1993 dans l'affaire du Plessis v. De Klerk (1997(3) BCLR 404, 1996 3 SA 850 (CC)).

(28) L'IFP qui avait quitté les négociations a profité de cette nouvelle discussion pour essayer de faire valoir à nouveau son point de vue.

(29) L'art. 74 de la Constitution de 1996 définit les différentes exigences et procédures relatives aux modifications de la Constitution fixant des seuils d'exigence différents selon qu'il s'agisse de dispositions ordinaires de la Constitution, de dispositions touchant à la séparation verticale et horizontale des pouvoirs ou de dispositions touchant à la protection des droits fondamentaux. Pas moins de 5 catégories sont ainsi référencées,

instaurant une hiérarchie fonctionnelle entre les dispositions constitutionnelles.