

DE L'ANC À LA CONSTITUTION SUD-AFRICAINE : CONTINUITÉ OU RUPTURE DANS LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX ?

Ousmane Barry

Volume 10, 1997

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1100727ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1100727ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Barry, O. (1997). DE L'ANC À LA CONSTITUTION SUD-AFRICAINE : CONTINUITÉ
OU RUPTURE DANS LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX ? *Revue
québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista
quebequense de derecho internacional*, 10, 3–74.
<https://doi.org/10.7202/1100727ar>

Article abstract

The population of South Africa has long been divided by racial segregation. Inspired by the new era of human rights and democracy, a movement developed that condemned apartheid at a national and at an international level. The General Assembly followed by the Security Council responded to the pressures of African and Asian states who demanded that South Africa be excluded from participating in international organizations as long as the regime remained unchanged. These demands gave rise to the complete diplomatic isolation of South Africa on November 12, 1974. The isolation lasted until 1994 and was accompanied by a critical struggle against apartheid. After twenty years of isolation, the country abolished its segregation policies and reorganized its entire regime. South Africa was reintegrated into the international legal system and admitted to intergovernmental organizations as an effective participant. This historical and political evolution consecrated fundamental human rights in the internal legal structure of South Africa. Ethnocentrism was rejected as well as racism in all of its expressions and the new regime chose to adhere to a model of unity "in the context of diversity".

Such a model – product of a Constitution encompassing nine multi-ethnic provinces and based on the notion of self-determination for all of the peoples of South Africa – will only be viable if democratic participation is extended to all, along with the positive realization of the peoples' right to development. It is thus necessary for the current South African government to promote national economic development and to adopt policies with a view to reducing inequalities.

DE L'ANC À LA CONSTITUTION SUD-AFRICAINE : CONTINUITÉ OU RUPTURE DANS LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX ?

*Par Ousmane Barry**

La population d'Afrique du Sud fut longtemps divisée par la ségrégation raciale. Inspiré par la nouvelle ère des droits de la personne et de la démocratie, un mouvement s'éleva pour condamner l'apartheid tant au niveau national qu'international. D'abord, l'Assemblée générale puis, le Conseil de sécurité, suite aux appels pressants des États africains et asiatiques, firent pression pour exclure l'Afrique du Sud des organisations internationales tant et aussi longtemps que le régime perdurerait. Ces revendications amenèrent l'isolement diplomatique complet de l'Afrique du Sud le 12 novembre 1974, isolement qui persista jusqu'à l'année 1994 et qui fut accompagné par une lutte acharnée contre l'apartheid. Après vingt ans d'isolement, l'Afrique du Sud abolit sa politique de ségrégation et effectua un remaniement complet de son régime pour enfin être réintégrée dans la légalité internationale et admise à titre de participant effectif aux organisations intergouvernementales.

Cette évolution, à la fois historique et politique, a mené à la consécration des droits fondamentaux dans le dispositif interne de l'Afrique du Sud par le rejet de l'ethnocentrisme et du racisme sous toutes ses formes et par l'adhésion à un modèle d'unité « dans la diversité ». Ce modèle - produit d'une Constitution regroupant neuf provinces multi-ethniques et basée sur l'expression de l'autodétermination des populations sud-africaines - ne pourra toutefois demeurer viable que par la participation démocratique des populations et la réalisation de leur droit au développement. Il est nécessaire de promouvoir le développement économique national et d'adopter une politique de réduction des inégalités.

The population of South Africa has long been divided by racial segregation. Inspired by the new era of human rights and democracy, a movement developed that condemned apartheid at a national and at an international level. The General Assembly followed by the Security Council responded to the pressures of African and Asian states who demanded that South Africa be excluded from participating in international organizations as long as the regime remained unchanged. These demands gave rise to the complete diplomatic isolation of South Africa on November 12, 1974. The isolation lasted until 1994 and was accompanied by a critical struggle against apartheid. After twenty years of isolation, the country abolished its segregation policies and reorganized its entire regime. South Africa was reintegrated into the international legal system and admitted to intergovernmental organizations as an effective participant. This historical and political evolution consecrated fundamental human rights in the internal legal structure of South Africa. Ethnocentrism was rejected as well as racism in all of its expressions and the new regime chose to adhere to a model of unity "in the context of diversity".

Such a model - product of a Constitution encompassing nine multi-ethnic provinces and based on the notion of self-determination for all of the peoples of South Africa - will only be viable if democratic participation is extended to all, along with the positive realization of the peoples' right to development. It is thus necessary for the current South African government to promote national economic development and to adopt policies with a view to reducing inequalities.

* Docteur en Droits de l'Homme (Faculté de Droit de l'Université Pierre-Mendès-France de Grenoble), Boursier d'excellence (1997/98) de l'AUFELF-UREF, chercheur invité au Centre d'études sur le droit international et la mondialisation CÉDIM, Université du Québec à Montréal.

I. Introduction

L'évolution du conflit interne à l'Afrique du Sud a révélé qu'il y avait un droit à la fois national et international à la démocratie et aux droits fondamentaux. C'est précisément la question de la discrimination raciale et notamment celle de l'apartheid en tant que système d'oppression qui déterminait l'action de l'ANC à l'ONU en faveur de la démocratie et des droits de l'homme en Afrique du Sud. Cette action sera consacrée par la prise en charge de la question sud-africaine par l'ONU. La documentation juridique et politique considérable qui accompagne cette évolution atteste si besoin est, aussi bien de la nécessité de ce droit que de sa portée¹.

De 1946 à 1960, la question sud-africaine est restée un domaine réservé de l'Assemblée Générale qui était exclusivement compétente pour débattre du sujet. Elle fondait sa compétence sur diverses dispositions de la *Charte des Nations Unies* et notamment sur les articles 10 et 14. C'est aussi cette *Charte* qui l'autorisait à initier des études et à faire des recommandations visant au développement de la coopération internationale. Il s'agit plus précisément de «[...] faciliter pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion, la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales.» (art. 13 (1) (b)), de «[...] créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit de disposer d'eux mêmes [...]» et de favoriser « le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion.» (art. 55 (c)). Mais l'exclusivité du cadre de l'Assemblée générale (AG) devenait de moins en moins évidente au fur et à mesure

¹ Pour les aspects internationaux de ce droit et notamment pour les résolutions et les autres initiatives qui attestent de la prise en charge par l'Organisation des Nations Unies (ci-après ONU) de la question sud-africaine, voir Ö. A. Özgür, *Apartheid, the United Nations and Peaceful Change in South Africa*, Transnational Publishers, Dobbs Ferry, 1982; la synthèse de J. Soubeyrol, « La Lutte internationale contre l'apartheid » (1965) 69 Rev. D.I.P. 326; J. Spence, « South Africa and the Modern World » dans L. Thompson et M. Wilson, dir., *South Africa*, vol. 2, Oxford, Clarendon Press, 1971 aux pp. 508-509. Il faut néanmoins préciser que l'action internationale tendant à dénoncer la politique raciale de l'Afrique du Sud fut engagée au début du siècle par les Africains. En ce sens, l'appel à la communauté internationale se manifestait déjà avec les délégations à Londres en 1909, au congrès de Versailles en 1919 et à la « ligue mondiale contre l'oppression coloniale » de Bruxelles, en 1927. En outre, conséquemment à la dynamique créée par le comité (ANC) de la *Charte Atlantique* (1943) qui rédigeait la première déclaration des droits du mouvement d'émancipation, l'ANC envoyait son président de l'époque, le Dr Xuma, contacter (« lobbying ») les délégués de l'Assemblée générale de l'ONU (ci-après AG). Il s'agit notamment des délégués de l'Inde dirigés par Sir Maharaj Singh, qui fut ex-Haut commissaire indien en Afrique du Sud. On peut lier l'engagement de l'Inde, qui apparaît comme le premier État à imposer à l'Afrique du Sud des sanctions économiques, à la question du « traitement des personnes d'origine indienne établies dans l'Union Sud-Africaine ». En fait, les mesures discriminatoires du *Asiatic Land Tenure Act* et du *Indian Representation Act* qui violaient les droits de l'homme ainsi que les accords passés avec l'Inde. Cette question fut inscrite à la première session de l'ONU, mais aussi en 1947 à l'alliance des « Africains et des Indiens » (le pacte Xuma-Dadoo-Naicker) incarnée par l'ANC et le *South African Indian Congress* (SAIC). Voir E. Luard, *A History of the United Nations, The Age of Decolonization 1955-1965*, vol. 2, New York, St. Martin's Press, 1989 aux pp. 104-119. Voir aussi Spence, *ibid.* à la p. 512; S. Ellis et T. Sechaba, *Comrades against Apartheid: The ANC & the South African Communist Party in Exile*, Londres, James Currey, 1992 aux pp. 15-17; Özgür, *ibid.* aux pp. 55-63.

que les discussions sur l'apartheid se diversifiaient en impliquant les principaux organes des Nations Unies; c'est à dire, les différentes commissions de l'AG, leurs sous-commissions et les organes subsidiaires ou ad hoc. Ainsi, même lorsque leur mission était temporaire, ces différentes instances traitaient à leur niveau de la question sud-africaine².

A. De 1946 à 1960

C'est dans ce contexte qu'étaient prises, à la majorité des deux tiers des membres présents et votants de l'AG, les résolutions sur l'Afrique du Sud qui relevaient des « questions importantes »³. Elles empruntaient généralement un parcours sinueux où le discours et la procédure étaient de rigueur. Même les débats

² *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7. L'art. 7 de la *Charte* prévoyait 4 organes principaux dont l'action ou la compétence venait s'ajouter à celle de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité. Ces « organes principaux » sont : le Conseil économique et social (Chap. IX (art. 55 (c), 56, 60 et Chap. X (art. 61, 62 (2))), le Conseil de tutelle (Chap. XIII, art. 86), le Secrétariat et la Cour internationale de justice, qui était la seule à ne pas traiter la question de l'apartheid. On peut néanmoins observer qu'à travers l'affaire du Sud-Ouest Africain (Namibie), la Cour internationale de justice (ci-après CIJ) a donné son avis consultatif sur l'apartheid et le principe de non discrimination raciale en droit, en estimant en juin 1971 que « [...] distinctions, exclusions, restrictions, and limitations exclusively based on grounds of race, colour, descent or national or ethnic origin which constitute a denial of fundamental human rights is a flagrant violation of the purposes of the Charter ». Chaque organe dispose de ses propres commissions permanentes. Relativement à l'apartheid, les commissions les plus actives contre ce système semblaient être la Commission politique spéciale de l'AG, la Commission des droits de l'homme, la Commission sociale, la Commission économique pour l'Afrique et le Comité de renseignements pour les territoires non autonomes. En outre, la question de l'apartheid a fait naître de nombreuses commissions spécialisées (ad hoc) selon la période considérée. Ainsi, entre 1953 et 1965, la *Commission Spéciale de l'ONU pour l'Étude de la situation raciale en Union Sud Africaine* publiait trois rapports. Avec la représentation significative des États africains et asiatiques, l'ONU, créait un *Comité de Décolonisation* qui passait de 17 à 24 membres. Finalement, ce sera un *Comité spécial sur l'apartheid*, dont le *sous comité spécial* créé en octobre 1964 était chargé de suivre sur une « base permanente » l'évolution de la crise sud-africaine. Il apparaît à travers ce bref aperçu que les organes de l'ONU, qui étaient chargés de lutter contre l'apartheid, étaient non seulement multiples et démultipliables, mais aussi complexes. En tout cas, ils attestent tous de la réalité internationale du droit pour les habitants d'un pays, en l'occurrence l'Afrique du Sud, à la démocratie et aux droits fondamentaux reconnus par la *Charte des Nations Unies* et les autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme qui les précisent. Pour la citation de la décision de la CIJ, voir Özgür, *supra* note 1 à la p. 11; N. L. Nathanson et E. Schwelb, *The United States and the United Nations Treaty on Racial Discrimination*, Washington, West Publishing, 1975 à la p. 4; L. Di Qual, *Les effets des résolutions des Nations Unies*, Paris, L.G.D.J., 1967 aux pp. 212-216. Pour apprécier l'évolution de la position de la CIJ, voir L. Favoreu, « L'Arrêt du 21 Décembre 1962 sur le Sud Ouest Africain et l'Évolution du droit des Organisations internationales », (1963) *Ann. Fran. dr. int.* 303 aux pp. 303-357; L. Favoreu, « Affaires du Sud Ouest Africain (Éthiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud) », (1963) 67 *Rev. D.I.P.* 653 aux pp. 653-678; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, [1971] C.I.J. Rec. aux pp. 76-123. Pour une étude détaillée des dispositions de la *Charte des Nations Unies*, voir L.M. Goodrich et al., *Charter of The United Nations: Commentary And Documents*, 3^e éd., New York, Columbia University Press, 1969.

³ Voir la *Charte des Nations Unies*, *ibid.*, art. 18(2), qui dispose que : « [L]es décisions de l'Assemblée générale sur les questions importantes sont prises à la majorité des deux tiers des membres présents et votants [...] ». En fait, l'article 18 opère une distinction entre les « questions importantes » et les autres questions. Mais c'est relativement à la crise sud-africaine que s'est posé le problème de la majorité et la nécessité de distinguer les deux catégories de questions.

obéissaient à la procédure. Au final, l'AG de l'ONU rappelait ses recommandations antérieures, déplorait l'attitude du régime en exprimant ses regrets ou ses inquiétudes; elle renouvelait ses appels ou invitait le régime sud-africain qui n'en avait cure à changer ou à réformer sa politique. Quoique débordante, cette activité a été négativement appréciée parce que ses effets ne semblaient pas évidents⁴.

En fait, les mesures préconisées par les différents organes des Nations Unies ne deviendront vraiment concrètes qu'avec l'intervention du Conseil de sécurité qui aurait réactivé l'action politique en multipliant les initiatives. Chronologiquement, l'intervention du Conseil de sécurité apparaît à partir des années soixante avec l'accroissement des résolutions de l'AG; cette intervention était liée au durcissement du régime, confirmé par le massacre de Sharpeville et à la présence de plus en plus nombreuse des États africains membres de l'ONU⁵. La conjonction de ces deux facteurs conduira à la résolution (S/4300) du premier avril 1960 qui considérait que la crise sud-africaine était une crise internationale qui, si elle devait persister constituerait une menace pour la paix et la sécurité internationale. Par leur action conjuguée, grâce à la création de nouveaux organes subsidiaires très actifs, l'AG et le

⁴ En étudiant la période qui allait de 1946 à 1960, C. Cadoux a estimé « que le bilan de cette activité stérile était tout à fait négatif ». Mais on peut atténuer le sévère jugement de cet excellent spécialiste en disant que cette activité permettait, en dépit des manoeuvres procédurières, des contre projets, des attermoissements et des revirements, d'inscrire la question de l'apartheid à l'ordre du jour de l'AG, ce qui n'était pas peu dans la mesure où la suite en dépendait. Voir C. Cadoux, *L'Afrique du Sud*, Paris, L.G.D.J., 1966 à la p. 296. Quant à Soubeyrol, il estimait qu'en 20 ans environ les 35 résolutions votées contre la politique d'oppression raciale du régime d'apartheid indiquaient un essoufflement de l'ONU; J. Soubeyrol, *supra* note 1 à la p. 352. Toutefois, les années ultérieures ont montré que l'ONU était non seulement fidèle à ses valeurs, mais constante et endurante tant dans sa dénonciation de l'apartheid que dans sa volonté de faire triompher la démocratie et les droits fondamentaux en Afrique du Sud. Manifestement, il ne pouvait en être autrement dans la mesure où, comme l'écrivait W.A. Schabas, « L'ONU joue le rôle prééminent dans le système contemporain de la protection des droits de la personne par le droit international public ». Voir W. A. Schabas, *Précis du droit international des droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1997 à la p. 49.

⁵ Le massacre de Sharpeville se produisit au moment où l'ANC avait lancé sa campagne tous azimuts à travers l'Afrique du Sud pour l'arrêt national du travail et la protestation contre les laissez-passer que leurs détenteurs devaient brûler. La manifestation conjointe de l'ANC et du PAC (Pan African Congress), qui était prévue pour le 31 mars, fut précipitée par le PAC, qui mobilisait les populations pour aller manifester le 21 mars devant les bâtiments de la police. C'est dans ces circonstances que, selon les sources, 67, 69 ou 74 Africains furent abattus et 184 ou 187 blessés par une police armée. Il semble que c'est cette fusillade qui fit du 21 mars une date symbolique. Les coups de feu résonnèrent dans le monde entier, causèrent la panique dans les milieux dirigeants, firent s'effondrer le marché des changes, déclenchèrent une vague de protestation contre les politiques raciales, provoquèrent l'état d'urgence, le bannissement de l'ANC et du PAC, tout en changeant la vie d'un grand nombre de gens. En fait par ses conséquences, cette fusillade aurait accéléré la décision de certains Africains de planifier la résistance armée à l'apartheid, qui leur semblait urgente, notamment avec l'interdiction de l'ANC et du PAC, ce qui fermait la voie à l'opposition légale des Africains. Voir E. Luard, *supra* note 1 à la p.114 et T. Lodge, *Black Politics in South Africa since 1945*, Londres, Longman Group, 1983 aux pp. 209-210. Voir aussi A. Reeves, *Shooting at Sharpeville, the Agony of South Africa*, Boston, Houghton Mifflin, 1961, qui casse dans ce livre l'argument de la police selon lequel la foule de manifestants aurait eu un comportement agressif en jetant des pierres sur les policiers; B. Sachs, *The road to Sharpeville*, Johannesburg, Dial Press, 1962 à la p. 49; N. Phillips, *The Tragedy of Apartheid: A Journalist's Experience in the South Africa Riots*, Londres, Allen and Unwin, 1961 à la p. 63; F. Meli, *Une histoire de l'A.N.C.*, Paris, L'Harmattan, 1991 à la p.178; P. Coquerel, *L'Afrique du Sud, l'histoire séparée*, Paris, Gallimard, 1992 à la p. 109.

Conseil de sécurité travaillaient à faire condamner juridiquement l'apartheid par la méthode conventionnelle⁶.

À partir de cette résolution, l'AG n'a cessé de convaincre ses membres de la nécessité d'engager une action contre l'apartheid. Sa résolution 1761 (XVII) ne demandait pas moins que la rupture des relations diplomatiques et le « boycottage » général de l'Afrique du Sud⁷. Cette nouvelle tendance des Nations Unies exprimée par l'AG était confirmée par le Conseil de sécurité qui créait un « groupe d'experts » dont la mission consistait à étudier les moyens d'action de l'ONU pour résoudre la « situation actuelle en Afrique du Sud »⁸.

Il faut dire que les États africains sortis de leurs récents travaux de l'OUA en mai 1963 à Addis-Abeba, en Éthiopie, jouèrent un rôle déterminant dans cette

⁶ La résolution (S/4300) du 1^{er} avril 1960 inaugurerait l'intervention du Conseil de sécurité dans le domaine de l'apartheid. Cette résolution, adoptée à l'unanimité moins deux abstentions (France et Grande-Bretagne), invitait le gouvernement sud-africain à abandonner la discrimination au profit de l'harmonie raciale. Le vote des États-Unis marquait un net revirement des Américains envers l'Afrique du Sud, alors que l'abstention britannique et française s'interprétait comme un vote positif contre la politique d'apartheid. Elle sera soutenue, dès le 13 avril 1961, par la résolution (1598 (XV)) de l'AG, adoptée par 96 voix contre 1 abstention, qui demandait aux États « d'envisager de prendre des mesures individuelles ou collectives » aptes à faire cesser l'apartheid. On peut considérer que le vote britannique en faveur de la résolution 1598 (XV) de l'AG marquait, semble-t-il, l'abandon par les Britanniques du principe de non-ingérence dans le droit interne sud-africain. Voir Cadoux, *supra* note 4 à la p. 298. Voir aussi Spence, *supra* note 1 aux pp. 512-513; E. Lawson, *Encyclopedia of Human Rights*, New York, Taylor & Francis, 1991 aux pp. 74-82.

⁷ La résolution 1761 (XVII), Rés. AG 1761 (XVII), Doc. off. AG NU, Doc. NU 1761 (1962), adoptée par 67 voix contre 16 et 23 abstentions, demandait aussi aux États de fermer leurs ports et aéroports aux bateaux et avions sud-africains et de refuser de leur vendre des armes. Un comité spécial contre l'apartheid fut constitué afin d'envisager des actions ultérieures. Mais, les États (États-Unis, Grande-Bretagne), à même d'influencer le gouvernement sud-africain dans les termes de la résolution, votèrent avec la minorité. Voir Spence, *supra* note 1 à la p. 513; Lawson, *supra* note 6 à la p. 74.

⁸ L'isolement de l'Afrique du Sud est confirmé par le Conseil de sécurité, notamment à cause de la volonté du gouvernement de ce pays d'intenter le « procès de la trahison » aux nationalistes africains. La résolution du 07-08-1963, votée sans abstention par 106 voix contre 1, sera complétée par celle du 04-12-1963, unanimement votée. Le groupe d'experts qu'elle instituait sur proposition norvégienne, était composé de 5 membres (un Norvégien, un Suédois, un Anglais, un Marocain et un Yougoslave). Le groupe se réunissait dès le mois d'avril 1964 (du 1^{er} au 20) à Londres. Si la Norvège avait aussi proposé l'embargo sur les armes, il est à remarquer que le groupe d'experts (dirigé par Mme Alva Myrdal), quant à lui, formulait plusieurs recommandations dans son rapport publié en avril 1964 : 1) La réunion d'une Convention nationale pleinement représentative de l'ensemble de la population de la république en tant que premier acte vers une constitution plus démocratique. 2) La création d'un programme des Nations Unies pour l'éducation et la formation en vue de « permettre au plus grand nombre possible de Sud-Africains de jouer un rôle déterminant le plus tôt possible dans le développement politique, économique et social de leur pays ». 3) L'étude par le Conseil de sécurité des moyens d'une sanction économique. 4) L'exécution des sanctions dans l'hypothèse d'un refus du gouvernement sud-africain de répondre positivement aux propositions des Nations Unies. Il s'agit notamment de celles de la résolution complète du 07-08-1964, qui préconisait l'abandon de l'apartheid, la libération des détenus politiques et l'embargo sur les armes et les munitions. Cette résolution du Conseil de sécurité fut adoptée par 9 voix contre 0 et 2 abstentions (Grande-Bretagne et France). Il est remarquable que le groupe d'experts insistait déjà sur l'inefficacité des sanctions économiques, qui ne verraient pas la participation des « principaux partenaires commerciaux de l'Afrique du Sud », autrement dit, les pays occidentaux et leurs alliés. Voir *A new course in South Africa*, rapport du groupe d'experts, Nations Unies, 1964; A.W. Cordier et M. Harrelson, dir., *Public Papers of the Secretary General of the United Nations*, vol. VI, New York, Columbia University Press, 1976 à la p. 676. Voir aussi Spence, *supra* note 1 aux pp. 514-515; Özü, *supra* note 1 aux pp. 171-179.

nouvelle attitude du Conseil de sécurité. Le projet de la résolution d'août 1963 qui fut présenté au Conseil de sécurité par le Ghana, le Maroc et les Philippines soutenait que la situation sud-africaine constituait « une menace internationale pour la paix et la sécurité ».

Dans l'un des paragraphes, un appel fut lancé aux États membres pour « boycotter tous produits sud-africains et d'empêcher l'exportation en Afrique du Sud de matériaux stratégiques ayant un intérêt militaire [...] et de cesser la vente et le transport des armes, des munitions de tous types et véhicules militaires »⁹. La résolution complète 182 du 07-08-1963 adoptée unanimement par le Conseil de sécurité confirmait la pression des États africains et asiatiques sur les puissances occidentales qui étaient contraintes de soutenir la résolution ou de s'abstenir¹⁰. Ce fut le cas lorsque, le Conseil de sécurité adoptait le 09-06-1964, la résolution 190 votée par 7 voix contre 0 et 4 abstentions; celle-ci invitait l'Afrique du Sud à cesser les procès politiques et à renoncer à l'exécution de deux Africains condamnés à mort. Au fur et à mesure que se déroulaient les diverses sessions et votes de résolutions, l'Afrique du Sud se retrouvait de plus en plus isolée¹¹.

Elle ne pouvait plus compter que sur le soutien du Portugal dont l'empire colonial subsistait encore en Afrique, pour voter le 22 décembre 1965, contre les résolutions 2054 A et B(XX) de l'AG; adoptées par 90 voix contre 2 et 16 abstentions (A) et 95 voix contre 1 et 1 abstentions (B), ces résolutions attiraient l'attention du Conseil de sécurité sur le fait que la situation sud-africaine constituait une « menace pour la paix »¹². La deuxième résolution créait un fonds spécial pour l'aide aux victimes de l'apartheid. Quant à la troisième résolution 2202 A et B (XXI) du 16-12-1966, adoptée par 84 voix, 2 contre et 13 abstentions (A); 99 voix, 1 contre et 1 abstention (B), elle décidait de réunir une conférence internationale contre l'apartheid. Celle-ci, tenue en 1966 qualifiait pour la première fois l'apartheid de « crime contre l'humanité »¹³.

En fait, les États africains et asiatiques n'ont cessé d'alimenter l'AG et le Conseil de sécurité, en rapports détaillés et en projets de résolutions, à partir des comités spécialisés où ils étaient majoritaires¹⁴. Parmi ces comités, le comité de décolonisation et le comité spécial contre l'apartheid semblaient déployer une activité multiforme et multidirectionnelle; c'est notamment la rédaction de rapports aux instances de l'ONU, le recueil de témoignages, l'appel aux États puissants, l'enquête,

⁹ Spence, *supra* note 1 aux pp. 513-514.

¹⁰ Doc. off. CS NU, 18^e année, 1078^e séance, Doc. NU S/5386 (1963).

¹¹ Doc. off. CS NU, 19^e année, 1126^e séance, Doc. NU S/5761 (1964).

¹² Doc. off. AG NU, 20^e année, 1395^e séance, Doc. NU A/6014 (1965).

¹³ Cadoux, *supra* note 4 à la p. 299 (les précisions relatives aux résolutions citées dans cette référence sont de nous). Doc. off. AG NU, 21^e année, 1496^e séance, Doc. NU A/6316 (1966).

¹⁴ Notamment le *Comité de Décolonisation* institué en novembre 1961 par l'AG et composé de cinq États africains (Algérie, Ghana, Guinée, Nigéria, Somalie), de trois États asiatiques (Malaisie, Népal, Philippines), de deux États latino-américains (Costa-Rica, Haïti) et d'un État européen (Hongrie). Ce n'est qu'en décembre 1966 que l'ONU décidait d'ajouter six membres ressortissants de « pays ayant la responsabilité principale dans le maintien de la paix et du commerce internationale ». Quant au *Comité Spécial contre l'Apartheid*, il fut créé en novembre 1962. Il était composé de 11 membres nommés par le Secrétaire général, qui avaient pour mission de suivre l'évolution de la politique raciale de l'Afrique du Sud. Voir Cadoux, *supra* note 4 à la p. 299; Soubeyrol, *supra* note 1 aux pp. 332-333.

la campagne de presse et la pression sur le Conseil de sécurité pour parvenir, à l'usage de la force contre l'apartheid¹⁵.

Dans le même temps, l'ONU cherchait à faire condamner solennellement la discrimination raciale. La *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux* de la résolution 1514 (XV) du 14-12-1960, qui vise le colonialisme en général et l'Afrique du Sud en particulier, inaugure ce phénomène¹⁶.

Ainsi, la *Déclaration sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* de la résolution 1904 (XVIII) du 20-11-1963 de l'AG, apparaît comme le document qui aurait permis, - après un transit par la Commission des Droits de l'Homme et le Conseil économique et social, - l'adoption par l'AG de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* qui demeure ouverte à la signature de tous les États membres des institutions spécialisées de l'ONU¹⁷.

Tout État partie à cette *Convention* s'engage « à poursuivre par tous les moyens et sans retard une politique tendant à éliminer toute forme de discrimination raciale et à favoriser l'entente entre toutes les races ». Cet État s'engage notamment à garantir les droits de toute personne à l'égalité devant la loi dans la jouissance des droits de l'homme et particulièrement le droit à un traitement égal pour l'accès à la justice (tribunaux, administration) et à la fonction publique; le droit de toute personne à la sûreté et à la protection de l'État contre les voies de fait ou les sévices ainsi que les droits politiques, civils, économiques et culturels.

Lorsque l'on considère les dispositions de la *Convention*, il apparaît que le terme « discrimination raciale » vise « toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique qui a pour but ou effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance nationale ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique,

¹⁵ Pour parvenir à l'usage de la force, il fallait que le Conseil de sécurité estime, comme l'y invitait le *Comité Spécial Contre l'Apartheid* dans sa résolution du 22 mai 1964, que la politique du régime sud-africain soit « une menace contre la paix ». Ceci aurait permis, conformément au chapitre 7 de la *Charte*, de mettre en oeuvre les moyens requis pour sa suppression. Mais, une telle issue demeurerait illusoire, tant que les principaux partenaires économiques de l'Afrique du Sud disposaient de leur droit de veto et pouvaient se référer au spectre de la guerre civile appelé en l'espèce, le risque de la « congolisation ».

¹⁶ Voir la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, Rés. AG 1514 (XV), Doc. off. AG NU, 15^e sess., supp. n° 16, Doc. NU A/4684 (1961) 66.

¹⁷ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, Rés. AG 2106 A(XX), Doc. off. AG NU, 20^e sess., supp. n° 14, Doc. NU A/6014 (1965). Le texte, qui est un traité de 25 articles, fut adopté le 21-12-1965 par 106 voix contre 0 et une abstention (Mexique). L'Afrique du Sud était absente du vote. Cette *Convention*, qui est ouverte à la signature depuis le 07-03-1966, est entrée en vigueur le 04-01-1969 à sa 27^e ratification. À la fin de l'année 1970, elle était ratifiée ou acceptée par au moins 46 États. L'Afrique du Sud démocratique, qui a signé cette *Convention* en 1994, mais ne l'avait pas encore ratifiée, se distingue aussi à ce niveau de l'ancien régime; en effet, le gouvernement d'apartheid, qui n'avait pas souscrit à la *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, était resté en marge du droit international des droits de l'homme en refusant d'accéder à ses principaux instruments. Il croyait sans doute et à tort, qu'aussi longtemps qu'il n'adhérait pas à ces instruments, il ne pouvait avoir d'obligation internationale relativement à son droit interne, qui légalisait le racisme, ce qui est manifestement erroné pour un membre des Nations Unies qui a, non seulement l'obligation de ne pas violer la *Charte*, mais aussi celle d'ajuster son droit interne à l'évolution progressive des normes du droit international.

social et culturel et dans tout autre domaine de la vie publique ». Il est toutefois remarquable que l'article 3 de cette convention condamne spécialement l'apartheid. Quant à l'article 8, il permettait la création du comité pour l'élimination de la discrimination raciale¹⁸.

En dépit des attaques dont l'Afrique du Sud était l'objet, l'usage par l'ONU de la force contre l'apartheid était plus qu'improbable alors que l'exclusion de ce pays devenait une revendication courante. C'est ainsi que les délégations africaines, soutenues par l'ex-U.R.S.S., demandèrent en 1962 cette exclusion, sans l'obtenir. En décembre 1965, pas moins de 35 États africains et asiatiques tentèrent sans succès, de contester les lettres de créance de la délégation sud-africaine à l'ONU, qu'ils estimaient non représentative¹⁹.

Si l'exclusion souhaitée par les États africains et asiatiques pouvait accentuer l'isolement de l'Afrique du Sud, elle ne suffisait pas pour changer la situation sud-africaine et notamment l'attitude du régime. Dans la mesure où l'Afrique du Sud ne dépendait pas des subsides de l'ONU, son exclusion de l'AG de l'ONU, ne pouvait se traduire en difficultés financières. Cependant, une exclusion décidée dans le cadre des institutions spécialisées serait davantage handicapante pour elle.

En effet, les institutions spécialisées de l'ONU, apparaissent par leur rôle technique comme des instruments nécessaires aux États membres en raison de ce qu'aucun d'entre eux ne saurait dans son propre intérêt, ignorer leur importance; c'est donc en leur sein que les États africains et asiatiques développèrent une stratégie tendant à marginaliser et à exclure l'Afrique du Sud. Pendant cette période, presque tous les membres du groupe afro-asiatique des Nations Unies étaient actifs dans les institutions spécialisées. Bien qu'ils furent de tendances diverses, ces États africains et asiatiques moins Israël et l'Afrique du Sud appartenaient tous au groupe afro-asiatique.

En dépit des obstacles juridiques qui se dressèrent face à elle, la stratégie de ces États aurait produit des effets notables de 1960 à 1965 et qui se développeront ultérieurement. Ces obstacles apparaissaient comme un ensemble d'arguments juridiques et politiques développés par l'Afrique du Sud. Sur le plan juridique, il s'agit de l'argument de l'ingérence « illégale » fondée sur l'article 2(7) de la *Charte des Nations Unies* qui dispose que « les affaires qui relèvent essentiellement » de la compétence nationale d'un État échappent à l'intervention de l'ONU. C'est pour protester contre cette « illégalité » que les délégués sud-africains n'assistaient plus depuis 1956 aux séances où la question de l'apartheid était discutée. Mais la communauté internationale n'a pas tenu compte de cet argument dans la mesure où,

¹⁸ *Ibid.*, art. 3 et 8. Composé de 18 experts, le comité a pour mission de veiller au respect des obligations acceptées par les parties (États) à la convention qui élit les experts. Mais, ceux-ci siègent à titre personnel. Sur le fonctionnement de ce comité, voir *L'ONU pour tous*, résumé de l'activité de l'Organisation des Nations Unies, New-York aux pp.147-148; Schabas, *supra* note 4 aux pp. 233-234, surtout pour les relations du Canada avec ce comité relativement à l'élimination de la discrimination raciale dans ce pays.

¹⁹ Le vote sur cette question, repoussée par 56 voix contre 42, minorisait ce projet. Celui-ci, à défaut d'obtenir l'exclusion, visait à pousser l'Afrique du Sud à se retirer de l'ONU, nonobstant le fait que la *Charte des Nations Unies* ne prévoyait pas le retrait. Voir Cadoux, *supra* note 4 à la p. 301.

les pratiques discriminatoires « ont de telles répercussions sur le plan international que leur examen n'est plus soumis aux limitations imposées par l'article 2(7) de la Charte ». Quant à l'argument politique qui n'était plus crédible face à la légitimité de la résistance africaine, il consistait à faire passer l'Afrique du Sud comme l'alliée naturelle de l'occident qui cherchait une issue « heureuse » à sa crise. Quoiqu'absolument décrié, cet argument fût soutenu au sein même de l'ONU par certains pays. La politique internationale qui résultait de cet argument était d'un côté, l'offre faite aux pays africains de coopérer dans la « coexistence pacifique » et l'échange commercial avec l'Afrique du Sud et de l'autre côté, l'affirmation par ce pays de son pouvoir militaire et de l'usage violent qu'il pouvait en faire sur les récalcitrants²⁰.

Mais ces arguments n'ont eu aucun écho favorable auprès des États afro-asiatiques dont la méthode consistait en une mise en cause constante de l'apartheid et du régime sud-africain. Ils voulaient obtenir son abstention aux séances, son retrait ou mieux encore, son exclusion solennelle. Leur tactique de harcèlement diplomatique qui pouvait être irritante et humiliante par la constance de la pression débouchait sur un résultat limité mais à forte portée symbolique. C'est notamment l'exclusion de l'Afrique du Sud des « conférences régionales », surtout à l'échelle du continent africain, d'une institution spécialisée ou de conférences tenues dans le cadre de l'ONU, dont il est l'un des membres fondateurs²¹.

Même si l'exclusion n'était pas prévue dans les *Chartes des institutions spécialisées*, l'OMS, innovait dans ce domaine, en amendant sa constitution par une clause qui autorise désormais, la suspension ou l'exclusion d'un État membre « qui ne tient pas compte des principes humanitaires [...] et applique délibérément une politique de discrimination raciale ». Cette solution qui était adoptée en mai 1965 à la majorité des deux tiers (65 voix contre 29 et 10 abstentions), ouvrait une nouvelle phase dans la mouvance pour marginaliser effectivement l'Afrique du Sud, notamment dans les institutions spécialisées.

Mais, la légalité de cette clause fût contestée. En effet, selon la *Charte des institutions spécialisées* tous les États membres de l'ONU, en sont membres de droit. Dans la mesure où l'Afrique du Sud n'était pas exclue de l'ONU, son exclusion d'une institution spécialisée pouvait être discutée. L'entrée en vigueur de cette clause

²⁰ Voir *Report of the Secretary-General on Certain Steps Taken in Regard to the Implementation of Security Council Resolution S/4300 of 1 April 1960 Concerning the Situation in the Union of South Africa*, Doc. off. AG NU, Doc. NU S/4635 (1960) ; *Report by the Secretary-General in Pursuance of the Resolution Adopted by the Security Council on 7 August 1963*, Doc. off. AG NU, Doc. NU S/5438 (1963) ; *Report of the Secretary General*, Doc. off. AG NU, Doc. NU S/5457 (1963) ; le 9^e Rapport Annuel du Secrétaire Général des Nations Unies, Doc. off. AG NU, 9^e sess., supp. n° 1A, Doc. NU A/5801/Add.1 (1964) ; *Lettre du 27 Mars 1964 au Représentant Permanent de l'Afrique du Sud aux Nations Unies* (l'Ambassadeur Matthias I. Botha), Communiqué de presse NU, Doc. NU SG/SM/48 (1964) ; *Letter dated 13 July 1964 from the Representative of South Africa to the Secretary-General*, Doc. off. CS NU, supp. n° 1, Doc. NU S/5817 (1964) ; H.H.H. Biermann, dir., *The Case for South Africa As Put Forth in the Public Statements of Eric H. Louw*, New York, Macfadden Books, 1963.

²¹ C'est ce que confirmaient l'UNESCO, le tourisme, la FAO dès 1963 et l'UIT en 1965. En conséquence, l'Afrique du Sud se retirait « volontairement » de la FAO (21-12-63) et de l'OIT (12-03-1964), en justifiant son retrait par « la vendetta menée par les États afro-asiatiques avec l'appui des États communistes aux Nations Unies ». Voir Cadoux, *supra* note 4 à la p. 303.

dépendait de sa ratification à la majorité des 2/3 par les gouvernements des États membres de l'OMS; Mais finalement, l'Afrique du Sud se retirait de l'OMS, en 1965²².

Le développement de l'attitude exemplaire de l'OMS, contribuait manifestement à accroître l'isolement de l'Afrique du Sud. Il semble que c'est à l'OMS, à la FAO, et davantage à l'OIT, et à l'IUT, que la question de l'apartheid soulevait les plus vives confrontations entre ceux qui souhaitaient l'exclusion et ceux qui y étaient hostiles. S'agissant de l'OIT, c'est une résolution de décembre 1961 qui demandait à l'Afrique du Sud de se retirer volontairement; en juillet 1963, c'est l'exclusion des réunions autres que la conférence internationale annuelle.

En novembre 1963, l'OIT créait une commission chargée d'étudier les conséquences de l'apartheid. Son rapport qui condamnait l'apartheid fût adopté à l'unanimité en 1964; l'Afrique du Sud se retirait en mars 1964. En mai de la même année, l'OIT, proposait d'amender sa constitution dans le but de suspendre ou d'exclure un État membre exclu de l'ONU, ou qui pratique l'apartheid.

Cette évolution était d'autant plus prévisible que la *Convention relative à la non-discrimination raciale en matière d'emplois et de professions*, adoptée par l'OIT, en 1958 et entrée en vigueur en 1960 n'était pas ratifiée par l'Afrique du Sud²³. Quant à l'IUT, c'est en octobre 1964 que les délégations africaines qui refusaient de siéger avec l'Afrique du Sud, quittèrent la séance; c'est-à-dire contre « l'enlèvement de la conférence dans l'illégalité ». Cette confrontation paralysait la conférence qui fut ajournée. L'année suivante (1965), les délégations occidentales s'accommodèrent de la position africaine. Les concessions qu'ils firent étaient sans doute nécessaires à la tenue des séances de l'IUT, là encore, l'Afrique affirmait son rejet clair et net de l'apartheid. En fait, en dépit du soutien discret de ses alliés, l'Afrique du Sud était

²²Voir Cadoux, *supra* note 4 aux pp. 303-304; Soubeyrol, *supra* note 1 aux pp. 352-357; voir aussi, Spence, *supra* note 1 aux pp. 516-517.

²³Il faut dire que dans le domaine de l'institution d'un marché du travail libre et spontané par l'OIT, l'Afrique du Sud, comme les huit autres puissances colonisatrices de l'époque, a laissé dans les archives de l'organisation (les conférences annuelles et leurs procédures) quelques antécédents défavorables. C'est le cas notamment avec la *Convention No 29 sur le travail forcé*. Adoptée lors de la XIV conférence annuelle du 10 juin 1930, elle est entrée en vigueur le 01-05-1932 avec 25 ratifications dont celles de la Grande-Bretagne et de la Belgique. L'Afrique du Sud et les 6 autres puissances colonisatrices (France, Danemark, Italie, Pays-Bas ou Hollande, Portugal et Espagne) ne l'avaient pas ratifiée. Ce n'est qu'en 1996 que l'Afrique du Sud a ratifié la *Convention 29 relative au travail forcé ou obligatoire*, la *Convention 105 relative à l'abolition du travail forcé*, entrée en vigueur le 17-01-1959 et la *Convention 111 relative à la non discrimination raciale en matière d'emplois et de professions*, entrée en vigueur le 15-06-1960. Voir J. Dugard et I. Currie, « Public International Law » (1996) *Annual Survey of South African Law*; A. Alcock, *History of the International Labor Organization*, New York, Octagon Books, 1971 aux pp. 83-98. Pour l'ensemble des conventions et recommandations de l'OIT et notamment pour celles qui sont citées ici, voir *International Labor Conventions and Recommendations*, OITNU, Genève, International Labor Office, 1919- 1981 aux pp. 29-49. Voir aussi Lawson, *supra* note 6 aux pp. 82-87 et aux pp. 1851-1856. Pour les *Déclaration et programme d'action de l'OIT contre l'apartheid* adoptés le 16-06-1982, voir Doc. off. OIT, Annexe, Doc. NU E/CN.4/1989/35 (1982). Après les élections multiraciales d'avril 1994 et la mise en place du premier gouvernement démocratique de la République d'Afrique du Sud, ce pays est redevenu membre de l'OIT le 26-05-1994. Pour une évaluation plus complète de cette évolution depuis 1991, voir E/CN.4/Sub.2/1994/5 aux pp. 3-4.

diplomatiquement isolée²⁴. La légitimité et la justesse des revendications africaines avaient convaincu l'opinion internationale. En s'affirmant comme des revendications des « droits de l'homme », elles ruinaient l'argument juridique de l'apartheid. En effet, il apparaît dans la *Charte des Nations Unies* (art. 13, 55 et 56) que les droits de l'homme appartiennent au domaine international et c'est pourquoi, ils échappent à l'article 2(7) qui ne leur serait pas opposable²⁵.

L'isolement diplomatique de l'Afrique du Sud atteindra le sommet avec son exclusion de l'AG des Nations Unies le 12 novembre 1974 par 91 voix contre 22 et 19 abstentions. Ce vote marquait un tournant dans la mesure où il légitimait le renforcement des mesures contre l'apartheid tout en reconnaissant la pertinence des choix stratégiques de l'ANC, notamment son recours à la lutte armée depuis 1961²⁶. Mais bien avant ce tournant, l'isolement de l'Afrique du Sud s'accroissait par l'hostilité que lui manifestaient hors de l'ONU, certains États et leurs organisations.

L'action internationale de l'ANC extérieure à l'ONU, et contre l'apartheid n'est appréciable que dans les organisations où l'Afrique est représentée et ses préoccupations prises en compte. Historiquement, c'est qui apparaît avec l'intérêt que les nationalistes africains portèrent à la « ligue mondiale contre l'oppression » qu'ils décrivaient comme la « véritable ligue des Nations » représentant « des centaines de millions d'individus inorganisés et opprimés » et qu'ils opposaient à la « ligue des états ou des gouvernements » installée dans la « lointaine ville de Genève »²⁷.

²⁴Pour plus de détails sur les différents retraits de l'Afrique du Sud des organisations internationales, voir R.E. Bissel, *Apartheid and International Organizations*, Boulder, Westview Press, 1979.

²⁵Voir A. Verdross, « La 'Compétence Nationale' dans le cadre de l'ONU et l'Indépendance des États » (1965) 69 Rev. D.I.P. 314 aux pp. 314-325; voir aussi R. Higgins, *The Development of International law through the Political Organs of the United Nations*, Londres, Oxford University Press, 1963 aux pp. 118-130; M.S. Mc Dougal et G. Bebr, « Human Rights In The United Nations » (1964) 58 A.J.I.L. 603 aux pp. 635-641; C. John et R. Dugard, « The Legal Effect of UN Resolutions on Apartheid », (1966) 83 S. Afr. L.J. 44 aux pp. 44-59; T. Meron, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Cambridge, Grotius Publications, 1987 aux pp. 29-164; T. Meron, *Human Rights Law-Making in The United Nations: A Critic of Instruments and Process*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

²⁶Les représentants des mouvements sud-africains (ANC et PAC) et namibiens (SWAPO) assistèrent au vote depuis des sièges réservés aux diplomates et aux observateurs. Et c'est l'un d'entre eux, Alfred Nzo (Ministre des Affaires Étrangères de la RSA), qui représentait l'Afrique du Sud à sa réintégration à l'AG de l'ONU le 12-11-1994. Mais, pour ce qui relève de la lutte armée, il faut dire que ce n'est qu'en 1977 que l'AG des Nations Unies endossait pour la première fois la « lutte armée » de la résistance sud-africaine pour l'apartheid, en déclarant que « [...] in view of the intransigence of the racist regime, its defiance of resolutions of the United Nations and its continued imposition of the criminal policy of apartheid, the national liberation movement has an inalienable right to continue its struggle for the seizure of power by all available and appropriate means of its choice, including armed struggle ». En fait de mouvements de libération sud-africains, il s'agit de l'ANC et du P.A.C. qui ont été tous deux reconnus par l'OUA et l'ONU Voir Doc. off. AG NU, 32^e année, 102^e séance, Doc. NU A/32/45 (1977) relatif à l'assistance au mouvement de libération sud-africain; Rés. AG, Doc. off. AG NU 44/27 G (22 novembre 1989) et le *Rapport du comité spécial contre l'apartheid*, Doc. N.U., A/44/22, chap. v, para. 225-275, notamment la recommandation (d) « Reaffirm its full support to the national liberation movements, the African National Congress of South Africa and the Pan Africanist Congress of Azania, which pursue their noble objectives of eliminating apartheid through political, armed and other forms of struggle ». Voir aussi Lawson, *supra* note 6 aux pp. 1372-1376.

²⁷Pour ce qui est de l'ANC, représenté par J.T. Gumede à Bruxelles en 1927 au « Congrès contre l'oppression coloniale et l'impérialisme », cette évolution est à rapporter aux déceptions nées avec les délégations à Londres (1909) et à Versailles (1919). C'est aussi dans ce contexte que se tisseront les

Mais depuis que les pays anciennement colonisés sont devenus représentatifs dans les organisations gouvernementales ou non gouvernementales, l'action de l'ANC trouvait un écho favorable. C'est ainsi que les pays africains et asiatiques demandaient et obtenaient souvent l'expulsion de l'Afrique du Sud²⁸. Toutefois, c'est bien dans les organisations et les conférences afro-asiatiques « non alignées » et panafricaines que l'apartheid était davantage attaquée et le message de l'ANC répercuté. Cette dénonciation massive de l'apartheid se manifeste tant à la conférence de Bandoeng d'avril 1955 qu'à celle des trois continents de janvier 1966 à la Havane où l'ANC siégeait avec les délégations officielles et « clandestines » de pays africains, asiatiques et américains.

Plus que la production pléthorique de rapports condamnant l'apartheid, c'est surtout la radicalisation relative de ces pays envers l'Afrique du Sud qui était remarquable. Celle-ci, apparaît à la conférence de Bandoeng avec l'adoption par les pays africains et asiatiques de dix principes de coexistence. Le respect des droits de l'homme et la reconnaissance du principe d'égalité de toutes les « races » et nations du monde, apparaissent comme les deux principes qui fondaient pour ces pays, l'engagement aux côtés de l'ANC; la condamnation de toutes les formes de discrimination raciale dont l'apartheid en particulier, apparaît parmi les décisions finales de ce qui serait la première conférence des Africains et des Asiatiques²⁹.

Elle sera suivie par d'autres conférences qui développeront inlassablement, la dénonciation de l'apartheid. C'est notamment le cas avec les conférences dites de « Solidarité afro-asiatique » qui dénonçaient violemment le colonialisme en général et l'apartheid en particulier³⁰. Cette attitude se manifestait aussi dans des organisations spécifiques telles que la « Ligue Arabe », ou globales comme la conférence des pays qui se disaient « Neutres ou non alignés ». C'est ainsi que, de la conférence de Belgrade en septembre 1961 à la conférence du Caire d'octobre 1964, on observait une extension du front opposé à l'apartheid par le nombre de pays opposés à la politique du régime sud-africain.

premiers liens avec des nationalistes asiatiques, dont certains considéraient au « Congrès démocratique international pour la paix » (1926) que « lorsque les Européens pensent à la paix, ils n'y pensent que pour l'Europe ». Voir J.F. Triska et H.E. Koch, « Asian-African Coalition and International Organization: Third Force or Collective Impotence ? » (1959) 21 *Review of politics* 417 à la p. 420 pour la citation et les pp. 447 et ss. pour l'action des pays afro-asiatiques aux Nations Unies.

²⁸ C'est dans ce contexte que ces pays s'opposèrent à la participation sud-africaine aux jeux olympiques de Tokyo (1964) et obtinrent en octobre 1965 son exclusion de l'AG et des Comités Olympiques Nationaux. L'Afrique du Sud sera finalement exclue du Comité International Olympique pour n'être réintégrée qu'en 1990. Ses démêlés avec la Fédération internationale de Football sont du même ordre : exclue en 1960, elle est réintégrée en 1962, puis suspendue à nouveau sous la pression du Ghana et de l'ex-U.R.S.S. Sa marginalisation culminait dans ce domaine avec l'adoption de la *Convention internationale contre l'apartheid dans les sports*, ratifiée par au moins 45 pays à la date du 1^{er} mars 1990.

²⁹ Voir O. Guittard, *Bandoeng et le réveil des peuples colonisés*, Paris, P.U.F., 1961; *Le Monde Diplomatique* (20 octobre 1965), numéro spécial relatif au tiers-monde; S.B. Farajallah, *Le groupe afro-asiatique dans le cadre des Nations Unies*, Genève, Librairie Droz, 1963. Voir aussi P.H. Decreane, *Le Panafricanisme*, Paris, P.U.F., 1961; Y. Elayouti, *The United Nations and Decolonization: The role of Afro Asia*, La Haie, Martinus Nijhoff, 1971; Triska et Koch, *supra* note 27.

³⁰ C'est surtout la conférence du Caire (Égypte) de décembre 1957 à janvier 1958 qui se dotait d'une organisation permanente, modifiée à la conférence de Conakry (Guinée) en avril 1960, mais aussi la conférence de Moshi (ex-Tanganyika et actuelle Tanzanie) en février 1963 et celle d'Accra (Ghana) en avril 1965.

Avec la création, le 25 mai 1963, de l'Organisation de l'Unité africaine (OUA) à Addis-Abeba (Éthiopie), le mouvement africain d'opposition à l'apartheid se renforçait. Sous la pression des « radicaux » de l'organisation africaine, la réclamation de la rupture des relations diplomatiques et consulaires, du boycottage effectif du commerce extérieur de l'Afrique du Sud devenait l'axe principal tant des résolutions que des réunions bisannuelles des ministres des affaires étrangères et annuelles des chefs d'États³¹. La détermination apparente de l'OUA, contre l'apartheid se serait manifestée par la création de plusieurs comités en son sein dont la mission était de suivre l'évolution de la question sud-africaine. C'est dans ce contexte que l'OUA, créait le comité de coordination installé à Dar-es-Salam en Tanzanie, un fonds d'aide spéciale destiné à la résistance sud-africaine tout en établissant une « liste rouge » des sociétés, entreprises et banques qui collaboraient avec l'apartheid; une commission économique et sociale; un organisme de boycottage de l'Afrique du Sud; la surveillance du commerce des États africains et la recherche d'autres débouchés commerciaux et enfin une agence d'information panafricaine, structurée en octobre 1965, destinée à accroître par l'information, la conscience des Africains sur la situation politique, économique, culturelle et sociale du continent et de ses habitants.

Par l'action qu'elle développait surtout dans le cadre des institutions onusiennes en tant que groupe de pression sur le tiers monde, et par sa volonté de parvenir à marginaliser effectivement l'Afrique du Sud, l'OUA, apparaissait en définitive comme l'adversaire international le plus déterminé de l'apartheid. En dépit des sérieux obstacles à l'unité politique du continent et à la cohésion des membres de l'OUA, les Africains sont arrivés à entraver l'expansion économique de l'Afrique du Sud qu'ils ont réussi tant bien que mal à maintenir hors des relations inter-africaines.

En ce sens, la victoire de l'OUA fut presque totale dans la mesure où même les pays de l'Est et Israël rompirent avec l'Afrique du Sud. Quant aux puissances occidentales qui étaient accréditées en Afrique du Sud, elles s'efforçaient de paraître le moins possible en maintenant une discrète mais active présence dans ce pays. Ainsi, la radicalisation des États nouvellement indépendants a eu des effets notoires sur la politique sud-africaine en direction de l'Afrique. En effet, ces États ont rejeté l'offre de coopération économique et technique dans la coexistence avec leur puissant voisin. L'attitude remarquable de la majorité des États africains avait finalement confiné l'apartheid et l'Afrique du Sud dans un isolement planifié³².

³¹C'est ce qui ressort des résolutions adoptées à Addis-Abeba et notamment des articles 5 à 10 du 1^{er} point relatif à la décolonisation du continent africain. Voir la Documentation Française, *Articles et Documents*, n° 1401, Paris, 20-06-1963. Voir aussi F. Borella, « Le Régionalisme Africain et l'Organisation de l'Unité Africaine » (1963) 9 Ann. fran. dr. int. 838; M. Virally, « Droit International et Décolonisation devant les Nations Unies » (1963) Ann. fran. dr. int. 508 aux pp. 558-559; L.M. Thompson, *Politics in the Republic of South Africa*, Boston, Little, Brown And Co., 1966 aux pp. 198-221.

³²Quoi qu'il ne suffisait pas seulement d'isoler diplomatiquement l'Afrique du Sud, conformément à la rupture des relations diplomatiques décidée par l'OUA dès le 25-05-1963, mais aussi d'obtenir le démantèlement de l'apartheid en renforçant cet isolement par des sanctions économiques. Voir J.A.S. de Yturiaga, « L'Organisation de l'Unité Africaine et les Nations Unies » (1965) 69 Rev. D.I.P. 370, principalement aux pp. 377-393. Voir aussi J.E. Spence, *The Republic Under Pressure, South Africa as an African Power*, Londres, Oxford University Press, 1965 aux pp. 68-100. Relativement aux sanctions économiques dont nous ne traiterons pas ici, elles furent plus lentes à décider tant pour l'OUA que pour

L'isolement de l'Afrique du Sud va persister jusqu'à l'année 1994 qui marquait la normalisation de la vie internationale pour ce pays et notamment sa réintégration dans la légalité internationale et sa participation effective aux organisations intergouvernementales³³. Manifestement, le droit national et international pour un peuple à la démocratie et aux droits fondamentaux est incontestable au regard de ce qui précède.

C'est ce que confirme aussi bien l'oeuvre du constituant sud-africain que les résolutions votées par l'ONU et l'OUA, contre l'apartheid sud-africain pour affirmer les droits fondamentaux de l'un des derniers peuples africains soumis à une discrimination raciale³⁴. De même, la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* dénonce cette situation dans la mesure où son article 2 exclut toute discrimination fondée notamment sur la race ou l'ethnie³⁵.

les Nations Unies. Toutefois, même lorsqu'elles furent décidées de part et d'autre, elles étaient difficilement applicables pour diverses raisons internes et externes à l'Afrique du Sud. Pour apprécier leurs effets sur l'économie sud-africaine, voir notamment le rapport du comité spécial couvrant la période d'août 1988 à août 1989, *Rapport du comité spécial sur l'Organisation de l'Unité africaine*, Doc. off. AG NU, supp. n° 1, Doc. NU A/44/22. Voir aussi D. Hobart Houghton, *The South African Economy*, Cape Town, Oxford University Press, 1976; R. Segal, dir., *Sanctions Against South Africa*, Harmondsworth, Penguin Books Ltd, 1964; C. et M. Legum, *South Africa: Crisis for the West*, New York, Frederick A. Praeger Publishers, 1964; A.C. Leiss, dir., *Apartheid and United Nations Collective Measures: An Analysis*, New York, The Carnegie Endowment for International Peace, 1965; J.P. Hayes, *Economic Effects of Sanctions on Southern Africa*, Londres, Trade Policy Research Centre, 1987; S.R. Lewis, *The Economics of Apartheid*, New York, Council on Foreign Relations Press, 1990 aux pp. 97-126.

³³ L'Afrique du Sud est réintégrée à l'OMS, le 02-05-1994 et à l'OIT le 26-05-1994. Le 23-05-1994, l'OUA, l'admettait comme 53e membre, le Commonwealth comme 51e membre le 01-07-1994 et les Non-Alignés, le 31-05-1994, comme 109e membre. Quant au Conseil de sécurité de l'ONU, ses membres votèrent, le 25-05-1994, la levée immédiate de l'embargo sur les armes décrété le 04-11-1977 par la résolution 418, la dissolution du comité du Conseil de sécurité créé en 1977 sur la question de l'Afrique du Sud ainsi que l'arrêt immédiat de toutes les décisions restrictives et mesures coercitives qui visaient l'Afrique du Sud entre 1970 et 1986. Le Conseil de Sécurité justifiait sa décision par la « nécessité urgente de faciliter le processus de réintégration de l'Afrique du Sud dans la légalité internationale y compris le système des Nations Unies ». Voir M. Torelli et al., « Chronique des Faits Internationaux. Afrique du Sud : Évolution de la Situation » (1994) 98 Rev. D.I.P. 720; voir aussi *Résolution sur la levée de l'embargo sur les armes décrété le 04-11-1977*, Rés. CS 4/8, Doc. off. CS NU, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/5 (1994) 4.

³⁴ En effet, malgré la spécificité de l'apartheid, la discrimination raciale est irréductible aux rapports « noirs-blancs » et à ce système. En effet, elle peut s'étendre à d'autres systèmes de même qu'entre « noirs » ou « blancs » d'un même pays sous la forme d'une discrimination ethnique identifiable à l'apartheid.

³⁵ Voir la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Division de la Presse et de l'Information du Secrétariat Général de l'OUA, Juin 1982, Addis Abéba. L'article 2 dispose que : « Toute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente Charte sans distinction aucune, notamment de race, d'ethnie, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ». Voir aussi l'art. 9 (Equality) de la *Constitution sud-africaine* de 1996, et notamment l'al. 3 dans la partie de ce texte consacré au *Bill of Rights*. Voir aussi P.F. Gonidec, « Conflits internes et question nationale en Afrique » (1997) 9 R.A.D.I.C. aux pp. 550-552.

Dans ce texte, nous cherchons à démontrer la nature de la continuité ou de la rupture qui existe entre, d'une part, les aspirations de l'A.N.C.³⁶ relativement aux droits fondamentaux et, d'autre part, la constitution sud-africaine qui les consacre. À cette fin, nous rappelons brièvement le contexte historique et politique (I) dont l'évolution positive aboutissait à la consécration officielle des droits fondamentaux dans le dispositif interne de l'Afrique du Sud. Mais il semble que ce processus ne pouvait aboutir sans l'unité nationale et la réconciliation des Sud-Africains (II). C'est pourquoi, nous traiterons de la forme de l'État induit par cette unité et relativement au droit fondamental à l'autodétermination et à ses implications fédéralistes ou unitaires aux conséquences multiples et complexes (III); car c'est elles qui font de l'État de droit sud-africain, un modèle d'unité « dans la diversité » (IV). Cependant, il apparaît que la viabilité de ce modèle dépend non seulement de la participation démocratique (V) des populations et de leurs différentes instances, mais aussi économique, par la mise en oeuvre de leur droit au développement (VI). Enfin, nous montrerons la nature de la garantie reconnue aux droits en question par le constituant sud-africain en nous référant aux dispositions qui nous paraissent pertinentes aussi bien dans le droit international des droits de l'homme que dans le droit interne sud-africain du « Bill of Rights » (VII) et du reste de la *Constitution sud-africaine*.

II. Le contexte historique et politique

Le passé politique, foncièrement attentatoire aux droits fondamentaux en Afrique du Sud apparaît tellement évident avec l'apartheid qu'on voudrait faire l'économie de son exposé. Mais la spécificité de certains événements historiques est telle que leur rappel, même récurrent, est nécessaire à la compréhension des événements du présent.

Dans ce cadre et relativement à son passé, l'Afrique du Sud a été décrite en 1993 par ses nouveaux constituants, comme une « société profondément divisée [...] » générant « [...] de flagrantes violations de droits de l'homme, la transgression de principes humanitaires au cours de conflits violents et qui ont légué haine, peur, culpabilité et vengeance »³⁷.

³⁶African National Congress qui détient 63 % des sièges de l'Assemblée Nationale sud-africaine, soit 252 sur 400. Voir *RSA 1995 Statistics in Brief*, Central Statistical Service of the Republic of South Africa, Cape Town, CTP Book Printers (Pty), 1995 à la p. 2.1.

³⁷Voir le post scriptum intitulé « National Unity and Reconciliation », qui dispose dans son 1^{er} paragraphe que « This Constitution provides a historic bridge between the past of a deeply divided society characterised by strife, conflict, untold suffering and injustice, and a future founded on the recognition of human rights, democracy and peaceful co-existence and development opportunities for all South Africans, irrespective of colour, race, class, belief or sex ». Voir aussi le 3^e paragraphe, qui dispose que « The adoption of this Constitution lays the secure foundation for the people of South Africa to transcend the divisions and strife of the past, which generated gross violations of human rights, the transgression of humanitarian principles in violent conflicts and a legacy of hatred, fear, guilt and revenge ». *Constitution of the Republic of South Africa*, Act 200 of 1993, en ligne <<http://www.polity.org.za/govdocs/legislation/1993/consti15.html>>. Voir aussi Constitutional Court of South Africa, Case CCT 23/96, Certification of the constitution of the Republic of South Africa, 1996, note 3, Constitutional Assembly web server, <http://www.constitution.org.za>; le commentaire du président Chaskalson dans *The State c. Makwanyane and Mchunu*, (1995) Case No. CCT/3/94, para. 7

Dès le départ, l'Afrique du Sud aurait conservé son héritage colonial de la discrimination raciale. Ainsi, dans la majorité du territoire, le droit de vote était réservé aux hommes « blancs », dans le même temps, un rigide système économique et social de ségrégation, renforcé par l'action des « autorités traditionnelles » vassalisées dans les territoires tribaux, passait progressivement de la direction coloniale britannique au régime d'apartheid (Afrikaner) institué en 1948. Ce dernier poursuivait et aggravait la politique d'injustice de ses prédécesseurs en maintenant le principe de la séparation des pouvoirs en veilleuse. En adhérant au modèle qui assure la suprématie du parlement et la domination de l'exécutif sur le judiciaire, l'apartheid ruinait toute idée de liberté publique. En fait, comme le confirmait en 1950, le Juge Stratford, « [...] le Parlement peut à tout moment édicter les lois qui portent atteinte à la vie, à la liberté ou à la propriété d'un individu, et c'est le rôle des tribunaux de faire respecter sa volonté »³⁸. Évidemment, le juge n'étant pas un *ensor morum* et les tribunaux, des *custodes morum populi*, n'avaient pas à se prononcer sur la moralité de ces lois; C'est pourquoi, Hahlo et Khan pouvaient écrire que « [...] our courts are courts of law. They apply law as it is and not according to the moralist it ought to be »; c'est ce que confirmait d'ailleurs depuis le 19^e siècle, la jurisprudence sud-

(Constitutional Court of the Republic of South Africa) [ci-après *Makwanyane*]. Toute la traduction en français des différentes dispositions de la Constitution intérimaire sud-africaine amputée de ses principes constitutionnels est de A. Jacobs dans, D. Colas, *Textes constitutionnels français et étrangers*, Paris, Larousse, 1994 aux pp. 107-131.

³⁸ Cité par L.E. Neame, *The History of Apartheid: The History of The Colour War in South Africa*, Londres, Pall Mall Press, 1962 à la p. 59; voir aussi le commentaire en 1976 du juge Didcott (actuellement l'un des 11 membres de la Cour Constitutionnelle) qui disait : « under a constitution like ours, parliament is sovereign [...] our courts are constitutionally powerless to legislate or to veto legislation. They can only interpret it, and then implement it in accordance with the interpretation of it » dans *Nxasana c. Minister of Justice*, (1976) S.A.R. aux pp. 745(D)-747(G). Le modèle de Westminster qui serait en cause dans ce rapport entre les différents pouvoirs est selon L. Wolf-Philips : « Sovereignty of the people, using the term in its wide sense, is not a principle of the British Constitution. The basic principle of the British system is sovereignty of Parliament, and this principle is upheld even when the will of Parliament is known to be contrary to public opinion [...]. The courts have no authority over legislation; they must accept legislation as they find it [...] » cité dans R.A. Goldwin et A. Kaufman, dir., *Constitution Makers on Constitution Making: The Experience of Eight Nations*, Washington, American Enterprise for Public Policy Research, 1988 à la p. 441. C'est cette différence avec le passé que montre aussi cette déclaration en date du 23 avril 1996 du président de l'Assemblée Constituante, Cyril Ramaphosa, qui déclarait le 23-01-1996 à l'Assemblée constituante que « South Africa is now a constitutional state, a country in which the constitution, and not the parliament, is supreme, a country in which our courts are the guardians of the constitution, having the responsibility to safeguard, interpret and enforce it. Effectively the courts have the power to ensure that this constitution is not abused by any government and that our people will never be abused under the constitution. Our people have suffered enough, they have been subject to immoral and improper exercise of governmental power. Our society has been deeply divided as a result. We have risen to our historic duty to ensure that this constitution will serve as a healing balm, but moreover will guarantee that oppression and injustice will never be again »; voir aussi J. Dugard, *Human Rights and the South African Legal Order*, Princeton, Princeton University Press, 1978 aux pp. 376-391; J. Dugard, « The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty » (1971) 88 S. Afr. L.J. 181 qui critique le positivisme des juges sud-africains et ses effets néfastes sur leur rôle protecteur des droits du justiciable. Le passage de la suprématie parlementaire négatrice des droits à la suprématie constitutionnelle protectrice des droits de l'homme est analysé par J. Sarkin, « The Political Role of the South African Constitutional Court » (1997) 114 S. Afr. L.J. 134. Cette suprématie de la loi et le rôle dévolu au juge sont analysés par D.M. Davis, « Positivism and the Judicial Function », (1985) 102 S. Afr. L.J. 103; Chaskalson dans *Makwanyane*, *supra* note 37 aux para. 7-10.

africaine et C. J. Kotzé qui disait que « our notion of morality may differ, but the simple question before a court of justice is 'what is the law ?' »³⁹.

Dans ce contexte, la démocratie du multipartisme était toujours et exclusivement le privilège de la minorité « blanche ». Mais, même réduite à cette minorité, elle ne cessait de périliter depuis 1948⁴⁰. L'appel au ralliement de « l'électorat blanc » à l'apartheid pour assurer sa survie n'était que la confirmation de sa crispation inéluctable devant le développement des mouvements d'autodétermination (décolonisation) en Afrique et notamment au Nord de l'Afrique du Sud.

Face à la mise en oeuvre de l'autodétermination externe par les mouvements politiques opposés au colonialisme, l'Afrique du Sud tentait de réduire le principe de l'autodétermination interne revendiqué par l'ANC. Or ce principe veut, - sans ingérence dans les affaires intérieures d'un État, - que tous les peuples qui composent une nation ou la population d'un État aient le droit de ne pas être soumis à une théorie ou une pratique politique discriminatoire visant à les priver de l'exercice de leurs droits fondamentaux⁴¹.

Le caractère inaliénable de ce droit pour tous les peuples aurait comme fondements en droit international, la *Déclaration d'Indépendance aux Pays et Peuples coloniaux*, (article 2) adoptée par l'AG des Nations Unies dans sa résolution 1514 (XV) du 14-12-1960 et l'article 1(1), commun aux deux pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme. Il apparaît que même si l'autodétermination a généralement été mis en oeuvre de façon externe et notamment contre des puissances

³⁹ H.R. Hahlo et E. Kahn, *The South African Legal System and its Background*, Cape Town, Juta and Co., 1968 à la p. 23; C.J. Kotzé dans *Executors of McCorkindale c. Bok N.O.*, [1884], 1 S.A.R. à la p. 216. Toutefois, cette idée positiviste d'un juge réellement émancipé des considérations « morales » ou politiques dans l'activité judiciaire n'est pas incontestable. En effet, pendant toute la durée du régime d'apartheid, le point de vue de certains juges était entaché par des préjugés racistes officiellement en cours dans la société sud-africaine, qui influençaient leurs décisions. Voir quelques échantillons de la jurisprudence collectée par E. Newman, « Reflections on Race and the Law of Evidence » dans A. Rycroft et al., dir., *Race and the Law in South Africa*, Cape Town, Juta and Co., 1987 aux pp. 85-90; E. Motshagka, « The Ideologie behind Witchcraft and the Principle of Fault in Criminal Law » dans J. Hund et al., dir., *Law And Justice In South Africa*, Johannesburg, University of Cape Town aux pp. 147-159 qui montre comment la « vision du monde », chrétienne ou positiviste, des juges peut s'opposer à celle des croyances ancestrales de beaucoup d'Africains et nuit au jugement. En fait, ces différentes « visions du monde » induisent une conception différente de la justice, notamment dans la détermination du principe de la faute en droit pénal, J. Hund et al., *ibid.* aux pp. 152-158. Quant à V. Mtshambo, « Passports and the Prerogative: Artificial Reasoning in the Appellate Division » qui montre comment certains juges confondent la théorie positiviste du droit avec leur idéologie politique conservatrice ; voir dans Hund et al., *ibid.* aux pp. 137-145.

⁴⁰ En dépit de l'existence d'une opposition légale, dont les plus représentatifs à la fin de l'année soixante étaient le United Party (réactionnaire), le Progressive Party et le Liberal Party, qui malgré quelques nuances distinctives, étaient tous les deux favorables à la démocratie et aux droits fondamentaux pour tous. Voir K.A. Heard, *General Elections In South Africa: 1943-1970*, Londres, Oxford University Press, 1974 aux pp. 1-14 et aux pp. 30 et s.

⁴¹ Voir les observations de A.D. Olinga, « Désuétude programmée ou pérennité assurée: Enquête brève sur les mutations conceptuelles du principe d'autodétermination en droit international contemporain » (1994) 6 R.A.D.I.C. 573 aux pp. 587-592; A. Mindua, « L'ONU face aux coups d'État militaires et aux gouvernements non démocratiques » (1994) 6 R.A.D.I.C. 209 aux pp. 211-215; P.F. Goniwe, *Les systèmes politiques africains*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1997 au chap. 4.

colonisatrices, le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes rendrait nécessaire sa reconnaissance solennelle par l'ordre juridique interne aux États. Autrement dit, par la constitution d'un pays qui est sa loi fondamentale ou sa norme juridique la plus élevée⁴².

En dépit de sa prudence et de sa volonté unitaire, marquées par la récurrence d'expressions telles que « uniformité », « pays tout entier-country as a whole », le constituant sud-africain de 1996 reconnaît ce droit dans son 34^e principe constitutionnel, même s'il le limite dans ce que son quatrième principe constitutionnel a appelé, « la loi suprême du pays ».

Depuis les années cinquante, les différentes tentatives du régime pour consolider l'apartheid en divisant les africains par sa politique de balkanisation (homelands ou bantoustans) visant à créer une « Afrique du Sud Blanche » ont échoué. En dépit de l'entêtement du régime dans son projet criminel, la majorité incarnée par l'A.N.C ne cessait de revendiquer, relayée par la communauté internationale, un gouvernement non discriminatoire représentatif de tous les sud-africains, dans un État uni et non racial, soit le contraire de l'apartheid⁴³.

⁴²Le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies a adopté en 1984 un commentaire général de l'art. 1 des deux pactes qui permet de l'interpréter. Voir *Rapport du Comité des droits de l'homme*, Doc. off. Comité des droits de l'homme, 2^e sess., supp. n° 1, Doc. NU A/39/40, Annexe VI, para. 1-8 : voir l'analyse du droit à l'autodétermination en droit international et le « malaise Canadien » quant à son applicabilité par Schabas, *supra* note 4 aux pp. 225-227 et la jurisprudence pertinente, *ibid.*, n. 89; Pour une revue plus complète du droit à l'autodétermination dans le cadre des Nations Unies, voir l'étude faite en 1979 par le rapporteur spécial uruguayen de la Sous-commission relative à la prévention de la discrimination et à la protection des minorités H. Gros Espiell, *The Right to Self-determination: Implementation of United Nations Resolutions*, New York, United Nations Publications, 1980; voir aussi Lawson, *supra* note 6 aux pp. 1331-1346; Goodrich et al., *supra* note 2 qui montrent le rôle clef du principe d'autodétermination patronné à l'ONU par 43 pays afro-asiatiques dans l'effort concerté pour mettre un terme au colonialisme, à la p. 33.

⁴³Le caractère criminel de l'apartheid était reconnu par l'AG des Nations Unies en 1966 et en 1970. Il a condamné comme constitutif de crime contre l'humanité. En 1968, la conférence internationale des droits de l'Homme déclarait dans sa résolution III, que « the policy of apartheid or other similar evils are a crime against humanity punishable in accordance with the provisions of relevant international instruments dealing with such crimes ». Le 18 mars 1970, la Commission des droits de l'Homme a chargé (résolution 8 (XXVI)) le groupe d'experts de son comité ad hoc sur l'Afrique australe « to study, from the point of view of international penal law, the question of apartheid, which has been declared a crime against humanity ». En 1972, le groupe de travail présentait à la commission son rapport intitulé *Study Concerning the Question of Apartheid from the Point of View of International Penal Law*. Voir *Rapport du comité spécial de la Commission des droits de l'homme*, Doc. off. AG NU, Doc. NU E/CN.4/1075 (1972). C'est conséquemment à ce rapport que l'AG de l'ONU adoptait, le 30 novembre 1973, la Convention intitulée *International Convention on The Suppression and Punishment of The Crime of Apartheid*, dont l'article III dispose que « International criminal responsibility shall apply, irrespective of the motive involved, to individuals, members of organizations and institutions and representatives of the State, whether residing in the territory of the State in which the acts are perpetrated or in some other State, whenever they: (a) Commit, participate in, directly incite or conspire in the commission of the acts mentioned in article II of the present convention; Directly abet, encourage or co-operate in the commission of the crime of apartheid »; voir la *International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid*, Rés. AG 3068 (XXVIII), Doc. off. AG NU, 28^e sess., supp. n° 30, Doc. NU A/9030 (1973). Voir aussi Meron, *supra* note 25 à la p. 35. Toutefois, pour favoriser la réconciliation des Sud-Africains et la réparation des dommages à la société et aux individus, le constituant de 1993 disposait que « ...une amnistie sera accordée en relation avec les actes, les abstentions et les infractions associés à des objectifs politiques et commis au cours des conflits du passé

La résistance sud-africaine à l'oppression éliminait finalement l'apartheid, ce qui lui permettait d'autodéterminer à travers ses représentants, dans une constitution intérimaire de 251 articles. Celle-ci met en valeur, dans son chapitre 3, les droits et libertés fondamentaux à travers 35 articles qui garantissent la liberté et l'égalité pour tous les sud-africains tout en permettant de sceller l'unité nationale des sud-africains⁴⁴.

III. L'Unité Nationale et la Réconciliation : continuité

À la division prônée et appliquée par l'État d'apartheid, l'ANC opposait le rassemblement en affirmant sa volonté d'unir les Sud-Africains. Toutefois, la diversité humaine et géographique de l'Afrique en général et de ce pays en particulier est remarquable. Dans ce cas-ci, elle se complique par des éléments culturels liés à l'existence d'ethnies (peuples) différentes et à leurs expériences historiques qui contribuent autant à la division qu'à l'unité des Sud-Africains. Faut-il rappeler que c'est aussi pour surmonter cette division et faire l'unité entre tous que l'ANC s'est constituée ?

On peut trouver dans cette volonté d'unification l'un des fondements de sa politique de réconciliation qui aspire à endiguer les tendances séparatistes. Celle-ci viserait à l'écatement de l'État construit par les Européens moyennant la domination tyrannique et l'exploitation séculaire des Africains « Autochtones », des « Métis », des « Indiens » et des autres groupes minoritaires « Non-Européens » ou « Blancs ».

Cette nécessité de l'union ou de l'unité exprimée à un niveau politique élevé par Nelson Mandela est la confirmation d'une idée ancrée dans l'histoire, l'évolution et la maturation politique de l'ANC. Elle implique le rejet de l'ethnocentrisme et du racisme sous toutes ses formes, donc des tendances qui l'expriment au sein du mouvement⁴⁵.

Il y a cependant un argument dit réaliste (en fait opportuniste) qui voudrait justifier le maintien des « blancs » dans la nation sud-africaine du fait de leur utilité à

». Voir la *Constitution intérimaire* (1993) de la RSA, la dernière section intitulée « National Unity and Reconciliation », en ligne <<http://www.polity.org.za/govdocs/legislation/1993/consti15.html>>.

⁴⁴Cette constitution de 251 articles énonçait aussi 33, puis 34 principes constitutionnels (1994) sur le fondement desquels la constitution finale de 1996 a été rédigée. Cette dernière, adoptée le 8 mai 1996, a fait l'objet de deux jugements de certification par la Cour Constitutionnelle, rendus le 6 septembre et le 4 décembre 1996, pour déterminer sa conformité aux 34 principes constitutionnels définis en 1993 par la Constitution Interimnaire. Le texte, dont peu de dispositions étaient contestables, a été revu et adopté le 11 octobre 1996. La Cour Constitutionnelle décidait le 4 décembre 1996 qu'il était conforme aux 34 principes constitutionnels. Il est entré en vigueur le 4 février 1996. Notre compte montre 244 articles et les droits fondamentaux sont consacrés au chapitre 2, à travers 39 articles. Voir *The Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, Constitutional Assembly Database Project; M. Rwelamira, « South Africa » et « The Constitution of the Republic of South Africa 1996 » dans A.P. Blaustein et G.H. Flanz, *Constitutions of the Countries of the Third World*, vol. XVII, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, 1997.

⁴⁵Voir O. Barry, *La conception et la pratique des droits de l'homme de l'ANC*, Thèse (Droit), Université de Grenoble, 23 mars 1996, 358p. et doc. annexés au vol. II. Cette thèse, sous contrat de publication, peut être obtenue par commande aux *Presses Universitaires du Septentrion*, rue du Barreau, B.P. 199, 59654 Villeneuve d'Ascq Cedex, France.

la prospérité de l'économie sud-africaine (dépendante de l'extérieur) qu'ils contrôlaient exclusivement et qu'ils dominent encore⁴⁶.

Mais plus que ce réalisme, l'intégration des « blancs », comme des autres peuples (minorités), procèdent dans l'ANC de raisons « principielles » (liberté, égalité, justice). Pour s'en convaincre, il faut se référer à la *Charte de la Liberté* (*The Freedom Charter as adopted at the congress of the People on 26 juin 1955*) qui fondait la vision de l'ANC en la matière, et qui ne concevait les sud-africains « qu'ensemble, égaux, compatriotes et frères ». L'analyse de la *Charte* montre qu'elle était avant tout une déclaration sur les buts du mouvement qui l'institue mais aussi sur les moyens qui permettaient de les atteindre.

À considérer son préambule, cette *Charte* était à la fois pour une Afrique du Sud démocratique et pour un nationalisme sud-africain inclusif, autrement dit, pour un nationalisme démocratique. C'est pourquoi elle proclamait que « l'Afrique du Sud appartient à tous ceux qui y vivent, aux blancs comme aux noirs »⁴⁷. Dès lors, l'idée d'une « Afrique pour les Africains » s'en trouvait implicitement disqualifiée ou tue.

La *Charte* ne revendiquait pas le gouvernement de la « majorité africaine » mais uniquement « un État démocratique fondé sur la volonté de tous [...] sans distinction de race, de couleur, de sexe ou de croyance [...] » et dans lequel, le « peuple » gouvernera. Autrement dit, la *Charte* n'aspirait pas à un transfert du pouvoir aux Africains mais à un partage équitable du pouvoir entre tous les sud-africains, basé sur des principes démocratiques⁴⁸.

⁴⁶Pour une bonne compréhension synthétique de cette domination et de l'évolution de l'économie sud-africaine de la période coloniale à la fin des années quatre vingt, voir S.R. Lewis Jr., *The Economics of Apartheid*, New York, Council on Foreign Relations Press, 1989 aux pp. 144-168.

⁴⁷Voir E. Callan, *Albert John Luthuli and the South African Race Conflict*, Kalamazoo, Western Michigan University Press, 1962 aux pp. 55-63 et les claires analyses du chef A. Luthuli (discours de réception du prix Nobel de la paix à Oslo le 11 décembre 1961) sur l'adhésion de l'ANC au non-racialisme et à la démocratie. Ce qui est confirmé par les dirigeants de la même génération que N.R. Mandela, et notamment par celui-ci au procès de Rivonia (le 20 avril 1964); voir aussi T. Karis et G.M. Carter, *From Protest to Challenge: A Documentary History of African Politics in South Africa, 1882-1964*, vol. 4, Stanford, Hoover Institution Press, 1977, notamment le vol. 3, « Challenge and Violence » aux pp. 712-713 et le préambule de la *Charte de la Liberté* aux pp. 205-208 (texte complet); Hund et al., *supra* note 39 aux pp. 217-221 (texte complet). C'est ce que confirme le préambule de la *Constitution de 1996* qui dispose que « We, the people of South Africa, [...] believe that South Africa belongs to all who live in it, united in our diversity ». Pour un aperçu général du degré d'adhésion des dirigeants africains à ces idéaux en Afrique du Sud, voir H.W. Van Der Merve et al., *African perspectives on South Africa: A collection of Speeches, Articles and Documents*, Stanford, Hoover Institution Press, 1978; N. Mandela, *Un long chemin vers la liberté*, Paris, Fayard, 1995.

⁴⁸La « Charte de la Liberté », qui apparaît à la fois comme la manifestation des idées inclusives au sein de l'ANC et comme la consécration de l'idéal démocratique fondé sur les droits de l'homme, suscitera notamment la double hostilité du nationalisme « afrikaner » et « africaniste ». Dans la perspective afrikaner, qui était celle du régime, le mouvement de la « Charte » est subversif aussi bien par ses objectifs démocratiques que par son affirmation d'une coopération inter-raciale. C'est pourquoi le gouvernement raciste exercera constamment la répression contre le « Congrès du Peuple » et ses composantes par des bannissements et des arrestations massives, dont celles des 156 dirigeants accusés de « trahison ». Dans une perspective « africaniste », en fait, le nationalisme exclusiviste, qui met l'accent sur la primauté du droit des Africains sur le continent africain, l'idéologie non raciale de la « Charte », la composition inter-raciale du « Congrès du Peuple » ou de « l'Alliance des Congrès » ainsi que l'influence d'une direction « non-africaine » constitue une « trahison » du nationalisme africain. C'est pourquoi les « africanistes » se séparèrent au moment de la Conférence panafricaine d'Accra de l'ANC,

En réalité, cette attitude était remarquable dès la *Charte atlantique du point de vue des Africains* qui rejetait explicitement la revendication d'autodétermination externe en Afrique du Sud au profit d'une pleine citoyenneté (droits nationaux) et d'une participation directe à l'État et aux institutions nationales. Cette conception inclusive sera confirmée à la conférence de Morogoro (Tanzanie) en 1969 qui affirme que «[...] même au coeur des pires injustices, l'ANC, n'a jamais abandonné le principe que tous ceux qui avaient leur maison dans le pays des Africains y étaient les bienvenus à la seule condition qu'ils acceptent la liberté et l'égalité pleine et entière entre tous. Sur ce point, l'ANC ne faisait pas que se plier à l'histoire et à la réalité, mais considérait qu'il était juste sur le plan des principes d'exprimer clairement cette position. Dans les moments nombreux où lui fut opposé la pire barbarie, l'ANC refusa résolument d'être conduite à abandonner ses principes démocratiques»⁴⁹.

Donc, il apparaît que la prise de position idéologique de l'ANC résulte à la fois de la réalité historique et des principes démocratiques les plus conformes à cette réalité. En fait, selon les termes de A. Lethuli, son nationalisme ne pouvait qu'être inclusif dans la mesure où, dès les années cinquante, l'organisation acceptait clairement « le fait de la nature multiraciale du pays »⁵⁰.

Ainsi, pour l'ANC, l'émancipation politique des « Africains », des « Métis » et des « Indiens » n'était réalisable que par des principes démocratiques unissant l'ensemble des sud-africains « blancs et noirs » opposés à l'apartheid. C'est pourquoi, l'idée raciste, quelle que soit la communauté visée, ne pouvait être acceptée par l'ANC; en fait, le non-racisme, pour être cohérent doit être théoriquement et pratiquement opposable à tous les racistes. Par conséquent, la démocratie et les droits de l'homme doivent être reconnus au profit de tous les sud-africains et de chaque sud-africain pour être crédibles et constituer une véritable alternative à l'apartheid⁵¹.

en 1958, et formèrent le 01-07-1959, le P.A.C. Pour d'autres Africains, le vague socialisme de la « Charte » était un motif de rejet. Du reste, au sein même de l'ANC parce que l'idée venait de « l'aile modérée » du mouvement (Z.K. Matthews), elle ne rallia au début ni le SAIC ni le nouveau Congrès des Démocrates, qui l'adoptèrent par la suite. Voir L. Kuper, « An African Nationalism » dans Thompson et Wilson, *supra* note 1 à la p. 464; Lodge, *supra* note 5 aux pp. 84-85 et à la p. 89; Meli, *supra* note 5 aux pp. 159-160; M. Motlhabi, *The Theory and Practice of Black Resistance to Apartheid - A Social-ethical Analysis*, Johannesburg, Skotaville Publishers, 1984; M. Lethuli, *Let My People Go - an Autobiography*, Glasgow, Collins, 1963; M. Benson, *South Africa : The Struggle For A Birthright*, 3^e éd., New York, Funk & Wagnalls, 1969 aux pp. 127 et s.; H. Holland, *The Struggle : A History of The African National Congress*, Londres, Grafton Books, 1989 aux pp. 88-100.

⁴⁹Voir ANC speaks *Documents and Statements of the African National Congress*, 1959-1976 à la p. 17 cité par Meli, *supra* note 5 à la p. 161; A.J.G.M. Sanders, « The South African Freedom Charter » dans Hund, *supra* note 39 aux pp. 222-228.

⁵⁰Voir Lodge, *supra* note 5 à la p. 68.

⁵¹L'organe de l'ANC présentait la *Charte de la Liberté* comme: «...base et condition préalable à tout développement et toute radicalisation ultérieurs de notre révolution. Sa mise en oeuvre présupposera et exigera la destruction du régime raciste blanc et l'abolition des privilèges nationaux, culturels, religieux et linguistiques des blancs sur les noirs. Cela entraînera l'égalité de tous les groupes ethniques, petits et grands, noirs et blancs, la satisfaction de leurs droits et de leurs sentiments nationaux, de leurs traditions et de leurs coutumes, de leurs aspirations et de leurs sentiments, de leurs caractéristiques et de leurs traits spécifiques, et le développement de leurs langues et de leur culture ainsi que des contacts ». Voir Sechaba, 12(3), 1978 à la p. 5 cité par F. Meli, *supra* note 5 à la p. 162. Mandela a reformulé cette idée après son élection à la présidence de la République Sud-africaine en disant que « [...] la démocratie exige également que les droits politiques et autres, des minorités soient protégés », et il annonçait « [...] un

Pendant les négociations de paix et les discussions relatives à l'élaboration de la future constitution du pays, l'unité territoriale était remise en cause par les tendances séparatistes du pays⁵². En fait, l'Afrique du Sud était menacée par l'éclatement en « ethniques ». En effet, l'instauration de la démocratie dans ce pays ne se faisait pas sans réticences supplémentaires. C'est ce qui ressortait dès le fonctionnement du « Conseil Exécutif de Transition » que certains partis quittèrent. En fait, les principaux acteurs de ces partis politiques n'entendaient pas encore se départir du pouvoir politique dont ils jouissaient avant les élections.

C'était la raison principale de leur réticence à l'égard du changement démocratique par la négociation. En effet, la *Constitution intérimaire* abolissait les « homelands » alors que les gouvernements du Bophuthatswana, dirigé par Lucas Mangope et du Ciskei, dirigé par le brigadier Oupa Gqozo, s'opposaient à leur réintégration dans l'Afrique du Sud. Mais ils capitulèrent finalement. Quant à l'IFP de M. Buthelezi, il revendiquait un Kwa-Zulu autonome et souverain et refusait la participation des habitants de son fief à la consultation prévue. L'attitude du Bophuthatswana, du Ciskei et du Kwa-Zulu risquait par leur rejet de l'ensemble des textes de loi sur la réintégration, d'exclure au moins 2 millions de sud-africains de la jouissance de leurs droits politiques⁵³.

Quant aux conservateurs « blancs » du mouvement « Afrikaner People Front », ils dénonçaient la tenue des élections qu'ils qualifiaient de trahison tout en réclamant un « Volkstaat » ou « État blanc » au titre du droit à l'autodétermination et qui représenterait 18% du territoire sud-africain. Non seulement ces conservateurs ne constituaient pas un tel pourcentage dans la population, mais il n'y avait aucune province sud-africaine où les « Blancs » en général seraient majoritaires. Du reste, ce mouvement afrikaner n'indiquait ni le lieu où se situerait ce « Volkstaat », ni comment il fonctionnerait. Finalement, ces conservateurs formèrent avec les dirigeants récalcitrants des « homelands » précités, le « Freedom Alliance » qui se révéla fragile

nouvel ordre social qui respectera totalement la culture, la langue et les droits religieux de toutes les communautés de notre société et les droits fondamentaux de l'individu ». Voir, *L'Humanité* (10 août 1994) 2.

⁵² Les micro-pouvoirs de l'apartheid (homelands) appuyés par les forces politico-militaires extrémistes (les néo-nazis de l'A.W.B. et les troupes de l'Inkhata) ont réussi à faire craindre le pire (« Somalisation ou Yougoslavisation »). Pour ce qui est de l'I.F.P., des chercheurs sur l'histoire Zulu établissent un lien entre la persistance des symboles culturels guerriers du passé précolonial et la violence contemporaine qui accompagne le processus de formation d'une nouvelle identité dans un cadre urbanisé et industrialisé. Voir Adam et Moodley, « Political Violence. 'Tribalism' and Inkatha » (1992) 30 *The Journal of Modern African Studies* 484.

⁵³ Voir Doc. NU E/CN.4 sub 2/1993/11, add.1, 7. Il est remarquable que ces différents dirigeants des ex-bantoustans sont encore impliqués dans la vie politique nationale ou locale, même si leur reconversion est contrastée. Ainsi, L. Mangope, ex-président du Bophuthatswana, destitué en 1994, a reconstitué un parti politique, l'African Christian Democratic Party (ACDP), qui a obtenu aux premières élections nationales de 1994, 2 sièges (0,5%) à l'Assemblée Nationale et 3 sièges aux législatives provinciales (0,7%). O. Gqozo qui dirige l'African Democratic Party (A.D.P.), était déjà en lice aux élections de 1994 et n'était pas représenté à l'Assemblée Nationale en 1995. B. Holomisa, ex-premier ministre du Transkei, dont il avait demandé la réintégration au sein de l'Afrique du Sud, est devenu ministre adjoint aux Affaires Environnementales et du Tourisme. Quant à M. G. Buthelezi, dont le parti dirige le KwaZulu-Natal, il est devenu le Ministre des Affaires Intérieures de l'Afrique du Sud. Voir F. Genin, *Afrique du Sud, Le Pari*, Paris, L'Harmattan, 1995 aux pp. 87-88.

en l'absence du financement du pouvoir central sud-africain qui rendait viables ces entités politico-administratives.

La polarisation politique favorisée par les membres de cette alliance semblait préjudiciable au processus en cours et à l'unité du pays. C'est dans cette atmosphère que l'IFP, le Parti Conservateur et « l'Afrikaner Volksfront » refusèrent de s'inscrire à la date limite de l'inscription des partis, soit le 12-02-1994. Après plusieurs compromis proposés par l'ANC et ses alliés du « TEC », le général C. Viljoen inscrivait avant la date définitive d'inscription, son nouveau parti, le « Freedom Front » (Front de la Liberté)⁵⁴. Mais en dépit de son inscription provisoire, les réticences de l'IFP sur les questions constitutionnelles alimentaient les violences au Natal; la paix était très près du gouffre de la guerre civile⁵⁵. Dans un tel contexte, la solution fédéraliste apparaissait comme la réponse très controversée à ce problème⁵⁶. Quoiqu'il affirmait que l'Afrique du Sud était une « nation de minorités » dont les

⁵⁴ Les compromis en question étaient relatifs à l'utilisation d'un double bulletin de vote pour le scrutin national et régional, l'extension des pouvoirs régionaux, l'acceptation du changement de nom de la province du Natal, qui devenait le KwaZulu-Natal, l'acceptation du principe d'autodétermination interne pour les groupes ayant une langue et une culture communes. Pour éviter un « bain de sang » à l'Afrique du Sud, Mandela se disait prêt à aller « supplier à genoux » ses instigateurs. Voir N. Mandela, *supra* note 47 aux pp. 630-635. Pour apaiser les inquiétudes de l'IFP et du Parti Conservateur, il faut rappeler que les négociateurs avaient déjà présenté, en août 1994, un deuxième projet de Constitution, qui conférait de plus larges pouvoirs aux régions sans parvenir à les satisfaire. Le parti du front Afrikaner « Afrikaner Volks Front » du général F. Constand Viljoen qui fut chef d'état major des forces de défense sud-africaine (SADF), aspirait à unir les organisations de « l'Afrikanerdom » (destin Afrikaner) autour du projet de Volkstaat (État « blanc » ou « homeland blanc »). Finalement, l'amendement (Acte n° 2 de 1994) de la *Constitution intérimaire* reconnaissait le projet de Volkstaat, tout en prévoyant un dispositif pour la mise en place d'un Conseil du Volkstaat (chapitre 11 amendé, section 184 A et B). De même, la Constitution reconnaissait les autorités traditionnelles, le droit coutumier et la monarchie du Kwa-Zulu (chapitre 11, Act of 1993). Voir les importants amendements de 1994 dans *Government Gazette of the Republic of South Africa*, Cape Town, 3 mars 1994.

⁵⁵ C'est dans ce contexte qu'au Natal, 15 membres de l'ANC furent lynchés pendant qu'ils collaient des affiches. Par la suite, lorsque des milliers de militants de l'IFP manifestèrent, le 28 mars 1994, à Johannesburg avec des armes traditionnelles, quelques uns auraient tenté de prendre d'assaut avec des armes modernes le Q.G. de l'ANC (Shell House). Les militants ripostèrent. Il s'en suivit une fusillade qui fit 53 morts. Cette tragédie a nécessité la médiation de Lord Carrington (Grande-Bretagne) et d'H. Kissinger (États-Unis) qui, en accord avec l'ANC et le N.P., ne voulaient pas remettre en cause la date des élections comme le souhaitait l'IFP, qui pour cette raison refusait de les rencontrer. C'est de cette façon que l'IFP s'est privé de la médiation qu'il réclamait. Mais, conscient de l'inéluctabilité des élections, il acceptait de s'inscrire le 9 avril 1994, soit quelques jours avant le scrutin, et de participer aux élections.

⁵⁶ Voir T. Botha, « Federalism versus Unitarism » (1993) *African Communist*. Dans l'ANC, Thomazile Botha était en charge du département des gouvernements locaux et ce dernier considérait « qu'il n'est pas question » que les pouvoirs des régions handicapent le gouvernement central. Pour lui, en concédant de « vastes pouvoirs » aux régions plutôt que « certains pouvoirs », l'ANC n'était-il pas au gouvernement central qu'il dirigeait, les moyens d'un « État unitaire fort » à même de supprimer « les inégalités historiques entre les régions héritées de l'Apartheid » ? Selon M. Wa Mutua, « Hope and Despair for a New South Africa : The Limits of Rights Discourse » (1997) 10 H.R.J. 63 à la p. 96, « The NP and the IFP favored a federal structure as a bulwark against a strong central state, an arrangement that would have left enormous power in the hands of local officials, undercutting the ability of the center to promulgate and implement cross-cutting policies to alleviate economic disparities between blacks and whites. Not surprisingly, the ANC sought a central state with little power in the provinces. The compromise in the Interim Constitution, an apparent contradiction, combines elements of federalism with the features of a strong centralized state ».

droits devaient être protégés, le dernier gouvernement de l'État d'Apartheid acceptait le « principe d'une Afrique du Sud unie ». Quelle est la forme que devait revêtir l'État conforme à une telle situation et quelle est la configuration territoriale de l'Afrique du Sud au terme d'une exclusion séculaire des Africains et de quarante cinq années d'apartheid ?

IV. La forme de l'État sud-africain et le droit à l'autodétermination : unitarisme (continuité) contre fédéralisme (rupture)

La restructuration de l'État sud-africain est fondamentale tant pour sa viabilité que pour son développement institutionnel. En fait, la protection des droits fondamentaux dans ce pays n'est elle pas liée à la façon dont ses Constituants conçoivent le redéploiement du nouvel État démocratique ? Celui-ci peut-il rompre définitivement avec les différentes manifestations de l'ancien régime d'apartheid et de son héritage colonial sans entraîner son propre démantèlement⁵⁷ ?

Il apparaît que le nouvel État sud-africain est à la fois le produit d'une Constitution que ses concepteurs ont voulu démocratique totalement émancipée du facteur racial et l'expression de l'autodétermination des populations sud-africaines. Pour la majorité africaine notamment, il s'agissait de recouvrer coûte que coûte sa dignité bafouée et l'ensemble de ses droits fondamentaux qui lui permettent de participer à la refondation des institutions sud-africaines dont l'État au premier chef⁵⁸.

Ce processus montre que la restructuration de l'État est indissociable de la protection constitutionnelle des droits politiques, sociaux, économiques et culturels. Concrètement, comment se traduit-il ?

On peut dire que dans ce domaine comme dans les autres, ce sont les Principes constitutionnels contenus dans l'annexe 4 de la *Constitution intérimaire de 1993* amendée en 1994 qui s'imposent au constituant⁵⁹.

C'est ainsi que le 12^e principe et le 34^e principe apparaissent comme les dispositions qui reconnaissent pour la première fois le droit à l'autodétermination dans la constitution sud-africaine. En effet, le 34^e principe dispose que « la Constitution

⁵⁷ À l'instar de certains pays africains notamment qui n'ont pas réussi à maîtriser leur transition vers la démocratie, voir A. Mbembe, « Déconfiture de l'État et risques de la 'Transition démocratique' » *Le Monde Diplomatique* (mai 1993) aux pp. 16-17. Pour une approche globale des manifestations de l'apartheid à la fin des années quatre vingt, voir Rycroft et al., *supra* note 39.

⁵⁸ Relativement aux fondements théoriques qui donneraient un sens à cet acte fondateur, voir P. Bastid, *L'Idée de constitution*, Paris, Economica, 1985.

⁵⁹ Voir la *Constitution of South Africa*, en ligne <<http://www.polity.org.za/govdocs/legislation/1993/consti15.html>>. Annexe 4, C.P I, Act 2 of 1993 ; « The constitution of South Africa shall provide for the establishment of one sovereign state, a common South-African citizenship and a democratic system of government committed to achieving equality between men and women and people of all races ». C.P IV : « The Constitution shall be the supreme law of the land. It shall be binding on all organs of state at all levels of government » et C.P VII : « The judiciary shall be appropriately qualified, independent and impartial and shall have the power and jurisdiction to safeguard and enforce the Constitution and all fundamental rights ».

donne expression à toute forme particulière d'autodétermination pourvu qu'il existe un appui substantiel établi (« substantial proven support ») dans la communauté concernée par une telle forme d'autodétermination»⁶⁰.

C'est ce que confirme l'article 235 de la *Constitution finale* adoptée en 1996 qui reconnaît que « le droit du peuple sud-africain dans son ensemble, 'as a whole', à l'autodétermination tel qu'exprimé dans la présente constitution n'exclut pas, dans le cadre de ce droit, la reconnaissance du droit à l'autodétermination de toute communauté partageant une culture et un héritage linguistique communs à l'intérieur d'une entité territoriale de la république ou de tout autre matière déterminée par la législation »⁶².

Ainsi disposé, cet article conciliait la dimension externe et interne de l'autodétermination interne. Mais celle-ci est-elle compatible avec les dispositions qui limitent sa dimension interne, notamment par le principe de l'unité nationale et de « l'indivisibilité de la république »? Manifestement, l'exercice du droit à l'autodétermination qui viserait à faire sécession est exclu aussi bien par le premier principe constitutionnel de l'annexe 4 que par les articles 31(2) (b) et 41(1) (a) de la *Constitution de 1994*⁶³. La contradiction, lieu de rupture, nous paraît évidente.

⁶⁰*Ibid.*, annexe 4, C.P XXXIV (2) Acte n° 2 de 1994 : « The constitution may give expression to any particular form of self-determination provided there is substantial proven support within the community concerned for such a form of self-determination » alors que le C.P XII, qui apparaît comme la première formulation de l'autodétermination, dispose que « collective rights of self determination in forming, joining and maintaining organs of civil society, including linguistic, cultural and religion associations, shall, on the basis of non discrimination and free association, be recognized and protected ».

⁶¹Voir « self determination », article 235, *Constitution of South Africa, as adopted by the Constitutional assembly on 8 may 1996*, Constitutional Assembly Database Project. La traduction du 34° principe constitutionnel et de l'article 235 est de F. Gonidec, *supra* note 35 aux pp. 553-554. Relativement à ce droit et aux objections du FF (Freedom Front, parti séparatiste), quant aux changements intervenus dans la formulation de ce droit de 1993 à 1996, voir « self determination » dans *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, paragraphes 215 à 221; Constitutional Court, case CCT 23/96, Décision du 6 septembre 1996.

⁶²Voir « self determination », article 235, *Constitution of South Africa, as adopted by the Constitutional assembly on 8 may 1996*, Constitutional Assembly Database Project. La traduction du 34° principe constitutionnel et de l'article 235 est de Gonidec, *supra* note 36 aux pp. 553-554. Relativement à ce droit et aux objections du FF (Freedom Front, parti séparatiste), quant aux changements intervenus dans la formulation de ce droit de 1993 à 1996, voir « self determination » dans *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, paragraphes 215 à 221; Constitutional Court, case CCT 23/96, Décision du 6 septembre 1996.

⁶³En effet, dans le 12° principe constitutionnel (C.P XII), le concept de « self determination » est circonscrit (limité) à la fois par son objet ou but [forming, joining, maintaining organs of civil society] et par le premier principe constitutionnel (C.P. I) qui exige que l'État pour lequel est instituée la Constitution doit être « one sovereign state ». Dans ce contexte, le droit à l'autodétermination ne s'exerce que par la liberté d'association et dans le cadre d'un État souverain. Autrement dit, il ne permet ni l'indépendance, ni la séparation de l'une quelconque des entités de cet État. Dans ce sens, les objectifs de l'article 31 (T.A de 1994), repris par l'article 31 (C.F de 1996), « Cultural, religious and linguistic communities », et plus précisément dans l'alinéa 1 (b) « to form, join and maintain cultural, religious and linguistic associations and other organs of civil society », sont les mêmes que ceux du 12° principe. Mieux, l'article 31(2) (C.F) confirme le C.P I car il dispose que « the rights in subsection (1) may not be exercised in a manner inconsistent with any provision of the Bill of Rights ». Voir Constitutional Court, case CCT 37/96, Décision du 4 décembre 1996 « civil society » et les réponses de la Cour Constitutionnelle aux objections du Kwazulu-Natal (KZN), paragraphes 22 à 27. Dans le chap. 3, « Cooperative Government – Government of the Republic », l'article 41(1), « Principles of co-operative

Comment concilier le droit constitutionnel à l'autodétermination et le principe de l'indivisibilité de la république ?

C'est pour surmonter cette contradiction que la structure fédérale, véritable rupture dans l'histoire constitutionnelle du pays, apparaissait aux partisans de l'autodétermination comme la forme d'État la mieux adaptée à l'Afrique du Sud. En effet, elle élargirait l'expression juridique de l'autodétermination interne plus que ne le fait l'actuelle *Constitution de 1996*. Que peut-on dire de cette solution relativement à la protection des droits fondamentaux ?

A. Le fédéralisme

C'est le libéralisme politique britannique qui aurait caractérisé toute la législation du Cap jusqu'à la création de l'union en 1910. Le libéralisme britannique se manifestait au Cap comme une doctrine qui entendait poursuivre les objectifs suivants en Afrique du Sud: Angliciser la colonie, « civiliser » les Africains par l'évangélisation des missions anglicanes et combattre la discrimination raciale. Si les deux premiers objectifs sont avérés, le troisième était moins évident⁶⁴. Dans ce cadre, il apparaît que le « hottentot » en fait le Khoikhoi et le « Métis ou Cape coloured » étaient « égaux » aux « Blancs » et jouissaient du droit de vote⁶⁵.

Quant à l'Africain (« Noir »), il ne pouvait espérer devenir « l'égal » du « Blanc » et jouir du droit de vote que lorsque ce « système libéral » estimait qu'il était « arrivé à un état civilisé ». En fait, un Africain ne pouvait être considéré comme tel qu'à la condition d'être un chrétien. S'il était « païen » ou fidèle à ses valeurs spirituelles comme la majorité des Africains de l'époque, il n'était pour l'administration coloniale qu'un « attardé » ou un « barbare »; par conséquent, il était frappé d'incapacité dans l'exercice de ses droits.

Néanmoins, il faut souligner le fait que grâce au libéralisme britannique, le statut politique des Africains de la colonie du Cap était très différent de celui des Africains des autres territoires. En effet ils jouissaient de certaines libertés civiques et

government and intergovernmental relations », dispose que « All spheres of government and all organs of state within each sphere must - (a) preserve the peace, national unity and the indivisibility of the Republic ». *Constitution of the RSA as adopted on 8 May 1996*; voir aussi M. Rwelamira, *supra* note 44 à la p. 23.

⁶⁴Toutefois, il semble que par le tribunal ambulant institué pour la « protection des noirs », soit le Black Circuit de 1812, le gouvernement britannique encourageait les plaintes des missionnaires anglais contre les Boers, et en faveur des Africains. Voir M.S. Geen, *The Making of The Union of South Africa: A Brief History 1487-1939*, Londres, Longmans, Green and Co., 1946 aux pp. 47-56. Voir aussi E.A. Walker, *The Great Trek*, Londres, Adam and Charles Black, 1934 aux pp. 104 et ss.

⁶⁵C'est en 1828 que la cinquantième ordonnance garantissait tous les droits civils et politiques aux KhoiKhois. Même si l'esclavage était aboli dans les colonies britanniques depuis 1807, il ne sera effectivement supprimé en Afrique du Sud qu'en 1834 par une loi britannique, qui n'en était pas moins favorable aux esclavagistes qui furent indemnisés. Quant aux esclaves, malgré la proclamation de leur liberté, ils devaient encore demeurer 2 ans dans la captivité au titre « d'apprentis » pour leur ancien « maître ». La loi entendait ainsi permettre à ces derniers de s'adapter à la législation. En tout cas, toutes ces « mesures imposées de l'extérieur » furent mal perçues par les colons: Walker, *ibid.* Voir aussi J.S. Marais, *The Cape Coloured People 1652-1937*, Johannesburg, Witwatergrand University Press, 1957 à la p. 155; S.D. Girvin, « Race and Classification » dans Rycroft et al., *supra* note 39 aux pp. 1-4.

notamment du droit de vote depuis 1853. Le principe qui gouvernait les dispositions relatives au droit de vote est formulé par le ministre des affaires étrangères de l'époque qui disait que: «[...] C'est le désir sincère du gouvernement de sa majesté que tous ses sujets du Cap sans distinction de classe ou couleur seraient unis par un lien de fidélité et par un intérêt commun. Et nous croyons que l'exercice des droits politiques dont tous jouissent également démontrera que c'est une des meilleures façons de parvenir à ce but »⁶⁶.

Ce droit de vote avait pour conséquence de favoriser la formation d'une élite politique dans la population africaine. En principe, aucune discrimination relative à la couleur des sujets n'était faite à l'époque dans la *Constitution du Cap*. Donc, le droit de vote se voulait en théorie absolument non discriminatoire, mais seuls les anciens citoyens de l'ex-république batave, c'est-à-dire du Cap hollandais, devenus sujets britanniques ou les propriétaires d'une valeur estimée à 25 livres ou d'un salaire annuel de 50 livres pouvaient jouir du droit de vote⁶⁷. Cette dernière catégorie visait surtout les Afrikaners que les britanniques voulaient voir voter, mais aussi les « Métis » et les Africains (ou « Noirs »).

Si les libéraux du Cap étaient favorables au maintien d'un tel suffrage (non racial mais sexiste), c'est par ce que les électeurs visés constituaient leur essentielle force politique. En fait, la majorité des électeurs africains et « métis » votaient pour des candidats britanniques plutôt qu'afrikaners. Néanmoins, les Afrikaners et une partie des Britanniques s'entendaient pour la suppression du droit de vote des Africains, alors même qu'en pratique, l'exercice du droit de vote engendrait déjà l'inégalité dans la distribution des revenus et de la propriété parmi les différents groupes raciaux⁶⁸.

En effet, c'est cette inégalité qui permettait aux « Blancs » de voter et d'exclure la majorité des Africains et des autres communautés du vote. Pour la minorité africaine qui votait, le sort de ce droit oscillait selon l'état de l'entente entre les deux communautés « blanches » (Boers et Anglais). Lorsque les relations étaient mauvaises, les libéraux prônaient le suffrage « non racial » mais quand elles étaient au

⁶⁶Marais, *ibid.* à la p. 215. Relativement à l'évolution du statut colonial de l'Afrique du Sud sous occupation britannique, voir Hahlo et Kahn, *supra* note 39 aux pp. 569-571.

⁶⁷Était électeur, tout homme sujet britannique âgé de plus de 21 ans. Les femmes sont exclues. La propriété valant 25 livres devait être occupée depuis deux mois par son propriétaire. Le propriétaire d'un salaire annuel de 25 livres pouvait lui aussi voter à condition d'être logé et nourri par son employeur. L. Kuper dans Thompson et Wilson, *supra* note 1 à la p. 427.

⁶⁸Ainsi, après la reconnaissance d'un gouvernement responsable en 1872, sous l'autorité des colons, le droit de vote fut facilement amendé pour réguler le flux des votants. Mais, il semble que ce n'est qu'en 1887 que ce pouvoir a été exercé sous la *Registration Act*, lorsque les droits relatifs à la propriété tribale furent exclus de la définition de la propriété requise pour voter. En 1892 aussi, le *Franchise Ballot Act* fixait à 75 livres la valeur de la propriété requise pour avoir le droit de voter. C'est ce texte qui excluait tous ceux qui avaient un salaire de 25 livres (nourri et logé) et obligeait les Africains à subir un simple test pour déterminer leur degré de « civilisation », c'est à dire savoir signer son nom et rédiger son adresse et son activité professionnelle. Ces deux actes furent sans doute les premiers d'un processus de dénégation légale et de réduction progressive des droits politiques des africains dans l'union sud-africaine, par des « voies constitutionnelles » : Kuper dans Thompson et Wilson, *supra* note 1.

beau fixe, ils envisageaient sa suppression⁶⁹. C'est pourquoi l'impact du libéralisme britannique du Cap sur le nationalisme africain et le développement d'une conscience africaine des droits est aujourd'hui encore l'objet de controverses⁷⁰. En effet, le libéralisme ne s'est pas manifesté dans les autres provinces à forte densité africaine de la même façon qu'au Cap. C'est le cas au Natal, où environ 80% de la population était africaine⁷¹.

Le système politique, quoique calqué sur le modèle du Cap, excluait réellement les Africains du vote et ce, malgré la politique déclarée du gouvernement britannique au moment de l'annexion du Natal, selon laquelle il ne pouvait y avoir légalement de distinction ou d'inaptitudes fondées sur des critères de couleur, d'origine, de langue ou d'opinion⁷². C'est ainsi que la *Charte du Natal de 1856* reconnaissait le droit de vote aux hommes de plus de 21 ans possédant une propriété fixe d'une valeur de 50 livres ou touchant d'une telle propriété une rente annuelle de 10 livres⁷³.

Il n'y avait aucune inaptitude pour les Africains à être électeurs ou membres du conseil municipal⁷⁴. Toutefois, les Africains étaient soumis à leurs propres lois coutumières du fait de l'« indirect rule » et étaient de ce fait, légalement séparés des autres groupes de la population⁷⁵. Mais, c'est surtout avec la *loi de 1865* telle qu'amendée par la *loi de 1865*, qu'une disposition a été prise pour émanciper certains Africains des lois coutumières. Pour s'émanciper de son statut coutumier, un Africain devait écrire au gouverneur en fournissant la preuve qu'il savait lire et écrire.

Cette situation aurait contribué à séparer les Africains en promouvant dans la population, une élite d'affranchis dont la plupart étaient des auxiliaires

⁶⁹ Les conditions de vie imposées aux Africains antérieurement à l'union a engendré une forme régionale de l'organisation politique. Originellement, celle-ci apparaît essentiellement comme l'activité de la minorité africaine (10%) qui pouvait voter et qui était considérée comme l'élite intellectuelle du Cap. Voir E. Roux, *Time Longer Than Rope: A History of The Black Man's Struggle for Freedom in South Africa*, London, University of Wisconsin Press, 1978 à la p. 56; K.A. Heard, *supra* note 40 à la p. 4 (Table 1) identifie, pour 1909-1911, 121000 « Blancs » votants au Cap, 13621 « Métis », 6637 Africains et 783 Asiatiques; au Natal, 29259 « Blancs », 186 Asiatiques et 0 Africain et « Métis ». Au Transvaal et dans l'État Libre d'Orange, le vote était exclusivement réservé aux « Blancs ». Le nombre respectif de votants était de 97772 pour le Transvaal et 38261 pour l'État Libre d'Orange.

⁷⁰ Voir L.D. Ngcongco, *John Tengo Jabavu, 1859-1921* dans C. Saunders, dir., *Black Leaders In Southern African History*, Londres, Heinemann Educational, 1979 aux pp. 151-155.

⁷¹ Dans le recensement de 1911, c'est environ 1200000 personnes. Le Natal, qui est un fief zoulou, était aussi habité par 11% d'Indiens, dont l'arrivée dans le pays remonte à 1860, par 8% de « Blancs » et environ par 11% de « Métis ». Voir Thompson et Wilson, *supra* note 1 à la p. 490 (Tableaux).

⁷² Voir W.M. Macmillan, *Bantu, Boer and Briton: The Making of the South African Native Problem*, Oxford, Clarendon Press, 1963 à la p. 214.

⁷³ Voir E.H. Brookes et C. de B. Webb, *A History of Natal*, Pietermaritzburg, University of Natal Press, 1965 à la p. 75.

⁷⁴ Voir E.H. Brookes, *The history of native policy in South Africa from 1830 to the present day*, 1^{ère} éd., 1924, 2^e éd., 1927, 3^e éd., titrée, *White rule in South Africa 1830-1910*; E.H. Brookes, *Varieties in governmental policies affecting Africans*, Pietermaritzburg, University of Natal Press, 1974 aux pp. 191-192.

⁷⁵ Ces lois coutumières furent finalement codifiées par la loi 19 de 1891. Voir M. Palmer, notamment pour son commentaire sur l'« indirect rule » au Natal, Nigéria et Tangayika dans *The history of indians in Natal*, Cape Town, Oxford University Press, 1957 aux pp. 12-13.

d'administrateurs, d'éducateurs et de missionnaires « blancs »⁷⁶. A partir de la *loi 11 de 1865*, tous les Africains qui n'étaient pas émancipés de la coutume, étaient exclus du droit de vote. Pourtant, ces personnes qui n'étaient pas assimilées représentaient l'écrasante majorité de la population. C'est dans ces conditions très restrictives que six Africains seulement étaient en mesure de voter au Natal en 1909. En fait, il s'y établissait un précédent scandaleux, dans la réduction « constitutionnelle » des droits politiques des Africains mais aussi dans la décrédibilisation du « libéralisme »⁷⁷.

Dans l'État libre d'Orange (Orange Free State), on comptait 62% d'Africains pour une population estimée à 500 000 individus à la fin du 19^e siècle. Les Africains y étaient exclus du droit de propriété sur la terre, donc du droit de vote qui s'y rattachait. Au Transvaal où 72% de la population était africaine, celle-ci, comme les « Indiens » et les « Métis », étaient exclus du droit de vote⁷⁸.

Nous pensons qu'il est utile de restituer le cadre général de la situation des populations africaines au moment où l'Union sud-africaine se constituait. En effet, ne serait-ce qu'avec l'exemple du droit de vote, l'affirmation par le libéralisme des principes de liberté et d'égalité pour tous les Sud-Africains a eu du mal à se traduire pratiquement. Mais, même si elle fut plus théorique que pratique, cette seule affirmation des droits et libertés, aurait contribué à la réactivation de l'idéologie raciste; C'est à dire, celle qui fonde la différence de l'Africain et de l'Européen sur l'archaïque préjugé qui veut que le premier « est essentiellement primitif »⁷⁹.

Mais on peut dire que le véritable obstacle au libéralisme fut sans doute sa version sud-africaine; car, malgré l'interdépendance économique des Africains et des Européens depuis l'aube de l'industrialisation du pays, les uns n'en demeuraient pas moins séparés des autres même au Cap (bastion du libéralisme sud-africain), par des barrières croissantes de « race ou couleur », de culture en fait, par des pratiques injustes et discriminatoires.

Ainsi dans une colonie britannique comme le Natal, les Européens en général avaient à l'instar des Boers en particulier nié l'idée d'une société fondée sur les principes d'égalité et de liberté pour tous. C'est cette situation d'ensemble autant que les contradictions du libéralisme au Cap, qui réduiront excessivement l'influence de cette tradition politique. Elle ne pouvait résister dans ce contexte, ni à la poussée démographique ni aux revendications africaines et encore moins à « la pression idéologique des vieilles républiques Boers du nord »⁸⁰.

⁷⁶Voir Brookes et Webb, *supra* note 73 à la p. 58.

⁷⁷Voir L. Kuper, *An African Bourgeoisie: Race, Class and Politics in South Africa*, New Haven, Yale University, 1965 aux pp. 144-145. Voir aussi Brookes et Webb, *ibid.* aux pp. 76-77.

⁷⁸Voir le recensement de 1911 dans Thompson et Wilson, *supra* note 1 à la p. 490.

⁷⁹Voir J. Bok, *The Doctrine of Apartheid: A Study of Racial Policies in South Africa*, Thèse, New York, Université de Harvard, 1952.

⁸⁰Voir E.F. Wilson, *Les partis et les groupements socio-politiques dans l'union sud-africaine*, Thèse dactylographiée, Bordeaux, 1953.

Lorsqu'on se réfère au cadre constitutionnel et à la culture juridique de l'Afrique du Sud coloniale, le fédéralisme commencerait au XIX^e siècle et aurait le modèle canadien pour référence⁸¹.

C'est la guerre Anglo-Boer (Britanniques et Afrikaners) en 1899 suivie du traité de paix à Vereeniging en 1902 qui aurait fortement contribué à réactualiser le modèle fédéraliste comme solution à la coexistence pacifique de ces deux communautés antagonistes. Ainsi en 1908, les délégués des quatre colonies anglaises de l'époque (Transvaal, Orange, Cape et Natal) examinèrent dans une « convention nationale » leur projet de constitution.

Dans ces discussions, les Afrikaners qui constituent la « majorité ethnique » parmi les « blancs » imposèrent aux autres la solution de l'État unitaire qu'ils étaient convaincus de dominer et de soumettre à leurs ambitions. Ce projet, approuvé par trois provinces sur quatre, fut rejeté par le Natal, où le vote était strictement réservé aux « blancs ». Il faut noter que dans ce débat qui fondait l'État sud-africain du XX^e siècle, les africains qui constituaient à l'époque 80% de la population étaient exclus et privés de leurs droits politiques ; ils se manifesteront néanmoins en fondant l'ANC⁸².

Bien que l'Afrique du Sud se désignait comme une union à cette époque, le terme se réduisait à sa population « blanche » (minoritaire), sans correspondre pour autant à une structure fédérale de l'État. Contrairement à ce que l'on pourrait croire, la constitution de la loi d'union de 1910 n'était que la consécration de la transformation des entités coloniales en provinces dont elles garantissaient les frontières issues du processus colonial Anglo-Boer. Les différents régimes successifs ont développé un centralisme extrême dans la mesure où tout se décidait depuis Pretoria et que les quatre provinces n'avaient aucun pouvoir de décision. Cette évolution allait manifestement à contre courant de celle de son modèle canadien dont le fédéralisme est incontestable⁸³.

Malgré son inadaptation aux exigences économiques et administratives, ce découpage survivra jusqu'à la formation des bantoustans au début des années soixante-dix. Par ces entités, l'État aspirait à parquer exclusivement les Africains dans des territoires où ils réaliseraient leur propre « développement séparé ». Indépendantes

⁸¹F. Gonidec, *supra* note 35 à la p. 558. Relativement à la décentralisation dans le système fédéral canadien et pour une éventuelle approche comparative, voir C.L. Brown-John, « Structural Decentralization in the Canadian Federal System: Judicial Decisions vs. Political Accommodation » dans l'ouvrage collectif de l'AIDC, *Fédéralisme et Décentralisation: Problèmes constitutionnels de la décentralisation territoriale dans les états fédéraux et centraux*, Fribourg, Éditions Universitaires de Fribourg, 1987 aux pp. 189-206.

⁸²Thompson et Wilson, *supra* note 1. T. Karis et G.M. Carter, *From Protest to Challenge: A Documentary History of African Politics in South Africa 1882-1964*, vol. 2, Stanford, Hoover Institution Publications, 1973 à la p. 46; H.R. Hahlo et E. Kahn, *The Union of South-Africa: The Development of its Laws and Constitution*, Londres, Stevens, 1960; Benson, *supra* note 48 aux pp. 15 et s; Thompson, *supra* note 31 aux pp. 164-194; Holland, *supra* note 48 aux pp. 13-37.

⁸³G. Beaudoin, « La Cour Suprême et le fédéralisme Canadien » dans E. Orban et al., *Fédéralisme et Cours Suprêmes*, Bruxelles- Montréal, Bruylant- Les Presses de l'Université de Montréal, 1991 aux pp. 81-120 qui montre entre autres que c'est l'article 101 de la *Loi Constitutionnelle de 1867* qui fit du Canada un État Fédéral; D.V. Smiley, *Constitutional Adaptation and Canadian Federalism Since 1945*, Ottawa, Imprimerie de la Reine, 1970.

en théorie, ces créations de l'apartheid furent rejetées par l'ANC, la résistance nationale et la communauté internationale. Les États membres de l'OUA et des Nations Unies ne reconnurent pas ces « nouveaux États », entraînant le discrédit et l'échec de cette politique qui fut poursuivie jusqu'à la fin des années quatre-vingt⁸⁴.

C'est sans doute le lieu de dire que quoi qu'en pensent les tenants du fédéralisme à tout prix, on peut difficilement identifier dans ces entités artificielles et quasi irrationnelles, des éléments d'un système fédéral même atypique⁸⁵. En fait, la division administrative et géographique de l'Afrique du Sud par les différents régimes bureaucratiques n'était inspirée que par la volonté d'amputer le territoire national; cette amputation se faisait notamment au profit de la minorité « blanche » et au détriment des peuples africains que les différents pouvoirs d'apartheid prétendaient soumettre indéfiniment à la « suprématie blanche ».

Néanmoins, même si elles n'existent plus territorialement et politiquement, ces entités créées par le *Bantu Promotion of Bantu Self-Government Act* de 1959 pour séparer les « Noirs » des « Blancs » et d'eux mêmes, auront encore des répercussions sur l'évolution politique par leurs conséquences. Il s'agit notamment du désir fédéraliste des anciens pouvoirs « tribaux » du *Bantu Authorities Act* de 1951 qui les dirigeaient⁸⁶.

⁸⁴Commonwealth Group of Eminent Persons, *Mission to South Africa : The Commonwealth Report*, Londres, Penguin Books, 1986 à la p. 82. Voir aussi la résolution 2671 F de 1970 de l'Assemblée générale des Nations Unies qui dénonce cette bantoustanisation.

⁸⁵C'est ce que confirmait Buthelezi, dont l'attachement à un système fédéral pour l'Afrique du Sud n'est pas récent, en disant « It's true that, legally speaking, States must be in existence before they federate. But my argument is that we were not consulted at the time of union, and we can [make] reparation for this gross omission by looking at the new formula for a future South Africa together, with no party expecting any other to swallow holusbolus what they have dreamed up unilaterally », Buthelezi, *Natal Mercury* (9 mai 1974); J. Butler et al., *The Black Homelands of South Africa: The Political and Economic Development of Bophuthatswana and KwaZulu*, Berkeley, University of California Press, 1977 aux pp. 84-90.

⁸⁶La formation des bantoustans remonte historiquement aux « réserves » qui sont conséquentes et relatives à la « Guerre des terres » du 19^e siècle, plus connue sous l'appellation de « guerre des cafres ». L'apparition des premières « réserves » de fait serait consécutive à la défaite militaire des résistances tribales africaines. Entre 1910 et 1940, le législateur colonial tentera sans succès notable de fixer juridiquement ce fait. Dès la fin de la « Deuxième Guerre mondiale », une étude systématique se redéveloppe à partir de 1946 et engendre une solution qui sera contestée par les Africains. Ils rejetaient aussi bien le principe de la séparation territoriale que l'étendue des territoires dans lesquels le pouvoir colonial entendait les confiner. Néanmoins, l'idée que sept bantoustans correspondants aux principales ethnies pouvaient résulter du remodelage des 260 réserves existantes se développait. Au début des années 60, on estimait qu'il n'y aurait au maximum que 8 bantoustans. En fait, à la fin des années 90, l'Afrique du Sud comptait 10 bantoustans dont 4 réputés « indépendants ». Il s'agit des ex-territoires suivants: le Bophuthatswana (Tswana) « indépendant en 1977 », le Ciskei (Xhosas) « indépendant en 1981 », le Transkei (Xhosas) « indépendant en 1976 » et le Venda (Vendas) « indépendant en 1979 ». Tous ces bantoustans « indépendants » ont été organisés comme territoires autonomes entre 1963 et 1972. Le Gazankulu (Shangaans et Tsongas), le Kangwane (Swazis), le Qwa-Qwa (Sothos du sud), le Lebowa (Sothos du nord), le Kwa-Ndebele (Ndebeles), le Kwa-Zulu (Zulus) étaient qualifiés de territoires autonomes (Self Governing territories). Voir Cadoux, *supra* note 4 aux pp. 251 et ss.; Coquerel, *supra* note 5 aux pp. 112-113; J. Butler et al., *ibid.* aux pp. 1-42 et ss.; E. Khan, « Some Thoughts on the Competency of the Transkei Legislative Assembly and the Sovereignty of South Africa Parliament » (1963) 80 S. Afr. L.J. aux pp. 473-482. R. Porteilla, « Le processus de recomposition de l'État sud-africain et l'empreinte des bantoustans » *Herodote* (Juillet-Septembre 1996) aux pp. 79-110 et

Mais face aux changements politiques fondamentaux intervenus dans les années quatre-vingt-dix, tant dans la nature du pouvoir (démocratique) que dans l'identité de l'électeur (sud-africain autrement dit toutes les « races »), les tenants « Blancs » de l'unitarisme centralisateur d'hier sont devenus les partisans du fédéralisme d'aujourd'hui⁸⁷. Ils seraient les « libéraux » favorables au système fédéral dans le débat unitarisme-fédéralisme⁸⁸.

Ainsi, l'évolution vers la provincialisation pendant les négociations de Kempton Park est à mettre sur le compte du Parti National (PN) et de ses alliés qui étaient favorables à un découpage politique de type fédéraliste. En dépit des nuances qui les distinguent, les différentes formations favorables à ce modèle ont un point

ss.; R. Hill, *Bantoustans: The Fragmentation of South Africa*, Londres, Oxford University Press, 1963 aux pp. 8 et ss.

⁸⁷A. Sachs, *Protecting Human Rights in a New South Africa*, Cape Town, Oxford University Press, 1990 à la p. 152; A. Sachs, *Advancing Human Rights In South Africa*, Cape Town, Oxford University Press, 1992 aux pp. 23-30.

⁸⁸Relativement à la question académique consistant à savoir si la *Constitution sud-africaine* est fédérale ou non, voir B. de Villiers, dir., *Birth of a Constitution*, Cape Town, Juta and Co., 1994. B. de Villiers est directeur du « Centre for Constitutional Analysis, Human Science Research Council », à Prétoria. Au total, 15 auteurs ont contribué à répondre à cette question dans cet ouvrage : D. Elazar, (p. 30) qui lie la Constitution sud-africaine à celle de l'Espagne, P. Olivier (p. 69), R. Watts (p. 78) et de Villiers (p. 256), considèrent que la constitution est fédérale tandis que les autres auteurs le sous-entendent sans l'affirmer. La seule exception notable vient de U. Leonardy (Head of Division in the Mission of Lower Saxony to the Federation in Bonn, Germany) qui a émis des réserves et a tenté d'affirmer que la constitution était unitaire (p. 152) tout en lui trouvant des similarités avec le système canadien. Même si tous les spécialistes ne sont pas d'accord, ceux qui estiment que nous avons affaire à une structure fédérale, fondent notamment leur analyse sur la non centralisation, l'attribution aux provinces d'un pouvoir législatif, exécutif et financier (art. 156 et 157 de la Constitution intérimaire). En outre, les compétences législatives des provinces définies par la *Constitution* (Amendment of schedule 6 to Act 200 of 1993) sont étendues (31 domaines) et elles sont autorisées à rédiger leur propre constitution (Amendment of schedule 4 to Act 200 of 1993); Quant à F. Venter, il considère qu'il ne s'agit ni d'une fédération, ni d'une union ou d'un État unitaire centralisé, mais d'un « composite state ». Voir F. Venter, « Requirements For A New Constitutional Text: The Imperatives Of The Constitutional Principles » (1995) 112 S. Afr. L.J. 39; B. de Villiers, « Federalism in South Africa: Implications for Individual and Minority Protection » (1993) 9 S. Afr. J. Hum. Rts. 373. L'exposé des différents arguments mériterait à lui seul un article. C'est pourquoi nous avons préféré faire l'économie de cette controverse ici. Toutefois, on peut signaler que ni la *Constitution intérimaire*, ni la *Constitution finale* ne mentionnent le mot fédéral dans aucune de leurs dispositions. Par contre, la *Loi Constitutionnelle du 29 mars 1867* dispose dans son premier considérant que « [...] les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une union fédérale pour ne former qu'une seule puissance [...] ». Voir H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1997 à la p. 1097. La *Loi constitutionnelle de 1982* confirme le fédéralisme canadien dans la mesure où l'article 3 de la *Charte Canadienne des Droits et Libertés* dispose que « Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales », *ibid.* à la p. 1175. De même, la *Constitution de la République fédérale d'Allemagne* dans son art. 20 (1) dispose que « la République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social ». Voir D. Colas, *supra* note 37 à la p. 246. L'art. 2 de la *Constitution nigériane de 1979* aussi dispose que « Nigeria is one indivisible and indissoluble Sovereign State to be known by the name of the Federal Republic of Nigeria ». Voir T.A. Aguda dans Goldwin et Kaufman, *supra* note 38 à la p. 423. Cette disposition est confirmée dans les mêmes termes par l'article 2 (1) de la *Constitution de 1989* entrée en vigueur le 2 octobre 1992. Voir *Constitution of the Federal Republic of Nigeria*, dans A.P. Blaustein et G.A. Flanz, *Constitutions of the Countries of the Third World*, vol. XIV, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, 1990 à la p. 17. Pour les amendements susmentionnés à la *Constitution sud-africaine*, voir *Government Gazette of the Republic of South Africa*, Cape Town, vol. 345, 3 mars 1994.

commun. Ils aspirent tous à imposer une forme de partage du pouvoir qui ne soit pas défavorable à la minorité « blanche » notamment et à ses alliés politiques. C'est dire donc que la dimension raciale ou ethnique persiste toujours dans les rapports politiques.

En réalité, la minorité entend conserver les moyens de son expression par des techniques juridiques principalement. Le Sénat remplacé par le Conseil National des Provinces en tant que deuxième chambre, le veto et la majorité qualifiée résulteraient de cette dynamique qui devrait se renforcer avec un découpage administratif octroyant aux provinces de vastes pouvoirs dans le cadre d'une structure fédérale.

Les partisans de ce modèle fondent leurs arguments sur l'idée de la diversité; autrement dit, l'existence en Afrique du Sud de plusieurs groupes ou peuples aux intérêts politiques, socio-économiques et culturels différents pour ne pas dire antagoniques. Ces arguments qui pourraient être plus convaincants dans un autre contexte politique sont fortement entachés à la fois par les antécédents politiques de l'Afrique du Sud et de leurs tenants. En effet, le fédéralisme a toujours été l'otage de la pensée raciale dans ce pays et pour s'en convaincre, il faut se référer au projet constitutionnel d'une « fédération des races » tel que le concevait le « United Party » depuis 1947 comme solution à la coexistence des uns et des autres⁸⁹.

Même si la tendance à une sorte de décentralisation par la provincialisation dans le cadre de l'État unitaire est une constante en Afrique du Sud depuis 1910, la position du PN peut manquer de cohérence. En effet, ce parti politique s'est exclusivement attaché à un État central puissant et dominateur, pour conduire de 1948 à 1993 sa politique exclusiviste, attentatoire aux droits fondamentaux des Sud-Africains en général et des « Noirs » en particulier⁹⁰.

En fait, les partisans du PN sont suspects de vouloir limiter le pouvoir central de l'État perçu comme dominé par les Africains (« noirs »). Toutefois, il semble que même si le débat académique sur l'adoption de cette forme d'État n'est pas clos, nul ne peut contester le rejet par le constituant sud-africain de ce modèle depuis 1994. C'est ce que confirme la *Constitution de 1996* qui exclut officiellement l'État fédéral tout en laissant s'exprimer le droit démocratique à l'autodétermination interne dont

⁸⁹ Cette « fédération des races », qui sera « naturellement » sous contrôle racial des « Blancs », est définie par Marais Steyn dans ces termes: « Race Federation is a system of government primarily designed for multi-racial states under which the power of self-government devolves on each race in those matters which intimately concern itself, while a central parliament retains control over matters of overriding common concern; each race is represented in the central parliament in accordance with that state of civilisation it has reached so that the most advanced groups will retain political power although sharing it with the less advanced ». Le United Party était majoritairement formé d'électeurs anglophones, voir E.H. Brookes, *Apartheid, A Documentary Study of Modern South Africa*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1968 aux pp. 28-34. La citation mentionnée ci-haut se retrouve à la p. 33. Pour une étude comparative relative à la genèse du fédéralisme dans un pays tel que le Nigéria, marqué par la diversité de ses 100 « nationalités » et 400 groupes ethno-linguistiques, voir le commentaire de T.A. Aguda dans Goldwin et Kaufman, *supra* note 38 aux pp. 419-420 et ss.

⁹⁰ Voir R. Poteilla, *supra* note 86 aux pp. 87-88; L.D. Horowitz, *A Democratic South Africa?, Constitutional Engineering in Divided Society*, Cape Town, Oxford University Press, 1991, chap. 4 à 7; Heard, *supra* note 40 aux pp. 121-124.

l'usage ou l'exercice pourrait se développer ou s'amoindrir relativement au degré d'intégration des différentes composantes (peuples) de la nation sud-africaine⁹¹.

B. L'unitarisme

Il s'inscrit dans les motivations profondes et légitimes de l'ANC, conformes à sa conception de l'unité nationale. En effet, la prise de conscience de l'unité des Africains et la volonté d'inclure toutes les organisations et les peuples africains de l'Union sud-africaine, étaient à la base de la création de l'ANC. C'est en tout cas dans cette perspective que P. Ka. I. Seme⁹², le concepteur du « Congrès » le comprenait. Son objectif était de mettre sur pied une organisation qui viendrait à bout des divisions tribales ou ethniques dans le but de forger une nation africaine unie. Il s'agissait de trouver « le moyen de former notre propre union nationale dans le but de bâtir l'unité nationale et de défendre nos droits et nos acquis »⁹³. Manifestement, c'est cette conception qui se développera pour intégrer progressivement toutes les composantes de la société sud-africaine conformément à l'idéal de la *Charte de la Liberté*.

L'ANC tient à la structure unitaire de l'État débarrassé de l'apartheid sans purge ni exclusion. Il a toujours perçu la solution fédéraliste qu'il rejette à la fois comme une « stratégie de conservation des privilèges » et un moyen destiné à piéger le gouvernement de la majorité politique⁹⁴. Mais, le fait que l'exercice du droit à l'autodétermination en Afrique du Sud ne permette pas la sécession n'implique pas forcément que seul un gouvernement unitaire et centraliste est en mesure de réaliser ce droit. En fait, le refus du dogmatisme et la recherche du compromis montrent le rejet par l'ANC de l'émission anarchique du territoire sud-africain, sans impliquer le choix du centralisme assimilateur.

Pour permettre une réelle participation des différents groupes au processus démocratique, l'ANC et ses alliés ont accepté sans atermoiement un système

⁹¹ *The Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 Act No. 108 of 1996, entered into force 4 February 1997.

⁹² P. Ka I. Seme est un juriste formé à l'Université de Columbia (États-Unis) et à Jesus College (Oxford). On peut considérer que pour son époque (1912), il devait être, pour ses semblables, un sujet de fierté autant que la preuve de l'aptitude des Africains à acquérir une éducation qualitative. C'est d'ailleurs à ce titre que « plusieurs dirigeants et chefs indigènes » s'adressèrent à lui pour qu'il rédige le texte relatif à « l'Union des Indigènes ». C'est lui qui proposa officiellement la création du SANNC (South African Natives National Congress) qui deviendra l'ANC (African National Congress). Voir F. Meli, *supra* note 5 à la p. 67.

⁹³ Voir P. Walshe, *The Rise of African Nationalism In South Africa: The African National Congress 1912-1952*, Berkeley, University of California Press, 1971 à la p. 14.

⁹⁴ Voir Sachs, *supra* note 87; A. Johnston et al., *Constitution-making in the New South Africa*, Londres, Leicester University Press, 1993 à la p. 22; Wa Mutua, *supra* note 56 aux pp. 95-100. Relativement à l'État unitaire, même si la *Constitution* reconnaît que « la République sud africaine est un seul État souverain », le mot unitaire n'apparaît pas aussi clairement que dans l'article 1 (1) de la *Constitution namibienne* qui dispose que « la République de Namibie est établie en tant qu'État souverain, séculaire, démocratique et unitaire [...] » ou dans le texte original « The Republic of Namibia is hereby established as a sovereign, secular, democratic and unitary State founded upon the principles of democracy, the rule of law and justice for all ». Voir A.P. Blaustein, « The Republic of Namibia-Constitution » dans A.P. Blaustein et G.H. Flanz, dir., *Constitutions of the Countries of the World*, vol. 12, New York, Oceana Publications, 1990 à la p. 15.

décentralisé qui intègre la notion de gouvernement local. Cette technique de dévolution du pouvoir leur semblait plus apte à accroître la participation politique et économique des différentes populations sud-africaines.

En outre, elle serait plus conforme à leur développement dans la mesure où elle pourrait aider à éradiquer les flagrantes inégalités hérités de la « bantoustanisation » tout en favorisant la participation populaire aux prises de décisions (*empowerment*). Contrairement aux « fédéralistes » du PN dont le but est d'affaiblir le pouvoir central au profit des provinces, les unitaristes de l'ANC considèrent la décentralisation comme un élément indispensable de l'émancipation politique, économique, sociale et culturelle des zones défavorisées et marginalisées par des décennies d'exclusions. En réalité, la décentralisation apparaît à l'ANC comme l'une des conditions *sine qua non* de la promotion et surtout de la mise en oeuvre de son *Programme de Reconstruction et de Développement* (PRD).

Du reste, c'est ce qu'il confirmait en 1991 dans ses propositions constitutionnelles en écrivant ceci : « Les structures et les institutions gouvernementales -locales, régionales et centrales- doivent être fondées sur les principes démocratiques, sur la participation populaire, la responsabilité et le libre accès. Une Afrique du Sud unifiée ne doit pas être sur-centralisée, impersonnelle et bureaucratisée à outrance. [...] Les provinces ne doivent pas être un moyen de perpétuer les privilèges ou les divisions ethniques ou raciales dans des zones territoriales, mais être fondées sur la répartition de la population, sur la disponibilité des ressources économiques et des communications et sur le rapport ville/campagne »⁹⁵.

Finalement, même si la *Convention pour une Afrique du Sud Démocratique* (CODESA) n'a pas réussi à préciser la nature et le degré de décentralisation de l'État sud-africain, la réunification et la décentralisation par l'institution de neuf provinces aux pouvoirs étendus n'en seront pas moins adoptées et constitutionnalisées par les principales formations politiques partis à la *Convention*⁹⁶.

Néanmoins, il apparaît que la première protection du droit à l'autodétermination en Afrique du Sud était relative à l'élection sans discrimination d'un gouvernement central en mesure de garantir ce droit en particulier et les autres droits fondamentaux en général. Ce gouvernement central est donc nationalement et

⁹⁵Voir « ANC Constitutional Proposals », *Constitutional Principles for a Democratic South Africa*, Johannesburg, 1991. Il faut remarquer que l'ANC et son principal allié, le « South African Communist Party » (SACP) ont proposé, dès 1992, différents plans qui attestent de leur claire conscience des enjeux relatifs à la décentralisation dans le cadre d'un État unitaire. Cette tendance se confirmera en mars 1993 avec la publication par l'ANC de son « Plan pour les Provinces » qui retient le principe d'un État unitaire doté de 16, puis 10 provinces. Voir (1993) 89 Work in Progress 14.

⁹⁶Voir S. Friedman, *The Long Journey, South Africa's Quest for a Negotiated Settlement*, Johannesburg, Ravan Press, 1993 à la p. 166; S. Friedman et D. Atkinson, « The Small Miracle, South Africa's Negotiated Settlement » (1994) 7 South Africa Review 166. Pour comprendre les critères distinctifs de ces deux formes de l'État représentées par l'État unitaire (simple) et l'État fédéral (composé), voir C. Cadoux, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3^e éd., Paris, Cujas, 1988 aux pp. 47-70.

internationalement comptable de la protection de la plupart des droits politiques et économiques⁹⁷.

Cependant, on peut considérer l'acceptation du principe de l'autodétermination interne par l'ANC comme une rupture (compromis) nécessaire à la préservation de l'unité qu'il promet. L'introduction de droit à l'autodétermination des minorités (C.P XII et XXXIV) et son acceptation serait davantage l'oeuvre du FF (Freedom Front) que du NP (National Party), qui y voyait l'une des bases de son lointain idéal d'un territoire autonome pour les Afrikaners (volkstaat).

Il faut dire que l'autorisation de créer un *Conseil du Volkstaat* a été décidée tardivement dans la mesure où son inscription à l'article 2, chap.11 184 A et 184 B de la *Constitution intérimaire* date du 3 mars 1994. Il est composé de 20 membres élus par le Parlement et qui soutiennent le projet d'un « État du peuple boer » ou « volkstaat »; ce Conseil apparaît comme un mécanisme constitutionnel chargé de prospecter la viabilité du projet en question.

Il doit notamment soumettre des frontières possibles pour une délimitation, des structures exécutives et législatives coordonnables avec les organes centraux du gouvernement de la République sud-africaine. Il peut tout autant faire des recommandations et des propositions dont l'application éventuelle est laissée à la discrétion du Parlement sud-africain.

Manifestement, la réalisation de cette idée sera liée à son degré de pertinence et à son aptitude à convaincre la majorité des parlementaires sud-africains. La reconnaissance de cette revendication afrikaner étant intervenue à la veille des premières élections démocratiques du pays, l'hypothèse d'une manœuvre politicienne visant à associer l'extrême droite afrikaner au processus démocratique n'était pas à exclure.

Mais contre toute attente, le Président Mandela et F. Constand. Viljoen, le leader de ce projet, s'estimeraient, à en juger par le nombre de leurs rencontres marquées par l'attitude compréhensive du Président sud-africain. En outre, celui-ci considérerait que le premier projet de 140 pages présenté le 30 mai 1995, était intéressant et conforme à l'esprit de la réconciliation nationale au profit de tous⁹⁸.

Il faut reconnaître qu'en dehors des « Afrikaners », il y a un certain nombre de « peuples » qui s'identifient comme groupes séparatistes en Afrique du Sud. Toutefois, on peut souligner que cette tendance qui est irréductible à l'apartheid a été néanmoins renforcée par ses pratiques législatives et administratives. Or, pour le moment actuel, le droit à l'autodétermination ne peut s'exercer en Afrique du Sud par la voie sécessionniste.

Du reste, la *Constitution finale de 1996* dont le chapitre 3 dispose sur « le gouvernement coopératif » est sans ambiguïté quant à la nature des rapports entre le

⁹⁷Voir R. McCroquodale, « South Africa and the Right of Self-Determination » (1994) 10 S. Afr. J. Hum. Rts. 4.

⁹⁸Voir l'évolution constitutionnelle de ce principe formulé par l'annexe 4, article 12 de la *Constitution intérimaire de 1993* dans Constitutional Court Cases, CCT 23/96 du 6 septembre 1996 et CCT 37/96 du 4 décembre 1996; F. Genin, *supra* note 53 à la p. 113.

gouvernement central et les instances provinciales et locales dans le cadre d'un seul État démocratique et souverain. En fait, le Préambule « [B]uild a united and democratic South Africa [...] as a sovereign state [...] » et le 1^{er} Principe Constitutionnel « The Constitution of South Africa shall provide for the establishment of one sovereign state, a common South African citizenship [...] » indiquaient déjà la nature unitaire de l'État.

Mais c'est l'article 41 (1) (a, b, c,...) de la *Constitution Finale de 1996* qui marque le plus clairement la nature unitaire de l'État même s'il est décentralisé. En effet, cet article dispose que « [t]outes les sphères gouvernementales et tous les organes étatiques doivent préserver la paix, l'unité nationale et l'indivisibilité de la République [...] assurer le bien-être du peuple de la République [...] mettre en oeuvre un gouvernement effectif, transparent, responsable et cohérent pour l'ensemble de la République [...] être loyal à la Constitution et au peuple de la République [...] » [notre traduction]⁹⁹.

Donc, les militants du FF pas plus que ceux de n'importe quel groupe ne sont fondés au regard du droit interne et international à user de la force pour arriver à leurs fins et ce, même si l'État prenait une ou plusieurs décisions illégalement attentatoires au droit à l'autodétermination du groupe concerné. Du reste, cette hypothèse qui n'est pas souhaitable ou recommandable serait tout à fait contraire aux dispositions constitutionnelles qui régissent l'action de l'État sud-africain¹⁰⁰. Compte tenu de l'expérience négative de l'État (centralisé ou non) vécue comme un système oppressif (apartheid), par la majorité des sud-africains qui ne lui faisaient pas confiance, comment le nouvel État démocratique envisage-t-il le changement et la protection dans l'unité, de leur droit à l'autodétermination en particulier et de leurs droits fondamentaux en général ?

V. L'État de droit sud-africain : un modèle d'unité « dans la diversité »

Lorsqu'on considère les thèses qui s'affrontaient, on peut apprécier le tour de force réalisé par les négociateurs politiques du processus constitutionnel de l'Afrique du Sud. En effet, ils ont en toute apparence réussi à concilier les thèses opposées dans les ententes qui ont permis l'adoption de la *Constitution Intérimaire* promulguée en 1994 et qui proclame la volonté du « peuple d'Afrique du Sud » de créer un nouvel ordre où tous les sud-africains auront droit à une commune citoyenneté « common

⁹⁹Supra note 91.

¹⁰⁰Sans doute aussi en droit international dans la mesure où la résolution 2625 (XXV) de 1970 de l'AG sur la « Declaration on Principles of International law concerning Friendly Relations » dispose que « every State has the duty to refrain from any forcible action which deprives peoples (...) of their right to self-determination. In their actions against, and resistance to, such forcible action in pursuit of the exercise of their right to self-determination, such peoples are entitled to seek and to receive support in accordance with the purposes and principles of the Charter » Rés. AG 2625 (XXV), Doc. off. AG NU, 25^e sess., supp. n° 28, Doc. NU A/5217 (1970) 131. Même si à son origine, cette résolution, qui sera complétée par la résolution 3103 (XXVIII) de 1973, visait le colonialisme en général et l'apartheid en particulier, elle ne se limiterait pas seulement à l'autodétermination externe. Dans l'hypothèse de l'autodétermination interne, ce sont les buts de la *Charte* qui excluraient les mouvements tribalistes ou néo-apartheid.

citizenship » sud-africaine dans un État constitutionnel souverain et démocratique déterminé à assurer leur égalité¹⁰¹.

C'est donc l'article 1 de l'annexe 4 qui pose le principe constitutionnel de l'unité de l'État en affirmant que la République d'Afrique du Sud est un seul État souverain « one sovereign state ». C'est au nom de ce principe que les territoires des bantoustans étaient réintégrés dans le territoire de l'État.

Dans cette perspective, la réintégration vise à la restructuration unificatrice du territoire et des populations sud-africains; mais il faut dire que dans cette opération, les séquelles de la « bantoustanisisation » sont remarquables dans la nouvelle configuration structurelle et superstructurelle de l'Afrique du Sud post-apartheid¹⁰².

Les territoires réintégrés sont généralement caractérisés par une pauvreté massive et une administration déliquescence qui sont le lourd legs de l'apartheid¹⁰³. La standardisation des différentes administrations réunifiées apparaît comme une conséquence de la réforme globale tendant à démocratiser l'ensemble du secteur public sud-africain. Ce processus, au-delà des dispositions constitutionnelles parfaitement claires et satisfaisantes, ne fait que commencer et prendra manifestement du temps avant de s'enraciner dans la réalité sociale et les comportements humains¹⁰⁴.

La nouvelle division territoriale fait apparaître neuf provinces (chap. 9, art. 124 (1) et annexe 1) dans la *Constitution intérimaire* qui détermine les frontières des provinces et précise la procédure référendaire notamment, apte à les modifier ou à les maintenir. En fait, les constituants de 1993 qui étaient fondamentalement des négociateurs politiques, étaient très conscients des futurs problèmes frontaliers internes qui seront suscités par la réunification et les nouvelles entités qui en résultent.

Le référendum qui sera disposé par une loi nationale (art. 124 (3) (a)) est contrôlé par la Commission électorale indépendante, créée par le « Electoral Commission Act » de 1993 (art. 124 (3) (d) et (7)); il vise à associer effectivement les

¹⁰¹ Annexe 4, C.P.I., Act 200 of 1993, et « Citizenship », art. 20 et s. (C.F.). Pour les problèmes relatifs à la citoyenneté, voir J. Klaaren, « Citizenship in South Africa and the Impact of Human Rights », 12 janvier 1988, Faculty of Law, University of the Witwatersrand; voir *Citizenship Act 88 of 1995* et *Citizenship Amendment Act 69 of 1997 of the RSA*.

¹⁰² J. Pallard, « Décentralisation et démocratie locale » (1993) n° 708, La Documentation française.

¹⁰³ La corruption, le népotisme, l'accumulation des banqueroutes et des gestions frauduleuses avec la bénédiction du régime d'apartheid, qui caractérisait ces administrations, ont été mis en évidence, aussi bien par des enquêtes gouvernementales en 1994 (rapports), que par la presse sud-africaine. Voir *Weekly Mail* (24 février 1995) 13.

¹⁰⁴ L'éclatement du système éducatif en 18 ministères ainsi que d'autres services publics sous l'apartheid est aussi une conséquence de la bantoustanisisation. Leur réunification effective en un seul ministère intégré semblait problématique jusqu'en 1996. Pourtant, c'est une nécessité, même contraignante pour ceux qui ne conçoivent la société que ségréguée, en usant en l'espèce d'un argument tel que « la protection de la culture et de la langue afrikaans ». C'est notamment ce que révèle le scandale relatif aux 23 écoliers « noirs » refusés par l'administration de l'école primaire « blanche » de Potgietersrus, dans la province du nord, et qui a entraîné l'intervention du premier ministre local (Ngoaka Ramotshlodi) et des autorités judiciaires pour leur inscription, qui se fit. Voir *Weekly Mail* (2 février 1996) 10; *Sud Quotidien* (23 février 1996) 10. Pour une rétrospective de la situation de l'éducation africaine sous l'apartheid, voir D. Ellis et J.R. Friedman, *La situation critique de la population africaine sous le régime d'apartheid de la République sud africaine*, New York, Doc. NU 24/76 (1976); Commission internationale des juristes, *L'Afrique du Sud et la primauté du droit*, Genève, 1961 à la p. 83 et s.

populations concernées dans le processus d'intégration, de réintégration ou de maintien dans l'une ou l'autre des provinces (art. 124 (5) et (6)) qui se disputent pour un territoire et ses habitants.

Toutefois, la solution négociée de ces conflits territoriaux par les différentes provinces impliquée n'est pas exclue (art. 124 (8)); lorsque le délai imparti pour organiser un référendum pour certaines zones telles que Bushbuckridge est forclos, la modification des frontières est soumise à l'approbation des deux assemblées provinciales en conflit, au vote à la majorité des deux tiers du Sénat (actuel CONAP-Conseil National des Provinces) et à la ratification à la majorité des deux tiers, du changement par les deux chambres réunies conjointement en Parlement¹⁰⁵.

Quant à l'article 103 (2), il mentionne que « les frontières des provinces sont celles qui existent à la date de la mise en vigueur de la constitution »¹⁰⁶. Le découpage territorial constitutionnel en Afrique du Sud paraît conforme à l'idéologie qui dirige l'ANC. En effet, cette délimitation fait fi des critères ethniques dans la configuration des provinces. En ce sens, la disparition des bantoustans correspond à leur retour aux provinces dont ils ont été détachés et qui sont administrativement redécoupées¹⁰⁷.

Quoi que toutes ces provinces soient ethniquement hétérogènes, deux provinces comme le Kwazulu-Natal et le Cap Ouest (Western Cape) se détachent de ce tableau.

¹⁰⁵ Les disputes en questions révèlent que le tracé des frontières, quoique satisfaisant sur le papier, n'en est pas moins inachevé. Les obstacles sont relatifs à la survivance de l'éclatement territorial de l'ère d'apartheid et notamment à l'existence des « affected areas », ces districts territorialement discontinus arbitrairement affectés à tel ou tel autre bantoustan par le régime d'apartheid. C'est ce que montre le conflit entre la province Nord et le Mpumalanga, ainsi que d'autres nouveaux conflits survenus en 1995, dont le dénominateur commun est la difficile réintégration de certains districts des anciens bantoustans. Voir *Weekly Mail* (12 mai 1995) 4; *Weekly Mail* (19 mai 1995) 6; *South Africa Survey 1995-1996*, Johannesburg, S.A.I.R., 1996 aux pp. 438-444. Porteilla, *supra* note 86 aux pp. 97-99.

¹⁰⁶ Voir le chap. 9, art. 124 (1) de la *Constitution intérimaire de 1993* entrée en vigueur le 27 avril 1994 et notamment le chap. 6, art. 103 (1) de la *Constitution finale de 1996* qui énumère les provinces de la République comme suit: a) Eastern Cape; b) Free State (ex Orange Free State); c) Gauteng (ex Pretoria-Witwatersrand-Vereeniging); d) KwaZulu-Natal (ex Natal); e) MPumalanga (ex Eastern Transvaal); f) Northern Cape; g) Northern Province (ex Northern Transvaal); h) North West; i) Western Cape. L'article 103 (2) détermine les frontières en disposant que « The boundaries of provinces are those that existed when the constitution took effect ». La Constitution finale de la RSA, « Act 108 of 1996 » a été signée, après deux jugements de certification, par Nelson Mandela, le 10 décembre 1996 à Sharpeville. Le lieu et la date sont doublement symboliques; l'un pour le massacre des militantes et militants des droits civiques et l'autre pour le jour anniversaire de la *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*. Cette Constitution est entrée en vigueur le 4 février 1997. Voir P.K. Rakate, « A note on the Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 by the Constitutional Court » (1997) 9 R.A.D.I.C. 934; M. Rwelamira, qui montre que la « Proclamation No. R 6, 1997 », par laquelle la Constitution est entrée en vigueur le 4 février 1996, fut signée le 22 janvier 1997 par le Président Mandela : Rwelamira, *supra* note 44 à la p. vii.

¹⁰⁷ Par exemple, le Transkei et le Ciskei sont revenus au Cap, qui est lui même redécoupé en Cap Ouest (Western Cape) et Cap Est (Eastern Cape) et qui incorpore les deux bantoustans. Relativement au débat unitarisme-fédéralisme, A. Sachs considérerait que « tracer les frontières aurait été un exercice hautement artificiel. Loin de correspondre à des divisions naturelles historiques, culturelles et économiques, elles auraient divisé des espaces fortement intégrés ». Voir Sachs, *supra* note 87 à la p. 152.

Le Kwazulu-Natal qui est habité par 20% de la population compte 80% de Zoulous¹⁰⁸. Dans le Cap Occidental (western Cape), il y a une forte communauté de « blancs » et de « métis » qui sont les principaux soutiens électoraux du NP; en outre, il faut noter que le Western Cape détiendrait le taux d'indice de développement le plus élevé du Pays¹⁰⁹. Autrement dit, le développement humain tel que défini par le programme des Nations Unies pour le développement y est plus représenté qu'ailleurs en Afrique du Sud.

Or la notion de développement humain apparaît comme un processus extensif des possibilités ou facilités accordées aux individus de vivre mieux et longtemps, notamment en accédant aux soins sanitaires, à l'instruction, aux ressources garantissant un niveau de vie convenable; le respect de soi, la liberté politique et la jouissance des droits de l'homme sont des valeurs qui renforcent le développement humain auquel tous devraient bénéficier.

En Afrique du Sud comme ailleurs, la plupart des droits découlant du droit au développement sont inaccessibles pour la majorité ou inégalement accessibles pour tous. En effet, pour des raisons sur lesquelles l'individu ou l'État a peu de prise, la santé, l'éducation, la culture et la possibilité de fournir aux jeunes ou aux futures générations de meilleures conditions de vie, s'avèrent difficilement accessibles ou inaccessibles pour l'écrasante majorité de l'humanité¹¹⁰.

Le découpage territorial sud-africain qui tend à l'intégration de ses populations est remarquable par les inégalités qui apparaissent tant au niveau du peuplement que du développement des entités créées (provinces). C'est ainsi que le Gauteng, le plus exigu des territoires et qui compte le plus de « blancs » est réputé être l'un des plus riches¹¹¹.

¹⁰⁸ Le Kwazulu-Natal, qui a résisté à la bantoustanisation, compte 8713100 habitants, 7205600 Africains, 799300 « Asiatiques », 600800 « Blancs », 107400 « Métis », et autres « minorités ethniques ». La composition démographique et la mainmise de l'I.F.P sur ces provinces expliquent ces résultats aux législatives de 1994, où il obtint 41 des sièges sur 81 (50%) à l'assemblée provinciale contre 26 sièges pour l'ANC (32,2%), 9 sièges pour le N.P. (11,1%) et 6,1% des sièges (5) répartis entre le D.P. (2; 2,5%), le P.A.C. (1; 1,2%), l'A.C.D.P. (1; 1,2%) et le Front Minoritaire (1; 1,2%). Or, il faut noter que l'IFP est partisane d'une solution fédérale. *RSA 1995 Statistics In Brief*, supra note 36 aux pp. 2-3

¹⁰⁹ Le Western Cape compte 2124800 « Métis », 885800 « Blancs », 675500 Africains, 35100 « Asiatiques », qui apparaissent dans un rapport démographique qui serait favorable au P.N., qui y obtenait 23 sièges sur 42 (plus de 53% des voix) contre 14 sièges à l'ANC (33% des voix). Selon le P.N.U.D, l'indice de développement humain du Cap Occidental serait de 0,76 contre 0,4 pour le Transvaal Nord, son taux d'alphabétisation serait l'un des plus élevé (59%), ainsi que son taux de croissance. Voir *RSA 1995 Statistics In Brief*, *ibid.*; A. Harber et B. Ludman, *A-Z of South African Politics, The Essential Handbook*, Londres, Penguin Group, 1995 aux pp.1-361 qui donne des chiffres démographiques aux écarts sensiblement élevés par rapport aux statistiques officielles que nous avons préféré retenir ici.

¹¹⁰ Doc. NU, E/CN.4/1992/10.5.

¹¹¹ Le Gauteng, qui correspond à l'ex-triangle Prétoria-Witwatersrand-Vereeniging, ne représente que 1,4% du territoire Sud-africain contre 29,7% pour le Northern Cape. Par contre, sa population est l'une des plus denses (374,7 habitants au km², contre 2,0 pour le Northern Cap). La province de Gauteng est habitée par 2153100 « Blancs », 4444500 Africains, 282100 « Métis » et 168600 « Asiatiques ». Si l'ANC, « African National Congress », y obtenait 50 sièges sur 86, le N.P. (« National Party ») y gagnait 21, l'IFP (« Inkatha Freedom Party ») 3, le FF (« Freedom Front ») 5, le D.P. (« Democratic Party ») 5 et l'A.C.D.P. (« African Christian Democratic Party ») 1, soit au total 35 sièges pour l'opposition à l'ANC. Voir *RSA 1995 Statistics In Brief*, supra note 36 aux pp. 1.2-2.2, 3.3 et 3.4. Pour plus de détails sur les

Dans ces différentes provinces, les résultats électoraux montrent que le vote ethnico-politique s'exprime selon une logique arithmétique surtout au Gauteng, où l'IFP obtenait 20% des votes des électeurs zoulous et 3,5% des sièges, soit, 3 sièges; quant au FF, il y réalisait (notamment à Pretoria) son meilleur résultat national (24% des voix) et obtenait dans la province, 5,8% des sièges, soit, 5 sièges.

Mais le nouveau découpage de l'Afrique du Sud ne révèle pas que des inégalités géographiques ; en effet, les inégalités entre les « races » et les ethnies persistent toujours même si la volonté politique s'oriente dans le sens de leur résorption¹¹².

Quoi que puissent faire les autorités sud-africaines et les institutions protectrices des droits de l'homme, les chiffres relatifs aux indicateurs économiques et sociaux révèlent le passé, dramatiquement injuste de l'Afrique du Sud, nourri de toutes sortes de discriminations et d'atteintes à la dignité des africains; Assurément, les effets quasi sécularisées de l'apartheid et de la bantoustanisation qui est son corollaire territorial persistent encore globalement dans la société. C'est sans doute pourquoi l'Afrique du Sud est obligée au delà des changements constitutionnels et de la proclamation de l'égalité juridique de ses citoyens, de relever le défi majeur consistant à réduire les inégalités qui les séparent et les divisent¹¹³.

Dans cette perspective, la *Constitution intérimaire sud-africaine de 1993* (Annexe 6), s'inspirant d'une technique quasi fédéraliste, attribuait par énumération les vingt et une matières relevant de la compétence législative des provinces. C'est l'annexe 6 modifiée par l'art. 14 de la *loi du 2 mars 1994* qui précisait les vingt-neuf domaines de compétence qui sont relatifs à l'organisation et au développement des services et des affaires socio-économiques et culturelles des populations provinciales; Autrement dit, on pourrait supposer que dans la *Constitution intérimaire*, toutes les

élections de 1994, les résultats des différents partis et la composition du gouvernement, voir Genin, *supra* note 53 aux pp. 78-101.

¹¹² Par exemple, 12% à 12,8% de la population totale (les « Blancs ») bénéficient de 48,9 % du revenu national, les « Métis » (8,5% de la population) reçoivent 8,9%, tandis que les 76,1% à 77% de la population (Africains) doivent se partager 38,3% du revenu national. Voir *RSA 1995 Statistics In Brief*, *ibid.* aux pp. 2.2 et 3.3; Banque Mondiale, *Reducing Poverty in South Africa, Options for Equitable and sustainable growth*, Washington, Banque Mondiale, 1994, où les chiffres donnent respectivement 61,2% du revenu national aux « Blancs » et 27,6% aux « Noirs ». Pour plus de détails sur les indices de développement des différentes provinces, voir F. Genin, *supra* note 53 aux pp. 42-67 qui montre que, si en moyenne l'Afrique du Sud avait globalement un indice de développement humain (IDH) de 0,69, ce dernier était variable selon les provinces considérées. Le niveau le plus élevé est mesuré au Cap Ouest (0,76), suivi du Cap Nord (0,73) et du Gauteng. L'État Libre, le Transvaal Est, le KwaZulu-Natal et le Nord-Ouest se situent entre 0,5 et 0,7 tandis que le Cap Est et le Transvaal Nord ont un IDH inférieur à 0,5. Mais, lorsqu'on considère l'indice de développement humain par groupe, les chiffres montrent qu'entre 1980 et 1991, il est passé de 0,655 à 0,836 pour les « Asiatiques », de 0,532 à 0,663 pour les « Métis », de 0,739 à 0,897 pour les « Blancs » et de 0,394 à 0,500 pour les Africains (« Noirs »). À tenir compte de ce dernier chiffre, on voit aisément à quelles populations devraient profiter prioritairement les mesures affirmatives tendant à rétablir l'équilibre dans ce domaine. Voir *RSA 1995 Statistics In Brief*, *ibid.* aux pp. 3.14-3.16. Voir aussi S.R. Lewis, *The Economics of Apartheid*, New York, Council on Foreign Relations Press, 1990 aux pp. 154-163.

¹¹³ Voir Gonidec, *supra* note 35 à la p. 560. P. Beaudet, *Maintenant que nous sommes libres, entretiens sur l'Afrique du Sud post-Apartheid*, Montréal, L'Harmattan, 1996 à la p. 18. S. Gelb, dir, *South Africa's Economic Crisis*, Cape Town, David Philip Publishers, 1991 ; J. Saul, *Resistance And Recolonization In South Africa*, Lawrenceville, Africa World Press, 1993.

autres matières, du domaine réservé, relevaient de l'État central; il s'agit notamment de la défense nationale, de la monnaie et des relations internationales.

C'est le 19^e Principe constitutionnel qui précise le principe de séparation en distinguant particulièrement les pouvoirs exclusifs de chaque niveau gouvernemental des pouvoirs concurrents. La *Constitution finale* qui traduit plus fermement ce principe, étend les compétences exclusives des provinces à 36 domaines. En cas de conflit de compétence dans une matière relevant de l'État et de la province, le dispositif de l'annexe 4 relatif aux principes constitutionnels prévoit un mode de règlement.

En l'absence de règlement par un tribunal ou par l'interprétation constitutionnelle, c'est le primat de l'État qui l'emporte sur le fondement du 23^e Principe constitutionnel qui dispose que « In the event of a dispute concerning the legislative powers allocated by the Constitution concurrently to the national government and provincial governments which cannot be resolved by a court on a construction of the Constitution, precedence shall be given to the legislative powers of the national government »¹¹⁴.

Ce système, apparemment favorable au pouvoir central a été maintenu par la *Constitution de 1996*. C'est l'article 146 de cette *Constitution* qui précise la primauté de la loi nationale sur la loi provinciale en cas de conflit. Toutefois, en vertu de la *Constitution*, le juge est obligé de « préférer une interprétation raisonnable » [notre traduction] des dispositions qui annulent le conflit¹¹⁵ (art. 150) sans préjuger du fait que le parlement peut légiférer, en votant une loi relative au domaine réservé des provinces¹¹⁶.

¹¹⁴*Supra* note 59.

¹¹⁵L'article 126 (1, 2, 3, 4, 5, 6), intitulé « Legislative competence of provinces, act 200 of 1993 », prévoit aussi la résolution de ce type de conflit en donnant la primauté à la loi nationale ou à la loi provinciale selon les circonstances.

¹¹⁶En fait, lorsque les organes législatifs nationaux et provinciaux ont des compétences concurrentes, l'exercice raisonnable de ces compétences n'est réalisable que par la coopération et la concertation. Mais, si un conflit se manifeste dans le cadre de cet exercice entre une loi nationale et une loi provinciale, la *Constitution* dit qu'« une loi prévaut sur l'autre en fonction des circonstances ». Dans ce cas, la loi subordonnée n'est pas abrogée. En effet, elle n'est inopérante et inefficace que sur les points d'incompatibilité. Par contre, elle conserve toute son efficacité et son applicabilité dans tous les autres domaines (article 149, *Constitution de 1996*). Les différentes décisions de la cour montrent que les pouvoirs reconnus ou accordés aux organes législatifs provinciaux ne sont pas exclusifs. Voir *Conseil exécutif de l'Assemblée du Cap occidental c. Président de la République Sud-Africaine*, (1995), S.A.R. 877 (CC) 1289. On peut autant du pouvoir législatif du Parlement, dans la mesure où selon la Cour Constitutionnelle, une disposition antérieure à l'entrée en vigueur de la *Constitution*, et confèrent des pouvoirs législatifs étendus à un ministre, ne constitue pas une violation de la disposition constitutionnelle confèrent le pouvoir législatif au Parlement. En fait, la disposition constitutionnelle garantissant l'exclusivité du pouvoir législatif du Parlement ne s'applique qu'à la législation promulguée ou aux actes commis après l'entrée en vigueur de la *Constitution*. En l'espèce, la Cour a relevé que l'application de l'article contesté et l'exercice réel du pouvoir délégué conformément au dit article étaient antérieurs à l'entrée en vigueur de la *Constitution* et qu'ils étaient, par conséquent, garantis par celle-ci, ce qui excluait une violation de la disposition constitutionnelle concernée. Voir *Ynuico c. Ministre du commerce et de l'industrie*, (1996) CCT à la p. 47. La *Constitution de 1996*, article 146 (1, 2, 3, 4, 5, 6, 7) est intitulée « conflicting law - Conflicts between national and provincial legislation; other conflicts », l'article 147 (1 et 2) mentionne « conflict cannot be resolved by a court », l'article 148, lui, dispose que

Ce pouvoir lui est accordé dans le but de réaliser l'unité économique du pays ou de décider d'une politique économique nationale¹¹⁷. En l'espèce, le parlement doit suivre une procédure contraignante prévue à l'article 76 et qui implique le conseil national des provinces (CONAP) dominé par l'ANC, accessoirement une commission de médiation (article 79) et la cour constitutionnelle.

En fait, pour réaliser les principes de liberté, d'égalité et de justice, l'Afrique du Sud tend, sur le plan structurel, à mettre en oeuvre la loi de participation. En principe, celle-ci agirait aussi bien nationalement que localement. Comment se manifeste-t-elle relativement à la participation démocratique?

VI. La participation démocratique: Continuité dans la mise en oeuvre des droits civils et politiques

Elle se caractérise au premier niveau par la participation des instances locales qui est garantie par l'existence de deux assemblées dont l'une représente l'ensemble des Sud-Africains pris individuellement et l'autre les habitants des provinces concernées et leurs instances.

C'est l'Assemblée nationale, présidée par une femme, le D^r Frene Noshir Ginwala (ANC), qui « représente le peuple » [notre traduction] (art. 42 de la Constitution de 1996) alors que le conseil national des provinces (CONAP) substitué au sénat créée en 1994 (art. 48 et suivants) « représente les provinces pour assurer que leurs intérêts sont pris en compte dans la sphère nationale du gouvernement » [notre traduction] central (art. 42(4))¹¹⁸.

Au niveau local, la participation des provinces implique le libre choix ou maintien de leurs institutions conformes aux principes constitutionnels communs à tous les sud-africains.

« if a dispute concerning a conflict cannot be resolved by a court, the national legislation prevails over the provincial legislation or provincial constitution ».

¹¹⁷Voir annexe 4, article 21, « Act 200 of 1993 » confirmé par l'annexe 2 article 21 de la *Constitution de 1996*; voir *Certification of the Constitution* du 6 septembre 1996, *ibid*.

¹¹⁸Dans ce cadre, l'institution du Président de la République (chap. 5, art. 83), qui est à la fois le Chef de l'État et de l'exécutif national, symbolise l'unité nationale telle que Mandela a essayé de l'incarner par son éthique du pouvoir. En effet, l'une de ses missions consiste à permettre la réalisation des droits fondamentaux des Sud-Africains. Dans cette période transitoire, la procédure relative à son élection s'arrête à l'Assemblée nationale, qui élit un des ses membres (art. 86). Il ou elle est assisté(e) d'un vice président (Thabo Mbeki) nommé parmi les députés (art. 91). Le Conseil national des provinces qui remplace le Sénat, ne participe pas au choix du président. Toutefois, on peut se demander dans quelle mesure l'Afrique du Sud ne confirme pas le rejet du vieux « modèle de Westminster » du gouverneur-général à la tête d'un système primatival (1^{er} ministre). En effet, la plupart des pays africains membres du Commonwealth se sont orientés vers un système présidentiel en rejetant aussi bien le monarchisme que le parlementarisme. Un pays comme le Zimbabwe qui fonctionne encore avec un modèle britannique a retenu un premier ministre dans un contexte républicain. Mais, le Zimbabwe est un pays gouverné par un parti politique dominant, à la majorité politique stable. Par conséquent, son système demeure fonctionnel. Voir R.A. Goldwin et A. Kaufman, *supra* note 38 aux pp. 441-442. Comparativement à l'évolution de la souveraineté canadienne et son lien avec l'Afrique du Sud (Déclaration Balfour), notamment avec le statut de Westminster, voir H. Brun et G. Tremblay, *supra* note 88 aux pp. 78-87.

En effet, la Constitution est la loi suprême pour tous. En conséquence, elle s'applique aussi bien aux instances nationales que locales (art.104(3)) . Ainsi, en Afrique du Sud, chaque assemblée provinciale statue à la majorité des 2/3 de ses membres (art.104.(2)) et dispose d'un pouvoir constituant (art. 104. (1)(a) de la nouvelle *Constitution de 1996*) qui suggérerait une volonté autonomiste latente¹¹⁹. Toutefois, les règles constitutionnelles locales, vérifiables par la Cour Constitutionnelle (art. 144) doivent être conformes à la *Constitution nationale*¹²⁰.

Soucieuse de faire participer le maximum d'institutions significatives dans la vie des sud-africains, la *Constitution* a reconnu aussi bien les lois coutumières que ses dirigeants (Chefferies traditionnelles)¹²¹. C'est pourquoi une *Constitution* comme celle

¹¹⁹Supra note 91. Chapitre 6, Provincial Legislatures-Legislative authority of provinces, art. 104 (1) « The legislative authority of a province is vested in its provincial legislature, and confers on the provincial legislature the power- (a) to pass a constitution for its province or to amend any constitution passed by it in terms of sections 142 and 143 », art. 104 (2) « The legislature of a province, by a resolution adopted with a supporting vote of at least two thirds of its members, may request Parliament to change the name of that province », art. 104 (3) « A provincial legislature is bound only by the Constitution and, if it has passed a constitution for its province, also by that constitution, and must act in accordance with, and within the limits of, the Constitution and that provincial constitution [...] ». Adoption of provincial constitutions : art. 142 « A provincial legislature may pass a constitution for the province or, where applicable, amend its constitution, if at least two thirds of its members vote in favour of the Bill ». Contents of provincial constitutions : art. 143 (1) « A provincial constitution, or constitutional amendment, must not be inconsistent with this Constitution, and may provide for- [...] (2)(a) « must comply with the values in section 1 and with Chapter 3 [...] ». Les valeurs en question sont disposées au chap. 1, art. 1, comme suit : « The Republic of South Africa is one sovereign democratic state founded on following values: (a) Human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms. (b) Non racialism and non-sexism. (c) Supremacy of the Constitution and rule of the law. (d) Universal adult suffrage, a national common voters roll, regular elections, and a multi-party system of democratic government, to ensure accountability, responsiveness and openness ». On peut comparer ces dispositions à celles de la *Constitution de 1979* de la République fédérale du Nigéria qui, contrairement à la plupart des constitutions fédérales, contient en un seul document le texte fédéral et les textes des états fédérés. En fait, aucune de ces entités fédérées ne dispose d'une constitution séparée; cette situation, qui s'empire dans la *Constitution de 1989*, infirme les premières constitutions civiles des années soixantes, serait relative à la crainte d'y voir promus les éléments séparatistes ou attentatoires à l'unité nationale. Voir F.R.A. Williams, « The Making of the Nigerian Constitution » dans Goldwin et. Kaufman, supra note 38 aux pp. 413-416.

¹²⁰Supra note 91. Certification of provincial constitutions : art. 144 (1) « If a provincial legislature has passed or amended a constitution, the Speaker of the legislature must submit the text of the constitution or constitutional amendment to the Constitutional Court for certification. (2) No text of a provincial constitution or constitutional amendment becomes law until the Constitutional Court has certified- (a) that the text has been passed in accordance with section 142; and (b) that the whole text complies with section 143 ».

¹²¹Cette reconnaissance est loin d'être folklorique. En fait, elle marque la réhabilitation nationale du droit coutumier africain qui intègre le domaine du droit positif et demeure soumis aux mêmes exigences constitutionnelles (Bill of Rights) que la « common law » et le « dutch roman law ». C'est le juge Sachs qui nous permet d'apprécier concrètement son statut actuel dans les tribunaux nationaux, à partir de son commentaire suivant : « We do not automatically invoke each and every aspect of traditional law as a source of values, just as we do not rely on all features of the common law [...]. I'm sure that there are many aspects and values of traditional African law which will also have to be discarded or developed in order to ensure compatibility with the principles of the new constitutional order », dans Makwanyane, supra note 37, para. 383. Pour une étude plus complète de ces rapports, consulter T.W. Bennet, *Human Rights and African Customary Law under the South African Constitution*, Cape Town, Juta and Co., 1995 qui montre, à la p. 152, qu'au moins 18 millions de Sud-Africains relèvent directement du droit coutumier.

du Kwazulu-Natal peut consacrer l'existence d'un « monarque traditionnel ». Il apparaît qu'en Afrique du Sud, compte tenu du domaine qui leur est reconnu, les provinces exercent pleinement la loi de participation. En fait, l'ensemble des dispositions de la *Constitution nationale* visant à l'instauration d'un nouvel ordre démocratique qui consacre les droits fondamentaux par le règne du droit, s'impose au pouvoir local.

En ce sens, la *Constitution de 1996* ne pouvait pas manquer de s'occuper de démocratie locale ; c'est pourquoi son article 7 relatif au gouvernement provincial (« local government ») se justifie par la volonté de promouvoir le développement en dotant les « communautés locales » d'un système administratif démocratique qui encourage l'implication à la base, des citoyens dans la gestion des affaires locales (art. 151)¹²².

La reconnaissance des chefs traditionnels résulte de la réalité de leur existence qui s'est traduite aussi bien dans la création de l'ANC que dans leur participation aux négociations de paix qui ont assuré la conservation de leurs compétences dans les structures administratives locales¹²³.

Il faut noter que les autorités coutumières ont encore un certain poids en Afrique du Sud et notamment dans les zones rurales¹²⁴. En effet les collectivités rurales qu'ils contrôlent constituent la majorité de la population et par conséquent la plus atteinte par le « vol de la terre ».

Historiquement, les autorités traditionnelles intervenaient particulièrement dans la distribution et la répartition des lopins en milieu rural; relativement à un futur projet législatif visant à redistribuer la terre à ceux qui en ont été spoliés, l'adhésion des chefs traditionnels et leur soutien actif pourrait aider à l'implantation effective des mesures nationales.

C'est pourquoi l'annexe 4 art. 13 et l'art. 181 de la *Constitution intérimaire de 1993* posaient le principe de leur reconnaissance constitutionnelle qui sera

¹²²C'est principalement la législation nationale et, secondairement, la législation provinciale qui détermine le statut des municipalités (art. 164).

¹²³Voir T. Malok, « Populism and The Politics of Chieftaincy and Nation Building in New South Africa » (1996) *Journal of Contemporary African Studies* 173. Relativement au rôle des chefs dans la création de l'ANC, la 1^{ère} conférence de l'organisation décidait la constitution de deux assemblées : une chambre haute et une chambre basse. En fait, son 1^{er} comité exécutif apparaît comme la réunion des « chefs de sang royal », représentants les zones rurales et des « messieurs de la race africaine », soit « l'intelligentsia » africaine représentant les populations des villes. Cette chambre haute était constituée de sept chefs importants : 1) Dalindyebo du Thembuland; 2) Montsoa du Barolong; 3) Lewanika du Barotseland; 4) Leslie II du Basutoland; 5) Khama du Bechuanaland; 6) Marclane du Pondoland; 7) Moepe du Bakgatla (actuellement région Zambienne). Dinizulu, qui fut déposé par les Anglais et exilé au Transvaal, sera rajouté sur la liste. Tous ces « chefs », qui étaient membres de l'ANC, étaient connus pour leur attachement à l'Afrique et leur résistance au colonialisme. Voir Meli, *supra* note 5 à la p. 170; Walshe, *supra* note 93 à la p. 14.

¹²⁴L'Afrique du Sud compterait 17 reines, rois et Chefs suprêmes (« Paramount Chiefs »), 787 Chefs et 2210 « dirigeants » (« Headmen »). Le système disparate entretenu par l'apartheid et sa bantoustanisation est fortement inégalitaire en matière de rémunération. Ainsi, en 1995, le Paramount Chief de l'ex Transkei percevait 291246 rands par an, contre 154000 rands par an pour un député. Cette inégalité de traitement était remarquable entre les différents chefs traditionnels : si le Paramount Chief pouvait percevoir jusqu'à 291246 rands, le simple chef ne dépassait guère les 2400 rands par an.

confirmée par la *Constitution de 1996* art. 211¹²⁵. Sur le plan politique, la reconnaissance constitutionnelle de l'autorité traditionnelle a eu des conséquences sur la territorialisation, notamment au niveau du découpage des circonscriptions électorales¹²⁶.

Il faut dire aussi que le pouvoir local même des autorités coutumières existait peu ou prou avant toute reconnaissance constitutionnelle. C'est ce pouvoir qui leur permettait de stabiliser les zones rurales au profit du régime d'apartheid s'ils étaient des « collaborateurs » ou de contester le régime dans une structure de résistance telle que le « CONTRALESA » (*Congress of Traditional Leaders of South Africa*).

Même si l'intérêt porté par les partis politiques à ces dirigeants ne serait que purement électoral, ceux-ci n'en sont pas moins conscients de leur rôle tendant à réconcilier la tradition et la modernité sud-africaine dans un État et une société en pleine restructuration¹²⁷.

Il apparaît que la rémunération des chefs traditionnels qui est intimement liée à leur intégration dans le processus démocratique révélerait aussi la volonté de les contrôler. Sachant que leur pouvoir, ne serait ce qu'en termes électoraux, peut être utilisé pour construire ou déconstruire l'unité nationale, la question relative à leur rémunération dans le projet de loi (*Remuneration of Traditional Leaders Bill*) débattu au Parlement et promulgué en décembre 1995, paraissait capitale. En effet, qui, de l'État central ou des provinces était fondé à les rémunérer et donc à en tirer le bénéfice politique ?

Après de multiples discussions controversées entre les membres de l'ex-Sénat (actuel Conseil National des Provinces), l'IFP et le Parlement dominé par les députés de l'ANC, la solution suivante a été retenue. C'est au Président sud-africain, donc à Mandela, de déterminer les différentes instances traditionnelles qui seront à partir de ce *Bill*, toutes rémunérées par le gouvernement central en accord avec le

¹²⁵ Chap. 12, *Traditional Leaders* : art. 211 (1) « The institution, status and role of traditional leadership, according to customary law, are recognised, subject to the constitution ». Quant à l'article 212, *Role of Traditional Leaders*, il dispose que la législation nationale doit « attribuer un rôle au leadership traditionnel comme institution au niveau local, dans les affaires concernant les communautés locales » [notre traduction]. C'est dans cet objectif que la *Constitution* prévoit la création des Assemblées de chefs traditionnels de même que le Conseil chefs traditionnels. En outre, au chapitre 6, l'article 143 (1)(b) dispose que « a provincial constitution, or constitutional amendment, [...] may provide for [...] the institution, role, authority and status of traditional monarch, where applicable ». Voir Chap. VII, *Provincial Powers* : C.P XVIII (2), H – « Powers with regard to Traditional Leadership: Traditional Leadership - Customary Law », parag. 189 à 202 certification of the *Constitution of the Republic of South Africa* (1996) Constitutional Court of South Africa, Case CCT 23/96 - Décision du 6 septembre 1996.

¹²⁶ Surtout dans les provinces suivantes: KwaZulu-Natal, État Libre et Cap Est, en prévision des élections locales du 1^{er} novembre 1995. Voir, *Weekly Mail* (8 décembre 1995) 4.

¹²⁷ À ce propos, les différends entre Buthelezi (leader Zulu de l'IFP) et Goodwill Zwelithini, le roi Zulu est révélateur de ce désir de contrôle des populations par les uns et les autres, mais aussi de leur légitimité à le faire. Il faut dire que l'IFP, qui est sans doute marqué par son culturalisme, est plus que moins l'otage de sa facture ethnique. De ce point de vue, il ne semble pas avoir d'avenir en dehors du KwaZulu-Natal; d'où certainement ses difficultés à y admettre une opposition, même lorsqu'elle vient de son propre camp ethnique. Voir Genin, *supra* note 53 aux pp. 87, 105 et 116.

Conseil National des Chefs et la Commission des rémunérations¹²⁸. Cette loi qui paraissait « nécessaire pour harmoniser l'échelle des rémunérations des leaders traditionnels » permet, en même temps qu'elle intègre financièrement les chefs, de liquider les vestiges divisionnistes de l'apartheid¹²⁹.

Ainsi malgré quelques ruptures liées à la provincialisation dans la conception unitaire de l'État central par l'ANC, il y a nettement une continuité affirmée par la suprématie de la *Constitution* qui lie toutes les institutions sud-africaines y compris les chefs et la coutume traditionnelle. Mais quelle est l'aptitude de ces institutions à assurer le développement humain des Sud-Africains pour assurer leur participation à la croissance?

VII. Le droit au développement : rupture dans la participation économique.

De sa fondation à sa conquête démocratique du pouvoir, l'ANC s'est toujours prononcée sur les conditions sociales et économiques des Sud-Africains et le moyen d'y remédier, notamment en affirmant « les droits de l'homme pour tous » dans sa *Charte de la liberté*. Or, les inégalités de développement en Afrique du Sud apparaissent incontestablement comme l'un des grands défis lancés aux droits de l'homme auxquels ils peuvent pratiquement et gravement attenter à travers les conflits internes qu'ils engendrent¹³⁰.

Il y a beaucoup d'Africains qui ont le sentiment d'être marginalisés et exclus de la participation à la croissance et à ses résultats, notamment par la répartition équitable des revenus nationaux. Aussi bien au niveau interne à l'Afrique du Sud que régional, ce souci des gouvernements africains se manifeste continuellement dans la *Charte Africaine de la participation* adoptée à Arusha (Tanzanie) en 1990¹³¹, qui insiste sur la participation de la population à tous les niveaux.

C'est dans le même sens qu'abonde la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, qui est attentive aux droits économiques, sociaux et culturels inspirés des textes de l'ONU et de l'OUA (Plan de Lagos). Il faut y ajouter les

¹²⁸C'est la Constitution intérimaire qui créait le Conseil national des Chefs composé de 19 membres élus. Sa vocation est de conseiller le chef de l'État et son gouvernement sur tous les sujets relatifs aux traditions et aux coutumes africaines du pays. Il est toutefois remarquable que c'est dans le chapitre XI traitant des Autorités traditionnelles que le constituant a tardivement inclus le *Volkstaat Council*. Ce dernier est constitué de 20 membres élus du Parlement chargés de trouver les voies et moyens constitutionnels pour implanter le projet d'un *volkstaat* ou « État blanc » qui a tout l'air d'un « Afrikanerstan »; la réalisation peu probable d'une telle entité constituerait un véritable renversement historique à l'échelle sud-africaine et continentale.

¹²⁹R. Porteilla, *supra* note 85 aux pp. 106-108.

¹³⁰Voir Gonidec, *supra* note 35 à la p. 564.

¹³¹Elle proclame notamment « Nous affirmons que les nations ne peuvent être construites sans l'appui populaire et la pleine participation du peuple et que la crise économique ne peut être résolue et les conditions humaines et économiques ne peuvent être améliorées sans la contribution pleine et effective, la créativité et l'enthousiasme de la grande majorité du peuple ». Voir *Charte africaine de la participation populaire* (Arusha, le 16 février 1996) dans Cmeya Nchama, *Développement et Droits de l'Homme en Afrique*, Paris, Publisud, 1991.

discussions relatives à la signification du « concept de peuple » dans les textes qui mentionnent la participation populaire¹³².

De même, l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait une résolution en 1986 qui réaffirme « le droit pour tous les peuples de participer et de contribuer à un développement économique, social, culturel et politique et de bénéficier de ce développement ». C'est dans cette direction que s'orientent le gouvernement Sud-Africain (ANC) et les principes de la *Constitution sud-africaine*¹³³. Concrètement, la participation à la croissance économique et à ses résultats implique ou suppose que les peuples puissent disposer librement des ressources naturelles de leur pays et en général, ce principe visait surtout la domination étrangère et la politique discriminatoire¹³⁴.

Même si en matière d'exercice des droits de l'homme, il existe toujours un écart entre la déclaration d'un droit (déclaration-revendication) et son application effective, le droit au développement (2^e et 3^e génération) apparaît comme le corollaire

¹³²Cette évolution entrerait dans le cadre de la reconnaissance internationale du droit des peuples à la démocratie, aux droits de l'homme et au développement dont le concept aurait été mis en avant par le Sénégalais Doudou Thiam (avocat et ex-ministre sénégalais des Affaires étrangères) en octobre 1967. Il sera relayé par son compatriote de notoriété internationale, Keba Mbaye (ex-président de la Cour suprême de Dakar, de la Cour internationale de Justice et de la Cour constitutionnelle du Sénégal), qui s'est référé à ce droit dans une conférence donnée à l'Institut international des droits de l'homme. Voir F. Gonidec, *supra* note 35 à la p. 566. Pour plus de détails sur le Droit au développement dans la *Charte de Banjul*, voir K. Mbaye, *Les Droits de l'Homme en Afrique*, Paris, A. Pedone, 1992 à la p. 184 et à l'Annexe I. Pour le texte complet, se référer aux pp. 271 à 286.

¹³³La *Déclaration universelle des droits de l'homme* (DUDH), adoptée le 10/12/1948 par la Résolution 217A (III) de l'Assemblée générale des Nations Unies, et les deux *Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme* (PIRDH) du 16/12/1966 (Résolution 2200 (XXI)) qui le précisent, contiennent ces principes. En effet, l'article 22 de la DUDH dispose que « toute personne en tant que membre de la société a droit à la sécurité sociale, elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale, compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays ». C'est ce que confirme l'article premier alinéa 1 et 2 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* qui dispose que 1° « tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel ». 2° « Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leur richesse et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance ». L'alinéa 3 précise que le respect, la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes relèvent de la responsabilité des États. Pour une information détaillée relative à la souveraineté des États sur leurs ressources en tant que principe du droit international du développement, voir D. Rosenberg, *Le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles*, Paris, L.G.D.J., 1983 aux pp. 227-381.

¹³⁴Toutefois, la controverse tendant à savoir si le droit au développement est un droit individuel ou collectif persiste. Autrement dit, son titulaire est-il le « peuple » ou « les peuples » ? Il semble qu'il y a des auteurs qui soutiennent que ce droit s'étend aussi à l'ethnie qui peut être couverte par le terme « peuple ». Voir W. Benedek et P.H. Kunig, *Regional Protecting of Human Rights by International Law, the Emerging African System*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985 aux pp. 59-94. C'est aussi ce que confirme F. Ouguergoz, lorsqu'il considère que le « peuple-État, comme le peuple ethnique, sont ici, à des niveaux variables, sujets du droit au développement ».

du droit à l'autodétermination¹³⁵. C'est ce que confirme l'article 22 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* qui dispose que le droit au développement des peuples s'exerce « dans le respect strict de leur liberté et de leur identité [...] »¹³⁶.

L'aide internationale dont nul ne peut contester raisonnablement l'utilité peut certainement contribuer à la protection de ce droit en Afrique du Sud telle qu'elle l'a fait pour les droits de la première génération (droits civils et politiques) dont la mise en oeuvre permettait le passage de l'apartheid à la démocratie¹³⁷.

En effet, bien que le développement soit considéré comme un devoir interne des États, il y a un consensus à peu près général pour estimer qu'il ne peut exister de développement sans un environnement international favorable. C'est ce qui explique le recours au devoir moral de la communauté internationale pour qu'elle fasse preuve de solidarité et accepte de partager les responsabilités. Elle doit, en même temps, favoriser un climat international apte à soutenir la résorption de la dette des pays en développement et l'émergence d'un ordre économique nouveau, équitable, fondé sur la coopération internationale.

C'est évident qu'il y a un écart de plus en plus croissant entre les économies des pays industrialisés et celles des pays en voie de développement. Or, un environnement de cette nature contribue non seulement à la dégradation des

¹³⁵Voir l'art. 22 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* du 10-12-1948 et l'art.1, qui est commun aux deux *Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme* de 1966. Manifestement, c'est l'indivisibilité de ces deux instruments qui est affirmée par cette communauté.

¹³⁶*Supra* note 35.

¹³⁷La responsabilité de la communauté internationale est d'autant plus réelle que ses membres les plus puissants ont toujours participé à l'exploitation de l'Afrique du Sud au profit de leur propre développement. C'est ce que confirme le paragraphe 5 de la résolution 2158 (XXI) de l'AG des N.U. relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, adoptée le 25 novembre 1966, qui reconnaît le droit de tous les pays, et en particulier des pays en développement, de s'assurer une participation accrue à la gestion des entreprises dont l'exploitation est assurée totalement ou partiellement par des capitaux étrangers et d'avoir une part plus grande des avantages et des bénéfices provenant de cette exploitation, sur une base équitable, compte dûment tenu des besoins et des objectifs des peuples intéressés en matière de développement ainsi que des pratiques contractuelles mutuellement acceptables, et engage les pays d'où ces capitaux sont originaires à s'abstenir de toute action qui pourrait faire obstruction à ce droit [Rés. AG 2158 (XXI), Doc. off. AG NU (1966)].

Voir Rosenberg, *supra* note 133 aux pp. 227 et s. En outre, plusieurs pays se sont engagés à assister l'Afrique du Sud dans sa transition. C'est le cas du Danemark dans la mise sur pied de la commission pour l'égalité des genres; les Pays-Bas, la Suède, la Grande-Bretagne et le Canada contribuent à la réforme de la police; la Grande-Bretagne est impliquée surtout dans l'intégration des différentes armées de libération et de la force de défense sud-africaine en une seule force nationale. Le Danemark est présent dans la prévention de la violence dans les prisons et, avec la Suède et l'Union Européenne, soutient la commission vérité et réconciliation. Quelques agences de l'ONU telles le programme des Nations Unies pour le Développement et d'autres organisations caritatives occidentales comme le « New York-based Ford Foundation » soutiennent les divers efforts gouvernementaux et non gouvernementaux. Voir Wa Mutua, *supra* note 56 à la p. 65, n. 8 qui cite la source suivante: *United Nations High Commissioner for Human Rights, Centre for Human Rights, Programme of Technical Cooperation in the Field of Human Rights, Report of the Needs Assessment Mission to South Africa (6-25 May 1996)*, 1996 aux pp. 51-54.

conditions de vie dans les pays en développement comme l'Afrique du Sud, mais il est aussi compromettant pour la stabilité de leurs institutions politiques¹³⁸.

C'est pourquoi, l'engagement pris par les pays développés de défendre les droits de l'homme exige qu'ils soient cohérents en lui faisant correspondre leur volonté d'améliorer les conditions de la coopération internationale en contribuant aux modèles de développement, à l'exemple du « PRD » d'Afrique du Sud, en mesure d'assurer le plein exercice des droits fondamentaux.

En effet, le « PRD » est l'expression de la volonté des gouvernants sud-africains d'organiser le rattrapage social de la majorité de leur population opprimée et exclue depuis de très longues années des fruits de la croissance; il vise par l'incitation à faire collaborer tous les intervenants du secteur privé ou parapublic, pour le même objectif avec le soutien politique effectif du gouvernement dont l'apport en capitaux publics serait limité.

Il ne s'agit pas d'une planification des dépenses gouvernementales financées par son budget¹³⁹. En fait, le gouvernement est le premier partenaire et coordonnateur d'un programme multidirectionnel visant à l'élévation du niveau de vie de la population qui l'a installé au pouvoir; concrètement, l'amélioration des conditions de vie des populations au bas indice de développement humain¹⁴⁰ nécessiterait plusieurs types d'intervention.

¹³⁸Voir l'Observation générale N° 3 de 1990 relative à l'article 2 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, adoptée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels à sa cinquième session (Doc. NU E/CN.4/1992/10 (novembre 1991) 4, para. 21 à 23). Celle-ci affirme notamment que « Si les États, qui le peuvent, ne mettent pas activement en oeuvre un programme de coopération et d'assistance internationales, la pleine jouissance des droits économiques, sociaux et culturels restera une aspiration insatisfaite ». Relativement à l'Afrique du Sud, cette assertion est incontestable. Toutefois, l'assistance extérieure ne peut se substituer aux mécanismes (politiques et structures) internes aux États qui ont la responsabilité de les rendre performants. Du reste, il est inutile de rendre les pays nantis entièrement responsables de la difficulté à réaliser les droits économiques, sociaux et culturels.

¹³⁹En 1994-1995, 75% (112 mds Rand) du budget total de l'État sud-africain (112 mds Rand) est affecté aux dépenses d'administration et à l'entretien des agents publics, 17% (25 mds Rand) est affecté aux intérêts de la dette et seulement 8% (11 mds Rand) au financement des projets nationaux et régionaux de développement. Voir F. Genin, *supra* note 53 à la p. 134. Toutefois, on peut s'étonner de la subite « pauvreté » du gouvernement sud-africain, alors que sous le régime d'apartheid le contrôle gouvernemental sur l'économie était tel que selon un économiste, on pouvait parler d'économie étatique. En effet, en 1986, 43% de la valeur estimée du capital fixe appartenait aux entreprises privées et le reste au secteur public. La répartition confère 19% aux autorités publiques, 15% aux sociétés commerciales publiques et 23% aux agences gouvernementales. Tous ces moyens centralisateurs et dirigistes furent utilisés pour marginaliser les Africains dans les divers domaines de la vie sociale et économique surtout. Ne serait-il pas nécessaire, pour le gouvernement démocratique, de repenser ces moyens à des fins de développement social, économique et culturel de l'Afrique du Sud post-apartheid ? Voir Lewis, *supra* note 111 aux pp. 154-156 qui casse le mythe d'une économie capitaliste d'apartheid qui s'opposerait à une économie contrôlée de type socialiste. Voir Wa Mutua, *supra* note 56 aux pp. 154-156 qui nous confirme en écrivant que « It is ironic that a democratic South African state would have considerably less power than the apartheid state ever had to transform society, even though the new state seeks to create a fair and just society, whereas its predecessor used its power to do precisely the opposite ».

¹⁴⁰C'est, semble-t-il, le Programme de Développement des Nations Unies (PNUD) qui donne la définition du développement humain. Il s'agit d'une classification qui rassemble des indicateurs tels que la santé, l'instruction et la qualité de vie, plus l'autodétermination, l'indépendance, la liberté politique, la sécurité et la participation aux décisions politiques. Ces éléments matériels sont, en tant que valeurs intrinsèques,

Il y a les besoins liés à l'habitat dont 1 000 000 de logements à construire sur 5 ans et qui ne paraît pas crédible en termes de réalisation malgré les besoins réels. C'est ainsi que sur les 326 millions R de budget votés pour la première tranche, seuls 20 millions furent utilisés pour un total d'environ 900 constructions sur les 150 000 prévues; pourtant même la prévision est considérée comme un minimum annuel susceptible de satisfaire sur 10 ans, non pas la demande à venir, mais celle actuelle¹⁴¹.

En outre, il y a des milliers d'écoles à bâtir ou à rénover pour l'éducation et des milliers d'hôpitaux et de cliniques locales pour la santé¹⁴². Depuis son démarrage en 1994, le PRD qui représente l'espoir de beaucoup de Sud-Africains n'a pas rempli toutes ses promesses. Toutefois, il demeure un des moyens les plus fiables à l'heure actuelle pour combler les écarts qui séparent les communautés en les divisant à l'échelle nationale.

En envisageant le développement des uns qui ne soit pas le sous-développement des autres, il permet d'insister sur l'interdépendance et l'indivisibilité de toutes les catégories de droits tels qu'exprimés par les deux pactes internationaux et qui se manifestent notamment dans la *Constitution de 1996*¹⁴³.

essentiels au développement humain qu'ils contribuent à réaliser. En fait, le niveau de développement humain dans un pays se mesure en fonction de la liberté de choix des personnes concernées par le développement en question. Or, la capacité de bien choisir des personnes est relative à leur degré d'instruction et d'information renforcé par les chances raisonnables dont ils disposent. Pour le PNUD, les indicateurs déterminants pour mesurer l'IDH, sont l'espérance de vie des personnes, le degré d'alphabétisation des adultes et leur revenu qui est symbolique des chances dont ils disposent dans la société concernée. Sur un possible de 1, l'IDH sud-africain est de 0,677, ce qui place ce pays au 86^e rang mondial alors que l'IDH du Canada, qui est de 0,932, place ce pays au 1^{er} rang mondial. Voir F. Genin, *supra* note 53 aux pp. 42-43; *RSA 1995 Statistics in Brief*, *supra* note 36 à la p. 3.16.

¹⁴¹ Le problème du logement en Afrique du Sud est antérieur à la gestion de l'ANC. C'est ainsi qu'en 1978, le directeur de la fondation urbaine estimait les besoins à 200 000 maisons alors que le « Housing Research Information », qui n'intégrait pas les « homelands indépendants », estimait les besoins à 538 000 pour les Africains, 52 000 pour les « Métis », et 40 000 pour les « Indiens ». Pendant ce temps, 37 000 logements des zones « blanches » étaient vides : *Weekly Mail* (22 août 1986) 4. Selon Matthew Kentridge, chercheur à l'Université du Cap, il y aura en l'an 2000 un déficit de 4 000 000 de logements. Pour rétablir l'équilibre, l'Afrique du Sud devrait construire 600 logements par jour dans les 14 prochaines années : *Weekly Mail* (19 décembre 1987) 4.

¹⁴² En dépit de l'insuffisance de ses moyens qui pousse à le revoir à la baisse, ce programme a concrètement permis de ravitailler chaque jour avant leur départ pour l'école primaire 550 000 enfants démunis. En outre, il permet la distribution d'eau aux communautés rurales isolées. Compte tenu du rythme suivi, il serait possible de réaliser dans 4 ans l'accès à l'eau de 14 000 000 personnes. Pour une information plus complète sur les objectifs et les obstacles du PRD, voir Genin, *supra* note 53 aux pp. 132-135; Wa Mutua, *supra* note 56 aux pp. 91-92, qui considère que « In April 1996, in a move that could be read as a sign of the ANC's retreat from this minimalist program of reform, the RDP ministerial office was dissolved and transferred to the offices of Deputy President and the Ministry of Finance. Whatever the initial intent of the authors of the RDP, the actual document appears to have been sharply understated to reassure foreign investors, creditor nations and agencies, and the powerful white minority, as part of the ANC strategy to capture state power through the elections ».

¹⁴³ Voir P. de Vos, « Pious Wishes or Directly Enforceable Human Rights? Social and Economic Rights In South Africa's, 1996 Constitution » (1997) 13 S. Afr. J. Hum. Rts. 67-101; « The Economic and Social Rights of Children and South Africa's Constitution » (1995) South African Public Law 233, qui ne souscrit pas à ce qu'il considère comme une division artificielle entre 1^{ère}, 2^e et 3^e génération de droits; K. Pritchard, « Human Rights and Development: Theory and Data », dans D.P. Forsythe, dir., *Human Rights and Development : International Views* aux pp. 329-343 qui montre l'interdépendance des systèmes économiques et politiques relativement à la situation ou condition des droits de l'homme, qui

Il résulte de ces différentes dispositions l'idée que toute personne qui manifeste son besoin d'être assisté par l'État et ne reçoit pas cette assistance, n'est pas réellement libre. Réciproquement, tout effort étatique tendant à relever le niveau de vie des populations, en niant ou en réprimant leurs aspirations civiles, politiques et culturelles, attente à leur dignité humaine.

C'est en fait l'essence même du respect de l'indivisibilité et de l'interdépendance de tous les droits fondamentaux. Autrement dit, qu'il s'agisse de droits collectifs ou des droits et libertés individuels, la priorité accordée à l'une ou à l'autre catégorie par les idéologues et les politiciens ne doit pas servir de prétexte à la suppression de l'une ou de l'autre catégorie. C'est pourquoi le droit au développement à l'instar des autres droits ne doit pas être considéré comme une panacée ou un substitut à un quelconque droit, mais plutôt comme le moyen de renforcer les droits actuellement reconnus et les futurs droits qui résulteront de leur évolution. Ainsi, au delà de leur reconnaissance internationale, ces droits nécessitent un appui et une assistance certains.

Mais, fondamentalement, c'est au gouvernement sud-africain que revient le devoir de garantir ces droits en rendant effectives les mesures constitutionnelles qui y pourvoient. L'institution d'un nouvel ordre économique interne et international par l'Afrique du Sud dépendrait essentiellement des stratégies de développement qu'elle met en oeuvre¹⁴⁴.

En effet, l'article 21, 1°, 2°, 3°, 4° et 5° de la *Charte de Banjul* de 1981 révèle l'importance qu'elle accorde aux problèmes de l'accès du plus grand nombre aux ressources naturelles de leur pays. L'inclusion du droit de chaque peuple à la libre disposition de ses ressources naturelles et au bien être, s'inscrit dans la perspective d'une reconnaissance fondamentale; celle, du principe de la souveraineté permanente des États et des Peuples sur leurs ressources naturelles tel qu'il est reconnu par le droit international¹⁴⁵.

résulte souvent de leur inter action. S. Lienberg, « The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and its Implication for South Africa » (1995) S. Afr. J. Hum. Rts. 359, plus précisément aux pp. 359-362.

¹⁴⁴À cet égard, le *Plan d'action de Lagos* (PAL), qui propose des solutions, pourrait être utile. En effet, ce plan, adopté en avril 1980 par la conférence de l'OUA, confirmerait le « bon choix de l'Afrique de promouvoir un développement collectif, autodépendant et endogène ainsi qu'une intégration économique ». Voir le *Plan d'action de Lagos* pour le développement économique de l'Afrique, Document ronéotypé OUA, édité par l'I.I.E.S. de Genève, 2° éd., 1982; A. Adedeji et T.M. Shaw, dir., *Economic Crisis in Africa : African Perspectives on Development Problems and Potentials*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 1985, notamment la première partie intitulée, « Self-Reliance and Self-Sustainment » qui traite entièrement du plan de Lagos; P.F. Goniwe, *Relations internationales africaines*, Paris, L.G.D.J., 1996 aux pp. 103 et ss.; C.M. Peter, *Human Rights In Africa : A Comparative Study of the African Human and Peoples Rights Charter and the New Tanzanian Bill of Rights*, New York, Greenwood Press, 1990 aux pp. 60-63. Voir aussi le document intitulé *White Paper on Reconstruction and Development. Government's Strategy for Fundamental Transformation*, South Africa, 21 sept. 1994. Ce document, que j'ai obtenu de l'Ambassade d'Afrique du Sud à Paris en 1994, est publié en Afrique du Sud sous cette forme : *ANC, The Reconstruction and Development Programme, A Policy Framework*, Johannesburg, Umanyano Publications, 1994.

¹⁴⁵*Supra* note 35. Article 2 : - 1° « Les peuples ont la libre disposition de leurs richesses et de leurs ressources naturelles. Ce droit s'exerce dans l'intérêt exclusif des populations. En aucun cas, un peuple ne peut en être privé ». - 2° « En cas de spoliation, le peuple spolié a droit à la légitime récupération de

Pour les Africains en général et les Sud-Africains en particulier, ce droit ne peut sembler-il se réaliser effectivement qu'à travers l'État et dans l'intérêt exclusif du peuple. En fait, la *Charte* vise les différents monopoles étrangers qui exploitent abusivement l'Afrique, parfois avec la complicité de certains Africains qui sont disposés à troquer les ressources naturelles de leurs pays contre des paiements illégaux effectués sur leurs divers comptes bancaires à l'étranger¹⁴⁶. Dans sa volonté de faciliter l'accès du plus grand nombre aux ressources naturelles du continent, l'OUA demande aux États de prendre des mesures adéquates pour mettre un terme à toutes les formes d'exploitation spoliante par le capital étranger. Le fait que la *Charte* dénonce ce type d'exploitation, manifeste la conscience qu'elle a de la nocivité des entreprises qui l'exercent sur les économies africaines¹⁴⁷.

C'est ainsi qu'en Afrique du Sud, se manifeste la même volonté de résoudre en toute justice et équitablement ce problème¹⁴⁸. C'est dans ce cadre qu'il faut sans doute comprendre l'adoption par le gouvernement sud-africain du « développement soutenable » comme axiome politique en la matière. L'abandon par l'ANC des formules vagues au profit de la précision juridique consacrée constitutionnellement permet d'insister sur la nécessité d'une utilisation « soutenable » des ressources autant que sur la participation populaire à la gestion de l'environnement; quoique cette précision ne s'étend pas à la définition du développement « soutenable » qui reste aussi vague que les termes de la participation populaire dans ce domaine. En fait, la politique environnementaliste de ce pays est comme tous ses autres domaines, partiellement, l'otage de son histoire; en cette matière, cette politique est marquée

ses biens ainsi qu'à une indemnisation adéquate ». - 3° « La libre disposition des richesses et des ressources naturelles s'exerce sans préjudice de l'obligation de promouvoir une coopération économique internationale fondée sur le respect mutuel, l'échange équitable et les principes du droit international ». - 4° « Les États parties à la présente Charte s'engagent, tant individuellement que collectivement, à exercer le droit de libre disposition de leurs richesses et de leurs ressources naturelles en vue de renforcer l'unité et la solidarité africaines ». - 5° « Les États parties à la présente Charte s'engagent à éliminer toutes les formes d'exploitation économique étrangère, notamment celle qui est pratiquée par des monopoles internationaux, afin de permettre à la population de chaque pays de bénéficier pleinement des avantages provenant de ses ressources nationales ». Relativement à l'acceptation internationale du principe de la souveraineté permanente sur ses ressources, voir M. Zander, « The Act of State Doctrine » (1959) Am. J. Int. Law 826. Toutefois, il apparaît que l'application de ce principe est loin d'être évidente, notamment à cause de la forte dépendance des pays industrialisés envers les matières premières des pays en développement; voir Rosenberg, *supra* note 133 aux pp. 297-381.

¹⁴⁶ Cette pratique corrompue et corruptrice, qui n'est pas une exclusivité africaine, est largement répandue dans les différents pays et notamment dans ceux en développement, à cause du déficit de la conscience nationale et du contrôle institutionnel et démocratique sur les décideurs de l'État. D'Imelda Marcos à Mobutu Sese Seko, la liste des régimes qui favorisent ces pratiques est longue quoiqu'ils n'ont pas tous la même notoriété.

¹⁴⁷ Il faut retenir le fait que la plupart des multinationales qui interviennent dans les économies africaines, parfois depuis des siècles, sont plus puissantes que leurs « pauvres » hôtes dont ils déterminent plus souvent que rarement la politique dans la matière qui les concerne et même au-delà parfois. Voir, D.W. Ndadubere, *Essays on the Theory and Practice of Imperialism*, London, Onyx Press, 1979 aux pp. 90-91.

¹⁴⁸ L'article 24 (b) (iii) de la *Constitution de 1996* (CF) dispose que « Everyone has the right - (b) to have the environment protected, for the benefit of present and future generations, through reasonable legislative and other measures that [...] (iii) secure ecologically sustainable development and use of natural resources while promoting justifiable economic and social development ». C'est surtout l'art. 25 - 4° (a) qui précise que « [...] the public interest includes the nation's commitment to land reform, and to reform to bring about equitable access to all South Africa's natural resources ».

aussi bien par l'élimination physique que par l'utilisation et la conservation des espèces¹⁴⁹. Néanmoins, la nouvelle politique dans ce domaine vise semble-t-il à une meilleure articulation entre les besoins des populations locales en tant qu'utilisation et la conservation au sens strict du mot¹⁵⁰. Relativement à la démocratisation de la prise de décision et de la gestion dans ce domaine, des problèmes ultérieurs ne sont pas à exclure. Les risques potentiels seraient liés à la concentration de la terre et des richesses par la minorité et au paternalisme ou à l'autoritarisme éventuel du pouvoir politique dans sa fonction régulatrice¹⁵¹.

Plus généralement, il s'agit d'une part de promouvoir le développement national et d'autre part, de corriger très rapidement, pour assurer la paix civile et sociale notamment les flagrantes inégalités de développement des différentes collectivités et provinces. La politique de réduction des inégalités suivie par l'ANC pour réaliser le droit au développement de tous, dépend aussi bien des ressources étatiques que provinciales. En outre, cette politique, qui devrait être conforme aux principes constitutionnels adoptés en 1994 (Act 200 of 1993, amendé en 1994), repose essentiellement sur deux principes qui orientent l'action de l'État et des provinces.

Il y a d'une part le développement national qui est prioritaire tout en entraînant la maîtrise et la conservation, actuellement nécessaire, de ses dépenses par l'État et d'autre part, le fait que chaque province est fondée à oeuvrer pour son libre développement (autonomie de développement) à condition de ne pas empiéter sur le libre développement des autres provinces et de l'ensemble du tout qui forme l'Afrique du Sud tel qu'indiqué dans le 21^e principe constitutionnel¹⁵².

¹⁴⁹ Relativement aux êtres humains, cette politique se traduisait par des déplacements forcés massifs et diverses interdictions imposées aux populations locales, aussi bien par le colonialisme que par l'apartheid. Le comble du mépris de ces populations est attesté par deux propos visant l'une des plus anciennement établie sur le territoire sud-africain : les Sans appelés « Bushmen », dont un administrateur colonial, résident britannique du Botswana déclarait à la veille de la Deuxième Guerre mondiale qu'il ne voyait aucun intérêt « à dépenser de l'argent et de l'énergie à préserver une race décadente et mourante, qui est parfaitement inutile à tout point de vue ». Voir E.N. Wilmsen, *Land Filled with Flies : A Political Economy of the Kalahari*, Chicago, University of Chicago Press, 1989 à la p. 272. Le 2^e propos qui semble favorable à ce proto-peuplement montre la continuité de cette mentalité raciste lorsqu'un ministre sud-africain d'apartheid chargé des « Affaires indigènes » estimait que « Ce serait un crime biologique si nous permettions à une race si particulière de disparaître, car c'est une race qui ressemble plus à un babouin que le babouin lui-même [...]. Nous les considérons comme une partie de la faune du pays ». Voir J. Marshall et C. Ritchie, *Where are the Ju/Wasi of Nyae-Nyae ? Changes in a Bushman Society 1958-1981*, Cape Town, University of Cape Town, 1984 à la p. 14 cité par J.C. Fritz, « L'évolution des politiques de l'environnement en Afrique du Sud: Recomposition territoriale et protection de la nature », *Hérodote* aux pp. 215-216.

¹⁵⁰ J.C. Fritz, *ibid.* aux pp. 222-231.

¹⁵¹ En Afrique du Sud, les Africains détiennent moins d'1% de la valeur des actions du Johannesburg stock Exchange tandis que les exploitants « blancs » concentrent l'essentiel de la superficie agricole dans de vastes propriétés domaniales et des sociétés commerciales. Ce contrôle de la richesse et de la terre entraîne un quasi monopole sur l'essentiel du pouvoir de décision hors de la sphère étatique. Cette situation porteuse de conflits multiformes pourrait trouver une issue heureuse avec les restructurations et les réformes agraires. Voir J.C. Fritz, *ibid.* à la p. 231.

¹⁵² *Supra* note 91. Voir Annexe 4, C.P. XXI (2) qui dispose que « Where it is necessary for the maintenance of essential national standards, for the establishment of minimum standards required for rendering of services, the maintenance of economic unity, the maintenance of national security or the prevention of unreasonable action taken by one province which is prejudicial to the interests of another province or the

Relativement aux ressources financières, il y a un fonds national des recettes de l'État (National Revenue Fund) créé par la *Constitution de 1996* qui décide de la compétence du parlement pour répartir équitablement, par une législation pertinente, les recettes entre l'État, les provinces et les collectivités (art. 213) et attribuer à chaque province la part équitable qui lui revient de droit (art. 214)¹⁵³.

L'organe chargé du contrôle de l'équité en la matière (répartition) est une commission financière et fiscale consultative, indépendante et impartiale (art. 220)¹⁵⁴. Il apparaît que le Parlement, tout en tenant compte de l'intérêt national, des besoins et des intérêts du gouvernement, intègre autant les besoins que les intérêts des provinces en tenant compte notamment « des disparités économiques à l'intérieur et entre les provinces ». C'est pourquoi l'article 227 (3) dispose que la part équitable de recettes d'une province perçue à l'échelle nationale doit être « transférée promptement à la province et sans retenue... »¹⁵⁵.

En outre, la province dispose de ressources fiscales propres qui sont différentes de l'impôt sur le revenu, de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), des impôts indirects généraux et des droits de douane. Mais le pouvoir fiscal attribué à la province est limité par le fait que son exercice ne doit pas porter atteinte

country as the whole, the Constitution shall empower the national government to intervene through legislation or such other steps as may be defined in the Constitution ». (6) « Provincial governments shall have powers, either exclusively or concurrently with the national government, inter alia : (a) for the purposes of provincial planning and development and the rendering of services; and (b) in respect of aspects of government dealing with specific socio-economic and cultural needs and the general well-being of the inhabitants of the province ». Mais il faut observer que l'intervention du pouvoir central est tempérée par le 22^e principe constitutionnel (C.P. XXII) qui dispose que « The national government shall not exercise its powers (exclusive or concurrent) so as to encroach upon the geographical, functional or institutional integrity of the provinces ».

¹⁵³*Ibid.* Voir Chap. 13 (Finance), National Revenue Fund, art. 213 (1) « There is a National Revenue Fund into which all money received by the national government must be paid (...) » ; (3) « A province's equitable share of revenue raised nationally is a direct charge against the National Revenue Fund. » et art. 214 (1) (a) « An Act of Parliament must provide for – (a) the equitable division of revenue raised nationally among the national, provincial and local spheres of governments; (b) the determination of each province's equitable share of the provincial share of that revenue ». En fait, ces différentes dispositions confirment et précisent le 26^e principe constitutionnel (C.P. XXVI) selon lequel « Each level of government shall have a constitutional right to an equitable share of revenue collected nationally so as to ensure that provinces and local governments are able to provide basic services and execute the functions allocated to them ».

¹⁵⁴*Ibid.* Voir Financial and Fiscal Commission (CF), art. 220 (1) « There is a Financial and Fiscal Commission for the Republic which makes recommendations envisaged in this Chapter, or in national legislation, to Parliament, provincial legislatures and any other authorities determined by national legislation » et (2) « The Commission is independent and subject only to the Constitution and the law, and must be impartial »; la composition (11 membres) de cette Commission est déterminée par l'art. 221 (1). Il faut toutefois préciser qu'ils sont nommés par le président de la République et chaque province désigne un membre, ce qui fait 9 membres au total. Ces différentes dispositions confirment le 27^e principe constitutionnel (C.P. XXVII) selon lequel « A Financial and Fiscal Commission, in which each province shall be represented, shall recommend equitable fiscal and financial allocations to provincial and local governments from revenue collected nationally, after taking into account the national interest, economic disparities between the provinces as well as the population and developmental needs, administrative responsibilities and other legitimate interests of each of the provinces ».

¹⁵⁵*Ibid.* Voir National sources of provincial and local government funding, art. 227 (3) « A province's equitable share of revenue raised nationally must be transferred to the province promptly and without deduction, except when the transfer has been stopped in terms of section 216 ».

« matériellement et de façon déraisonnable » à la politique économique nationale au commerce inter-provincial ou à la mobilité des facteurs de production (art. 228)¹⁵⁶. Pour finir, la *Constitution* reconnaît à la province le pouvoir d'investir ou d'emprunter pour assurer ses dépenses de fonctionnement conformément aux dispositions législatives qui les régissent.

Le souci d'unité nationale du constituant l'a sans doute induit à ne pas diviser territorialement l'Afrique du Sud sur un fondement racial ou ethnique (oeuvre d'apartheid) mais il n'en reconnaît pas moins officiellement l'existence de onze langues, art. 6 (1)¹⁵⁷ et oblige l'État à favoriser l'usage des langues autochtones défavorisées (art. 6-2° et 3°). La reconnaissance des langues parlées en Afrique du Sud ne se limite pas aux onze langues officielles qui mettait un terme au monopole linguistique de l'anglais et de l'afrikaans¹⁵⁸.

¹⁵⁶ *Ibid.* Voir Provincial taxes, art. 228 (2) « The power of provincial legislature to impose taxes, levies, duties and surcharges- (a) may not be exercised in a way that materially and unreasonably prejudices national economic policies, economic activities across provincial boundaries, or the national mobility of goods, services, capital or labour ».

¹⁵⁷ *Ibid.* Languages, Chap. 2, *Constitution de 1996*, art. 6-1° « The official languages of the Republic are Sepedi, Sesotho, Setswana, Siwati, Tshivenda, Xitsonga, Afrikaans, English, isiNdebele, isiXhosa and isiZulu ». - 2° « Recognising the historically diminished use and status of the indigenous languages of our people, the state must take practical and positive measures to elevate the status and advance the use of these languages ». - 3° (a) « The national and provincial governments may use any particular official languages for the purposes of government, taking account usage, practicality, expense, regional circumstances and the balance of the needs and preferences of the population as a whole or in respective provinces (b) Municipalities must take into account the language usage and preferences of their residents ». Cette volonté de faire coïncider la reconnaissance des langues avec la réalité linguistique de la société sud-africaine est remarquable et se distingue des pratiques universelles les plus courantes en la matière. Par exemple, le Canada qui connaît des problèmes de co-existence égalitaire de ses langues, ne reconnaît constitutionnellement que deux langues officielles. En effet, sa *Loi constitutionnelle de 1982* dispose à l'article 16 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* que « Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada ». Ne serait-ce que dans la forme rédactionnelle, il appert qu'il y a des enjeux de préséance en confrontant le texte en français au texte en anglais qui inverse l'ordre en ces termes, « English and French are the official languages of Canada [...] »; voir H. Brun et G. Tremblay, *supra* note 88 à la p. 1179. Pour les problèmes relatifs à la coexistence de ces deux langues au Canada, voir F. de Varenner, *Language, minorities and human rights*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1996 à la p. 176 qui montre que, malgré la double reconnaissance constitutionnelle du français et de l'anglais, l'article 16 ne garantissait pas en soi le droit à chaque service dans chacune de ces langues; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; A. Verdoodt, *La protection des droits de l'homme dans les États plurilingues*, Paris, Fernand Nathan, 1973 aux pp. 21 et ss.

¹⁵⁸ En fait, la reconnaissance et l'affirmation du plurilinguisme sud-africain ruine les « manœuvres » politiques qui visaient à maintenir le contrôle de l'anglais et de l'afrikaans sur la culture et la politique sud-africaine. Un éminent chercheur et linguiste sud-africain, le Dr. Neville Alexander, est de ceux qui contribuèrent le plus à faire prendre conscience aux uns et aux autres, dans les divers forums consacrés à cette question, de la nature plurilingue de l'Afrique du Sud et de l'exigence démocratique du libre épanouissement de chaque langue. Voir N. Alexander, *Language Policy and National Unity in South Africa - Azania*, Cape Town, Buchu Books, 1989. Même si Mandela estimait que « La langue n'a aucun caractère répressif inhérent » et que « toute langue peut être le véhicule d'insultes racistes et de répressions, mais elle peut aussi être porteuse d'un message d'espoir et de libération », le coordinateur de la commission des langues de l'ANC, Quedusizi Buthelezi n'en considérait pas moins que « l'anglais est une langue coloniale. Elle est autant coupable d'injustices linguistiques que son camarade colonial, l'afrikaans ». C'était sa réponse aux intellectuels et à l'Académie anglaise de l'Afrique du Sud qui voulaient que l'anglais devienne la principale langue du pays. Voir *The Star* (19 septembre 1991) qui

Les langues Khoi, Nama, San qui sont sans aucun doute parmi les plus anciennes du pays et la langue des signes doivent être promues en créant les conditions de leur développement. La reconnaissance constitutionnelle des langues s'étend à l'Allemand, au Grec, au Gujarati, à l'Hindi, au Portugais, au Tamil, au Telugu, à l'Urdu, à l'Arabe, l'Hébreu, au Sanskrit et à toutes les langues utilisées à des fins religieuses. Toutes ces langues devront être promues et défendues par le Conseil des Langues de toute l'Afrique du Sud, soit le « Pan South African Language Board »¹⁵⁹.

La *Constitution sud-africaine* qui est très attentive depuis 1993 à la séparation des pouvoirs et à l'indépendance du système judiciaire ne formule pas de principes généraux de politique pouvant guider l'action des gouvernants¹⁶⁰. Dès lors,

titrait « Mandela décrète que le *taal* est africain et en sécurité » : *The Star* (2 mars 1992) 23. Pour les réactions de Q. Buthelezi, voir V. February, « Parler les multiples voix de la terre : la langue et la nation arc-en-ciel » dans Fritz, *supra* note 149 à la p. 205.

¹⁵⁹ Voir de Varennes, *supra* note 157 à la p. 175 qui considère que cette reconnaissance de onze langues n'implique pas un traitement égalitaire pour toutes et de paraphraser G. Orwell qui considérait que « toutes les langues sont égales, mais certaines langues sont plus égales que d'autres ». C'est ce que confirmaient les craintes exprimées par les Afrikaners qui remarquèrent ou se rendirent compte que l'anglais était le premier mode de communication pendant les négociations de la CODESA. Voir V. February, *ibid.* aux pp. 197-211 qui montre que « les langues africaines sont devenues partie prenante de l'avenir de la nation et de sa construction dans une Afrique du Sud démocratique ».

¹⁶⁰ L'annexe 4 (Principes constitutionnels), art. 6 (CI) dispose que « there shall be a separation of powers between the legislature, executive and judiciary, with appropriate checks and balances to ensure accountability, responsiveness and openness ». Ce principe de la séparation des pouvoirs reconnaît, d'une part, l'indépendance fonctionnelle des différents démembrements du gouvernement et, d'autre part, il permet d'assurer, par le principe de « checks and balances », que l'ordre constitutionnel, dans sa totalité, empêche l'usurpation ou l'empiètement d'un démembrement sur un autre en anticipant sur les éventuelles intrusions d'un démembrement dans le domaine d'un autre. Quoiqu'il n'y ait aucun schéma démocratique qui reflète une séparation complète (absolue) des pouvoirs, car il s'agit toujours d'une séparation partielle, on peut dire que les différents domaines sont interactifs et pas totalement disjoints. Voir *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 610 (1951). Pour la doctrine américaine, voir dans R. Stone et al, *Constitutional Law*, Boston, Little, Brown and Co, 1986 à la p. 342; *Tribe American Constitutional Law*, 2^e éd., New-York, Foundation Press, 1988 aux pp. 18-22; *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 aux pp. 703-705 (1974). Dans la *Constitution sud-africaine*, l'article 43 (CF de 1996) confère le pouvoir législatif national du gouvernement au Parlement, et provincial à la législature locale. Les articles 85 et 125 (CF de 1996) confèrent respectivement le pouvoir exécutif de la République au Président et celui des provinces à leurs « Premiers ». Quant au pouvoir judiciaire, il est conféré aux tribunaux par l'article 165 (CF). Cette séparation constitutionnelle des pouvoirs a des conséquences importantes tant sur la manière que sur les institutions par lesquelles le pouvoir en question peut s'exercer. Voir *Conseil exécutif de l'Assemblée du Cap occidental*, *supra* note 116 au para. 7. Des principes de bonne administration sont néanmoins posés par l'annexe 4, art. 30 -1^o qui dispose que « there shall be an efficient, non-partisan, career-orientated public service broadly representative of the South African community, functioning on a basis of fairness and which shall serve all members of the public in an unbiased and impartial manner, and shall, in the exercise of its powers and in compliance with its duties, loyally execute the lawful policies of the government of the day in the performance of its administrative functions. The structures and functioning of the public service, as well as the terms and conditions of service of its members, shall be regulated by law ». Ces principes sont confirmés par le chap. 10 (Public Administration - Basic values and Principles governing public administration), art. 195 (1) « Public administration must be governed by democratic values and principles enshrined in the constitution, including the following principles » : (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g), (h) et (i) qui dispose que « Public administration must be broadly representative of the South African people, with employment and personnel management practices based on ability, objectivity, fairness, and the need to redress the

comment permet-elle de satisfaire au développement alors que peu de dispositions des principes constitutionnels de l'annexe 4 de la *Constitution intérimaire* traitent des problèmes économiques ?

VIII. Le *Bill of Rights*: continuité dans les droits politiques et rupture dans les droits économiques

Moins de huit ans après l'entrée en vigueur de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, l'instrument régional de protection des droits de l'homme en Afrique, les Sud-Africains se dotaient eux aussi, d'un instrument national en la matière, le *Bill of Rights*¹⁶¹. Le point commun de ces deux documents se retrouve dans l'attention que tous deux accordent aux droits fondamentaux de l'individu dont l'importance doit être centrale et incontestable pour tous. Mais si le texte sud-africain paraît plus individualiste en se centrant davantage sur les droits et les libertés basiques, la *Charte* semble va plus loin en consacrant ou en incluant aussi les « *People's rights* ».

L'ANC qui apparaît comme la plus ancienne organisation politique du continent africain à exister encore a montré tout au long de son développement et de ce texte son adhésion principielle aux droits de l'homme et à leur institutionnalisation en Afrique du Sud. Cette factuelité soustrait l'ANC à une adhésion opportuniste ou à d'autres crispations qui ont caractérisé l'évolution de certains pays et de leurs organisations politiques en Afrique, notamment dans le mouvement des « indépendances africaines ». En effet, il apparaît que dans la plupart des anciennes colonies britanniques d'Afrique, une déclaration des droits est subitement mise à l'ordre du jour pour chaque colonie, à la veille des indépendances.

Cette considération est surtout remarquable pendant les négociations entre l'ancienne puissance colonisatrice et les organisations nationalistes. Apparemment, l'un des plus grands soucis britanniques était relatif à la sécurité de ses populations qui résidaient dans les ex-colonies et de leurs propriétés; les investissements importants réalisés dans ces colonies ne pouvaient être immédiatement rapatriés après le changement. C'est pourquoi il fallait nécessairement les protéger par des garanties constitutionnelles.

imbalances of the past to achieve broad representation », (2) « The above principles must apply to (a) « The administration in every sphere of government, (b) « organs of State, et (c) « Public enterprises ».

¹⁶¹ L'instrument régional qu'est la *Charte africaine*, entrée en vigueur le 21 octobre 1986, ne s'applique qu'aux États, dont l'Afrique du Sud depuis 1996, qui l'ont signée ou ratifiée. Quant au *Bill* sud-africain, il relève du droit interne de ce pays, dans lequel il s'applique exclusivement. Toutefois, en l'absence momentanée d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, suggérée par l'Afrique du Sud, on peut dire que les mécanismes internes sud-africains sont plus protecteurs des droits énoncés par leur *Bill* que les mécanismes régionaux (la Commission notamment) ne le sont pour les droits énoncés par la *Charte de Banjul*. Néanmoins, l'adhésion de l'Afrique du Sud à la *Charte* revêt une double importance : d'un côté, les dispositions de la *Charte* vont bénéficier d'un cadre juridique et d'une logistique favorable à leur application éventuelle et de l'autre, certaines de ces dispositions vont compléter le dispositif interne de l'Afrique du Sud, notamment dans le volet des droits collectifs ou « droits des peuples ».

C'est ce qui expliquerait partiellement l'intérêt soudain des ex-colonisateurs pour la démocratie, la légalité et les déclarations des droits dans les États nouvellement indépendants. Malgré ses spécificités, l'Afrique du Sud aussi n'a bénéficié de l'intérêt croissant pour la démocratie et les droits de l'homme de ceux qui la gouvernaient en niant ces valeurs qu'au moment où le changement devenait imminent.

Le chapitre 3 de la *Constitution de 1993* et le chapitre 2 de la *Constitution finale de 1996* contiennent une liste extensive de droits fondamentaux (« all universally accepted fundamental rights, freedoms and civil liberties »). Il s'agit non seulement des droits civils et politiques mais aussi économiques, sociaux et culturels. L'inclusion de ces derniers notamment dans la *Constitution* et l'application du principe de l'horizontalité (faire valoir les droits entre les individus et les institutions judiciaires et pas seulement entre eux et l'État) ouvre des perspectives certaines au développement tout en innovant le droit interne sud-africain¹⁶².

En effet, conformément à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la déclaration des droits s'applique à l'ensemble du droit¹⁶³. Toutes les juridictions sont responsables de l'application de la « common law ». Une requête fondée sur la Constitution relève de la compétence de la Cour constitutionnelle; néanmoins, toutes les juridictions sud-africaines doivent prendre « dûment en compte, l'esprit, le but et les objectifs » de la déclaration des droits¹⁶⁴.

A. Le titulaire des droits énoncés

Il est clairement désigné par la déclaration des droits. En effet, les droits proclamés le caractérisent par les termes « Every one; Every citizen; Every worker; Every child [...] »; C'est manifestement un individu dont le genre n'est pas déterminé ou marqué. Ce choix linguistique des termes serait lié à la volonté du constituant sud-africain de lutter contre les discriminations sexuelles. L'égalité fondamentale de tous les Sud-Africains affirmée et revendiquée universellement par l'ANC est

¹⁶²Voir D. Davis, « The Case Against The Inclusion of Socio-Economic Demands in a Bill of Rights Except as Directive Principles » (1992) 8 S.Afr. J. Hum. Rts. 475 aux pp. 475-482; P. de Vos, *supra* note 143 aux pp. 67-101.

¹⁶³L'art. 8 (1) (Application) précise que « The Bill of Rights applies to all law, and binds the legislature, the executive, the judiciary and all organs of state ». Chap. 2, Const. 1996 (CF) confirme, en les synthétisant, le chapitre 3 (Fundamental Rights), art. 7 (1), Const. de 1993 (CI) « This chapter shall bind all legislative and executive organs of state at all levels of government »; (2) « This chapter shall apply to all law in force and all administrative decisions taken and acts performed during the period of operation of this Constitution » et le chapitre 1, art. 4 (2) « This Constitution shall bind all legislative, executive and judicial organs of state at all levels of government ».

¹⁶⁴*Interpretation of Bill of Rights*, art. 39 (2) « When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport, and objects of the Bill of Rights ». Voir *Du Plessis c. De klerk*, (1996) CCT à la p. 8. En l'espèce, il s'agit de droits civils et politiques (liberté d'expression, liberté de la presse écrite; effets verticaux; effets horizontaux).

vigoureusement consacrée notamment par le principe de non discrimination raciale, ethnique, sexiste de l'article 9 (3)¹⁶⁵.

L'instauration d'un Comité des droits de l'homme (art. 184), d'un « Public Protector » (art. 182) et d'un Comité pour l'égalité des sexes ou genres (art. 187) qui sont des institutions étatiques supportant la démocratie constitutionnelle, obéit à cette préoccupation¹⁶⁶.

La liberté d'association dont procède le droit de créer un parti politique (art. 19 (1)), un syndicat (art. 23) ou des centres de formation est garantie par l'article

¹⁶⁵ *Supra* note 92. Equality, art. 9(1) « Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law », art. 9(2) « Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken », art. 9(3) « The State may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more of the grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language, and birth », art. 9(4) « No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination », art. 9(5) « Discrimination on one or more grounds listed in subsection (3) is unfair unless it is established that the discrimination is fair ». Voir chap. 2, *Constitution de 1996* (CF). Voir aussi *Besserglik c. Ministre du Commerce et de l'Industrie*, (1996) CCT à la p. 34, où la Cour a estimé que l'égalité devant la loi et le droit à l'égale protection de la loi ne demandent pas que soient suivies des procédures identiques en matière de recours de la part ou auprès de juridictions de différents niveaux. En conséquence, la disposition législative qui prévoit une procédure de sélection visant à exclure les recours non fondés par laquelle une juridiction supérieure (la Cour suprême en l'espèce) pour rendre une décision en connaissance de cause sur les perspectives de réussite de ce recours n'est pas inconstitutionnelle, car l'article contesté n'est pas incompatible avec le droit à l'égalité. Voir aussi *État c. Rens*, (1996) CCT à la p. 1; *État c. Ntuli*, (1996) CCT à la p. 17. Dans *Prinsloo c. Van der Linde*, (1997) S.A.R. 1012, la Cour a décidé qu'elle « should be astute not to lay down sweeping interpretations at this stage but should allow equality doctrine to develop slowly and, hopefully, surely. This is clearly an area where issues should be dealt with incrementally and on a case by case basis with special emphasis on the actual context in which each problem arises »; *President of the Republic of South Africa c. Hugo*, (1997) 6 BCLR 708. Pour la doctrine relative à l'égalité, voir W. McKean, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983; A. Bayefsky et M. Eberts, *Equality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1985.

¹⁶⁶ Human Rights Commission- Functions of Human Rights Commission, art. 184(1) « The Human Rights Commission must- (a) promote respect for human rights and culture of human rights; (b) promote the protection, development and attainment of human rights; and (c) monitor and assess the observance of human rights in the Republic ». (2) « The Human Rights Commission has the powers, as regulated by national legislation, necessary to perform its functions, including the power- (a) to investigate and to report on the observance of human rights; (b) to take steps to secure appropriate redress where human rights have been violated; (c) to carry out research; and (d) to educate ». (3) « Each year, the Human Rights Commission must require relevant organs of state to provide the Commission with information on the measures that they have taken towards the realisation of the rights in the Bill of Rights concerning housing, health care, food, water, social security, education, and the environment ». Commission for Gender Equality-Functions of Commission for Gender Equality, art. 187(1) « The Commission for Gender Equality must promote respect for gender equality and the protection, development and attainment of gender equality ». (2) « The Commission for Gender Equality has the power, as regulated by national legislation, necessary to perform its functions, including the power to monitor, investigate, research, educate, lobby, advise and report on issues concerning gender equality ». (3) « The Commission for Gender Equality has the additional powers and functions prescribed by national legislation ».

18¹⁶⁷. La *Constitution* protège aussi les communautés culturelles, religieuses ou linguistiques dont elle reconnaît l'existence. En conséquence, leurs membres peuvent « créer des associations ou d'autres organes de la société civile ». Pour défendre les minorités et garantir leurs droits culturels, la *Constitution* a instauré une Commission pour la promotion et la protection des droits des communautés culturelles, religieuses et linguistiques (art. 185, 186) qui doit être représentative de toutes les communautés culturelles, religieuses et linguistiques et refléter la composition sexuelle de la société sud-africaine¹⁶⁸.

C'est très logiquement que la *Constitution* conclut que « les personnes morales (*juristic persons*) sont aussi éligibles (*entitled to*) aux droits du *Bill of Rights*

¹⁶⁷Political rights, art. 19(1)(a) « Every citizen is free to make political choices, which includes the right - (a) to form a political party »; voir le chap. 2 de la *Constitution de 1996*, *supra* note 92. Voir aussi le 14^e principe constitutionnel (CPXIV) qui dispose que « Provision shall be made for participation of minority political parties in the legislative process in a manner consistent with democracy ». C'est ce que confirme l'article 57 (2) (b) de la *Constitution de 1996*, qui dispose sur la pleine participation (processus législatif à travers leur rôle dans l'Assemblée Nationale) des formations politiques minoritaires en ces termes : « the participation in the proceedings of the Assembly and its committees of minority parties represented in the Assembly, in a manner consistent with democracy ». (c) « financial and administrative assistance to each party represented in the Assembly in proportion to its representation, to enable the party and its leader to perform their functions in the Assembly effectively; and » (d) « the recognition of the leader of the largest opposition party in the Assembly as the Leader of the Opposition ». La même exigence s'applique aux instances provinciales. Cette participation nécessaire à l'accomplissement de la démocratie devient incontournable avec l'article 74 (1) (a) qui dispose que « Section 1 and this subsection may be amended by a Bill passed by - (a) the National Assembly, with a supporting vote of at least 75 per cent of its members » ; et l'art. 74(2) « Chapter 2 may be amended by a Bill passed by - (a) the National Assembly, with a supporting vote of at least two thirds of its members ». Quant au protecteur public, il est chargé, pour l'essentiel, des problèmes officiels de mal administration. L'actuel « Public Protector », Selby Baqwa a été nommé le 01-10-1995 pour une période non renouvelable de 7 ans, conformément à l'article 183 (Tenure).

¹⁶⁸*Ibid.* Cultural, religious and linguistic communities, art. 31(1) (a), (b) « Persons belonging to a cultural, religious or linguistic community may not be denied the right, with other members of their community - (a) to enjoy their culture, practise their religion and use their language; and (b) to form, join and maintain cultural, religious and linguistic associations and other organs of civil society ». Toutefois, l'exercice de ce droit est limité par l'alinéa 2 qui dispose que « The rights in subsection (1) may not be exercised in a manner inconsistent with any provision of the Bill of Rights ». Commission for the Promotion and Protection of the Rights of Cultural, Religious and Linguistic Communities-Functions of Commission, art. 185(1) « The primary objects of the Commission for the Promotion and Protection of the Rights of Cultural, Religious and Linguistic Communities are- (a) to promote respect for the rights of cultural, religious and linguistic communities; (b) to promote and develop peace, friendship, humanity, tolerance and national unity amongst cultural, religious and linguistic communities, on the basis of equality, non-discrimination and free association » ; (2) « The Commission has the power, as regulated by national legislation, necessary to achieve its primary objects, including the power to monitor, investigate, research, educate, lobby, advise and report on issues concerning the rights of cultural, religious and linguistic communities » ; (3) « The Commission may report any matter which falls within its powers and functions to the Human Rights Commission for investigation » ; (4) « The Commission has the additional powers and functions prescribed by national legislation ». Composition of the Commission, art. 186 (1) « The number of members of the Commission for the Promotion and Protection of the Rights of Cultural, Religious and Linguistic Communities and their appointment and terms of office must be prescribed by national legislation. (2) The composition of the Commission must (a) be broadly representative of the main cultural, religious and linguistic communities in South Africa and (b) broadly reflect the gender composition of South Africa ».

dans la mesure requise par la nature des droits et des personnes morales »¹⁶⁹. C'est aussi de la liberté d'association que procède la capacité d'une association agissant dans l'intérêt de ses membres d'ester en justice si elle estime qu'il y a atteinte à un droit garanti. La même règle s'applique à une personne qui agirait dans l'intérêt d'un groupe ou d'une classe de personne¹⁷⁰.

Étant donné que le *Bill of Rights* doit s'interpréter relativement au droit international, un tribunal peut se référer aux droits étrangers¹⁷¹. C'est ce que confirme avec une certaine modération le Président Chaskalson dans *The State c. Makwanyane*, lorsqu'il estimait que :

comparative « bill of rights » jurisprudence will no doubt be of importance, particularly in the early stages of the transition when there is no developed indigenous jurisprudence in this branch of the law on which to draw. Although we are told by section 35 (1) that we « may » have regard to foreign case law, it is important to appreciate that this will not necessarily offer a safe guide to the interpretation of chapter three of our Constitution. This has already been pointed out in a number of decisions of the Provincial and Local Divisions of the Supreme Court, and is implicit in their junction given to the Courts in section 35 (1), which in permissive terms allows the Courts to « have regard to » such law. There is no injunction to do more than this [...] We can derive assistance from public international and foreign case law, but we are in no way bound to follow it¹⁷².

Mais il faut reconnaître que l'intégration du droit au développement par la *Constitution sud-africaine* est plus implicite qu'explicite. Toutefois, le constituant n'est pas conscient de ce phénomène dans la mesure où le préambule affirme sa volonté de « guérir les divisions du passé et de créer une société fondée non seulement sur les valeurs démocratiques mais aussi sur la justice sociale et les droits fondamentaux de l'homme » [notre traduction]¹⁷³.

¹⁶⁹*Ibid.* Chap. 2 (*Bill of Rights*-CF) - Application, art. 8 (4) « A juristic person is entitled to the rights in the Bill of Rights to the extent required by the nature of the rights and of that juristic persons ».

¹⁷⁰*Ibid.* Enforcement of rights, chap. 2 (CF), art. 38 « Anyone listed in this section has the right to approach a competent court, alleging that a right in the Bill of Rights has been infringed or threatened, and the court may grant appropriate relief, including a declaration of rights. The persons who may approach a court are [...] (c) anyone acting as a member of, or in the interest of, a group or a class of persons; [...] (e) an association acting in the interest of its members ». Il semble que l'interprétation de ce droit pourrait extensivement fonder la requête du représentant d'une ethnie auprès d'un tribunal.

¹⁷¹*Interpretation of the Bill of Rights* (CF), art. 39 (1) (b) et (c) « When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum (b) must consider international law and (c) may consider foreign law ». Voir les références à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et aux commentaires des juges C. L'Heureux-Dubé (*Egan c. Canada*, (1995) 29 C.R.R. (2nd) 79 à la p. 106) et McLachlin (*Miron c. Trudel*, (1995), 29 C.R.R. (2nd) 189) dans *Harsken c. Lane*, (1997) CCT à la p. 9. Voir aussi J. Dugard, « International Law and the 'Final' Constitution » (1995) 11 S. Afr. J. Hum. Rts. 241; A. Cockrell, « Rainbow Jurisprudence » (1996) 12 S. Afr. J. Hum. Rts. 1; J. Sisk et A. Pronto, « The International Human Rights Norms In South Africa: The Jurisprudence of the Human Rights Committee » (1995) 11 S. Afr. J. Hum. Rts. 438.

¹⁷²Voir *Makwanyane*, *supra* note 37, para. 37-39.

¹⁷³*Supra* note 91. Preamble « [...] Heal the divisions of the past and establish a society based on democratic values, social justice and fundamental human rights ».

Or, le droit au développement est aujourd'hui unanimement considéré comme un droit fondamental de l'homme consacré notamment par la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (*Charte de Banjul*) ratifiée en 1996 par l'Afrique du Sud¹⁷⁴. L'émancipation politique de l'Afrique du Sud sous la forme de la lutte de « Libération Nationale » n'a été possible qu'avec la mobilisation des masses (populations) africaines politiquement opprimées, économiquement exploitées et socialement exclues. L'ANC est incontestablement le produit historique de cette lutte et l'un de ses principaux animateurs. C'est sans doute pourquoi ses dirigeants sont sur le qui vive. En fait, ils doivent nécessairement mettre en oeuvre le fameux Programme de Développement et de Reconstruction (PRD) qui vise à rééquilibrer la société Sud-Africaine pour réduire les inégalités séculaires qui la minent. Mais il semble qu'ils ne peuvent se soustraire aux principes constitutionnels définis en 1993 et qui sous-tendent le chapitre 2 de la nouvelle *Constitution de 1996*.

Néanmoins, la plupart des travaux consultés s'accordent pour faire de ce programme l'une des conditions *sine qua non* de l'adhésion des populations africaines (masses populaires) à la politique du Congrès National Sud-Africain et par conséquent, de son maintien durable au pouvoir par la continuité de sa prédominance.

Sans préjuger de l'issue de ce vaste et ambitieux programme élaboré sous la pression du mouvement populaire et notamment des syndicats (le COSATU : Congress of South African Trade Unions et la SANCO : South African Civic Organizations), on peut craindre qu'il ne se heurte au nouvel ordre économique mondial qui veut s'imposer à l'Afrique du Sud. Sa volonté de confiner ce pays et ses habitants dans la production et l'exploitation de matières premières est manifestement contraire à l'ambition sud-africaine de s'industrialiser davantage pour se propulser vers la prospérité et la justice sociale¹⁷⁵.

Dans ce domaine, il apparaît que c'est le droit fondamental à la propriété qui est relevé comme l'un des grands obstacles à la transformation. Son acceptation par

¹⁷⁴Pour les ratifications ou incorporations de traités sous la *Constitution de 1996*, voir J. Dugard et I. Currie, « Public International Law », (1996) Annual Survey of South African Law. Dans ce domaine aussi, on peut remarquer la qualité de la démocratie en notant que depuis 1995 l'Afrique du Sud (Parlement) a procédé à au moins 13 ratifications contre deux ratifications (*Convention for the Suppression on Traffic in Persons and Exploitation of the Prostitution of Others* - 1950 - and Final Protocol to the Convention for the Suppression of Traffic in Persons and Exploitation of the Prostitution of Others - 1950 -) en 1951 pour le régime d'apartheid. Conformément au Préambule de sa *Constitution* (para. 10), l'Afrique du Sud retrouve progressivement sa juste place dans la communauté internationale. Pour les ratifications sud-africaines de traités relatifs aux droits de l'homme avant et après 1995, voir « Note on South Africa's declaration of adherence to the African Charter on Human and Peoples Rights »; page créée sur le site Web de l'Université de Witwatersrand, en ligne <<http://sunsite.wits.ac.za/law>>. Voir aussi M. Olivier, « South Africa's Participation in International Human Rights Instruments » (1995) 11 S. Afr. J. Hum. Rts. 641; J. Dugard, « Public International Law » dans M. Chaskalson et al., dir., *Constitutional Law of South Africa*, Cape Town, Juta and Co., 1996 aux pp. 13 et ss.

¹⁷⁵Pour plus de détails sur les problèmes relatifs au PRD, voir Beaudet, *supra* note 113 aux pp. 39-52 et la crainte du mouvement ouvrier exprimé par John Copelyn (ex-secrétaire général de la SACTWU et député de l'ANC), qui estime que « le PRD risque de devenir une simple question de Promesses, de Débat et de Rhétorique ». Cette citation se trouve aux pp. 45-46. Voir aussi Hein Marais, « South Africa: The popular Movement in the Flux and the Reconstruction and Development Program (R.D.P.) », (1996) *Africa Development* 2 et 3 aux pp. 212 et ss.

l'ANC peut être considérée comme une véritable rupture liée aux « compromis » et qui protège les droits des propriétés existantes sans entraver l'action réformatrice de l'État¹⁷⁶.

L'article 28 (Propriété) de la *Constitution intérimaire* est le produit d'un compromis entre deux positions (ANC - NP) pendant les négociations (MPNP : Multi Party Negotiating Process) qui se déroulèrent de mai à novembre 1993¹⁷⁷. Le document final (*Rapport 8* du 09/08/1993) élaboré par le comité technique dominé par les juristes alignés sur l'ANC ne reflète pas les vues de l'organisation, mais procèdent davantage de considérations académiques que politiques¹⁷⁸.

Mais le droit de propriété implique le droit d'expropriation qui est son corollaire. En effet, son usage doit tenir compte de l'intérêt public et de l'intérêt des propriétaires en considérant tous les facteurs pertinents tels que notamment, l'histoire de l'acquisition de la propriété et son usage.

¹⁷⁶En effet, le but de l'ANC, pendant les négociations constitutionnelles, n'était pas la protection exclusive des droits de propriété existants. Au contraire, il voulait légiférer dans le sens de la réforme foncière et de la restitution des terres accaparées par spoliation. Voir ANC, *A Bill of Rights for a New South Africa. A preliminary revised text*, 1 May 1992. Notamment le titre *Property*, art. 13 et 12 (Terre). Voir Albie Sachs, l'un des « architectes » de la Déclaration des droits dans *Property as a human right*, qui subordonne les droits de propriété aux besoins de la nation (intérêt public); communication donnée à la *Conference on property rights*, Hazyview, May 1993. Voir aussi *Government proposals on a Charter of fundamental rights*, Republic of South Africa, 2 february 1993 à la p. 11. Pour l'ancien régime d'apartheid, en fait, le P.N. (De Klerk), le droit des propriétés existantes est traité dans le but de le sauvegarder ou de le soustraire des éventuelles mesures gouvernementales de l'ANC qui lui porteraient atteinte. Voir aussi *First progress Report of the technical committee on fundamental rights during the transition*, 14 mai 1993 et le second du 21 mai 1993. Voir *Negotiating position on property clause*, produit à la conférence sur les droits fonciers et de propriété, Hazyview, 25-26 mai 1993; ANC, *Draft Property clause*, mai 1993; et *Proposals on the property clause*, document non daté, produit sans doute en 1993.

¹⁷⁷Secrétariat du Commonwealth, *Violence in South Africa: Report of the Commonwealth observer. Mission to South Africa*, Janvier 1993; voir A/AC/115/L.675 10-06-1991; A/AC 115/L.693; E/CN.4/sub.2/ 1993/11.

¹⁷⁸Le comité technique était, selon Matthew Chaskalson, dominé par les juristes suivants: Lourens Du Plessis, Hugh Corder, Zac Yacoob et un autre nommé par l'ex-Ciskei. En fait, avant d'accepter le 8^e rapport et notamment au terme des travaux du comité ad hoc, l'ANC contestait la légitimité du mandat des négociateurs du Conseil de négociation pour rédiger une déclaration des droits. Il ne voulait approuver qu'une déclaration minimale apte à protéger ou à garantir une activité politique libre conduisant à des élections démocratiques et à une assemblée constituante. Celle-ci aurait la responsabilité de rédiger une constitution qui intègre une déclaration complète des droits fondamentaux. Relativement à la consécration des vues de l'ANC, M. Chaskalson estime qu'elle relève de la chance pour ne pas dire du hasard. En effet, ses experts du comité ad hoc (Halton Cheadle - relation du travail, liberté d'association; Chief Gwadiso - droit coutumier; Penuel Maduna - constitutionnaliste) ne seraient pas des spécialistes du droit de propriété. Mais nous ne croyons pas qu'il faille être forcément des spécialistes du droit de la propriété pour disposer en cette matière. Du reste, si cela était si important en matière constitutionnelle, les spécialistes auraient eu le dernier mot, ce qui n'est manifestement pas le cas. Voir M. Chaskalson, « Stumbling towards section 28: Negotiations over the protection of property rights in the Interim Constitution » (1995) 11 S. Afr. J. Hum. Rts. 222 aux pp. 222-240, particulièrement aux pp. 226-228; voir Corder et al., *A Charter for Social Justice: a Contribution to the South African Bill of Rights Debate*, Cape Town, Juta and Co., 1992 aux pp. 65-66; à comparer avec les rapports du comité technique, notamment les rapports n^{os} 1 et 2; M. Chaskalson, « The Property Clause: Section 28 of the Constitution » (1994) 10 S. Afr. J. Hum. Rts. 131.

C'est l'article 25 de la *Constitution de 1996* qui précise que l'intérêt public fait obligation à l'État de s'engager à la réalisation de la réforme foncière et de « l'accès équitable de tous aux ressources naturelles de l'Afrique du Sud »¹⁷⁹.

Les différentes péripéties des négociateurs relatives au degré de protection de ce droit dans un système démocratique est très révélateur des conflits liés à son exercice en Afrique du Sud. Le compromis accepté par l'ANC marque une rupture si l'on se réfère à sa première conception exprimée par sa *Charte de la liberté* (nationalisation...) et à son refus de disposer sur la propriété pendant les négociations de la transition ou période intérimaire.

Mais les concessions nécessaires et les ruptures salutaires qu'elles impliquaient conservaient une continuité essentielle; la mise en place d'une assemblée constituante et d'une constitution intégrant une déclaration complète des droits fondamentaux inaugurant ainsi l'ère des libertés publiques en Afrique du Sud.

Quant à la réforme foncière, sa réalisation paraît nécessaire et s'impose comme une conséquence directe de la « grande dépossession ». En fait, la monopolisation des terres par les colons européens soutenus par un système administratif discriminatoire consolidé et développé par l'apartheid¹⁸⁰.

Néanmoins, même nécessaire, cette réforme est tempérée par la prudence du constituant qui n'était pas dupe des multiples pièges qui pouvaient en résulter. C'est pourquoi il affirme que la mise en oeuvre de cette réforme s'opérera « dans la limite des ressources disponibles » et « sur une base équitable » [notre traduction]¹⁸¹.

Dans le même ordre d'idées, la *Constitution* pose le principe selon lequel « une personne ou communauté dépouillée de la propriété après le 19 juin 1913 conséquemment aux lois ou pratiques discriminatoires a le droit soit à la restitution de cette propriété, soit à une réparation (« redress ») équitable ». En fait, c'est toutes les déposessions antérieures fondées sur des motifs incompatibles avec l'interdiction constitutionnelle de la discrimination raciale qui sont visées. Les personnes spoliées dans ces conditions sont fondées à faire valoir leurs droits devant une cour. Mais il faut dire que la procédure judiciaire est exigeante et frustrante pour tous ceux qui ne

¹⁷⁹ *Supra* note 91. Property, art. 25 (4) (a) « the public interest includes the nation's commitment to land reform, and to reforms to bring about equitable access to all South Africa's natural resources ». Voir A. Eisenberg, « Public Purpose And Expropriation: Some Comparative Insights and The South African Bill of Rights » (1995) 11 S. Afr. J. Hum. Rts. 207.

¹⁸⁰ Cette monopolisation des terres ou « grande dépossession » commence vers 1652 avec l'installation des premiers colons européens du Cap. Elle prend des formes tragiques et massives à partir de 1913 avec l'officialisation de la discrimination raciale sous le mandat britannique qui allouait 87% des terres aux « Blancs » et 13% aux « Noirs ». Voir Beaudet, *supra* note 113 aux pp. 81-93; Cadoux, *supra* note 4 aux pp. 257 et s. La Commission d'enquête dirigée par H.A. Fagan considérait que « l'idée d'une totale ségrégation était complètement impraticable » : Union of South Africa, *Report of the Natives Law Commission, 1946-1948* : U.G. 28/1948, Prétoria, Government Printer, 1948 à la p. 19; Thompson et Wilson, *supra* note 1. Il faut noter que le Parlement sud-africain aurait adopté 9 lois de réforme foncière entre 1994 et 1996. Deux millions d'hectares de terre auraient été distribués dans le cadre d'un programme spécial. Voir *Bulletin de l'Afrique du Sud* (13 novembre 1996).

¹⁸¹ *Supra* note 91. Property, art. 25 (5) « The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to foster conditions which enable citizens to gain access to land on an equitable basis ».

peuvent pas prouver que la terre dont ils ont été spolié est bien la leur¹⁸². Du reste, une commission relative à la restitution des droits fonciers est chargée de faire des enquêtes sur les fondements des différentes revendications¹⁸³.

En conséquence, l'État est fondé à légiférer « pour remédier aux effets de la discrimination raciale passée ». La prédominance du concept de « race » plutôt que d'ethnie se rapporterait à la spécificité de la domination raciale (« suprématie blanche ») structurée par l'apartheid et qui s'imposait aux populations sud-africaines jusqu'au processus constitutionnel de 1993 qui y mettait un terme¹⁸⁴.

Les dispositions constitutionnelles ne sont pas dépourvues de limitations qui s'expliquent par le passé de la société du constituant caractérisée par des situations monopolistiques dans l'économie nationale¹⁸⁵. L'assujettissement des droits à des clauses limitatives n'est pas une exception sud-africaine¹⁸⁶. Selon l'art. 33 de la

¹⁸²En outre, certaines dispositions (art. 34) du « Restitution of Land Rights Act-Act 22 of 1994 », en ligne : <<http://www.polity.org.za/govdocs/legislation/1994/act94-022.htm>> sont des obstacles pour la majorité des plaignants tel que le montre l'intéressante jurisprudence qui traite de l'intérêt public en la matière, en mettant en balance les exigences de la restitution des droits fonciers à Cato Manor et ceux du développement. Voir *Ex parte North Central and South Central Metropolitan Substructure Councils of Urban Metropolitan Area*, (1997), LCC 15.

¹⁸³*Supra* note 91. Property, art. 25 (7) « A person or community dispossessed of property after 19 June 1913 as a result of past racially discriminatory laws or practices is entitled, to the extent provided by an Act of Parliament, either to restitution of that property, or to equitable redress ». C'est l'article 122 de la *Constitution intérimaire*, plus prolixe sur les droits fonciers que la *Nouvelle Constitution de 1996*, qui prévoyait la création par la voie législative de cette Commission. Pour davantage d'informations sur l'évolution de cette question, voir S.B.O. Gutto, *Property and Land Reform: Constitutional and Jurisprudential Perspectives*, Durban, Butterworths, 1995; A. Homot, *L'expropriation pour cause d'utilité publique*, Paris, Librairies Techniques, Librairie de la Cour de Cassation, 1975.

¹⁸⁴Le point de départ officiel de ce processus peut être situé au 2 février 1990 avec les mesures prises par F.W. Deklerk, après plusieurs mois de négociations clandestines avec la direction (Mandela) de l'ANC. Il s'agit de la légalisation de ce mouvement, de la libération de N. Mandela (le 11-02). Voir *Études et Documents des Nations Unies*, A/AC/115/L.675 du 10-06 - 1991; N. Mandela, *supra* note 47 aux pp. 613-625. Pour plus d'informations sur la CODESA, voir (1992) 8 S. Afr. J. Hum. Rts. 249.

¹⁸⁵Cette situation, qui relève des faits, est cependant progressivement contrebalancée par l'émergence d'une bourgeoisie africaine issue des « townships » et qui s'en isole de plus en plus au profit des quartiers aisés. En fait, l'action affirmative, tendant à la correction des inégalités du passé notamment, est fortement demandée, même si sa portée est limitée, car la Nouvelle Afrique du Sud n'accepte pas la notion de « discrimination positive » qui s'oppose à sa morale politique et à ses principes constitutionnels égalitaires et non raciaux ou ethniques. Par contre, différentes forces sociales travaillent très concrètement à l'émergence d'un pouvoir économique africain dont le chef de file est le D^r Ntatho Motlana, qui dirige le « Holding-Corporate Africa ». C'est le « Black Empowerment » qui semble faire l'unanimité de ses différents partenaires qui le préfèrent à une nouvelle forme de ségrégation inversée. En outre, l'Afrique du Sud est en train d'étudier les voies et moyens pour qu'à l'an 2000, les Africains soient efficacement représentés dans toutes les institutions déterminantes de leur vie nationale. Voir J. Don Mkhwanazi, « Economic Empowerment: A Black Business Perspective » dans Innes et al., dir., *Reversing Discrimination: Affirmative Action in the Workplace*, Cape Town, Oxford University Press, 1993; F. Genin, *supra* note 53 aux pp. 181-186.

¹⁸⁶Voir la *Charte canadienne des droits et libertés* à l'art. 1 : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » dans *Droit Constitutionnel*, par Brun et Tremblay, *supra* note 88 à la p. 1175; voir aussi la *Constitution* (Loi fondamentale) de la République fédérale de l'Allemagne qui énonce les droits fondamentaux (art. 1 à 19) et dispose à l'article 19(1) « Lorsque d'après la présente Loi fondamentale, un droit fondamental peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi, cette loi doit

Constitution intérimaire (Chap. 3, C.I.) et l'art. 36 de la *Constitution Finale* (Chap. 2, C.F.), les droits fondamentaux du *Bill of Rights* ne peuvent être limités que si « nécessaire » et cette limite doit être « raisonnable » et se « justifier » dans le cadre d'une société démocratique et ouverte fondée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté¹⁸⁷.

La violation par une loi des dispositions du *Bill of Rights* ou la validation de celle-ci sur le fondement de la clause limitative relève de la compétence de la Cour Constitutionnelle (art. 167) qui est l'instance la plus élevée de l'ordre judiciaire (art. 166) et pour toutes les affaires constitutionnelles (art. 167 (3) (a)). Elle est chargée, aussi comme tous les tribunaux du pays qui peuvent interpréter la déclaration des droits, de la protection des droits et libertés fondamentaux définis par la *Constitution*. Ceux-ci ne peuvent être suspendus que s'il y a état d'urgence¹⁸⁸.

La Cour constitutionnelle, dont les 11 membres sont nommés par le Président de la République, prend des décisions obligatoires et sans appel. Il faut dire que, malgré les critiques relatives à la survivance des juges de l'ancien régime dans le nouveau système judiciaire, la plupart des juges de la Cour constitutionnelle ont une solide réputation en tant qu'avocats des droits de l'homme ou universitaires spécialistes de cette discipline. Dès sa première année de fonctionnement, la Cour constitutionnelle a reçu 22 requêtes pour 14 jugements délivrés¹⁸⁹. En décembre 1996,

valoir de manière générale et non seulement pour un cas particulier. La loi doit en outre énoncer le droit fondamental avec indication de l'article concerné ». Art. 19(2) : « Il ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental. » Voir Colas, *supra* note 37 à la p. 246. Sur cette notion de « the essential content of the right... » dans la *Constitution intérimaire de 1993* (art. 33(1) (b)) qui disparaît dans la *Constitution finale de 1996*, voir J. de Waal, « A Comparative Analyse of the Provisions of German origin in the Interim Bill of Rights » (1995) 11 S. Afr. J. Hum. Rts. 1.

¹⁸⁷ *Supra* note 35, chap. 3, art. 33(1) : « The rights entrenched in this Chapter may be limited by law of general application, provided that such limitation (a) shall be permissible only to the extent that it is (i) reasonable and (ii) justifiable in an open and democratic society based on freedom and equality and (b) shall not negate the essential content of the right in question [...] ». Voir aussi *supra* note 91, chap. 2 art. 36 (1) : « The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors ; including (a) the nature of the right; (b) the importance of the purpose of the limitation; (c) the nature and extent of the limitation; (d) the relation between the limitation and its purpose; and (e) less restrictive means to achieve the purpose ».

¹⁸⁸ Voir State of emergency, art. 37 de la *Constitution de 1996*, *supra* note 91 qui prévoit une liste de droits non dérogeables, soit entièrement ou partiellement. Il s'agit précisément des 7 articles suivants : 9 (égalité), 10 (dignité humaine), 11 (vie), 12 (liberté et sécurité de la personne), 13 (esclavage, servitude et travail forcé), 28 (enfants), 35 (arrestation, détention et accusation des personnes). De tous ces droits, la dignité et la vie sont les seuls qui ne peuvent être légalement suspendus. Donc, ils sont entièrement protégés. Pour les cinq autres articles, la non dérogação est partielle. Autrement dit, ils peuvent être partiellement suspendus.

¹⁸⁹ Comparativement, la Cour suprême du Canada, qui est son équivalent, a, dans sa première année d'application de la *Charte*, décidé sur 3 cas seulement. Voir Sarkin, *supra* note 38 à la p. 135, n. 4. Toutefois, le système judiciaire qui est irréductible à la Cour constitutionnelle ne ressemble pas encore à la société sud-africaine pour plusieurs raisons structurelles. La majorité des juges sud-africains sont « Blancs » et réputés favorables à l'apartheid. Ainsi, en 1993, 99% de l'ensemble des juges sud-africains étaient des « hommes blancs ». Cette fonction aussi est gravement marquée par le racisme et le sexisme. Avec le changement démocratique et la réintégration des bantoustans, le nombre des juges « Noirs » et des juges féminins (4%) est en train de s'améliorer. Mais, 987 des 1511 magistrats étaient « Blancs »; 474 magistrats étaient « Noirs » et venaient en majorité des ex « homelands »; 26 étaient « Métis » et 24

le nombre de cas décidés s'élevait à environ 40. La plupart de ces cas étaient relatifs au droit à un procès équitable, à l'égalité, à la liberté d'expression, à la vie privée, aux pouvoirs provinciaux et à l'application de la déclaration des droits. Pour les analystes du rôle politique de la Cour constitutionnelle, un nombre important de décisions furent des victoires pour la démocratie et les droits de l'homme¹⁹⁰.

Mais les juges qui sont si nécessaires à l'effectivité de la protection des droits fondamentaux dans un système constitutionnellement démocratique sont-ils au-dessus de tout soupçon relativement aux enjeux idéologiques qui se manifestent aussi bien dans la *Constitution* que dans la société sud-africaine¹⁹¹ ?

étaient « Indiens ». Néanmoins, 90% des magistrats régionaux sont encore « Blancs ». Il ne faut pas sous-estimer cette composition, car 95% de toutes les affaires criminelles et civiles sont jugés par ces magistrats : voir Wa Mutua, *supra* note 56 aux pp. 103-107. Manifestement, cette situation qui résulte de l'organisation d'apartheid doit être rapidement corrigée et ce, même si la qualité d'un système judiciaire est irréductible au phénotype ou au sexe des juges qui le composent. Il y va de l'intérêt de la justice en Afrique du Sud. Les magistrats « Blancs » de ce pays, dont nul ne conteste les compétences, devraient, s'ils sont convaincus du changement, contribuer à la formation et à l'intégration de leurs concitoyennes et concitoyens dans ce domaine, comme dans les autres. À cet égard, il faut souligner l'engagement du Canada qui s'investit dans la formation des magistrats, ainsi que la Belgique qui soutient le « Legal Resources Center » et le « Center for Applied Legal Studies » de l'Université du Witwatersrand, qui sont des organisations non gouvernementales très engagées dans ce domaine. Sarkin, *ibid.* à la p. 65, n. 8.

¹⁹⁰Sarkin, *ibid.*

¹⁹¹Voir Hahlo et Kahn, *supra* note 39; M. Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, Toronto, Wall and Thompson, 1989. J. Bakin, *Just Words, Constitutional Rights and Social Wrongs*, Toronto, University of Toronto Press, 1997 aux pp. 103-113. Si la *Constitution du Canada* reconnaît la suprématie de Dieu et la primauté de la loi, celle de l'Afrique du Sud ne reconnaît que la suprématie de la Constitution et la primauté de la loi. Dans ce cadre, le juge est particulièrement comptable de son activité qui induit la notion de « The Accountability of The Judge In Making Law ». C'est tout le sens du commentaire du juge Froneman, qui estimait que « Judicial law-making in the form of judicial review is fundamentally different from making law by legislation. It contrasts to legislative law-making, the process of judicial review is not partisan in the sense that it is initiated by the law makers themselves. Judges do not initiate litigation; individual litigants do. And the adjudication process of « creating » law is done by an impartial and independent judge; not by the majority party which initiates legislation in the legislature. A judge is also accountable for the decision he makes in a number of different ways. He is obliged to give reasons for his decision and may be taken on appeal to a higher court. But he should also accept that his decision-making and reasons for it should be subject to vigorous and critical public scrutiny at all levels of civil society. It is the obligation of society to ensure that this kind of accountability is real. In addition, the Constitution makes provision for formal accountability in the selection process of judges and for their removal on the grounds of misbehaviour, incapacity or incompetence (s. 104 (1) and (4)). In short, if participation by the individual in the decision-making process and accountability by the person making the decision are the essential hallmarks of the democratic process, the process of judicial review may not only afford a good example of the process; but may also contribute to a richer understanding of democracy by extending the principles of participation and accountability beyond the merely formal legislative institutions at national, provincial or local levels to public decision-making at other levels, and also by protecting the legitimate interests of the minority whose concerns may not always be given the attention they deserve by majorities in the various legislatures in the country. The Constitution, in my view, gives explicit recognition to this role of the judiciary by making provision for judicial review, based on the supremacy of the Constitution (ss. 98 and 101), and by its fundamental concern to establish a constitutional system based on openness, democratic principles, human rights, reconciliation, reconstruction and peaceful co-existence between the people of the country in the « National unity and reconciliation » section that appears immediately after s. 251 (4), which forms a substantive part of the Constitution by virtue of the provisions of s. 232 (4) » : dans *Matiso c. Commanding Officer, Port Elizabeth Prison*, (1994), 4 S.A.R. 592 (SE). Cité par

* * *

L'identification de la *Constitution sud-africaine* aux droits de l'homme apparaît aussi bien dans la forme des dispositions consacrées que dans l'interprétation de ces dispositions qui, pour l'essentiel, se réfèrent toutes au droit international des droits de l'homme. C'est ce que confirme un auteur qui disait que :

The post-World War II period has been characterized as the Age of Rights, an era during which the human rights movement has come of age. The new South Africa is the first state that is the virtual product of that age and the norms it represents. Indeed, the dramatic rebirth of the South African state, marked by the 1994 democratic elections, has arguably been the most historic event in the human rights movement since its emergence some fifty years ago. Never has the recreation of a state been so singularly the product of such focused and relentless advocacy of human rights norms¹⁹².

Ainsi, la volonté des dirigeants sud-africains de favoriser la réalisation d'une Afrique du Sud unie, purgée des injustices du passé s'exprime très bien dans la *Constitution* du pays; celle-ci contient une solide déclaration des droits qui protège la plupart des droits fondamentaux identifiables dans les différentes constitutions du monde. Mais pour intégrer la majorité des habitants dans le partage des fruits de la croissance, l'Afrique du Sud aura besoin d'une aide internationale accrue et d'investissements privés massifs pour réaliser ses différents plans de développement.

En effet, le gouvernement sud-africain aurait besoin de capitaux importants pour financer le « RDP » auquel il allouait en 1994, 2,5 milliards de rands¹⁹³; selon la banque de développement de l'Afrique du Sud (*Development Bank of South Africa*), entre 1992 et 1993, les ONG sud-africaines reçurent plus de 1,5 milliard de rand d'aide étrangère qui furent investis dans des programmes de développement¹⁹⁴.

Actuellement, il semble que depuis les élections de 1994, la majorité du financement extérieur est destiné au RDP. Dans la mesure où l'État est comptable des services de base, son plan quinquennal qui expire en 1999 méritait cette réorientation de l'aide internationale¹⁹⁵. Dans ce cadre, il faut souligner les avantages du

F. Venter, « Requirements For A New Constitutional Text: The Imperatives Of The Constitutional Principles » (1995) 112 S. Afr. L.J. 44.

¹⁹² Wa Mutua, *supra* note 56 à la p. 114 qui considère que le déploiement des normes « droits de l'homme » comme principaux vecteurs du changement serait dans tous les cas, insuffisant pour renverser l'encombrant héritage de l'apartheid.

¹⁹³ *Weekly Mail* (5 août 1994).

¹⁹⁴ Sur cette somme, le calcul de la DBSA montre que 43% allait à l'éducation et à la formation, 12% au développement communautaire, 11% aux droits de l'homme et à l'aide judiciaire et 11% au développement rural. Il faut ajouter à cette somme les importantes subventions relatives à l'éducation électorale et aux premières élections démocratiques de 1994. Voir, *Weekly Mail* (2 septembre 1994).

¹⁹⁵ Celle-ci se fait notamment au détriment des ONG locales qui drainaient l'essentiel de cette aide sous l'apartheid en assurant par défaut des services qui incombait à l'État démocratique. Du reste, même les excellentes ressources humaines des organisations de la société civile sont mises à contribution pour reconstruire l'État. Toutefois, ce réaménagement n'est digne d'intérêt que s'il permet la réalisation significative des 2,5 millions d'emplois promis, l'électrification de 2,5 millions de foyers, la construction de 1 million de logements, la gratuité de l'enseignement primaire et secondaire et la redistribution partielle et effective des terres agricoles. À défaut, on peut craindre des désenchantements dont les

volontarisme caractérisant les politiques dites de « l'affirmative action » qui visent à la réduction des déséquilibres entre les différentes communautés. Il s'agit notamment de permettre aux Africains d'accéder aux postes qui étaient inaccessibles pour eux sous l'apartheid.

Manifestement, l'État travaille à inciter leur embauche aussi bien dans le secteur public que privé. Dans le secteur publique tributaire des récents changements démocratiques, l'opération qui entend réaliser des principes constitutionnels semble réalisable dans des délais relativement courts. En ce sens, l'« africanisation » du secteur public qui ne suppose pas son « noircissement » ou sa « déblanchisation », s'opère normalement dans le respect de l'égalité fondamentale de tous les Sud-Africains. Par contre, dans le secteur privé contrôlé par les « holdings blancs », le pouvoir d'intervention de l'État est insignifiant et pour le moment, 90% des postes d'encadrement des sociétés privées sud-africaines sont détenus par des « Blancs ».

Le projet tendant à assurer 60% de « managers » africains d'ici l'an 2000 est un des moyens de faire correspondre les entreprises privées à la société sud-africaine dans laquelle elles prospèrent. L'Afrique du Sud est perçue comme une terre d'avenir aussi bien pour le continent africain que pour le reste du monde qui profite de ses ressources depuis plus d'un siècle. Elle représenterait à elle seule un tiers du PIB de toute l'Afrique, le quart de ses réserves en devises, 40% de son électricité, 60% de son réseau ferroviaire, 50% de son système de communications téléphonique, 48% de son parc automobile, etc., ce qui en fait manifestement, le « pivot économique » ou la « locomotive » de tout un continent dont le marché lui est désormais complètement ouvert. Cette position favorable renforcée par des institutions qualitatives sans précédent en Afrique contemporaine pourrait drainer les ressources humaines compétentes du continent au profit de son développement dont les retombées seraient salutaires pour tous ses partenaires africains notamment. La protection des droits fondamentaux qui apparaît clairement dans la *Constitution* montre suffisamment la complexité de ses mécanismes qui sont multiformes. La cohésion de l'ensemble de ce dispositif conditionne certainement son efficacité ou le contraire¹⁹⁶.

Le principe de sécurité de l'article 23 de la *Charte de Banjul* qui dispose sur ce droit, précise qu'il doit être assuré aussi bien nationalement qu'internationalement. Non seulement il signifierait la prévention de la guerre ou de la violence, mais aussi et surtout l'absence ou la réification de leur menace ou de ce qui peut les provoquer.

conséquences peuvent être graves et difficilement mesurables; en effet, pour la majorité des Sud-Africains exclus de la prospérité, le statu quo social et économique n'augure pas des lendemains qui chantent.

¹⁹⁶ Voir D. Van Wyk et al., *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order*, Cape Town, Juta and Co., 1994 aux pp. 599-603; voir S. Shezi, « State Transformation and the Management of Collapse » dans I.W. Zartman, dir., *Collapsed States: The Disintegration and Restoration of Legitimate Authority*, Boulder, Boulder Lynne Reiner, 1995 aux pp. 191 et ss. qui considère que « In the context of South Africa, the majority of whose people have inherited extreme levels of poverty, malnutrition, and political, social, and economic deprivations, democracy means much more than the right to vote in a multiparty system. It means the ability of the new government to satisfy the basic educational, social, and economic needs of the victims of oppression in a manner that will significantly narrow the gap between white affluence and mass (black) poverty ». *Ibid.* aux pp. 200-201.

Autrement dit, l'oppression du peuple d'un État, pris en bloc ou de ses différentes composantes prises individuellement.

À cet égard, la participation de tous les groupes au processus politique et économique post-apartheid tel qu'exigé par le droit à l'autodétermination doit être à la fois réel et perceptible. Donc, un programme d'éducation à la démocratie est aussi nécessaire que le système politique qui permettrait cette participation. Celle-ci devrait accorder une place importante aux femmes africaines qui constituent 36,3% de la population totale et dont les droits doivent être mis en oeuvre pour leur libération des effets du racisme d'antan et du sexisme de toujours. La ratification en 1995, par l'Afrique du Sud de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, adoptée le 18 décembre 1979 et entrée en vigueur depuis le 3 septembre 1981, semble indiquer la perspective du gouvernement en la matière¹⁹⁷.

La décentralisation de l'État par la provincialisation n'est pas forcément un système constitutionnel fédéral. Mais elle est généralement considérée comme plus apte que l'État exclusivement unitaire à garantir la protection du droit à l'autodétermination; car il accroîtrait davantage aussi bien l'accès au pouvoir à tous les niveaux que le sens de la participation dans le processus politique. Les gouvernements régionaux et locaux ont en conséquence la responsabilité de promouvoir et de protéger le droit des différents groupes de poursuivre leur développement social et culturel dans des domaines tels que l'éducation et la langue.

Toutefois, il faut souligner le fait que ces différents gouvernements ont l'obligation de protéger les droits fondamentaux de chaque individu autant qu'ils doivent prendre en compte le droit à l'autodétermination de chaque groupe. À cet égard, tout programme gouvernemental d'inspiration exclusiviste serait un néo-apartheid illégal et inacceptable sur le fondement du droit international des droits de l'homme et du droit interne sud-africain.

C'est pourquoi la protection du droit à l'autodétermination dans l'Afrique du Sud post-apartheid nous paraît fondamental pour la stabilité territoriale de ce pays. En effet, l'une des conséquences de l'apartheid, c'est d'avoir légué à l'Afrique du Sud démocratique l'affirmation du séparatisme basé sur la race, l'ethnie, etc..., par certains groupes ou communautés.

La protection du droit à l'autodétermination de ces groupes au sein de la nation peut jouer un rôle très positif dans la phase initiale de reconstruction de l'unité

¹⁹⁷ Historiquement, les femmes occupent une position vulnérable dans la société. Même si plusieurs Sud-Africaines ont contribué à la libération nationale et que le ministre de la santé (Dr. Nkosazana Zuma), le ministre des entreprises publiques (Stella Sigcau) et le ministre du logement (Sankie Mthembu-Nkondo) sont des femmes, A.K. Wing et E.P. Carvalho estiment que « South Africa needs a vision of equality that gives particularized attention to the needs of black women, who have endured unequal treatment because of their race and gender. Black women are in the unique position of being the least equal of all groups in South Africa. They have been oppressed by Whites on the basis of race, and they have been oppressed by men, both white and black, on the basis of gender [...] ». The task of creating a non-sexist South Africa is enormous », voir dans « Black South African Women: Toward Equal Rights » (1995) 8 H.R.J. 57 à la p. 58. Pour la Convention, voir W.A. Schabas et D. Turp, *Droit International canadien et québécois des droits et libertés: notes et documents*, Cowansville, Yvon Blais, 1994 aux pp. 63-72.

nationale. Il s'agit notamment de persuader les groupes ethniques de participer pacifiquement à ce processus; à défaut, l'ethnisme pourrait devenir un facteur destructeur en polarisant les insatisfactions. Par contre, si leur adhésion est justement acquise, l'ethnicité peut être un facteur positif.

Dès lors, la protection du droit à l'autodétermination en Afrique du Sud pourrait signifier la garantie pour les différentes communautés d'être équitablement et justement protégées, et qu'elles participent pacifiquement au processus de la reconstruction nationale. Cela nous paraît conforme ou souhaitable, car après tout l'objectif du droit à l'autodétermination est de permettre aux peuples et ultimement aux individus d'être en mesure de participer pleinement au processus politique, de prospérer et de transmettre leur culture. Ils ne doivent en aucun cas être l'objet d'une domination et d'une exploitation ou de toute autre forme de négation de leurs droits fondamentaux.

La superposition de la diversité culturelle à la fragmentation territoriale peut apparaître comme un obstacle à l'unité nationale par la réunification territoriale de l'État. Mais n'est ce pas sous-estimer les conséquences participatives de ces avancées démocratiques telles que la reconnaissance des droits culturels dans l'organisation d'un monde commun au sein d'un « pays un et souverain » aux exigences unitaires avérés ?

Les personnes qui vivent dans les différents territoires sud-africains sont constitutionnellement et effectivement libres de s'auto-déterminer comme les différentes consultations l'ont prouvé; en conséquence, ils doivent disposer des moyens économiques, sociaux et culturels aptes à les faire participer à la construction de leur nation qui est en cours. Sinon, ils disposent de la liberté constitutionnelle de contrarier le projet national à défaut d'avoir les moyens institutionnels de démanteler l'État.

En nous fondant sur le droit interne sud-africain (la Constitution) et international (la *Charte de Banjul* et les textes des Nations Unies), nous pouvons dire que la plus grande menace qui pèserait sur l'Afrique du Sud et son unité est relative au degré de protection qu'assure les droits fondamentaux de sa constitution. Or, cette protection dépend davantage de la gestion des mécanismes internes et notamment constitutionnels et dans leur capacité à construire l'État démocratique qui assumera leurs conséquences juridiques, politiques, économiques, sociales et culturelles. Pour la majorité des Sud-Africains comme pour l'ANC, la justice et le développement dans la liberté ne sont-ils pas à ce prix?