

Afrique du Sud

Le secteur de la Justice et l'Etat de droit

DOCUMENT DE DISCUSSION

AfriMAP et l'Open Society Foundation for South Africa

2005

© Copyright 2005, *Open Society Foundation for South Africa*. Tous droits réservés.

Aucune partie de la présente publication ne peut être reproduite, conservée dans un système de recherche automatique ni transmise sous quelque forme que ce soit, par quelque moyen que ce soit, sans l'autorisation préalable de l'éditeur.

Publié par :
Open Society Foundation for South Africa

ISBN : I-920051-23-6

Pour de plus amples informations, veuillez contacter :

AfriMAP
Open Society Foundation
5th Floor, Cambridge House
100 Cambridge Grove
London, W6 OLE, United Kingdom
www.afriMAP.org

Open Society Foundation for South Africa
Colinton House, The Oval
1 Oakdale Road
Newlands, 7700, South Africa
www.osf.org.za

Conception : Jeanne Criscola/Criscola Design, New York
Maquette et impression : *comPress*, Afrique du Sud

Image de couverture : Bandeau Ndebele du vingtième siècle, perles de verre d'Afrique du Sud, tissu 20 ¼ x 2 ½ inches.

Collection du Musée d'Art d'Orlando, don de Norma Canelas et William D. Roth

Table des matières

Introduction	5
I : Les traités internationaux des droits de l'homme	6
II : L'indépendance du pouvoir judiciaire et de l'Autorité nationale chargée des poursuites ¹ (NPA)	11
A. Indépendance du pouvoir judiciaire	11
B. Indépendance de l'Autorité nationale chargée des poursuites (NPA)	18
III : Application des nouvelles lois	21
A. Amélioration de la qualité technique de la nouvelle législation	21
B. Application des décisions des tribunaux	23
C. Tribunaux spécialisés et changements proposés dans la structure des tribunaux	27
IV : Infractions pénales et régime des peines	30
A. Soumission de la police à l'autorité civile	31
B. Une approche intégrée des condamnations	33
C. Conditions de détention	34
V : L'accès à la Justice	37
Conclusion	39

¹ National Prosecuting Authority (NPA)

Remerciements

Le présent document de discussion n'aurait pu être réalisé sans l'aide d'un certain nombre de personnes.

Tout d'abord, nous voudrions remercier l'auteur, Theunis Roux, pour son excellent travail de recherche et de rédaction.

Le comité de révision a donné de précieux conseils, lors d'une table ronde qui s'est tenue en Afrique du Sud. Ces collaborateurs étaient Azhar Cachalia, Karla Saller, Zohra Dawood et Bronwen Manby.

Zohra Dawood, directrice générale de l'*Open Society Foundation for South Africa*, a donné des indications et des conseils sur le plan intellectuel tout au long du processus.

Bronwen Manby, directrice générale d'AfriMAP, a donné des indications sur le plan de la rédaction et a fait de précieuses contributions à différentes versions du document.

Smita Choraria, adjointe au responsable des programmes d'AfriMAP, a apporté son aide sur le plan éditorial et a également dirigé la maquette du rapport.

Nous remercions Ari Korpivaara, du Bureau des communications de l'*Open Society Institute*, d'avoir bien voulu apporter son aide sur le plan éditorial.

Nos sincères remerciements à toutes les personnes concernées.

Introduction

Le présent document de discussion est tiré d'un rapport complet et détaillé portant sur le système juridique en Afrique du Sud, intitulé *South Africa : Justice Sector and the Rule of Law* (rapport principal). Le rapport principal est le fruit d'un projet de recherche d'une durée d'un an, basé sur un questionnaire, sollicitant des points de vue et des informations à travers toute la société civile. Il fait partie d'une série de rapports sur l'Afrique du Sud et d'autres pays africains qui seront produits par AfriMAP, dans le cadre d'un projet de l'*Open Society Foundation* (OSF) en collaboration avec les fondations OSI d'Afrique (pour le présent rapport, l'*Open Society Foundation for South Africa*).

L'idée qui sous-tend ce projet d'AfriMAP est de faire une enquête sur le respect par les gouvernements africains des normes africaines et internationales en matière des droits de l'homme et de bonne gouvernance, y compris des engagements pris dans les constitutions nationales. Ces rapports sont conçus pour constituer des ressources pour les activistes des droits de l'homme dans les pays concernés et pour ceux qui travaillent dans d'autres pays africains, afin de renforcer le respect des droits de l'homme et des valeurs démocratiques sur le continent.

Le présent document de discussion n'est pas un résumé du rapport principal, qui se lit indépendamment. Il vise plutôt à rassembler des informations et des arguments tirés du rapport principal, en les articulant autour de cinq axes :

- La situation de l'Afrique du Sud concernant la ratification et la transposition en droit interne des traités internationaux des droits de l'homme et l'établissement de rapports dans le cadre de ces traités.
- L'indépendance du pouvoir judiciaire et de l'Autorité nationale chargée des poursuites (NPA)
- L'application des lois
- Infractions pénales et régime des peines
- L'accès à la Justice

Ces axes ont été identifiés comme les cinq préoccupations les plus importantes qui ressortent du rapport principal. En les mettant en exergue dans le présent document, l'objectif poursuivi est double. Tout d'abord, nous espérons que cela aidera le gouvernement à identifier les principaux problèmes encore en suspens dans le processus de transformation du système juridique d'Afrique du Sud et de son passage du principe de la supériorité raciale à celui de la démocratie et la justice pour tous. Par ailleurs, nous espérons que le présent document permettra de dynamiser le rôle de la société civile, en aidant le gouvernement à atteindre cet objectif et en le mettant dans l'obligation de rendre des comptes si ce but n'était pas atteint.

I : Traités internationaux des droits de l'homme

L'Afrique du Sud a joué un rôle d'une grande portée dans la mondialisation des droits de l'homme, tout d'abord au cours de l'ère pré-démocratique, lorsque le langage des droits de l'homme était mobilisé pour lutter contre l'apartheid, et ensuite avec l'élaboration des deux constitutions de l'après-apartheid. La Constitution de 1996, notamment, est reconnue comme étant l'une des constitutions les plus élaborées et les plus respectueuses des droits de l'homme du monde entier. Toutefois, la réputation de l'Afrique du Sud dans ce domaine repose sur le dynamisme de son régime national des droits de l'homme. A l'échelle internationale, l'Afrique du Sud n'a pas été à la hauteur de ses propres normes sur au moins trois points : en ne ratifiant pas plusieurs traités internationaux importants des droits de l'homme, en ne transposant pas en droit certains autres traités qui ont été ratifiés et par son manquement à établir des rapports sur son adhésion aux traités dont elle est partie. La présente section explore les dispositions constitutionnelles concernant l'application du droit international, avant d'étudier la situation de l'Afrique du Sud sur ces trois points. Elle proposera ensuite deux explications possibles à la situation mitigée de l'Afrique du Sud concernant le respect des dispositions procéduraires requises pour donner effet à son soutien au régime du droit international des droits de l'homme. A partir de cette analyse, différentes recommandations sont avancées sur ce qu'il convient de faire.

La Section 39(I)(b) de la Constitution sud-africaine de 1996 stipule que, pour l'interprétation de la Déclaration des droits² : « une cour, un tribunal ou un forum ... doit tenir compte du droit international »³. Bien que cette disposition n'ait pas entraîné une prise en compte du droit international aussi importante qu'on aurait pu l'espérer, la Cour constitutionnelle a été davantage ouverte aux arguments du droit international que beaucoup d'autres cours de même nature. Selon une étude, la Cour constitutionnelle a tenu compte du droit international en détail dans 14 pour cent des cas jugés au cours de la première décennie de son existence. Même si ce pourcentage est peut-être plus bas que ce à quoi on aurait pu s'attendre, au vu de l'injonction de la section 39(I)(b), il se trouve néanmoins beaucoup plus élevé que le pourcentage constaté dans la plupart des autres pays.

Malheureusement, en ce qui concerne le soutien accordé par les branches politiques du pouvoir au régime international des droits de l'homme, la situation est moins brillante. La principale disposition portant sur ce point est la section 231 de la Constitution. Cette section établit une distinction entre la négociation et la signature des accords internationaux, fonctions qui appartiennent exclusivement au pouvoir exécutif, et la ratification et la transposition en droit interne desdits accords, qui reposent sur une

² Bill of Rights

³ « a court, tribunal or forum... must consider international law »

coopération entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Excepté les accords « de nature technique, administrative ou directoriale »⁴ (tels que les accords relatifs aux activités de l'Organisation mondiale de la santé), un accord international n'est contraignant pour l'Afrique du Sud que s'il a été approuvé par une résolution de l'Assemblée nationale et par le Conseil national des Provinces⁵. Pour qu'un accord international ait force de droit en Afrique du Sud, il doit en outre être transposé dans la législation nationale.

Depuis la transition vers la démocratie en 1994, l'Afrique du Sud est devenue partie à cinq des plus importants traités du système international des droits de l'homme : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la Convention sur les droits des enfants. Toutefois, l'Afrique du Sud – comme la plupart des pays qui accueillent plutôt qu'ils n'exportent de la main-d'œuvre migrante – n'a pas signé à ce jour la Convention internationale sur la protection des droits des travailleurs migrants et des membres de leurs familles. Par ailleurs, ce pays n'a pas signé le Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (qui permet aux personnes de porter plainte devant les Nations Unies) et le Protocole facultatif à la Convention contre la torture (qui vise à créer un système de visites des lieux de détention). Trois autres traités importants ont été signés mais pas ratifiés : le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ICESCR), la Convention sur les droits politiques des femmes et le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés. Comme indiqué plus haut, l'Afrique du Sud est considérée généralement et à bon droit comme un leader mondial dans le domaine de la législation des droits de l'homme. Le fait que ce pays n'ait pas adhéré à ces traités est par conséquent décevant. Etant donné que de nombreux droits sociaux et économiques figurent dans la Constitution de 1996, et que la proportion de femmes au sein du Parlement est élevée, il est particulièrement embarrassant que l'Afrique du Sud n'ait ratifié ni l'ICESCR, ni la Convention sur les droits politiques des femmes (dont l'adoption est l'une des plus anciennes par le système des Nations Unies).

Le fait que, jusqu'à une date très récente, il n'y ait pas eu de processus systématique en Afrique du Sud pour transposer en droit interne les traités internationaux des droits de l'homme ayant fait l'objet d'une ratification, constitue une autre source de préoccupation. Lorsque la transposition des traités internationaux dans la législation nationale est intervenue, elle s'est faite sur une base ad hoc et de façon partielle. Ainsi, par exemple, la Loi relative à la promotion de l'égalité et à la prévention de la discrimination injuste, adoptée en 2000, ne met en oeuvre qu'en partie la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, tandis que la Charte de l'enfant, dont l'adoption était prévue en 2005, ne sera qu'un pas vers l'adaptation de la Convention sur les droits de l'enfant aux conditions propres à l'Afrique du Sud. Mais ces

⁴ « technical, administrative or executive nature »

⁵ National Council of Provinces

dispositions législatives ne sont pas le fruit d'un effort systématique de l'Afrique du Sud pour mettre sa législation nationale des droits de l'homme en conformité avec ses obligations internationales. Elles sont davantage le résultat des réformes sectorielles. Elles montrent toutefois que la situation commence à s'améliorer. Comme indiqué dans le rapport principal, depuis 2004, le ministère de la Justice et du développement constitutionnel⁶ (DoJCD) a commencé à prendre des mesures pour veiller à ce que toutes les obligations internationales des droits de l'homme compatible avec la Constitution de 1996 soient transposées en droit interne. Il faut encourager ce processus, qui doit également être complété par un mécanisme plus systématique permettant de garantir que les lois en vigueur qui sont en contradiction avec les obligations de l'Afrique du Sud en vertu des traités internationaux sont identifiées, supprimées ou amendées.

Encore plus préoccupant est le fait que l'Afrique du Sud a manqué à ses obligations en matière d'établissement de rapports en vertu des traités internationaux des droits de l'homme. Par exemple, après avoir soumis en 1998 son rapport initial à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, l'Afrique du Sud n'a pas envoyé à temps deux rapports périodiques de suite. A l'heure où le présent document est rédigé, l'Afrique du Sud avait également omis de soumettre ses rapports initiaux et périodiques aux organes des traités de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Par contre, l'Afrique du Sud a soumis les rapports initiaux sur son adhésion aux conventions suivantes : la Convention sur les droits de l'enfant (rapport soumis en 1997), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1998) et la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (2004).

D'une manière générale, on peut dire que la situation de l'Afrique du Sud concernant la ratification, la transposition en droit interne et l'établissement de rapports sur son adhésion aux traités internationaux des droits de l'homme est plutôt mitigée, notamment lorsque l'on prend en compte le rôle prééminent joué par ce pays au sein de la communauté internationale pour la promotion des droits de l'homme et les avancées réalisées au niveau national pour transposer dans la législation un régime complet des droits de l'homme. Il semble qu'il y ait deux explications possibles à cet état de choses : soit le pouvoir exécutif national a simplement été négligent en ne mettant pas en place les mécanismes systématiques grâce auxquels l'Afrique du Sud peut démontrer son engagement indéfectible envers le droit international des droits de l'homme, soit il existe des difficultés conceptuelles, pratiques et juridiques à traduire cet engagement.

En ce qui concerne la première possibilité, il semblerait que l'absence au sein du gouvernement d'une unité spécialisée chargée d'établir les différents rapports exigés par les traités internationaux des droits de l'homme auxquels l'Afrique du Sud est partie, soit un facteur qui a contribué à cette incapacité à soumettre lesdits rapports à temps. A présent, la direction des Affaires internationales du DoJCD est chargée de l'élaboration de ces rapports. Son inaptitude à remplir correctement cette tâche suggère que la capacité

⁶ Department of Justice and Constitutional Development

de cette direction doit être renforcée, ou même qu'une direction séparée, spécialisée, doit être créée, au sein du DoJCD ou ailleurs.

Quant à la deuxième possibilité, il convient de relever les points suivants. L'Afrique du Sud a fait des progrès tellement rapides au niveau national pour adopter un cadre complet des droits de l'homme, que c'est précisément la raison pour laquelle son respect des procédures internationales des droits de l'homme a pu être laissé à la traîne. Pour donner ne serait-ce qu'un exemple : la ratification de l'ICESCR signifierait que l'Afrique du Sud devrait faire des rapports sur les progrès effectués au niveau de la réalisation d'un certain nombre de droits, notamment le droit au logement, à la nourriture et aux soins de santé. C'est l'inclusion de ces mêmes droits dans la Constitution de 1996 qui donne à ce document son caractère progressiste. D'un côté, cela signifie qu'il peut y avoir un sentiment, compréhensible de la part du gouvernement, selon lequel l'Afrique du Sud est déjà allée plus loin que beaucoup d'autres pays en démontrant son engagement à réaliser ces droits. D'un autre côté, il y a la difficulté pratique à se conformer aux deux ensembles d'obligations en même temps.

D'après le jugement rendu par la Cour constitutionnelle dans l'affaire *Grootbomm* (voir Section III, application des nouvelles lois), l'Etat sud-africain a l'obligation, en vertu de la Constitution de 1996, d'élaborer et de mettre en œuvre des lois et des politiques raisonnables ayant pour objectif la réalisation progressive des droits économiques et sociaux. Cependant, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU (CESCR), qui est chargé du contrôle de l'ICESCR, a une approche différente, basée sur l'idée que les Etats ont l'obligation absolue de réaliser un « contenu fondamental minimum » de ces droits, avant d'en élever progressivement le niveau de protection. Satisfaire à l'obligation du minimum fondamental pour un droit, comme l'exige le droit international, et satisfaire à la norme sur le caractère raisonnable fixée par la Cour constitutionnelle n'impliqueront pas toujours les mêmes choix politiques ni les mêmes stratégies de mise en œuvre. Il y a dès lors de toute évidence de bonnes raisons de soumettre la ratification de l'ICESCR à une étude sérieuse préalable. Dans le cas de la Convention des droits des travailleurs migrants également, le droit et la pratique en vigueur en Afrique du Sud risquent d'être en porte-à-faux avec la norme internationale sur certains points et il est par conséquent légitime de demander une étude sur leur compatibilité.

Dans cette mesure, la réticence du gouvernement sud-africain à s'engager dans des obligations internationales qu'il pourrait ne pas être en mesure de respecter témoigne d'une intention louable de prendre le droit international au sérieux, ce dont beaucoup d'autres pays ne peuvent se targuer. Toutefois, en ce qui concerne les droits économiques et sociaux, il semble peu probable que le CESCR condamne l'Afrique du Sud pour avoir adopté une approche de la réalisation des droits économiques et sociaux qui soit conforme en premier lieu à la norme de caractère raisonnable fixée par la Cour constitutionnelle et, ensuite, dans la mesure du possible, aux normes fixées par le CESCR. L'ICESCR est une composante cruciale du droit international des droits de l'homme, incarnant la vision selon laquelle les droits de la première et de la deuxième génération sont indissociables et reposent les uns sur les autres. L'Afrique du Sud ayant

été l'un des principaux adeptes de cette vision, elle devrait donc ratifier l'ICESCR ne serait-ce que pour cette raison. Comme la Cour constitutionnelle l'a fait remarquer dans *Kaunda v. President of the Republic of South Africa* (2004), la « ratification des instruments internationaux des droits de l'homme est une déclaration positive faite par le gouvernement au monde et aux citoyens sud-africains, selon laquelle l'Afrique du Sud agira conformément aux dits instruments, si l'un des droits fondamentaux inscrits dans les instruments internationaux qu'elle a ratifiés vient à être violé »⁷. De la même façon, la non-ratification d'un important traité international des droits de l'homme peut créer l'impression que le gouvernement ne s'est pas engagé envers les droits qu'il contient.

C'est pourquoi il est recommandé au gouvernement sud-africain de se dépêcher de ratifier, avec toute la célérité voulue, l'ICESCR et d'autres traités internationaux importants en suspens, notamment la Convention sur les droits politiques des femmes et la Convention sur les droits des travailleurs migrants, en menant à bien des études sur le droit et les pratiques en Afrique du Sud lorsque cela s'avère nécessaire. Si le gouvernement a des raisons importantes pour étayer la non-ratification ou la non-transposition dans le droit interne, les citoyens sud-africains ont le droit de connaître ces raisons, afin qu'elles puissent faire l'objet d'un débat public. Même s'il existe des cas de conflit direct entre les obligations de l'Afrique du Sud en vertu du droit international et ses obligations constitutionnelles nationales, ils ne peuvent que constituer une excuse partielle à son manque de proactivité au cours de la dernière décennie. Et, bien entendu, le manquement à satisfaire aux obligations de l'Etat en matière d'établissement de rapports en vertu d'un traité qui a été ratifié n'est pas excusable. La position de l'Afrique du Sud dans le monde en tant que bénéficiaire significatif du discours mondial sur les droits de l'homme, et contributaire à ce discours, lui impose de montrer l'exemple en prenant des engagements envers tous les principaux instruments des droits de l'homme et en adhérant scrupuleusement à ses obligations d'établissement de rapports qui en découlent.

⁷ « ratification of international human rights instruments is a positive statement by the government to the world and to South African nationals that it will act in accordance with these instruments if any of the fundamental rights enshrined in the international instruments it has ratified are violated »

II. L'indépendance du pouvoir judiciaire et de l'Autorité nationale chargée des poursuites (NPA)

L'une des conditions essentielles à l'état de droit est que les tribunaux et les services de l'Etat chargés d'exercer les poursuites soient indépendants du pouvoir exécutif et d'autres formes d'interférence politique. Bien que la doctrine de la séparation des pouvoirs soit bien inscrite dans la Constitution de 1996 et soit reconnue par les tribunaux, la vraie mesure de l'indépendance du pouvoir judiciaire et des organes de poursuites se trouve dans la façon dont ces institutions sont liées au pouvoir exécutif et aux autres organes étatiques dans la pratique. La présente section passe en revue la situation de l'Afrique du Sud dans ce domaine.

A. Indépendance du pouvoir judiciaire

En Afrique du Sud, le débat public sur l'indépendance du pouvoir judiciaire est inévitablement lié à la nécessité de transformer la composition du pouvoir judiciaire en terme de race et de sexe. Ce point est bien illustré par le débat houleux qui a suivi la déclaration du Comité directeur national de l'ANC, en janvier 2005, selon laquelle la « mentalité collective »⁸ du pouvoir judiciaire devait être transformée pour s'accorder avec « la vision et les aspirations »⁹ de la majorité de la population sud-africaine. Cette déclaration, que l'ANC a ensuite expliquée comme étant destinée à souligner l'importance continue de la transformation du pouvoir judiciaire, a été interprétée par de nombreuses personnes comme une attaque directe contre l'indépendance du pouvoir judiciaire. Bien que le débat se soit apaisé entre-temps, deux préoccupations subsistent au sujet de l'indépendance du pouvoir judiciaire en Afrique du Sud. D'un côté, le fait que les tribunaux supérieurs et inférieurs soient encore dominés par des blancs de sexe masculin entretient la croyance populaire selon laquelle les juges et les magistrats ne sont pas « indépendants », à savoir exempts de préjugés par rapport à la race ou au sexe. Ainsi, dans un certain nombre d'affaires criminelles, des juges et des magistrats de race blanche ont été accusés de n'avoir pas condamné des personnes inculpées pour crimes inter-raciaux ou de n'avoir pas prononcé des condamnations appropriées. D'un autre côté, l'engagement proclamé du gouvernement envers une transformation rapide du pouvoir judiciaire en terme de race et de sexe a soulevé l'inquiétude de certains milieux par rapport au fait que des juristes blancs et de sexe masculin sont injustement écartés des nominations à des postes judiciaires, surtout au sein de la Haute Cour¹⁰. Indirectement, cette inquiétude concerne également l'indépendance du pouvoir judiciaire, dans la mesure où la nomination de juges et magistrats noirs, jeunes et inexpérimentés, pourrait diminuer la capacité du pouvoir judiciaire à résister aux pressions des pouvoirs législatif et exécutif.

⁸ « collective mindset »

⁹ « the vision and aspirations »

¹⁰ High Court

Vu ce contexte, toute analyse de l'indépendance judiciaire en Afrique du Sud doit commencer avec des informations de base sur les progrès réalisés au niveau de la transformation du pouvoir judiciaire. Le rapport principal indique qu'un peu plus de la moitié des 207 juges des tribunaux supérieurs d'Afrique du Sud sont des hommes de race blanche. plus troublant, seules 28 femmes, toutes races confondues, siègent au sein de la magistrature supérieure. Au sommet, la Cour constitutionnelle, avec cinq hommes noirs, une femme noire et un de race indienne, sur un total de onze personnes, est l'une des cours les plus représentatives du pays sur le plan racial, même si là encore les femmes sont très nettement sous-représentées. La composition des tribunaux inférieurs, sur le plan de la race et du sexe, est légèrement meilleure, et les transformations ont commencé à s'y opérer à une plus grande échelle. Ainsi, 903 d'entre eux, soit juste un peu moins de la moitié des 1822 magistrats sud-africains, sont blancs, dont 250 de sexe féminin. Il y a 77 magistrats femmes de race indienne pour 47 magistrats hommes de race indienne, et sur les 678 magistrats noirs, 178 sont des femmes. Sur les dix présidents de cour régionale, cinq sont noirs, l'un d'entre eux est une femme de couleur et un autre est de race indienne et de sexe féminin. Cependant, les Blancs sont toujours sur-représentés parmi les magistrats des tribunaux régionaux, le deuxième niveau le plus élevé dans la hiérarchie après les cours régionales, avec 194 des 305 magistrats régionaux qui sont issus de ce groupe de la population sud-africaine.

Cette situation met évidemment une grande pression sur le processus des nominations judiciaires, qui doit en même temps répondre à la nécessité de faire des transformations de race et de genre, tout en maintenant un niveau élevé de compétences professionnelles. A l'heure actuelle, la nomination des juges est régie par la Loi de la Commission du service judiciaire¹¹ de 1994 et par les sections 174 et 178 de la Constitution. La section 174 fixe la structure de base du processus des nominations judiciaires et la section 178 détermine la composition de la Commission du service judiciaire (JSC)¹², un organe indépendant créé pour contrôler le processus des nominations. En ce qui concerne les juges de la Haute Cour, le président de la République procède aux nominations après consultation de la JSC, tandis que pour les juges ordinaires de la Cour constitutionnelle, le président de la République procède aux nominations à partir d'une liste de noms fournie par la JSC. Cette liste peut être complétée à titre exceptionnel par la JSC, si l'un ou plusieurs des postes vacants ne peuvent être pourvus à la satisfaction du président de la République. Le processus de nomination du président de la Cour constitutionnelle et de son adjoint, ainsi que du président et du vice-président de la Cour de cassation, est légèrement différent : le président de la République, agissant comme chef de l'exécutif national, a seulement besoin de consulter la JSC et les dirigeants des partis politiques représentés à l'Assemblée nationale, avant de prendre une décision.

Etant donné le rôle central joué par la JSC dans le processus des nominations judiciaires, sa composition a des conséquences considérables. En vertu de la section 178 de la Constitution, la JSC est normalement composée de 23 personnes : le président de la Cour constitutionnelle, le président de la Cour de cassation, un juge président de tribunal issu des diverses divisions provinciales de la Haute Cour, le ministre de la Justice et du

¹¹ Judicial Service Commission Act

¹² Judicial Service Commission

développement constitutionnel (ou son représentant), deux avocats nommés par l'ordre des avocats, deux procureurs nommés par l'ensemble des procureurs, un universitaire spécialisé en droit nommé par le corps enseignant, six membres de l'Assemblée nationale (dont trois issus des rangs de l'opposition), quatre délégués du Conseil national des Provinces (la chambre haute du Parlement) et quatre personnes désignées par le président de la République. En raison de la position dominante de l'ANC au sein de l'Assemblée nationale et du Conseil national des Provinces, la JSC pourrait en théorie être constituée en majorité de personnes sur lesquelles l'ANC a un contrôle direct, notamment : le ministre de la Justice et du développement constitutionnel, trois des six membres désignés par l'Assemblée nationale, les quatre délégués du Conseil national des Provinces et les quatre personnes directement désignées par le président de la République. Etant donné le rôle central joué par la JSC dans le processus des nominations judiciaires, et le rôle joué par le président de la République lui-même dans la nomination des membres les plus éminents de la magistrature, le fait que la JSC puisse être dominée par l'ANC pourrait être perçu comme équivalent à une influence politique excessive sur le processus des nominations judiciaires. Toutefois, il existe très peu de pays au monde où les nominations judiciaires ne sont pas exemptes d'influence politique et le contrôle *de facto* de l'ANC sur les nominations judiciaires, par conséquent, n'est pas en lui-même une raison pour remettre en cause l'indépendance du pouvoir judiciaire en Afrique du Sud. Il s'agit en tout cas d'un système qui provient directement de l'écrasante majorité électorale remportée par l'ANC au cours d'élections libres et équitables. Il serait très difficile, pour ne pas dire malavisé, de créer un système constitutionnel pour empêcher le contrôle des nominations par les partis politiques, alors qu'on se trouve dans une situation où un parti bénéficie du soutien de plus des deux tiers de l'électorat.

Il existe toutefois un point mineur sur lequel le processus des nominations judiciaires peut être critiqué : c'est le fait qu'à l'heure actuelle, il y a très peu de place pour la participation de la société civile. Comme indiqué dans le rapport principal, la seule place qui est laissée à l'apport de la société civile actuellement (autre que par le biais de la profession juridique) est la désignation de candidats en vue de leur nomination dans la magistrature. Hormis cela, la participation de la société civile se limite au droit d'assister aux auditions de la JSC, mais sans avoir celui de poser des questions. Il devrait être accordé à la société civile la possibilité de présenter formellement des soumissions à la JSC sur les candidats proposés et peut-être également de suggérer des questions qui pourraient leur être posées au cours de l'entretien officiel par la JSC. Le fait que les noms des personnes dont la candidature sera examinée par la JSC, mais qui ne sont pas sélectionnées en vue d'un entretien, ne soient pas publiés, est une source de préoccupation. Il s'agit là d'un point qui serait assez simple à corriger.

Le système de nomination des magistrats inférieurs – ci-après « magistrats », c'est-à-dire des juges qui siègent dans les instances inférieures et qui généralement ne poursuivent pas de carrière au sein des instances supérieures de la magistrature – est différent. En effet, tout ce que dit la Constitution est que « les autres membres de la magistrature doivent être nommés en vertu d'une Loi promulguée par le Parlement pour veiller à ce que la nomination, la promotion, la mutation et le renvoi des magistrats, ou les mesures

disciplinaires prises à leur encontre, se fassent sans faveur ni préjugé »¹³. Les deux lois du Parlement qui régissent la nomination des magistrats sont la Loi de 1993 relative aux magistrats¹⁴ et la Loi de 1944 relative aux magistrats des cours et tribunaux¹⁵. La première loi porte création de la Commission de la magistrature¹⁶, qui examine l'ensemble des demandes pour les postes vacants, les mutations et les promotions, ainsi que les affaires concernant les fautes professionnelles ou le renvoi des magistrats. Ces processus suivent des dispositions régies par les Règles de 1994 relatives aux magistrats des instances inférieures¹⁷, promulguées dans la section 16 de la Loi relative aux magistrats. La Commission de la magistrature fait des recommandations au ministre de la Justice et du développement constitutionnel, qui décide alors des nominations, des mutations ou des promotions des magistrats.

Avant l'entrée en vigueur en 1994 de la Loi relative aux magistrats, ceux-ci étaient considérés comme des membres ordinaires de la fonction publique, dont la nomination et les conditions de service étaient régies par la Loi relative à la fonction publique¹⁸ de 1984. La création de la Commission de la magistrature a par conséquent remédié indubitablement à ce qui aurait été un état de faits inconstitutionnel. Toutefois, 21 des 27 membres de la Commission de la magistrature sont toujours nommés d'une façon ou d'une autre par le parti au pouvoir. Cela, ainsi que d'autres aspects du statut des magistrats ont été remis en question dans l'affaire *Van Rooyen*. Dans un arrêt rendu par la Haute Cour de Pretoria, il a été jugé que la Commission de la magistrature n'était pas suffisamment indépendante du pouvoir exécutif, essentiellement en raison de sa composition. Toutefois, la Cour constitutionnelle a annulé cet arrêt et a jugé que le seul fait qu'une majorité de la Commission devaient leur nomination au parti au pouvoir ne signifiait pas qu'ils ne pouvaient remplir leurs fonctions « avec intégrité ». Cette décision de la Cour constitutionnelle a été critiquée dans la mesure où elle fait fi des différences de composition et de fonctions entre la JSC et la Commission de la magistrature et où elle donne trop d'importance au contrôle judiciaire des décisions des magistrats des cours et tribunaux par la Haute Cour. D'un point de vue pratique, la jurisprudence *Van Rooyen* semble cependant avoir clos toute discussion supplémentaire sur l'indépendance de la magistrature en Afrique du Sud.

Outre le processus des nominations judiciaires, l'engagement d'un pays envers l'indépendance judiciaire se mesure habituellement sur la base des trois indicateurs suivants : les règles d'inamovibilité des juges et les procédures par lesquelles il est mis fin à leurs fonctions ; la rémunération des juges, et notamment si l'exécutif a le pouvoir de réduire ou de suspendre les salaires du judiciaire ; ainsi que le degré d'indépendance institutionnelle dont dispose la cour ou le tribunal en question.

¹³ « other judicial officers must be appointed in terms of an Act of Parliament which must ensure that the appointment, promotion, transfer or dismissal of, or disciplinary steps against, these judicial officers take place without favour or prejudice »

¹⁴ Magistrates' Act

¹⁵ Magistrates' Courts Act

¹⁶ Magistrates' Commission

¹⁷ Regulations for Judicial Officers in Lower Courts

¹⁸ Public Service Act

En ce qui concerne le premier point, la Loi de 2001 sur la rémunération et les conditions d'emploi des juges¹⁹ stipule que les juges de la Cour supérieure, une fois nommés, restent en fonction jusqu'à l'âge de 70 ans, si une fois parvenus à cet âge ils ont au moins effectué une période de service actif de 10 ans. Si tel n'est pas le cas, ils peuvent continuer à servir jusqu'à l'accomplissement de 10 ans de service actif. La Constitution stipule que les juges de la Cour constitutionnelle sont nommés pour un mandat non renouvelable de 12 ans, ou jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge de 70 ans, quel que soit celui de ces deux événements qui se produit en premier. Le mandat des magistrats en exercice est régi par la Loi relative aux magistrats, qui précise qu'un magistrat peut servir jusqu'à l'âge de 65 ans. A ce stade, le ministre de la Justice et du développement constitutionnel peut, après consultation de la Commission de la magistrature, prolonger les fonctions du magistrat pour une période donnée. Ces dispositions sont tout à fait conformes aux normes reconnues de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

La révocation des juges est régie par la section 177 de la Constitution, qui précise qu'un juge ne peut être révoqué de ses fonctions avant l'expiration de son mandat que pour des raisons d'incapacité, d'incompétence avérée ou de faute professionnelle grave, ou si une majorité des deux tiers de l'Assemblée nationale demande son renvoi. Ces dispositions sont également tout à fait conformes aux normes reconnues de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Par ailleurs, en dépit des demandes faites pour accélérer la transformation du pouvoir judiciaire et des allégations portées sur les préjugés existant par rapport à la race et au sexe, aucun juge n'a été révoqué depuis la promulgation de la Constitution de 1996.

La situation est quelque peu différente en ce qui concerne la révocation des magistrats de leurs fonctions. La Loi relative aux magistrats porte création d'une commission des plaintes qui rend compte à la Commission de la magistrature. Cette commission rend alors un avis au ministre de la Justice et du développement constitutionnel sur la suspension temporaire ou permanente du magistrat. Un magistrat peut être révoqué de ses fonctions par le ministre après adoption d'une résolution du Parlement dans ce sens. Dans l'affaire *Van Rooyen*, ces dispositions ont été déclarées acceptables sur le plan constitutionnel, aussi longtemps que les agents du gouvernement ne recevaient pas le pouvoir d'exercer des mesures disciplinaires sur les magistrats et que la Commission de la magistrature se trouvait résolument impliquée à chaque étape du processus. Au moment de la rédaction du présent document, le Parlement attendait les recommandations de la Commission de la magistrature sur plusieurs cas d'allégations de fautes professionnelles impliquant des magistrats.

Les salaires, indemnités et allocations des juges sont fixés par le président de la République et doivent être approuvés par le Parlement. Il est important de noter que les salaires des juges ne peuvent être diminués et que, bien qu'administrés par le DoJCD, ils sont comptabilisés en tant que charge directe prise sur les Recettes fiscales nationales²⁰. Les salaires des magistrats, en revanche, sont fixés par le ministre de la Justice et du développement constitutionnel et peuvent être diminués par le pouvoir législatif après consultation de la Commission de la magistrature. Une fois de plus, dans l'affaire *Van*

¹⁹ Judges' Remuneration and Conditions of Employment Act

²⁰ National Revenue Fund

Rooyen, la Cour constitutionnelle a estimé que cela constituait un mécanisme de sauvegarde adéquat contre l'interférence du pouvoir exécutif dans la magistrature.

L'indépendance institutionnelle du pouvoir judiciaire dans l'ensemble est garantie par la Constitution, qui prévoit la séparation entre les pouvoirs judiciaire, exécutif et législatif. En vertu de la section 165 de la Constitution, l'autorité judiciaire en Afrique du Sud est conférée aux cours et tribunaux, qui sont « indépendants et soumis uniquement à la Constitution et à la loi »²¹. Cette section précise en outre que « aucun individu ni organe étatique ne peut interférer avec le fonctionnement des cours et tribunaux » et que « les organes étatiques, à travers des dispositions législatives et d'autres mesures, doivent aider et protéger les cours et tribunaux afin de garantir [leur] indépendance, impartialité, dignité et efficacité »²².

D'une manière générale, les dispositions constitutionnelles et législatives qui régissent la nomination, la durée des mandats, la rémunération et l'indépendance institutionnelle du pouvoir judiciaire, avec certaines réserves mineures sur la procédure de nomination des magistrats, sont tout à fait conformes aux normes internationales. Aussi, jusqu'à une date récente, malgré les inquiétudes soulevées par la nécessité de transformer la composition du pouvoir judiciaire, la question de l'indépendance du pouvoir judiciaire lui-même n'était pas une source de préoccupation en Afrique du Sud. Au premier trimestre de l'année 2005, cependant, la ministre de la Justice et du développement constitutionnel a annoncé qu'elle prévoyait d'introduire une série de projets de loi au Parlement en 2006, qui affecteront directement l'indépendance du pouvoir judiciaire. Il s'agit du projet de loi sur les tribunaux supérieurs²³, du projet de loi d'amendement à la Commission des services judiciaires²⁴, du projet de loi sur la déontologie judiciaire²⁵ et du projet de loi sur l'École de formation judiciaire²⁶. Tous ces projets de loi ont comme objectif commun de rationaliser la structure des tribunaux supérieurs en Afrique du Sud, de renforcer les procédures d'examen des plaintes portées contre les juges et d'élargir les dispositions en place pour la formation des magistrats aux fonctions de juges. Bien qu'ils soient dans l'ensemble bien accueillis par la société civile, des aspects de ces projets de loi ont fait l'objet de sévères critiques, notamment sur l'inconstitutionnalité de certaines de leurs dispositions. En réponse, la ministre de la Justice et du développement constitutionnel a indiqué qu'un amendement de la section 165 de la Constitution ne serait pas exclu. Comme cette disposition est généralement considérée comme la charnière de l'indépendance judiciaire en Afrique du Sud, il est intéressant de passer rapidement en revue les récentes propositions de réforme législative en Afrique du Sud, pour voir si elles doivent vraiment être une source de préoccupation pour la société civile.

²¹ « independent, and subject only to the Constitution and the law »

²² « no person or organ of state may interfere with the functioning of the courts [and] organs of state, through legislative and other measures, must assist and protect the courts to ensure [their] independence, impartiality, dignity and effectiveness »

²³ Superior Courts Bill

²⁴ Judicial Service Commission Amendment Bill

²⁵ Judicial Conduct Bill

²⁶ Justice College

Le projet de loi sur les tribunaux supérieurs, en particulier, a fait l'objet d'une vaste controverse. Le long titre de ce projet de loi précise que son objectif est « de rationaliser, consolider et amender les lois relatives à la Cour constitutionnelle, à la Cour de cassation et à la Haute Cour d'Afrique du Sud, d'intégrer certains tribunaux spécialisés dans la Haute Cour sud-africaine, de prévoir l'administration des fonctions judiciaires de l'ensemble des tribunaux, de prévoir les fonctions administratives et les aspects budgétaires liés au fonctionnement de l'ensemble des tribunaux, de prévoir l'élaboration de règles pour l'ensemble des tribunaux et de pourvoir à tout ce qui pourrait en découler »²⁷. Ces objectifs apparemment inoffensifs ont provoqué un tollé lorsque le projet de loi a été rendu public. Le principal objet de controverse semble être la clause 15(1), qui stipule que « Le ministre exerce la responsabilité finale sur les fonctions administratives de l'ensemble des tribunaux auxquels il est fait référence dans la section 165 [en fait, la section 166] de la Constitution, y compris le budget et les finances de l'ensemble des tribunaux »²⁸. Traditionnellement, les questions telles que la désignation des juges pour les affaires, ainsi que tout ce qui est lié à la fonction juridictionnelle des tribunaux, ont été du ressort du juge le plus ancien du tribunal concerné. Ce qui a provoqué cette inquiétude est qu'en essayant d'améliorer l'efficacité des tribunaux en Afrique du Sud en soulageant les juges et les magistrats de certaines de leurs tâches administratives, le ministre exerce son autorité en vertu de la clause 15(I) de façon trop rigoureuse, menaçant ainsi l'indépendance du pouvoir judiciaire. Malheureusement, dans certains cas, cette préoccupation s'est exprimée comme si l'interférence du ministre avec la fonction strictement juridictionnelle des tribunaux était déjà un *fait accompli*, plutôt qu'un danger contre lequel il fallait se prémunir. Cela a entraîné de vigoureuses protestations du ministre, qui ont rendu difficile un débat ouvert et raisonné sur la vraie question.

L'autre aspect du projet de Loi sur les tribunaux supérieurs qui a attiré l'attention est la disposition prévoyant l'implication du ministre dans l'élaboration des règles qui régissent les tribunaux, y compris des règles de procédure. Cette disposition semble contraire à la section 173 de la Constitution, qui prévoit que « la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation et les tribunaux supérieurs ont le pouvoir intrinsèque de protéger et de réguler leurs propres procédures »²⁹. Toutefois, là encore, l'ampleur réelle de l'interférence politique avec l'indépendance du judiciaire dépendra de la façon dont cette disposition est interprétée et appliquée. Ainsi, il se pourrait que le ministre promulgue simplement les règles largement conçues par les tribunaux eux-mêmes. Ou alors, le procédé de rédaction des règles régissant les procédures des tribunaux pourrait être davantage basé sur la

²⁷ « to rationalise, consolidate and amend the laws relating to the Constitutional Court, the Supreme Court of Appeal and the High Court of South Africa ; to incorporate certain specialists courts into the High Court of South Africa ; to make provision for the administration of the judicial functions of all courts ; to make provision for the administrative functions and budgetary aspects relating to the functioning of all courts ; to make provision for the making of rules for all courts ; and to provide for matters incidental thereto »

²⁸ « The Minister exercises final responsibility over the administrative functions of all courts referred to in section 165 [this should read section 166] of the Constitution, including the budget and finances of all courts »

²⁹ « the Constitutional Court, Supreme Court of Appeal and High Courts have the inherent power to protect and regulate their own process »

coopération et le consensus entre les tribunaux et le ministre, en donnant aux tribunaux l'occasion de faire des apports substantiels.

Les objections relatives aux autres projets de loi concernent les points suivants : l'étendue de l'implication justifiée de l'exécutif dans les mesures disciplinaires prises à l'encontre des juges pour faute professionnelle, lorsque celle-ci n'entre pas dans le cadre des motifs de révocation prévus à la section 177 de la Constitution, la manière dont l'examen des plaintes contre les juges doit être mené, particulièrement dans le contexte actuel de la transformation rapide du judiciaire, et l'ampleur de l'influence de l'exécutif sur la formation judiciaire, notamment pour les juges de la Haute Cour. Là encore, il flotte toujours une part d'incertitude sur les détails et les conséquences pratiques de ces dispositions, et il est par conséquent trop tôt pour dire si l'indépendance du judiciaire est réellement sérieusement menacée. A ce stade, le rôle de la société civile est donc de saisir toutes les occasions formelles qui lui sont offertes pour influencer sur le contenu de ces dispositions et d'insister pour que ces occasions lui soient fournies, lorsque l'on s'aperçoit que le gouvernement n'a pas ouvert de consultations. Tandis que le processus législatif se déploie, la question essentielle, pour le gouvernement aussi bien que pour la société civile, devrait être de veiller à ce que les dispositions qui sont éventuellement adoptées établissent clairement la distinction entre l'administration des tribunaux, dont l'exécutif peut légitimement chercher à avoir le contrôle, et les fonctions de nature judiciaire, dont le contrôle doit être laissé au judiciaire.

B. Indépendance de l'Autorité nationale chargée des poursuites (NPA)

L'une des questions les plus explosives sur le plan politique en Afrique du Sud, et le premier vrai test de son engagement envers la démocratie constitutionnelle, a été le procès dans l'affaire « Schabir Shaik » : la Haute Cour de Durban a jugé que le prévenu, Monsieur Schabir Shaik, avait été impliqué dans une relation de « corruption générale » avec le vice-président de l'époque, Monsieur Jacob Zuma. Peu après que cette décision ait été rendue, le président de la République a « relevé » le vice-président de ses fonctions. Indépendamment de cette affaire, la NPA a inculpé Monsieur Zuma de deux chefs de corruption.

Dans la tourmente politique qui a suivi le renvoi et l'inculpation du vice-président, il y a eu des allégations d'abus des pouvoirs de la NPA par le président de la République, à des fins politiques personnelles. Ces allégations font actuellement l'objet d'une enquête de la part de la NPA. Il est toutefois intéressant d'étudier les dispositions constitutionnelles et juridiques relatives à l'indépendance de la NPA, pour voir si, du point de vue institutionnel, ces allégations trouvent une base.

La section 179 de la Constitution de 1996 porte création de la NPA en tant qu'organe indépendant ayant le pouvoir d'exercer des poursuites criminelles au nom de l'Etat. En vertu de la section 179(4), la législation nationale doit veiller à ce que la NPA exerce ses fonctions « sans peur, sans faveur ni préjugé »³⁰. (La Loi de 1998 relative à l'Autorité

³⁰ « without fear, favour or prejudice »

nationale chargée des poursuites³¹ a depuis été promulguée.) En application de la section 179(5) de la Constitution, les fonctions de la NPA sont les suivantes : déterminer une politique des poursuites, publier les directives en matière de politique des poursuites, intervenir dans le processus des poursuites judiciaires lorsqu'une directive n'est pas suivie et examiner les décisions de poursuivre ou de ne pas poursuivre devant la justice.

La section 32(b) du « NPA Act » stipule explicitement qu'aucun organe étatique ne devra interférer avec les pouvoirs de poursuite, les freiner, ni y faire obstruction de façon indue dans l'exercice et l'accomplissement des pouvoirs, fonctions et devoirs du responsable national du ministère public³² (NDPP). La responsabilité politique du NPA incombe au ministre de la Justice et du développement constitutionnel, mais le NDPP est indépendant dans l'accomplissement de ses tâches. Le département de la Justice et du développement constitutionnel est responsable des salaires des procureurs et des autres coûts opérationnels, et la NPA est représentée au Conseil d'administration consultatif du ministère. En vertu du « NPA Act », l'institution doit rendre des comptes au Parlement en ce qui concerne ses pouvoirs, fonctions et devoirs et des rapports annuels doivent être soumis au ministre de la Justice et du développement constitutionnel avant d'être présentés au Parlement. Le NDPP doit soumettre des rapports au ministre sur les décisions arrêtées sur les affaires et sur la politique des poursuites et les directives applicables aux poursuites judiciaires.

Sous l'autorité de son premier responsable, Monsieur Bulelani Ngcuka, la NPA a adopté une approche énergique des poursuites judiciaires et, d'une manière générale, il n'existe pas de preuve d'interférence de l'exécutif avec les services chargés des poursuites judiciaires au cours de son mandat. Monsieur Ngcuka a toutefois été accusé d'avoir abusé de sa position en annonçant, en août 2003, que si l'accusation contre le vice-président pour corruption était apparemment fondée, ses services n'étaient pas certains de détenir suffisamment d'éléments de preuve pour obtenir la condamnation et qu'ils n'exerceraient donc pas d'action en justice. Cette annonce a ensuite fait l'objet d'une enquête de la part du médiateur de la République³³, qui a conclu que Monsieur Ngcuka avait porté atteinte à la réputation du vice-président. Le rapport du médiateur de la République a été adopté par une commission parlementaire dominée par l'ANC, devant laquelle Monsieur Ngcuka n'a pas pu être entendu, en dépit de demandes émanant de membres des partis d'opposition pour qu'il le fût.

Entre-temps, l'ancien ministre des Transports, Monsieur Mac Maharaj (membre de l'ANC, qui faisait également l'objet d'une enquête du bureau du NDPP), et Monsieur Mo Shaik (le frère de Schabir Shaik), ont accusé Monsieur Ngcuka d'avoir été un espion pour le compte du régime d'apartheid, impliquant que l'enquête sur les liens entre Schabir Shaik et le vice-président était la conséquence des obligations qu'il avait envers ses anciens maîtres. Une commission d'enquête menée par le juge Joos Hefer a lavé Monsieur Ngcuka de cette allégation en janvier 2004.

³¹ NPA Act

³² National Director of Public Prosecutions

³³ Public Protector

Monsieur Ngcuka a démissionné en septembre 2004. Son successeur, devant une intense pression médiatique, a cassé la décision de la NPA de ne pas poursuivre en justice le vice-président et une inculpation de deux chefs de corruption a été rendue. Depuis lors, un nouvel orage politique a éclaté suite à une opération de perquisition et de saisie effectuée au domicile du vice-président à Johannesburg et chez ses deux conseillers juridiques, avec des allégations selon lesquelles cette opération était destinée à en savoir plus et avait été indûment effectuée après que les chefs d'inculpation aient déjà été portés. La Haute Cour de Johannesburg a déclaré illégal en août 2005 le mandat de perquisition délivré pour la visite domiciliaire de l'un des conseillers juridiques de l'ancien vice-président et une décision judiciaire est attendue sur la légalité de l'opération de perquisition et de saisie au domicile de l'ancien vice-président et chez son autre conseiller juridique.

Tout cet épisode qui entoure la relation entre Monsieur Schabir Shaik et l'ancien vice-président a impliqué jusqu'ici la NPA, deux divisions de la Haute Cour, le médiateur de la République, une commission parlementaire, une commission d'enquête désignée par le président de la République, le président de la République lui-même et le vice-président. Aucune autre affaire n'a requis la participation d'une telle variété d'institutions depuis 1994. Si l'ampleur réelle de la manipulation politique de la NPA fait toujours l'objet d'une enquête, pour cette raison, « l'Affaire Zuma » a au moins eu pour effet positif de tester la solidité des institutions étatiques de l'Afrique du Sud et l'impartialité des fonctionnaires qui les servent. Ainsi, lorsque la *Youth League* de l'ANC a avancé que le jugement de la Haute Cour de Durban contre Monsieur Schabir Shaik devrait être cassé car le juge qui l'avait rendu était un ancien membre du Parlement rhodésien, la Commission sud-africaine des droits de l'homme³⁴ (SAHRC) a immédiatement condamné cette déclaration qui se basait uniquement sur la race du juge concerné et non pas sur le contenu réel du jugement rendu. Des incidents de ce type sont encourageants, car ils montrent que les institutions de la démocratie constitutionnelle commencent à fonctionner comme d'authentiques garants des règles d'un débat démocratique loyal. Jusqu'à une date récente, une grande partie des relations entre les institutions créées en vertu de la Constitution de 1996 a été souterraine, dans la mesure où ces relations se sont tissées au sein de l'ANC, loin de la vue du public. « L'Affaire Zuma », tout en étant inquiétante à certains égards, a eu pour effet positif de placer la dynamique politique interne de l'ANC dans la sphère publique, où elle peut faire l'objet d'un débat de la part de tous ceux qui sont concernés.

A ce stade, l'indépendance des services du ministère public ne semble donc pas menacée. Il semble en particulier que le cadre constitutionnel et le cadre législatif constituent des remparts efficaces contre l'interférence politique. Même si la preuve d'une telle interférence commence à émerger, le vrai test sera de voir si les institutions étatiques existantes relèvent le défi et font face à ce type d'allégations, conformément aux normes inscrites dans la Constitution et le cadre législatif.

³⁴ South African Human Rights Commission

III : Application des nouvelles lois

L'état de droit est une notion contestée qui a plusieurs significations. En Afrique du Sud, la nécessité de surmonter l'héritage de l'apartheid donne à l'état de droit une inflexion particulière, qui souligne le rôle du droit dans la réalisation des changements sociaux. Cette idée n'est pas novatrice en elle-même. Ce qui rend différent l'engagement de l'Afrique du Sud envers l'état de droit est l'échelle et l'ambition du projet de transformation de la société post-apartheid. Les cadres juridiques mis en place depuis 1994 n'ont pas seulement eu pour but de réguler l'exercice du pouvoir étatique ; d'une manière très profonde, ils ont tenté de transformer des relations inégales de pouvoir social et économique pour les mettre en accord avec la vision d'une société non raciste et non sexiste telle qu'elle est inscrite dans la Constitution.

Dix ans après la transition vers la démocratie, cette approche de la transformation sociale, ainsi que la conception de l'état de droit qui va avec, font l'objet d'attaques croissantes. Bien que l'approche du changement de la société à travers le droit ait été sans nul doute dictée par la nature de la transition, et qu'elle n'ait par conséquent pas été une question de choix, le gouvernement est critiqué pour sa lenteur à procéder aux changements. Il a été fait si grand cas de la capacité du droit à réaliser les changements sociaux que si ces transformations ne se produisent pas, la place de l'état de droit en tant que valeur constitutionnelle fondamentale pourrait se trouver remise en question. En fait, il existe déjà des signes montrant que les Sud-africains pauvres commencent à s'impatienter devant la lenteur des changements et que le soutien populaire pour l'état de droit est en train de perdre du terrain.

Dans ce contexte, l'Afrique du Sud a besoin de toute urgence de redoubler d'efforts afin que les changements sociaux engendrés par l'état de droit se mettent en place. On peut distinguer trois aspects dans cette entreprise : tout d'abord, l'amélioration de la qualité technique de la législation postérieure à 1994 et des mécanismes mis en place pour contrôler et évaluer son impact ; deuxièmement, une attitude plus positive de la part de l'exécutif envers les jugements des cours rendus à l'encontre de l'Etat et la reconnaissance de la façon dont ces jugements, loin d'être des reculs, peuvent être utilisés pour mettre à jour et redresser les carences du cadre législatif ; et, enfin, la nécessité de revoir le rôle des tribunaux spécialisés dans l'administration des plaintes déposées en vertu des lois sur les changements sociaux.

A. Amélioration de la qualité technique des nouvelles lois

L'avènement de la démocratie en 1994 a donné lieu à des efforts soutenus en vue de débarrasser les Codes sud-africains des lois anti-démocratiques, inadéquates et racistes et de remplacer ces dernières par des lois qui soient davantage en adéquation avec les besoins de la majorité de la population sud-africaine et d'un état démocratique moderne ouvert. Tout le monde s'accorde à dire que la première décennie de démocratie constitue

une remarquable avancée quant à la profondeur et l'ampleur des lois promulguées, la teneur généralement progressiste de ces lois et l'étendue des questions couvertes. D'un autre côté, on commence également à reconnaître de plus en plus que les efforts de réforme législative étaient trop ambitieux sur certains plans et qu'il faut à présent sérieusement voir si la législation postérieure à 1994 réalise vraiment ses objectifs.

Pour renouveler l'engagement à faire fonctionner le changement social insufflé par l'état de droit, deux éléments sont indispensables : tout d'abord, une approche plus réfléchie et plus sophistiquée dans la technique d'élaboration des nouvelles lois et, deuxièmement, de plus gros efforts pour contrôler et évaluer l'efficacité des lois existantes. En ce qui concerne le premier point, il semble d'ores et déjà que le rythme frénétique de légifération adopté au cours de la première décennie commence à ralentir et que le parlement adopte de moins en moins de lois que dans les années précédentes. (Par exemple, il n'y a eu que 36 lois adoptées par le Parlement en 2004, contre 136 en 1998.) On ne peut que se réjouir de cette évolution : suite aux efforts déployés au cours de la première décennie de démocratie, la plupart des secteurs de la société sud-africaine ont fait l'objet d'une nouvelle réglementation à grande échelle et il serait vain de s'engager dans l'adoption d'une autre série de lois tant que les raisons de la lenteur des changements dans certains domaines n'ont pas été vraiment saisies.

Quant au deuxième point, la plupart des services du gouvernement national ont à présent mis sur pied des directions chargées du contrôle et de l'évaluation³⁵ (M & E), afin d'évaluer l'impact de la législation que ces services appliquent. Ces directions M & E font partie d'un processus de révision systématique des politiques, dans le cadre duquel les réglementations sont régulièrement soumises à des réévaluations. Dans certains services, le processus M & E en est à ses balbutiements et il reste encore à renforcer les capacités pour intégrer cette fonction dans le processus général prise de décisions politiques. Idéalement, l'élaboration des lois et le processus M & E devraient faire partie d'un cycle continu d'information, au sein duquel les raisons de l'échec d'une loi sont prises en compte dans le processus politique.

En outre, le gouvernement a récemment reconnu la nécessité de réformer sa méthode de légifération, en s'inspirant du mouvement de réforme réglementaire de ces vingt dernières années en Amérique du Nord, en Europe et en Australie. Le Programme d'action du gouvernement³⁶ pour 2005 prévoyait l'éventuelle adoption d'un système plus structuré d'évaluation de l'impact des réglementations³⁷ (RIA), capable de mesurer à la fois l'impact probable des nouvelles lois et l'impact réel des lois après leur mise en œuvre.

L'introduction de l'évaluation de l'impact des réglementations (RIA), ou de son équivalent, en Afrique du Sud, pourrait constituer une contribution majeure à l'amélioration de la qualité des nouvelles lois, qu'elles soient fondamentales ou secondaires. Bien que cette méthodologie ait été critiquée pour l'importance excessive

³⁵ Monitoring and evaluation directorates

³⁶ Government's Programme of Action

³⁷ RIA : Regulation Impact Assessment

donnée à l'analyse coûts-bénéfices des réglementations, ce qui peut parfois amener à accorder une trop grande importance aux modèles économiques au détriment de la participation du public au processus d'élaboration des lois, un modèle adapté de RIA pourrait servir à mesurer l'impact des nouvelles et des anciennes réglementations sur un certain nombre de domaines prioritaires, tels que la création d'emplois, l'allègement de la pauvreté, le rapprochement de l'économie à double secteur, le soutien aux groupes vulnérables et aux enfants, etc. De plus, cette évaluation (RIA) est particulièrement positive pour assurer la coordination entre les services, chose qui, en dépit de l'introduction du « système de regroupement »³⁸ regroupant les services connexes entre eux, a manqué à l'Afrique du Sud jusqu'à ce jour. L'évaluation de l'impact des réglementations pourrait jouer un rôle important et contribuer au bon fonctionnement de la législation postérieure à 1994 (notamment des nombreuses lois de réforme décrites dans le rapport principal) et, par ce biais, à la réalisation du projet de transformation démocratique de la société.

B. Application des décisions des tribunaux

D'une manière générale, l'application des décisions judiciaires par le gouvernement sud-africain depuis 1994 est satisfaisante. Cependant, la réponse lente de ce dernier aux deux principales décisions concernant des droits sociaux et économiques rendues par la Cour constitutionnelle pendant cette période a été critiquée par certains commentateurs et activistes des droits de l'homme. De plus, dans l'Eastern Cape, une série d'affaires a révélé une insouciance alarmante de la part de certains fonctionnaires vis-à-vis des décisions judiciaires faisant appliquer les droits aux retraites et autres aides sociales. La présente section passe en revue l'action du pouvoir exécutif par rapport à ces affaires et conclue à la nécessité de faire la distinction entre les raisons de la lenteur de sa réaction aux décisions de la Cour constitutionnelle en matière de droits socio-économiques et les motifs de sa réponse inefficace aux décisions de la Haute Cour pour faire respecter les droits aux retraites et aides sociales. Tandis que le premier ensemble de réponses peut être influencé par des préoccupations sur la séparation des pouvoirs, le deuxième est lié aux problèmes actuels de capacité au niveau du gouvernement provincial et local.

Réponse du pouvoir exécutif aux décisions pour faire respecter les droits sociaux et économiques

Dans l'affaire *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, en 2001, la Cour constitutionnelle a examiné une requête en inconstitutionnalité du programme national de logement, introduite par un groupe de personnes connues collectivement sous le nom de communauté Wallacedene, qui cherchaient désespérément à se loger. Au moment du litige, cette communauté s'était fait expulser d'une terre où un projet de logement pour personnes à bas revenus était prévu. La Cour a conclu que le programme de logement national, tout en fournissant des logements permanents aux personnes inscrites sur les listes d'attente provinciales, ne répondait pas aux besoins immédiats des gens se trouvant dans la situation de la communauté Wallacedene, n'était pas « raisonnable » et que ce programme violait par conséquent le droit à l'accès à un logement décent, garanti par la section 26 de la Constitution.

³⁸ « cluster system »

Le jugement rendu dans l'affaire *Grootboom* a tout d'abord été accueilli comme une justification de la décision d'inclure les droits socio-économiques dans la Constitution de 1996, mais a ensuite été considéré par certains comme n'allant pas assez loin pour répondre aux besoins des personnes sans abri. Une partie de la confusion entourant la signification de cette affaire provient du fait que la Cour constitutionnelle a rendu deux décisions dans *Grootboom* : une décision initiale confirmant un accord de relogement, par lequel l'Etat avait entrepris de répondre aux besoins spécifiques de la communauté Wallacedene en matière de logement, et une deuxième décision, dans laquelle la cour déclarait que le programme national de logement était en violation avec le droit au logement, mais dans laquelle aucune action particulière de l'Etat n'était requise. Ces deux décisions font souvent l'objet de confusion dans les débats publics, ce qui entraîne une mauvaise appréhension de la vraie signification de l'affaire *Grootboom* et de ses conséquences.

La première partie à faire la confusion entre les deux décisions a été la Commission des droits de l'homme SAHRC, qui a interprété de façon erronée la référence faite dans le jugement principal *Grootboom* à son rôle constitutionnel de contrôle de l'application des droits socio-économiques, comme impliquant un devoir de contrôle de la mise en œuvre de la première décision. En présentant son rapport à la Cour, la Commission a été informée, à juste titre, que la Cour n'était plus compétente en la matière et qu'elle ne pouvait par conséquent pas examiner le rapport. Cet incident a eu tendance à détourner l'attention de deux questions liées, mais essentiellement séparées : l'application de la première décision dans l'affaire *Grootboom*, et les changements apportés au programme national de logement a changé dans la direction suggérée par la Cour dans le jugement principal. D'une manière générale, l'action de l'Etat en ce qui concerne le premier point s'est révélée peu satisfaisante, tandis qu'elle a été plus prometteuse en ce qui concerne le deuxième point.

Au moment de la rédaction du présent document, la situation de la communauté Wallacedene n'avait guère changé sur bien des plans par rapport à l'époque où l'affaire *Grootboom* avait été ouverte. La communauté est toujours exposée à d'importantes inondations en hiver et ne dispose toujours pas de certains des services de base que l'Etat s'était engagé à lui fournir dans l'accord de règlement. D'un autre côté, le programme national de logement a été complété par deux sous-programmes qui ont permis de réaliser en partie ce qui faisait défaut et avait été identifié comme tel dans *Grootboom* : le programme de logement d'urgence³⁹ (2003), qui permet de donner un logement provisoire aux personnes ayant perdu leurs maisons dans des catastrophes naturelles ou qui sont confrontées à une menace d'expulsion imminente, et le Programme d'appui au logement informel⁴⁰ (2004), qui a pour but d'améliorer les logements informels existants. Ces deux programmes répondent aux besoins de personnes nouvellement arrivées dans une zone urbaine, et qui ne remplissent donc pas les conditions permettant d'avoir droit au Programme de reconstruction et de développement d'habitations⁴¹ (2004) à court

³⁹ Emergency Housing Programme

⁴⁰ Informal Settlement Support Programme

⁴¹ Reconstruction and Development Housing (RDP houses)

terme ni à moyen terme. Il s'agit précisément du groupe qui faisait l'objet de la préoccupation de la Cour dans *Grootboom*, suggérant que de ce point de vue au moins, la réponse du pouvoir exécutif avait été correcte.

Les réponses divergentes faites aux deux décisions judiciaires dans l'affaire *Grootboom* montrent que les litiges portant sur les droits socio-économiques en Afrique du Sud sont bien adaptés pour entraîner des changements structurels à long terme dans la politique gouvernementale, mais que ce n'est peut-être pas le meilleur moyen pour apporter des avantages directs à court terme. L'issue de la deuxième grande affaire en matière de droits socio-économiques déférée devant la Cour constitutionnelle, *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and Others*, vient étayer cette conclusion. Dans cette affaire, qui est née dans le contexte de l'épidémie catastrophique du VIH/SIDA en Afrique du Sud et du mécontentement général de l'opinion publique devant la réponse du gouvernement à cette maladie, la Cour a ordonné au ministère national de la Santé de mettre sur pied un programme complet de prévention de la transmission mère-enfant du VIH. Cependant, contrairement à la deuxième décision judiciaire sur l'affaire *Grootboom*, qui était purement déclamatoire, la Cour a rendu dans le cas présent un jugement détaillé indiquant que, à moins que des dispositions d'efficacité égale ne soient prises et incluses dans la politique du gouvernement, ce dernier était obligé de lever les restrictions interdisant qu'un médicament anti-rétroviral précis (Nevirapine) soit disponible dans les hôpitaux publics. La Cour a en outre ordonné au ministère de la Santé de « permettre et faciliter l'utilisation de Nevirapine afin de réduire le risque de transmission mère-enfant du VIH et de rendre ce traitement disponible dans les hôpitaux et les dispensaires/cliniques à cette fin lorsque, d'après l'avis du médecin traitant, en consultation avec le médecin-chef de l'infrastructure médicale, cette indication est recommandée sur un plan médical »⁴².

La décision dans l'affaire TAC⁴³ (Campagne pour le traitement du Sida) a été interprétée par de nombreux commentateurs comme le signe d'un meilleur état de préparation de la Cour constitutionnelle pour expliquer les obligations précises du gouvernement dans le domaine des droits socio-économiques. Toutefois, les trois années écoulées depuis ce jugement ont vu se dérouler une bataille juridique et polémique qui perdure entre le principal requérant dans l'affaire TAC, la Campagne pour le traitement du Sida, et le ministère de la Santé, au sujet de la distribution de médicaments anti-rétroviraux dans les hôpitaux publics. En novembre 2004, la Campagne pour le traitement du Sida faisait encore état d'une observation inadéquate et réticente de la décision judiciaire par le ministère. Aussi, comme pour tous les contentieux d'intérêt public, l'efficacité des litiges en matière de droits socio-économiques dépend de la capacité et de la volonté de l'Etat à se soumettre à la décision judiciaire rendue. D'aucuns estiment également que la lenteur de la réponse de l'Etat à mettre en œuvre la décision judiciaire dans l'affaire TAC vient du fait que la Cour constitutionnelle est perçue comme ayant outrepassé les limites de son

⁴² « ...permit and facilitate the use of Nevirapine for the purpose of reducing the risk of mother-to-child transmission of HIV and to make it available for this purpose at hospitals and clinics when in the judgment of the attending medical practitioner acting in consultation with the medical superintendent of the facility concerned this is medically indicated »

⁴³ Treatment Action Campaign

rôle dans cette affaire. Cette objection sur la séparation des pouvoirs, par rapport au rôle des cours dans l'adjudication des droits socio-économiques, a été faite de façon explicite dans l'argument de l'Etat faisant appel de la décision de la Haute Cour dans l'affaire TCA, ainsi que dans une déclaration publique du ministère de la Santé préalable au jugement de la Cour constitutionnelle. Il serait regrettable que cela soit la position de l'Etat. Loin d'usurper le rôle de la branche politique dans l'élaboration et l'application de la législation, les décisions judiciaires portant sur les droits socio-économiques peuvent aider le gouvernement à mettre à jour les failles dans la politique et la mise en œuvre. Etant donné la pression croissante exercée sur le gouvernement pour la réalisation de changements sociaux sous l'impulsion de la loi, cette fonction judiciaire en matière de droit socio-économiques devrait être bien accueillie.

Réaction du pouvoir exécutif aux décisions judiciaires pour faire respecter les droits aux retraites et autres aides sociales

Les décisions prises par la Cour constitutionnelle dans les affaires *Grootboom* et *TAC* illustrent un aspect de la façon dont les litiges sont utilisés pour donner une dynamique aux transformations sociales en Afrique du Sud. Si les affaires en question impliquent essentiellement des défis de grande envergure concernant l'élaboration et l'application des politiques sociales, les litiges sont également utilisés pour faire respecter des droits statutaires à des aides sociales existantes. Dans une série d'affaires entendues dans l'Eastern Cape, par exemple, le service provincial du ministère du Développement social a été déclaré coupable de manquement à l'autorité de la cour pour n'avoir pas respecté la décision de la Cour supérieure lui enjoignant de payer les retraites et autres aides sociales. Dans l'une de ces affaires, *Vumazonke and Others v. MEC for Social Development, Eastern Cape Province*, la cour a indiqué que « en dépit du fait que littéralement des milliers de décisions judiciaires ont été prises à l'encontre du ministère appelé au cours des dernières années, il semble prêt à payer les frais de ces requêtes plutôt que de remédier au problème de mauvaise gestion et d'inefficacité qui a été identifié comme la cause étant à la base du problème⁴⁴ ».

La Cour de cassation a reconnu la situation de crise qui touche le paiement des aides sociales dans la province d'Eastern Cape dans *Jayiya v. MEC for Welfare, Eastern Cape, and Another*. Dans cette affaire, le service provincial du ministère de l'Aide sociale avait ignoré une décision directe de la cour lui enjoignant de fournir le service en question. La Cour de cassation avait statué que, lorsqu'une décision de justice est prise à l'encontre d'un service gouvernemental qui fournit une aide financière au requérant, cette décision ne peut être exécutée contre les biens de l'Etat et les fonctionnaires responsables du service gouvernemental ne peuvent être emprisonnés pour manquement à l'autorité de la cour. La cour a également indiqué que la responsabilité du bon fonctionnement d'un service ministériel repose uniquement sur le chef politique de ce ministère en sa qualité de mandataire, à savoir le ministre au niveau national ou le membre provincial du conseil exécutif.

⁴⁴ « notwithstanding that literally thousands of orders have been made against the respondent's department over the past number of years, it appears to be willing to pay the costs of those applications rather than remedy the problem of maladministration and inefficiency that has been identified as the root cause of the problem »

Aussi, contrairement à l'Inde, où les cours ont été préparées à ordonner l'incarcération des fonctionnaires d'Etat récalcitrants, les cours sud-africaines ne sont pas allées jusqu'à tenir les fonctionnaires pour personnellement responsables de la mauvaise prestation du gouvernement. Si cela a soulagé l'exécutif de la pression immédiate de se conformer à ces décisions, le niveau de mauvaise gestion et le manque de capacités mis à jour dans ces affaires sont alarmants. Dans une démocratie pluripartite arrivée à maturité, la sanction pour une prestation aussi mauvaise serait la défaite électorale. Dans un Etat à parti dominant comme l'Afrique du Sud, la sanction est une insatisfaction populaire croissante vis-à-vis des fonctionnaires du gouvernement, notamment aux niveaux provinciaux et locaux, et une instabilité sociale grandissante. Encore une fois, plutôt que de chercher à ignorer ou minimiser cette situation, le gouvernement devrait utiliser activement les litiges liés aux aides sociales pour identifier les problèmes au niveau de l'élaboration de la politique et de la stratégie de mise en œuvre. Bien entendu, l'idéal serait d'avoir une situation où ce type de contentieux ne serait pas nécessaire. Cependant, d'ici là, les litiges liés aux aides sociales constituent une source d'information importante qui devrait servir à identifier et corriger les failles du cadre législatif et politique.

C. Tribunaux spécialisés et changements proposés dans la structure judiciaire

L'une des caractéristiques les plus remarquables du système juridique sud-africain depuis 1994 est l'augmentation rapide du nombre de tribunaux spécialisés. Outre la Cour constitutionnelle, les divisions provinciales et locales de la Haute Cour (appelée autrefois Cour suprême) et des tribunaux inférieurs, il existe à présent les tribunaux suivants : le Tribunal du travail⁴⁵, le Tribunal d'appel du Travail⁴⁶, le Tribunal des litiges fonciers⁴⁷, le Tribunal électoral⁴⁸, la Cour d'appel de la concurrence⁴⁹, les Tribunaux spéciaux (de consommateurs)⁵⁰ et le Tribunal des impôts sur le revenu⁵¹. Parmi tous ces tribunaux, seuls les Tribunaux spéciaux (des consommateurs) et le Tribunal des impôts sur le revenu existaient avant 1994. D'autres cours spécialisées, comme les Tribunaux des délits sexuels⁵², les Tribunaux d'entretien⁵³ et les Tribunaux sur l'égalité⁵⁴ ont été créés par la spécialisation des compétences des cours ordinaires.

En un sens, la cour spécialisée la plus importante est la Cour constitutionnelle, qui a été créée comme une cour de juridiction parallèle à la Cour de cassation, en vertu de la Constitution de 1993, et qui est devenue la cour la plus élevée en application de la Constitution de 1996. Suite aux décisions de la Cour constitutionnelle dans l'affaire *Pharmaceutical Manufacturers Association* (2000) et dans l'affaire *Carmichele* (2001), il

⁴⁵ Labour Court

⁴⁶ Labour Appeal Court

⁴⁷ Land Claims Court

⁴⁸ Electoral Court

⁴⁹ Competition Appeal Court

⁵⁰ Special (Consumer) Courts

⁵¹ Income Tax Court

⁵² Sexual Offences Courts

⁵³ Maintenance Courts

⁵⁴ Equality Courts

est évident à présent que tout litige juridique en Afrique du Sud est susceptible d'impliquer une question constitutionnelle et, partant de là, entre en principe dans la sphère de compétence de la Cour constitutionnelle. Cependant, dans la pratique, la Cour constitutionnelle reçoit une cinquantaine d'affaires en moyenne par an, et statue sur la moitié d'entre elles environ. Cette anomalie (à savoir le fait que la Cour constitutionnelle soit à la fois la cour la plus élevée qui a le dernier mot dans toute affaire juridique et également un tribunal traitant un nombre d'affaires relativement faible) est imputable à deux ensembles de règles de droit : la propre jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur sa saisine directe, qui limite l'accès à sa juridiction de première instance uniquement aux cas les plus significatifs, et le principe d'évitement constitutionnel qui s'applique aux Cours supérieures et qui stipule que les affaires doivent être tranchées d'un point de vue constitutionnel uniquement en dernier ressort. Tout en veillant à ce que les questions de droit et de fait ayant trait à une question constitutionnelle soient soigneusement ventilées avant d'être portées devant la Cour constitutionnelle, les règles de la Cour sur sa saisine directe et le principe d'évitement constitutionnel signifient qu'il est très difficile d'avoir accès à la Cour constitutionnelle sans disposer largement de temps et de ressources. La charge de travail peu élevée de la Cour qui en résulte a sans aucun doute restreint son rôle auto-proclamé dans la transformation au sein du système juridique sud-africain.

Le Tribunal des litiges fonciers a été créé en 1996 en tant que cour spécialisée pour toutes les affaires qui surviennent en vertu de la Loi de 1994 sur la Restitution des droits fonciers⁵⁵. Par la suite, cette cour a reçu compétence exclusive sur la Loi de 1996 sur la réforme agraire⁵⁶ et une compétence parallèle concernant la Loi d'élargissement de la protection des occupants⁵⁷ de 1997. Même si les juges nouvellement nommés ont une formation en droits de l'homme, ce qui constitue un atout, le Tribunal des litiges fonciers ne présente pas un bilan uniformément positif. Dans un cas bien connu, il a débouté la plainte d'une communauté indigène réclamant ses terres ancestrales, décision qui a été annulée par la Cour de cassation. Dans un autre cas, le Tribunal des litiges fonciers a annulé un précédent qui avait protégé des salariés agricoles de sexe féminin en tant que fermiers de plein droit. D'une manière générale, l'observation de ce tribunal tend à suggérer que la nomination de juges formés en matière de droits de l'homme est une condition nécessaire mais pas suffisante pour une transformation juridique progressiste et qu'un changement de la culture juridique professionnelle est également nécessaire.

D'autres questions ont été soulevées sur les tribunaux spécialisés : accessibilité des tribunaux (la plupart des tribunaux spécialisés sont situés dans les grands centres urbains), danger de ce qu'on appelle le « *forum-shopping* » (lorsque les plaignants naviguent entre les tribunaux ordinaires et les tribunaux spécialisés pour trouver une issue favorable) et le rapport général coût-efficacité des tribunaux spécialisés. D'aucuns pensent que les tribunaux spécialisés ne font que détourner les dépenses des tribunaux ordinaires, notamment des tribunaux de magistrats dans les zones rurales.

⁵⁵ Restitution of Land Rights Act

⁵⁶ Land Reform (Labour Tenants) Act

⁵⁷ Extension of Security of Tenure Act

Le rapport principal relate l'histoire d'une relative réussite concernant les tribunaux des délits sexuels, qui ont été lancés en 1993. Ces tribunaux, qui sont des tribunaux ordinaires disposant d'installations spéciales et de services de soutien pour les témoins vulnérables, dépendent de la collaboration entre le gouvernement et la société civile, notamment les travailleurs sociaux, les médecins de district, l'unité de protection de l'enfance et divers autres professionnels et ONG. Bien que critiqués pour leur manque de ressources adéquates, les tribunaux des délits sexuels ont atteint un taux de condamnation plus élevé que les tribunaux ordinaires et commencent à jouer un rôle important pour faire face à l'impunité envers les délits de violence sexuelle contre les femmes et les enfants en Afrique du Sud.

De toute évidence, en réponse aux préoccupations sur la prolifération et le rapport incertain coût-efficacité des tribunaux spécialisés, l'avant-projet de loi sur les tribunaux supérieurs⁵⁸ propose la rationalisation de certains de ces tribunaux et leur conversion en divisions spéciales de la Cour supérieure. Si ce projet de loi est promulgué dans sa forme actuelle, le Tribunal du travail et le Tribunal d'appel du travail seront également supprimés, la juridiction sur les affaires relatives au travail étant alors donnée à la Cour de cassation et à la Cour d'appel, en stipulant que la majorité des juges siégeant dans une affaire relative au travail seront choisis à partir d'une liste de juges possédant des compétences d'experts en droit du travail. Le Tribunal des litiges fonciers, la Cour d'appel de la concurrence, le Tribunal électoral et le Tribunal de l'impôt sur le revenu, en ce qui les concerne, deviendront tous des divisions spéciales de la Cour supérieure. On espère que la controverse entourant certains aspects du projet de loi sur les cours supérieures (voir section II, L'indépendance du pouvoir judiciaire et l'Autorité nationale chargée des poursuites) n'interfère pas avec ces réformes qui sont très attendues.

⁵⁸ Draft Superior Courts Bill

IV. INFRACTIONS PENALES ET REGIME DES PEINES

L'Afrique du Sud a l'un des taux d'infractions pénales avec violence les plus élevés au monde ; il y a eu près de 20 000 assassinats en 2004/05 (pour une population d'environ 45 millions d'habitants). Avec quasiment 400 personnes sur 100 000 qui sont incarcérées, l'Afrique du Sud a également l'un des taux d'incarcération les plus élevés au monde. Ces deux statistiques sont liées quelque part, puisqu'il est logique qu'un taux élevé de criminalité aille de pair avec un taux d'incarcération également élevé. Toutefois, les comparaisons internationales montrent que les taux de criminalité et d'incarcération n'ont qu'une corrélation limitée, pour autant qu'ils en aient une. On ne peut pas dire non plus que tous ceux qui sont en prison en Afrique du Sud sont forcément ceux qui devraient s'y trouver : de nombreuses infractions pénales avec violence n'entraînent pas l'arrestation et la condamnation de ceux qui les ont commises et bon nombre de ceux qui se trouvent en prison sont dans l'attente d'un jugement ou s'y trouvent pour des délits relativement mineurs, alors que d'autres sanctions seraient beaucoup plus adaptées. Ainsi, en dépit de certains programmes novateurs de déjudiciarisation, plusieurs milliers d'enfants (âgés pour la plupart de 16 ou 17 ans) se trouvent toujours en prison, un environnement dans lequel ils risquent tout simplement de recevoir une formation au crime pour le reste de leur vie. Par ailleurs, le surpeuplement des prisons, dû au taux élevé d'incarcération, affaiblit le rôle éventuel de l'incarcération dans la réhabilitation des criminels, un rôle revendiqué dans la nouvelle Loi sur les services correctionnels⁵⁹ d'Afrique du Sud. De cette façon, les infractions pénales et les sanctions semblent enfermées dans un cercle vicieux de cause à effet en Afrique du Sud, avec des primo-délinquants et même des accusés innocents qui passent de longs mois dans des conditions déplorables avant d'être finalement relâchés ou de passer en jugement.

Le taux élevé de criminalité pèse également lourd sur les Services de la police sud-africaine (SAPS⁶⁰), qui a lutté à plusieurs reprises pour y répondre efficacement, tout en se conformant aux exigences de la démocratie constitutionnelle instaurée en 1994. La crainte largement partagée par le grand public concernant les infractions pénales, particulièrement lorsqu'il y a violence, s'est mêlée au sentiment – souvent alimenté par la couverture des médias – selon lequel la Déclaration des droits est une « charte pour les criminels ». La pression qui en résulte pour les politiciens et la direction de la police a régulièrement entraîné des descentes de police voyantes mais surtout arbitraires et inefficaces, dans les zones de haute criminalité. Ces interventions ont eu tendance à entraîner un surpeuplement des prisons (dont les autorités ne sont pas consultées), souvent en attrapant essentiellement des migrants sans papiers et d'autres personnes qui, pour la plupart, ne représentent pas de menace pour la société. Parallèlement, la peur de paraître « indulgent pour les criminels » a amené le gouvernement à mettre cinq ans pour appliquer un amendement à la loi qui permettait auparavant à la police de tirer sur un

⁵⁹ Correctional Services Act

⁶⁰ South African Police Service

suspect en fuite, malgré une décision de la Cour constitutionnelle statuant sur l'inconstitutionnalité de cette disposition. La corruption au sein de la police reste un sujet de préoccupation, bien qu'il soit difficile d'avoir des éléments précis sur son ampleur. Cependant, dans le même temps, des efforts remarquables ont été déployés pour faire passer la police d'un fonctionnement de répression en vigueur sous l'apartheid à une institution responsable assurant les services de police requis dans une démocratie ; ces efforts se poursuivent.

Les deux questions suivantes sont particulièrement préoccupantes : d'une part, le maintien et le renforcement de la soumission de la police à l'autorité civile, et d'autre part, une approche intégrée des condamnations, qui inclue l'étude de l'impact de la législation de condamnation minimum et le fait de surmonter la réticence des juges à envisager des formes de condamnation non-privatives de liberté. Il faut ajouter la nécessité urgente, liée à ces deux questions, d'améliorer les conditions de détention, plus particulièrement lorsque la surpopulation carcérale est extrêmement importante.

A. Contrôle de la police par l'autorité civile

Au regard de l'histoire de l'Afrique du Sud, les personnes impliquées dans la rédaction de la Constitution étaient particulièrement soucieuses de veiller à ce que les forces de sécurité sud-africaines soient fermement mises sous contrôle démocratique. L'une des mesures prises pour y parvenir a été de préciser dans la section 208 de la Constitution de 1996 que : « il doit être établi par une loi nationale un secrétariat civil des services de police »⁶¹. La Loi de 1995 sur les Services de police sud-africains⁶² (Loi sur la police⁶³), qui reste le principal texte de loi régissant la police, a porté création des « secrétariats pour la sûreté et la sécurité » national et provinciaux, dont le personnel est composé de civils. Leurs attributions consistent notamment à conseiller les ministres nationaux et provinciaux et à promouvoir l'obligation de rendre des comptes et la transparence démocratiques dans les services de police. Au cours de ses cinq premières années d'existence, le Secrétariat national pour la sûreté et la sécurité a joué un rôle important dans la formulation de la politique et le contrôle de son application ; un bon nombre de personnes qui ont travaillé au départ dans ces secrétariats avaient des histoires à raconter sur les organisations non-gouvernementales travaillant pour transformer les services de police, et cela a influencé les résultats de manière substantielle. Toutefois, après 1999, et la nomination d'un nouveau ministre, la capacité et l'influence du Secrétariat national ont diminué ; certaines tâches ont été transférées aux Services de police (SAPS) et le directeur du Secrétariat national a perdu le rôle influent qui devait être le sien au départ en tant que contrepoids civil à la direction de la police. Peut-être faut-il voir le succès mitigé de ces mécanismes de contrôle par des civils comme une conséquence de cet état de fait.

⁶¹ « [a] civilian secretariat for the police service must be established by national legislation »

⁶² South African Police Service Act

⁶³ Police Act

La deuxième institution de contrôle civil importante créée par la Loi de 1995 sur la police est la Direction indépendante des plaintes⁶⁴ (ICD). Curieusement, l'ICD n'est pas incluse dans les « Institutions d'Etat appuyant la démocratie constitutionnelle »⁶⁵ dont il est porté création au chapitre 9 de la Constitution de 1996, bien qu'elle ait été instaurée en application de la Constitution provisoire qui a régi la période allant de 1994 à 1996. En vertu de la Loi sur la police, l'ICD a pour mandat d'enquêter sur les décès survenus pendant les gardes à vue et suite à des actions policières, ainsi que sur les plaintes déposées à l'encontre de la police. En 1998, la Loi sur la violence domestique⁶⁶ a ajouté parmi les fonctions de l'ICD les enquêtes sur les manquements des officiers de police à se conformer à leurs nouvelles obligations en application de la législation. En vertu de la Loi sur la police, la police doit déclarer à l'ICD tous les cas de décès survenus pendant les gardes à vue et suite à des actions policières ; cette obligation a immédiatement et considérablement augmenté le nombre de décès rapportés qui impliquaient la police. Le nombre de plaintes reçues par l'ICD se chiffre en milliers chaque année, en plus des rapports obligatoires sur les décès causés par la police, qui s'élèvent à 652 pour l'année budgétaire 2004/05 (soit une diminution d'une centaine depuis que l'ICD a été mise sur pied), dont 366 par tir d'armes à feu.

Dans la pratique, pour la plupart des plaintes qui lui sont adressées, l'ICD ne fait que contrôler les enquêtes effectuées par les Unités d'enquête internes⁶⁷ de la SAPS. Même en cas de décès, sur lesquels l'ICD doit directement enquêter en vertu de la Loi sur la police, elle ne le fait pas pour tous les cas (surtout lorsque le décès ne prête pas à controverse, comme dans les accidents de voiture). Même lorsque l'ICD mène ses propres enquêtes, elle a des problèmes pour recruter et former des enquêteurs suffisamment qualifiés. Les organisations non-gouvernementales et la Commission parlementaire sur la sûreté et la sécurité⁶⁸, chargées du contrôle de l'ICD, ont fait part de sérieuses préoccupations concernant les résultats de l'ICD et sa capacité à remplir son mandat efficacement. La Commission parlementaire a récemment fait des recommandations au ministre de la Sûreté et de la sécurité en vue de remédier à ces questions. La Commission a également proposé que le ministre se penche sur la faisabilité de la mise au point d'une législation séparée qui régisse le fonctionnement de l'ICD, au lieu que son mandat soit inclus dans la Loi sur la police.

Un examen du fonctionnement de l'ICD et du secrétariat semble s'imposer, avec une éventuelle restructuration à la clé. Dans le cadre de ce processus, il est important que les rôles clés de ces institutions soient préservés et renforcés. Même si les violations systématiques perpétrées par la police sur les opposants politiques pendant la période de l'apartheid appartiennent heureusement au passé, de graves violations sont toujours signalées, notamment des cas de torture et des exécutions sommaires. L'expérience internationale montre qu'un contrôle civil indépendant strict de la police est d'une

⁶⁴ Independent Complaints Directorate (ICD)

⁶⁵ State Institutions Supporting Constitutional Democracy

⁶⁶ Domestic Violence Act

⁶⁷ Internal Investigation Units

⁶⁸ Parliamentary Portfolio Committee on Safety and Security

importance cruciale pour garantir l'efficacité des résultats, dans le respect des droits des victimes et des suspects.

B. Une approche intégrée des condamnations

Les revendications pour une action efficace contre la criminalité ont également entraîné des demandes de condamnations plus sévères pour les criminels condamnés. Bien que les politiciens aient résisté aux demandes d'annulation de la décision de la Cour constitutionnelle déclarant inconstitutionnelle la peine de mort, le Parlement a adopté en 1997 une législation introduisant des peines minimums allant de cinq ans d'incarcération à l'emprisonnement à vie pour tout un ensemble de délits graves, tels que la corruption, le trafic de drogue, les agressions, les viols et les meurtres. Une condamnation moins lourde peut être prononcée par un tribunal s'il existe « des circonstances convaincantes et incontestables⁶⁹ » (ce qui a sauvé ce texte de loi d'une décision de la Cour constitutionnelle stipulant qu'il n'était pas conforme à la Déclaration des droits). Cette loi rédigée à la hâte a contourné l'examen des directives sur les condamnations qui était fait à l'époque par la Commission de réforme juridique et il y a eu peu de consultation du public concernant son contenu détaillé ou la prise en considération de ses effets.

L'impact sur la criminalité des règles relatives aux peines minimum est difficile à quantifier. Toutefois, il n'y a pas eu d'allégations sérieuses attestant que la criminalité a diminué en conséquence, alors que la peur de la criminalité a en fait augmenté au cours de la période où ces règles étaient en vigueur. Ce qui pèse davantage sur le taux de criminalité est sûrement la probabilité d'être attrapé, plutôt que la durée de la condamnation à l'issue du processus de justice criminelle. En outre, les règles sur les peines minimum n'ont pas atteint l'un de leurs objectifs essentiels, à savoir une plus grande cohérence des peines. Parallèlement, la surpopulation des prisons s'est aggravée en raison de la forte augmentation du nombre de détenus qui purgent de longues peines : ainsi, le nombre de détenus purgeant des peines de prison à vie est passé de 638 en 1997 à 5 511 en 2004.

Pendant cette même période où les règles de peines minimum étaient introduites, le Parlement a également adopté une nouvelle Loi sur les services correctionnels⁷⁰ qui a codifié et élargi les solutions alternatives à l'incarcération, qui avaient été envisagées depuis les débuts de la transition de l'Afrique du Sud vers la démocratie au début des années 1990. Le chapitre 6 de cette Loi énonce les différentes catégories de « corrections communautaires »⁷¹ que l'on peut imposer comme peine alternative ou complémentaire, afin de « permettre aux personnes faisant l'objet de peines communautaires de vivre une vie responsable sur le plan sociable et exempte de délits pendant la durée de leur peine et dans l'avenir »⁷². Toutes les personnes faisant l'objet de peines communautaires doivent être surveillées au sein de la communauté par des agents pénitentiaires.

⁶⁹ « substantial and compelling circumstances »

⁷⁰ Correctional Services Act

⁷¹ « community corrections »

⁷² « enable persons subject to community corrections to live a socially responsible and crime-free life during the period of their sentence and in future »

Mais bien que l'utilisation de la supervision correctionnelle se soit accrue, les tribunaux font généralement preuve de très peu de créativité au niveau des condamnations. L'incarcération et les condamnations liées à la prison constituent encore la sanction standard imposée à la plupart des contrevenants, en dépit du fait que l'on s'accorde de plus en plus à reconnaître que l'incarcération est souvent inefficace et même contre-productive pour empêcher les récidives et que les magistrats ont de larges pouvoirs discrétionnaires pour être créatifs dans les sanctions à imposer aux auteurs de délits. La formation des magistrats et des juges sur les alternatives valables à la peine carcérale apparaît clairement comme une nécessité, tout comme le financement accru des organes de l'Etat et des organisations de la société civile impliqués dans la prestation de ce type de services.

Une initiative de réforme plus complète des sanctions apparaît comme une priorité. Les dispositions énonçant les condamnations minimum ont été introduites au départ pour une période d'essai de deux ans, mais elles ont été régulièrement prorogées et devraient être réexaminées en 2007. Le ministère de la Justice et du développement constitutionnel et le Parlement devraient utiliser cette période intermédiaire pour examiner la situation et adopter une loi de substitution plus adaptée. La récente introduction des « tribunaux communautaires »⁷³ et des « tribunaux de magistrats »⁷⁴ mis sur pied pour traiter les délits mineurs et être intégrés avec les autres services de la communauté constitue une autre occasion de renforcer l'utilisation de la supervision correctionnelle et d'autres alternatives aux sanctions pour les petits délinquants. Dans l'intervalle, le cadre novateur des sanctions applicables aux jeunes, instauré par le projet de Loi tant attendu sur la justice pour les mineurs⁷⁵, devrait enfin être adopté par le Parlement et rapidement appliqué.

C. Conditions de détention

La surpopulation des prisons sud-africaines s'est aggravée depuis 1994, entraînant des problèmes de nourriture, de santé, d'exercice physique, de stress et de réhabilitation. Les droits de l'homme des prisonniers sont violés et le département des Services correctionnels⁷⁶ est incapable de remplir son mandat, qui comprend la réhabilitation des prisonniers.

Ces problèmes ont été mis en évidence par l'Inspection judiciaire des prisons⁷⁷, un organe civil de surveillance créé en application de la Loi sur les Services correctionnels de 1998. Sous le mandat du juge Hannes Fagan, l'Inspection et l'organisme indépendant des visiteurs de prison⁷⁸ avec qui elle travaille ont joué un rôle important dans l'ouverture des prisons au monde extérieur. En 2002, l'Inspection judiciaire a signalé que les conditions

⁷³ « community courts »

⁷⁴ « magistrates courts »

⁷⁵ Child Justice Bill

⁷⁶ Department of Correctional Services

⁷⁷ Judicial Inspectorate of Prisons

⁷⁸ Independent Prison Visitors

en milieu carcéral, notamment pour les prisonniers dans l'attente d'un jugement, étaient totalement inacceptables et ne pouvaient attendre de solutions à long terme. Par exemple, dans une prison, une seule toilette sert à plus d'une soixantaine de prisonniers, les tuyaux d'égout bouchés débordent, engendrant une odeur pestilentielle, et le manque de lits obligent les prisonniers à dormir à deux par lit, tandis que d'autres dorment par terre sur le sol en ciment, parfois avec juste une couverture. Cette situation était aggravée par le manque d'eau chaude, l'absence de matériel pour laver les habits, les fenêtres et les lampes cassées, ainsi qu'une carence au niveau des soins médicaux.

Ce point de vue a récemment été confirmé par le principal organe de l'ONU chargé des conditions de détention. En septembre 2005, le Groupe de travail sur la détention arbitraire de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies s'est rendue en Afrique du Sud. Lors de sa conférence de presse à l'issue de sa visite, le Groupe de travail a noté « un taux de surpopulation alarmant dans les infrastructures pénitentiaires »⁷⁹ et a indiqué que, en ce qui concerne la détention préventive, « le manque d'infrastructures adéquates est tel qu'on peut qualifier ces dernières d'inférieures aux garanties internationales »⁸⁰. Le Groupe de travail a précisé que les mineurs ne devaient pas être mis en détention avant leur jugement, même pour les accusations les plus graves. Le Groupe de travail a également indiqué que le fait qu'il ne soit pas stipulé clairement que le temps passé en détention provisoire était pris en compte dans la condamnation finale n'était pas conforme au droit international.

Les retards que les affaires mettent à être jugées sont l'un des éléments clés qui contribuent à la surpopulation carcérale. La durée moyenne de détention préventive en attendant jugement a considérablement augmenté entre 1996 et 2002. En moyenne, les accusés passent quatre mois et demi en prison dans l'attente de l'aboutissement de leur procès. Le nombre absolu des accusés incarcérés dans l'attente d'un jugement a également augmenté ; il a presque triplé entre 1995 et 2000. Beaucoup de ces prisonniers en détention préventive sont en prison car ils ne peuvent s'acquitter des sommes insignifiantes à verser pour régler leur caution. L'augmentation de la durée moyenne de la détention préventive va de pair avec un retard croissant dans la finalisation des procédures criminelles de mise en accusation, des descentes de police pour lutter contre la criminalité, ainsi que la révision automatique des condamnations minimum obligatoires par la Cour supérieure en application de la législation sur les condamnations minimum.

Un amendement de la section 63A de la Loi de procédure criminelle⁸¹ de 1977 permet à un directeur de prison qui estime que les conditions deviennent intolérables parmi les prisonniers en détention préventive de demander au magistrat qui a fixé la caution soit de réduire celle-ci, soit de relâcher le prisonnier sans caution ou encore de mettre le prisonnier sous contrôle d'un agent correctionnel. Cette disposition devrait être utilisée plus souvent, mais l'idéal est que les auteurs de délits mineurs, surtout les primo-

⁷⁹ « an alarming rate of overcrowding in detention facilities »

⁸⁰ « the lack of adequate facilities is so blatant that they fall short of international guarantees »

⁸¹ Criminal Procedure Act

délinquants et les personnes accusées de délits mineurs, soient laissés en dehors du système carcéral.

De plus, le gouvernement doit envisager une augmentation du financement aussi bien des prisons, pour assurer des conditions favorables à la réhabilitation des auteurs de délits, que pour les services de mise en accusation et les tribunaux de magistrats, afin d'aider à surmonter le retard actuel dans le traitement des affaires. Certes, les demandes qui pèsent sur les deniers publics sont nombreuses et en concurrence les unes avec les autres, mais la sûreté et la sécurité publiques doivent être une priorité. Malgré des demandes de châtement pour les auteurs de délits avec violence, les conditions qui règnent dans les prisons actuellement ne font rien pour contribuer à la sécurité à long terme des Sud-africains et pourraient même aggraver les choses.

V. ACCES A LA JUSTICE

La Section III de ce document passe en revue la façon dont les litiges en matière de droits sociaux et économiques sont utilisés pour introduire des améliorations dans la conception et l'application de la politique gouvernementale. Si les litiges à un niveau aussi élevé sont importants, la réussite du cadre statutaire mis en place en 1994 dépend en dernier ressort du fait que les personnes pour qui cette législation a été instaurée puissent faire valoir couramment leurs droits, non pas simplement par le biais des litiges, mais dans leurs échanges quotidiens avec les institutions de l'Etat et les organes du secteur privé. La mise en œuvre courante des droits statutaires implique un accès à la justice à travers ses nombreuses facettes : connaissance des droits, accès physique aux tribunaux, coût abordable des procédures au niveau des tribunaux et des services juridiques, accès aux tribunaux pour certains types d'affaires, système de résolution des litiges adapté sur le plan culturel et linguistique et existence de mécanismes d'application des droits en dehors des tribunaux.

De tous ces divers aspects, il ressort que le principal obstacle à la justice en Afrique du Sud reste le coût élevé des services juridiques. Comme indiqué dans le rapport principal, le foyer sud-africain moyen devrait consacrer le revenu d'une semaine pour se payer une consultation d'une heure avec un avocat moyen. Pour les foyers noirs (plus pauvres que la moyenne dans l'ensemble), l'accès à la justice est encore plus difficile.

Les raisons qui expliquent le coût élevé des services juridiques en Afrique du Sud sont étroitement liées à la double nature de l'économie, avec une proportion restreinte de la population qui bénéficie des services d'une proportion élevée des professionnels du secteur juridique. Aussi n'est-il pas surprenant que la transformation des professions juridiques soit inscrite à l'ordre du jour du gouvernement depuis un moment. L'avant-projet de loi sur la pratique juridique, publié par le ministère de la Justice et du développement constitutionnel en août 2000, prévoit que l'ensemble des différentes composantes des professions juridiques (avoués, avocats, conseillers juridiques internes et professions parajuridiques) seront régies par un seul organe parapluie, le Conseil de l'exercice du droit⁸². En vertu de ce projet de loi, il faut qu'une personne soit inscrite en tant que praticien de la justice auprès de ce Conseil pour qu'elle ait le droit de proposer des services juridiques de quelque sorte que ce soit. Bien que le projet de loi ne soit pas entièrement clair là-dessus, il semblerait que cette règle couvrirait également les professions parajuridiques dont, pour la première fois, les membres devraient s'enregistrer en tant que praticiens de la justice pour proposer leurs conseils au public, même si les restrictions actuelles sur leur capacité à comparaître devant un tribunal au nom de leurs clients seraient maintenues.

⁸² Legal Practice Council

La réponse à l'avant-projet de loi sur l'exercice du droit n'a pas été uniformément positive, avec notamment la profession organisée d'avoué qui fait part de ses inquiétudes sur l'indépendance de la profession. En avril 2001, le ministre de la Justice a chargé un Groupe de travail d'examiner l'élaboration de ce projet de loi. Le Groupe de travail a rendu son rapport en avril 2002 mais n'a pas pu trouver un consensus sur un nouvel avant-projet de loi, tandis que le barreau⁸³ a proposé son propre avant-projet de loi aux fins d'étude. Le projet de loi du Groupe de travail et celui du barreau restent fidèles à l'idée d'une révision complète de la réglementation de la profession juridique sous l'égide d'un Conseil unique de l'exercice du droit. Toutefois, il y a des divergences d'opinion considérables sur le degré auquel les différentes composantes de la profession juridique devraient être autorisées à s'autoréguler. Par ailleurs, aucun des deux avant-projets de loi ne propose de mesures susceptibles d'avoir un impact important sur le coût élevé des services juridiques. Même si la formalisation du système para-juridique par le biais de centres de conseil accrédités améliorera dans une certaine mesure l'accès à la justice pour les pauvres, cela ne changera pas le coût des services juridiques au niveau supérieur du marché. Le droit à comparaître en justice risque également de dépendre encore de l'obtention de qualifications juridiques officielles. Dans la mesure où ils souhaitent faire valoir leurs droits devant un tribunal, les pauvres risquent donc d'être encore dépendants de l'aide juridique de l'Etat, même après l'adoption du projet de loi sur l'exercice du droit.

Le système de l'aide juridique en Afrique du Sud a connu d'importantes restructurations depuis 1994, passant d'un système uni-dimensionnel d'aide juridique, dans lequel les conseils juridiques financés par l'Etat ne pouvaient être dispensés que par des avocats du secteur privé, à un système mixte où les conseils juridiques peuvent désormais également être obtenus dans les centres de justice auprès des employés de l'Etat et auprès des organisations partenaires, comme les centres d'aide juridique des universités. Parallèlement, un effort a été fait pour diversifier les types d'affaires pour lesquelles une aide juridique de l'Etat peut être apportée. Les domaines suivants ont été identifiés comme étant prioritaires : les affaires impliquant des enfants, des femmes en instance de divorce, l'entretien (c'est-à-dire la pension alimentaire), la violence domestique et les expulsions illégales. En dépit de ces efforts, l'écrasante majorité du financement de l'aide juridique de l'Etat est encore destinée aux affaires criminelles : plus de 90 pour cent des affaires ayant bénéficié de ce financement entre le 1^{er} avril 2003 et le 31 mars 2004 étaient des affaires criminelles. Etant donné que le droit des accusés à se faire représenter par un avocat aux frais de l'Etat est inscrit dans la Constitution, il est peu probable que la demande d'aide juridique dans des affaires criminelles ait tendance à diminuer dans un proche avenir.

Ainsi, la question la plus importante à laquelle l'Afrique du Sud doit faire face dans le domaine de l'accès à la justice est la façon dont on peut accroître le financement de certains types de litiges civils, c'est-à-dire ceux qui impliquent la mise en œuvre des nouveaux cadres statutaires mis en place depuis 1994, notamment les lois organiques prévues par la Constitution (y compris la Loi sur la promotion de l'accès à

⁸³ Law Society

l'information⁸⁴, la Loi sur la promotion de la Justice administrative⁸⁵ et la Loi sur la promotion de l'égalité et de la prévention des discriminations injustes⁸⁶), ainsi que le financement de certaines lois qui, si elles ne sont pas directement rendues obligatoires par la Constitution, ont été adoptées dans le cadre du respect partiel des obligations positives de l'Etat en vertu de la Déclaration des droits (notamment la protection des fermiers et les autres textes de loi concernant la réforme foncière, la législation sur la sécurité sociale, la législation sur les droits des enfants et la législation sur la promotion de l'égalité des genres). Si la charge du financement des litiges dans ces domaines doit largement reposer sur le système de l'aide juridique de l'Etat, les agences des bailleurs de fonds ont toutefois un rôle significatif à jouer pour assurer la réussite du changement social par le droit en Afrique du Sud.

Il ne faudrait pas sous-estimer l'importance de ce défi. Comme indiqué au début du présent texte, l'Afrique du Sud se trouve, sur beaucoup de plans, à l'épicentre du mouvement des droits de l'homme dans le monde. Si le développement basé sur les droits venait à échouer en Afrique du Sud, les conséquences seraient graves pour les efforts déployés à travers le monde afin de promouvoir le respect de l'état de droit et la bonne gouvernance.

CONCLUSION

Le présent document de discussion souligne à la fois la distance parcourue par l'Afrique du Sud depuis sa transition vers la démocratie en 1994 et le travail qui reste à faire pour créer, selon les termes de la Déclaration de 1989 de l'ONU sur l'apartheid : « un pays uni, démocratique et non-racial, avec une justice et une sécurité pour l'ensemble de ses citoyens ». Bien que l'Afrique du Sud ait accompli beaucoup en matière de réforme juridique et politique, il reste du travail à faire pour mettre ses lois nationales en conformité avec les normes internationales, lorsque cela s'avère applicable et faisable. Plus important encore, il reste encore beaucoup à faire pour réaliser les ambitions élevées des nouvelles lois adoptées en 1994 et s'assurer qu'elles soient effectivement appliquées, surtout dans les provinces où la capacité administrative de l'Etat est la plus faible. L'*Open Society Foundation for South Africa* reconnaît que ces tâches ne sont pas faciles et s'engage à apporter son soutien pour veiller à ce qu'elles soient accomplies.

⁸⁴ Promotion of Access to Information Act

⁸⁵ Promotion of Administrative Justice Act

⁸⁶ Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act