Une nation face à ses démons

La représentativité de la cour constitutionnelle sud-africaine

Julien Jeanneney
Professeur à l'université de Strasbourg

Octobre 1962. Nelson Mandela se présente devant ses premiers juges. Habitué des costumes de ville, celui qui, avec Oliver Tambo, fut le premier avocat noir inscrit au barreau de Johannesburg porte alors une cape tribale, le *kaross*, et un large collier aux couleurs or, vert et noir de l'*African National Congress* – le parti qui regroupe les principaux opposants au régime de l'apartheid. Dès son propos liminaire, il adopte une défense de rupture, fondée sur un constat simple : « Pourquoi donc me faut-il, dans ce prétoire, être présenté devant un magistrat blanc, confronté à un procureur blanc, escorté par des gardes blancs ? L'un d'entre vous pourrait-il honnêtement [...] suggérer que, dans ce type d'atmosphère, la balance de la justice se trouve bien équilibrée ? [...] Cela me donne l'impression que je suis un homme noir dans le tribunal d'un homme blanc[1] ». Voué à acquérir un statut mythique, l'événement met à mal l'intuition commune selon laquelle la justice, aveugle, n'aurait pas de couleur. Il est symptomatique d'une tension aiguë dont les effets continuent de peser sur les représentations de la justice sud-africaine, d'une manière qui peut nourrir une réflexion sur la représentativité des juridictions constitutionnelles en général.

Il ne peut être compris qu'à l'aune d'une habitude nationale, de longue main, de séparation des Blancs et des Noirs, dont les principaux jalons méritent d'être rappelés. Ses premières traces apparaissent dès l'installation d'Européens dans la région du Cap, au mitan du XVII^e^ siècle[2]. À la suite de la guerre des

1 N. Mandela, *Long Walk to Freedom*, Boston, Little, Brown and Company, 1994, p. 283-284.
2 Voir F.-X. Fauvelle, *Histoire de l'Afrique du Sud*, Paris, Le Seuil, coll. « Points Histoire », 2013, p. 154-170.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

Boers – qui oppose des Blancs à des Blancs –, le droit sud-africain cristallise cette division[3]. Une loi britannique de 1910[4] organise l'Union sud-africaine d'une façon qui conduit à exclure, pour l'essentiel, ceux qui ne sont pas blancs. Le bénéfice des libertés d'aller et venir et d'exercer un emploi leur est lourdement contraint[5], tout comme leur accès à la propriété[6]. Ainsi s'explique qu'ait pu être proposé un parallèle avec les lendemains de la guerre de Sécession aux États-Unis : dans les deux cas, une guerre puis une réconciliation entre Blancs – guerre de Sécession d'un côté, guerre des Boers de l'autre – produit une situation de ségrégation, aux dépens de Noirs esclavagisés ou colonisés[7].

À plus moyen terme, l'ambition séparatrice est systématisée par le régime né de la victoire, lors des élections au suffrage censitaire de 1948, du Parti national (*National Party*, NP). Le projet d'« apartheid » – terme qui désigne le résultat d'un processus de division – est placé au cœur du nouveau système de gouvernement. Ses racines intellectuelles plongent dans le darwinisme social, la « science raciale » allemande et la ségrégation américaine. Dès 1950, deux lois[8] divisent la population en quatre groupes : les Blancs, les Noirs, les Asiatiques et les *Coloured* – terme qui désigne ceux qui peinent à être rattachés aux trois premières classes[9]. Ces catégories juridiques ne se fondent pas seulement de considérations physiques – la couleur de peau, le caractère plus ou moins lisse des cheveux. Elles procèdent également de considérations identitaires : une personne « généralement acceptée comme blanche tout en n'étant pas manifestement blanche dans son apparence » peut être juridiquement désignée comme telle[10]. Une commission de reclassement est compétente pour se prononcer sur des demandes de changement de statut racial. La portée de cette division est large. Le « petit apartheid », désigne la séparation physique, dans la vie quotidienne, entre Noirs et Blancs – interdiction des unions mixtes, des relations sexuelles interraciales. S'y ajoute le « grand apartheid », qui est un projet de division territoriale. Chaque groupe racial est attaché à certaines parties du territoire, des millions de personnes sont déplacées vers des réserves, d'immenses *townships* sont créés dans les villes, des réserves africaines – les « bantoustans » – sont transformées, au cours

3 Voir M. Chanock, *The Making of South African Legal Culture, 1902-1936. Fear, Favour and Prejudice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

4 *South Africa Act* de 1909, 9 Edw. VII c. 9.

5 *Native Labour Regulation Act* de 1911.

6 *Natives Land Act* de 1913.

7 Voir F.-X. Fauvelle, *op. cit.*, p. 403-404.

8 *Group Areas Act* et *Population Registration Act*.

9 Voir F.-X. Fauvelle, *À la recherche du sauvage idéal*, Paris, Le Seuil, coll. « L'Univers historique », 2017, p. 48.

10 Voir F.-X. Fauvelle, *Histoire de l'Afrique du Sud*, Paris, Le Seuil, coll. « Points Histoire », 2013, p. 54-55, p. 404-405.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

des années 1970, en territoires indépendants où doivent résider les Noirs ne travaillant pas pour un employeur blanc[11].

En réaction, la révolution politique et constitutionnelle qui provoque la chute du régime de l'apartheid place l'antiracisme en son cœur. Pour rompre avec l'ordre ancien, il ne s'agit pas seulement de neutraliser les règles discriminatoires issues de ce régime, mais de poser les fondements d'une reconstruction de la communauté politique tournée vers l'égalisation des conditions. Juridiquement, cette révolution prend la forme d'un processus constituant en deux temps[12].

Du côté de l'ANC (*African National Congress*), on souhaite l'élection d'une assemblée constituante et on défend la préparation d'une Constitution provisoire minimale, réduite à quelques principes d'organisation du pouvoir et à la garantie des droits permettant d'organiser des élections libres, puis un gouvernement d'unité nationale. Le NP défend, à l'inverse, une négociation entre partis, puis la soumission à référendum d'une Constitution qui établisse un cadre plus large garantissant à la minorité blanche la possibilité de s'opposer à certaines réformes économiques et sociales qu'elle jugerait trop radicales. Des négociations ouvertes à la fin de 1991, dans le cadre d'une « Conférence pour une Afrique du Sud démocratique » (CODESA) regroupant tous les partis politiques connaissent une interruption en mai 1992, avant de reprendre leur cours en avril 1993, à Kempton Park, dans le cadre d'un « Processus de négociation multipartite » (MPNP). L'équilibre est un instant mis à mal par l'assassinat de Chris Hani, figure majeure de l'ANC, chef du parti communiste – avant que Nelson Mandela prononce, le 13 avril 1993, un discours qui s'attache à transformer ses funérailles en un moment de refondation politique – geste politique performatif assimilable à un « coup d'État sémantique », selon la formule de l'historien François Xavier-Fauvelle[13]. Un compromis fragile rend possible,

11 Voir P. Gervais-Lambony, *L'Afrique du Sud et les États voisins*, Paris, Armand Colin, coll. « U Géographie », 2013, p. 50-52.

12 Voir L. Berat, « The Constitutional Court of South Africa and Jurisdictional Questions: In the Interest of Justice? », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n° 1, 2005, p. 39-76 ; L. Ackerman, « The Legal Nature of the South African Constitutional Revolution », dans D. Cornell, S. Woolman, S. Fuller, J. Brickhill, M. Bishop et D. Dunbar (dir.), *The Dignity Jurisprudence of the Constitutional Court of South Africa. Cases and Materials*, t. 1, New York, Fordham University Press, 2013, p. 33-64 ; B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions. Charistmatic Leadership and the Rule of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2019, p. 94-104. Voir également X. Philippe, « Les développements constitutionnels en Afrique du Sud », *Revue belge de droit constitutionnel*, vol. 1, 1995, p. 433-444 ; *ibid*., « République d'Afrique du Sud : de la Constitution intérimaire à la Constitution définitive », *Revue belge de droit constitutionnel*, vol. 2, 1997, p. 45-59.

13 Voir F.-X. Fauvelle, *Convoquer l'Histoire. Nelson Mandela : trois discours commentés*, Paris, Alma éditeur, 2015, p. 51.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

au terme d'un processus constituant pour le moins chaotique[14], l'adoption d'une première Constitution, provisoire[15]. Frederik De Klerk l'accepte notamment parce qu'elle contient une Déclaration des droits protégeant le droit de propriété, au cœur des préoccupations de la minorité blanche. La dernière assemblée du régime de l'apartheid adopte la Constitution provisoire le 28 janvier 1993. Elle entre en vigueur le 14 avril 1994, jour où se tiennent les premières élections auxquelles pourront participer les Sud-Africains de toutes les races. L'ANC y recueille 62 % des suffrages, contre 20 % pour le NP. L'assemblée ainsi élue peut préparer la Constitution définitive.

Dans la crainte que la majorité nouvelle mette en cause ce qui a été établi, la Constitution provisoire a ordonné la création d'une Cour constitutionnelle chargée de contrôler la conformité de la Constitution définitive à 34 « principes constitutionnels » énoncés par la Constitution provisoire. Parmi ces derniers, on trouve la prohibition de la discrimination de race et de genre, ainsi que l'exigence de promotion de l'égalité de race et de genre[16]. En confiant à cette Cour le soin de garantir le respect par le constituant définitif des principes énoncés par le constituant provisoire[17], la Constitution provisoire la place au cœur de ce projet révolutionnaire.

Ambitieuse et réformiste dans ses proclamations, riche de contradictions dans sa longueur même, la Constitution – définitive – de 1996 entre en vigueur le 4 février 1997. Elle suscite une admiration où se mêle un hommage à son contenu et un espoir à la hauteur des objectifs qui lui sont attachés. Ainsi le professeur à Harvard, Cass Sunstein, la qualifie-t-il, avec un sens de la nuance inversement proportionnel à son enthousiasme, de « Constitution la plus admirable dans l'histoire du monde[18] ». Cela s'explique aisément. Elle constitue un exemple singulier d'accompagnement normatif d'une révolution politique. Elle est moins conçue comme le fruit de la sédimentation historique de valeurs partagées que comme l'instrument d'une rupture radicale avec le passé. Elle est d'emblée conçue, dans une perspective transformatrice[19], comme le moyen d'établir par le droit une égalité qu'une discrimination institutionnelle avait

14 Voir R. Spitz et M. Chaskalson, *The Politics of Transition. A Hidden History of South Africa's Negotiated Settlement*, Londres, Hart Publishing, 2000, p. 255, p. 408 ; D. Welsh, *The Rise and Fall of Apartheid*, Johannesburg, Jonathan Ball Publishers, 2009, p. 481-534.

15 *Constitution of the Republic of South Africa Act 200*, 1993 ; voir N. Perlo, « Les Constitutions provisoires, une catégorie normative atypique au cœur des transitions constitutionnelles en Méditerranée », *Revue méditerranéenne de droit public*, vol. 3, 2015, p. 13-30.

16 Constitution provisoire d'Afrique du Sud, « Principes constitutionnels », III.

17 Voir D. Moseneke, *All Rise. A Judicial Memoir*, Johannesburg, Picador Africa/Pan Macmillan, 2020, p. 60.

18 C. Sunstein, *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 261.

19 Voir D. Moseneke, « Transformative adjudication », *South African Journal of Human Rights*, vol. 18, 2002, p. 309-319, spéc. p. 319.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

longtemps rendue chimérique[20]. Par elle, on espère revenir sur les divisions qui, de longue main, ont fracturé le pays. Sous ce rapport, l'annonce, en 1991, de l'abolition de l'apartheid par Frederik De Klerk, ne constitue qu'un point de départ. L'essentiel reste à faire : bâtir, en dépit des stigmates durables de cette division historique, une communauté politique et constitutionnelle.

La Constitution se caractérise par l'ambition révolutionnaire qui lui est attachée par bon nombre de ses rédacteurs : « *From human wrongs to human rights* ». Le préambule de la Constitution provisoire en porte d'emblée la trace : elle entend jeter « un pont historique entre le passé d'une société profondément divisée, caractérisée par les dissensions, les conflits, les souffrances indicibles et l'injustice, et un avenir fondé sur la reconnaissance des droits de l'homme, la démocratie, la coexistence pacifique et les possibilités de développement pour tous les Sud-Africains, sans distinction de couleur, de race, de classe, de croyance ou de sexe[21] ». L'égalité est conçue, comme le résume Johann Kriegler dans une décision rendue par la première Cour constitutionnelle, comme le « principe organisateur[22] » de la Constitution, instrument d'une rupture radicale avec le passé[23].

Il s'agit de redistribuer le pouvoir, de reconstruire l'organisation politique conformément à une exigence d'égalité. Ainsi s'explique une conception singulière du principe d'égalité, conçu comme un mécanisme de correction et de rétribution au cœur du nouvel ordre politique et constitutionnel – une forme d'*affirmative action* tout entière tournée vers la lutte contre le racisme. La thèse est défendue par la Cour suprême, notamment sous la plume d'Albie Sachs[24], explicitement inspiré par Thurgood Marshall, à la Cour suprême des États-Unis[25] – dans un contexte certes différent, puisque la Constitution sud-africaine permet explicitement « pour promouvoir la réalisation de l'égalité, des mesures législatives et autres tendant à protéger ou à faire progresser les personnes, ou catégories de personnes, qui ont été désavantagées par une injuste discrimination[26] ».

---

20 Voir C. Albertyn et B. Goldblatt, « Facing the Challenge of Transformation. Difficulties in the Development of an Indigenous Jurisprudence of Equality », *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, 1998, p. 248-276, spéc. p. 249 ; voir également Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *President of the RSA v. Hugo* 1997 (4) SA 1 (CC), § 74, op. sép. J. Kriegler.

21 Constitution provisoire d'Afrique du Sud, épilogue, « Unité nationale et réconciliation ».

22 Cour constitutionnelle sud-africaine, *The President of the RSA v. Hugo* 1997 (4) SA I (CC), § 74.

23 Voir Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *State v. Makwanyane* 1995 (3) SA 391 (CC), § 262.

24 Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Minister of Finance v. Van Heerden* 2004 (6) SA 121 (CC), § 147-148.

25 Cour suprême des États-Unis, *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989), op. diss. Th. Marshall.

26 Constitution d'Afrique du Sud, art. 9, al. 2.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

Ainsi placés à la racine de la Constitution, l'antiracisme, la quête de la diversité et du pluralisme[27] doivent guider le comportement de la Cour constitutionnelle à qui elle a confié le soin, comme le résume Albie Sachs, de « trouver des réponses structurées et pragmatiques aux problèmes, majeurs dans notre pays, du racisme, du sexisme et des inégalités[28] ». Ils doivent influencer l'interprétation de toutes les dispositions constitutionnelles[29] et justifient que soit mis en cause le droit positif issu de l'apartheid[30] – ce qui n'empêche pas que son action soit critiquée par des responsables politiques qui la perçoivent.

En arrière-plan de ce débat se joue l'opposition, théorisée par le deuxième président du nouveau régime après Nelson Mandela, Thabo Mbeki, influencé sur ce point par le communisme, entre une « nation blanche » qui, parce qu'elle concentre l'essentiel des richesses, aurait tout intérêt à défendre un point de vue universaliste, et une « nation noire » qui ne bénéficierait pas, en pratique, de l'affirmation abstraite d'une égalité des chances[31]. Le nouveau régime s'attache à reconnaître les différences, à l'instar de l'archevêque Desmond Tutu qui, en remettant le rapport de la « Commission vérité et réconciliation », évoque le besoin de célébrer les différences au sein du « le peuple arc-en-ciel de Dieu[32] ». De quoi procède, dans la génération suivante, une critique du « culte de la Constitution[33] », d'un « fétichisme du droit et de la constitutionnalité[34] », alors même que de larges parts de la population ne réussissent, aujourd'hui encore, pas à accéder aux prétoires[35].

---

27 Voir C. Albertyn, « Cultural Diversity, "Living Law", and Women's Rights in South Africa », dans D. Bonilla Maldonado (dir.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Columbia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 163-210.

28 A. Sachs, *The Strange Alchemy of Life and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 113.

29 Voir l'opinion de P. Langa, dans Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Investigating Directorate: Serious Economic Offences v Hyundai Motor Distributors (Pty) Ltd; in re Hyundai Motor Distributors (Pty) Ltd & Others v Smit NO & Others* [2000] ZACC 12, 2001 (1) SA 545 (CC), 2000 (10) BCLR 1079 (CC), par. 21.

30 Voir K. Klare, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, 1998, p. 146-188.

31 Voir S. Stohler, *Reconstructing Rights. Courts, Parties, and Equality Rights in India, South Africa, and the United States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 209-212.

32 Cité dans F.-X. Fauvelle, *Histoire de l'Afrique du Sud*, Paris, Le Seuil, coll. « Points Histoire », 2013, p. 457-461.

33 Voir J. Modiri, « The Time and Space of Critical Legal Pedagogy », *Stellenbosch Law Review*, vol. 27, 2016, p. 507-534, spéc. p. 513.

34 Voir J. Comaroff, « Introduction », dans *ibid.* (dir.), *Law and Disorder in the Postcolony*, Chicago (Ill.), University of Chicago Press, 2006, p. 21-33. Voir également *ibid.*, « Policing Culture, Cultural Policing: Law and Social Order in Postcolonial South Africa », *Law & Social Inquiry*, vol. 29, 2004, p. 513-545.

35 Voir P. Andrews, « Race, Inclusiveness and Transformation of Legal Education in South Africa », dans R. Dixon et T. Roux (dir.), *Constitutional Triumphs, Constitutional Disappointments. A Critical Assessment of the 1996 South African Constitution's Local and International Influence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 223-251.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

Lorsque la Constitution est adoptée, il ne s'agit pas avant tout, comme dans les Constitutions libérales traditionnelles, de limiter le risque que l'État empiète sur les libertés individuelles, mais de pousser ce dernier, par des mécanismes positifs, à mener des actions pour que l'on se rapproche effectivement de ces principes.

Président de la Cour à la fin des années 2000, Sandile Ngcobo distingue cette Constitution « d'autres Constitutions qui postulent que tous sont égaux et consolident simplement les inégalités effectives » : en effet, « des décennies de discrimination raciale systématique mises en place par l'ordre juridique de l'apartheid ne peuvent pas être éliminées sans une action positive permettant de se donner ce résultat », au risque, en l'absence d'action menée en ce sens, que « les effets de la discrimination [s'éternisent][36] ». Comme aux États-Unis après la fin de la ségrégation, appliquer les mêmes règles de façon abstraite et universelle à un pays extrêmement divisé peut revenir à perpétuer les inégalités – partant, à ne pas être neutre. En toile de fond de ce débat apparaît le spectre d'une discrimination perpétuelle : la division du pays reste telle, après la chute de l'apartheid, que la seule application du principe d'égalité ne suffirait pas à en dissiper les stigmates.

Surgit alors une difficulté épineuse. Sous l'apartheid, aucun mécanisme n'est prévu pour garantir l'indépendance des juges. Les « magistrats », de rang inférieur, sont nommés par le ministre de la Justice, selon un modèle britannique couramment diffusé dans l'Empire. Les « juges », de rang supérieur, sont nommés formellement par le président de la République, quoique la décision soit prise, en pratique, par le ministre de la Justice – sur avis, à la fin de l'apartheid, du *Chief Justice*[37]. Après la chute du régime, certains juges – à l'image du dernier *Chief Justice* du régime, Michael Corbett, devant la « Commission vérité et réconciliation » – imputent à l'absence de contrôle de constitutionnalité l'obligation où ils se trouvaient d'appliquer les règles qui leur semblaient injustes[38]. D'un autre côté, différents témoins rappellent que sous prétexte de respecter la volonté du législateur, nombre de juges ont été les gardiens de la stabilité de l'ordre politique raciste, sans chercher à protéger les minorités[39], la stricte application du droit revenant bien souvent à se

36 Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Bato Star Fishing (PTY) LTD v. The Minister of Environmental Affairs and Tourism et al.*, 12 mars 2004, opinion concordante J. Ngcobo.

37 Voir A. Chaskalson, I. Mahomed, P. Langa, H. Van Heerden et M. Corbett, « The Legal System in South Africa (1960-1994): Representations to the Truth and Reconciliation Commission », *South African Law Journal*, vol. 115, n° 1, 1998, p. 21-36, spéc. p. 32.

38 *Ibid.*, p. 18.

39 Voir A. Sachs, *Justice in South Africa*, Londres, Chatto Heinemann, 1973 ; J. Dugard, *Human Rights and the South African Legal Order*, Princeton, Princeton University Press, 1978 ; H. Corder, *Judges at Work*, Le Cap, Juta, 1984 ; D. Dyzenhaus, *Hard Cases in Wicked Legal Systems*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 34-73 ; H. Corder, « The Judiciary and a Bill of Rights in a Changing South Africa », dans E. Kahn (dir.), *The Quest For Justice. Essays in*

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

conformer aux exigences du gouvernement[40] – ce qui correspond à l'interprétation historique la plus commune[41].

Il fait peu de doute que les Sud-Africains placeront leur confiance dans une Déclaration des droits constitutionnels voués à contribuer à la rupture souhaitée avec l'ordre ancien. Il est en revanche loin d'être certain, dans ces conditions, qu'ils souhaiteront que soit confié aux juges le soin d'en garantir le respect[42] ? L'intuition est alors partagée selon laquelle cela dépendra de la capacité de l'autorité judiciaire à inspirer confiance.

La structuration du pouvoir juridictionnel sous l'apartheid a eu un effet simple : à l'aube des années 1990, tous les juges du pays sont blancs et, à une exception près, des hommes. Le premier juge qui ne l'est pas, d'origine indienne, Ismail Mahomed, est nommé en 1991 – avant de rejoindre la première Cour constitutionnelle en 1995, puis d'être nommé *Chief Justice* avant la fusion de cette fonction avec celle de président de la Cour[43].

Ainsi s'explique que les deux Constitutions successives fassent peser sur les autorités de nomination des membres de la Cour constitutionnelle une exigence de représentativité – dans un contexte où les références à des situations étrangères ont été courantes[44]. La première porte déjà trace de cette ambition : « Lorsqu'elle soumet ses recommandations aux autorités de nomination [...], la Commission du service judiciaire tient compte de la nécessité de constituer une juridiction indépendante, compétente, et représentative en termes de race et de sexe[45] ». La Constitution définitive impose, « lors de la nomination des juges », de « prendre en compte la nécessité pour les organes juridictionnels de refléter largement la composition raciale et sexuelle de l'Afrique du Sud[46] ».

Honour of Michael McGregor Corbett, Le Cap, Juta, 1995 ; H. Corder, « Judicial Authority in a Changing South Africa », *Legal Studies*, vol. 24, n° 1-2, 2004, p. 253-274.

40 Voir C. Forsyth, « The Judiciary Under Apartheid », dans C. Hoexter et M. Olivier (dir.), *The Judiciary in South Africa*, Le Cap, Juta, 2014, p. 26-67.

41 Voir J. Dugard, « Should Judges Resign? A Reply to Professor Wacks », *South African Law Journal*, vol. 101, 1984, p. 286-294 ; M. Lobban, *White Man's Justice. South African Political Trials in the Black Consciousness Era*, Oxford, Clarendon Press, 1996 ; S. Ellmann, « To Resign or Not to Resign », *Cardozo Law Review*, vol. 19, 1997, p. 1047-1959 ; D. Dyzenhaus, *Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order*, Le Cap, Juta, 1998 ; M. Olivier, « The Selection and Appointment of Judges », dans C. Hoexter, M. Olivier (dir.), *The Judiciary in South Africa*, Le Cap, Juta, 2014, p. 116-153, spéc. p. 117-120.

42 H. Klug, *Constituting Democracy. Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 44-47.

43 Voir D. M. Davis, « Judicial Appointments in South Africa », *Advocate*, décembre 2010, p. 40-43.

44 Voir P. Brett, « The New Politics of Judicial Appointments in Southern Africa », *Law & Social Inquiry*, « First View », 20 septembre 2022, p. 1-31.

45 Constitution provisoire de 1993, art. 99, 5, d.

46 Constitution d'Afrique du Sud de 1996, art. 174, al. 2.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

L'Afrique du Sud constitue un laboratoire unique pour quiconque s'interroge sur l'opportunité de contraindre, par des règles de droit, la composition des juridictions constitutionnelles dans le sens d'une plus grande représentativité de ses membres.

Encore faut-il formuler quelques précisions, d'un point de vue français. La première tient au concept de « race », prompt à susciter des passions véhémentes dans un pays marqué par les écrits racistes, au XIX^e^ siècle, d'Arthur de Gobineau[47] ou de Georges Vacher de Lapouge[48]. Longtemps honni, le terme tend à être de nouveau utilisé, après un passage par le monde anglo-saxon, dans une perspective distincte[49] : il ne fait plus référence à un quelconque déterminisme biologique, mais à des catégories sociales, culturelles, statistiques, fondées, au second degré, sur la manière dont est collectivement perçue une diversité de considérations tenant à l'origine géographique, à la trajectoire historique, à langue ou à la couleur de la peau. Parce qu'il est utilisé dans le contexte singulier de l'Afrique du Sud, le terme est ici repris.

Le processus de nomination des juges constitutionnels sud-africains, qui porte la marque de cette ambition transformatrice, tend à façonner une Cour constitutionnelle à l'image de la Nation, dans des conditions qui appellent une évaluation critique et sont susceptibles d'éclairer la réflexion au-delà des frontières de ce pays.

I. NOMMER POUR TRANSFORMER

Après la chute de l'apartheid, si nul ne conteste plus la pertinence des concepts vagues de « transformation » ou de « diversité », les débats s'ouvrent – nombreux – sur la portée qui doit leur être donnée[50]. L'un des points d'attention majeurs, dans ce projet transformateur, tient à la manière dont seront choisis les juges en général et, en particulier, les membres de la Cour constitutionnelle.

En contrepartie des larges pouvoirs donnés à la Cour, il est décidé de conférer une place centrale, dans la nomination de ses membres, à un organisme

47 A. de Gobineau, *Essai sur l'inégalité des races humaines*, 4 t., Mesnil-sur-l'Estrée, Firmin Didot, 1853.

48 G. Vacher de Lapouge, *L'aryen. Son rôle social. Cours libre de science politique professé à l'Université de Montpellier (1889-1890)*, Paris, Fontemoing, 1899.

49 Voir P. Ndiaye, *La condition noire. Essai sur une minorité française*, Gallimard, coll. « Folio actuel », 2009, p. 35-46.

50 Voir F. Du Bois, « Judicial Selection in Post-Apartheid South Africa », dans K. Malleson et P. H. Russell, *Appointing Judges in an Age of Judicial Power. Critical Perspectives from around the World*, Toronto, University of Toronto Press, 2006, p. 280-312, p. 293.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

original : la Commission du service judiciaire (*Judicial Service Commission*)[51]. Par elle, les membres de la Cour constitutionnelle sont voués, on le souhaite, à être indépendants et responsables. Également compétente en matière de révocation des juges, l'institution scrute l'expertise professionnelle, s'interroge sur les choix politiques. D'un point de vue français, on pourrait y voir un intermédiaire entre le Conseil supérieur de la magistrature – parce que la carrière de juges y est en jeu –, du comité prévu par l'article 255 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pour les juges de cette dernière – parce qu'on y trouve des experts du droit –, de la Cour de justice de la République – parce que des juges s'y mêlent à des responsables politiques – et du Conseil économique, social et environnemental – parce qu'y sont représentés des intérêts professionnels.

C'est le fruit d'un compromis politique, au cœur des négociations préalables à l'adoption de la Constitution. Du côté de l'ANC, on promeut l'établissement d'un organe politique. Les professions juridiques souhaitent, quant à elles, un organe faisant la part belle aux professionnels du droit[52]. À la rencontre de ces ambitions est créée cette Commission, organe pléthorique où se rencontrent une majorité politique et une minorité technicienne. La première compte quinze membres sur vingt-trois, tous choisis par des autorités politiques ou représentent des intérêts politiques : onze membres sont généralement des responsables politiques – le ministre de la Justice, six membres désignés par l'Assemblée nationale (dont trois appartiennent aux partis d'opposition), quatre membres désignés par la chambre haute, le Conseil national des provinces – et quatre membres sont choisis par le président de la République, après consultation des responsables de tous les partis représentés à l'Assemblée nationale. La minorité est composée de trois membres issus de l'autorité juridictionnelle – le *Chief Justice*, dont le rôle institutionnel est central, qui préside la Commission[53] ; le président de la Cour suprême d'appel ; l'un des juges-présidents à la tête des Hautes Cours –, auxquels s'ajoutent cinq représentants des professions juridiques – deux avocats-plaideurs (*advocates*, sur le modèle des *barristers* britanniques), deux avocats-conseils (*attorneys*, sur le modèle des *solicitors*) et un professeur de droit.

51 Voir C. Hoexter et M. Olivier, « The Judicial Service Commission », dans *ibid*. (dir.), *The Judiciary in South Africa*, Le Cap, Juta, p. 154-199 ; C. Hoexter, « The Judicial Service Commission. Lessons from South Africa », dans G. Gee et E. Rackley (dir.), *Debating Judicial Appointments in an Age of Diversity*, Abingdon, Routledge, 2017, p. 83-100 ; C. Oxtoby, « Managing a Fraught Transition. The Practice of the South African JSC », dans H. Corder, J. van Zyl Smith (dir.), *Securing Judicial Independence. The Role of Commissions in Selecting Judges in the Commonwealth*, Le Cap, Siber Ink CC, 2017, p. 152-175 ; T. L. Masengu, *What Lies Beneath. The Complex Nature of Appointing Women Judges in Zambian and South Africa*, these soutenue à l'université du Cap, 2020, p. 155-207.

52 Voir K. Malleson « Assessing the Performance of the Judicial Service Commission », *South African Law Journal*, vol. 116, 1999, p. 36-49, spéc. p. 38.

53 Voir C. Powell, « Judicial Independence and the Office of the Chief Justice », *Constitutional Court Review*, vol. 9, 2019, p. 497-519.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

Cette composition vise à éviter plusieurs écueils : la nomination de juges par des juges ; un pouvoir discrétionnaire abandonné au pouvoir exécutif – comme c'était le cas sous l'apartheid –, puisque rares sont les cas où le président décide seul ; une prise de contrôle par l'autorité juridictionnelle – rendue plus difficile par cette composition diverse – ; les défauts d'un système qui implique la participation de deux institutions, à l'aune de ce que l'on observe aux États-Unis.

Le mécanisme prévu pour la nomination des membres de la Cour, encadré par l'article 174 de la Constitution de 1996, se comprend à cette aune. La Cour compte onze juges – dont un président (*Président of the Constitutional Court* jusqu'en 2001, puis *Chief Justice*) et un vice-président (*Deputy Chief Justice*[54]). Ils sont nommés pour un mandat de douze ans, extensible à quinze ans par la loi, souvent réduit en pratique par une retraite forcée à soixante-dix ans. De quoi procède le risque, par l'effet de départs groupés de la Cour, que cette dernière connaisse des retours en arrière – péril identifié lorsqu'il a fallu nommer cinq juges à la Cour en 2009[55].

L'autorité de nomination principale est le président de la République. Il est compétent pour toutes les nominations, même si ses pouvoirs, variables, ne sont pas discrétionnaires. La Constitution prévoit deux procédures de nomination distinctes. La première concerne la nomination du président de la Cour et celle de son vice-président[56] : le président de la République doit consulter la Commission du service judiciaire (*Judicial Service Commission*) et les chefs des principaux partis politiques – ceux qui sont représentés à l'Assemblée nationale, même si leurs responsables ne sont pas nécessairement députés – avant de les nommer. Leur avis n'est que consultatif. La seconde procédure concerne la nomination des autres membres de la Cour (*Judges*)[57]. Le président de la République doit consulter le président de la Cour et les chefs des partis représentés à l'Assemblée nationale, en suivant la procédure suivante. La Commission du service judiciaire soumet au président de la République une liste de candidats où se trouvent trois noms de plus que le nombre de postes vacants[58]. Il doit choisir les candidats parmi cette liste. S'il estime que la liste ne contient pas assez de candidats acceptables, il peut demander à la Commission de modifier une fois la liste, en motivant sa demande[59]. La Commission du service judiciaire doit alors ajouter des candidats supplémentaires sur cette liste et le président de la Cour doit choisir au sein de cette dernière les derniers candidats[60].

54 Constitution d'Afrique du Sud, art. 167 (1).

55 Voir B. Opeskin, « Models of Judicial Tenure: Reconsidering Life Limits, Age Limits and Term Limits for Judges », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 35, n° 4, 2015, p. 627-663, spéc. p. 657-658.

56 Constitution d'Afrique du Sud, art. 174, al. 3.

57 Constitution d'Afrique du Sud, art. 174, al. 4.

58 Constitution d'Afrique du Sud, art. 174, al. 4, a.

59 Constitution d'Afrique du Sud, art. 174, al. 4, b.

60 Constitution d'Afrique du Sud, art. 174, al. 4, c.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

Des quatre contraintes substantielles qui pèsent sur le choix des candidats, les deux premières ne laissent guère de marge de manœuvre à l'interprète : les candidats à la Cour constitutionnelle doivent être de nationalité sud-africaine[61] et, pour au moins quatre d'entre eux, ils doivent être déjà juges au moment de leur nomination. Une troisième contrainte, d'interprétation plus délicate quoiqu'elle renvoie à une exigence courante dans différents États, tient à la compétence des candidats : les fonctions de membre de la Cour – comme de toute autre fonction juridictionnelle – ne doivent être ouvertes qu'aux femmes et aux hommes dûment qualifiés, présentant les garanties de compétence et de probité nécessaires[62].

En pratique, la sélection de ses membres semble professionnelle de prime abord : les vacances sont publicisées, les candidats potentiels sont entendus par la Commission du service judiciaire lors d'auditions publiques – rupture à l'égard du système dans lequel quelques juges et le ministre de la Justice choisissaient seuls les bénéficiaires de telles nominations. Le fonctionnement de la Commission, pourtant, ne se montre pas toujours à la hauteur de cet enjeu, aussi bien dans le choix des candidats – au terme d'un processus critiqué pour son manque de transparence[63] – que dans leurs auditions, souvent rapides, pendant lesquelles nombre de membres de la Commission ne posent aucune question, les questions ne portant que rarement sur la fonction de juger[64]. On critique volontiers le défaut de clarté et de transparence des critères à l'aune desquels sont évaluées les candidatures[65]. Les auditions permettent tout au plus de bloquer les candidats les plus mauvais – ce qui n'est certes pas rien.

II. À L'IMAGE DE LA NATION

La plus épineuse des contraintes est l'exigence de représentativité de la Cour[66] – comme de toute autre juridiction dans le pays.

Elle est originale. Certes, la question n'est pas propre à ce pays[67]. L'ambition selon laquelle les juridictions constitutionnelles devraient s'attacher

61 Constitution d'Afrique du Sud, art. 174, al. 1er.

62 Constitution d'Afrique du Sud, art. 174, al. 1er.

63 Voir P. E. Andrews, « The South African Judicial Appointments Process », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 44, nº 3, 2006, p. 565-572, spéc. p. 569.

64 A. Tilley et Z. Ndlebe, « Judicial Appointments in South Africa », *British Journal of American Legal Studies*, vol. 10, nº 3, 2021, p. 457-478.

65 Voir S. Cowen, *Judicial Selection in South Africa*, Le Cap, Université du Cap, Democratic Governance and Rights Unit, 2013, p. 115-120.

66 Constitution d'Afrique du Sud, art. 174, al. 2.

67 Voir S. Turenne, « Fair Reflection of Society in Judicial Systems. A Comparative Study », dans *ibid*. (dir.), *Fair Reflection of Society in Judicial Systems. A Comparative Study*, Cham, Springer, coll. « Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law », 2015, p. 2-21.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

à « ressembler » à la société, dans toute sa diversité, a été formulée de longue date aux États-Unis, où nombre de candidats à la Cour suprême fédérale, par-delà leurs qualités propres, ont été présentés comme susceptibles d'incarner un fragment de l'Amérique[68]. L'origine géographique, le genre, la couleur de peau et la religion – liste qui pourrait s'étendre demain aux orientations sexuelles ou à d'éventuels handicaps – ont été régulièrement mis en avant par des présidents soucieux d'éclairer ainsi leurs choix et de jeter de la lumière sur une partie de la population, dans l'espoir qu'une portion de l'électorat leur en saurait gré. Ainsi comprend-on que l'identité – réelle ou supposée – des candidats influence ce choix et le cours de ces candidatures. Avec le recul, l'exigence a rempli l'objectif qui lui était assigné : au terme d'une lente trajectoire depuis la seconde moitié du XIX^e^ siècle, la Cour suprême américaine est certainement plus représentative de la diversité du pays que d'autres juridictions constitutionnelles.

En Afrique du Sud, la disposition constitutionnelle imposant cette représentativité est le fruit d'un double mouvement. D'une part, il est apparu dangereux d'abandonner le pouvoir de nommer à la seule discrétion du président de la République. D'autre part, les groupes d'opposition à l'ANC – en particulier le NP – ont été incapables, lors des débats préalables à l'adoption de la Constitution de 1993, de percevoir le rôle voué à être joué par l'ANC et par la Cour constitutionnelle dans les nouvelles institutions – juridiction à part sous la Constitution provisoire, la Cour se trouvera placée au faîte de l'architecture juridictionnelle du pays par la Constitution définitive. Ainsi s'explique que le négociateur en chef pour le Parti national, Kobie Coetsee, ait d'abord abandonné, en novembre 1993, les nominations à la Cour constitutionnelle au seul pouvoir exécutif[69] – rassuré par le fait que quatre membres de la Cour constitutionnelle seraient issus de l'autorité judiciaire du moment. Il fallut que le parti démocrate (*Democratic Party*) s'y oppose et impose que la Commission du service judiciaire (*Judicial Service Commission*) y joue un rôle, ce qui conduisit le Parti national à changer d'avis. Ainsi s'explique que la Constitution provisoire de 1993 dispose que le président de la Cour constitutionnelle est nommé par le président de la République après consultation du Cabinet et du chef de l'autorité judiciaire (le *Chief Justice*, qui n'est pas encore le président de la Cour constitutionnelle).

---

68 Voir J. Jeanneney, *Une fièvre américaine. Choisir les juges de la Cour suprême, XVIII^e^-XXI^e^ siècle*, Paris, CNRS Éditions, 2024, p. 195-230.

69 Voir H. Ebrahim, *The Soul of a Nation. Constitution-making in South Africa*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 169-170 ; R. Spitz et M. Chaskalson, *The Politics of Transition. A Hidden History of South Africa's Negotiated Settlement*, Londres, Bloombury, 2000, p. 204-205 ; T. Roux, *The Politics of Principle. The First South African Constitutional Court, 1995-2005*, Cambridge, Cambridge University Press, coll. « Cambridge Studies in Constitutional Law », 2013, p. 165-170 ; J. Fowkes, *Building the Constitution. The Practice of Constitutional Interpretation in Post-Apartheid South Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, coll. « Cambridge Studies in Constitutional Law », 2016, p. 103-105.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine",
in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

Par ailleurs, quatre membres de la Cour constitutionnelle devaient être choisis parmi les membres de l'autorité judiciaire, « après consultation du Cabinet et du chef de l'autorité judiciaire ». Enfin, les six juges restants devaient être nommés par le président « après consultation du Cabinet et du président de la Cour constitutionnelle » – en précisant que le président de la République devrait effectuer son choix à partir de la liste de dix noms susceptible d'être modifiée une fois à sa demande[70].

Or, le fait de prévoir une telle procédure de nomination n'a pas le même effet dans un pays où l'on s'attend à une compétition entre partis et dans un pays où un parti règne sans partage. Le fait que l'ANC soit au pouvoir, en Afrique du Sud, depuis trois décennies, contribue paradoxalement à réduire l'indépendance de la Cour constitutionnelle. La Commission du service judiciaire jouant le rôle d'un garde-fou, le parti majoritaire doit contrôler la Commission du service judiciaire pour contrôler la nomination des membres de la Cour[71].

Cette disposition constitutionnelle fait l'objet d'évaluations contrastées.

Chez les progressistes, certains s'en réjouissent.

D'autres la fustigent parce qu'elle exclut, par son silence, d'autres propriétés susceptibles de caractériser des candidats : la classe sociale, la culture, la religion, l'orientation sexuelle, un handicap éventuel[72] – quoique la Cour ait connu un juge aveugle entre 1998 et 2013, Zakeria Yacoob.

D'autres regrettent une inégalité entre les deux termes finalement choisis – l'exigence en matière de race ayant été prise avec plus de sérieux que l'exigence en matière de genre[73] –, en allant jusqu'à la défendre de nommer des juges explicitement féministes pour lutter contre certains stéréotypes bien ancrés dans la société[74]. Ainsi une candidate à la Cour constitutionnelle, Kathy Satchwell,

70 Constitution d'Afrique du Sud de 1993, art. 97(2)(a) ; art. 99.

71 T. Roux, *The Politics of Principle. The First South African Constitutional Court, 1995-2005*, Cambridge, Cambridge University Press, coll. « Cambridge Studies in Constitutional Law », 2013, p. 169.

72 Voir F. Du Bois, « Judicial Selection in Post-Apartheid South Africa », dans K. Malleson et P. H. Russell (dir.), *Age of Judicial Power. Critical Perspectives from around the World*, Toronto, University of Toronto Press, 2006, p. 280-312, spéc. p. 282-283 ; C. Albertyn, « Judicial Diversity », dans C. Hoexter et M. Olivier (dir.), *The Judiciary in South Africa*, 2014, p. 245-287, p. 276.

73 Voir S. Cooney, « Gender and Judicial Selection. Should There Be More Women on the Courts? », *Melbourne University Law Review*, vol. 19, 1993, p. 20-44 ; R. B. Cowan, « Women's Representation on the Courts in the Republic of South Africa », *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender & Class*, vol. 6, 2006, p. 291-317 ; E. Bonthuys, « Gender and Race in South African Judicial Appointments », *Feminist Legal Studies*, vol. 23, 2015, p. 127-148.

74 M. Hunter, T. Fish Hodgson et C. Thorpe, « Women Are Not a Proxy. Why The Constitution Requires Feminist Judges », *South African Journal on Human Rights*, vol. 31, n° 3, 2015, p. 579-606.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

est-elle interrogée sur le point de savoir si les Sud-Africains pieux peuvent s'identifier à elle, alors qu'elle est ouvertement lesbienne[75].

D'autres encore dénoncent une incohérence constitutionnelle : dans le même mouvement, la Constitution entend nier les classifications raciales – en précisant, en son article premier, que l'État se fonde sur « le non-racialisme et le non-sexisme » et en prohibant, notamment en son article 9, la discrimination à raison de la race, ce qui devrait empêcher de penser en ces termes –, tout en plaçant de telles classifications au cœur de cette disposition, au risque de continuer à diviser les Sud-Africains en vertu de leur race[76].

À quoi s'ajoute une ultime critique, traditionnelle à propos des mesures d'*affirmative action* : s'il s'agit de privilégier, entre deux candidats *à niveau égal*, celui qui incarne une partie de la population qui a trop longtemps été laissée de côté, cela est plus acceptable que s'il s'agit de privilégier, pour les mêmes motifs, un *moins bon candidat* – au risque, sinon, que de telles mesures conduisent à un déclin relatif de la qualité de la justice. L'appréciation, en la matière, ne saurait être qu'individuelle. Il peut néanmoins être noté que l'apartheid a pesé sur le vivier des candidats susceptibles d'être nommés juges.

S'y ajoute un risque de conflit de représentativités. En 2001, un candidat noir, Dikgang Moseneke, qui a été emprisonné entre ses quinze et vingt-cinq ans dans la prison de Robben Island avant de devenir avocat, président d'une société de télécommunications puis juge, est choisi pour rejoindre la Cour. Certains critiquent alors qu'ait été évincés une femme ouvertement lesbienne et un homme aveugle – jugés plus à même de contribuer, à leur échelle, à la transformation des institutions.

Se pose dès lors la question des conséquences de cette disposition constitutionnelle relative à la représentativité. La procédure ainsi prévue permet d'élargir le vivier des candidats potentiels. À l'image de ce que l'on observe aux États-Unis depuis le milieu du XX^e^ siècle, le choix des jeunes juges pour des juridictions inférieures est déterminant : on y trouvera, quelques années plus tard, des candidats potentiels à la Cour constitutionnelle. La présence d'élus au sein de la Commission, comptables du respect de la Constitution devant leurs électeurs, tend à accroître cette représentativité.

La première Cour constitutionnelle, par l'effet de la fournée de 1995, porte la trace d'une volonté de rupture.

Elle n'est pas encore, à l'évidence, représentative du pays. Neuf de ses onze membres sont des hommes ; sept sont blancs. Sa diversité, pourtant, est frappante, comme le note rétrospectivement Albie Sachs. Les premiers membres

75 Voir « Satchwell makes her case at JSC interviews », *Mail & Gardian*, 22 septembre 2009.

76 Voir M. Brassey, « The More Things Change... Multiracialism in Contemporary South Africa », *Constitutional Court Review*, vol. 9, 2019, p. 443-471.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine",
in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

de la Cour ont beaucoup en commun : pour l'essentiel, ils ont été assimilés à des terroristes ou à des avocats de terroristes sous l'apartheid.

Les juristes non blancs dotés des qualités nécessaires pour rejoindre la Cour suprême sont encore rares et ils travaillent souvent dans des cabinets d'avocat rémunérateurs que tous n'envisageraient pas de quitter – par quoi l'apartheid prolonge quelque temps ses effets. Cette première Cour est néanmoins marquée par la diversité des trajectoires professionnelles de ses membres – ce qui n'étonne guère, les carrières juridiques étant évolutives en Afrique du Sud comme aux États-Unis, où il est courant d'être avocat, puis professeur, puis juge[77].

Ils ont pourtant connu des expériences de vie diverses, entre ceux qui ont grandi dans le dénuement le plus sévère, tout en étant soumis à des pratiques humiliantes parce qu'ils n'étaient pas blancs, et ceux qui, avocats blancs, ont évolué dans le confort bourgeois, affiné leur connaissance des vins du pays et de la littérature, tout en prenant des positions courageuses contre l'apartheid. Comme le résume l'ancien juge : « en dépit de la variété de nos expériences personnelles et professionnelles, [...] nous étions tous, corps et âmes, en sympathie avec la vision a-racisée et non-sexiste [que la Constitution] renvoyait[78] ».

Surtout, plusieurs de ses membres ont joué un rôle actif contre le régime de l'apartheid, au sein ou en dehors de l'ANC, avant de participer au processus d'élaboration des Constitutions de 1993 et de 1996. Révélatrice est, à cet égard, la figure d'Arthur Chaskalson[79]. Avocat et militant blanc de premier plan sous l'apartheid, il défend Mandela lors du procès de Rivonia, à l'automne 1963 et au printemps 1964, puis s'attache à contester la validité de différentes lois du régime, avant de devenir le membre le plus important du Comité constitutionnel de l'ANC, qui rédige les propositions du parti lors des négociations constitutionnelles du début des années 1990. Son influence sur le processus constituant est déterminante. Nommé président de la Cour constitutionnelle, il rédige l'opinion majoritaire de la décision *Makwanyane* de 1995[80], par laquelle la Cour déclare inconstitutionnelle la peine de mort avant l'adoption de la Constitution définitive. Il dirige l'institution pendant une décennie, entre 1994 et 2005 – d'abord comme président de cette dernière puis, à partir d'une révision constitutionnelle fusionnant, en 2001, les fonctions de président de la Cour et de *Chief Justice*, sous ce dernier titre. Dans ses fonctions, il contribue à asseoir l'influence de l'institution.

77 Voir X. Philippe, « Afrique du Sud », *AIJC*, vol. 30-2014, 2015, p. 199-215.

78 A. Sachs, *The Strange Alchemy of Life and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 26.

79 Voir D. M. Davis, « A Towering but Modest Judicial Figure: The Case of Arthur Chaskalson », dans R. Abeyratne et I. Porat (dir.), *Towering Judges. A Comparative Study of Constitutional Judges*, Cambridge, Cambridge University Press, coll. « Comparative Constitutional Law and Policy », 2021, p. 236-254.

80 Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *S. v. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391 (CC), § 262.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

D'autres membres de la Cour, outre son président, sont connus pour leur engagement du côté de l'ANC pendant l'apartheid. Il en est un qui, déjà évoqué, mérite une attention particulière : Albie Sachs[81]. Il est lui aussi blanc. Il a joué un rôle central dans les réflexions institutionnelles au sein de l'ANC sous l'apartheid. L'explosion d'une bombe dans sa voiture, au Mozambique, lui a coûté son bras droit. Universitaire, comme Yvonne Mogkoro, Albie Sachs et Kate O'Regan, il partage avec l'avocat Pius Langa le fait de n'avoir jamais exercé de fonction juridictionnelle, contrairement à ses collègues juges qui exerçaient leurs fonctions sous l'apartheid – John Didcott et Johan Kriegler –, ou au Lesotho – Laurie Ackerman. Juge qui a présidé une commission dénonçant les exactions policières et judiciaires sous l'apartheid, Richard Goldstone ne siège en pratique, qu'au début et à la fin de son mandat : il est nommé procureur près le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et près le Tribunal pénal international pour le Rwanda. S'y ajoutent Ismail Mahomed, d'origine indienne, premier juge non-blanc du pays, nommé vice-président de la Cour, ainsi que Thole Madala, noir, juge au moment de sa nomination comme suppléant de Richard Goldstone.

L'enjeu de la représentativité de la Cour est perçu comme d'autant plus grand que, dès sa première décennie d'existence, cette institution affirme ses pouvoirs en rendant des décisions vouées à nourrir sa renommée et son prestige[82]. Après avoir déclaré la peine de mort inconstitutionnelle en 1995[83], elle invalide certaines dispositions de la Constitution définitive en 1996[84] – avant d'approuver sa version modifiée[85] –, marque son indépendance en invalidant un décret illégal du président de la République pris sur délégation du Parlement[86], impose aux pouvoirs publics une obligation positive de garantir le droit au logement[87] – dans un mouvement plus large tendant à imposer le respect des droits économiques

81 Voir D. Cornell et K. Van Marle, *Albie Sachs and Transformation in South Africa. From Revolutionary Activist to Constitutional Court Judge*, New York, Birkbeck Law Press, 2014.

82 H. Corder, « Judicial Authority in a Changing South Africa », *Legal Studies*, vol. 24, n° 1-2, 2004, p. 253-274.

83 Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *State v. Makwanyane*, 119 (3) SA (CC), 1995 (6) 665 (CC).

84 Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 (10), BCLR 1253 (CC).

85 Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Certification of the amended text of the final Constitution* 1997 (1) BCLR (CC). Voir X. Philippe, « République d'Afrique du Sud », *RFDC*, vol. 29, 1996, p. 163-174 ; *ibid*., « Le contrôle des lois constitutionnelles en Afrique du Sud », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 27, 2009, p. 22-26.

86 Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Executive Council of the Western Cape Legislature v. President of the Republic of South Africa*, 1995 (4) SA 8787 (CC), 1995 (10) BCLR 1289 (CC). Voir X. Philippe, « La Cour constitutionnelle sud-africaine et le règlement des conflits politiques », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 27, 1996, p. 461-491, spéc. p. 483-484.

87 Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*, CCt 11/00, 4 octobre 2000, [2000] ZACC 19.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

et sociaux autant que celui des droits civils et politiques[88] ; elle juge que la transformation de la société par la mise en œuvre du principe d'égalité est une obligation constitutionnelle et que le contrôle de l'action administrative s'ancre dans la Constitution et la loi, plus seulement dans les principes généraux du *common law*[89] ; elle met un terme à la primogéniture mâle[90] ; elle impose, par sa décision *Fourie*, l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe en 2006[91]. Ainsi se trouve accrue l'attention collectivement portée au choix de ses membres.

III. DES ENSEIGNEMENTS POUR TOUS

Une fois établi ce tableau, comment évaluer les exigences de représentativité imposées par la Constitution sud-africaine ?

Divers arguments, de portée inégale, méritent d'être distingués et évalués. En commençant par un argument *symbolique*. La Cour constitutionnelle incarnant la justice « pour tous », il importe que sa composition soit à l'image du pays. Parmi les « lignes directrices » en matière de sélection des juges formulées par le président de la Cour constitutionnelle Ismail Mahomed en 1998, on trouve le critère suivant : « La nomination du candidat aurait-elle une portée symbolique, en tant qu'elle enverrait un message à la communauté dans son ensemble ?[92] ». Y font écho les « principes de Lilongwe » – capitale de Malawi où s'est tenue, en 2015, la Conférence annuelle du Forum des présidents de juridictions suprêmes d'Afrique méridionale. Ils précisent que « l'autorité juridictionnelle devrait refléter la diversité de la société dans tous ses aspects » et que « les autorités de sélection et de nomination peuvent donner activement priorité au recrutement de candidats susceptibles d'être nommés qui renforcent la diversité de la magistrature[93] ».

Cet argument se présente comme le plus faible de prime abord. Néanmoins, il est marginalement plus convaincant pour une juridiction constitutionnelle que pour des juridictions inférieures. Surtout, la question se pose dans un pays où une minorité blanche tendait à garder par-devers elle les fonctions organiques majeures du pays.

---

88 Voir par ex. J. Jeanneney, « Les mobiles en procès. La Cour constitutionnelle sud-africaine face aux procédures-bâillons », *RFDA*, vol. 39, n° 3, 2023, p. 561-572.

89 Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v The Minister of Environmental Affairs and Tourism and Others*, CCT 27/03, 10 mars 2004, [2004] ZACC 15.

90 Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Bhe v. Khayelitsha Magistrate*, 2005, SA 580 (CC), 2005 (1) BCLR 1 (CC).

91 Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *Minister of Home Affairs v. Fourie*, 2006 (1) SA 524 ((CC) 2006 BCLR 335 (CC)).

92 Judicial Service Commission, « Report on Activities of the Judicial Service Commission for the Year Ended 30 June 1999 ».

93 Voir Southern African Chief Justices' Forum, *Lilongwe Principles and Guidelines on the Selection and Appointment of Judicial Officers*, 2018, principe n° 8, p. 3.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

Le deuxième argument est d'ordre *stratégique*, dans l'ordre du rapport entretenu par la juridiction avec d'autres institutions. L'influence d'une juridiction constitutionnelle étant principalement fiduciaire, puisqu'elle ne dispose ni de la bourse ni de l'épée, dépend de la confiance collectivement placée en elle[94].

Si les paramètres de cette confiance évoluent, il n'est pas absurde que la Cour évolue à son tour, pour la maintenir. Dans une société diverse, si les juges n'appartiennent qu'à un groupe donné, on risque d'imaginer qu'ils s'attachent à protéger les intérêts de ce dernier – selon l'image donnée par les juges sous l'apartheid, tous blancs.

Le troisième argument, *institutionnel*, tient à la garantie de l'indépendance des juges. Des juges qui se donnent les moyens d'améliorer leur science propre, sans reposer sur des apports extérieurs, risquent moins d'être influencés, même sans le vouloir, par des groupes d'influence. Or, si le niveau global de la Cour est accru par sa diversité, cette indépendance s'en trouve renforcée sous ce rapport.

Le quatrième argument, *sceptique*, repose sur une exigence : que nul n'ait de raisons de douter de l'impartialité des juges. La prémisse du raisonnement est simple : en cas d'uniformité dans la composition de la juridiction, cela suffit à faire naître un tel doute. Un esprit français tend à se méfier de cette intuition. Il importe cependant de se décentrer et de concevoir que la question puisse se poser en termes différents en Afrique du Sud.

Le cinquième argument, *gnoséologique*, tient à l'acquisition de connaissances par le juge. Parce qu'ils sont des femmes ou qu'ils ne sont pas blancs, certains juges sont supposés mieux à même de comprendre ou de prendre au sérieux certaines opinions défendues au sein de leurs propres communautés[95]. Or, la juridiction doit laisser à penser que tous les points de vue seront compris et pris en compte – phénomène que l'on a pu rattacher à une forme « identitaire » de représentativité[96].

Selon le sixième argument, *épistémique*, la qualité globale des décisions serait accrue par le plus grand savoir de ses membres. En écho aux conceptions « inclusives » de la démocratie, ce savoir est supposé être amélioré par la

94 Voir S. Ngcobo, « Sustaining Public Confidence in the Judiciary: an Essential Condition for Realising the Judicial Role », *South African Law Journal*, vol. 128, nº 1, 2011, p. 5-17 ; M. Le Roux et D. Davis, *Lawfare. Judging Politics in South Africa*, Johannesburg, Jonathan Bell Publishers, 2019, p. 33 ; C. Oxtoby et M. Krönke, « Public Confidence in the Judiciary. A South African Perspective », *Judicial Education and Training*, vol. 7, 2020, p. 99-111.

95 Voir J. Milligan, « Pluralism in America. Why Judicial Diversity improves Legal Decisions about Political Morality », *New York University Law Review*, vol. 81, 2006, p. 1206-1247.

96 Voir M. Kumm, « On the Representativeness of Constitutional Courts: How to Strengthen the Legicimacy of Rights Adjudicating Courts without Unermining Their Independence », dans C. Landfried (dir.), *Judicial Power. How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 281-291, spéc. p. 286-287.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

diversité des points de vue, des expériences[97] – même si une homogénéité des raisonnements est toujours possible[98]. L'idée a été défendue, aux États-Unis, par Sonia Sotomayor, future membre de la Cour suprême, lors d'un discours prononcé à Berkeley en 2001. Elle y expose les raisons pour lesquelles il importe, selon elle, que des femmes et des personnes qui ne sont pas blanches deviennent juges : « les expériences que nous avons pu avoir comme femmes ou comme personnes de couleur affectent nos décisions ». Elle exprime son désaccord avec une phrase souvent citée de Sandra Day O'Connor, selon laquelle un homme âgé plein de sagesse et une femme âgée pleine de sagesse arriveraient aux mêmes conclusions avant de trancher un litige : « j'ai tendance à penser qu'une femme hispanique pleine de sagesse, avec la richesse de ses expériences, tendra plus souvent à trouver une bonne solution qu'un homme blanc qui n'a pas connu une telle vie » – avant d'affirmer que « les expériences personnelles affectent les faits que les juges choisissent de prendre en compte[99] ». La phrase lui est reprochée lors de sa candidature à la Cour suprême. La juge de la Cour Ruth Bader Ginsburg défend alors sa position : « Oui, les femmes apportent dans la discussion une expérience de vie singulière. Toutes nos différences améliorent la délibération. Le fait que je sois une femme en fait partie, le fait que je sois juive en fait partie, le fait que j'ai grandi à Brooklyn et que j'ai été passer des vacances dans un *summer camp* dans les monts Adirondacks, tout cela me constitue[100] ». En Afrique du Sud, on s'est notamment demandé si la présence d'une femme parmi un groupe de juges contribuait à améliorer leur compréhension du viol.

Cela rend-il plus acceptable que les juges se prévalent de leurs expériences et préférences personnelles au moment de délibérer, de statuer, de motiver ? Si l'expérience du juge ne doit pas déterminer mécaniquement le résultat de son jugement, il se peut qu'elle enrichisse la réflexion et la délibération préalables à ce dernier – sans que les juges, au demeurant, ne paraissent ni ne s'attachent à « représenter » une catégorie de la population[101].

---

97 Voir L. Hong et S. Page, « Problem Solving by Heterogeneous Agents », *Journal of Economics Theory*, vol. 97, n° 1, 2001, p. 123-63 ; S. Page, *The Difference. How the Power of Diversity Creates Better Groups, Firms, Schools and Societies*, Princeton, Princeton University Press, 2007. Voir également G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2021, p. 521-522.

98 Voir R. A. Posner, *Divergent Paths. The Academy and the Judiciary*, Cambridge, Harvard University Press, 2016, p. 63.

99 S. Sotomayor, « A Latina Judge's Voice », *Berkeley La Raza Law Journal*, vol. 13, 2002, p. 87-93.

100 R. B. Ginsburg, « The Place of Women on the Court », interview E. Bazelon, *The New York Times Magazine*, 7 juillet 2009.

101 Voir S. Kentridge, « The Highest Court. Selecting the Judges », *Cambridge Law Journal*, vol. 62, 2003, p. 55-71, spéc. p. 61.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

Le septième argument est *psychologique*. Il découle du postulat selon lequel tous les êtres humains ont des biais. L'observation en avait déjà été faite par Jerome Frank : « les traits, la disposition, les biais et habitudes d'un juge particulier [...] détermineront bien souvent ce qu'il estime être le droit ; sous ce rapport, les juges ne se distinguent pas des autres mortels[102] ». Or, les juges sud-africains font le serment de « rendre la justice pour tous de la même manière, sans crainte, faveur ni préjugé ». Plusieurs membres de la première Cour constitutionnelle en sont conscients. Kate O'Regan défend « la promotion, chez les juges, de la conscience de soi ». Elle invite à ne pas se faire « d'illusions sur ce qui serait une impartialité naturelle[103] ». Une plus grande diversité de l'organe délibérant présenterait, sous ce rapport, un avantage : elle permettrait de faciliter la prise de conscience des biais des uns et des autres, afin de s'attacher à en corriger certains effets. Albie Sachs évoque la nécessité pour les juges d'adopter « une mentalité élargie[104] », pour s'élever au-dessus des idiosyncrasies individuelles. Laurie Ackerman juge, lui aussi, que « les juges qui se pensent totalement exempts de préjugés se bercent d'illusions », de sorte qu'il leur incombe à tous de les « rechercher avec rigueur, aussi pénible que cela puisse être[105] ».

Avec trois décennies de recul, la part de Noirs et de femmes a augmenté massivement parmi les juges sud-africains en général, à la Cour constitutionnelle en particulier. La tendance est frappante, en particulier, chez les candidats à des fonctions juridictionnelles issus du barreau ou de l'Université.

Une fois passé un seuil minimal de compétences techniques, la diversité est devenue le critère de sélection déterminant. En septembre 2025, la Cour compte six femmes – dont Mandisa Maya, la première à présider l'institution – et cinq hommes. Elle réunit six Noirs, trois Blancs, un homme d'origine indienne et un homme métisse qui était désigné comme « *coloured* » sous l'apartheid.

Se pose alors la difficulté concrète de la discrimination inversée, comme l'illustre la première vacance à la Cour, en 1999[106]. La Commission du service judiciaire propose alors, comme elle le doit, quatre noms. Le premier est celui d'un juge noir, Sandile Ngcobo, qui a été avocat commis d'office, et celui de trois candidats. Les trois autres sont blancs : Edwin Cameron, diplômé d'Oxford, avocat commis d'office engagé contre l'apartheid, ouvertement

102 J. Frank, *Law and the Modern Mind* [1930], New York, Routledge, 2009, p. 119.

103 K. O'Regan, « A Pillar of Democracy. Reflections on the Role and Work of the Constitutional Court of South Africa », *Fordham Law Review*, vol. 81, 2012, p. 1169-1186, p. 1177.

104 Voir A. Sachs, *The Strange Alchemy of Life and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 143.

105 L. Ackerman, « The Truth and Reconciliation Commission and the Bench, Legal Practitioner and Legal Academics », *South African Law Journal*, vol. 115, n° 1, 1998, p. 15-106, spéc. p. 54.

106 F. Du Bois, « Judicial Selection in Post-Apartheid South Africa », dans K. Malleson et P. H. Russell, *Appointing Judges in an Age of Judicial Power. Critical Perspectives from around the World*, Toronto, University of Toronto Press, 2006, p. 280-312, spéc. p. 291-293.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

homosexuel ; Kees van Dijkhorst, qui a été juge avant 1994 ; André Erasmus, plus conventionnel. Le président choisit le premier, Ngcobo. Certains critiquent alors l'existence d'un « quota racial » destiné à favoriser les candidats noirs. D'autres reconnaissent l'impossibilité de prolonger la présence massive de juges blancs dans un pays où les Noirs sont largement majoritaires.

De quoi procède une méfiance générale à l'encontre des juges blancs qui ont exercé leurs fonctions sous l'apartheid. C'est le cas d'Hilary Squires. Ancien membre du Parlement de Rhodésie, il condamne, en 2005, Schabir Shaik, homme d'affaires et proche Jacob Zuma, leader noir de l'ANC qui est alors vice-président de la République, pour corruption en lien avec l'entreprise d'armement française Thalès. Plusieurs journaux rapportent alors que le juge aurait identifié une « relation générale de corruption » entre le prévenu et Jacob Zuma. Le passé du juge et sa couleur de peau sont mis en avant par ceux qui contestent son impartialité – le soupçon de racisme pesant sur la mise en cause, même indirecte, d'un responsable politique noir par un juge blanc.

Nombreux sont alors ceux qui y voient une marque de racisme – ce qui conduit des institutions à prendre sa défense[107].

Le risque est alors de tomber dans l'excès inverse. En avril 2013, un membre de la Commission du service judiciaire démissionne après que la presse a publié un *memorandum* à usage interne où il a écrit que certains percevaient la Commission comme étant « opposée à la nomination de candidats s'ils sont hommes et blancs, sauf circonstances exceptionnelles[108] ». Quelques mois plus tard, le président de la Cour, Mogoeng Mogoeng, fustige ceux qui s'opposent à cette politique de « transformation de l'autorité judiciaire » et défendent « la nomination de "mâles blancs", même si cela devait aboutir à la perpétuation de leur surreprésentation historique[109] ». En 2022, David Unterhalter, un homme blanc, envisagé pour être placé sur la liste des candidats proposés au président de la République, est entendu par la Commission du service judiciaire. L'un de ses membres affirme alors que ces deux caractéristiques – être un homme, être blanc – sont « l'éléphant dans la pièce », une propriété à laquelle tous pensent sans oser l'évoquer.

À quoi s'ajoute une corruption importante – qui s'explique notamment par la domination de partis presque uniques depuis trois quarts de siècle, d'abord le NP depuis 1948 puis l'ANC depuis 1994 –, récemment éclairée

107 Voir A. Gordon et D. Bruce, *Transformation and the Independence of the Judiciary in South Africa*, Braamfontein, Centre for the Study of Violence and Reconciliation, 2007, p. 46.

108 N. Tolsi, « JSC's Izak Smuts Resigns After Transformation Row », *Mail & Guardian*, 12 avril 2013.

109 M. Mogoeng, « The Duty to Transform. Advocates for Transformation Annual General Meeting Dinner », *The Institut for Accountability in South Africa*, 6 juillet 2013.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149

par la commission sur la « capture de l'État » présidée par le *Chief Justice* Ray Zondo[110].

En définitive, il convient de se garder de ce qu'une ancienne juge qualifiait de « sirènes du déterminisme identitaire[111] » – de l'idée selon laquelle le jugement rendu par un juge aurait vocation à être déterminé par son identité, ou pourrait l'être en pratique : qu'une expérience individuelle enrichisse la délibération collective de la juridiction collégiale n'implique pas que l'individu concerné ou que ses collègues statuent sur son seul fondement, *a fortiori* dans une juridiction constitutionnelle. Des arguments sérieux existent en faveur d'une prise en compte, à compétences globalement égales, de ces éléments. Une difficulté subsiste en cas de conflit entre la compétence et la représentativité. Seul un choix politique permet alors de le trancher.

Selon l'hypothèse parfois qualifiée « attitudinale », l'environnement personnel du juge et sa position dans la société sont susceptibles d'influencer ses décisions. Cette vision est couramment mise en avant au soutien d'une évaluation négative des phénomènes juridiques, ou d'une posture sceptique : si les juges décident en fonction de leurs seules préférences, que reste-t-il de la règle de droit ? Par un singulier retournement, cette hypothèse est ici invoquée au soutien de la thèse positive selon laquelle l'environnement personnel du juge, sa position dans la société, son histoire et ses expériences sont susceptibles d'améliorer la qualité de ses décisions, ce qui rendrait le phénomène souhaitable[112].

Serait-il justifié d'importer ce système en France ? De nombreux obstacles apparaissent de prime abord, au premier chef l'universalisme français, auquel la seule brèche acceptée jusqu'alors a concerné la représentativité en matière de genre. L'Afrique du Sud, dans sa différence même, nous invite cependant à ne pas ignorer ici ces questions toujours délicates.

110 Voir X. Philippe, « La justice transitionnelle après la transition : la Commission Zondo de lutte contre la capture et la corruption d'État en Afrique du Sud », dans *Le droit au service de l'humanité. Mélanges en l'honneur de Michel Hottelier*, Zürich, Schulthess, 2023, p. 377-398.

111 K. O'Regan, « A Pillar of Democracy. Reflections on the Role and Work of the Constitutional Court of South Africa », *Fordham Law Review*, vol. 81, 2012, p. 1169-1186, spéc. p. 1176.

112 Voir J. Fowkes, *Building the Constitution. The Practice of Constitutional Interpretation in Post-Apartheid South Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, coll. « Cambridge Studies in Constitutional Law », 2016, p. 64.

J. Jeanneney, "Une nation face à ses démons. La représentativité de la Cour constitutionnelle sud-africaine", in Ch. Denizeau-Lahaye, La composition des juridictions constitutionnelles, Éditions Panthéon-Assas, 2025, p. 127-149