

Droit constitutionnel étranger

L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte

Guy Scoffoni, Andrew Butler, Russell McVeagh, Andrea Lollini

DANS **REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL** 2006/1 n° 65 , PAGES 177 À 201
ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 1151-2385

ISBN 9782130556084

DOI 10.3917/rfdc.065.0177

Date de mise en ligne : 01/12/2008

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2006-1-page-177?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Droit constitutionnel étranger L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte

Sous la direction de : GUY SCOFFONI

Avec la collaboration de : ANDREA LOLLINI
ANDREW BUTLER

AFRIQUE DU SUD (2004)

Comme les années précédentes, la Cour constitutionnelle a démontré une grande vitalité. Celle-ci s'est manifestée dans vingt-neuf décisions témoignant du rôle central que la Cour a acquis dans la vie juridique et politique sud-africaine. On peut essayer de schématiser le travail jurisprudentiel de la manière suivante : a) les arrêts relatifs aux droits socio-économiques : droit au logement, droit de propriété, règlement de la matière fiscale relative à la propriété foncière ; b) les arrêts relatifs à des questions de pluralisme juridique. Autrement dit, la compatibilité de certains droits traditionnels (des communautés religieuses ou ethnolinguistiques) avec la Constitution ; c) les décisions relatives aux droits d'égalité et d'interdiction des discriminations. Cette jurisprudence reste toujours d'une importance capitale en Afrique à la fois pour des raisons strictement juridiques et symboliques-politiques. Le principe d'égalité constitue, en effet, un des fondements de l'ordre constitutionnel post-apartheid. L'argumentation basée sur l'interprétation du principe d'égalité est assez transversale et on la retrouve dans plusieurs décisions.

Cependant, avant de procéder à l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle, il faut souligner que la vie politique sud-africaine de l'année 2004 a été principalement caractérisée par les élections présidentielles du mois d'avril. Elles ont consacré pour la troisième fois la victoire de l'African National Congress tout en confirmant, pour un deuxième mandat, Tabo Mbeki à la tête de l'Etat. La victoire de l'ANC et le leadership du Président Mbeki n'ont été jamais mis en question ; les pourcentages le confirment : African National Congress (ANC) 69,68 % ; Democratic Alliance (AD) 12,37 % ; Inkhata Freedom Party (IFP)

Guy Scoffoni, professeur à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, GERJC CNRS UMR 6201, directeur du Centre d'études nord-américaines et comparées ; Andrew Butler, Russell McVeagh, Wellington ; Andrea Lollini, chargé de recherches à l'Université de Teramo.

Revue française de Droit constitutionnel, 65, 2006

6,97 % ; United democratic Movement (UDM) 2,28 % ; Independent Democrats (ID) 1,73 % ; New National Party (NNP) 1,65 %.

I – LES DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX

A – L'arrêt *Jaftha v. Schoeman and Others ; Van Rooyen v. Stoltz and Others*¹, est le résultat de la réunion de deux affaires. Les requérants contestaient la légitimité constitutionnelle des dispositions relatives à la vente judiciaire forcée d'une habitation (articles 66 (1) (a) et 67 loi 32/1944) en raison de l'inexécution d'une obligation contractuelle. L'obligation en question dérivait de la non-restitution d'une dette. Les requérants, tout en étant en situation de forte indigence, et tout en ayant contesté une dette, avaient subi la vente judiciaire forcée de l'habitation reçue auparavant par l'État dans le cadre du Public Housing. Le jugement de constitutionnalité portait par conséquent sur la légitimité des dispositions de la loi 32/1944 vis-à-vis de l'article 26 (1) de la Constitution établissant le droit au *adequate housing* pour la population indigente².

L'affaire en question met en jeu une pluralité d'intérêts et de principes constitutionnels parfois divergents. D'abord la Cour affirme qu'il est impossible de dissocier le droit constitutionnel de *adequate housing* et le principe du respect de la dignité humaine, tout comme il faut trouver un point d'équilibre entre le droit privé des obligations et les droits des couches plus défavorisées de la population. Cette population constitutivement très vulnérable, tout en ayant parfois un niveau de scolarisation très bas et des revenus insuffisants, peut devenir la victime du système du marché et de ses règles. Le jugement de constitutionnalité de la vente judiciaire forcée d'une habitation d'une personne vivant dans des conditions d'indigence remet en cause des éléments symboliquement très délicats pour l'Afrique du Sud. Encore une fois, c'est le passé de l'apartheid avec ses pratiques de spoliation forcée de la propriété (notamment de la terre) au détriment de la population noire qui revient. Tout cela est strictement interdit aujourd'hui par l'article 26 (3) de la Constitution. L'expropriation, dans le nouvel ordre, peut être uniquement ordonnée par le juge après avoir pris en considération « toutes les circonstances du cas concret ».

Pour argumenter sa démarche herméneutique, la Cour analyse d'abord la dimension positive et négative des droits sociaux. Or, si la dimension positive oblige les pouvoirs publics à mettre en application les droits sociaux de la Constitution, la dimension négative, dont l'existence a été plusieurs fois affirmée par la jurisprudence constitutionnelle, oblige à la fois l'État et les personnes

1. Cf. *Jaftha v. Schoeman and Others ; Van Rooyen v. Stoltz and Others*, 2003 (10), BCLR 1149 (c).

2. Les arrêts suivants portent sur une question déjà abordée à plusieurs reprises par la Cour constitutionnelle avec des solutions jurisprudentielles courageuses et innovatrices. Autrement dit, la mise en application des droits sociaux du Bill of Rights et notamment le droit au logement décent prévu par l'article 26. On renvoie notamment à *Government of RSA v. Grootboom*, 2001 (1), SA 46 (CC). Voir à ce propos l'analyse de X. Philippe, *Droit constitutionnel étranger : Afrique du Sud*, in cette Revue, 46, 2001, p. 402 ; M. Wesson, *Grootboom and Beyond. Reassessing the Socio-Economic Jurisprudence of the South African Constitutional Court*, in *South African Journal on Human Rights*, 2004, 20, p. 284-308.

privées à ne pas limiter les bénéfices des droits sociaux déjà existants. La Cour affirme qu'il serait insensé de limiter des droits sociaux déjà fournis par l'État (comme l'habitation donnée dans ce cas par l'État aux requérants).

Ensuite la Cour évalue le champ d'application de la clause de limitation des dispositions du Bill of Rights, prévue par l'article 36 de la Constitution, qui pourrait légitimement comprimer l'article 26 (1) en question. La Cour déclare l'illicéité constitutionnelle de l'article 66 (1) (a) dans la mesure où le juge, en disposant une vente judiciaire forcée, doit impérativement prendre en considération tous les éléments du cas concret. Or, pour qu'une vente forcée d'habitation soit constitutionnellement légitime vis-à-vis de l'article 26 (1), il faut qu'on évalue les conditions du débiteur (s'il est indigent ou sans emploi), les circonstances ayant causé la dette et les essais effectués pour réduire la dette. Dans cette perspective, il faut d'abord prendre en considération qu'il existe d'autres façons de refondre la dette et qu'il existe une large disproportion entre l'intérêt du créancier et le dommage que la restitution de la dette causerait au débiteur.

B – Le droit au logement est aussi l'objet de l'affaire *Port Elizabeth v. Various Occupiers*³ du 1^{er} octobre 2004. Soixante-huit personnes résidant dans un bidonville abusif sur un terrain privé font l'objet d'une ordonnance d'expulsion forcée prononcée par la South Eastern Cape Local Division de l'High Court. La requête à la Cour avait été présentée par la Port Elisabeth Municipality sur la base d'une pétition de 1 600 citoyens (y compris les propriétaires du terrain en question). L'appel, auprès de la Supreme Court of Appeal, était par contre favorable aux soixante-huit occupants. La Port Elisabeth Municipality faisait à son tour appel auprès de la Cour constitutionnelle contre la décision de la Cour suprême d'appel.

Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle juge un conflit entre plusieurs principes constitutionnels fondamentaux : le droit de propriété de l'article 25 et le droit au logement de l'article 26 de la Constitution et notamment l'interdiction, prévue par l'alinéa (3), d'être chassé de sa propre maison sans la décision d'un juge ayant pris en considération toutes les circonstances du cas concret. L'article spécifie aussi qu'aucune législation ne peut permettre des expulsions forcées arbitraires des habitations. Cette disposition a été traduite en une loi par le Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful Occupation of Land Act n° 19/1998. La Cour constitutionnelle confirme d'abord la jurisprudence qui attribue au droit au logement une place incontournable parmi les buts politiques fondamentaux de la nouvelle Afrique du Sud. En deuxième lieu, elle affirme qu'on ne peut pas hiérarchiser les principes constitutionnels fondamentaux. Par conséquent, dans l'impossibilité de dégager une règle générale, un équilibre dans le cas concret doit être chaque fois réitéré. Il doit prendre en considération tous les intérêts en jeu. En d'autres termes, la Cour doit prendre une décision en fonction de la formule assez générale de la justice et de l'équité.

Dans le cas en question, le juge ordinaire, pendant l'évaluation du droit constitutionnel fondamental de propriété légitimant une ordonnance d'expulsion d'un terrain privé, doit impérativement prendre en considération toutes les

³ Cf. *Port Elizabeth v. Various Occupiers*, 2005 (1), SA 217 (CC) ; 2004 (12), BCLR 1268 (CC).

circonstances du cas. L'expulsion est donc juste et équitable si on trouve des solutions alternatives et notamment si on arrive à un accord par une procédure de médiation dégageant une solution acceptable par toutes les parties. Avec un jugement unanime, la Cour affirme que, dans ce cas concret et prenant en considération toutes les circonstances, l'expulsion n'était ni juste ni équitable.

C – Une question d'inconstitutionnalité très délicate concernant les droits sociaux-économiques est abordée dans l'arrêt *Mashavha v. President of the RSA and Other*⁴. Ici, ce n'est pas l'interprétation du contenu d'un droit qui est en question mais si la mise en application du système de sécurité sociale est réservée à la compétence des Provinces ou bien à celle du gouvernement national. Le requérant a attaqué devant la High Court la constitutionnalité d'un acte du Président de la République (Presidential Proclamation R7/1996) qui avait attribué aux gouvernements provinciaux la mise en application du Social Assistance Act n° 59/1992. La province du KwaZulu Natal (KZN), attachée à poursuivre la plus grande autonomie et décentralisation, s'est opposée à l'ordre d'invalidité constitutionnelle de l'acte présidentiel prononcé par la High Court. Le requérant, un travailleur de la province du Limpopo, suite à un accident très grave, avait bénéficié d'une indemnisation versée très en retard et sans régularité par l'autorité provinciale compétente. Par conséquent, la discrimination sous-jacente du système de décentralisation provinciale d'un des services sociaux les plus importants de l'État a motivé la déclaration de constitutionnalité de l'acte présidentiel. Le KZN utilise dans sa réponse les cas de la France, de la Pologne, du Danemark, de l'Autriche, ainsi que du Canada et de l'Inde comme argument favorable à la décentralisation de cette matière. La Cour constitutionnelle confirme l'inconstitutionnalité déclarée par la High Court sur la base de deux arguments : d'un point de vue formel, cette matière n'était pas parmi les matières assignées par la Constitution à la sphère provinciale ; d'un point de vue substantiel, la comparaison avec d'autres ordres juridiques étrangers faite par le KZN n'est pas légitime. La situation politique, économique et sociale sud-africaine, tout comme son passé historique de discrimination institutionnelle, ne permet pas une asymétrie applicative des droits sociaux sur la base provinciale⁵. La Constitution post-ségrégationniste vise en effet à limiter les différences intra-régionales tout en essayant de limiter les inégalités parmi les citoyens résidant dans des provinces différentes. La politique de poursuite d'un standard de prestations de l'État providence ne peut être instaurée que par le gouvernement national.

Une question de politique de développement et de rééquilibrage des ressources économiques entre la population blanche et la noire se cache derrière l'affaire *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v. Minister of Environmental Affairs and Tourism and Others*⁶. Il s'agit d'une bataille de nature économique sur les quotas concernant les droits de pêche. Comme le prescrit l'article 2 (J) du Marine Living Resources Act n° 18/1998, l'industrie de la pêche, traditionnellement contrôlée par des compagnies appartenant à la population blanche, nécessite

4. *Mashavha v. President of the RSA and Other*, 2004 (3), BCLR 292 (T).

5. Cf. *ibidem*, § 51.

6. Cf. *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v. Minister of Environmental Affairs and Tourism and Others*, 2004 (4), SA 490 (CC) ; 2004 (7), BCLR 687 (CC).

d'être transformée afin de permettre la création des « medium-sized black empowered companies ». La loi vise en effet à faciliter l'ascension d'acteurs économiques nouveaux provenant des couches sociales défavorisées pendant l'apartheid. Ceci est un sujet extrêmement délicat car il touche directement une des grandes questions politiques affectant l'ordre politique et constitutionnel post-ségrégationniste, autrement dit, la redistribution inter- raciale des ressources économiques. La Cour se retrouve par conséquent à proposer un compromis entre différents intérêts de nature économique déplacés sur un terrain de revendications raciales et dans un contexte de ressources limitées comme le domaine de la pêche.

II – LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ ET L'INTERDICTION DES DISCRIMINATIONS

Le principe d'égalité, tout en revêtant en Afrique du Sud un rôle encore plus important qu'ailleurs pour des raisons historiques et politiques notoires, est évoqué transversalement par de très nombreux arrêts de la Cour constitutionnelle. Toutefois le jugement de conformité de certaines normes vis-à-vis du principe d'égalité est directement au cœur de l'affaire *Mabaso v. Law Society of the Northern Provinces* du 5 octobre 2004⁷. Dans cette affaire, la Law Society avait refusé d'admettre M. Mabaso dans les listes officielles des *attorneys* car, sur la base de l'article 20 du *Attorney Act* n° 53/1979, les *attorneys* des anciens *homelands* ne pouvaient pas être inclus dans les nouvelles listes. Par conséquent, le requérant (M. Mabaso), admis dans les listes du Bophutatswana, avait été exclu des nouvelles listes. La Cour, tout en constatant une discrimination illégitime et une violation du principe d'égalité – même si elle réaffirme le droit de la Law Society à contrôler la sélection des nouveaux *attorneys* – décide de l'admission du requérant dans les listes. L'interprétation des principes d'égalité et d'interdiction des discriminations caractérise aussi l'affaire *Minister of Finance and others v. Van Heerden*⁸. Cet arrêt, composé de plusieurs opinions dissidentes, porte sur la déclaration d'inconstitutionnalité de la Rule 4.2.1. du *Political Office-Bearers Pension Fund*.

III – LES LIBERTÉS POLITIQUES : LE DROIT DE VOTE

La décision *Minister of Home Affairs v. National Institute for Crime Prevention and Re-Integration of Offenders (Nicro) and others* du 3 mars 2004⁹, aborde une question très controversée relative au droit de vote. Le National Institute for Crime Prevention and Re-Integration of Offenders (Nicro) et deux condamnés à la prison se sont opposés à l'interdiction d'exercer proprement le droit de vote. Au cours de cette affaire, les requérants ont en effet soulevé une question d'illégitimité constitutionnelle vis-à-vis de l'article 24 B (1) de l'amendement de la loi

7. Cf. CCT 76/03.

8. Cf. *Minister of Finance and others v. Van Heerden*, 2004 (6), SA 121 (CC) ; 2004 (11), BCLR 1125 (CC).

9. Cf. CCT 03/04.

électorale (Electoral Act du 6 novembre 2003). Cette norme de la loi électorale interdit en effet à tous les condamnés, y compris ceux qui n'ont pas bénéficié de l'option de fine (autrement dit, la conversion d'une peine de détention en peine pécuniaire), d'exercer le droit de vote, ainsi qu'à ceux qui sont en attente d'une condamnation définitive. Le Minister of Home Affairs, tout en faisant usage de cette norme de la loi électorale, avait défendu la légitimité de la limitation du droit de vote des condamnés sur la base de deux éléments : d'une part des raisons de nature logistique sont évoquées, de l'autre il y a des arguments de politique criminelle. En ce qui concerne la première raison, le gouvernement défend la décision politique du pouvoir exécutif d'affecter le budget disponible pour soutenir la mise en place effective du droit de vote des citoyens qui n'ont pas violé la loi au détriment de ceux qui se sont placés dans une condition d'illégalité. En ce qui concerne la deuxième raison, afin de ne pas véhiculer dans l'opinion publique une image de « souplesse » des institutions étatiques vis-à-vis des crimes (zero-tolerance approach), le Gouvernement interprète, dans une logique restrictive, certaines garanties que la Constitution reconnaît aux condamnés à la prison. La Cour affirme que, tout en prenant en considération le rôle joué historiquement par l'interdiction du droit de vote en Afrique du Sud, il constitue actuellement un droit de grande importance dans le nouvel ordre constitutionnel post-apartheid. La limitation du droit de vote établie par la nouvelle loi électorale n'est donc pas justifiable. Par conséquent, en accueillant le recours, la Cour a ordonné à la Commission électorale et au Minister of Home Affairs d'accorder le droit de vote aux détenus qui peuvent en bénéficier selon la Constitution¹⁰.

IV – LE PLURALISME JURIDIQUE : DROIT TRADITIONNEL ET DROIT MUSULMAN EN MATIÈRE DE SUCCESSIONS HÉRÉDITAIRES

A – Le large « pluralisme » reconnu par la Constitution post-ségrégationniste est, sans doute, un outil précieux pour garantir l'unité d'un corps politique aussi fragmenté, d'un point de vue religieux, linguistique, ethnique et racial, que celui de l'Afrique du Sud. La pluralité des acteurs agissant dans l'espace public nécessite la construction d'un ordre constitutionnel capable de satisfaire des intérêts très différenciés et de donner les instruments et les moyens de participation à tous ces acteurs de la vie politique. Tout cela est témoigné par l'effort de la nouvelle Constitution d'incorporer, par exemple, des formes de juridicité traditionnelle. Toutefois, le pluralisme caractérisant le nouveau constitutionnalisme sud-africain est parfois source d'une certaine instabilité du système juridique qui exige l'intervention permanente de la justice constitutionnelle.

Or, pendant l'année 2004, la difficile mise en relation entre la sphère juridique étatique et celle d'origine traditionnelle a posé un certain nombre de pro-

10. Des problématiques concernant le droit de vote, après les élections présidentielles de 2004, sont aussi abordées dans *Liberal Party v. Electoral Commission*, CCT 10/04. Le Parti libéral, qui se présentait pour la première fois aux élections nationales, avait été exclu des élections par la Commission électorale. La liste électorale avait été présentée en retard. La discrimination évoquée par le Parti libéral dans sa requête d'accès direct à la Cour a été rejetée.

blèmes. Ils ont été abordés par la Cour constitutionnelle dans plusieurs décisions. Dans l'affaire *Bhe and Others v. Magistrate, Khayelitsha and Others*¹¹, la Cour a réuni trois affaires portant sur la même question d'illegitimité constitutionnelle¹² concernant le régime de succession héréditaire réglé par le droit traditionnel.

En Afrique du Sud, deux lois règlent la question des successions héréditaires tout en constituant un système à « double voie » : la loi n° 81/1987 (*Intested Succession Act*) et la loi 38/1927 (*Black Administration Act*). L'article 23 de la loi 38/1927, approuvée dans une période de fort développement du système ségrégationniste, prévoyait explicitement les règles de succession héréditaire parmi la population noire autochtone. Dans l'esprit qui allait caractériser l'idéologie du développement séparé de l'apartheid, le droit traditionnel était le droit applicable. La loi n° 81/1987 rappelait formellement l'article 23 en affirmant que les normes de la loi 81 ne sont pas applicables aux individus de l'article 23, autrement dit aux noirs.

Ces dispositions tracent donc un système parallèle très différencié. Les règles de succession héréditaire des Africains (terme utilisé par la Cour expressément au lieu de « blacks »¹³) suivent la règle de *customary law of successions*. Ce système se fonde sur le principe de *male primogeniture* (primogéniture masculine). Sur la base de cette règle, seuls les mâles ont le droit d'hériter. Par conséquent, dans le droit coutumier des successions héréditaires, il est interdit aux femmes de succéder *mortis causa*. Dans une famille monogamique par exemple, c'est le fils aîné qui bénéficie du droit de succession à la mort du père. S'il n'y a pas de fils, c'est le père de la veuve qui hérite.

La question de constitutionnalité soulevée par les requérants est d'une part la légitimité constitutionnelle de l'article 23 de la loi 38/1927, et de l'autre la légitimité constitutionnelle même du principe de la primogéniture masculine dans le contexte du droit coutumier. Les trois affaires sont donc traitées conjointement. Dans le respect du pluralisme caractérisant la Constitution, les actes sont notifiés à la *National House of Traditional Leaders* (qui d'ailleurs ne participera pas au jugement).

Dans son jugement, la Cour affirme d'abord que le droit traditionnel occupe un espace dans l'ordre constitutionnel post-apartheid (articles 30 et 31 de la Constitution). Toutefois, le droit coutumier n'est pas simplement « toléré » mais mis en relation¹⁴ avec l'ordre juridique étatique. Tout cela signifie, selon les dispositions de l'article 39 de la Constitution, qu'il faut que le droit coutumier ne soit pas en contradiction avec la Constitution. La Cour spécifie aussi que le droit traditionnel doit être interprété dans l'esprit du *Bill of Rights*. Selon les juges constitutionnels, il faut par conséquent se demander si l'article 23 de la loi 38/1927 opère en violation de la Constitution. Le résultat de l'intégration directe du droit coutumier dans l'ordre constitutionnel a comme conséquence qu'il faut qu'il respecte la Constitution. La Cour justifie cette argumentation à travers une série de raisons qui vont au-delà des considé-

11. Cf. *Bhe and Others v. Magistrate, Khayelitsha and Others*, 2004 (2), SA 544 (C) ; 2004 (1), BCLR 27 (C).

12. Les affaires CCT 49/03 ; 69/03 ; 50/03.

13. Cf. § 1, *Bhe and Others v. Magistrate, Khayelitsha and Others*.

14. La Cour exprime ce concept tout en faisant usage du terme *to accommodate*, cf. § 40.

rations d'ordre juridique formelles ou bien d'exigences de cohérence systématique. Soumettre le droit traditionnel à la Constitution signifie, au sens des considérations de la Cour, empêcher une « vitrification » ou bien une « marginalisation » du droit coutumier. Avec cette configuration des sources du droit, on donne au droit traditionnel la possibilité de démarquer des dynamiques de changement et de développement absentes dans le passé.

Or, les conclusions de la Cour sont, dans cette affaire, assez tranchantes. Les juges constitutionnels déclarent l'illégitimité constitutionnelle des normes coutumières de succession héréditaire sur la base de leur violation du principe de la dignité humaine (art. 10 C.) ; de la violation du principe d'interdiction de toutes formes de discrimination (art. 9 C.), notamment en ce qui concerne la discrimination héréditaire vis-à-vis des femmes du principe de la primogéniture masculine, et des droits constitutionnels des mineurs contenus dans l'article 28.

B – Les problèmes de réglementation des normes en matière de successions héréditaires de différents ordres juridiques « secondaires » reconnus par la Constitution sont abordés par la Cour dans *Daniel v. Campbell NO and others*¹⁵. Dans cette affaire, le requérant (Mme Daniels) était mariée selon la tradition musulmane depuis 1977. Aucun mariage civil selon les normes étatiques n'était toutefois enregistré. A la mort du mari, en 1994, la maison où ils avaient vécu a été transférée aux héritiers légitimes selon la loi de l'État du mari de Mme Daniels. Elle ne pouvait pas être considérée comme survivante car le mariage musulman n'était pas valablement reconnu par la loi de l'État. La Cour constitutionnelle doit par conséquent se prononcer sur un ordre d'illégitimité constitutionnelle, prononcé par la High Court, des dispositions du *Intestate Succession Act* (n° 81/1987) et du *Maintenance of Surviving Spouses Act* (n° 27/1990) inconstitutionnels dans la mesure où ils ne mentionnent pas les épouses mariées sous un rite musulman parmi celles bénéficiant des garanties héréditaires prévues par les deux lois. Dans son jugement, la Cour affirme que les dispositions des deux lois, excluant les épouses selon le mariage musulman des garanties prévues pour les successions *mortis causa*, constituent une discrimination grave et injuste. L'interprétation restrictive du mot *spouse* est par conséquent constitutionnellement illégitime.

C – Toujours en matière de successions héréditaires, on trouve l'affaire *Robinson and Another v. Volks NO and others*¹⁶. Mme Robinson vivait, depuis 1985, en situation de relation permanente et stable avec M. Shandling. Toutefois le couple n'était pas officiellement marié selon la loi sud-africaine. A la mort de M. Shandling, en 2001, Mme Robinson a demandé à la High Court d'être considérée comme « survivante » et donc de bénéficier des garanties du *Maintenance of Surviving Spouses Act* (n° 27/1990). La Cour constitutionnelle, dans cette affaire, ne continue pas dans la même orientation jurisprudentielle. En effet, si la High Court avait dans un premier temps reconnu le statut de

15. Cf. Affaire CCT 40/03, *Daniel v. Campbell NO and others* 2004 (5), SA 331 (CC) ; 2004 (7), BCLR 735 (CC).

16. Cf. Affaire CCT 12/04, *Robinson and Another v. Volks NO and others* 2004 (6) SA 288 (C) at 299J ; 2004 (6), BCLR 671 (C) at 682I.

« survivant » à Mme Robinson, la Cour constitutionnelle ne confirme pas son jugement. Selon la plupart des juges, en effet, aucune discrimination n'est dans ce cas relevable. Dans son opinion dissidente le juge Ngcobo affirme clairement que, vu que le couple avait librement choisi de ne pas se marier, la non-discrimination est d'autant plus évidente. Toutefois, cette affaire a profondément divisé la Cour ; deux autres opinions dissidentes ont mis en évidence la pluralité des interprétations possibles de cette affaire. Le juge Sachs porte un regard radicalement différent sur cette question. La typologie du lien substantiel entre le requérant et M. Shandling s'apparente à celui d'un rapport matrimonial. Or, les textes de loi approuvés pendant l'ordre pré-démocratique doivent être interprétés à la lumière des nouveaux principes. Selon Sachs, il n'y a pas de raisons de différencier le statut de Mme Robinson (à la mort de son concubin) de celui d'une épouse survivante. Une position intermédiaire est prise par les juges Mokgoro et O'Regan dans la dernière opinion dissidente. Ils envisagent une lacune dans l'ordre constitutionnel dans la mesure où il n'y a pas de garanties prévues par la loi pour les couples qui vivent en cohabitation stable mais qui n'ont pas choisi le mariage. Ils proposent une suspension de deux ans pour faire en sorte que le Parlement s'active à combler la lacune législative discriminant les couples hétérosexuels vivant dans une relation stable.

V – LES RELATIONS INTERNATIONALES ET L'IMMIGRATION

A – Dans l'arrêt *Samuel Kaunda and others v. President of the Republic of South Africa and others*¹⁷, la Cour doit faire face à une décision complexe sur le plan à la fois strictement juridique et diplomatique. Soixante-neuf citoyens sud-africains sont arrêtés hors de l'Afrique du Sud. La plupart, arrêtés au Zimbabwe, sont accusés de transporter un chargement illégal d'armes à feu. D'autres, arrêtés en Guinée Équatoriale, sont accusés d'être des mercenaires en train d'organiser un coup d'État dans ce pays. La Guinée Équatoriale demande immédiatement l'extradition au Zimbabwe pour pouvoir les soumettre à un procès pénal.

Les requérants déclarent être de simples employés d'une compagnie sud-africaine de sécurité (la *Military Technical Services*), en service en République Démocratique du Congo pour assurer la protection des certains sites minéralogiques contre les attaques d'organisations rebelles. Tout en craignant d'être extradés en Guinée Équatoriale, où ils risquent la peine de mort et de ne pas pouvoir bénéficier d'un procès équitable, ils avaient saisi la High Court pour faire en sorte que le gouvernement sud-africain soit obligé d'agir diplomatiquement à la fois pour leur reconnaître les garanties du Bill of Rights (même s'ils étaient à l'étranger), ou bien pour entamer une procédure d'extradition vers l'Afrique du Sud. La High Court avait rejeté les requêtes en affirmant l'impossibilité d'application extraterritoriale de la Constitution tout comme l'impossibilité de s'opposer aux décisions diplomatiques du gouvernement. Les requérants ont fait appel devant la Cour constitutionnelle.

Dans son jugement, la Cour commence par préciser que les requérants ne bénéficient d'aucun statut de protection diplomatique particulier obligeant le

17. Case CCT 23/04.

gouvernement à intervenir diplomatiquement. Les requérants sont en effet à l'étranger sur la base d'un rapport contractuel privé sans liens avec l'État. Aucun juge ne peut d'ailleurs ordonner au gouvernement des choix de nature strictement politique comme celle d'intervenir diplomatiquement.

En deuxième lieu, la Cour exclut toute possibilité d'application extraterritoriale de la Constitution. Par conséquent, l'Afrique du Sud ne peut pas obliger un autre État souverain à reconnaître aux citoyens sud-africains les garanties constitutionnelles sud-africaines. Finalement il est impossible d'obliger l'État à entamer une procédure d'extradition vers l'Afrique du Sud car aucune action pénale n'est exercée par un juge en Afrique du Sud vis-à-vis des requérants. Les éléments recueillis par la magistrature sud-africaine ne permettent pas d'entamer une procédure judiciaire à charge des requérants.

Toutefois, la Cour partage l'inquiétude des requérants à propos de la possibilité d'être condamnés à la peine capitale en Guinée Équatoriale, d'autant plus évidente à cause de la procédure d'extradition entamée par la Guinée Équatoriale auprès du Zimbabwe. La Cour affirme que, si la condamnation à mort est infligée concrètement et si dans ce cas les principes du procès équitable ne seront pas appliqués aux requérants, il n'y a pas de raisons de douter que le gouvernement s'activera diplomatiquement pour faire en sorte que des citoyens sud-africains ne soient pas condamnés à une peine strictement interdite par le nouvel ordre constitutionnel.

B – Le problème du contrôle des flux d'immigration vers l'Afrique du Sud est abordé dans deux décisions. L'affaire *Khosa and Others v. Minister of Social Development and Others*, CCT 13/03 rendue le 4 mars 2004, offre plusieurs considérations. Il s'agit d'un arrêt qui suit un *Order of Constitutional Invalidity* de certaines dispositions du *Social Assistance Act* n° 59/1992 émis par la High Court. Ces normes empêchent les citoyens non sud-africains de bénéficier des droits sociaux. L'illégitimité constitutionnelle avait été soulevée par des citoyens mozambicains résidant, d'une façon permanente, en Afrique du Sud. La High Court de Pretoria avait estimé que le critère de la citoyenneté, en tant que *conditio sine qua non* pour bénéficier des droits de la loi 59/1992, engendrait une violation du principe d'égalité, de sécurité sociale et des droits des enfants. La réalisation d'un des buts constitutionnels fondamentaux, autrement dit la sécurité sociale, ne peut pas être atteinte en excluant les résidents permanents du bénéfice des droits sociaux. Tout cela engendrait une violation du principe d'égalité. Dans les opinions dissidentes des juges Ngcobo et Madala, on retrouve de vives préoccupations vis-à-vis de cette approche herméneutique qui pourrait produire une forte immigration vers l'Afrique du Sud et qui ne prend pas en considération les ressources économiquement limitées de l'État.

La constitutionnalité de certaines dispositions réglant le problème de l'immigration en Afrique du Sud est l'objet de *Lawyers for Human rights and Ann Francis Eveleth v. Minister of Home Affairs*, CCT 18/03 du 9 mars 2004. Il s'agit en effet d'une question d'illégitimité constitutionnelle soulevée par l'ONG *Lawyers for Human Rights* et *Ann Francis Eveleth* concernant les dispositions de plusieurs alinéas de l'article 34 de la loi n° 13/2002 (*Immigration Act*). Le recours a été présenté à la Cour constitutionnelle suite à l'opposition du Gouvernement à l'ordre d'illégitimité constitutionnelle émis par la High Court. Le Gou-

vernement conteste la déclaration d'inconstitutionnalité des alinéas (2) et (8) de l'article 34 de la loi n° 13/2002. La High Court avait auparavant refusé l'ordre vis-à-vis des alinéas (1) et (9). Les dispositions en question régissent les mécanismes d'expulsion des étrangers (les clandestins) tout comme leur traitement avant que la décision d'expulsion soit confirmée. L'article 34 opère dans deux circonstances différentes : d'une part, il règle (alinéa 1) les cas d'expulsion d'un étranger qui se trouve déjà sur le territoire sud-africain sans les papiers nécessaires émis par le bureau d'immigration, de l'autre le cas des étrangers qui s'approchent du territoire sud-africain (notamment par bateau) et qui sont bloqués par les autorités d'immigration dans les ports sud-africains (alinéa 8). La règle générale, en matière de droit d'immigration sud-africaine, prévoit la possibilité de la part de l'Immigration Office d'ordonner l'arrestation ou bien la détention d'un étranger si l'étranger ne dispose pas des papiers nécessaires. L'acte de limitation de la liberté personnelle doit être confirmé par la magistrature dans les 48 heures. L'étranger, auquel on notifie la décision du bureau d'immigration, bénéficie du droit d'appel et des standards de détention établis par la Constitution. La constitutionnalité de ces dispositions n'a pas été soulevée. Beaucoup plus controversées sont les normes de l'article 34 (8). Il s'agit d'un cas particulier, autrement dit, du cas où un étranger, que les autorités d'immigration soupçonnent de ne pas remplir les conditions pour recevoir les autorisations de résidence en Afrique du Sud, arrive dans un port sud-africain par bateau. Or, dans ce cas, l'Immigration Office a la possibilité d'ordonner, au commandant du navire, l'arrestation ou bien la détention à bord. Les requérants ont attaqué la légitimité constitutionnelle de ces normes pour violation des garanties contenues dans les articles 12 (Freedom and security of the person) et 35 (Arrested, detained and accused persons) du Bill of Rights. En effet, comme les requérants l'affirment, cette deuxième catégorie d'étranger ne bénéficie pas des mêmes garanties octroyées aux clandestins qui se trouvent déjà sur le territoire sud-africain ou bien qui ne rejoignent pas l'Afrique du Sud par bateau (art. 34 (1) loi 13/2002). Il leur est difficile d'avoir accès à la possibilité d'attaquer la décision du bureau d'immigration en justice et de contrôler par conséquent la durée maximale de la détention avant l'expulsion (30-90 jours), ainsi que l'obligation de la confirmation de l'arrestation dans les 48 heures. Ils bénéficient néanmoins des mêmes standards de détention (en termes de respect de la dignité humaine). Le recours des requérants, vis-à-vis duquel la High Court avait émis un ordre d'invalidité constitutionnelle, envisageait une violation des garanties constitutionnelles des articles 12 et 35 du Bill of Rights au détriment des étrangers pour lesquels le bureau d'immigration ordonne l'arrestation à bord du navire sur lequel ils sont arrivés (art. 34 (8) loi 13/2002). Les éléments d'intérêt de cet arrêt sont nombreux. D'abord la Cour souligne que les normes vis-à-vis desquelles on soulève une question d'illégitimité constitutionnelle mettent en jeu des principes d'une importance capitale pour le nouvel ordre constitutionnel sud-africain (§ 20). Les principes de la liberté et de la sûreté individuelle, de la dignité humaine et notamment l'interdiction de détention sans un procès équitable, sont au cœur de la Constitution post-apartheid. Ces principes tracent la rupture radicale avec l'ordre ségrégationniste. Dans cette perspective, le gouvernement avait contesté que les dispositions de l'article 34 (8) de la loi d'immigration, qui semblent bafouer le principe de l'interdiction

de toute détention sans procès équitable (art. 35 C.), ne sont pas applicables aux étrangers qui arrivent dans les ports sud-africains par bateau. Ils ne sont pas citoyens et ils ne sont pas formellement sur le territoire. La Cour constitutionnelle conteste cette approche. Les juges constitutionnels excluent que les dispositions de l'article 35 du Bill of Rights puissent être interprétées d'une façon restrictive car elles sont au cœur de l'ordre constitutionnel post-apartheid. La Cour exclut donc que l'article 35 soit applicable seulement et strictement aux citoyens sud-africains. Il faut reconnaître toutes les garanties de cet article aux étrangers qui se trouvent dans un port sud-africain, même s'ils sont dépourvus des droits d'accès en Afrique du Sud. La décision du Bureau d'Immigration d'arrêter ou de détenir un étranger avant son expulsion, doit respecter tous les standards de l'art. 35 du Bill of Rights, qui sont apparemment respectés dans le cas des clandestins de l'article 34 (1) Loi 13/2002. L'applicabilité du Bill of Rights, et donc la sphère de limitation des pouvoirs publics, est plus large par rapport aux limites territoriales dans un sens strict. Les normes du Bill of Rights doivent être impérativement reconnues aux individus qui se trouvent dans une zone proche du territoire et qui subissent les conséquences des décisions des pouvoirs publics sud-africains.

Les normes sur l'immigration, de toute façon, produisent des limitations des garanties constitutionnelles. Selon l'interprétation de la Cour, il faut par conséquent vérifier si la clause de limitation du Bill of Rights, contenue dans l'article 36 de la Constitution, est proportionnelle, raisonnable et justifiable par rapport aux buts qu'on veut atteindre avec les normes en question réglant l'admission des étrangers sur le territoire national. La Cour soutient que, tout en corrigeant la partie de l'article 34 (8) qui ne permet pas aux illegal foreigners qui arrivent par bateau d'avoir les mêmes garanties que ceux qui sont déjà sur le territoire national, la limitation des autres droits constitutionnels est légitime.

C – Une question qui n'est pas directement classable dans les catégories d'arrêt qu'on a vues jusqu'à présent – mais qui revêt une importance capitale, est abordée par la Cour constitutionnelle dans l'affaire *The Rail Commuters Action Group and Others v. Transnet Ltd t/a Metrorail and others*¹⁸. La question principale sous-jacente est le problème de la sécurité des usagers des transports publics dans la province du Western Cape. La question est soulevée par la Rail Commuter Action Group et par des victimes des violences dans le contexte des transports en commun. Ils accusent les deux compagnies exerçant le service public de transport (Transnet Ltd t/a Metrorail et South African Rail Commuters Corporation) sur la base du South African Transport Services Act n° 9/1989, tout comme le Minister of Transport et le Minister of Safety and Security, de ne pas assurer suffisamment la sécurité des voyageurs. Par contre, les deux compagnies de transports publics, tout en étant des « organes étatiques » habilités par la loi à exercer un service public avec un gain économique, et le ministère des Transports, affirment que le South African Police Service (SAPS) est chargé de la sécurité.

L'affaire est particulièrement intéressante pour deux raisons principales : d'une part, il s'agit d'une class action, autrement dit d'une action légale collective visant à la protection d'intérêts collectifs des sujets défavorisés. De l'autre,

18. Cf. CCT 56/03.

le problème sécuritaire remet en question des éléments socio-économiques et politiques très importants pour l'Afrique du Sud contemporaine : la Cour n'oublie pas de les remarquer. Les transports en commun par voie ferrée sont historiquement utilisés par la population noire. La politique dite du spatial planning de l'apartheid avait installé les bidonvilles loin des zones urbaines habitées par la population blanche. La population des travailleurs noirs est par conséquent obligée, faute de moyens économiques, d'utiliser les transports en commun au lieu du transport privé. Le fait de ne pas assurer la sécurité dans les transports en commun revient à pénaliser directement la population noire à la fois en ce qui concerne la sécurité personnelle et le droit d'exercice de la citoyenneté économique.

La Cour, dans un jugement unanime, affirme que les deux compagnies exerçant le service de transport en commun ont le devoir de mettre en place des mesures suffisantes et raisonnables pour assurer la sécurité des usagers. Tout cela est d'autant plus important après la décision, en 1980, de dissoudre la Railway Police.

Andrea Lollini.

NOUVELLE-ZÉLANDE*

Cette mise à jour tend à exposer les évolutions du droit public en Nouvelle-Zélande pendant la période du 1^{er} juillet 2003 au 31 juillet 2005¹⁹.

I – LA COUR SUPRÊME DE NOUVELLE-ZÉLANDE

Dans la dernière chronique de cette revue furent abordés les développements les plus récents relatifs au projet de suppression du Comité judiciaire du Conseil privé de la Reine (Privy Council) basé à Londres, et d'instauration d'une nouvelle Cour locale en Nouvelle-Zélande statuant en dernier ressort²⁰. Depuis lors, celui-ci a abouti avec l'adoption parlementaire du Supreme Court Act de 2003²¹ le 14 octobre 2003 par seulement 63 votes contre 53²². La loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004²³ et la Cour Suprême a commencé à recevoir et

* Version française de la chronique par Alexandra Leturcq, allocataire de recherche à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, GERIC-UMR 6201.

19. Remerciements à Florian Mohs pour sa collaboration.

20. Voir cette Revue, 56, 2004, p. 852-853.

21. Pour une version non officielle du texte de loi voir <http://www.legislation.gov.nz> (dernière consultation le 11 août 2005). A propos de l'examen de l'acte et des circonstances de son édition, voir A. S. Butler, « New Zealand's New Final Appellate Structure » (2004), 23, *Civil Justice Quarterly* 107-18.

22. Très critique sur l'exécution de la loi « without cross party support », James Allan, « Changing the Voting System or Creating a Brand New Highest Court – Is One More Constitutionally Fundamental than the Other in Liberal Democracy ? » (2005), 11, *Otago Law Review* 17, 26-7.

23. Supreme Court Act, s. 2.

décider du caractère substantiel des recours, dès le 1^{er} juillet 2004²⁴. Elle a rendu depuis ses premières décisions²⁵. En vertu du régime transitoire prévu par la loi, le Comité siège toujours en juridiction de dernier ressort dans le cadre de certaines procédures engagées antérieurement au 1^{er} janvier 2004²⁶.

La Cour Suprême est composée du Chief Justice (actuellement Rt Sian Elias) et de quatre²⁷ autres juges (en l'occurrence les juges Gault, Keith, Blanchard, et Tipping). Depuis que les juges de la Cour sont désignés par le Gouverneur général (Governor-General) après avis du Gouvernement²⁸, l'un des arguments majeurs avancés par les opposants à la nouvelle loi tient au fait que le Gouvernement travailliste, sans soutien politique multi-partisan, dispose néanmoins du pouvoir de nommer les membres de la nouvelle juridiction et de désigner ainsi des juges appartenant à la même mouvance politique²⁹. Pour faire face à ce problème l'Attorney-General annonça qu'elle réunirait et suivrait l'avis d'un comité, composé du Chief Justice, du procureur général (Solicitor-General) et de Sir Paul Reeves (homme d'Église maori très respecté et ancien Gouverneur général) afin de déterminer qui pourrait siéger au sein du tribunal. En conséquence, les quatre membres les plus âgés de la Cour d'appel furent désignés.

La loi confère une large compétence à la Cour Suprême pour entendre et décider des recours formés contre des jugements prononcés par la Cour d'appel³⁰ ou la Haute Cour (High Court)³¹ dans le cadre de procès civils. Elle peut d'ailleurs agir de la sorte s'agissant de n'importe quelle juridiction si un dispositif prévoit à cet effet une autorisation spéciale³². En matière criminelle, la Cour Suprême peut décider des recours sur de nombreux sujets tant au niveau de l'incrimination que de l'instruction, et peut notamment se prononcer sur des procédures militaires³³.

Cette compétence demeure malgré tout purement théorique, car la recevabilité des recours formés auprès de la Cour Suprême dépend de son consentement³⁴. Il n'existe pas de droit spécifique en ce domaine. La différence de situation est ainsi marquée comparativement à celle du Privy Council : les recours en matière civile étaient admis de droit quand l'objet du conflit atteignait une valeur de 5000 \$³⁵. Cependant, dans les affaires criminelles, une permission

24. Supreme Court Act, s. 55.

25. Pour une vue d'ensemble voir <http://www.justice.govt.nz/supremecourt> (dernière consultation le 11 août 2005).

26. Supreme Court Act, ss. 42, 50.

27. En vertu de l'article s. 17 (1) (b) du Supreme Court Act, le Gouverneur général peut désigner un cinquième membre.

28. Supreme Court Act, s. 17 (2).

29. James Allan, (2005), 11, *Otago Law Review*, 17, 27 et s. ; Penelope Nevill, « New Zealand : The Privy Council is replaced with a domestic Supreme Court » [2004], *I-Con* 115, 120 et s. ; Doug Bailey, « We can't trust politicians to refrain from meddling in highest court », *NZ Herald*, 16 octobre 2003 ; Gavin Ellis, « Judicial proposal falls down on selection process », *NZ Herald*, 16 octobre 2003 ; Editorial, « Judges will be under microscope », *NZ Herald*, 15 octobre 2003 ; tous les articles du *NZ Herald* sont disponibles sur <http://www.nzherald.co.nz> (dernière consultation le 11 août 2005).

30. Supreme Court Act, s. 7.

31. Supreme Court Act, s. 8.

32. Supreme Court Act, s. 9.

33. Supreme Court Act, s. 10.

34. Supreme Court Act, s. 12 (1).

35. Privy Council Order, 1910, r. 2 (a).

spéciale du Conseil pouvait être requise, au demeurant très rarement obtenue. Seule la Cour Suprême a le pouvoir de l'octroyer, et non pas l'une des juridictions inférieures. Nous voici en présence d'un changement avéré par rapport à l'organisation du Privy Council, puisqu'une permission dans le cadre de procédures civiles pourrait être accordée par l'une d'entre elles³⁶. La recevabilité de la requête dépend d'un critère essentiel retenu par la Cour, en l'occurrence celui de l'intérêt de la justice³⁷. Pour ainsi dire, le sujet doit revêtir un intérêt public de caractère général³⁸, admis quand l'affaire est liée au traité de Waitangi³⁹, lorsqu'une erreur judiciaire substantielle a été commise (ou risque de l'être à moins que la requête ne soit recevable)⁴⁰ ou alors, quand le recours concerne une affaire commerciale⁴¹. S'il porte sur le jugement d'une juridiction autre que la Cour d'appel, il est nécessaire de prouver l'existence de circonstances exceptionnelles en complément de l'exigence d'un intérêt de la justice⁴².

II – LE RÉGIME DE PROPRIÉTÉ DES PLAGES ET DU FOND DE LA MER

Nous commentons dans notre dernière chronique une décision de principe prononcée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Ngati Apa v Attorney-General*⁴³ et son impact⁴⁴. En résumé, celle-ci autorisait les Maoris à revendiquer auprès du Maori Land Court un droit de propriété sur la plage et le fond de la mer de Malborough Sounds. La Cour ajouta que si l'on prouvait l'existence d'un titre coutumier appartenant aux Iwi (tribu), celui-ci deviendrait un principe de *common law* jusqu'à ce qu'une législation y mette fin. Cette décision engendra l'un des débats politico-juridiques les plus controversés de l'histoire néo-zélandaise la plus récente.

A – La politique gouvernementale

Nous indiquons dans la chronique précitée que le Gouvernement envisageait de légiférer afin de réaffirmer l'appartenance de la plage et du fond de la mer au domaine royal (The Crown) et de dénier toute compétence au Maori Land Court s'agissant d'examiner leur titre de propriété sur le territoire en question. A cet égard, un référendum eut lieu⁴⁵. Quatre principes furent principalement retenus par le Gouvernement⁴⁶. En premier lieu, l'ensemble des néo-

36. Privy Council Order, 1910, r. 2 (b) et (c).

37. Supreme Court Act, s. 13 (1).

38. Supreme Court Act, s. 13 (2) (a).

39. Supreme Court Act, s. 13 (3). Pour consulter le traité et ses commentaires voir <http://www.treatyofwaitangi.gov.nz/index.php> (dernière consultation le 11 août 2005).

40. Supreme Court Act, s. 13 (2) (b).

41. Supreme Court Act, s. 13 (2) (c).

42. Supreme Court Act, s. 14.

43. [2003], 3 NZLR 643.

44. Voir cette Revue, 56, 2004, p. 854-6.

45. Protecting Public Access and Customary Rights : Government proposals for Consultation, 18 août 2003 ; The Foreshore and seabed of New Zealand, Government Proposals for Consultation, 17 décembre 2003, <http://www.beehive.govt.nz/foreshore-seabed-framework.pdf> (dernière consultation le 11 août 2005).

46. Voir Richard Boast, « Maori Proprietary Claims to the Foreshore and Seabed After *Ngati Apa* » (2004), 21 NZULR 1, 5.

zélandais devrait y avoir accès. D'autre part, la responsabilité de réglementer l'utilisation du domaine incombe au chef de l'État. Enfin, les droits existants, y compris les droits de propriété dont les Maoris sont détenteurs, méritent protection. Il s'agirait finalement d'établir davantage de garanties légales pour ceux qui administrent ou font usage de la plage et du fond de la mer.

B – Le rapport du Waitangi Tribunal sur la politique gouvernementale

Peu de temps après l'annonce de la politique menée par le Gouvernement, 149 plaintes soutenant que celle-ci violait, ou était sur le point d'enfreindre le traité de Waitangi⁴⁷ furent enregistrées par le Waitangi Tribunal. La juridiction mena une enquête et fit paraître un rapport des plus critiques à l'égard de la politique du chef de l'État⁴⁸. Elle la jugeait éminemment discriminatoire envers les Maoris car elle n'offrait de garanties légales qu'à la population non-Maori et de ce fait manquait au principe constitutionnel d'égalité de traitement. Bien que sa décision ne s'impose pas, le Waitangi Tribunal pourrait émettre diverses recommandations⁴⁹. En pareille situation, le Tribunal pourrait suggérer au chef de l'État d'abandonner cette politique et d'engager une négociation appropriée avec les Maoris⁵⁰. Cependant, il faudrait que d'autres recommandations soumettent différentes options au Gouvernement. Celles-ci prôneraient l'abstentionnisme gouvernemental et favoriseraient la jurisprudence, en vue de garantir l'accès du public aux plages, et parallèlement, l'inaliénabilité des intérêts maoris sur ce domaine, voire l'élargissement des possibilités offertes aux tribunaux pour octroyer et enregistrer les titres dans le respect des coutumes⁵¹. Tout au moins, le Gouvernement pourrait compenser l'anéantissement de leurs droits en leur allouant une réparation⁵². Mais sa négligence totale à l'égard du « Rapport » laissait transparaître son intention de légiférer conformément aux quatre principes évoqués.

C – La législation

À la suite d'une consultation, de la défection de l'un de ses membres en conséquence de son programme et de négociations politiques ardues tendant à l'obtention d'un nombre suffisant de votes favorables à ses propositions, le Gouvernement parvint à persuader le Parlement de promulguer le *Foreshore and Seabed Act* de 2004 (FSA) et le *Resource Management (Foreshore and Seabed) Amendment Act* de 2004⁵³. Le FSA entra en vigueur le 17 janvier 2005⁵⁴. Quand il prit

47. Au sujet de l'historique et des statuts du traité de Waitangi, voir A. Butler et G. Scoffoni, « Le système constitutionnel néo-zélandais et la protection des libertés », cette Revue, 37, 1999, p. 49, 53-6.

48. Voir <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/reports/generic/wai1071foreshore/Foreshore.pdf> (dernière consultation le 11 août 2005).

49. Treaty of Waitangi Act, 1975, s. 6 (3). Voir A. Butler et G. Scoffoni, op. cit., p. 54-55.

50. Report, *ibid.* (fn. 29), p. 139.

51. Report, *ibid.* (fn. 29), p. 139-43.

52. Report, *ibid.* (fn. 29), p. 143.

53. Pour une version non officielle du texte voir www.legislation.govt.nz (dernière consultation le 11 août 2005).

54. *Foreshore and Seabed Act*, 2004, s. 2 (2). Quelques dispositions sont déjà entrées en vigueur du fait de l'assentiment royal accordé au texte, *ibid.*, s.2 (1).

force de loi, le texte suscita l'opposition des Maoris et des Pakeha (Néo-Zélandais d'origine européenne) ; environ 15 000 personnes participèrent à une hikoï (marche) à travers le pays en direction de la capitale, Wellington. Bien que cette contestation n'ait regroupé qu'un nombre restreint d'étudiants européens, elle généra un gigantesque rassemblement politique en Nouvelle-Zélande.

Une vue d'ensemble du FSA sera publiée explicitant l'objet et le but de la loi. Celle-ci aurait pour objet de préserver la plage et le fond de la mer appartenant au domaine public en perpétuant la tradition qui habilite le chef de l'État à protéger ces espaces au nom du peuple dans son ensemble, étant incluse la protection des associations de whanau (groupes familiaux), hapū (sous tribus) et iwi (tribus)⁵⁵. Sa visée est quadruple. Tout d'abord, il s'agit d'investir le pouvoir royal d'un droit de propriété avantageux en toute légalité sur ce territoire⁵⁶. D'autre part, la loi assure la reconnaissance et la garantie des droits coutumiers existant quand il est question d'entreprendre ou d'engager diverses activités sur cette parcelle du domaine public. Ajoutons que le texte habilite la Haute Cour (High Court) à examiner l'étendue des droits érigés au rang de *common law*⁵⁷ (et par la même occasion dénie toute compétence au Maori Land Court en ce domaine), et si la loi y met fin, la juridiction peut autoriser les requérants à prendre part à l'administration des plages et fonds de mers ou à participer aux débats officiels en guise de réparation. Il est important de noter qu'une reconnaissance de droits territoriaux de type coutumier par la Haute Cour ne confère pas automatiquement à un groupe la garantie d'une compensation ou d'une autre forme de réparation : pour être exact, le texte exige seulement du chef de l'État qu'il engage le dialogue en ce domaine. La loi distingue deux sortes de droits⁵⁸ : les territorial customary rights et les customary rights orders. Les premiers se définissent par le fait qu'un titre coutumier ou aborigène puisse être reconnu au titre de *common law* et constitué pour l'usage et l'occupation exclusive d'une aire spécifique du bord de mer au profit d'un groupe, celui-ci disposant de ce titre dès l'entrée en vigueur de la loi⁵⁹. Nous sommes en présence de l'équivalent le plus proche du droit de propriété exclusif dont la Haute Cour assure la vérification lors d'un procès. La structure du texte joue en faveur de la reconnaissance de tels droits puisque l'article ss. 32-45 FSA pourrait s'avérer inutile⁶⁰. A l'inverse, un « customary rights order » accorde des droits non exclusifs d'usage du Maori Land Court. Bien que la Haute Cour dispose d'une compétence similaire, celle-ci reste purement théorique, le Maori Land Court demeurant prioritaire en ce domaine⁶¹. En réalité, la loi prévoit des droits généraux d'accès du public à ces zones maritimes de plaisance.

55. Foreshore and Seabed Act, 2004, s. 3.

56. Foreshore and Seabed Act, 2004, s. 13.

57. Foreshore and Seabed Act, 2004, s. 13.

58. Voir P. G. McHugh, « Aboriginal Title in New Zealand : A Retrospect and Prospect » [2004], 2 NZJPIIL 139-202.

59. Foreshore and Seabed Act, 2004, s.32 (1).

60. P. G. McHugh, « From Common Law to Codification – the Foreshore and Seabed Act, 2004 », NZ Law Society Seminar, avril 2005, p. 13-14.

61. Foreshore and Seabed Act, 2004, s. 73, Voir P. G. McHugh, *ibid.* (fn. 41), p. 29.

D – Les implications du « Bill of Rights »

L'un des débats juridiques les plus controversés portant sur le domaine public maritime consistait à déterminer si le texte appliquant la politique gouvernementale était discriminatoire et par voie de conséquence, en contradiction avec le Bill of Rights néo-zélandais de 1990 (BORA)⁶². L'Attorney-General, l'honorable Margaret Wilson, fit part le 6 mai 2004 de son opinion au sujet de la conformité du FSA au BORA⁶³. Selon elle, la loi ne privait pas les Maoris de leurs droits culturels et n'établissait aucune discrimination. En guise d'introduction, elle admit que l'article s. 20 BORA (concernant le droit des minorités culturelles) devait être interprété à la lumière de la jurisprudence relative à l'article 27 du Pacte international des droits civils et politiques (ICCPR)⁶⁴. Après avoir pris en considération cet article, elle conclut qu'il n'était pas nécessaire d'accorder aux Maoris un titre de propriété exclusif pour qu'ils jouissent de leurs us et coutumes⁶⁵.

Le second point, et non des moindres, du rapport de l'Attorney-General portant sur les discriminations raciales, l'article s. 19 (1) de BORA étant intimement lié à l'article s. 21 (1) (f) du Human Rights Act (HRA). Elle affirma à ce propos qu'il fallait considérer tant l'acte accompli que ses effets afin de qualifier de façon substantielle une discrimination⁶⁶. Le caractère discriminatoire des effets du FSA, quand celui-ci se borne à préserver les intérêts et les droits des non-Maoris, lui sembla incontestable⁶⁷, dans la mesure où les Maoris en sont totalement privés⁶⁸. La loi ne prévoyant non seulement aucun droit à réparation au profit des Maoris, mais encore moins l'érection d'un corps indépendant chargé de les représenter lors des négociations avec les autorités nationales ou étrangères, l'Attorney-General réaffirma l'existence d'une discrimination bien qu'elle jugea les droits coutumiers maoris sans commune mesure avec de simples droits de succession⁶⁹. Elle ajouta qu'un traitement distinct des intérêts maoris pouvait se justifier au sein d'une société libre et démocratique en vertu de l'article s. 5 BORA⁷⁰. Le caractère incertain de la loi, tant d'un point de vue théorique que pratique, issue de l'arrêt *Ngati Apa*, se révélait être un argument de poids⁷¹. Ce vide juridique résultait selon elle de trois éléments : il existe encore assez peu de règles de *common law* en la matière ; celles-ci sont basées sur la supposition que l'État serait dépositaire d'un droit de propriété sur le bord de mer ; deux corps différents, la High Court et la Maori Land Court, sont compétents pour statuer en *common law*. Il semblerait opportun de modifier le texte de

62. Voir A. Butler et G. Scoffoni, *Le système constitutionnel néo-zélandais et la protection des libertés*, cette Revue, 37, 1999, p. 49, 64-75.

63. Voir <http://www.justice.govt.nz/bill-of-rights/bill-list-2004/f-bill/foreshore-seabed-bill.html> (dernière consultation le 4 août 2005). Voir aussi [2004], 5 *Maori Law Review* 1-6.

64. *Ibid.* (fn. 44), § 26.

65. *Ibid.* (fn. 44), § 31.

66. *Ibid.* (fn. 44), § 39-41.

67. *Newstalk ZB*, 13 décembre 2004, interview du professeur Kent McNeil, voir <http://www.newstalkzb.co.nz> (dernière consultation le 7 août 2005).

68. *Ibid.* (fn. 44), § 56.

69. *Ibid.* (fn. 44), § 56-79.

70. *Ibid.* (fn. 44), § 89-103.

71. Voir fn. 24 et 25.

loi afin de résoudre ces divers problèmes et fournir à l'ensemble de la population néo-zélandaise une réglementation adéquate.

E – La réclamation des Maoris auprès des Nations Unies

Dès l'entrée en vigueur du FSA, certains Maoris déposèrent des plaintes auprès du Comité des Nations Unies sur l'élimination des discriminations raciales pour qu'il juge de la conformité du FSA aux obligations internationales imposées à la Nouvelle-Zélande par la Convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale (CERD)⁷². Le Comité décida finalement que le FSA était discriminatoire à l'égard des Maoris. Il s'appuya pour l'essentiel sur le fait que le FSA leur ôtait toute possibilité d'obtention de titres de propriété coutumiers et d'un droit à réparation, afin de démontrer qu'il enfreignait le CERD⁷³. Il pria la Nouvelle-Zélande de rétablir le dialogue avec la communauté maori, de surveiller de près l'exécution du FSA, d'atténuer ses effets discriminatoires en amendant le texte ou bien en assouplissant son application (soit en élargissant les modes de réparation), et bien sûr d'inclure un maximum d'informations sur la question dans son Rapport annuel de 2005⁷⁴. Les conséquences pratiques de cette décision restent à évaluer, bien que le gouvernement ait déjà atténué ses effets en affirmant que les termes usités par le Comité ne sont pas suffisamment clairs pour être interprétés comme constatant un manquement à la Convention⁷⁵.

F – Les réactions des juridictions néo-zélandaises

Jusqu'alors aucune décision substantielle n'a été rendue à propos du FSA. Dans les médias cependant, des détails furent révélés au sujet d'une audience préliminaire tenue devant le Maori Land Court, ce qui valut un report du sujet dans l'agenda politique⁷⁶. En l'espèce, la tribu Whakatohea revendiquait le droit de contrôle de la plage et l'usage d'un littoral de près de 50 km s'étendant à l'est de la Baie de Plenty. Cette requête risquait certainement de ne pas aboutir à la reconnaissance d'un titre de propriété foncière sur les zones de plages, le

72. Le CERD fut adopté par les Nations Unies en 1965 et ratifié par la Nouvelle-Zélande en 1972. Le texte de la Convention est disponible en ligne sur <http://www.ohchr.org/english/law/pdf/cerd.pdf> (dernière consultation le 11 août 2005). Depuis le 29 juin 2005, 170 États sont parties à la Convention, voir <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/2.htm> (dernière consultation le 11 août 2005). La Nouvelle-Zélande n'a pas accepté la compétence du Comité des requêtes individuelles prévue par l'article 14 de la Convention. La plainte fut classée parmi les procédures préventives, voir à ce sujet Paul Oertly, « Fifteen Years of Individuals Human Rights Complaints to the United Nations : the New Zealand Experience » [2005], 2, *New Zealand Yearbook of International Law*, 1, 45-6.

73. Décision 1 (66) relative au *New Zealand Foreshore and Seabed Act, 2004*, 66th session, 11 mars 2005, UN Doc CERD/C/DEC/NZL/1, § 6, disponible sur <http://www.unhcr.ch/tbs/docsf> (dernière consultation 11 août 2005). Voir [2005], 3, *Maori Law Review*, 7, 8.

74. *Ibid.* (fn. 54), § 7-9.

75. [2005], 3, *Maori Law Review*, 7, 9 ; Eileen Goodwin, « Foreshore decision under fire », *The Southland Times*, 21 March 2005 ; Joanna Norris, « UN criticises foreshore law », *The Press*, 14 mars 2005 ; « Prime Minister critical of UN committee's process », *NZ Herald*, 14 mars 2005, disponible sur <http://www.nzherald.co.nz> (dernière consultation le 11 août 2005).

76. *NZ Lawyer* des 14 et 15 avril 2005 ; *NZ Herald*, 30 et 31 mars 2005.

législateur s'y étant opposé. Elle fut jugée recevable par la Maori Land Court, qui se reconnut par là même une compétence plus large que celle qui lui était vraisemblablement conférée par la loi⁷⁷. Il reste au demeurant à définir la façon dont les juges interpréteront le FSA et l'appréhenderont dans sa relation avec d'autres textes, en l'occurrence le Resource Management Act de 1991, et le Maori Aquaculture Claims Settlement Act de 2004.

L'un des obstacles majeurs auxquels sont confrontés les Maoris quand ils veulent engager une procédure reste l'absence de toute aide juridique. Une proposition de loi tendant à y remédier fut déposée devant le Parlement. Malheureusement, celle-ci fut écartée dans la mesure où le déroulement du débat parlementaire laissait craindre le caractère déloyal des opérations effectuées⁷⁸.

III – LES PRIVILÈGES PARLEMENTAIRES

Nous évoquions⁷⁹ dans notre dernière chronique l'arrêt de la Cour d'appel *Buchanan v Jennings*⁸⁰. Un membre du Parlement néo-zélandais avait tenu des propos diffamatoires à l'encontre du demandeur devant la Chambre des Représentants protégé par son immunité parlementaire prévue par l'article 9 du Bill of Rights britannique de 1689⁸¹. Il confia par la suite à la presse qu'il « ne reviendrait pas » sur sa présente déclaration. Il fallait que le requérant fasse référence à Hansard⁸² et qu'il utilise les retranscriptions des débats parlementaires accessibles au public, afin de prouver le caractère diffamant de cette seconde intervention. Le Comité judiciaire du Conseil privé de la Reine (Privy Council), dans son arrêt du 14 juillet 2004, confirma le jugement de la Cour d'appel selon lequel un membre du Parlement pourrait être reconnu coupable de diffamation s'il proférait un tel discours dans l'enceinte de la Chambre et le confirmait, sans nécessairement le paraphraser, dans une circonstance échappant au joug de son immunité⁸³. Les théories doctrinales sur les « répétitions effectives » (effective repetition) ou l'« adoption par référence » (adoption by reference) furent critiquées au regard de leur opposition au second motif invoqué à l'encontre de la liberté d'expression parlementaire qui évite aux tribunaux d'être mêlés aux travaux parlementaires et au fait qu'elles se dressent contre les observations publiques de type politique portant sur les débats⁸⁴. Bien que le Privy

77. NZ Herald, 31 mars 2005.

78. Newsweek, ZB 13 juin 2005, cf. <http://www.newstalkzb.co.nz> (dernière consultation le 7 août 2005).

79. Voir cette Revue, 56, 2004, p. 856-859. Pour davantage de commentaires, notes de jurisprudence, voir James Allan, « Parliamentary Privilege : Will the Empire Strike Back ? » (2002), 20 NZULR 205 ; Philip A. Joseph, « Constitutional Law » [2003], NZL Rev. 387, 428 et seq.

80. [2002], 3 NZLR 145.

81. Le Bill of Rights britannique de 1689 est applicable en Nouvelle-Zélande en vertu de l'article s.242 du Legislature Act de 1908 et de l'Imperial Laws Application Act de 1988.

82. Voir <http://www.clerk.parliament.govt.nz/hansard/hansard.aspx> (dernière consultation le 11 août 2005).

83. *Buchanan v Jennings* [2004], UKPC 36 ; [2005], 1 AC 115. Note de jurisprudence, voir Andrew Geddis, « Privilege, Parliament, and the Courts » [2004], NZLJ 302.

84. Joseph [2003], NZLRev 387.428.431-2 ; David McGee, « The Scope of Parliamentary Privilege » [2004], NZLJ 84, 88.

Council ait lui-même mentionné ce dernier point en guise de conclusion, il ne tint pas compte de cet élément de la plus haute importance⁸⁵. De façon très intéressante, le Comité parlementaire en charge des privilèges (Parliament's Privileges Committee) recommandait le 30 juin 2005 une modification législative en vue de renverser la décision du Privy Council⁸⁶.

IV – L’AFFAIRE ZAOUÏ ET LE DROIT DES RÉFUGIÉS

Ahmed Zaoui quitta l’Algérie à la suite du coup d’État militaire de 1993. A l’époque, il était membre du Parlement algérien. Il immigra au départ en Belgique puis en France. L’État belge le reconnut coupable d’un bon nombre de chefs d’accusation relativement aux activités d’un groupe extrémiste algérien. Il gagna alors la Suisse. Les autorités du pays furent informées de ses activités et organisèrent son départ pour le Burkina-Faso. En raison de son absence, il fut condamné par contumace en France pour avoir appartenu à une faction terroriste et en Algérie du fait d’infractions du même type. Il encourait d’ailleurs la peine de mort en Algérie. Il parvint par la suite à quitter le Burkina-Faso pour la Malaisie, et finalement, atteint la Nouvelle-Zélande le 4 décembre 2002. Le Gouvernement le mit immédiatement en captivité car les Services de sécurité (Security Intelligence Service) craignaient qu’il ne représente une menace pour le pays (Interpol en fut d’ailleurs alerté). Dès son arrivée en Nouvelle-Zélande, il revendiqua le statut de réfugié. De longs mois et une interminable audience s’écoulèrent avant que le Refugee Status Appeals Authority (RSAA)⁸⁷ ne le lui accorde. Notons avec intérêt les vives critiques émises par le RSAA à l’encontre des décisions rendues, étant incluses les condamnations belges et françaises⁸⁸. L’organisme accusait les États d’avoir vicié les procédures et mis en cause leur impartialité quand il s’agissait d’octroyer une protection conventionnelle à Zaoui. Le RSAA ne put fonder sa décision sur les informations gouvernementales confidentielles à son sujet, leur accès lui ayant été refusé. Le Gouvernement maintint qu’il représentait un danger pour la sécurité nationale, et que le security risk certificate émis par le directeur de la Sécurité demeurait fondé. En vertu de l’Immigration Act de 1987, il n’existerait pas d’interdiction explicite pesant sur une personne (même un réfugié) qui puisse résulter d’un « certificat » adopté en matière d’expulsion (bien que le Gouvernement ait indiqué que Zaoui ne saurait être expulsé pour actes de torture au regard des obligations prévues par la Convention sur la torture et par le Pacte des droits civils et politiques). La Cour Suprême rendit trois jugements touchant à l’affaire Zaoui. L’Immigration Act prévoit qu’une personne s’étant vue opposer un tel acte est

85. Dans l’affaire *Buchanan v Jennings* [2005] 1 AC 115, 133 Lord Bingham of Cornhill déclara qu’« un certain degré de circonspection est (...) requis quand un membre du Parlement est prié de répéter hors de celui-ci une déclaration potentiellement diffamatoire prononcée antérieurement au sein de l’hémicycle. »

86. Pour avoir accès au Rapport du Comité aller sur <http://www.clerk.parliament.govt.nz> (dernière consultation le 11 août 2005).

87. Voir sur <http://www.freezaoui.org.nz/docs/rsaa.pdf> (dernière consultation le 11 août 2005).

88. Voir § 742 et 857 de la décision du RSAA, *ibid.* (fn. 68), à propos des décisions belges et françaises respectivement.

automatiquement détenue jusqu'à ce qu'une décision soit prise à son sujet, relativement au bien fondé du certificat émis. Après un an et demi de détention, les avocats de Zaoui obtinrent sa libération. Dans la première affaire, la Cour Suprême⁸⁹ rappela que la Haute Cour détenait une compétence exclusive en ce domaine. Cet arrêt peut être interprété comme étant favorable à la garantie des droits de l'homme, mais se présente aussi comme un exemple de la manière dont les tribunaux contournent certaines législations.

Dans un second temps, elle libéra Ahmed Zaoui sous caution dans une décision du 9 décembre 2004⁹⁰.

Enfin, dans une décision du 21 juin 2005, elle pria l'Inspecteur général des Renseignements et de la Sécurité (Inspector-General of Intelligence and Security) de prendre en considération la moindre violation des droits de l'homme sur le territoire d'expulsion lors de l'examen d'un security risk certificate⁹¹. Rappelons que le directeur de la Sécurité est en charge de la délivrance de ces actes. Depuis que les informations requises sont classées confidentielles, seul l'Inspecteur général (Inspector-General), un ancien juge de la Haute Cour, est habilité à les consulter pour ensuite déterminer le bien-fondé de l'acte. Ce dernier permettra au Gouvernement de juger opportune l'expulsion d'un réfugié présentant un danger pour la sécurité du pays, conformément à l'article 33 (2) du Pacte des Nations Unies relatif au statut des réfugiés et à la section 114 (6) (a) de l'Immigration Act de 1987. La Cour Suprême interpréta strictement l'article 33 (2) de la Convention afin que l'individu concerné soit, par des motifs raisonnables et objectifs, soupçonné de menacer sérieusement et substantiellement la sécurité du pays. Elle abandonna la doctrine du sliding scale mettant au premier plan les circonstances personnelles au profit de celle du single standard qui lui évite d'individualiser chaque situation. La Cour estima que l'article 3 de la Convention contre la torture et tout autre traitement cruel, inhumain ou dégradant lié aux articles 6 et 7 du Pacte international sur les droits civils et politiques prohibant la peine de mort et la torture, correspondant aux articles ss. 8, 9 BORA imposent à la Nouvelle-Zélande d'évaluer le seuil de protection des droits de l'homme de l'État vers lequel il pourrait être expulsé. Elle conclut à la compétence exclusive du ministre de l'Immigration rejetant celle du directeur ou de l'Inspecteur-général, conformément aux règles de procédures prévues à cet effet.

V – LA TENSION ENTRE LE POUVOIR JUDICIAIRE ET LE POUVOIR EXÉCUTIF

Les rapports entretenus entre les pouvoirs exécutif et judiciaire apparaissent comme un sujet de controverse politique inhérent aux paragraphes 1 à 4. La tension entre ces deux branches du pouvoir étatique semble avoir atteint un degré paroxystique en Nouvelle-Zélande. Elle est d'ailleurs révélatrice des

89. Ahmed Zaoui v Attorney-General [SC CIV 13/2004].

90. Pour une version non officielle du texte, aller sur <http://www.freezaoui.org.nz/docs/court8.pdf> (dernière consultation le 11 août 2005).

91. Attorney-General v Ahmed Zaoui [2005], NZSC 38. Note de jurisprudence, voir Claudia Geiringer, « Zaoui revisited » [2005], NZLJ (à paraître).

conséquences de la souveraineté parlementaire⁹² et de la séparation des pouvoirs⁹³. Dans le cadre du régime prévu pour la Nouvelle Cour Suprême (détails dans le paragraphe 1^{er}), le système néo-zélandais de nomination des juges suscita de nombreuses critiques. Il touche en effet au cœur du problème, dans la mesure où le Gouvernement peut choisir les juges, même hiérarchiquement supérieurs, qui seraient les plus à même d'agir en sa faveur.

Le débat concernant la plage et le fond de la mer (détails dans le paragraphe 2) mit en lumière le fait que la Cour d'appel n'avait pas procédé à une application de la loi mais à son interprétation dans le but d'influencer les travaux parlementaires. Le président de la Cour Suprême (Chief Justice) fut accusé de partialité dans l'affaire car il avait défendu les intérêts maoris en tant qu'avocat⁹⁴. Un autre point du débat mettait en relief la communication publique de documents confidentiels (des procès verbaux) par un membre de la Maori Land Court, le juge Williams. L'Attorney-General soutenait que ce magistrat avait divulgué le procès-verbal d'une audience à huis clos impliquant la tribu Whakatohea (la première plainte déposée après l'entrée en vigueur du FSA ayant été déclarée recevable). En réalité, le public a le droit de se voir communiquer ces documents diffusés par le greffe de la Cour à la demande de la presse. Son comportement fut sévèrement critiqué dans la mesure où, en tant que personne publique, il a pour mission d'entretenir de bons rapports avec le pouvoir judiciaire.

La Cour Suprême quant à elle, décida de libérer Zaoui sous caution contre les désirs du Gouvernement.

In fine, la rédaction d'un texte constitutionnel aboutirait très certainement à une redistribution des pouvoirs au profit du judiciaire⁹⁵.

VI – UNE CONSTITUTION ÉCRITE NÉO-ZÉLANDAISE ?

La Nouvelle-Zélande n'a pas de Constitution écrite⁹⁶. Du fait des diverses évolutions sur lesquelles nous nous sommes penché, résultant en particulier des affaires soumises à la Nouvelle Cour Suprême comme celle de la plage et du fond de la mer, un Comité constitutionnel (Constitutional Arrangement Committee) fut chargé de répertorier l'ensemble des dispositions de valeur constitution-

92. Michael Cullen, « Parliamentary sovereignty and the Courts » [2004], NZLJ 243 ; K. J. Keith, « Sovereignty at the Beginning of the 21st Century : Fundamental or Outmoded ? » [2004], *The Cambridge Law Journal*, 581-604.

93. A ce sujet P. Joseph, « Parliament, the Courts, and the Collaborative Enterprise » [2004], *KCLJ* 321 ; E. W. Thomas, « The Relationship of Parliament and the Courts : A Tentative Thought or Two for the New Millenium » (2000), 31 *VUWLR* 5-36.

94. Stephen Franks, « Political criticism of Judges » [2004], NZLJ 11 ; Thomas Gibbons, « Criticising Judges : further comments » [2004], NZLJ 245.

95. Rapport du Comité constitutionnel, p. 15, disponible sur <http://www.constitutional.parliament.govt.nz> (dernière consultation le 11 août 2005) ; Mai Chen, « Unbridled power will be redistributed », *NZ Herald*, 11 avril 2005.

96. Un bref descriptif de la Constitution actuelle fut rédigé par Kenneth Keith, *On the Constitution of New Zeland : An Introduction to the Foundations of the Current Form of Government*, Cabinet Manual, 2001, disponible sur <http://www.dpmc.govt.nz/cabinet/manual/index.html> (dernière consultation le 11 août 2005). On peut trouver un bref historique des évolutions constitutionnelles dans l'appendice B du Rapport du Comité constitutionnel.

nelle en identifiant et en décrivant (1) les développements qui ont eu lieu depuis 1840 ; (2) les éléments clefs de la structure constitutionnelle du pays et les relations qu'ils entretiennent ; (3) les sources de la Constitution néo-zélandaise ; (4) le processus suivi par les autres pays dans la mise en œuvre des réformes constitutionnelles ; et (5) celui que réclamerait la Nouvelle-Zélande à cette occasion⁹⁷. Le 10 août 2005, le Comité présenta à la Chambre des Représentants son rapport définitif sur les aménagements constitutionnels⁹⁸. Plusieurs questions méritent d'être soulevées⁹⁹.

A – En tout premier lieu, le traité de Waitangi n'est pas seulement préjudiciable aux Maoris mais plus largement à l'ensemble de la population néo-zélandaise à cause de son impact sur l'appropriation des ressources naturelles¹⁰⁰. Il est communément admis que cette convention appartient au droit constitutionnel moderne¹⁰¹, mais bien que le préambule s'y réfère, il s'agirait d'évaluer l'opportunité et les moyens (langue maori ou langue anglaise, clarification des principes évoqués)¹⁰² de son incorporation au texte constitutionnel. Afin d'illustrer le débat politique autour du statut du traité, nous pouvons relever le dépôt d'un projet de loi visant à éliminer toute référence législative susceptible de lui être faite (à l'heure actuelle trente sept textes de loi incorporent ses principes)¹⁰³.

B – D'autre part, l'idée d'un basculement de la monarchie constitutionnelle vers une République fait l'objet de discussions, mais ne semble pas rallier une majorité de votants¹⁰⁴. Les Indiens Maoris ont beaucoup d'estime pour la Reine qui défend leurs intérêts¹⁰⁵. Cette position s'étant vue confirmée lorsqu'ils prirent partie en faveur du maintien du Privy Council : les juges londoniens seraient plus objectifs que les juges nationaux. Une Constitution de type républicain confierait au Président des pouvoirs équivalents à ceux dont jouit à l'heure actuelle le Gouverneur général au nom de la Reine¹⁰⁶. Le chef de l'État ne serait pas nécessairement élu de la même manière qu'en Irlande mais ferait plutôt l'objet d'une nomination, en espérant que ce pouvoir soit confié au Par-

97. Pour trouver des termes de référence, aller sur <http://www.constitutional.parliament.govt.nz> (dernière consultation le 11 août 2005).

98. Voir le Rapport du Comité constitutionnel, *ibid.* (fn. 76). A propos de ses accomplissements, voir B. V. Harris, « The Constitutional Future of New Zealand », [2004], *NZL Rev* 269, 286-7.

99. Pour un rapport concis au sujet des diverses évolutions, voir B. V. Harris, *op. cit.*, 269 ; v. aussi James (ed), « Building the Constitution » (2000).

100. Rapport du Comité Constitutionnel, *ibid.*, p. 15 ; Mai Chen, *Unbridled power will be redistributed*, *NZ Herald*, 1^{er} avril 2005.

101. M. Durie, « A Framework for Considering Constitutional Change and the Position in Maori in Aotearoa », in James (ed), *Bridled Power*, 4^e éd., 2004, p. 346.

102. B. V. Harris, « The Constitutional Future of New Zealand » [2004], *NZL Rev*, 269, 289-299.

103. J. Stokes, « Peters unveils NZ First treaty policy », *NZ Herald*, 22 juin 2005.

104. Mai Chen, « Unbridled Power will be redistributed », *NZ Herald*, 1^{er} avril 2005 ; B. V. Harris, « The Constitutional Future of New Zealand » [2004], *NZL Rev*, 269, 299.

105. B. V. Harris, « The Constitutional Future of New Zealand » [2004], *NZL Rev*, 269, 299.

106. B. V. Harris, « The Constitutional Future of New Zealand » [2004], *NZL Rev*, 269, 299-300.

lement. Dans un sens plus large, le concept d'État se substituerait à celui de la Couronne¹⁰⁷.

C – En dernier lieu, l'élaboration d'une Constitution néo-zélandaise impliquerait la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité des lois (judicial review) qui ancrerait le Bill of Rights Act néo-zélandais au sommet de la hiérarchie des normes. Il n'est pour l'instant qu'une simple loi servant à interpréter d'autres lois¹⁰⁸ utilisée à titre préventif dans le rapport de l'Attorney-General¹⁰⁹, et non pas une norme de référence constitutionnelle¹¹⁰. En vertu des règles en vigueur, un juge ne saurait contrôler la conformité d'un acte législatif au BORA¹¹¹ bien que la Cour d'appel ait suggéré lors d'une affaire qu'il était possible de relever les contradictions existantes avec un texte de loi¹¹². Si un système de judicial review était mis en place, il semblerait inévitable de reconsidérer la nomination des juges par l'exécutif¹¹³. Mais si l'on observe le régime britannique, force est de constater que la Nouvelle-Zélande offre la garantie d'une meilleure protection, comme le souligne un rapport récent¹¹⁴.

L'intérêt majeur d'une Constitution écrite découlerait en définitive, de son caractère accessible et invocable par l'ensemble de la communauté¹¹⁵.

Cependant le Comité constitutionnel ne conclut pas à une situation de crise et écarte de ce fait les opinions émises par divers groupes de pression¹¹⁶. Les sujets évoqués jusqu' alors doivent être sérieusement et largement pris en compte pour réunir une majorité de votants. Mais il s'avère tout d'abord indispensable de sensibiliser la population aux questions constitutionnelles¹¹⁷.

Andrew Butler

107. B. V. Harris, « The Constitutional Future of New Zealand » [2004], NZL Rev, 269, 300-1.

108. Bill of Rights Act, s. 6.

109. Bill of Rights Act, s. 7.

110. Bill of Rights Act, s. 4.

111. L v M [1979], 2, NZLR 519, 527 per Cooke J.

112. Moonen v Films and Literature Board of Review [2000] 2, NZLR 9.

113. Memorandum de Geoffrey Palmer, Judicial Administration Issues, 1^{er} novembre 2002, disponible sur <http://www.justice.govt.nz/pubs/reports/2004/judicial-appointment/index.html> (dernière consultation le 11 août 2005).

114. Aller sur <http://www.justice.govt.nz/pubs/reports/2004/judicial-appointment/index.html> (dernière consultation le 11 août 2005) ; Patrick McCabe, « Appointing Judges » [2004], NZLI 244.

115. B. V. Harris, « The Constitutional Future of New Zealand » [2004], NZL Rev 269, 301.

116. Rapport du Comité constitutionnel, *ibid.* (fn. 76), p. 7-8.

117. Rapport du Comité constitutionnel, *ibid.* (fn. 76), p. 8-9.