



Editorial

Once again, socio-economic rights are centre-stage in this issue of *Law, Democracy and Development*. This should not be seen as coincidental. The fact that the same theme has dominated four of *LDD*'s last five issues reflects the crucial importance of the area encompassed by these rights at the present stage in South Africa's transition. Not to put too fine a point on it: social inequality in our country embodies a crisis of national proportions. No society can hope for enduring stability, let alone growth, if large numbers of its citizens are consigned to poverty and illiteracy while a small minority enjoy extremes of wealth.

A recent report sums up our position as follows:

The single most important issue facing South Africa 10 years after the transition to democracy is breaking the grip of poverty on a substantial portion of its citizens. There is a consensus amongst most economic and political analysts that approximately 40 percent of South Africans are living in poverty – with the poorest 15 percent in a desperate struggle to survive.¹

With a Gini coefficient² of approximately 0.6, South Africa's income distribution (along with that of Brazil) is one of the most unequal in the world. It is no longer simply a racial dichotomy; the Gini coefficient is at its highest within the African population group. The effects are likewise all-pervasive. It reflects, amongst other things, a huge, self-perpetuating under development of South Africa's human resources. Addressing this explosive disparity may be seen as the central objective of the socio-economic rights enshrined in the Constitution – not by extending welfare to the poor but providing a basis of dignity and self-development for those whom market forces have rendered destitute or marginalised, with a view to (re)absorbing them into the mainstream of social life.³

The articles that follow focus on various socio-economic rights in innovative ways, suggesting devices for the (re)interpretation of the rights and duties in question as well as institutional reforms aimed at enhancing their effect.

Nico Steytler outlines the obligations resting on local government to give effect to socio-economic rights, focusing in particular on the legislative

-
- 1 Landman EP *et al* *Breaking the Grip of Poverty and Inequality in South Africa 2004–2014* Ecumenical Foundation of Southern Africa (Dec 2003).
 - 2 Developed by the Italian statistician Corrado Gini (1884–1965), the 'Gini coefficient' is a measure of income (in)equality according to which zero corresponds to perfect equality (everyone has equal income) and 1 corresponds to absolute inequality (one person has all the income).
 - 3 The Preamble to the Constitution describes one of its purposes as being to '[i]mprove the quality of life of all citizens and free the potential of each person'.

framework in terms of which privatisation of municipal services may occur. Privatisation is defined as 'the process whereby a state function is transferred to a private actor who performs the function for profit'. The paper notes the concerns which have been raised about the success of privatised service delivery in providing those services on an equitable and affordable basis. To the extent that the provision of basic services gives expression to certain socio-economic rights, the question arises whether privatisation of these services 'undercuts the realisation of these rights'. Listing the current mechanisms used by municipalities in delivering municipal services, the author argues that the process and end result of privatising a basic municipal service must comply with the normative framework (or human-rights paradigm) of socio-economic rights.

Danwood Mzikenge Chirwa, exploring the same theme, focuses on the context in which water privatisation is occurring. Privatisation, it is suggested, encompasses many forms of private sector involvement over and above full divestiture, including corporatisation, ring-fencing, cost recovery measures and deregulation. The provision of water, however, is directly connected to the enjoyment of the constitutional right of access to water. Water service delivery mechanisms and policies must therefore be in accordance with constitutional principles, which the article proceeds to examine. It then deals with some of the human rights concerns arising from the process of privatisation relating to 'the accountability of the parties involved, the participation of communities in decisions that affect their day-to-day lives and access by poor communities to water services'. It concludes by recommending a number of safeguards which the Municipal Systems Act⁴ could incorporate, including a human rights impact assessment when considering various service delivery options, preferring service providers with good human rights records, laying down a monitoring and regulatory framework for privatisation and, last but not least, ensuring that pricing and disconnection policies do not overburden poor communities.

Nomthandazo Ntlama turns to the question of monitoring the implementation of socio-economic rights which, it is noted, enjoy 'hard' protection (through the courts) as well as 'soft' protection (through non-judicial institutions). The author discusses the constitutional mechanisms used in the latter context and, in particular, the mandate of the South African Human Rights Commission (SAHRC) to perform this function. The international system of monitoring and reporting on the implementation by governments of their obligations in terms of international law, it is argued, may be seen as an important point of reference. The article considers the advantages of this system and examines how the SAHRC can benefit from following its precedent. Information gathered by the SAHRC in terms of section 184(3) of the Constitution, it is suggested, 'must be analysed and evaluated in terms of its duty to monitor and assess the observance of human rights in the Republic'. In addition, the author highlights the need

4 Act 32 of 2000.

for NGOs to be more involved in the monitoring process and the positive contribution they could make, especially in providing a more balanced and critical analysis of information submitted to the SAHRC.

Kenneth Creamer is likewise concerned with the implementation of socio-economic rights, focusing on the issue of children's socio-economic rights as a case in point. The article sets out to develop a basic framework for assessing government programmes which are designed to promote the realisation of these rights. A central theme, given the difficulties faced by the courts in adjudicating disputes with complex socio-economic ramifications, is that both the Executive and the Legislature should be guided by rights jurisprudence in exercising their functions in this area – more specifically, that the entire process of implementing socio-economic rights, from planning and budgeting to legislation and oversight, should be informed by jurisprudential developments relevant to the interpretation of the rights in question. This would serve to clarify not only the extent of the government's obligations but also the extent to which government programmes and budgets for advancing these rights are likely to pass constitutional muster. Given that Parliament is currently empowered only to accept or reject, but not amend money bills tabled by the Executive, it is argued that Parliament needs to enact a statute providing for the amendment of money bills as required by section 77(3) of the Constitution.

Sam Rugege addresses a vexed question that has been at the centre of a great deal of controversy of late: the issue of land redistribution in Zimbabwe and South Africa. While access to land is not explicitly recognised as a socio-economic right in international human rights instruments, section 25 of the South African Constitution places an express duty on the state to 'take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to foster conditions which enable citizens to gain access to land on an equitable basis'. In a thought-provoking and extensively researched article the author analyses the problem of landlessness arising from a legacy of colonial conquest in both countries as well as the legislative and practical measures adopted by the governments of both countries – in the case of Zimbabwe since 1980, in the case of South Africa since 1994 – in addressing it. Neither country, it is argued, has made sufficient progress towards its target of providing the landless with land. In South Africa, although the state has not treated the issue of land distribution as a high priority and has not made use of its powers of equitable expropriation, the article notes that a legal framework exists to do so. In Zimbabwe the situation is more difficult. While most white farms have been expropriated, it has happened in a process marked by violence and abuse that has enriched a political elite while many peasants remain without land. Zimbabwe, it is argued, needs to return to the rule of law and allocate land primarily on the basis of need. For this, however, the assistance of the international community will be vital.

Turning to an area that will be less well-known to most South African lawyers, **Najma Moosa** and **Shaheena Karbanee** investigate a question of considerable importance to women in the world-wide Islamic community: the right of a divorced woman in terms of Muslim personal law to maintenance after divorce. In South Africa as elsewhere, it is noted, most Muslim

women are not employed outside the home and, with the power to pronounce divorce vested exclusively in men, may be left destitute should their husbands exercise this power. While the relevant text does not explicitly provide for maintenance after divorce, the authors align themselves with those scholars who contend that there is scope in Islamic jurisprudence to assert such a right. From a survey of case law in South Africa and the Indian subcontinent it is suggested that, while there is a gap between the rights theoretically granted to women in Islam and what happens in practice, there also are also signs of renewal. The conclusion is that recourse to secular courts has provided only partial relief and that Islamic law itself offers sufficient mechanisms to remedy the inequalities suffered by Muslim women in this regard.

Finally, **Craig Bosch** deals with the issue whether persons who are company shareholders or close corporation members can also be employed by those entities. The relevance of this seemingly technical question in the area of democracy and development lies in the fact that only 'employees' (as defined) are covered by the statutes giving effect to the constitutional rights to fair labour practices and equal treatment in the workplace. The age of globalisation, however, has seen a proliferation of atypical employment relationships and, increasingly, workers participating in business ownership. While focusing on the latter category, the article revisits the long-standing judicial engagement with the definition of 'employee' and, in so doing, sheds light on the inquiry more generally. In light of case law in South Africa and the United Kingdom it is concluded that close corporation members or shareholders – even majority shareholders – are not necessarily excluded from the status of employees.

Éditorial

Une fois de plus, les droits socio-économiques sont au centre de ce numéro de *Law, Democracy and Development*. Il ne s'agit aucunement d'une coïncidence. Le fait que le même thème ait dominé quatre des cinq derniers numéros de *LDD* démontre l'importance des questions couvertes pas ces droits à ce moment précis de la période de transition en Afrique du Sud. Pour ne pas mâcher nos mots: l'inégalité sociale dans notre pays prouve qu'il y existe une crise aux proportions nationales. Aucune société ne peut espérer une stabilité durable, ni même de la croissance, si des franges entières de sa population vivent dans la pauvreté et l'analphabétisme pendant qu'une petite minorité profite d'une abondance de richesses.

Un rapport récent résume notre position de la sorte:

Le problème le plus important auquel l'Afrique du Sud doit faire face 10 ans après la transition démocratique, est d'être capable de briser la chappe de pauvreté dans laquelle vit une portion substantielle de la population. Il existe un consensus parmi les analystes économiques et politiques qui admet qu'environ 40 % des Sud-Africains vivent dans la pauvreté dont 15 % essaient désespérément de survivre.¹

Avec un coefficient² de Gini à environ 0.6, la distribution des revenus en Afrique du Sud (comme celle du Brésil) est l'une des plus inégales au monde. Il ne s'agit plus simplement d'une dichotomie raciale car le coefficient de Gini est au plus haut au sein de la population africaine. Les effets sont similaires et omniprésents. Cela démontre, parmi d'autres choses, un énorme sous-développement qui se perpétue dans le domaine des ressources humaines sud-africaines. Résoudre cette disparité explosive demeure l'objectif central des droits socio-économiques inscrits dans la Constitution – Il ne s'agit pas d'étendre les aides sociales pour les pauvres mais d'offrir un fondement de dignité et de développement personnel pour ceux que les forces du marché ont rendu sans moyens de survie ou marginalisés avec pour objectif de les (ré)absorber dans la vie sociale de la nation.³

Les articles qui suivent mettent l'accent sur divers droits socio-économiques de façon innovante, suggérant des outils pour la (ré)interprétation des droits et des devoirs en question ainsi que des réformes institutionnelles pour mieux améliorer leurs effets.

- 1 Landman EP *et al Breaking the Grip of Poverty and Inequality in South Africa 2004-2014* Ecumenical Foundation of Southern Africa (Déc 2003).
- 2 Développé par le statisticien italien Corrado Gini (1884–1965), le coefficient de 'Gini' est une unité de mesure de l'égalité ou l'inégalité des revenus dans laquelle le zéro représente l'égalité parfaite (tout le monde possède des revenus égaux) et 1 correspond à l'inégalité absolue (une personne détient tous les revenus).
- 3 Le Préambule de la Constitution décrit l'un des ces buts qui est 'd'améliorer la qualité de vie de tous les citoyens et de libérer le potentiel de chaque personne'.

Nico Steytler souligne les obligations des collectivités locales afin de créer des effets quant à ses droits socio-économiques en mettant l'accent sur le cadre législatif dans lequel les privatisations municipales peuvent avoir lieu. La privatisation est définie comme 'le processus où une fonction de l'Etat est transféré à un acteur privé qui s'acquitte de cette fonction pour obtenir des bénéfices'. L'article s'intéresse aux inquiétudes quant au succès des prestations de service privatisées offrant des services équitables et accessibles à toutes les bourses. La prestation de services élémentaires est l'expression de certains droits socio-économiques et, l'on peut se poser la question de savoir si la privatisation de ces services 'mine la réalisation de ces droits'. Etablissant une liste des mécanismes actuels utilisés par les municipalités pour la prestation des services municipaux, l'auteur demande à ce que ce processus et son résultat final respectent le cadre normatif (ou le paradigme des droits de l'homme et de la personne) des droits socio-économiques.

Danwood Mzikenge Chirwa, explore le même thème, mettant l'accent sur le contexte dans lequel la privatisation des eaux a lieu. La privatisation, comme il la décrit, englobe de nombreuses formes d'implication du secteur privé, en particulier, l'entière perte de droits entraînant la corporatisation, la protection des intérêts privés, des mesures de recouvrement des coûts et la dérégulation. La prestation des services des eaux est néanmoins directement liée au droit inscrit dans la Constitution d'accès à l'eau potable. Les mécanismes et les politiques de prestation des services des eaux doivent, par conséquent, être alignés sur les principes constitutionnels que cet article examine. Celui-ci s'intéresse également aux inquiétudes dans le domaine des droits de l'homme et de la personne qui découlent du processus de privatisation et qui sont liées à 'la responsabilité des parties en présence, la participation communautaire en ce qui concerne les décisions les concernant dans leur vie de tous les jours et l'accès à l'eau potable pour les communautés pauvres'. L'article se conclue en recommandant une série de clauses de sauvegarde que la Loi sur les Systèmes Municipaux (*Municipal Systems Act* en anglais)⁴ pourrait incorporer après amendements et qui comprend une évaluation d'impact sur les droits de l'homme et de la personne en ce qui concerne les options disponibles quant à la prestation de différents services. On aura tendance à préférer des prestataires de services possédant une bonne tradition de respect des droits de l'homme et de la personne, qui établissent un cadre de surveillance et de régulation pour la privatisation et qui, en dernier lieu ici mais fort important dans le contexte en question, s'assurent que les politiques tarifaires et de déconnexion ne surchargent pas plus encore les communautés pauvres.

Nomthandazo Ntlama se tourne vers la question de la surveillance de la mise en place des droits socio-économiques qui, il faut le noter, est fort protégée par les tribunaux et peu protégée par les institutions non-judiciaires. L'auteur de cet article commente les mécanismes constitution

4 Loi 32 de 2000 (Act 32 of 2000).

nels usités dans le second cas de figure et, en particulier, le mandat de la Commission sud-africaine des Droits de l'Homme et de la Personne (SAHRC en anglais) pour s'assurer du respect de ceux-ci. Le système international de surveillance et de rapport en ce qui concerne la mise en place par les gouvernements de ces droits vis-à-vis du droit international peut être vue comme un point important de référence. L'article se penche sur les avantages de ce système et examine la manière dont la SAHRC peut tirer elle-même des avantages des précédents légaux. Les informations collectées par la SAHRC en accord avec la section 184(3) de la Constitution, 'doivent être analysées et évaluées selon son devoir de surveillance et d'évaluation du respect des droits de l'homme et de la personne dans la République'. De plus, l'auteur souligne le besoin qu'ont les ONG d'être plus impliquées dans le processus de surveillance et, la contribution positive qu'elles pourraient apporter en particulier en offrant une analyse plus équitable et plus critique des informations soumises à la SAHRC.

Kenneth Creamer est également inquiet de la mise en place des droits socio-économiques et il s'intéresse tout particulièrement à la question des droits socio-économiques des enfants en tant que cas précis. Son article tente de développer un cadre de base pour l'évaluation des programmes gouvernementaux qui sont conçus pour promouvoir la réalisation de ces droits. Un thème central, étant donné les difficultés auxquelles les tribunaux doivent faire face dans l'adjudication des conflits aux ramifications socio-économiques complexes, est que l'Exécutif et le Législatif devraient être guidés par la jurisprudence dans l'exercice de leurs fonctions – c'est à dire que le processus complet de mise en place des droits socio-économiques, de la planification et de la budgétisation à la législation et le contrôle, devrait être influencée par les derniers développement en jurisprudence s'appliquant à l'interprétation des droits en question. Cela permettrait de clarifier l'étendue des obligations du gouvernement mais aussi, la chance qu'ont les programmes et les budgets gouvernementaux de faire avancer ces droits et d'être acceptés par la Constitution. Étant donné que le Parlement est actuellement seulement autorisé à accepter ou à rejeter, mais non à amender, les propositions de lois budgétaires établies par l'Exécutif, on a tendance à affirmer que le Parlement doit voter une loi qui permettrait l'amendement des propositions de lois budgétaires comme le requiert la section 77(3) de la Constitution.

Sam Rugege se penche sur une question des plus délicates qui est au centre d'une grande controverse récemment: celle de la redistribution des terres au Zimbabwe et en Afrique du Sud. Bien que l'accès à la terre ne soit pas explicitement reconnue comme un droit socio-économique par les instruments internationaux de défense des droits de l'homme et de la personne, la section 25 de la Constitution sud-africaine insiste sur le devoir qu'a l'Etat de 'prendre des mesures législatives raisonnables et autres, selon les ressources disponibles, afin de faciliter des conditions qui permettent aux citoyens d'accéder à la possession de la terre sur une base équitable'. Dans un article provocant et contenant des recherches en profondeur, l'auteur analyse le problème du manque de terres découlant de l'héritage de la conquête coloniale dans les deux pays et, il étudie les mesures législatives et pratiques adoptées par les gouvernements de ces

deux pays – dans le cas du Zimbabwe depuis 1980 et dans celui de l'Afrique du Sud depuis 1994 – afin de résoudre ce problème. Aucun des deux pays, comme on l'analyse, n'a fait assez de progrès pour réaliser son but qui est d'offrir aux Sans-Terre la terre qu'ils réclament. En Afrique du Sud, bien que l'Etat n'ait pas traité le problème de la redistribution des terres comme une priorité et n'ait pas utilisé ses pouvoirs d'expropriation équitable, l'article note qu'un cadre juridique existe pour le faire. Au Zimbabwe, la situation est plus difficile. Alors que la plupart des fermiers blancs ont été expropriés, cela s'est déroulé au sein d'un processus marqué par des actions violentes et des abus au profit de l'élite politique pendant que de nombreux paysans demeure toujours sans terres. Le Zimbabwe, doit rétablir la légalité et l'ordre et allouer la terre selon les besoins. Néanmoins, pour atteindre cet objectif, l'aide de la communauté internationale est vitale.

Se tournant vers un domaine bien moins connu de la plupart des juristes et des avocats sud-africains, **Najma Moosa** et **Shaheena Karbanee** enquêtent sur une question d'une importance considérable pour les femmes dans la communauté islamique: le droit auquel une femme divorcée a le droit d'obtenir une pension alimentaire selon le droit privé musulman à la suite de son divorce. En Afrique du Sud comme ailleurs, on remarque que la plupart des femmes musulmanes ne travaillent pas en dehors du foyer et, avec le droit de prononcer le divorce du pouvoir unique des hommes, elles se trouvent souvent sans ressources si leurs époux se servent de ce pouvoir. Alors que les textes religieux ne parlent pas explicitement de pension alimentaire, les auteurs de cet article rejoignent les vues des érudits qui pensent qu'il existe une ouverture dans la jurisprudence islamique pour s'assurer de ce droit. D'après une enquête juridique réalisée en Afrique du Sud et dans le sous-continent indien, on peut conclure que, bien qu'il existe un fossé entre les droits théoriques donnés aux femmes dans l'Islam et ce qui se passe dans la pratique, il existe également des signes de renouvellement. Néanmoins, les auteurs affirment que les plaintes devant les tribunaux séculiers ont apporté un soulagement partiel pour ces femmes et que la loi islamique elle-même offre assez de mécanismes pour remédier aux inégalités dont souffrent les femmes musulmanes dans ce domaine.

Finalement, **Craig Bosch** s'intéresse à la question de savoir si les personnes qui sont actionnaires d'une entreprise ou membres proches d'une entreprise peuvent être également employées par ces entités d'affaires. L'importance de cette question qui semble être purement technique dans le domaine de la démocratie et du développement est le fait que seuls les 'employés' (comme ils le sont définis) sont couverts par les lois qui déclenchent les droits constitutionnels inhérents aux pratiques équitables du travail et de l'emploi et au traitement équitable sur le lieu de travail. Néanmoins, avec l'âge de la mondialisation, on a vu la prolifération de relations atypiques de travail et l'augmentation du nombre de travailleurs impliqués dans la propriété d'une entreprise d'affaires. En mettant l'accent sur cette dernière catégorie, l'article étudie de nouveau l'ancien problème juridique de la définition d'employé' et, en cela, donne de nouveaux éclaircissements. D'après des études de cas en Afrique du Sud et au Royaume-Uni, la conclusion de cet article est que des membres proches d'une entreprise ou les actionnaires d'une entreprise – même les actionnaires majoritaires – ne sont pas nécessairement exclus de la définition du statut d'employés.