

Editorial

The focus of this edition is on local government. With the adoption of the 1996 Constitution in South Africa, local government has been given a new constitutional status as a distinctive, interdependent and interrelated sphere of government. As the closest sphere of government to the people, an elaborate legal framework had to be constructed to give effect to its developmental goal.

The December 2000 election was the formal beginning of the final phase in the new local government dispensation, which is geared towards local self-governance. As the primary site for service delivery and development in the country, local government must be achieved within a legal and policy framework that is new, complex and continually developing. Municipal councillors and officials must make the new system work while provincial and national governments must supervise it. There is a lack of skills and there are numerous problems that require solutions. Success is not assured.

The bold experiment that South Africa has embarked on by placing faith in the developmental potential of a relatively autonomous local government sphere has wide implications for the rest of Africa. If local government succeeds in entrenching democracy and facilitating development in South Africa, it could be an important example for replication elsewhere in Southern Africa. In this sense, the success of local government in South Africa also has major implications for the realisation of the New Partnership for African Development (NEPAD).

The LERP project

The papers in this issue, except for Magaisa's paper, were written as part of a project on local government arising out of a cooperative research initiative among a number of universities, entitled the Legal Exchange Research Programme (LERP). The purpose of the initiative was to encourage scholarly collaboration among academics from previously advantaged universities. Drafts of the papers were discussed by participants at three seminars held at the University of the Western Cape.

Synopsis of Articles

Sam Rugege discusses the role of traditional leadership in the context of the democratic dispensation in which elected local government has been established throughout the country, including those areas under the jurisdiction of traditional leaders. He traces this role from its pre-colonial form to its distortion by colonialism and apartheid and notes the considerable powers and functions enjoyed by traditional leaders at the dawn of democracy. He then looks at the constitutional provisions dealing with

traditional leadership in comparison to the powers and functions accorded elected local government. He discusses the struggle of traditional leaders to retain the powers they had under apartheid, as well as the Traditional Leadership and Governance Framework Bill 2003 that attempts to transform the institution in accordance with the values of democracy and equality, in particular by introducing partly-elected traditional councils. While noting that traditional leaders in neighbouring countries have an even lesser role in governance than their peers in South Africa, he argues that the Bill goes a long way in accommodating traditional leaders and charting a potentially important role for them in the new democracy. At the same time, he argues that their participation in local councils could be made more meaningful. He concludes that traditional leaders should accept the new democratic dispensation, utilise the transformed traditional institutions and cooperate with local councils to maximise benefits for the people under them.

Jaap de Visser examines the responsibilities of the three spheres of government with regard to implementing the right of access to housing and in particular, the responsibility of local government. First, he sketches a conceptual framework – based on section 7 of the Constitution – that can assist in bringing together the constitutional allocation of responsibilities and the fundamental rights that people can claim against ‘the state’. Section 7 provides that the state must respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights. Local authorities are obliged, just as much as national and provincial governments, to refrain from interfering with these rights, to protect against their violation by third parties and to advance their realisation. However, when it comes to *fulfilling* an economic, social or cultural right in terms of taking legislative, administrative, budgetary, judicial or other similar measures, local government’s hands might be tied by the mandate it has received from the Constitution. Second, he applies this analysis to the responsibilities of local government when it comes to the right of access to housing. He argues that the Constitution does not place the primary obligation to take the requisite measures for the fulfilment of the right to housing on local government. However, through the assignment of authority to local government, municipalities may be charged with some obligations in this regard. Third, he outlines and comments on the Constitutional Court’s approach to the issue in its judgment in *Government of the Republic of South Africa v Grootboom*. Although housing is not a local government competence, the Court held that that access to land cannot be seen as separate from the right of access to housing. Neither can access to basic services, such as water and sewage removal, be divorced from the right to housing. Local government thus plays an important part in fulfilling those ancillary aspects of the right of access to housing.

Johann Mettler writes that the status of local government has changed radically compared to what was previously the case. Now, local government is an autonomous sphere of government; its powers are derived from the Constitution and are no longer delegated from the national or provincial government. The by-laws of a municipal council are legislative acts and are therefore not open to review in terms of administrative law.

The Constitution further refers to various obligations that will determine the relations between a province and a municipality. These obligations are the monitoring, support, regulation and supervision of municipalities by provinces. The sum of these relationships may be clustered under the term 'intergovernmental relations', although the term itself captures much more. The coming into operation of a new constitutional and legislative regime for local government poses a few challenges to the relations between provincial government and municipalities within the same province. This paper highlights some of these challenges and suggests an appropriate approach to them.

Nico Steytler focuses on the new feature of local government outside metropolitan areas, namely the establishment of 47 district municipalities in December 2000. They share legislative and administrative powers with local municipalities in their area. As shared authority in local government in non-metropolitan areas is new to South Africa, it poses a number of theoretical and practical problems. What are the roles and functions of a district municipality? How do they relate to local municipalities? How can legislative and executive authority effectively and efficiently be shared? In the first part of this paper the model underlying district municipalities' powers and functions is examined. At first the vision found in the *White Paper on Local Government* of 1998 portrays the district municipality as a coordinator, an initiator of development and, only as a last resort, as a provider of services directly to the public. The Municipal Structures Act of 1998, as initially enacted, by and large gave effect to the overall objectives, purposes and outcomes identified in the *White Paper*. However, a significant shift occurred in the Municipal Structures Amendment Act of 2000, transforming the district municipality from a coordinator and provider of bulk services to a regular end-user service provider. The amendment to the Act not only threw the carefully constructed vision of the *White Paper* and the Municipal Structures Act of 1998 into disarray, but also created uncertainty regarding where responsibility lies for the provision of basic services. Water, electricity, sewage and health services are core grassroots municipal functions and belong at the lowest level of government – local municipalities. Apart from the dire consequences of removing the income-generating services from local municipalities, this allocation creates a democratic distance between the service provider and the consumers. Provinces have a significant role to play in ensuring that this complex system works. They need to ensure that the relations between district and local municipalities are functional and productive.

Riekie Wandrag deals with the regulation of municipal borrowing powers and financial emergency mechanisms as part of the emerging local government finance management regime. Before the passing of the Municipal Finance Management Bill of 2003, local government confronted the following issues:

- a lack of coherent legislative regulation of municipal borrowing powers;
- the stagnation of the municipal debt market;
- a policy shift from national government guarantees to local responsibility for debt, resulting in a need for a legal and regulatory framework that clarifies the rights and obligations of creditors and borrowers; and

- the increasing financial difficulties experienced by local governments in recent years.

Wandrag tracks the slow process of the drafting the Bill and assesses whether it will meet these challenges. She comments that the Bill has addressed the issues in the main effectively. The emphasis is placed on preventing municipal financial crisis rather than curing it and the Bill makes it clear that this is primarily the responsibility of the municipal council itself, and that national or provincial government will not 'bail out' municipalities in crisis. She concludes that the creation of the Municipal Financial Recovery Service also attempts to regulate and balance (rather precariously at times) the rights and needs of the municipality and its creditors during municipal financial crisis.

Alex Tawanda Magaisa examines the protection of knowledge systems at local and international levels. He argues that knowledge has always been contested territory but as the centrality of knowledge or information systems increases in the global economy, so have the contests over ownership of knowledge. He explores the struggles over the indigenous knowledge systems, focusing particularly on the indigenous medical knowledge systems. Taking a historical perspective, Magaisa notes that the indigenous knowledge systems were subordinated by the Western knowledge systems during the colonial encounter. Whereas intellectual property laws were created to protect the dominant Western knowledge systems, the indigenous knowledge systems were neglected and left vulnerable. Western systems were classified as 'knowledge' while the indigenous systems were regarded as mere superstition. He observes, however, that there is presently greater interest in the indigenous knowledge systems, especially by pharmaceutical and bio-chemical companies seeking new medicines. Indigenous territories and medical knowledge systems have become important hunting grounds for new medicines. The problem is that the indigenous peoples who hold the knowledge are not acknowledged nor compensated for their contributions. The contests centre on the question of knowledge creation and ownership. Magaisa argues for the reconstruction of the legal landscape for knowledge protection to ensure maximum gain for the parties involved. He recommends that democracy be introduced in the realm of protection of all knowledge systems in order to eliminate the phenomenon of the 'dominant and the other' and consequent exploitation.

Acknowledgement

The National Research Foundation (NRF) is gratefully acknowledged for sponsoring the LERP project, including contributing to this publication.

A special word of thanks also goes to the Ford Foundation for the support it provides to the Community Law Centre, which made the editing of this issue possible.

Éditorial

Cette édition est centrée sur le gouvernement local. Avec l'adoption de la Constitution de 1996 en Afrique du Sud, un nouveau statut constitutionnel a été conféré au gouvernement local, à savoir une sphère interdépendante et pertinente du gouvernement. En tant que troisième sphère du gouvernement, un cadre juridique élaboré devait être construit pour donner effet au but de gouvernement local en développement.

L'élection de décembre 2000 était le début formel de la phase finale du nouveau système de gouvernement local qui est dirigé vers l'auto-gouvernance locale. En tant que site principal pour la délivrance de services et le développement dans le pays, le gouvernement local doit être conçu au sein d'un cadre politique et juridique qui est nouveau, complexe et en développement continu. Les officiers et conseillers municipaux doivent faire fonctionner le nouveau système pendant que les gouvernements provincial et national doivent le superviser. Il y a un manque de compétences et il y a de nombreux problèmes qui appellent des solutions. Le succès n'est pas assuré.

L'audacieuse expérience dans laquelle l'Afrique du Sud s'est lancée en ayant foi dans le potentiel en matière de développement d'une sphère de gouvernement local d'une autonomie relative, a de vastes conséquences pour le reste de l'Afrique. Si le gouvernement local réussit à encrever la démocratie et à faciliter le développement en Afrique du Sud, ce pourrait être un exemple important à répliquer ailleurs en Afrique méridionale. Dans ce sens, le succès du gouvernement local en Afrique du Sud a également des conséquences majeures pour la réalisation du Nouveau Programme pour le Développement Africain (NEPAD).

Le projet LERP

Les articles dans ce numéro, à l'exception de celui de Magaisa, ont été écrits dans le cadre d'un projet sur le gouvernement local résultant d'une initiative de recherche coopérative d'un nombre d'universités nommée le Legal Exchange Research Programme (LERP). Le motif de l'initiative était d'encourager une collaboration intellectuelle entre universitaires issus d'universités avantagées par le passé. Des ébauches des articles ont été discutées par les participants au cours de trois séminaires tenus à l'Université du Western Cape.

Résumé des articles

Sam Rugege traite du rôle du leadership traditionnel dans le contexte du système démocratique dans lequel le gouvernement local élu a été établi à travers le pays, y compris ces régions sous la juridiction de dirigeants

traditionnels. Il analyse ce rôle depuis sa forme pré-coloniale jusqu'à sa distorsion par le colonialisme et l'apartheid et note les fonctions et pouvoirs considérables dont les leaders traditionnels jouissent à l'aube de la démocratie. Il regarde ensuite les dispositions constitutionnelles traitant du leadership traditionnel en comparaison des pouvoirs et fonctions accordées au gouvernement local élu. Il discute du combat des leaders traditionnels pour conserver les pouvoirs qu'ils avaient sous l'apartheid ainsi que sous la Traditional Leadership and Governance Framework Bill 2003, qui tente de transformer l'institution en accord avec les valeurs de démocratie et d'égalité, en particulier en introduisant des conseils traditionnels partiellement élus. En notant que les leaders traditionnels dans les pays avoisinants ont un rôle encore moindre dans la gouvernance que leurs pairs en Afrique du Sud, il affirme que la Framework Bill va plus loin en accordant et prévoyant un rôle relativement important pour les leaders traditionnels dans la nouvelle démocratie. Dans le même temps, il affirme que leur participation dans les conseils locaux pourrait être rendue plus significative. Il conclut que les leaders traditionnels devraient accepter le nouveau système démocratique, utiliser les institutions traditionnelles transformées et coopérer avec les conseils locaux pour maximiser les bénéfices pour le peuple sous eux.

Jaap de Visser examine les responsabilités des trois sphères du gouvernement par rapport à la mise en œuvre du droit d'accès au logement et en particulier, la responsabilité du gouvernement local. Premièrement, il imagine un cadre conceptuel-fondé sur la section 7 de la Constitution qui peut aider à allier le partage constitutionnel de responsabilité et les droits fondamentaux que tout un chacun peut revendiquer contre 'l'Etat'. La section 7 dispose que l'Etat doit respecter, protéger, promouvoir et réaliser les droits contenus dans la Charte des Droits. Les autorités locales sont tenues, autant que les gouvernements national et local, de s'abstenir d'interférer dans ces droits, de les protéger contre des violations par des tiers et de faire avancer leur réalisation.

Toutefois, pour ce qu'il est de réaliser un droit économique, social ou culturel en termes de prise de mesures législatives, administratives, budgétaires, judiciaires ou autres, le gouvernement local peut avoir les mains liées par le mandat qu'il a reçu de la Constitution. Deuxièmement, il applique ensuite cette analyse aux responsabilités du gouvernement local pour ce qui est du droit d'accès au logement. Il soutient que la Constitution ne place pas l'obligation principale de prendre les mesures requises pour la réalisation du droit au logement sur le gouvernement local. Toutefois, à travers l'affectation d'autorité au gouvernement local, les municipalités peuvent être chargées de certaines obligations à cet égard. Troisièmement, il expose brièvement et commente l'approche de la Cour Constitutionnelle par rapport à ce problème dans son jugement *Gouvernement de la République d'Afrique du Sud v Grootboom*. Bien que le logement ne soit pas de la compétence du gouvernement local, la Cour a soutenu que cet accès à la propriété ne peut être considéré comme séparé du droit à l'accès au logement. Il en est de même pour l'accès aux services de base, tels que l'eau, l'évacuation des eaux usées, qui ne peut être dissocié du droit au logement. Ainsi, le gouvernement local joue un rôle

important dans la réalisation de ces aspects accessoires du droit à l'accès au logement.

Johann Mettler écrit que le statut du gouvernement local a radicalement changé comparé à ce qui était le cas auparavant. A présent, le gouvernement local est une sphère autonome du gouvernement; ses pouvoirs dérivent de la Constitution et ne sont plus du tout délégués par le gouvernement national ou provincial. Les arrêtés d'un conseil municipal sont des actes législatifs et ne sont pas de ce fait soumis à révision en termes de droit administratif. La Constitution fait également référence aux diverses obligations qui vont déterminer les relations entre une province et une municipalité. Ces obligations sont l'encadrement, le soutien, le contrôle et la supervision des municipalités par les provinces. L'ensemble de ces relations peut être regroupé sous le terme 'relations intergouvernementales', bien que le terme lui-même soit bien plus large. La mise en opération d'un nouveau régime constitutionnel et législatif pour le gouvernement local pose quelques défis aux relations entre le gouvernement provincial et les municipalités au sein d'une même province. Cet article met l'accent sur certains de ces défis et suggère une approche appropriée pour les aborder.

Nico Steytler se concentre sur le nouveau caractère du gouvernement local en dehors des zones métropolitaines, à savoir l'établissement de 47 municipalités de district en décembre 2000. Elles partagent des pouvoirs administratifs et législatifs avec les municipalités locales dans leur région. Étant donné que l'autorité partagée dans le gouvernement local en zones non métropolitaines est nouvelle en Afrique du Sud, cela pose nombre de problèmes théoriques et pratiques. Quels sont les rôles et fonctions d'une municipalité de district? Comment s'accordent-ils avec les municipalités locales? Comment l'autorité législative et exécutive peuvent-elles être partagées effectivement et efficacement? Dans la première partie de cet article le modèle sous-jacent aux fonctions et pouvoirs des municipalités de district est examiné. Au début la vision contenue dans le *White Paper on Local Government* de 1998 décrit la municipalité de district comme un coordinateur, un initiateur du développement et, seulement en dernier recours comme, un fournisseur de services directement au public. Le *Municipal Structures Act* de 1998, comme promulgué initialement, donne effet de façon générale aux objectifs, buts et résultats d'ensemble identifiés dans le *White Paper*. Toutefois, une modification significative a eu lieu dans le *Municipal Structures Amendment Act* de 2000, transformant la municipalité de district de coordinateur et fournisseur de services en gros à fournisseur régulier de services aux utilisateurs finaux. L'amendement de l'acte a non seulement semé la confusion dans la vision soigneusement construite du *White Paper* et du *Municipal Structures Act* de 1998, mais il a également introduit des incertitudes en ce qui concerne la question de savoir à quel niveau repose la responsabilité pour la fourniture de services de base. Les services d'eau, d'électricité, d'évacuation et de santé sont des fonctions municipales fondamentales de base et reviennent au niveau le plus bas du gouvernement – les municipalités locales. À côté des conséquences terribles du retrait des services générant des revenus aux municipalités locales, cette affectation crée une distance démocratique

entre le fournisseur de services et les consommateurs. Les provinces ont un rôle significatif à jouer pour assurer que ce système complexe fonctionne. Elles doivent assurer que les relations entre municipalités de district et locales soient fonctionnelles et productives.

Riekie Wandrag traite de la réglementation des pouvoirs d'emprunt municipaux et des mécanismes d'urgence financière en tant que parties du régime émergeant de gestion des finances du gouvernement local. Avant le passage de la Municipal Finance Management Bill de 2003, le gouvernement local était confronté aux problèmes suivants :

- Un défaut de réglementation législative cohérente des pouvoirs d'emprunt municipaux,
- La stagnation de la dette municipale de marché,
- Une transformation politique de garanties du gouvernement national à une responsabilité locale pour la dette, résultant en un besoin d'un cadre légal et de contrôle qui clarifie les droits et obligations des créanciers et débiteurs, et
- Les difficultés financières grandissantes qu'ont connues les gouvernements locaux au cours des dernières années.

Wandrag retrace le lent processus de l'élaboration de l'Act et évalue s'il parviendra à répondre à ces défis. Elle constate que la Charte a généralement traité des problèmes efficacement. L'emphase est placée sur la prévention d'une crise financière municipale plutôt que la remédier et la Charte fait clairement état du fait que ceci est principalement la responsabilité du conseil municipal lui-même et que le gouvernement national ou provincial ne "cautionnera" pas les municipalités en crise. Elle conclut que la création du Municipal Financial Recovery Service tente également de réglementer et équilibrer (plutôt de façon précaire à des moments) les droits et besoins de la municipalité et de ses créanciers durant une crise financière municipale.

Alex Tawanda Magaisa examine la protection des systèmes de savoir aux niveaux local et international. Il affirme que le savoir a toujours été contesté de manière territoriale mais de la même façon que la position centrale des systèmes de savoir et d'information augmente dans l'économie globale, les contestations portant sur la propriété du savoir se développent. Il explore les batailles portant sur les systèmes de savoir indigènes en se concentrant particulièrement sur les systèmes de savoir médical indigènes.

En prenant une perspective historique, Magaisa note que les systèmes de savoir indigènes étaient subordonnés aux systèmes occidentaux de savoir durant les affrontements coloniaux. Alors que les lois sur la propriété intellectuelle ont été créées pour protéger les systèmes dominants de savoir occidentaux, les systèmes de savoir indigènes ont été négligés et laissés vulnérables. Les systèmes occidentaux ont été classifiés en tant que "savoir" tandis que les systèmes indigènes étaient considérés comme simple superstition. Il remarque, toutefois, qu'il y a actuellement un plus grand intérêt pour les systèmes de savoir indigènes particulièrement de la part des compagnies pharmaceutiques et bio-chimiques à la recherche de nouveaux remèdes. Les territoires et systèmes de connaissances médicales

indigènes sont devenus des terrains de chasse pour les nouveaux remèdes. Le problème est que les peuples indigènes qui détiennent le savoir ne sont ni reconnus ni indemnisés pour leurs contributions. Les contestations focalisent sur la question de la création du savoir et la propriété.

Maigasa argumente en faveur de la reconstruction d'un paysage légal pour la protection du savoir pour assurer aux parties impliquées un gain maximum. Il recommande qu'une démocratie soit introduite dans le domaine de la protection de tous les systèmes de savoir dans le but d'éradiquer le phénomène du "dominant et de l'autre" et l'exploitation qui s'en suit.

Remerciements

La National Research Foundation (NRF) est gracieusement remerciée pour avoir financé le projet LERP, de même que cette publication.

Un mot spécial de remerciement va à la Fondation Ford pour le soutien qu'elle apporte au Community Law Centre qui a rendu possible l'édition de ce numéro.