

# Editorial

---

The first six papers in this number of the *Law, Democracy and Development* are a selection from papers presented at an inter-university colloquium hosted by the Faculty of Law of the University of the Western Cape in Cape Town on 13 to 15 August 2003. A further two selected papers will be published in the next (2004(2)) issue of this Journal. The colloquium, titled "The Aix-UWC Colloquium on the Regional Realisation of Socio-economic Rights: A European and Southern African Perspective", represented the culmination of a similarly named joint research project between two teams of researchers from the Faculties of Law of the Universities of the Western Cape (South Africa) and Paul Cézanne (France). The project coordinators, who are also the editors of this issue, were Tobias van Reenen (Western Cape) and Jean-Yves Chérot (Paul Cézanne).

The project coordinators wish to extend their sincere gratitude to the South African National Research Foundation and the French Ministries of Foreign Affairs, National Education and Higher Education and Research for the funding of the project. The editors also wish to extend their sincere appreciation and gratitude to the Mellon Foundation for the financial assistance which enabled Tobias van Reenen to arrange free time from lecturing duties in order to complete the editing of the manuscripts for this number of the *Journal*.

An introduction to the contents of the reports published in this special issue can be organized around five main points.

Firstly the colloquium has accepted, without consultation nor true prior *harmonization on the part of the editors*, a broad understanding of the concept of fundamental social rights in relation to the contemporary conception generally ascribed to these rights. Fundamental social rights firstly include the rights of workers (social liberties), then rights linked to the principle of non-discrimination in relation to sex, opinion, age, sexual orientation, etc. and, finally social rights in a stricter sense, a right to housing, a right to energy, the prohibition of child labour, rights to social security and social welfare, health protection and other rights of this nature. This broad conception of the notion of "fundamental social rights" is explained by a new and emerging conception of social rights seen as personal and justiciable in the same way as civil rights are.

Secondly a vast majority of the reports have presented the question of protection of social rights in the context of economic globalization and the development of free trade in the world. Globalisation and free trade create new challenges for social rights; they call for a search for new methods of regulation. The paradox lies in the fact that the protection of workers and the regulation of services of general economic interest call for, in this context, a genuine international response while States persist in demanding

sovereign competence in these domains. States seem to be powerless to continue assuring the protection of fundamental social rights and at the same time they demand sovereign competence in the matter.

Thirdly the colloquium has shown the prohibition of unilateral practices of the regulation of the protection of workers rights, in the law of international trade as much as in international labour law. In the context of the WTO as well as in that of the ILO, unilateral regulations are rejected as being inappropriate.

There is a strong resistance to admitting that States could use international commercial sanctions unilaterally, even under international control, to gain acceptance of their legislation and their social model, or even of norms which would have been agreed to at international level, in other States. This refusal of commercial sanctions to guarantee the respect of social norms is maintained in the enclave of the WTO as well as in the enclave of the ILO. The declaration adopted by the members of the WTO during the last Ministerial Conference in Doha (November 2001) rejects "the use of labour norms to a protectionist end". States agree that "the comparative advantage of countries, particularly of developing countries with low wages must in no way be reappraised". ("We reject the use of labour norms with protectionist goals and convene that comparative advantage, especially for developing countries with low wages, should not be threatened in any manner"). This attitude of refusal of the "social clause" is especially interesting to observe in the framework of the ILO while the International Labour Organisation develops research on the protection of workers' rights around a hard core of rights considered to be particularly sensitive and which must be imposed on member States which have not ratified the conventions concerned by the mere fact of their belonging to the Organization. The ILO refuses to link the protection of these rights to a mechanism of commercial sanctions. The text of the Declaration of the ILO of 1998 relating to the principles and fundamental rights to work declares that "the norms of labour will not be able to serve a protectionist end and nothing, in the present declaration and what ensues, will be able to be invoked nor serve to such an end; in addition, the comparative advantage of any country will not be able, in any way, to be implicated due to the present Declaration and its successor".

This attitude does not prevent certain states or regional organizations from attempting certain conditions in commercial relations in the framework of toned down "social clauses", particularly under the threat of withdrawing commercial additionally accorded advantages, as is shown by examples not specifically developed in the framework of this colloquium and notably in the example of the system put in place by the European Union in the framework of a "generalised preference systems" or of the regime unilaterally established by the United States regarding commerce with Africa (African Growth and Opportunity Act (AGOA)) (report by Patricia Lenaghan). Although it is not mentioned in our reports, one can equally recall the example of the system put in place in the framework of the NAALC (North American Agreement on Labor Conditions) which provides, after a procedure permitting incriminating the

failure to observe its commitments by a state in matters of social rights contained in the agreement, for the possibility to institute financial or economic sanctions against it (suspension of the advantages of free trade).

In the fourth place, the colloquium leads to reminding that there existed a tendency to look at fundamental social rights, protected by international texts or by constitutional texts, and even in the strictest sense, as personal justiciable rights, at least as far as the substance of the rights is concerned.

The committee on Economic, Social and Cultural Rights of the United Nations has developed the idea that the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of the United Nations (ICESCR) legally binds States to a minimum content in terms of an especially interesting theoretical analysis. Pierre de Vos shows that in relation to the willingness shown to emphasize the indivisibility of human rights, the African Charter of Human and People's Rights proclaims social rights without the traditional reservations on their progressive implementation and without clauses providing conditions of resources.

Finally a last point highlighted during the colloquium must be underlined. It is about highlighting the importance of new social rights not directly linked to workers' rights and detached from labour relations, as the economic crisis grows, about social exclusion and the instability of the workers' situation. The report of Laurence Gay is particularly enlightening on this evolution on the protection of fundamental social rights. Laurence Gay observes that it is only in a social crisis that "the flaws of a system of rights which depends upon belonging to stable and long standing category of wage-earners will appear". The "right to housing" is not mentioned in constitutional texts of the post war years. But "this apparent disinterest only reflects preconceptions predominant in Europe at the time. The emphasis is in fact placed on the right to social protection. The programmed generalization of social security must protect the individual against social risks and thus, guarantee the permanence of income, allowing the satisfaction of the fundamental needs of life, first and foremost housing". With the crisis, notions of "new poverty", "insecurity" and above all "exclusion" emerge: as many terms aiming at "the growing flow of those who are ejected from normal socialization by waged work and who in consequence see themselves deprived of the social protection attached thereto". "The necessity of guaranteeing everyone access to basic needs in general and in particular becomes very serious. The growing consideration of housing through fundamental rights in the last part of the 20th century only conveys these socio-economic evolutions".

It is more the future of rights to education, to a regime of old age pension etc., very closely linked to a system of wage-earners in a system of instability of the situation of the wage-earner and even more so the fact that these rights are traditionally attached to the status of employment which worry Darcy du Toit. How to assure the survival of these protections in growing economies which have operations of concentration, relocation, outsourcing and restructuring and in which stable wage-earners tend to become a minority? Darcy du Toit shows that texts which provide protection of the labour contract in these situations of transfer of

enterprises can assure minimal protection of the worker during these changes. But this protection mainly concerns the maintaining of the labour contract. It is not as obvious that the texts equally assure the protection of social rights attached to the labour contract. Darcy du Toit then shows that these texts should be interpreted in the light of constitutional texts and should be improved after detecting the flaws.

**Tobias van Reenen**, University of the Western Cape, Cape Town, South Africa

**Jean-Yves Chérot**, Paul Cézanne University, Aix-Marseilles, France  
Editors

### Synopsis of articles

**Pierre de Vos** maintains that, although the African Charter on Human and Peoples' Rights is much criticised for its vague and seemingly unenforceable provisions, it is a unique document that requires the development of a more nuanced and theoretically consistent understanding of the nature and scope of the human rights obligations contained in it. At the heart of the Charter is an endorsement of the idea of the interdependence and indivisibility of the various kinds of rights, which are traditionally classified into discrete groups and viewed as having their own character and enforcement potential. Thus, the Charter contains a set of social economic and cultural rights which are not contained in a separate section of the Charter or designated as directive principles. Much like the Bill of Rights in the South African Constitution, the Charter articulates a truly indivisible and interdependent normative framework, addressing all rights equally in the same coherent text.

The African Commission on Human and Peoples' Rights established to interpret the rights in the Charter already noted in its early opinions that all the rights in the Charter invoke an obligation on states to implement them immediately, thus reinforcing the idea that the rights in the African Charter are interdependent and indivisible. The African Commission has furthermore reiterated, that the African Charter is unique and must be interpreted in the light of the uniqueness of its text. Because international law and human rights must be responsive to African circumstances, the Commission has endorsed the idea that collective rights, environmental rights, and economic and social rights are essential elements of human rights in Africa. In the light of this principle, the African Commission has accepted the view endorsed by UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, that social and economic rights (like all other human rights) engender at least four levels of duties for a state that undertakes to adhere to a rights regime. These duties include the duty to *respect*, *protect*, *promote* and *fulfil* the rights in a human rights treaty. These obligations universally apply to all rights and entail a combination of negative and positive duties and each layer of obligation is equally relevant to the rights in question. Although there are therefore different levels of obligations the one level is not more important than the other because all rights are interdependent and indivisible and engender various kinds of obligations.

The African Commission has now taken the first bold steps in the interpretation of the social and economic rights provisions in the African Charter. It has shown employed some innovative methods to flesh out the obligations engendered by social and economic rights in the Charter and to find protection for social and economic rights not explicitly included in the text of the Charter. It has made good use of International human rights norms and the work of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, and is well placed to develop a unique yet internationally attuned jurisprudence on the enforcement of social and economic rights.

**Patricia Lenaghan** evaluates the probable fulfilment of socio-economic rights, resulting from the economic growth experienced in the Southern African region. To this end she outlines the various multilateral and bilateral agreements in the region, and especially those agreements to which South Africa is party, followed by an exposition of the aims and objectives of these regional instruments. She critically evaluates these aims and objectives to the extent to which these agreements possibly ensure the protection and enhancement of socio-economic rights. These agreements include, on a regional level, the African Growth and Opportunity Act (AGOA), the South Africa Customs Union (SACU) and the Southern African Development Community (SADC) as well as the African Union (AU). On an individual basis emphasis is placed on those agreements to which the EU is signatory to, namely the Trade and Development Cooperation Agreement (TDCA) as well as the Cotonou Agreement, to which South Africa is a qualified member. She concludes that while it is apparent from the aims and objectives of the various instruments of regional integration and trade that the role afforded to trade is pre-eminent, the protection of human rights is also ascribed prominence. The Cotonou Agreement contains a comprehensive petition for the respect for basic social rights and instructs for adequate levels of public spending. AGOA eligibility is dependant upon the existence of policies for example aimed at reducing poverty. The Constitutive Act of the AU integrates the African Charter and sets out the promotion of these rights. SADC equally considers the advancement and protection of human rights as a goal. Likewise the TDCA entered into between the EU and South Africa explicitly provides for development cooperation by means of financial as well as technical assistance, focusing mainly on the delivery of basic social services. In her view it is clear from these objectives that, if appropriately applied and enforced, instruments of economic growth can be employed to ensure the protection and enhancement of socio-economic rights in the Southern African region.

**Marie-Pierre Lanfranchi** investigates the question of the protection of social rights within the framework of international trade. From a legal point of view, it may well be asked whether international trade rules applicable between states, notably those within the context of the WTO, take into consideration the protection of socio-economic rights. WTO agreements give indeed no competence to WTO organs in the social field. However, a number of provisions lead to some questions, create ground for debates and even sometimes case law. The article gives an analysis of these provisions and observes that neither WTO agreements nor judicial

and diplomatic practises take into consideration socio-economic rights. She demonstrates in particular that WTO law does not take into consideration processes and methods of production, includes no social clause, and does not cover social dumping. In consequence, it appears that the only way to promote socio-economic rights through trade measures would be to promote a different type of interpretation of WTO agreements. WTO law is not indeed an isolated body of rules. It is a field of law integrated into public international law. It is necessary and possible to interpret it taking into consideration fundamental social norms adopted in other international forums. In fact, WTO judicial bodies are to play a key role in this regard. She concludes, with references to examples from recently settled trade disputes, that this is a difficult but possible route to go.

**Kitty Malherbe** investigates social security coverage in the SADC region (South Africa included). She finds that national systems have historically been underdeveloped and are extremely diverse in nature as a result of the array of social-economic and political situations. These systems are focused predominantly on labour-centred social insurance which extends mainly to the “formally” employed which leads to the exclusion of “otherwise” employed persons from social insurance coverage, leaving them to rely on social assistance. Regional SADC measures (both bilateral and multilateral) to coordinate social security systems for migrants are currently limited in scope. The territorial nature of most social insurance schemes in the region leads to the exclusion of these workers from social protection. The African Charter on Human and Peoples’ Rights does not make express provision for social security. By contrast, the European national social security systems are fully developed. National social security systems and institutions have given way to coordination instead of harmonisation which proved to difficult to achieve. In Europe the emphasis has conventionally been on the design of social security programmes, whereas in the SADC region, political and economic factors other than planning and programme design play a major role in social security reforms. The complicated European coordination system is not likely to succeed in the SADC region. The coordination structures and their underlying principles may, however, serve as a useful point of reference for future developments in the SADC region. Should policy makers decide to borrow from the European model, they will have to ensure that the rules are simplified and that they will be understandable to the administrators of the social security schemes as well as the potential beneficiaries. A workable approach to the coordination of social security in the SADC region is to focus legal and institutional reforms on one branch of social security at a time. The focus of such coordination efforts should initially be on the exportability of benefits and determination of applicable law. Countries redesigning their social security systems could base their reforms on agreed upon fundamental values and principles, which could form the first step in the process of harmonization of social security in the region.

**Darcy du Toit** investigates the effects of transfers of enterprises on employees’ labour rights. He contrasts the common law position where

the transfer of a business would terminate existing employment contracts and their concomitant benefits with the protection given by section 197 of the Labour Relations Act ('LRA') to employees who find themselves in positions where the enterprises by which they are employed are transferred. This section, following European precedent, provides, in cases of transfer of enterprises as "going concerns", that the new employer is automatically substituted for the old employer in respect of all contracts of employment and that all the rights and obligations between the old employer and its employees at the time of the transfer continue in force between the new employer and the employees. He is particularly concerned with the difficult question whether an outsourcing transaction can qualify as a "transfer". From the point of view of the Constitutional guarantee of the right to fair labour practice and also to certain socio-economic rights, he poses two questions in particular connection with the possible constitutional protection of employment benefits in the case of outsourcing, notably whether benefits such as medical aid and pension rights fall within the ambit of the constitutional protection of socio-economic rights, and if so, the effect thereof on the interpretation of section 197 of the LRA as a statutory provision on which employees' continued enjoyment of those rights depends. In coming to answer to the first question, he submits that such benefits fall squarely within the definition of socio-economic rights. In answering the second question, he maintains that the interpretation of section 197 will determine whether the relevant socio-economic rights are extinguished or continue. Any interpretation will depend on whether the facts of the transaction are on the face of it capable of meeting the various requirements of section 197. If so, section 197 should be interpreted as including the transaction rather than excluding it. Section 197 permits a degree of flexibility in this regard by providing for the possibility of the variation of the consequences of the transfer by written agreement between the parties. He comes to the conclusion that making use of such a section 197 agreement may indeed offer protection to the employment benefits enjoyed by employees who are subject to an outsourcing transaction.

**Laurence Gay** discovers that, while current national and international declarations on human rights increasingly tend to recognise a "right to housing", the exact meaning of such provisions remains a controversial issue. In France, the Constitution of 1958 does not proclaim such a right. The French constitutional judge may consider "the possibility of any person of having (a) decent (form of) housing" as "an objective of constitutional value". However, this norm is mostly interpreted as a "goal of general interest". It gives a basis to public intervention aiming at building social housing but also at acting on the private market of housing (especially by regulating leasing agreements, for example prohibiting the owner from freely terminating the lease or obliging him to provide a decent dwelling). Therefore, the constitutional objective of the possibility of any person of having decent housing does not allow an applicant to claim housing before the law. By contrast, in interpreting section 26 of the Constitution of 1996, the South-African Constitutional Court emphasised the obligations imposed directly on the State. According to the Court,

section 26 imposes the adoption of a co-ordinated and comprehensive state housing program which must meet short, medium and long term needs. This position is closer to an effective concept of "right to housing" than the French one. Such a right must be based on national solidarity, so that only the State can implement it. The measures taken in France concerning the leasing agreements are necessarily limited: they can restrict the owners' rights but not violate them. Furthermore, they are useless for people who do not already have a roof over their heads. It appears that the obligations deduced from a constitutional "right to housing" can be fulfilled only by direct public intervention (consisting in giving land, housing or financial means for dwelling). On that point, doubts exist however about the division of competences between State and non central state organs. This matter could be at stake in future constitutional case law in France.

**Kwadwo Mensah** considers what he calls the "problems of interpretation" in Ghanaian law. His arguments are centred on attempts at finding a meaningful way out of the dilemmas caused by conflicts between two dominant theories of interpretation in Ghanaian law, notably the literal interpretation theory (LIT) which argues that documents should be interpreted literally regardless of the consequences of such an interpretation, and the values-based interpretation (VBIT) which argues for a central place of moral and political considerations in the task of interpretation. His first argument is that the problems can be resolved only by anchoring it on a solid theory of legitimacy. He distinguishes three different accounts of legitimacy, to wit legal legitimacy, ethical legitimacy and historical legitimacy. His second argument is that the LIT that is propounded in Ghanaian courts is strongly influenced by the doctrine of parliamentary sovereignty that is espoused in English constitutional theory. However, he argues that contrary to the Ghanaian position, the legitimacy of interpretation in English law is not based on legal legitimacy alone but it is strongly based on historical legitimacy reflecting the values of English society. His third argument is that because of the nature of the typical African polity, attempts to introduce English constitutional doctrines into African politics invariably become a tyrant's charter - the legalisation of tyranny. He concludes by attempting to show why interpretation ought to be based on VBIT constructed on a historical legitimacy accepted in Ghanaian and African society.



# Éditorial

---

Les six premiers articles de ce numéro de *Law, Democracy and Development* sont une sélection d'articles présentés durant le colloque inter-universitaire de la Faculté de Droit à la University of the Western Cape à Le Cap du 13 au 15 août 2003. Deux autres articles sélectionnés seront publiés dans le prochain numéro (2004(2)) de cette revue. Le colloque intitulé "Le Colloque Aix-UWC - La réalisation des droits sociaux fondamentaux. Une perspective européenne et sud-africaine" représente le résultat d'un projet collectif de recherches, appelé de façon similaire, de deux équipes de chercheurs des Facultés de Droit des Universités de Western Cape (Afrique du Sud) et Paul Cézanne (auparavant Aix-Marseille III) (France).

Les coordinateurs de ce projet, qui sont aussi les éditeurs de ce numéro, sont Tobias van Reenen (Western Cape) et Jean-Yves Chérot (Paul Cézanne). Les coordinateurs du projet veulent présenter leur sincère gratitude à la Fondation National de Recherche Sud-africain et aux Ministères Français des Affaires Étrangères, de l'Éducation Nationale, et de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche pour le financement du projet. Les éditeurs veulent aussi présenter leur sincère appréciation et gratitude à la Mellon Foundation pour le soutien financier qui a rendu possible à Tobias van Reenen de se libérer des obligations d'enseignement afin de terminer la rédaction des manuscrits pour ce numéro du Journal.

Une introduction sommaire à l'ensemble des rapports publiés dans ce numéro spécial peut être organisée autour de cinq points principaux.

Tout d'abord, le colloque a retenu, sans concertation ni véritable harmonisation préalable de la part des éditeurs, une conception large du concept des droits sociaux fondamentaux en relation avec la conception contemporaine en général retenu de ces droits. Les droits sociaux fondamentaux comprennent d'abord des droits des travailleurs (social liberties), puis les droits liés au principe de non-discrimination en relation avec le sexe, l'opinion, l'âge, l'orientation sexuelle, etc. et, enfin, des droits sociaux dans un sens plus strict, droits au logement (right to housing), droit à l'énergie, prohibition du travail des enfants, droits à une sécurité sociale et à une assistance sociale, la protection de la santé, et d'autres droits de cette nature. Cette large conception de la notion des "droits sociaux fondamentaux" s'explique par une nouvelle et émergente conception des droits sociaux regardés comme des droits personnels et justiciables de la même façon que le sont les droits civils.

En second lieu, la grande majorité des rapports ont présenté la question de la protection des droits sociaux dans le contexte de la globalisation de l'économie et du développement du libre-échange dans le monde. La

globalisation et le libre-échange créent de nouveaux défis pour les droits sociaux ; ils appellent la recherche de nouvelles méthodes de régulation. Le paradoxe consiste dans le fait que la protection des travailleurs et que la régulation des services d'intérêt économique général appellent dans ce contexte une véritable réponse internationale alors que les États persistent à revendiquer dans ces domaines une compétence souveraine. Les États semblent à la fois impuissants à continuer à assurer une protection des droits sociaux fondamentaux tout en revendiquant une compétence souveraine en la matière.

En troisième lieu, le colloque a montré la prohibition tant dans le droit du commerce international que dans le droit international du travail des pratiques unilatérales de régulation de la protection des droits des travailleurs. Tant dans l'environnement de l'OMC (WTO) que de l'OIT (ILO) les régulations unilatérales sont rejetées comme n'étant pas appropriées.

Il existe une très forte résistance à admettre que les États puissent se servir unilatéralement, même sous contrôle international, de sanctions commerciales internationales, pour faire prévaloir, dans les autres États, leur législation et leur modèle social ou même des normes qui auraient été convenues au niveau international. Ce refus des sanctions commerciales pour garantir le respect des normes sociales est aussi bien affirmé dans l'enceinte de l'OMC que dans l'enceinte de l'OIT. La déclaration adoptée par les Membres de l'OMC lors de la dernière conférence ministérielle à Doha (novembre 2001) rejette " l'usage des normes du travail à des fins protectionnistes ". Les États conviennent " que l'avantage comparatif des pays, en particulier des pays en développement à bas salaires, ne doit en aucune façon être remis en question. " (" We reject the use of labour norms with protectionist goals and convene that comparative advantage, especially for developing countries with low salaries, should not be threatened in any manner "). Cette attitude de refus de la " clause sociale " est spécialement intéressante à observer dans le cadre de l'OIT alors même que l'Organisation internationale du travail développe la recherche de la protection des droits des travailleurs autour d'un noyau dur de droits considérés comme particulièrement sensibles et devant s'imposer aux États membres qui n'auraient pas ratifié les conventions concernées du seul fait de leur appartenance à l'Organisation. L'OIT refuse de lier la protection de ces droits à un mécanisme de sanction commerciale. Le texte de la Déclaration de l'OIT de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail déclare que " les normes du travail ne pourront servir à des fins commerciales protectionnistes et que rien dans la présente déclaration et son suivi ne pourra être invoqué ni servir à pareille fin ; en outre, l'avantage comparatif d'un quelconque pays ne pourra, en aucune façon, être mis en cause du fait de la présente Déclaration et son suivi ".

Cette attitude n'empêche pas certains États ou organisations régionales de jouer avec une certaine conditionnalité dans les relations commerciales dans le cadre de " clauses sociales " atténuées, en particulier dans la menace de retirer des avantages commerciaux accordés par ailleurs, comme le montre les exemples non spécifiquement développés dans le cadre de ce colloque et notamment dans l'exemple du dispositif mis en place par l'Union européenne dans le cadre du " système de préférences généralisées " ou du régime établi

unilatéralement par les États-Unis à l'égard du commerce avec l'Afrique (AGOA, African Growth and Opportunity Act) (rapport de Patricia Lenaghan). Bien qu'il ne soit pas évoqué dans nos rapports, on peut également rappeler l'exemple du dispositif mis en place dans le cadre du NAALC (North-American Agreement on Labor Conditions) qui prévoit, après une procédure permettant d'incriminer le non-respect par un État de ses engagements en matière de droits sociaux contenu dans l'accord, la possibilité de prononcer à son encontre des sanctions financières ou économiques (suspension des avantages du libre-échange).

En quatrième lieu, le colloque a conduit à rappeler qu'il existait une tendance à considérer les droits sociaux fondamentaux protégés par les textes internationaux ou par les textes constitutionnels et même dans le sens le plus strict, comme des droits personnels et justiciables au moins autant que la substance des droits est en cause.

Le comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations-Unies a développé l'idée que le pacte des droits économiques, sociaux et culturels des Nations-Unies (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR) lie les États devant les juges pour un contenu minimum selon une analyse théorique spécialement intéressante.

Pierre de Vos rappelle que "the view endorsed by Committee on Economic, Social and Cultural Rights, that social and economic rights (like all other human rights) engender at least four levels of duties for a state that undertakes to adhere to a rights regime. These duties include the duty to *respect, protect, promote* and *fulfil* the rights in a human rights treaty. These obligations universally apply to all rights and entail a combination of negative and positive duties and each layer of obligation is equally relevant to the rights in question" et que tant les obligations négatives que les obligations positives à la charge des États sont de nature à créer des droits directement invocables. Pierre de Vos, montre que, en relation avec la volonté marquée de souligner l'indivisibilité des droits de l'homme, la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (African Charter on Human and People's Rights) proclame les droits sociaux sans les traditionnelles réserves sur leur mise en œuvre progressive et sans clauses prévoyant des conditions de ressources.

Enfin, un dernier point mis en évidence lors du colloque doit être souligné. Il s'agit de mettre en évidence l'importance des nouveaux droits sociaux non liés directement aux droits des travailleurs et détachés des relations de travail, à mesure que croît la crise économique, l'exclusion sociale et l'instabilité de la situation des travailleurs. Le rapport de Laurence Gay est particulièrement éclairant sur cette évolution dans la protection des droits sociaux fondamentaux. Laurence Gay observe que ce n'est qu'avec la crise sociale que "les failles d'un système de droits dépendant d'une appartenance au salariat stable et durable vont apparaître". Le "droit au logement" ne figure pas dans les textes constitutionnels des années d'après guerre. Mais "cet apparent désintérêt ne fait que refléter les conceptions alors prédominantes en Europe. L'accent y est en effet mis sur les droits à la protection sociale. La généralisation programmée de la sécurité sociale doit protéger l'individu contre les risques sociaux et donc, lui garantir la permanence des revenus permettant de satisfaire les besoins fondamentaux de la vie, au premier rang desquels le logement." Avec la crise, émergent les notions de "nouvelle pauvreté", de "précarité" et surtout "d'exclusion": autant de termes visant "le flux grossissant de ceux qui sont éjectés de la socialisation normale par le travail

salarié et qui, en conséquence, se voient privés de la protection sociale qui y est attachée ". " La nécessité de garantir à chacun l'accès aux besoins de base en général en particulier retrouve toute son acuité. La prise en compte grandissante du logement par le droit des droits fondamentaux dans la dernière partie du 20<sup>ème</sup> siècle ne fait que traduire ces évolutions socio-économiques ".

C'est encore l'avenir des droits à l'éducation ou à un régime de pension de retraite, lorsque ces droits sociaux sont liés au salariat qui inquiète Darcy du Toit dans un système d'instabilité de la situation des salariés. Comment assurer la survie de ces protections dans des économies qui connaissent de façon croissante des opérations de concentration, de délocalisation et d' " externalisation " et de restructuration et dans lesquelles le salariat stable tend à devenir minoritaire ? Darcy du Toit montre que les textes qui prévoient la protection du contrat de travail dans ces hypothèses de transfert d'entreprises peuvent assurer une protection minimale du travailleur à travers ces changements. Mais cette protection concerne principalement le maintien du contrat de travail. Il n'est pas aussi évident que les textes assurent également une protection des droits sociaux attachés à ce contrat de travail. Darcy du Toit montre alors qu'il convient d'interpréter ces textes à la lumière des textes constitutionnels et de les améliorer après en avoir détecté les failles.

**Tobias van Reenen**, Université de Western Cape, Le Cap, Afrique du Sud

**Jean-Yves Chérot**, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille, France

Éditeurs

## Résumés des articles

**Pierre de Vos** soutient que, bien que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples soit critiquée pour ses dispositions vagues et apparemment dépourvue de force exécutoire, il s'agit d'un document sans précédent qui requiert le développement d'une compréhension plus nuancée et cohérente de la nature et de la portée des obligations relatives aux droits de l'homme qu'il contient. Au cœur de ce document se trouve la reconnaissance de l'idée d'interdépendance et d'indivisibilité des différents types de droits qui sont traditionnellement classés dans des catégories abstraites et regardés comme ayant leurs caractéristiques propres et leur propre potentiel de mise en œuvre. Ainsi, la Charte contient un ensemble de droits sociaux, économiques et culturels qui ne sont pas contenus dans un sous-ensemble distinct de la Charte ou désignés comme des principes directeurs. Tout comme la *Déclaration des droits fondamentaux* dans la Constitution Sud-africaine, la Charte organise un cadre normatif véritablement indivisible et interdépendant, abordant tous les droits de manière égale dans un même texte cohérent.

La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples instituée pour interpréter les droits contenus dans la Charte, avait souligné dans ses premiers avis que tous les droits contenus dans la Charte appellent une obligation de les mettre en œuvre immédiatement de la part des États, réaffirmant ainsi l'idée que les droits contenus dans la Charte africaine sont interdépendants et indivisibles. La Commission africaine a de plus, répété que la Charte africaine est unique en son genre et doit être interprétée à la lumière de ce caractère exceptionnel. Parce que le droit

international et les droits de l'homme doivent être analysés à la lumière du contexte africain, la Commission a souscrit à l'idée que les droits collectifs, les droits environnementaux et les droits sociaux et économiques constituent des éléments essentiels des droits de l'homme en Afrique. À la lumière de ce principe, la Commission africaine a retenu la conception adoptée par le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels, que les droits économiques et sociaux (comme tous les autres droits de l'homme) engendrent au moins quatre degrés d'obligations pour un État qui entreprend d'adhérer à un régime de protection des droits. Ces obligations incluent le devoir de *respecter, protéger, promouvoir et réaliser* les droits de l'homme. Ces devoirs s'appliquent universellement à tous les droits et imposent une conjonction d'obligations négatives et positives et chaque niveau d'obligation est indistinctement applicable aux droits en question. Bien qu'il y ait donc différents niveaux d'obligations, un niveau n'est pas plus important qu'un autre parce que tous les droits sont interdépendants et indivisibles et engendrent différents types d'obligations.

La Commission africaine a ainsi déjà aujourd'hui adopté les premières démarches audacieuses dans l'interprétation des dispositions économiques et sociales de la Charte africaine. Elle a eu recours à des méthodes innovantes pour étoffer et étayer les obligations engendrées par la reconnaissance des droits sociaux et économiques contenus dans la Charte et pour consacrer une protection de droits économiques et sociaux qui n'étaient pas explicitement inclus dans le texte de la Charte. Elle a fait bon usage des normes internationales des droits de l'homme et des travaux du Comité sur les droits économiques sociaux et culturels. Elle est en bonne position pour développer une jurisprudence originale, qui reste en accord avec les normes internationales, sur la réalisation des droits sociaux et économiques.

**Patricia Lenaghan** examine l'accomplissement probable des droits socio-économiques résultant de la croissance économique connue dans la région de l'Afrique Australe. Dans ce but elle expose brièvement les divers accords multilatéraux et bilatéraux de la région, et spécialement les accords dont l'Afrique du Sud prend partie, et ensuite elle présente un exposé des buts et des objectifs de ces instruments régionaux. Elle examine d'un oeil critique ces buts et ces objectifs dans la mesure où ces accords aient la possibilité de garantir la protection et l'accroissement des droits socio-économiques. Ces accords comprennent au niveau régional la African Growth and Opportunity Act (AGOA), la South African Customs Union (SACU) et la Southern African Development Community (SADC) aussi bien que l'Union Africaine (UA). Sur une base individuelle l'accent est mis sur les accords dont l'UE est signataire, à savoir l'Accord de Coopération de Commerce et de Développement (ACCD) aussi bien que l'accord de Cotonou dont l'Afrique du Sud est membre autorisé. Elle conclut que bien qu'il soit évident à partir des buts et des objectifs des divers instruments d'intégration et de commerce régional que le rôle permis au commerce est dominant, la protection des droits de l'homme est aussi accordée une importance. L'accord de Cotonou contient une demande détaillée pour le respect des droits sociaux fondamentaux et donne l'ordre pour des niveaux suffisants de dépense publique. Le droit de AGOA dépend de l'existence des politiques par exemple visées à

réduire la pauvreté. La Loi Constitutive de l'Union Africaine intègre la Charte Africaine et a pour but la promotion de ces droits. La SADC considère également l'avancement et la protection des droits humains pour but. De même l'ACCD entre l'EU et l'Afrique du Sud prévoit formellement pour la coopération du développement par le moyen d'assistance financière aussi bien que technique, en mettant l'accent essentiellement sur la livraison des services sociaux de première nécessité. A son avis c'est clair d'après ces objectifs que si employés et appliqués correctement les instruments de croissance économique pourraient être employés pour assurer la protection et l'accroissement des droits socio-économiques dans la région de l'Afrique Australe.

**Marie-Pierre Lanfranchi** examine la question de la protection des droits sociaux dans le cadre du commerce international. D'un point de vue légal on peut se demander si les règles du commerce international en vigueur entre les états, notamment ceux dans le contexte de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), prennent en considération la protection des droits socio-économiques. Les accords de l'OMC ne donnent pas compétence aux organes de l'OMC dans le domaine social. Cependant un certain nombre de dispositions des traités OMC mène à quelques questions, provoque des débats. L'article donne une analyse de ces dispositions et observe que ni les accords de l'OMC ni les pratiques juridictionnelles et diplomatiques ne prennent les droits socio-économiques en considération. Elle démontre en particulier que le droit de l'OMC ne prend pas en considération les procédés et les méthodes de production des biens, n'inclue pas de clause sociale. En conséquence, il paraît que le seul moyen de promouvoir les droits sociaux économiques par des mesures de commerce serait de promouvoir une interprétation différente des accords de l'OMC. Le droit de l'OMC n'est pas en effet un corps de règlements isolé. Il est un domaine du droit intégré dans le droit public international. Il est nécessaire et possible de l'interpréter en prenant en considération les normes sociales fondamentales adoptées dans d'autres instances internationales. En effet les organes judiciaires de l'OMC vont jouer un rôle essentiel à cet égard. Tout en tenant compte des exemples de litiges commerciaux récemment réglés, elle termine en disant que c'est un chemin difficile, mais qu'il est possible de le prendre.

**Kitty Malherbe** examine les systèmes de sécurité sociale dans la région de la SADC (Afrique du Sud comprise). Les gouvernements de la région de la SADC ne sont pas parvenus à une réponse unifiée pour répondre aux niveaux extrêmes de pauvreté qu'affrontent les pays dans la région. Elle met en évidence que les systèmes nationaux de sécurité sociale ont été historiquement sous-développés et sont extrêmement différents dans leur nature ce qui est le résultat de la panoplie la plus variée des situations socio-économiques et politiques que l'on rencontre dans les pays de la région.

La couverture des systèmes de sécurité sociale en Afrique du Sud, comme dans le reste de la région, est construite de manière dominante sur une assurance sociale associée au travail. Elle ne s'étend donc principalement qu'aux salariés du secteur formel disposant d'un contrat de travail. Comme dans la réalité, une proportion significative

de la population n'entre pas dans le secteur formel, soit parce qu'elle participe à des emplois " informels ", soit parce qu'elle n'est pas employée, cela conduit à l'exclusion des systèmes de sécurité sociale des personnes, sans emploi, qui travaillent en circuit fermé ou qui sont employées dans l'économie informelle, pour les faire dépendre de l'aide sociale.

**Kitty Malherbe** concentre son attention sur les droits des travailleurs migrants. Les travailleurs migrants et leurs familles sont confrontés à la fois à des problèmes d'accès à l'aide ou à l'assistance sociale et à des problèmes de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale. Elle insiste spécialement sur les problèmes dans le maintien de leurs droits acquis en matière de sécurité sociale du fait de l'absence de solutions pratiques permettant l'exportabilité de leurs droits.

Malheureusement, les mesures (à la fois bilatérales et multilatérales) destinées à encourager la libre circulation des travailleurs dans la région, et en particulier à coordonner les systèmes de sécurité sociale de telle sorte que les migrants ne soient pas désavantagés dans l'exercice de leur droit de circuler, sont actuellement limitées dans leur champ. À titre de contraste avec la situation dans la région de la SADC, en Europe, les systèmes nationaux de sécurité sont largement développés, ce qui n'a pas empêché la coordination de ces systèmes au bénéfice des travailleurs migrants dans le cadre de la construction du marché intérieur communautaire. Mais, selon l'auteur, il est peu probable qu'un système de coordination complexe tel qu'il résulte du droit communautaire européen ne soit un succès dans la région de la SADC. Si les responsables des politiques publiques devaient décider de faire des emprunts au modèle européen, ils devraient faire en sorte que les règles soient simplifiées et qu'elles soient compréhensibles de la part des gestionnaires des programmes de sécurité sociale aussi bien que de leurs bénéficiaires potentiels. Les structures européennes de coordination et leurs principes sous-jacents pourraient servir comme un point de référence utile pour des développements futurs dans la région de la SADC. Mais ici encore bien des choses devront arriver sur le front du développement économique et social avant qu'aucun plan visant à transposer le système européen dans cette région ne puisse être envisagé.

Une approche réaliste de la coordination de la sécurité sociale dans la région de la SADC peut être de concentrer les réformes juridiques et institutionnelles sur une branche de la sécurité sociale à un moment donné. La concentration de tels efforts de coordination devrait porter initialement sur l'exportabilité des prestations et sur la détermination de la loi applicable. Les dispositions du règlement n° 1408/71 peuvent être utiles comme lignes directrices pour ces mesures de coordination. Une fois que des progrès satisfaisants auront été accomplis dans la coordination d'une branche de la sécurité sociale, les efforts de coordination pourront être étendus aux branches restantes.

L'harmonisation des règles de sécurité sociale est un processus complexe, particulièrement en Afrique australe avec la diversité de ses systèmes de sécurité sociale. D'un autre côté, de nombreux pays dans la région sont, dans tous les cas, en train de réviser le contenu de leurs

systèmes de sécurité sociale. Les pays qui redéfinissent leurs systèmes de sécurité sociale pourraient baser leurs réformes sur des valeurs et des principes fondamentaux des conventions internationales sur les droits de l'homme, ce qui pourrait constituer le premier pas dans le processus d'harmonisation de la sécurité sociale dans la région.

**Darcy du Toit** examine les effets opérations de fusions entre entreprises ou d'externalisation des entreprises (spécialement nombreuses à l'ère de la globalisation) sur les droits sociaux des employés de ces entreprises. Dans un pays avec un système de sécurité sociale inadapté comme celui de l'Afrique du Sud, de nombreux employés dépendent d'avantages sociaux exclusivement liés à l'emploi, tels que les droits à pensions liés aux fonds de pension souscrits par leur entreprise et tels que les droits à l'assistance médicale. L'auteur présente le contraste entre le point de vue du *common law*, où le transfert d'une entreprise met fin aux contrats de travail et la protection donnée par l'article 197 de la loi sur les relations de travail (LRA) aux salariés qui se trouvent dans une position où les entreprises qui les emploient sont transférées. L'article 197 de la LRA, proche des dispositions qui sont prévues par le droit communautaire européen, dispose que (a) le nouvel employeur est automatiquement substitué à l'ancien employeur en ce qui concerne les contrats de travail en vigueur à la date de transfert, et (b) tous les droits et obligations entre l'ancien employeur et ses employés à la date du transfert restent en vigueur comme s'ils étaient des droits et obligations liant le nouvel employeur et les employés.

L'auteur est particulièrement intéressé par la question difficile de savoir si une externalisation des activités de l'entreprise par un contrat de sous-traitance peut être regardée comme un transfert d'entreprise au sens de l'article 197 de la LRA. En observant que la solution du problème doit être regardée à la lumière de la Constitution qui garantit à "chacun", non seulement le droit de bénéficier de conditions de travail équitables, mais aussi de bénéficier de droits socio-économiques comme l'accès aux soins médicaux, à la sécurité sociale et à l'éducation, l'auteur pose deux questions d'abord celle de savoir si les avantages comme l'aide médicale et les droits à la retraite entrent dans le champ des droits socio-économiques que la Constitution cherche à protéger dans les rapports entre particuliers et ensuite, celle de savoir, si cela a une influence sur l'interprétation de l'article 197 de la LRA en tant que disposition légale de laquelle dépend la continuation de la jouissance de ces droits par les employés.

En réponse à la première question, il suggère que l'on ne peut pas affirmer de manière générale que les droits socio-économiques sont inapplicables horizontalement. L'article avance que pour qu'un droit social constitutionnel puisse être invoqué dans les relations entre particuliers, il doit exister un lien juridique (comme un contrat) entre ces particuliers aux termes duquel une partie peut être tenue responsable de satisfaire les prétentions de l'autre.

En réponse à la deuxième question, l'auteur suggère que les dispositions de l'article 197 LRA devraient être interprétées de telle sorte



qu'elles fasse obstacle à toute limitation des droits en question, dès que ce sont des droits protégés par la Constitution. L'article 197 devrait être interprété comme incluant la transaction plutôt que le contraire. Il est avancé que le facteur constitutionnel doit être intégré dans l'équation. Des intérêts purement commerciaux ne peuvent pas prendre le dessus sur des droits constitutionnellement arrêtés.

L'auteur souligne enfin que le législateur a introduit divers mécanismes dans l'article 197 de la loi pour permettre un certain degré de flexibilité. La loi permet de modifier les conséquences du transfert d'entreprise par un accord écrit entre les parties. La négociation collective est ainsi le principal moyen de recherche d'un équilibre entre des intérêts concurrents.

**Laurence Gay** souligne que, bien que les déclarations nationales et internationales actuelles sur les droits de l'homme ont tendance à reconnaître le "droit au logement", le sens exact de telles dispositions reste une question controversée. En France, la Constitution de 1958 ne proclame pas un tel droit. Le juge constitutionnel considère cependant la possibilité qu'une personne dispose d'une forme de logement convenable comme "un objectif de valeur constitutionnelle". Cependant une telle norme sous la forme d'un simple "objectif de valeur constitutionnelle" est essentiellement interprétée comme un "but d'intérêt général". Ceci donne une base à des interventions publiques qui visent à construire des logements sociaux mais aussi à agir sur le marché particulier du logement (spécialement en contrôlant les contrats de bail, par exemple interdisant au propriétaire de terminer librement le bail ou en l'obligeant d'assurer un logement convenable). Donc l'objectif constitutionnel qui reconnaît la légitimité d'un droit d'une personne d'avoir un logement convenable ne permet pas à un demandeur de faire une demande légitime d'allocation de logement. Par contraste, en interprétant l'article 26 de la Constitution de 1996, le Tribunal Constitutionnel Sud-africain a insisté sur les obligations imposées directement à l'Etat par le droit au logement qui y est impliqué. Selon le Tribunal, l'article 26 impose l'adoption d'un programme de logement coordonné et compréhensif par l'Etat, qui doit satisfaire les besoins dans l'immédiat, ceux de moyen terme et ceux de long terme. Cette position de la cour sud-africaine est plus près du concept effectif de "droit du logement" que celle de la France. Un tel droit devrait être fondé sur la solidarité nationale, de façon à ce qu'il puisse être mis en application par l'Etat seulement. Les mesures prises en France concernant les contrats de bail sont forcément limitées: elles peuvent limiter les droits du propriétaire mais ne peuvent pas les violer. De plus, elles sont inutiles aux gens qui n'ont pas déjà de toit sur la tête. Il semble que les obligations déduites du "droit du logement" constitutionnel peuvent être remplies seulement par une intervention publique (qui consiste de donner le terrain à bâtir, le logement ou les moyens financiers pour l'habitation). Sur ce point, il y a des doutes pourtant sur la division de compétences entre l'Etat et les organes de l'Etat qui ne sont pas centraux. Cette affaire pourrait être un enjeu en droit jurisprudentiel constitutionnel en France à l'avenir.

**Kwadwo Mensah** examine ce qu'il appelle "les problèmes d'interprétation" de la loi ghanéenne. Ses discussions se concentrent sur les tentatives de trouver une façon utile à sortir des dilemmes amenés par les contradictions entre les deux théories d'interprétation qui prédominent la loi ghanéenne, notamment la théorie d'interprétation littérale (TIL) qui suggère que les documents devraient être interprétés littéralement quel que soit le résultat d'une telle interprétation, et l'interprétation basée sur les valeurs (TIBV) qui suggère une place principale pour les considérations morales et politiques dans la tâche de l'interprétation. Premièrement il discute que les problèmes peuvent être résolus seulement s'ils sont soutenus par une solide théorie de légitimité. Il fait la distinction de trois différentes versions de légitimité, à savoir la légitimité légale, la légitimité éthique et la légitimité historique. Deuxièmement il discute que la TIL qui est avancée dans les tribunaux ghanéens est vivement influencée par la doctrine de souveraineté de parlement qui est embrassée dans la théorie de constitution anglaise. Cependant il suggère que contrairement à la position ghanéenne, la légitimité de l'interprétation dans la loi anglaise n'est pas basée seulement sur la légitimité légale mais elle est fermement basée sur la légitimité historique qui reflète les valeurs de la société anglaise. Troisièmement il discute qu'à cause de la nature du régime politique typiquement africain, les tentatives d'introduire des doctrines constitutionnelles anglaises dans la politique africaine deviennent invariablement une charte de tyran – la législation de l'abus du pouvoir. Il termine en tentant de montrer pourquoi l'interprétation devrait être basée sur la TIBV qui est bâtie sur la légitimité historique acceptée par la société ghanéenne et africaine.