

Editorial

Kader Asmal, M.P.

Professor, University of the Western Cape

It is a source of great stimulation to encounter each issue of *Law, Democracy and Development*. For me, having been cut off from academic life for over a decade, it is a personal renewal to return to the academy as a member of the editorial committee of this journal, which I was only able to read in a cursory fashion while I was a minister. The high quality of articles providing a radical perspective, especially on constitutional issues, is in the best traditions of this University. This issue will not disappoint its readers.

Lawyers, as a breed, are neither reticent nor modest. Academics are less self-indulgent than the practising variety but I can recall the sense of excitement which my former university colleagues, over thirty years ago, felt when a particular statement in their text book was 'upheld' by the English High Court. This was predictably referred to in the next edition of their book.

It is therefore with some anxiety that I respond to the invitation by the editors of this issue to discuss the provenance of the Bill of Rights produced by the African National Congress. There has been a proud tradition of positing claims in the form of rights in this movement. The reader may refer to the first such document, the product of struggle, in 1923 and in 1943, a remarkable and powerful statement of human rights – African Claims in South Africa – with a comprehensive Bill of Rights, described by a US academic as 'precocious' as it anticipated by five years the provisions of the Universal Declaration of Human Rights and went beyond it on substantive issues. These, and other documents, can be found in *The Legacy of Freedom – The ANC's Human Rights Tradition*.¹

But we owe it to Albie Sachs to disclose that, when the first draft of the Bill of Rights was written in September 2001, the authors did not rely on any universal declaration, international convention or a constitution from any country, because 'a Bill of Rights should speak out from the soul the fundamental rights that belong to every human being and shouldn't be a list of items gleaned from an encyclopedia or legal dictionary or text book'.

Judge Sachs' disclosure was made in Dublin in 1997 when he delivered the Oliver Tambo Memorial Lecture under the auspices of the Ireland – South Africa Association. I had no hand or foot in this enterprise and am referring to it now for the historical record and at the invitation of the editor.

¹ Edited by K Asmal, D Chidester and C Lubisi Jonathan Ball Publishers (2005).

I have the original documents which we worked on in Dublin on my kitchen table, as a result of an invitation by Oliver Tambo that the two of us should prepare a preliminary draft, following a meeting of the Constitutional Committee of the ANC in Lusaka earlier. The Constitutional Committee was established on 8 January 1986 and its major document, which formed the basis of the subsequent negotiations, was the *Constitutional Principles for a Democratic South Africa*.

As Albie Sachs put it, 'what lawyer in the world wouldn't jump at the chance of helping write the first draft of a Bill of Rights for his or her country? It comes to few of us in a lifetime or in a century, and it so happened that Kader and I were blessed in that way by history'.

Albie suggests that I worked on the first draft of 'some areas of special interest' to me – the enforcement mechanisms and how the Bill of Rights would fit into the African Constitutional structure'. He dealt with the broad basic principles of a Bill of Rights.

The three days we spent drafting reflected our life-long interest in and knowledge of human rights. The University of Western Cape honoured me by appointing me as the first Professor of Human Rights Law in 1991, reflecting the University's optimism that the dark days of apartheid would soon end through the adoption of a floor of basic rights.

The first draft was refined by the ANC's Constitutional Committee in May 1992, following a vast number of comments received from the public. The final version of the ANC draft, adopted by the national conference in 1993 was entitled a 'Bill of Rights for a new South Africa', with its seminal provisions on affirmative action, environmental protection and non-discrimination on grounds of sexual orientation.

The 1993 draft formed the basis of the negotiations for a free South Africa. A little kitchen table in Dublin helped in its birth.

Synopsis of Articles

The articles in this issue of *Law, Democracy and Development* deal primarily with constitutionalism and human rights.

Peter Fitzpatrick, Anniversary Professor of Law at Birbeck College, University of London, provides a provocative analysis of the emergence of the 'new constitutionalism'. He argues that, in one form of new constitutionalism, one finds an explicit instrumental subordination of democracy, human rights and the rule of law to the new imperialism, that is neo-liberalism, to the market and to deregulation and privatization. This new constitutionalism is transforming core institutions of the traditional constitutional order in the direction of a technocratic state. The new constitutionalism follows the occidental template of the sovereign nation in an attempt to both ground and delimit the sovereign nation in its relation to the international. That claim enables the particular nation to assert some ultimate power over its domain. This claim to sovereignty is not seen as resistant to, or contradictory to, the subordination of tenets like democracy to neo-liberalism. The South African constitution does not escape this conundrum.

Danwood Chirwa tackles the issue of the possible horizontal application of constitutional rights from a comparative perspective, providing an informative overview of the legal position in the United States, Canada, Germany and Ireland before turning to the South African Constitution. In a world in which private actors, such as multi-national corporations, often exert enormous influence, and the human dignity of individuals is not only threatened by state action but also by action of other powerful institutions, it is no surprise that a trend has emerged to extend the protection of constitutional rights beyond the traditional horizontal sphere. In this article the author points out that even traditional constitutions, such as those of the USA and Canada, recognize that private conduct may, in certain limited circumstances, fall within the reach of constitutional rights. German constitutional jurisprudence is famous for its doctrine of *Dritt-wirkung* which has been in place for more than half a century and which has been adopted by a range of other countries. Ireland and South Africa seem to be one step ahead in that the constitutions of both of these states explicitly permit the application of constitutional rights between non-state actors. Although there has been some controversy about the exact scope of the horizontal application in the South African literature, the author concludes that this should not lead to a limited role for the constitution in private affairs and he proposes a specific understanding of the provisions of the South African Constitution in order to ensure this.

Jeremy Sarkin and **Giulia Dal Co**² seek to develop, mainly through historical and international legal analysis, a model of reconciliation and peace and security between states. This analysis adds to the developing international discourse on transitional justice that has gained momentum since the last decade of the twentieth century through the creation of a growing number of institutions (international and domestic) aimed at establishing individual criminal liability for human rights violations and reconciliation through truth commissions. The authors of this article remind us that there is also an interstate dimension to reconciliation: a dimension rooted in history and with present-day consequences relevant for international law and politics and, ultimately, for human rights and stability. This article is being published in two parts, the first part of which appeared in the previous issue of this journal.

Section 27 of the South African Constitution explicitly guarantees 'for everyone' the right of access to social security, while section 9 of the same constitution prohibits unfair discrimination on any ground, including sex and gender. **Rosaan Kruger** discusses the vexing question of whether the existing old age pension regime, which makes females eligible for state pensions at the age of 60, but males only at 65, contravenes these Constitutional provisions. She provides a comprehensive overview of the legislative history of this provision and argues that the original reasons for distinguishing between men and women in pension matters have largely fallen away. Endorsing the Constitutional Court's approach to the interpretation of social and economic rights, she argues that, if confronted

2 Part 1 of this article was published in *Law Democracy & Development* 2006(1) 10 at 69.

with this question, a court will seriously have to consider the non-discrimination concerns when determining whether the distinction between old age pension grants is a reasonable limitation on the right of access to social security. Older men who might, but for the age differentiation, have qualified for an old age pension will be particularly vulnerable because of their socio-economic status. The equality concern should, therefore, be decisive in this case and the failure of the state to provide indigent men with access to old age pensions from the age of 60 should, therefore, be viewed as unreasonable and unconstitutional.

Anthea van der Burg asks whether the treatment of undocumented foreign migrant children in South Africa conforms to the requirements posed by international law and the South African Constitution. She points to several cases in which such children were dealt with in a manner that seems deeply problematic, given the strong commitment to the protection of vulnerable groups, such as children, enshrined in the South African Constitution. She points out that South Africa has signed and ratified several international treaties which contain specific provisions protecting undocumented foreign migrant children. The Convention on the Rights of the Child and the interpretation of the Convention by the Committee on the Rights of the Child provide strong protection for such children. The African Charter on the Rights and Welfare of the Child, in some respects, offers even higher standards of protection. She also points to the strong protection of such children afforded by the South African Constitution, and by the law generally, and provides an interesting discussion of relevant case law in which officials of the relevant government department were ordered to change the way in which the department treated undocumented foreign migrant children. She therefore concludes that, while a strong legal framework is in place to protect such vulnerable children from abuse and maltreatment, problems often arise in practice when, for a variety of reasons, government officials fail to adhere to the required legal standards of treatment. Better training of officials will go a long way in addressing some of these concerns.

In our regular slot dealing with the emerging human rights jurisprudence generated by African human rights bodies, **Lim Hye-Young** and **Mianko Ramarosen** discuss some of the most important recent opinions issued by the African Commission on Human and Peoples Rights. The discussion of these opinions is of particular importance because of the recent establishment of the African Court on Human and Peoples Rights. The Court will obviously draw on the jurisprudence developed by the African Commission and it is hoped that the Court will play an important role in promoting a respect for human rights in the continent.

Éditorial

Kader Asmal, M.P.

Professor, University of the Western Cape

C'est toujours une source de stimulation de recevoir chaque numéro de *Law, Democracy and Development*. En ce qui me concerne, m'étant éloigné du monde universitaire pendant une dizaine d'années, c'est un renouvellement personnel que de revenir dans ce monde du savoir en tant que membre du comité éditorial de cette revue que je ne pouvais que parcourir rapidement lorsque j'étais encore ministre. L'excellente qualité d'articles offrant une perspective radicale, surtout en ce qui concerne les questions constitutionnelles, se place dans la lignée de la meilleure tradition universitaire. Ce numéro ne devrait pas décevoir nos lecteurs.

Les juristes, en tant qu'espèce, ne sont ni réticents ni modestes. Les universitaires sont moins nombrilistes que les juristes en exercice mais, je me souviens de l'excitation que ressentaient mes anciens collègues de l'Université, il y a plus de trente ans de cela, lorsqu'un passage d'un de leurs manuels était cité et retenu devant la Haute Cour de Justice en Angleterre. Cela était bien entendu mentionné dans l'édition suivante du dit manuel.

C'est par conséquent avec une certaine appréhension que je réponds ici à l'invitation du rédacteur de ce numéro afin de discuter de la provenance de la Charte des Droits Fondamentaux (*Bill of Rights*) écrite par le Congrès National Africain, l'ANC. Il y a toujours eu une fière tradition quant au positionnement de demandes et de revendications sous la forme de droits dans ce mouvement politique. Le lecteur peut se référer au premier document de la sorte, le produit même de la lutte, en 1923 et en 1943; un document remarquable et fort intitulé *African Claims in South Africa* (Revendications africaines en Afrique du sud) qui comprend une Charte complète des Droits qu'un universitaire américain a décrit comme « précoce » car elle anticipait de cinq ans les termes de la Déclaration Universelle des Droits de la Personne et, parce qu'elle allait plus loin sur des questions substantives. Ce document, et d'autres, peut être trouvé dans *The Legacy of Freedom—The ANC's Human Rights Tradition* (L'Héritage de la liberté – la tradition des droits de la personne de l'ANC).¹

Mais nous devons à Albie Sachs de maintenant savoir que lorsque le premier jet de la Charte des Droits fut rédigé en septembre 2001, ses auteurs ne se sont fondés sur aucune déclaration universelle, sur aucune convention internationale ou sur aucune constitution d'un pays donné parce que « une Charte des Droits doit provenir de l'âme même des droits

¹ Présenté by K Asmal, D Chidester et C Lubisi *Jonathan Ball Publishers* (2005).

fondamentaux qui appartiennent à chaque être humain et qu'elle ne devrait pas être une simple liste de points glanés dans une encyclopédie, dans un dictionnaire juridique ou dans un manuel de droit ».

La révélation de monsieur le juge Sachs fut faite à Dublin en 1997 lorsqu'il fut orateur lors de la conférence pour le souvenir d'Oliver Thambo sous les auspices de l'association Irlande / Afrique du Sud. Je n'étais pas impliqué dans cet événement et je m'y réfère maintenant pour des raisons historiques et à la demande du rédacteur.

J'ai en ma possession les documents originaux sur lesquels nous avons travaillé à Dublin sur ma table de cuisine comme résultat d'une invitation d'Oliver Thambo que nous deux devions préparer un jet préliminaire à la suite d'une réunion du comité constitutionnel qui s'était tenue à Lusaka un peu plus tôt. Le comité constitutionnel avait été établi le 8 janvier 1986 et le document le plus important qu'il ait produit, et qui a formé le fondement des négociations constitutionnelles, a *Constitutional Principles for a Democratic South Africa* (Principes constitutionnels pour une Afrique du Sud Démocratique).

Comme Albie Sachs l'exprime, « quel(le) juriste ne sauterait sur la chance d'aider à rédiger le premier jet d'une Charte des Droits Fondamentaux pour son pays ? Cela n'arrive qu'à peu d'entre-nous dans notre vie ou même dans un siècle; il se trouve que Kader et moi-même furent des privilégiés d'entrer ainsi dans l'Histoire ».

Albie suggère que j'ai travaillé sur le premier jet concernant «certaines champs d'intérêt» qui m'étaient chers: l'application des mécanismes et la manière dont la Charte des Droits s'intégrerait dans la structure constitutionnelle africaine. Il s'est occupé des principes généraux de base de la Charte.

Les trois jours que nous avons passés à rédiger la proposition a démontré l'intérêt et le savoir d'une vie dans le domaine des droits humains. L'Université du Cap Occidental m'a fait l'honneur de me nommer professeur en droit de la personne en 1991, ce qui était une réflexion de l'optimisme de l'université que les années noires de l'apartheid seraient bientôt derrière nous grâce à l'adoption d'un éventail de droits de base.

La première proposition fut raffinée par le comité constitutionnel de l'ANC en mai 1992 à la suite d'un grand nombre de remarques et de commentaires émanant du grand public. La version finale de la proposition de l'ANC, adoptée par la conférence nationale en 1993, fut intitulée *Bill of Rights for a new South Africa* (Charte des Droits pour une Nouvelle Afrique du Sud) comportant des articles séminaux sur la discrimination positive, la protection de l'environnement et la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

La proposition de 1993 a formé la base des négociations pour une Afrique du Sud libre. Une petite table de cuisine à Dublin aida à sa naissance.

Résumés des articles

Les articles dans ce numéro de *Law, Democracy and Development* s'intéressent principalement au constitutionnalisme et aux droits de la personne.

Peter Fitzpatrick, Professeur de droit à Birbeck College, Université de Londres, nous offre une analyse ferme sur l'émergence du « nouveau constitutionnalisme ». Il argue du fait que dans une forme du nouveau constitutionnalisme, on y trouve une subordination instrumentale de la démocratie, des droits de la personne et de la loi au nouvel impérialisme qu'est devenu le néolibéralisme dans des aspects tels que la loi du marché, la dérégularisation et les privatisations. Ce nouveau constitutionnalisme suit le modèle occidental de la nation souveraine en tentant à la fois de bloquer et de délimiter la nation souveraine dans ses relations avec l'extérieur. Cela permet à une nation donnée d'exercer un pouvoir entier sur son domaine. Cette souveraineté n'est pas vue comme résistante, ou contradictoire, à la subordination de valeurs comme la démocratie au néolibéralisme. La constitution sud-africaine n'échappe pas à cet état de fait.

Danwood Chirwa se penche sur la question d'une possible application horizontale des droits constitutionnels dans une perspective comparative en offrant une vue d'ensemble de la position juridique aux Etats-Unis, au Canada, en Allemagne et en Irlande avant de s'intéresser à la constitution sud-africaine. Dans un monde dans lequel les acteurs privés telles que les compagnies multinationales exercent une influence énorme et que la dignité humaine est non seulement menacée par les actions de l'Etat mais aussi par celles d'entités puissantes, il n'est pas étonnant qu'une tendance se soit affirmée quant à l'extension de la protection des droits constitutionnels au-delà de la sphère horizontale. Dans cet article, l'auteur fait remarquer que même les constitutions traditionnelles des Etats-Unis et du Canada reconnaissent que les conduites privées peuvent, de manière limitée, tomber dans le champ constitutionnel. La jurisprudence constitutionnelle allemande est connue pour sa doctrine du *Drittwirkung* qui est en place depuis plus d'un demi-siècle et qui a été adoptée par une variété d'autres pays. L'Irlande et l'Afrique du Sud semblent être en avance dans ce domaine car les constitutions de ces deux états permettent explicitement l'application des droits constitutionnels entre deux acteurs non-étatiques. Bien qu'il ait existé une controverse sur l'étendue exacte de l'application horizontale dans les revues sud-africaines spécialisées, l'auteur de cet article conclut en affirmant que cela ne devrait pas mener à un rôle limité de la constitution dans les affaires privées et, il propose une compréhension spécifique des termes de la constitution sud-africaine afin de s'assurer de cela.

Jeremy Sarkin et Giulia Dal Co² cherchent à développer, principalement par l'analyse historique et juridique internationale, un modèle de réconciliation, de paix et de sécurité entre les états. Cette analyse s'ajoute au discours international qui est en train de se développer en ce qui concerne la justice de transition, concept qui a pris de l'essor depuis la dernière décennie du vingtième siècle grâce à la création d'un nombre croissant d'institutions (internationales et locales) ayant pour but d'établir la responsabilité criminelle dans les cas de violations des droits de la personne et par l'établissement de commissions pour la vérité. Les auteurs de cet article nous rappellent qu'il existe également une dimension

2 La partie 1 de cet article a été publiée dans *Law Democracy & Development* 2006 (1) 10 -9.

inter-états en ce qui concerne la réconciliation; il s'agit d'une dimension enracinée dans l'histoire et, de nos jours, tout à fait appropriée au droit international et à la politique mondiale et, par extension, aux droits de la personne et à la stabilité. Cet article est publié en deux parties; la première partie ayant été publiée dans le numéro précédent de notre revue.

La section 27 de la constitution sud-africaine garantit explicitement « à toute personne » le droit d'accès à la sécurité sociale et la section 9 de la même constitution interdit la discrimination liée au sexe d'une personne. **Rosaan Kruger** pose de nouveau la question embarrassante de savoir si le régime actuel des retraites qui offre aux femmes de 60 ans une retraite d'état mais qui ne l'offre qu'aux hommes âgés de 65 ans, n'est pas en contravention des termes de la constitution. Elle nous offre une vue d'ensemble très complète sur l'histoire législative de ces termes et argue du fait que les raisons originelles quant à la distinction entre hommes et femmes dans les questions de retraites, n'existent plus vraiment. Acceptant l'approche du Conseil constitutionnel sud-africain en ce qui concerne l'interprétation des droits sociaux et économiques, elle affirme que si un tribunal devait être confronté à ce type de question, il devrait considérer sérieusement le concept de non-discrimination afin de déterminer si la distinction d'âge qui existe dans le régime actuel des retraites constitue une limitation raisonnable au droit d'accès à la sécurité sociale. Des hommes âgés qui auraient pu recevoir une retraite, si ce n'était pour la différenciation d'âge, seraient particulièrement vulnérables à cause de leur statut socio-économique. L'idée d'égalité devrait, par conséquent, être décisive dans ce cas et, l'incapacité de l'Etat d'offrir à des hommes indigents une retraite à 60 ans devrait alors être considérée comme inacceptable et anticonstitutionnelle.

Anthea van der Burg se demande si le traitement des enfants étrangers sans papiers en Afrique du Sud se conforme aux conditions posées par le droit international et par la constitution sud-africaine. Elle fait référence plusieurs cas dans lesquels on s'est occupé de tels enfants d'une manière qui semble extrêmement problématique lorsque l'on considère le fait que la protection des groupes vulnérables, dont les enfants font partie, est inscrite dans la constitution. Elle rappelle que l'Afrique du Sud a signé et ratifié plusieurs traités internationaux qui contiennent des termes spécifiques quant à la protection des enfants étrangers sans papiers. La Convention sur les Droits de l'Enfant et l'interprétation de cette Convention par le comité pour les Droits de l'Enfant affirme fortement la protection de tels enfants. La Charte africaine pour les Droits et le Bien-être de l'Enfance offre, d'une certaine manière, des normes de protection encore plus importantes. L'auteur fait également remarquer que la constitution sud-africaine et la loi en général protègent énormément de tels enfants. Elle nous propose une discussion intéressante sur des cas précis dans lesquels on a ordonné à des fonctionnaires de ministères de changer la manière dont ils traitaient des enfants sans papiers. Elle conclut par conséquent, que bien qu'un cadre juridique soit en place afin de protéger des enfants si vulnérables d'abus et de maltraitance, des problèmes se posent souvent dans la pratique lorsque pour une variété de raisons des fonctionnaires ne respectent pas les normes juridiques en ce qui concerne le traitement des

enfants. Une meilleure formation des fonctionnaires aiderait à régler certains de ces problèmes.

Dans notre partie habituelle s'intéressant à la jurisprudence émergente dans le domaine des droits de la personne qui émane d'organisations africaines pour la défense de ces droits, **Lim Hye-Young** et **Mianko Ramarosen** se penchent sur certaines des opinions récentes les plus importantes émises par la Commission africaine pour les Droits des Peuples et de la Personne. La discussion de ces opinions est particulièrement importante à cause de l'établissement récent d'une Cour africaine pour les Droits des Peuples et de la Personne. Cette cour va évidemment utiliser la jurisprudence développée par la Commission africaine et on espère que cette cour jouera un rôle important dans la promotion du respect des droits de la personne sur le continent africain.