

Éditorial

Des sujets très divers sont traités dans cette édition de *Law Democracy and Development*, depuis les principes de transfert des enfants par le procédé d'adoption à l'échelle internationale jusqu'à la tentative de compromis entre l'intérêt de sécurité de l'hypothécaire et celui du propriétaire. La diversité des sources de la loi, traitée dans ces articles est remarquable, y compris le African Commission on Human and People's rights, la Constitution Sud-Africaine, les conventions internationales sur les droits des enfants, la loi nationale, et les décisions de la Cour Constitutionnelle de l'Afrique du Sud et de la Cour Suprême d'Appel aussi bien que d'autres cours en Afrique. Les règles qui guident ces lois et qui en sortent sont examinées de près dans ces articles. De plus, il y a des articles de nature essentiellement théorique.

La diversité des articles dans cette publication reflète une nouvelle phase dans le progrès de *Law Democracy and Development*. Alors que dans les dix premières années le journal produisit des éditions à thème spécifique, souvent venant d'articles présentés dans une conférence ou autre événement, il reçoit aujourd'hui des soumissions d'un grand nombre d'universitaires et de chercheurs en Afrique du Sud et en Afrique. Ceci est un développement positif sur lequel les éditeurs de ce journal ont l'intention de bâtir à l'avenir. Le nombre d'articles reçus de l'extérieur fait particulièrement plaisir et on espère que le nombre de contributions continuera à augmenter....

SOMMAIRE DES ARTICLES

Lilian Chenwi traite la nécessité d'une approche au logement qui porte sur les besoins spéciaux. Il y a des millions de personnes en Afrique du Sud qui n'ont pas accès au logement satisfaisant. Parmi ceux-ci il y a des individus et des ménages qui ont besoin d'une approche spéciale au logement pour les aider à s'occuper de leur besoin spécial. L'Afrique du Sud a été acclamée pour ses lois progressives de logement, sa jurisprudence, sa politique et ses programmes. Cependant un examen de la politique du logement qui approche le besoin du logement spécial montre que l'environnement de la politique dans ce domaine est mal développé et est certainement insuffisant pour les besoins de ceux qui ont des besoins spéciaux. Il pourrait se faire qu'elle n'ait pas été conçue pour le logement spécial. Prenant en considération qu'il y a une base légale et socio-économique pour le logement spécial, l'auteur arrive à la conclusion que l'absence d'une politique compréhensive et cohérente sur le logement spécial au niveau national aussi bien que dans les provinces où elle n'existe pas, constitue une violation de prime abord du droit à l'accès au logement satisfaisant. Pour retirer ceux qui ont besoin de logement spécial du marasme d'abandon, l'auteur recommande au gouvernement national et au gouvernement provincial de développer et de mettre en application une

politique juste, compréhensive et cohérente pour le logement spécial.

Usha Jivan explore la nature du discours légal sur l'égalité, en particulier l'égalité homosexuelle, et illustre comment ce discours a traversé des sites qui peuvent être classés comme condamnation, compassion, tolérance et célébration. La plupart de la discussion est sur le progrès en apportant les relations du même sexe dans le domaine des dispositions réglementaires. En Afrique du Sud, le discours légal sur l'égalité des gays et des lesbiennes dans les trois premiers sites a été largement un succès et il reste la dispute sur le site de célébration. Dans l'ère avant la démocratie, la question d'homosexualité était traitée d'une manière sévère. Depuis l'introduction de la nouvelle Constitution, de nouvelles voix de la loi et de la cour, en particulier, ont donné la protection aux relations individuelles par une série de cas. Y compris des demandes de légalisation des rapports sexuels entre hommes, des demandes de permettre aux partenaires d'un même sexe d'être traités comme époux pour obtenir un permis de résidence en Afrique du Sud, l'adoption des enfants, les bénéfices de l'assurance médicale, les pensions, l'assurance contre les accidents de la route, la fécondation *in vitro*, et l'héritage. Dans tous ces cas, la cour a été compatissante et a toléré les partenariats d'un même sexe où de tels couples se sont conduits de la même façon que les gens dans un mariage hétérosexuel. C'est la raison pour laquelle la cour a reconnu une longue histoire de discrimination contre les gays et les lesbiennes dans la loi et dans la société en général. De profonds changements ont eu lieu dans notre loi en la forme de demandes au droit du mariage des personnes d'un même sexe comme un moyen de célébrer leur union. La loi Civil Union Act de 2006 fut adoptée à cause de cela, elle assure la célébration solennelle et l'enregistrement des union civiles, *soit par un mariage soit par un partenariat civil, entre deux personnes*. Cependant l'auteur est de l'avis que la Loi n'est pas plus qu'une tentative d'apaiser le mouvement gay et lesbien en leur permettant d'appeler leur union un mariage s'ils le veulent. En trouvant un compromis, la solution n'arrive pas à la vraie célébration et donc égalité complète.

Anel Boshoff cherche à explorer la tension entre la réaction de la loi au soi-disant 'mal' évident, d'un côté, et son engagement dans une nouvelle 'direction morale et éthique que la nation a identifiée pour l'avenir' (par le juge Mahomed dans *S v Makwanyane*), de l'autre. Le point de départ est que n'importe quelle réflexion sur cette position paradoxale a besoin d'une perspective rigoureuse et critique sur l'emploi du concept 'éthique'. Le concept moderniste/métaphysique d'éthique – liant 'quoi faire' avec 'ce qu'on sait' est problématique en ce qui concerne la critique de subjectivité de Derrida et la distinction de Laclau entre l'éthique et la moralité, ainsi plaçant les actes éthiques au singulier, dans les situations sans précédent et qu'on ne peut répéter de la vie individuelle. L'éthique d'altérité, associée à Levinas, est examinée d'un œil critique en ce qui concerne la déclaration de Badiou que la dominance de l'autre est entièrement liée à un axiome religieux. Dans un discours sans piété, ('la religion décomposée' de Badiou), les théories et les stratégies comme 'la reconnaissance/ le respect de l'autre', 'l'éthique de la différence' et 'le multiculturalisme' sont diluées et deviennent en fin de compte dénuées de sens. Le plus souvent ça arrive à être une stratégie hypocrite

pour conserver la réflexion d'identité et pour rester dans le cadre théorique qui peut seulement faire face à l'autre assimilé ou 'bien'. En retournant au dilemme de la cour avec 'le mal' – soutenir des relations non-violentes avec quelqu'un de violent- nous rappelle que quelle soit la difficulté, on ne peut pas éviter d'agir et malgré une critique rigoureuse, on ne peut pas continuer sans idée et concept. Les dispositions des règles d'éthique demandent cependant la suspicion et demande qu'on soupçonne qu'après un certain point toute bonne idée devient inflexible et, à la fin répressive. En constamment re-imaginant nous-même et notre monde, nous avons besoin d'une éthique qui se méfie de tout le monde qui veut sauver le monde- tout le monde qui veut nous sauver et nous donner une fondation.

D'après **Jeannie van Wyk**, l'aménagement du territoire et les problèmes de l'environnement n'existent pas et ne peuvent pas exister indépendamment les uns des autres. Il y a beaucoup d'exemples de développement envisagé où ces deux questions sont pertinentes pour prendre la décision de permettre ou non le développement. En Afrique du Sud de différentes lois formulent les différents procédés pour obtenir la permission de continuer avec un développement envisagé. Le résultat est l'incertitude en ce qui concerne la loi et les procédés qui s'appliquent à un cas particulier. En face des différents textes de loi sectoriels aussi bien que des différents procédés qui en résultent et des autorités qui doivent s'occuper des applications , on se demande si ce n'est pas désirable de faire une enquête sur l'impact du développement sur la partie de l'environnement dans le procédé du planning du développement en entier. Quelques unes des lois qui règlent les aspects du développement et de l'environnement ont été examinées. Les différents procédés sont formulés et on donne une indication sur quelles autorités sont concernées. Des aspects de gouvernement coopératif sont effleurés et une vision pour l'intégration est présentée. La conclusion est qu'une approche intégrée et holistique qui harmonise tous les procédés de planification et les institutions est préférable à une approche sectorielle fragmentée, qui est largement suivie à présent. Une telle approche intégrée pourrait faire partie de la planification intégrée du développement.

Julia Sloth-Nielsen et Benyam Mezmur donnent une discussion détaillée sur la décision de la Cour Suprême d'Appel (CSA) dans *De Gree v Webb* (2007) SCA87 (RSA), dans laquelle ils examinent les principes fondamentaux qui s'appliquent au transfert international des enfants par le procédé d'adoption, ils dissèquent le rôle de la Cour en mettant à exécution le traité d'obligation produit par la ratification de l'Afrique du Sud, de la Convention de la Haye sur la Protection des Enfants et la Coopération en Matière d'Adoption Internationale (1993) (ci-après la Convention de la Haye) et déterminent la convenance d'une demande de tutelle à la Cour Suprême pour effectuer les premiers pas vers une adoption internationale. Ils discutent que les jugements de minorité jugent mal la nature des principes de la Haye et leur analyse raisonnée fondamentale jusqu'à un certain point, et de plus, même les jugements de majorité n'expliquent pas complètement les raisons pour lesquelles le prétendu conflit avec les provisions de la loi internationale rend l'emploi des procédés de tutelle nul pour effectuer une adoption internation-

ale. Ils soutiennent que l'accomplissement du principe de subsidiarité, quoiqu'en restant au cœur du cadre de la loi internationale établie dans l'Article 21 de CRC et dans l'Article 24(b) de ACRWC, fut exagéré dans les jugements de minorité, au détriment d'autres principes couvrant l'adoption internationale. Ils terminent en disant que l'acte d'accorder le statut légal de parent à un futur parent adoptif par un ordre de tutelle viole les principes constitutionnels fondamentaux et les considérations de la politique, et d'autoriser cette avenue, même temporairement jusqu'à la promulgation du Children's Act 38 de 2005 rend ceci illégal, n'est pas nécessaire et est injustifié.

Lee Steyn discute qu'il devrait avoir une tentative de compromis entre l'intérêt de sécurité de l'hypothécaire et celui du propriétaire parce que la Cour Constitutionnelle, dans le cas de *Jaftha v Schoeman and Others; Van Rooyen v Stoltz and Others* (2005 (2) sa 140 (CC) a cassé le jugement de la vente du bien immobilier des appelant sur le fait que, dans les circonstances, il revenait à une violation injustifiable de leur droit d'avoir accès au logement adéquat, protégé par la section 26 de la Constitution. Suite à ceci, un nombre de cas rapportés ont traité le problème, si oui ou non, la vente du bien immobilier hypothéqué constitue une violation des droits de la section 26, du débiteur hypothécaire et, si oui, si une telle violation est justifiée en terme de la section 36 de la Constitution. L'auteur cherche à tracer les développements qui se rapportent, et qui aboutissent à ces décisions rapportées. L'auteur cherche aussi à mettre l'accent sur la nécessité d'énoncer des principes appropriés, des règles et procédés à suivre, quand un créancier hypothécaire cherche à faire vendre le logement d'un débiteur hypothécaire défaillant, de façon à apporter un cadre plus clairement défini dans lequel on peut trouver le juste milieu entre l'intérêt de sécurité de l'hypothécaire et celui du propriétaire. Une prévision insuffisante pourrait aboutir à une réticence de la part des créanciers hypothécaires potentiels de financer et ceci pourrait bien créer le même 'poverty trap' (situation d'une personne assistée qui perd toutes ses aides dès qu'elle gagne un peu d'argent.) que la Cour Constitutionnelle a cherchée d'éviter dans le cas de *Jaftha*.

Lesala Mofokeng discute en détail la définition de pluralisme légal, qui d'après lui veut dire la même chose que 'la diversité légale'. Il discute que bien que tout le monde ait le droit de la liberté de religion sous la section 15 de la Constitution, cette section n'accorde pas aux gens la liberté de pratiquer leur religion, comme les gens auraient compris ce droit. En d'autres mots la clause liberté de religion devrait être interprétée d'une façon qui garantirait aux communautés linguistiques et religieuses le droit d'avoir leurs affaires de droit privé réglé en accordance avec la loi personnelle de leur choix, à condition qu'il n'y ait pas de conflit avec l'esprit et les valeurs de la Constitution. L'auteur termine avec une analyse comparative du système légal étranger de façon à identifier un modèle convenable pour incorporer le pluralisme légal dans la loi sud-africaine.

Ebenezer Durojaye considère la décision de la cour Nigérienne dans le cas de *Festus Odiafe and ors and the Attorney General and ors* qui concerne le droit des prisonniers à l'accès au traitement VIH en Nigérie. Ce cas est le pre-

mier cas décidé sur le SIDA/VIH du pays. Dans l'article il dit que tandis que la cour fut proactive en décidant que le manque des employés de la prison de fournir le traitement aux demandeurs qui sont VIH positifs fut une violation de l'article 16 de l'Acte Africain, la cour manque de maintenir le même élan en ce qui concerne la question si l'acte des employés est une discrimination sous la loi Nigérienne. De même , l'auteur discute que le manque de la cour d'explorer les principes et le niveau de la loi internationale et de considérer les décision des autres pays du Commonwealth comme aides, en arrivant à une décision, est une inadvertance et ainsi une faute de la part de la cour.

Discussion du Forum

Waruguru Kaguongo discute des problèmes soulevés des décisions transmises par le African Commission on Human and Peoples' Rights in 2004. Un total de 12 communications fut considéré en cette année avec sept décidés sur la valeur. C'est remarquable que la première communication entre états fût publiée en 2004. Cet article est divisé en deux sections, les questions implicites dans la détermination de la recevabilité et celles soulevées de la considération de valeur. Pour la recevabilité, le critère considéré le plus souvent est le besoin d'épuiser les remèdes locaux. En déterminant la conformité avec ce critère, la Commission fait preuve de cohérence avec la jurisprudence précédente. L'épuisement de remèdes locaux a tendance à

prendre de l'ascendant sur le critère en termes de combien de fois il a fait soulever la considération, et sa profondeur, par la Commission. La Commission manque de prendre la chance présentée par le soulèvement d'autres critères pour plus élaborer sur leur application. Sur la valeur, les communications soulèvent les problèmes se rapportant à l'évidence et le manque de cohérence sur la manière dont ils affectent les décisions ; la limitation des droits ; le rôle de la Commission contre les juridictions nationales ; les garanties de jugement justes ; l'interprétation de traités internationaux et la capacité administrative de la Commission et son effet sur les décisions. L'article analyse le raisonnement de la Commission et son traitement de ces problèmes.