

# Éditorial

---

Il n'y a pas de paix sans développement. Cette déclaration puissante, faite une fois par l'ancien Président cubain Fidel Castro pendant une conférence du Mouvement des Pays Non-Alignés, a été répétée si souvent qu'elle est devenue presque banale. Pourtant elle continue à saisir un des principaux défis auxquels le continent africain, y compris L'Afrique du Sud doit faire face. Et toutes les questions de longue date restent : quoi exactement est-ce que le développement entraîne ? Développement de quoi, d'après qui ? Et qu'est-ce que nous sommes prêts à céder de façon à arriver à nos buts de développement ?

Cette édition de *Law, Democracy and Development* examine un nombre de questions pertinentes à ce thème qui, ensemble, offrent un point de vue à aspects multiples sur la voie possible pour le développement. Ceci comprend la question de droits de participation publique bien établis dans la constitution, la possibilité d'utiliser la loi Sharia pour faire avancer les droits de l'enfant dans la loi internationale, et le développement d'un cadre de droits de l'homme pour entraîner le dynamisme culturel sans être la cause de violation inutile du droit qu'un individu possède de pratiquer sa culture. En effet, un thème à travers plus d'un article est la façon dont la culture et le développement agissent l'un sur l'autre et la question comment ces deux aspects de la vie sociale pourraient coexister en symbiose.

Ce numéro de *Law, Democracy and Development* contient aussi la première partie de ce qu'on prévoit devenir un article de fond régulier- un article sur un thème d'importance majeure à la constitution, dans une langue indigène africaine, accompagné du texte en anglais. L'article est en xhosa cette fois-ci (résumé ci-dessous). C'est le résultat d'un projet passionnant lancé en 2008, nécessitant la nomination d'un étudiant assistant chercheur qui parle une langue africaine, pour faire des recherches et rédiger un tel article, avec l'aide et sous la supervision du personnel académique de la Faculté. Non seulement cette aide devrait encourager une culture de recherche, et de capacité de recherche chez les étudiants ; nous considérons ceci comme une petite contribution au développement de la littérature juridique dans les langues indigènes de l'Afrique du Sud. Inutile de dire que toutes les contributions des lecteurs pour faire avancer ce projet- par exemple sous forme de commentaire – seront très appréciées.

Nous examinons maintenant les articles dans l'ordre de la publication. **Nqosa L Mahao** a préparé le terrain en argumentant que le concept de l'état constitutionnel a pour genèse l'évolution de la constitutionnalité en Europe. Ses éléments essentiels- la séparation constitutionnelle de la justice et du pouvoir, la séparation du pouvoir, l'indépendance du système judiciaire – sont nés d'un programme spécifique qui contrôle ceux qui ont le pouvoir politique et qui construit un état basé sur des fondations libérales, qui jouerait un rôle limité

dans les affaires sociales. Pendant le vingtième siècle cette idéologie fut considérablement inversée avec le développement de la notion d'une large assignation donnant à l'état le droit de s'accorder avec l'égalité officielle et positive. L'auteur argumente que cette tendance, qui a enrichi le projet démocratique, fut la principale victime de la mondialisation. La mondialisation a redéfini le rôle de l'état dans les pays en voie de développement au détriment de la souveraineté populaire, en affaiblissant sa mission de fournir les biens publics et son rôle de médiatrice de la justice sociale. Dans ce contexte, on suggère que la démocratie est réduite à un peu plus que des rites de procédure électorale. Pour combattre ces tendances, l'article recommande un nombre de réformes : la constitutionnalité des éléments de participation directe du public dans certains domaines de la vie publique pour renforcer le gouvernement représentatif ; la surveillance du progrès des gouvernements en effectuant le rapprochement entre les droits civils et politiques d'un côté et les droits socio-économiques de l'autre ; faire les tribunaux devenir plus activistes pour faire respecter le bien public ; et, finalement la révision du modèle constitutionnel, emprunté de Westminster, qui est devenu institutionnalisé dans beaucoup de pays pour assurer la surveillance effective parlementaire des exécutifs.

Sur la scène internationale, **Cephas Lumina** fait la critique du rôle de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Dans les récentes années, on note que le programme de libéralisation du commerce, son manque de responsabilité perçu et son insensibilité envers les droits de l'homme, a attiré une critique intense. Il a été affirmé, entre autres, que les clauses des accords de l'OMC en ce qui concerne le commerce agricole et la propriété intellectuelle ont des conséquences directes sur la capacité des gouvernements de remplir leurs obligations de droits de l'homme envers leurs citoyens. Inversement, ceux qui appuient l'OMC disent qu'en développant le commerce mondial l'organisation aide à élever le niveau de vie. Tandis qu'il soit généralement accepté que le commerce joue un rôle important dans l'amélioration des moyens d'existence, certaines études indiquent que la libéralisation du commerce n'a pas nécessairement produit ce résultat pour plusieurs membres de l'OMC. Cet auteur évalue ces affirmations de la perspective des droits de l'homme et examine la relation entre le commerce, les droits de l'homme et le développement. L'analyse est divisée en deux parties. La première partie, publié dans ce numéro de *LDD*, prépare le terrain en faisant l'historique et en décrivant les fonctions de l'OMC; elle discute des liens entre la libéralisation du commerce, les droits de l'homme et le développement; et elle fait une évaluation des obligations de l'OMC envers les droits de l'homme. Elle note que la plupart des membres états de l'OMC ont assumé des obligations légales par ratification d'un ou de plusieurs traités universels fondamentaux des droits de l'homme et qu'ils y restent engagés, et arrive à la conclusion en suggérant que le programme de libéralisation de commerce de l'OMC devrait être plus proche des droits de l'homme. La seconde partie qui sera publiée dans le prochain numéro de *LDD*, examinera les implications des droits de l'homme de deux accords controversés de l'OMC : L'Accord des Aspects de la Propriété Intellectuelle Liés au Commerce et l'Accord Agricole.

**Jamil Ddamulira Mujuzi** examine l'aspect pratique de la mise en application des droits de l'homme en Afrique. Au moment de ratifier le Protocole de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Individus sur les Droits de la Femme en Afrique (« le Protocole »), il explique que l'Afrique du Sud fit plusieurs réserves conventionnelles et déclarations d'interprétation. Les réserves conventionnelles ayant rapport à l'Article 4(2)j, qui traite de l'imposition de la peine de mort pour les femmes enceintes et les mères qui allaitent ; l'Article 6(d) qui traite de la déclaration des mariages coutumiers ; et l'Article 6(h), qui traite de la nationalité des enfants nés de parents étrangers. Les déclarations d'interprétation ayant rapport à l'Article 1(f), qui définit « la discrimination contre les femmes », et l'Article 31, qui traite de la question si la Constitution de L'Afrique du Sud donne une protection plus favorable aux droits de l'homme que le Protocole. Dans le contexte d'une discussion générale au sujet de réserves conventionnelles et de déclarations d'interprétation de la loi internationale, l'auteur examine les conséquences légales des réserves conventionnelles et des déclarations d'interprétation du Protocole par L'Afrique du Sud. La réserve conventionnelle de l'Article 6(d), il suggère, est en conflit avec les obligations du traité international de l'Afrique du Sud sous le Protocole en ce qui concerne le mariage des enfants filles et la déclaration d'interprétation de l'Article 1(f) est vague. Cependant, l'article souligne que les autres réserves conventionnelles et déclarations d'interprétation augmentent la protection des droits de la femme en Afrique du Sud. Plusieurs recommandations sont faites sur la façon dont l'Afrique du Sud pourrait mieux se conformer à ses obligations sous le Protocole.

'**Dejo Olowu** examine une différente dimension au processus de développement : la religion et ses conséquences socio-économiques. Il observe qu'il y a eu une croissance visible dans le nombre d'auteurs occidentaux et non-occidentaux qui explorent les liens possibles entre la théorie juridique islamique et la philosophie internationale des droits de l'homme. L'article se concentre sur les aspects de la théorie juridique islamique qui traite les droits de l'enfant et, plus particulièrement, le potentiel de cette théorie pour renforcer la compréhension théorique des droits de l'enfant dans le contexte international des droits de l'homme. En traitant ces problèmes généralement, il évalue la compréhension juridique islamique des droits de l'enfant à naître en certain détail, quoique sans se laisser entraîner dans le débat si un enfant à naître est ou n'est pas un être humain. Il argumente que la *Sharia* comprend non seulement la loi mais aussi la religion et l'éthique, offrant alors une approche multidimensionnelle qui couvre la personnalité entière de l'enfant. D'ailleurs l'Islam pourvoit des sanctions pénales exécutoires aussi bien que des mesures religieuses et sociales pour avancer la protection de l'enfance. Il arrive à la conclusion que la loi islamique contient d'amples provisions qui peuvent renforcer l'appui donné à la promotion et à la protection des droits et des intérêts des enfants.

Pendant la Conférence Annuelle en Commémoration de Dullah Omar, reproduite ici avec la permission du Community Law Centre, **l'Archevêque Honoraire Desmond Tutu** réfléchit à « L'Etat de notre Démocratie ». Le discours commence par une brève historique du passé dont l'Afrique du Sud

a hérité et donne le ton à la critique qui suit. Il met l'accent sur certaines épreuves héritées du passé, et qui pourraient être de « mauvaise augure » à l'avenir, si on ne s'occupe pas d'elles.

Pendant on tire la conclusion que « [nous] avons un pays merveilleux avec des capacités immenses ».

Le Thème choisi pour notre premier article en langue xhosa est lié au thème de la discussion par le Professeur **Mahao** (ci-dessus). Dans un début éclatant, **Linda Nyati** examine le devoir de faciliter la participation du public dans les procédés législatifs des sections 59(1) (a), 72(1) (a) et 118(1) (a) de la Constitution. L'article montre que ce problème est à propos des citoyens de ce pays qui se collètent avec le fonctionnement intérieur du décret démocratique. L'auteur fait une analyse critique du jugement de la Cour Constitutionnelle du procès *Merafong Demarcation Forum & Others v The President of the Republic of South Africa*.<sup>2</sup> Après une brève enquête de l'historique du "droit" en question, et prenant compte des aspects représentatifs et participants de la constitution de notre démocratie, l'article examine si les mesures prises par les tribunaux sont efficaces pour assurer que les organismes législatifs remplissent complètement leur devoir pour faciliter une participation significative pour tous les citoyens. Il arrive à la conclusion que « l'approche minimaliste à la participation du public » adoptée par le tribunal dans ce cas « a créé un interstice assez grand pour laisser passer comme raisonnable une loi importante qui a des conséquences graves pour le public. Etablir un si mauvais niveau veut dire que le pouvoir de regard de la Haute Cour sur les activités des tribunaux subalternes du gouvernement est inefficace. »

Finalement, **Amos Adeoye Idowu** reflète sur la coutume culturelle très controversée qui continue à avoir un grand effet sur les droits de la femme à l'égalité, l'intégrité physique, la dignité et la vie privée: la mutilation des organes génitaux chez la femme (l'excision). Il argumente qu'un des plus grands paradoxes dans plusieurs nations, est le contraste croissant entre le grand succès dans la lutte contre la violation des droits de l'homme d'une part et de l'autre, l'insistance instinctive des personnes sur l'identité socio-culturelle conservatrice. Il se concentre sur la Nigeria et note le refus des personnes, de plusieurs groupes ethniques, de se dégager de la coutume de différentes formes d'excision – une coutume qui continue malgré beaucoup de campagnes qui l'opposent à cause des nombreux risques pour la santé aussi bien que les accords internationaux et les lois domestiques qui la rendent criminelle. L'article vise à analyser les faits responsables pour sa persistance et à évaluer son effet sur les droits fondamentaux de la femme et de l'enfant de sexe féminin. En pesant les différents arguments, il arrive à la conclusion que la loi devrait non seulement infliger une peine mais doit être aussi accompagnée par l'éducation de toutes les parties intéressées. On argumente « qu'il pourrait être nécessaire de considérer les facteurs fondamentaux qui rendent certaines personnes si protectrices de leur culture qu'elles essaieraient de la garder dans sa forme originale même si elle signifie la mort de ses semblables ».

2 [2008] ZACC 10; available at <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/10.pdf>