

Editorial

This is the second issue of a special two-issue edition of *Law, Democracy & Development* featuring the papers that formed part of a research project focusing on the implications of the socio-economic rights in the Constitution for social change in South Africa. For the full editorial introducing this special edition, please refer to the companion edition: Volume 6, 2002(2).

Sandra Liebenberg
Editor

Synopsis of Articles

Danie Brand considers the application of certain of the principles enunciated in recent Constitutional Court jurisprudence on socio-economic rights to policies aimed at the realisation of the right to food in South Africa. On the basis of a review of current policies, the author concludes that government's current response to food insecurity is potentially unconstitutional because it does not constitute a comprehensive response to the food needs of a large number of people in South Africa who are in food crisis. Current programmes relating to food are piecemeal and lack coordination and coherence. He suggests the introduction of a basic income grant, or the extension of existing social security grants, as possible ways in which to address the problem of food insecurity.

Jaap de Visser, Edward Cottle and Johann Mettler assess the implications of *Grootboom* on the right of access to water. They analyse the responsibilities of the various spheres of government, current policy and legislative efforts to advance access to water, and key issues relating to the adjudication of water rights. In *Grootboom*, the Court did not delineate the responsibilities of the various spheres of government in realising socio-economic rights. Instead, it placed the emphasis on co-operative government. The Water Services Act provides under section 3(1) that everyone has the right of access to basic water supply. The content of 'basic water supply' has now been prescribed. The assumption of the institutional framework for local government is that local government can benefit from its revenue generating power. However, the power to raise revenue is a hollow power in rural areas. The free basic water policy intends the provision of six free kilolitres of water per household per month to be funded from the equitable share and internal cross-subsidies. There are no additional funds available for the provision of free water. This creates serious problems in rural communities that do not have sufficient high volume users to ensure cross-subsidisation. For most urban working class households the six free kilolitres of water is insufficient. Legislation dealing with water tariffs calls for a balance between cost recovery and access to basic services. The right of access to water thus

depends on the ability of consumers to pay. The 'reasonableness' of this principle can be disputed in the light of high unemployment and poverty rates.

A recent judgment confirms the principle that disconnection is a *prima facie* breach of the right of access to water. The onus is on the state to justify the disconnection. *Grootboom* warns against ignoring crisis situations in devising mechanisms to achieve overall delivery. The Court places human dignity at the centre of the test of whether or not state action is reasonable. The deprivation of a basic supply of water removes the dignity of people: it strips them of the possibility of living dignified lives and poses serious health risks.

Karrisha Pillay assesses and analyses the current legislative and policy framework in respect of health care rights. She examines the definition of health care services by reference to both international and domestic sources and proposes certain criteria to inform our understanding of health care services. This understanding expands the concept beyond the narrow biomedical model and embraces an holistic model of health that is responsive to the health needs of the people of South Africa. She discusses aspects of the Court's understanding of reasonableness in the *Grootboom* and *TAC* judgments and concludes that in addition to these general criteria, the concept must be informed by important health-specific elements. In line with the latter criteria, she discusses the UN General Comment on the Right to Health and the basic standards it sets forth. She ultimately extrapolates certain guiding principles from both the international and domestic context that should inform the standard against which to deliver and measure access to health care services in South Africa.

The author provides an overview of key policies and programmes in the health sector, emphasising the critical importance of reasonable implementation. In assessing whether the measures adopted have been reasonably implemented, she focuses on their output and impact. She concludes by assessing the extent to which both the theoretical framework for realising health care rights and its implementation accord with the criteria laid down in the *Grootboom* and *TAC* cases and relevant international law. Finally, she identifies certain challenges for realising health care rights and proposes strategies for both government and civil society to advance the goal of quality health care services for all.

Pierre De Vos highlights the public health and social emergency facing South Africa due to the fact that an estimated six million of its 40 million citizens are HIV positive. The state response to this crisis has been criticised from many quarters, especially because of the scepticism expressed about the link between HIV and AIDS and its reluctance to move towards the provision of anti-retroviral drugs in the public health sector. He first investigates whether the right of access to health care services guaranteed in section 27(1)(a) of the Constitution places any duties on the state to provide life-prolonging anti-retroviral drugs to various sectors of the population. Focusing on *Minister of Health v Treatment Action Campaign* he argues that there is indeed such a duty on the state to provide the drugs to medical personnel exposed to the virus in the line of duty, to rape

survivors, and to HIV positive pregnant mothers and their newborn babies to reduce mother-to-child transmission of HIV. Although the state has a duty to take reasonable steps to improve the medical care of HIV positive South Africans, he concludes that at present there is no constitutional duty to provide all those who need it with free access to anti-retroviral treatment. Evaluating the state's actions in this regard, he concludes that recent steps taken by the state have probably brought it in line with its constitutional duties in this regard. However, he argues that the state does have a constitutional duty to take reasonable steps to lower the prices of anti-retroviral drugs. Providing an overview of the international regime on the protection of patents, he points out that there are several legally appropriate avenues open to the state, including the issuing of compulsory licenses that would allow domestic companies to produce anti-retroviral drugs at dramatically reduced prices. He concludes that the state's failure to explore any of these avenues is unreasonable and falls foul of the duties set out in section 27 of the Constitution.

Julia Sloth-Nielsen's paper focuses on government's response to a deepening social crisis, namely the phenomenon of child-headed households. Beginning with an overview of the socio-economic context surrounding child-headed households, the paper then discusses the constitutional obligations that rest on the state *vis-à-vis* children growing up in these settings. The constitutional jurisprudence is reviewed against the backdrop of the scope of the state's obligation where the parents of children below the age of 18 are deceased or otherwise unable to render parental care. In addition, the emerging constitutional recognition of the right to family life is reviewed and it is concluded that the state incurs an obligation to ensure that children living in child-headed households are integrated into some form of family environment.

With the above analysis in mind, the state's articulated policy on the situation of child-headed households is described and the fiscal allocations accorded to current programmes to assist children affected by orphanhood are detailed. The article concludes with an assessment of the reasonableness of the state's responses to the growing number of child-headed households. It highlights the fact that government intervention has come at a very late stage in the onset of the HIV/AIDS epidemic and that the actual delivery of programmes does not appear to have begun on any notable scale. The author questions whether government has made adequate provision for emergency relief for those children without adult support who face starvation now, particularly those presently excluded from being beneficiaries of the Child Support Grant. It is suggested that the failure of the government's HIV/AIDS programmes to address emergency relief as a priority would constitute a contravention of *Grootboom* principles. Consequently, the constitutional rights of children living in child-headed households are not being adequately fulfilled by the existing policy framework.

Mandla Seleokane considers the policy implications of the *Grootboom* judgment for the right to education. He argues that the right to education is more strongly formulated in the Bill of Rights than the right to housing, with which the Constitutional Court was concerned in the *Grootboom* case.

He therefore takes the view that one should not try and derive policy implications for the right to education mechanically from the *Grootboom* case, even though there is much to be learned from the judgment. He examines government policy documents on education and concludes that the policies are not always formulated in a manner that takes account of the way different aspects of the right to education are formulated in the Bill of Rights. He also finds that in various instances the existing policies do not fully satisfy the standard set out in *Grootboom*. He considers the matter of free basic/primary education and finds that, although South Africa has not ratified the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, this Covenant is highly relevant as an international standard against which to assess the state's compliance with educational rights. It is noteworthy that section 29 of the Constitution protecting the right to education was strongly influenced by the provisions of the Covenant. The author also highlights the fact that South Africa has ratified other international instruments that require the provision of free basic/primary education. He highlights various problems with the Department of Education's school fees policy and concludes that there is little justification for departing from the internationally accepted standard of free primary education.

Éditorial

Ceci est la seconde livraison d'une édition spéciale en deux livraisons de *Law, Democracy & Development* présentant les articles qui faisaient partie d'un projet de recherche sur les conséquences des droits socio-économiques contenus dans la Constitution, pour le changement social en Afrique du Sud. Pour l'éditorial complet introduisant cette édition spéciale, veuillez vous référer à l'édition pendante: Volume 6, 2002 (2).

Sandra Liebenberg
Editeur

Résumé des articles

Danie Brand envisage l'application de certains des principes énoncés dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle sur les droits socio-économiques aux politiques visant à la réalisation du droit à l'alimentation en Afrique du Sud. Sur la base d'un examen des politiques récentes, l'auteur conclut que la réponse actuelle du gouvernement à l'insécurité alimentaire est potentiellement inconstitutionnelle car elle ne constitue pas une réponse compréhensive des besoins alimentaires d'un large nombre de personnes en Afrique du Sud qui sont dans l'urgence alimentaire. Les programmes actuels relatifs à l'alimentation sont fragmentaires et manque de coordination et de cohérence. L'auteur suggère l'introduction d'un revenu de base subventionné, ou l'extension des aides de sécurité sociale existantes, comme des voies possibles de répondre au problème de l'insécurité alimentaire.

Jaap de Visser, Edward Cottle et Johann Mettler évaluent les conséquences de l'affaire *Grootboom* sur le droit d'accès à l'eau. Ils analysent les responsabilités des diverses sphères du gouvernement, les efforts politiques et législatifs actuels pour faire progresser l'accès à l'eau, et les questions clés portant sur le jugement des droits relatifs à l'eau. Dans l'affaire *Grootboom*, la Cour n'a pas déterminé les responsabilités des diverses sphères du gouvernement lors de la réalisation des droits socio-économiques. A la place, elle a mis l'accent sur la notion de gouvernement coopératif. Le Water Services Act dispose en sa section 3(1) que chacun a le droit d'accès à un approvisionnement de base en eau. Le contenu de « l'approvisionnement de base en eau » a maintenant été imposé. L'idée de la structure institutionnelle pour le gouvernement local est que celui-ci peut tirer profit de son pouvoir de générer des revenus. Toutefois, le pouvoir de lever les recettes fiscales est un pouvoir vain dans les zones rurales. La politique de l'eau de base gratuite tend à la mise à disposition de six mille litres d'eau gratuits par foyer par mois financé par un partage équitable et des fonds issus, au niveau interne de la contribution des consommateurs les plus aisés. Il n'y a pas d'autres fonds

disponibles pour la mise à disposition d'eau gratuite. Ceci crée de sérieux problèmes au sein des communautés rurales qui ne disposent pas d'un nombre suffisant d'utilisateurs de volume important pour assurer les cotisations internes. Pour la plupart des foyers appartenant à la classe ouvrière en zone urbaine, les six mille litres d'eau gratuits sont insuffisants. La législation portant sur les tarifs de l'eau fait appel à un équilibre entre le recouvrement des frais et l'accès aux services de base. Le droit à l'accès à l'eau dépend donc de la capacité de payer des consommateurs. Le bien-fondé de ce principe peut être remis en cause vu les taux importants de chômage et de pauvreté.

Un jugement récent confirme le principe selon lequel couper l'eau représente une violation *prima facie* du droit d'accès à l'eau. Il revient à l'Etat de justifier la coupure. *Grootboom* met en garde contre le fait d'ignorer les situations d'urgence lors de la conception de mécanismes pour atteindre l'engagement extensif. La Cour place la dignité humaine au centre de l'examen de la question de savoir si oui ou non l'action de l'Etat est bien-fondée. La privation d'un approvisionnement de base en eau ôte aux personnes leur dignité : cela les dépouille de la possibilité de vivre des vies dignes et présente de sérieux risques sanitaires.

Karrisha Pillay évalue et analyse le cadre politique et législatif actuel pour ce qui est des droits relatifs aux soins médicaux. Elle examine la définition des services médicaux en se référant à des sources internationales et nationales et propose certains critères pour guider notre perception des services de soins de santé. Cette perception étend le concept au-delà du modèle biomédical étroit et adopte un modèle holistique de santé qui répond mieux aux besoins de santé du peuple sud africain. Elle examine les aspects de l'interprétation par la Cour du bien-fondé dans les jugements *Grootboom* et *TAC* et conclut qu'en plus de ces critères généraux, le concept doit être influencé par des éléments spécifiques à la santé. En parallèle à ces derniers critères, elle examine le commentaire général des Nations Unies sur le droit à la santé et les normes fondamentales qu'il met en avant. En dernier lieu, elle dégage des contextes internationaux et nationaux des principes directeurs qui devrait influencer la norme par rapport à laquelle procurer et mesurer l'accès aux services de soins de santé en Afrique du Sud.

L'auteur donne une vue globale des politiques et programmes clés dans le secteur de la santé, en mettant l'accent sur l'importance cruciale d'une mise en œuvre légitime. En étudiant si les mesures adoptées ont été légitimement mises en application, elle se concentre sur leurs résultats et leur impact. Elle conclut en étudiant dans quelle mesure le cadre théorique pour réaliser les droits aux soins médicaux et sa mise en œuvre concordent avec les critères établis dans les procès *Grootboom* et *TAC* et dans le droit international pertinent. Enfin, elle identifie certains défis pour réaliser les droits relatifs aux soins médicaux et propose des stratégies à la fois pour le gouvernement et pour la société civile, pour servir l'objectif de services de soins de santé pour tous.

Pierre De Vos souligne la crise sociale et de santé publique à laquelle l'Afrique du Sud est confrontée du fait qu'un nombre estimé à six millions

de ces 40 millions de citoyens sont séropositifs. La réponse de l'Etat à cette crise a été critiquée dans de nombreux milieux, surtout du fait du scepticisme exprimé quant au lien entre VIH et SIDA et du fait de son peu d'enthousiasme à se diriger vers l'approvisionnement du secteur de santé publique en médicaments anti-rétroviraux. En premier lieu, l'auteur étudie si le droit d'accès aux services de santé publique garanti dans la section 27(1)(a) de la Constitution fait peser sur l'Etat un quelconque devoir de procurer des médicaments anti-rétroviraux prolongeant la vie à différentes parties de la population. En se concentrant sur le procès *Ministre de la santé contre Treatment Action Campaign*, il soutient qu'il existe en effet un tel devoir pesant sur l'Etat de procurer les médicaments au personnel médical exposé au virus dans l'exercice de leurs fonctions, aux rescapés de viols, et aux femmes enceintes séropositives et à leurs bébés pour réduire la transmission du VIH de mère à enfant. Bien que l'Etat ait une obligation de prendre les mesures nécessaires pour améliorer les soins médicaux apportés aux Sud Africains séropositifs, il conclut qu'actuellement, il n'existe pas d'obligations constitutionnelles d'assurer à tous ceux qui en ont besoin un accès libre au traitement anti-rétroviral. En évaluant les actions de l'Etat à cet égard, il conclut que les récentes démarches prises par l'Etat l'ont probablement conduit à être en phase avec ses devoirs constitutionnels en la matière. Toutefois, il soutient que l'Etat a une obligation constitutionnelle de prendre des mesures nécessaires pour faire baisser les prix des médicaments anti-rétroviraux. En fournissant une vue globale du régime international sur la protection des brevets, il fait remarquer qu'il existe plusieurs possibilités, légalement appropriées, ouvertes à l'Etat, y compris la délivrance de licences obligatoires qui permettraient à des entreprises nationales de produire des médicaments anti-rétroviraux à des prix radicalement réduits. Il conclut que l'échec de l'Etat à explorer n'importe laquelle de ces possibilités est illégitime et viole les obligations formulées dans la section 27 de la Constitution.

L'article de **Julia Sloth-Nielsen** se concentre sur la réaction du gouvernement à une crise sociale de plus en plus grave, à savoir le phénomène des foyers où un enfant est le « chef de famille ». En commençant par une vue d'ensemble du contexte socio-économique entourant ces ménages, l'article examine ensuite les obligations constitutionnelles qui reposent sur l'Etat vis-à-vis des enfants grandissant dans ces conditions. La jurisprudence constitutionnelle est passée en revue avec pour toile de fond la portée des obligations de l'Etat dans les cas où les parents des enfants de moins de 18 ans sont décédés ou qu'ils sont incapables d'exercer l'autorité parentale. De plus, la reconnaissance constitutionnelle naissante du droit à la vie de famille est examinée et il est conclut que l'Etat est débiteur d'une obligation de s'assurer que les enfants vivant dans des foyers dirigés par un enfant soient intégrés dans une forme d'environnement familial.

En gardant à l'esprit l'analyse ci-dessus, la politique étatique articulée autour de la situation des foyers à la tête desquels se trouve un enfant est décrite et les crédits fiscaux alloués aux programmes actuels pour aider les enfants affectés par l'orphelinat sont détaillés. L'article se termine sur une évaluation du bien-fondé de la réaction de l'Etat au nombre

grandissant de ménages dirigés par un enfant. Il souligne le fait que l'intervention gouvernementale est arrivée à un stade très tardif au début de l'épidémie du VIH/SIDA et que l'engagement actuel de programmes ne semble pas avoir commencé à attaquer de manière notable. L'auteur s'interroge sur le fait de savoir si le gouvernement a pris des dispositions adéquates pour l'aide d'urgence à ces enfants sans le soutien d'un adulte qui sont confrontés à la famine maintenant, particulièrement ceux qui sont actuellement exclus du bénéfice du Child Support Grant. Il est suggéré que l'échec des programmes VIH/SIDA du gouvernement à aborder l'aide d'urgence comme une priorité constitue une violation des principes dégagés dans *Grootboom*. Par conséquent, les droits constitutionnels des enfants vivant dans des ménages dirigés par un enfant ne sont pas réalisés de manière adéquate dans le cadre politique existant.

Mandla Seleone considère les conséquences de politique générale du jugement *Grootboom* pour le droit à l'éducation. Il soutient que le droit à l'éducation est plus fortement formulé dans la Charte des droits que le droit au logement, dont la Cour était saisie dans le procès *Grootboom*. Par conséquent il adopte le point de vue selon lequel on ne doit pas essayer de faire découler des conséquences pour le droit à l'éducation de manière mécanique du procès *Grootboom*, même s'il y a beaucoup à retirer de ce jugement. Il examine les documents gouvernementaux de politique générale sur l'éducation et conclut que les politiques ne sont pas toujours formulées de manière à prendre en compte la façon dont différents aspects du droit à l'éducation sont formulés dans la Charte des droits. Il constate également que dans de divers exemples les politiques existantes ne respectent pas pleinement la norme établie dans *Grootboom*. Il considère le problème de la gratuité de l'éducation primaire et constate que, bien que l'Afrique du Sud n'ait pas ratifié le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, ce Pacte est hautement pertinent en tant que norme internationale par rapport à laquelle évaluer le respect par l'Etat des droits relatifs à l'éducation. Il est nécessaire de noter que la section 29 de la Constitution, protégeant le droit à l'éducation, a été fortement influencée par les dispositions du Pacte. L'auteur souligne également le fait que l'Afrique du Sud a ratifié d'autres instruments internationaux qui impose l'octroi d'une éducation primaire gratuite. Il souligne divers problèmes dans la politique du Ministère de l'Education relative aux frais scolaires et conclut qu'il y a peu de justification pour s'éloigner de la norme internationalement acceptée d'éducation primaire gratuite.