

Boekaankondigings/Book Announcements

Politokrasie: 'n Peiling van die Dwanglogika van die Territoriale Staat en Gedagtes vir 'n Antwoord Daarop

deur

KOOS MALAN

Pretoria University Law Press 2011 vii en 358 bladsye

Elektronies gratis beskikbaar by http://www.pulp.up.ac.za/pdf/2011_01/2011_01.pdf

Koos Malan is nie iemand wat in sy geskrifte oor die reg en verwante dissiplines bloot 'n beskrywende weergawe gee van die voorwerp van sy ondersoek nie. Ek sou hom ook nie tot die genre beperk van outeurs wat agter die empiriese substansie van dit wat is, na 'n historiese basis, teoretiese begroning en/of eties gefundeerde waardesisteem op soek gaan nie. Koos Malan is 'n diep denker wat fundamenteel gewortelde en kwalifiserende werklikheidsmomente ontbloom en wat die sin en betekenis van instellings, norme, en waardes van die wêreld waarin ons leef, kwalifiseer. “Politokrasie” of “'n politokratiese orde”, afgelei van die klassieke Griekse begrippe *polis* (staat) en *politai* (burgers) (276), gaan op soek na “'n politiek-juridiese orde” (10), en meer bepaald na dit wat bepalend is vir die dieper-liggende realiteit van daardie orde. Inhoudelik gaan dit om die territoriale staat en ons verbondenheid aan 'n politieke orde – histories en kontemporêr.

Politokrasie bevat 'n rykdom van historiese gegewens rondom die vestiging en ontwikkeling van 'n territoriale staat wat veranker is in 'n bepaalde godsdienstige vooroordeel en daaropvolgende sekularisasie van die gangbare politieke denke, maar uiteindelik beslag begin kry het met die Vredesverdrag van Augsburg wat die Dertigjarige Oorlog (1618-1648) in Europa tot 'n einde gebring het. Ontwikkeling van die staatsbegrip het natuurlik nie daar opgehou nie, en binne die paradigma van politokrasie, ontleed die skrywer na-middeleeuse en kontemporêre waardesisteme wat die *res publicae* kwalifiseer. *Res publicae* in dié sin word nie deur die skrywer tot die sakeregtelike betekenis van daardie begrip beperk nie, maar beteken vir hom meer bepaald “die gemenebes – openbare sake van algemene belang vir alle burgers” (291).

Kortom, die leser wat miskien nie sin het aan die diep denke van Koos Malan nie, sal nietemin veel baat kan vind by die rykdom aan historiese gegewens wat in *Politokrasie* vervat is. Daarmee gaan saam besonder waardevolle verwysings na die denke van rigtinggewende politieke filosofe, waaronder Thomas Hobbes, John Locke, Hugo de Groot, Jean-Jacques Rousseau, John Rawls en vele andere. *Politokrasie* bied die leser

ook waardevolle inligting oor basiese staats- en regsfilosofiese waardesisteme, waaronder die instelling en toepassing van staatlke demokrasie, die leerstuk van menseregte en die reg op selfbeskikking van etniese, geloofs- en taalgemeenskappe.

Burgerskap is ook veel meer as net 'n bepaalde openbare identiteit en nasionale groepsnaam, of die aanspraak op 'n paspoort. Dit behels “mede-regering van die *res publicae*”, “die daadwerklike en deurlopende deelname aan, en verantwoordelikheid neem vir die *res publicae*”, “die bekleding van 'n amp, waarvolgens burgers deur aktiewe handeling daadwerklik vir die *res publicae* verantwoordelikheid aanvaar en daaroor beskik” (279). Miskien sou die skrywer ook nog ietwat dieper kon delf om 'n bepaalde psigiese samehorigheidsgevoel van nasieskap te ontbloot; miskien dit wat deur Von Savigny as die volksgees, 'n grondliggende nasionale ethos, geïdentifiseer is en wat sy stempel afdruk op ons nasionale bewussyn en regsinstellings en besielend in die tydsges van 'n bepaalde era veranker lê. Professor Silvio Ferrari van die Universiteit van Milan verwys daarna as 'n burgerlike religie (“civil religion”); nie net die “koue verwisseling van regte en verpligtinge” nie, maar “iets meer, wat die harte van die burgers verwarm” (Ferrari “Introduction: Civil religions: Models and perspectives” 2010 *Geo Wash Int LR* 749). En daar is ook 'n belangrike les te leer uit die op skrif gestelde herinneringe van Professor Karl Doehring, wat jare lank aan die Max Planck Instituut in Heidelberg, Duitsland verbonde was en wat hy kort voor sy dood voltooi het: Geleerdes van die huidige geslag kan wel akademies besin oor beleidstandpunte en gebeure van die verlede; maar as hulle dit nie self beleef het nie, kan hulle nie die begroning van die leerstellinge, gewortel in 'n bepaalde tydsges, volkome na waarde skat nie (Doehring *Von der Weimarer Republik zur Europäischen Union Erinnerungen* (2008)).

Miskien dan nog net enkele punte van kritiek.

Wat die volkeregterlike vereistes vir staatskap betref, verwys die skrywer slegs na die Montevideo beginsels, oftewel die verklarende teorie van staatskap (100). Daar is egter ook die konstituerende teorie wat die klem laat val op erkenning van 'n gebied se staatskap deur ander lede van die internasionale gemeenskap van state. John Dugard het die konstituerende teorie van die ander kant bekyk deur daarop te wys dat nie-erkenning deur die Verenigde Nasies onomwonde bewys is dat 'n gebied wat op staatskap aanspraak maak, nie vir staatskap vir volkeregterlike doeleides kwalifiseer nie (Dugard *Recognition and the United Nations* (1987)). Ek het self aan die hand gedoen dat daar 'n onderskeid getref moet word tussen staatskap in inter-individuele verhoudings tussen state aan die een kant en vir die doeleides van staatlke gemeenskapsverhoudinge aan die ander kant. 'n Gebied wat ongeregtig op staatskap aanspraak maak (bv die Turkse Republiek van Noordelike Ciprus) kan in onderlinge diplomatieke, handels- en ander internasionale betrekkinge tree met 'n staat wat daardie gebied se staatskap erken (Turkye), maar sal nie deel uitmaak van die internasionale gemeenskap van state wat lede kan word van die

Verenigde Nasies, of wie se doen en late in berekening gebring sal word vir die skepping van volkeregtelike gewoontereg nie (Van der Vyver “Statehood in international law” 1991 *Emory Int LR* 9).

Wat woordkeuse betref, is daar oor die algemeen nie fout te vind met die onderskeid wat die skrywer maak tussen volk (’n etniese of kulturele gemeenskap) en nasie (gebaseer op burgerskap van ’n bepaalde staat) nie. Waar hy egter sy eie voorkeur vir die begrip “territoriale staat” eerder as “nasiestaat” regverdig, motiveer hy dit op grond daarvan dat “’n soewereine politieke organisasie binne ’n vasgestelde gebied” gevestig kan word “ongeag of daar enige kulturele, linguistieke, godsdienstige of etniese gemeenskaplikheid by die staatsbevolking aanwesig is” (9). Hoewel dit waarskynlik nie so bedoel is nie, kan die argument geïnterpreteer word as sou “nasiae” met “kulturele, linguistieke, godsdienstige of etniese gemeenskaplikheid” geïdentifiseer moet of kan word.

Etniese, godsdienstige en taalgemeenskappe is inderdaad as subjekte van die volkereg van groot belang, naamlik as die draers van ’n reg op selfbeskikking (vgl ook arts 31 en 185-187 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika), en in *Politokrasie* word pertinent daarna verwys met ’n oorsigtelike analise van die geskiedenis en betekenis van daardie konsep in die volkereg. Die skrywer het egter miskien nie volkome rekenskap gegee van die verskillende betekenis van “selfbeskikking” soos wat dit sedert die Eerste Wêreldoorlog beslag gekry het nie – miskien omdat hy hom te beknop van ’n publikasie van Cherif Bassiouni oor die onderwerp laat bedien het.

Die term “selfbeskikking” het eintlik sy oorsprong in kommunistiese literatuur. Volgens Karl Marx en Friedrich Engels sou die ganse wêreld mettertyd deur bemiddeling van ’n revolusie van die proletariaat aan ’n ekonomiese struktuur onderwerp word waarin private eiendomsreg verbode sou wees en alles aan almal sou behoort. Die vraag het egter ontstaan oor wat die status sal wees van nasionale state binne hierdie, ononderhandelbare, oorkoepelende ekonomiese struktuur. In afsonderlike geskrifte van Joseph Stalin (*Marxism and the national question* (1913)) en Lenin (*Thesis on the socialist revolution and the right of nations to self-determination* (1916)) word aan die hand gedoen dat hulle ’n reg op selfbeskikking sal hê. Die relevansie van die begrip in die volkereg word egter gangbaar aan die Amerikaanse President, Woodrow Wilson, toegeskryf. In sy Veertien Punte Toespraak van 8 Januarie 1918 in die Kongres (die Amerikaanse wetgewer) verwys hy onder meer na

[a] free, open-minded, and absolutely impartial adjustment of all colonial claims, based upon a strict observance of the principle that in determining all such questions of sovereignty the interest of the population concerned must have equal weight with the equitable claims of government whose title is to be determined.

Hoewel hy in daardie toespraak nooit die woord “selfbeskikking” gebruik het nie, het hy later wel op 11 Februarie 1918 in ’n toespraak voor ’n gesamentlike sitting van die twee Kamers van die Kongres verklaar:

National aspirations must be accepted; people may now be dominated and governed only by their own consent. 'Self-determination' is not a mere phrase. It is an imperative principle of action, which statesmen will henceforth ignore at their peril.

Die reg op selfbeskikking het daarop praktiese beslag gekry in die mandaatstelsel van die Volkebond waaronder die toekomstige status van nasionale state wat deel was van die wêreldryke wat in die Eerste Wêreldoorlog verslaan is, beslag moes kry. Die mandaatstelsel is terloops deur Generaal JC Smuts van Suid-Afrika (hy was deel van die Britse afvaardiging by die vredesonderhandelinge in Versailles) in 'n geskrif van Desember 1918 onder die opskrif "A practical suggestion" ontwerp (Smuts was ook die outeur van die voorrede tot die Handves van die Verenigde Nasies). Die 1918 geskrif is deur President Woodrow Wilson by sy tweede ontwerp van 'n Statuut vir die Volkebond ingesluit en die mandaatstelsel het toe deel geword van daardie Statuut. Die reg op selfbeskikking (meestal politieke onafhanklikheid) van die nasionale state waarom dit gegaan het, moes onder die leiding en toesig van 'n mandaatstaat met verloop van tyd verwerklik word. Jan Smuts, soos almal weet, was egter ook maar 'n ou jakkals. Sy ontwerp het vir net een C mandaatgebied voorsiening gemaak (Suid-Wes Afrika), wat daarin van die A en B mandate verskil het dat dit bestem sou wees om eventueel by die mandaatstaat (die Unie van Suid-Afrika) ingelyf te word as 'n vyfde provinsie.

Na die Tweede Wêreldoorlog het die klem van die selfbeskikkingsparadigma geskuif na die reg van koloniale gebiede op politieke onafhanklikheid. In die sestiger jare is die begrip ook aangewend om die reg te kenteken van bevolkingsgroepe wat onderworpe was aan 'n rassistiese bewind om deel te hê aan die regering- en wetgewingstrukture van die land waartoe hulle behoort. Hierdie variant van die begrip het voortgespruit uit die standpunt van die Suid-Afrikaanse regering dat die tuislandbeleid in ooreenstemming is met die reg op selfbeskikking van die etniese groepe wat op onafhanklikheid aanspraak gemaak het. Die Verenigde Nasies het die standpunt verwerp omdat die tuislandbeleid op die swart bevolking afgedwing is deur 'n regering waarin hulle geen verteenwoordiging gehad het nie.

'n Vierde, en die huidiglik oorheersende, betekenis van selfbeskikking behels die reg van 'n etniese of kultuurgemeenskap om sy eie kultuur te bevorder, van 'n godsdienstgroep om sy godsdienst te beoefen, en van 'n linguistieke gemeenskap om sy taal te praat, sonder ongevraagde en onregverdigbare staatsinmenging. Trouens, die volkereg plaas op die regerings 'n plig om die bevordering van 'n kultuur, die beoefening van 'n godsdienst en die gebruik van 'n taal te ondersteun en te bevorder.

Dit moet beklemtoon word dat die omskrywing van die reg op selfbeskikking in Artikel 1 van die *Internasionale Verdrag met betrekking tot Burgerlike en Politieke Regte* en Artikel 1 van die *Internasionale Verdrag met betrekking tot Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte* van 1966, wat

die reg van “alle bevolkingsgroepe” insluit “om vryelik hulle politieke status te bepaal” aangeneem is gedurende die tyd toe die klem van die reg op selfbeskikking op dekolonialisme geval het en daarom nie lukraak aangewend kan word om die substansie van die reg op selfbeskikking van etniese, godsdienstige en taalgemeenskappe te bepaal nie. Die internasionale gemeenskap is self nie altyd hierop bedag nie. Die Verenigde Nasies se *Verklaring met betrekking tot die Regte van Inheemse Bevolkingsgroepe* van 2007 gebruik daardie einste woorde om die reg op selfbeskikking van inheemse bevolkingsgroepe te omskryf (art 3), en omdat die reg van ’n bevolkingsgroep om vryelik oor sy politieke status te beslis op politieke onafhanklikheid dui, het vier lande teen aanvaarding van die Deklarasie gestem, naamlik Australië, Kanada, Nieuw Zeeland en die Verenigde State van Amerika. Die Deklarasie vermeld egter self dat geeneen van sy bepalinge geïnterpreteer moet word as sou dit geoorloof wees “om die territoriale integriteit of politieke eenheid of soewereiniteit van onafhanklike state te verbrokkel” nie (art 46.1). Om die reg op selfbeskikking van bevolkingsgroepe met politieke onafhanklikheid te vereenselwing maak in elk geval geen sin nie. Dit is per slot van sake ’n territoriale gebied wat in gegewe omstandighede op politieke onafhanklikheid aanspraak kan maak en nie ’n bevolkingsgroep nie.

Ten slotte het ek ietwat kommer omdat die skrywer hom by tye van ’n hoogdrawende skryfstyl laat bedien wat ook anglisismes insluit. Dit gaan nie hier om oorspronklike woordskepping om ongekende begrippe te bekenteken of om meersinnigheid van ’n bestaande woord te vermy nie. Daarvoor is die skrywer goed gekonfyt, soos wat ook uit die titel van sy boek blyk. Ek kom egter uit ’n tyd toe die gebruik van anglisismes as Afrikaner hoogverraad beskou is – behalwe natuurlik as die Suid-Afrikaanse Akademie vir Wetenskap en Kuns besluit het dat dit voortaan ô-raait sal wees as jy hierdie of daardie verafrikaanste nabootsing van ’n Engelse woord of uitdrukking sou gebruik (die Akademie kon “bromponie” vir “scooter” bemark, maar moes tou opgooi met “melkskommel” ipv “bruismelk” of “as volg” ipv “soos volg”). Daar moet egter nog steeds kapsie gemaak word teen die swak Afrikaanse woordgebruik van mense soos Johan Stemmet van Noot-vir-Noot faam (bv deur ’n gevolgtrekking in te lui met “So, ...” ipv “dus” of “daarom”). Maar, om terug te keer tot *Politokrasie*, kan met die volgende paar voorbeelde volstaan word: “die politiek-sosiale kohesie ...” (6); “kan ook na Augustinus teruggespeur word” (15); “oor partikuliere grense” (17) “die Engelse spesie van regsowereniteit ...” (25); “die grille en voorkeure van ...” (105); “partikuliere gemeenskappe” (275). Ek sou ook “basiese norm” bo “grondnorm” verkies as ’n vertaling van *Grundnorm* (vgl 102) – en let daarop dat Duitse selfstandige naamwoorde met ’n hoofletter gespél word. Eenvoudige en algemeen verstaanbare Afrikaans bly steeds die beste medium, ook in akademiese geskrifte.

Koos Malan verdien egter ’n klop op die skouer en ’n stywe handdruk vir ’n weldeurdagte en indringende analise van die geskiedenis en essensiële eienskappe van die territoriale staat. Daar is, so lyk dit my,

deesdae 'n algemene tendens om regsopleiding uitsluitlik praktykgerig in te klee ten koste van die historiese, teoretiese, en wysgerige begroning van die reg as wetenskap. Dit is jammer. *Politokrasie* sal die leser daaraan herinner dat universiteite bestem is om akademiese instellings te wees en nie bloot in tegnicons omgeskep moet word nie.

Johan D van der Vyver
Emory University

**Africa and the Deep Seabed Regime: Politics and International Law
of the Common Heritage of Mankind**

by

Edwin Egede

Heidelberg Springer 2011 xxxii plus 271 pages

Price: Euro 114.99

In *Africa and the Deep Seabed Regime: Politics and International Law of the Common Heritage of Mankind*, the author Edwin Egede explores the role of Africa, the second largest of the seven continents on earth, in the development and establishment of the regime of the deep seabed beyond national jurisdiction and the concept of the Common Heritage of Mankind. A salient feature of this book is that the author delves into examining the intriguing and lopsided regime of the deep seabed beyond national jurisdiction and the concept of the Common Heritage of Mankind exclusively from the viewpoint of African states. The value of this particular work lies in making an effort to fill up the vacuum in the existing academic literature as to the role of African states in the development of the regime of the deep seabed beyond national jurisdiction and the concept of the Common Heritage of Mankind. The author examines African States' contributions to the evolution and development of the international law norms related to this regime and places these contributions in the context of vital historical, social, political and economic factors that generally influence African states' attitudes to international law.

The book is stratified into eight chapters and an introductory part. At the outset, the introductory part identifies the rationale of the topic of the book and later on, arrays the discourse of subsequent chapters in proper context. Chapter 1 dapples with historical contribution of the African states to the development and evolution of the deep seabed regime and the concept of Common Heritage of Mankind. The continent of Africa is delimited on the north by the Mediterranean Sea, the west by the Atlantic Ocean, the northeast by the Red Sea and the southeast by the Indian Ocean. Thence, the sea is of great significance to the continent.

The chapter seeks to examine the historical developments of the law of the sea and deep seabed regime from an African perspective. The newly independent African states, at the outset of 1960s, were grumbled as to the traditional law of the sea which was more favorable to the technologically developed maritime states. Such disparity also revealed the tussle at the international sphere swelling between the rich technologically developed states and the generally poor, less technologically developed African and other third world states.

Chapter 2 analyses the role of African states in arraying the delineation of the deep seabed regime and analyses the geographical significance of that ocean space by the wordings of the Law of the Sea Convention. Since the deep seabed area is distinct from seabed and subsoil with national jurisdiction, it is vital to figure out the scope of the concept of the common heritage of mankind in that deep seabed area. Hence, the African coastal states, which are 39 in number, have a pivotal role to play in delving upon the issue.

Chapter 3 discusses the viewpoint of African states regarding the legal status of the concept of "common heritage of mankind", a relatively novel concept in the realm of international law and international relations. The concept becomes part of customary international law through the various General Assembly resolutions adopted in the 1960s and 1970s. The concept of "common heritage of mankind" is contained in articles 137 and 141 of the Law of the Sea Convention and imposes a binding duty upon all states to use the deep seabed area only for peaceful purposes and to refrain from claiming or exercising sovereignty over the deep seabed area or its resources. The concept has been inducted as a human right in article 22(1) of the African Charter on Human and Peoples' Rights. African States, along with other developing States in the Group of 77, take the view that the concept has the character of *jus cogens* (70).

Although African states are more prone to illustrate the concept of common heritage of mankind as incorporating the idea of common property, there are a motley of interpretations of the concept depending upon ideological, political and economic interests of the various states around the globe. Therefore, the author refers to "common heritage of mankind as a concept ambiguous in nature (60). The concept precludes States from appropriating the region further and excludes unilateral exploitation. Instead, it requires any exploitation of the area should be collective and regulated.

Chapter 4 examines the regime of the deep seabed area under Part XI of Law of the Sea Convention, as modified by the Agreement of 1994, an amending instrument that paves free market economy, with the aim of pinpointing certain effects on African states. Rather than exploring the modifications in the institutions and framework system of mining, the chapter analyses the reasons behind African states' preparedness to go along with the 1994 Agreement, considering their original and

unequivocal position during the UNCLOS III on the issues changed by the Agreement. The Agreement has significantly altered the original Part XI provisions of the Law of the Sea Convention by modifying its provisions on transfer of technology, production policy, financial terms of contracts and the review conference. Such modifications evidently favor the industrialised developed states to the disadvantage of African states and other developing states. In this chapter, the author analyses the effect of such changes on African states.

As a fitting sequel, Chapter 5 delves in examining the institutional framework of the regime established by Part XI of the Law of the Sea Convention, as modified by the 1994 Agreement. The chapter is bifurcated into two parts. The first part examines the institutional framework of the regime and the role of African states. This part is also divided into two sub-parts, Part A deals with the International Seabed Authority (ISA), while Part B deals with the dispute settlement mechanism. The second part overviews the issue of funding of these institutions and the contributions of African states. To inquire as to the ambit of representation of African states at the organs of institutions like International Seabed Authority, the author scours to discover whether the institution reflects effective democratic participation by all States. His findings reiterate that although well represented in the realm of the institutional framework of the Deep Seabed Area, African states do not have an effective voice matching with their role and significance.

Chapter 6 overviews the system of mining of the common heritage of mankind resources in the area by looking at the system of exploration and exploitation of the seabed with an aim of analysing contributions of African states to this and some possible effects on such states. The author evaluates the potential of African states' participation, along with its landlocked and disadvantaged states, on south-south co-operation with other developing states in deep seabed mining activities.

The financial and technological requirements burdened by the Law of the Sea Convention in tandem with the 1994 Implementation Agreement and the Mining Code wring the potential of African states with limitations. In Chapter 7, the author explores various possible co-operative actions that African states may embark upon to overcome the bulwarks in order to advance the prospects of their actual, direct and effective participation in deep seabed mining activities. Although the crisis of non-participation can easily be diluted by other pressing social problems that are currently entangling the African continent, such as poverty alleviation, the fight against HIV/AIDS and the provision of basic amenities, the author opines that the non-participation of African states in deep seabed mining activities is more due to a lack of interest on the part of African states rather than those daunting and entwining constraints.

The concluding chapter 8 is stratified into two parts. In the first part, the author outlines his appraisal of African states' contribution to the

common heritage of mankind. The comprehensive study of the arena of the deep seabed area regime reiterates the chieftain contribution of African states. The author identifies the impetus of African states in the vaunted regime of UNCLOS III as a “stamp of influence” as well as a “power-show” against the backdrop of western states’ domination in the orb of law of the sea. To rev up African states’ participation in deep seabed activities, the author propounds a brisk list of recommendations that refers to forming an articulated ocean and coastal policy; an institutional framework; and to take measures for effective participation of African states, as per article 148 of Law of the Sea Convention, in deep seabed mining activities.

In the second part of the concluding chapter the author indicates that beneath the froth of legal and political issues the tussle between power and justice is continuing in the coliseum of international law and politics. The African and developing states advocated for a justice-based approach, through which weak and deprived states can advance claims in the face of power, to protect the deep seabed area and its resources from approach of exploiting as much of the resources of that area, which the industrialised developed states contended for under the rubric of a “first come, first served basis”. Although a justice based approach is upheld in Law of the Sea Convention, it is the 1994 Agreement that dilutes the impact of the common heritage of mankind concept by limiting the impact of the justice based approach as far as the behemoth states are willing to accept.

This book is an accomplishment which puts forward a distinctive African flavour to the discourse of the regime of the deep seabed beyond national jurisdiction and the concept of the common heritage of mankind. The merit of this book under review lies in the fact that it sheds light on making an emphasis that the impetus of Africa paves an avenue to attempt to resolve outstanding north-south issues related to economic and social development. In this respect at least, the book does represent something of a novelty in legal literature.

Mohammad Rubaiyat Rahman
South Asian University