

# “Transnasionale konteks” in die regspraak van die konstitusionele hof in Suid-Afrika: ’n variasie op die tema van grondwetsvertolking

Lourens du Plessis

---

Lourens du Plessis, Fakulteit Regte, Noordwes-Universiteit, Potchefstroom

---

## *Opsomming*

Hierdie bydrae is ’n uitgebreide gevallestudie van hoe (en hoe doeltreffend) die konstitusionele hof in Suid-Afrika (hierna “die hof”) toegang wat via die Grondwet tot ’n transnasionale konteks verleen word, in wets- en grondwetsvertolking benut. *Transnasionaal* omvat hier die gebruik van en steun op die volkereg asook grondwetlike vergelykingsarbeid. Hierdie twee dimensies moet nie saamgesmelt of vermeng word nie.

In die eerste van drie hoofonderafdelings van die artikel bespreek ek die grondwetsbepalings wat uitdruklik toegang tot transnasionale bronne in wets- en grondwetsvertolking magtig en regspraak van die hof oor die toepassing en gebruik van sodanige bepalinge.

In die tweede hoofonderafdeling kyk ek na steun op die volkereg in wets- en grondwetsvertolking met besondere aandag aan, onder meer, die wel en wee van ’n diktum waarin die hof gesê het dat die volkereg help om ’n raamwerk daar te stel waarbinne alle ander reg vertolk moet word (die “raamwerk-diktum”). Ek kyk ook na die skromelike onderbenutting van artikel 233 van die Grondwet en sluit dan af met ’n bespreking en illustrasie van hoe steun op die volkereg in wets- en grondwetsvertolking tot die vorming van nuwe munisipale reg (kan) bydra.

In die laaste onderafdeling word verskeie kwessies rakende grondwetlike vergelykingsarbeid aangesny en word gesigspunte van sowel ondersteuners van as skeptici oor hierdie vorm van vergelyking toegelig en beoordeel. Argumente oor die voor- en nadele van hierdie relatief nuwe dissipline word kortliks bekyk en uiteindelik word ook hier ’n voorbeeld gegee van hoe grondwetlike vergelykingsarbeid tot die vorming van nuwe reg kan bydra.

Uiteindelik word met die artikel aangetoon dat die konstitusionele hof se baie positiewe houding oor die gebruik van transnasionale bronne in wets- en grondwetsvertolking saam met grondwetlike demokrasie gekom het om te bly ten spyte van enkele gevalle (’n volstreekte

minderheid, weliswaar) waar die hof – byvoorbeeld as gevolg van politieke druk – nie met volle oorgawe aan “die transnasionale” gevolg kon gee nie.

**Trefwoorde:** artikel 232 Grondwet; artikel 233 Grondwet; artikel 39(1) Grondwet; bindende volkereg; buitelandse reg; generasies van menseregte; globalisering; Grondwet; grondwetlike vergelykingsarbeid; grondwetlike vertolkingsbepalings; grondwetsvergelyking; grondwetsvertolking; handves van regte; konstitusionalisme; konstitusionele demokrasie; *Makwanyane*-riglyne; migrasie; nasionale konteks; nasionale versoening; niebindende volkereg; nuwe grondwette; oorplanting; raamwerk-diktum; Savigny-metodes / kwartet; sosio-ekonomiese regte; transnasionale konteks; transnasionale kontekstualisering; *travaux préparatoires*; volkereg; wetsvertolking

### *Abstract*

#### **“Transnational context” in the jurisprudence of the constitutional court of South Africa: a variation on the theme of constitutional interpretation**

This article is a case study of how (and how effectively) the constitutional court in South Africa has succeeded in accessing a transnational context to aid, and indeed inspire, the interpretation of the Constitution (and statutes), with *accessing a transnational context* here referring both to the use of and reliance on international law and to the practice of constitutional comparativism. These two dimensions can be looked at and reflected on simultaneously, but are not to be equated and eventually conflated. It will be shown that the court has indeed made this mistake, but fortunately with more positive than negative consequences, and this, paradoxically, has contributed to a better understanding of *transnational access*.

The first main section of the article looks at constitutional provisions that authorise, in so many words, or at least recommend, access to transnational sources as well as the jurisprudence of the court on the use and application of such provisions. Particular attention is devoted to three sets of guidelines which the court developed, notably in the epoch-making case of *S v Makwanyane* (the “death penalty case”).

The second main part of the article discusses the use of and reliance on international law in statutory and constitutional interpretation. Special attention is devoted to, among others, the weal and woe of a significant dictum of the court in *Makwanyane* stating that international law helps provide a framework within which all other law must be construed (the so-called framework dictum). I also draw attention to the underuse of section 233 of the Constitution which enjoins any court construing the Constitution or legislation to prefer any reasonable interpretation in conformity with international law to any other interpretation(s) not thus in conformity. Section 233 is, for all practical purposes, not really invoked.

The second main part of the article also devotes attention to the phenomenon that external and internal political pressures sometimes influence the way in which a court deals with disputes it is called upon to adjudicate. Some cases in which the court was under political pressure are identified and discussed and I conclude that the court has acted mostly appropriately in politically precarious situations. In *AZAPO* political controversy put the *Makwanyane* framework dictum under considerable strain and almost abrogated it by disuse! But a series of cases followed in which the *Makwanyane* framework dictum was carefully restored and observed, and more than just damage control was done in acknowledging the dictum's significance.

International law plays a distinctly formative role in constitutional and statutory interpretation and enriches municipal law. This phenomenon is also considered in the second main part of the article and it is shown that the court's eagerness to rely on and/or apply international law has in some instances even resulted in the formation of new law *per errorem*!

The third main part is about issues pertinent to the theory and practice of constitutional comparativism. Attention is devoted to a discussion of the debate between judges and academics who believe in, and add considerable value to, the endeavour of constitutional comparison (the protagonists) and those who do not share – and actually oppose – this belief (the antagonists). A very important point that the protagonists make is that comparative work helps judges to interrogate their own prejudices and question their assumptions. An example is provided of how foreign (case) law – through the exercise of comparison – could enrich South African law on the interpretation of enacted law texts.

One of the challenges constitutional comparativists (especially in South Africa) face is that of coming to grips with what it means to be a comparative example of some significance among quite a number of (other) new constitutional democracies with their democratic constitutions in an era of ever increasing globalisation. The novelty tag here is often hung around the neck of jurisdictions with post-World War II constitutions riding the “third wave of democratisation”.

A second challenge for constitutional comparativists (and scholars in particular) is to reflect thoroughly on, to develop and to refine methods of constitutional comparativism. There is widespread agreement that theory is still one of the weaker points of constitutional comparativism as a developing discipline. Comparativism is also significant in the development of the law as such and I explain how, for instance, there is much to learn from European examples about the interpretation of enacted law and especially the use of the so-called Savigny Quartet.

The challenges mentioned above do not undo positive milestones that have been achieved. What has been published on comparative constitutionalism in South Africa is not much, but is of a high quality, especially the work of scholars like Van der Walt, Botha and Venter.

Botha's work is significant in that he meticulously identifies and describes inherently different versions of the relationship between "the newer comparativism" and the globalisation of constitutionalism. Van der Walt writes extensively and incisively about constitutional property and does so from a comparative perspective. The honour of drafting an agenda for the comparativist debate is probably Venter's – he has authored the only two books on constitutional comparativism in South Africa thus far.

**Keywords:** bill of rights; binding international law; constitution; constitutional comparativism; constitutional comparison; constitutional democracy; constitutional interpretation; constitutionalism; foreign law; framework dictum; generations of human rights; globalisation; international law; *Makwanyane* guidelines; migration; national context; national reconciliation; new constitutions; non-binding international law; provisions construing the Constitution; Savigny methods/quartet; section 232 Constitution; section 233 Constitution; section 39(1) Constitution; socio-economic rights; statutory interpretation transnational context; transnational contextualisation; transplant; *travaux préparatoires*

## 1. Inleidende opmerkings en verduidelikings

Ingevolge artikel 39(1) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 moet "[b]y die uitleg van die Handves van Regte<sup>1</sup> [...] 'n hof, tribunaal of forum die volkereg in ag neem" (artikel 39(1)(b)) en kan so 'n instansie "buitelandse reg in ag neem" (artikel 39(1)(c)). (In die Engelse teks van die Grondwet heet dit "must" en "may consider" "international law" en "foreign law" onderskeidelik.) Hierdie bepalings gee erkenning aan die feit dat die handves van regte, en trouens die Grondwet as 'n geheel, (óók) ingebed is in 'n transnasionale werklikheid wat ver verby sowel die geografies as die regs- en grondwetlik gedefinieerde grense van "die Republiek van Suid-Afrika" strek. Die aandag van alle en veral ook regterlike grondwetsvertolkers word, op gesag van die oppermagtige Grondwet self, op hierdie konteks gevestig deur inagneming van volkereg by handvesvertolking te *vereis* en inagneming van buitelandse reg, na eie goedvinde, te *veroorloof*. Die 1996-Grondwet (ook soms die finale Grondwet of bloot die Grondwet genoem) het op 4 Februarie 1997 in werking getree en is voorafgegaan deur – en aangeneem en in die lewe geroep kragtens bepalings van – die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 200 van 1993 (ook die oorgangs- of interim Grondwet genoem) wat op 27 April 1994 in werking getree het om 'n tydvak van konstitusionele demokrasie (oftewel konstitusionalisme) in Suid-Afrika in te lui. Artikel 35(1) van hierdie Grondwet was die voorganger van artikel 39(1)(b) en (c) van die 1996-Grondwet – wel 'n bietjie anders bewoord maar soortgelyk in substansie.<sup>2</sup>

Artikel 39(1)(b) moet saamgelees word met artikel 233 van die Grondwet wat van elke hof wat wetgewing vertolk, vereis om voorkeur te gee aan enige redelike wetsvertolking wat bestaanbaar is met die volkereg, bo enige ander vertolking wat onbestaanbaar is daarmee. Daar was geen soortgelyke bepaling in die oorgangsgrondwet nie. Artikel 231 van die 1996-Grondwet handel oor internasionale ooreenkomste en die bindingskrag van die volkereg wat uit sulke ooreenkomste voortspruit. Die voorgangers van artikel 231 was artikel 231(1)-(3)

van die oorgangsgrondwet. Artikel 232 van die Grondwet, met artikel 231(4) van die oorgangsgrondwet as voorganger, erken volkereg telike gewoonereg se “regskrag in die Republiek tensy dit met die Grondwet of ’n Parlements wet onbestaanbaar is”. Daar word in hierdie artikel nie veel oor artikels 231 en 232 van die Grondwet uitgewei nie, want anders as artikels 39(1)(b) en (c) en 233 is hulle nie primêr bedoel as hulpmiddels by die vertolking van die Grondwet of enige ander bestaande reg nie.<sup>3</sup>

Hierdie bydrae fokus op – en is ’n gevallestudie van – hoe Suid-Afrikaanse howe sedert 1994 hul grondwetlike verpligting nagekom en/of hul grondwetlike magtiging benut het om met grondwetsvertolking transnasionale regsbronne in ag te neem en, sedert die inwerkingtreding van die 1996-Grondwet, voorkeur te gee aan redelike wetsvertolkings wat bestaanbaar is met die volkereg. So ’n gevallestudie, hoofsaaklik toegespits op grondwetlike presedentereg, bied waardevolle insigte in hoe met transnasionale bronne in nasionale wetsvertolking omgegaan kan word, want met artikel 35(1) en mettertyd sowel artikel 39(1)(b) en (c) as artikel 233 in werking, was toestande in Suid-Afrika tot dusver hoogs bevorderlik vir vrugbare verkenningsekspedisies verby nasionale grense, in sowel andermansland as in die groter wêreld daarbenewens. Regsgebiede wat prominent in hierdie artikel figureer, naamlik menseregte en staatsreg, is immers springlewendig ook in “globale grondgebied”.

Hoe geredelik is transnasionale wysheid tot dusver toegelaat om parogiale oorwegings in nasionale grondwetsvertolking in Suid-Afrika te verruim of selfs te troef? En benut Suid-Afrikaanse howe, met die konstitusionele hof aan die voorpunt, konsekwent en onwrikbaar die volle potensiaal van omstandighede wat so baie bevorderlik is vir die ontginning en gebruik van transnasionale (hulp-)bronne? Beantwoording van hierdie vrae sal vorm gee aan die bespreking wat volg. Die omstandighede waarna ek hier bo verwys, het meestal (maar nie sonder uitsondering nie), optimale ontginning en gebruik van transnasionale (hulp-)bronne tot gevolg gehad. Faktore en kragte wat die bes moontlike gebruik van sodanige bronne in Suid-Afrikaanse grondwetsvertolking inhibeer, sal uitgewys en riglyne vir remediërende optrede waar paslik voorgestel word.

Die bespreking sal begin met ’n bestekopname van grondwetlike regspraak wat daartoe gelei het dat die konstitusionele hof in regterlike kringe wêreldwyd allerweë lof toegeswaai is (en steeds word) vir ’n universalistiese en globalistiese gevoelige houding teenoor veral die vertolking van fundamentele regte. Daar sal aangetoon word dat en hoe ’n geesdriftige regbank se foutiewe gelykstelling (en selfs samesmelting) van volkereg en buitelandse reg in die proses van inagneming van hierdie twee regsvorme in grondwetsvertolking die paradoksaal-positiewe gevolg gehad het dat dit ’n werkdadige bewussyn van die transnasionale karakter van grondwetsvertolking (verder) aangewakker het.

Voorbeelde van en tendense in die wyse waarop beroepe op die volkereg in die konstitusionele hof se regspraak oor grondwetsvertolking voorkom, sal in die tweede deel van hierdie artikel bespreek word, op die voetspoor van die lotgevalle van president Chaskalson se onbekrompe en versierende “raamwerk-diktum” in *S v Makwanyane*.<sup>4</sup> Die betreurenswaardige onderbenutting van artikel 233 van die Grondwet sal ook te berde

gebring word. Daarna sal verwys word na sprekende voorbeelde van hoe volkereg tot die vorming van *nasionale reg* insake (i) die gebruik van *travaux préparatoires* in wets- en grondwetsvertolking en (ii) die verwerkliking en implementering van sosio-ekonomiese regte bygedra het.

In die derde gedeelte van die artikel sal die rol van grondwetlike vergelykingsarbeid (“constitutional comparativism”) in grondwetsvertolking in Suid-Afrika bespreek word en daar sal gewys word op die geesdrif hiervoor in sommige – en skeptisisme in ander – kringe, met geesdrif wat ongetwyfeld die botoon voer. Daar sal ook gekyk word na van die uitdagings wat die beoefenaars van grondwetlike vergelykingsarbeid in die gesig staar en daarby veral ’n behoefte aan die ontwikkeling van teoreties houdbare en regspolities legitieme vergelykingsmetodologieë.

Ten slotte sal met een voorbeeld uit ’n haas onoorsigtelike aantal moontlikhede geïllustreer word hoe grondwetlike vergelykingsarbeid sinvol tot die vorming van nuwe reg kan lei.

## **2. Poort(e) tot die “transnasionale konteks”**

### **2.1 Artikel 39 en die Makwanyane-riglyne**

In *S v Makwanyane*<sup>5</sup> moes die konstitusionele hof beslis oor die grondwetlikheid van ’n wetsbepaling wat die oplê van die doodstraf in sekere omstandighede gemagtig het. In die eenparige, gesamentlike uitspraak van die hof by monde van president Chaskalson<sup>6</sup> word, met verwysing na die tipe transnasionale (hulp-)bronne waarvoor artikel 35(1) van die oorgangsgrondwet voorsiening gemaak het, drie stelle gesaghebbende riglyne vir die gebruik van volke- en buitelandse reg in grondwetsvertolking neergelê.<sup>7</sup> Die mees pertinente riglyne, ook geldig vir die toepassing van artikel 39(1)(b) en (c) van die 1996-Grondwet, is die volgende drie:

#### **2.1.1 Die eerste stel riglyne**

In the course of the arguments addressed to us, we were referred to books and articles on the death sentence, and to judgments dealing with challenges made to capital punishment in the Courts of other countries and in international tribunals. The international and foreign authorities are of value because they analyse arguments for and against the death sentence and show how Courts of other jurisdictions have dealt with this vexed issue. For that reason alone they require our attention. They may also have to be considered because of their relevance to s 35(1) of the Constitution [...]<sup>8</sup>

Let daarop dat dit volgens president Chaskalson heeltemal toelaatbaar is vir ’n hof wat die Grondwet vertolk om, afgesien van wat artikel 35(1) van die oorgangs- (en dus ook artikel 39(1)(b) en (c) van die 1996-) Grondwet bepaal, volkeregtelike en buitelandse regsgesag (wat hy in dieselfde asem noem) in ag te neem. Sodanige gesagsbronne mag in ag geneem word óf

omdat hulle van waarde is uit eie reg óf vanweë hul relevansie vir artikel 35(1) (en dus ook artikel 39(1)(b) en (c)).<sup>9</sup> Aangesien artikel 35(1) uitdruklik verwys het (en artikel 39(1)(b) en (c) tans steeds verwys) na slegs die vertolking van die handves van regte, het president Chaskalson inderwaarheid bindende presedentereg neergelê wat die grondwetlike magtiging om volkereg en buitelandse reg by die vertolking van die handves in ag te neem, ook na grondwetsbepalings wat nie deel van die handves vorm nie, uit te brei. Om dit te doen, is volstrek *raadsaam* maar nogtans *opsioneel*, tensy volkereg bindend kragtens die bepaling van artikels 231 en 232 of die vermoede in artikel 233 van die Grondwet ter sprake is.<sup>10</sup>

### 2.1.2 Die tweede stel riglyne en die “raamwerk-diktum” (“framework dictum”)

Customary international law and the ratification and accession to international agreements is (*sic!*) dealt with in s 231 of the Constitution, which sets the requirements for such law to be binding within South Africa. In the context of s 35(1), public international law would include non-binding as well as binding law [...] International agreements and customary international law accordingly provide a framework within which chap 3 [the Bill of Rights] can be evaluated and understood, and for that purpose, decisions of tribunals dealing with comparable instruments ... may provide guidance as to the correct interpretation of particular provisions of chap 3 [...]<sup>11</sup>

Hierdie *dicta* berus op twee bevindings van verreikende betekenis vir (en bindend op) alle Suid-Afrikaanse howe wat die handves van regte (en die Grondwet) vertolk. Die eerste bevinding is dat die woord *volkereg* in artikel 35(1) van die oorgangs- (en artikel 39(1)(b) van die 1996-) Grondwet na sowel “bindende” as “niebindende” volkereg verwys.<sup>12</sup> Die tweede bevinding is dat internasionale ooreenkomste en volkeregtelike gewoonereg ’n raamwerk daarstel waarbinne die handves van regte geëvalueer en verstaan kan word<sup>13</sup> (die “raamwerk-diktum”). Die implikasies van hierdie twee bevindinge sal na gekyk word wanneer die gebruik van volkereg in grondwetsvertolking in fyner besonderhede bespreek word.<sup>14</sup>

### 2.1.3 Die derde stel riglyne

In dealing with comparative law we must bear in mind that we are required to construe the South African Constitution, and not an international instrument or the constitution of some foreign country, and that this has to be done with due regard to our legal system, our history and circumstances, and the structure and language of our own Constitution [...] We can derive assistance from public international law and foreign case law, but we are in no way bound to follow it.<sup>15</sup>

Hierdie vermaning tot versigtigheid is in grondwetlike regspraak sedert *Makwanyane* dikwels herhaal.<sup>16</sup> Soos voorheen gesuggereer, en soos president Chaskalson ons uitdruklik herinner, is volkereg en buitelandse reg wat ingevolge artikels 35(1) van die oorgangs- en 39(1)(b) en (c) van die 1996-Grondwet by grondwetsvertolking van hulp kan en mag wees, op generlei

wyse bindend op enige Suid-Afrikaanse hof nie. Wat president Chaskalson ongelukkig egter verswyg, is dat 'n hof altyd bedag moet wees op die moontlikheid dat dit inderdaad gebonde is om sekere voorskrifte van die volkereg na te kom omdat grondwetsbepalings anders as artikels 35(1) (en 39(1)(b)) dit vereis. Hier dink 'n mens aan artikels 231 van die oorgangs- en 231-233 van die 1996-Grondwet. President Chaskalson se versuim om laasgenoemde moontlikheid te oorweeg het waarskynlik die onbedoelde en foutiewe indruk geskep dat, as transnasionale dryfkragte in grondwetsvertolking, volkereg en buitelandse reg gelykgestel kan word. Hierdie verkeerde indruk het nietemin daartoe bygedra om, met beduidende implikasies vir grondwetsvertolking, die identifikasie van 'n groter transnasionale konteks makliker te maak.

## 2.2 “Transnasionale kontekstualisering”

Regter Kriegler merk in *Sanderson v Attorney-General, Eastern Cape*<sup>17</sup> op dat “[b]oth the interim and the final Constitutions [...] indicate that comparative research is either mandatory or advisable”. Soos artikel 39(1)(b) en (c) van die 1996- (en artikel 35(1) van die oorgangs-) Grondwet dit stel, is slegs vergelykende navorsing aan te beveel (“advisable”), terwyl oorweging of inagneming van volkereg verpligtend is. Deur *volkereg*<sup>18</sup> en *buitelandse reg*<sup>19</sup> een en dieselfde onderskeidingsetiket van “vergelykende navorsing” om te hang, stel regter Kriegler hulle dus gelyk en smelt hy hulle saam. 'n Kritiese kyk op hierdie samesmelting stel 'n beginpunt daar om die gebruik van die terme *transnasionale konteks* en *kontekstualisering* in hierdie artikel te verduidelik.

Sowel die konstitusionalisering van volkereg as die internasionalisering van staatsreg is uitinge van 'n globalisering van die publiekreg en het die streng grense tussen munisipale of “binnelandse” staatsreg, buitelandse staatsreg en volkereg geredelikerwys deurdringbaar gemaak.<sup>20</sup> Om hulle intrinsieke verwantskap te erken en behoorlik daarmee en met die gevolge van die lewenskragtige interaksie tussen hulle rekening te hou, beteken egter nog lank nie dat 'n gepaste erkenning van die eiesoortigheid van elkeen laat vaar moet word nie. In grondwetsvertolking in Suid-Afrika is dit veral nodig om die onderskeid tussen (steun op) volkereg en (steun op) buitelandse reg te handhaaf, omdat die Grondwet vereis dat wanneer die menseregtehandves vertolk word, eersgenoemde in ag geneem “moet” word (artikel 39(1)(b)) terwyl laasgenoemde in ag geneem “kan” word (artikel 39(1)(c)). Soos voorheen op sterkte van 'n diktum van president Chaskalson in *S v Makwanyane*<sup>21</sup> aangetoon, *kan/mag* beide volke- en buitelandse reg ook by die vertolking van die res van die Grondwet in ag geneem word. Sowel die geskrewe grondwetteks (en artikel 39(1)(b) en (c) in besonder) as die grondwetlike presedentereg wat daarop uitbrei, voorsien egter nog nie alle moontlikhede nie. Buitelandse reg in 'n binnelandse konteks kan nooit meer as slegs *oorredingskrag* hê nie, terwyl sekere vorme van volkereg net *sobindend* of *voorskriftelik* kan wees (of word) soos munisipale reg. Dít plaas volkereg in 'n ander kategorie, en hiermee moet in grondwetsvertolking rekening gehou word en, om die waarheid te sê, in die vertolking en toepassing van alle reg.



Die rol van volkereg en buitelandse reg as twee verskillende gesagbronne in grondwetsvertolking in Suid-Afrika word vervolgens agtereenvolgens bespreek sonder om te kenne te gee dat dit onmoontlik is om hulle 'n generiese etiket om te hang. Dat beide volke- en buitelandse reg effek het, of kan hê, in grondwetsvertolking, is 'n manifestasie van 'n juridiese, en in die besonder 'n publiekregtelike, globalisering wat, soos voorheen aangetoon is, die feit beklemtoon dat 'n nasionale grondwet onvermydelik ingebed is óók in 'n transnasionale werklikheid verby die geografiese en regs- en grondwetlik gedefinieerde grense van die jurisdiksie wie se grondwet dit is.<sup>22</sup> Om volkereg en buitelandse reg by grondwetsvertolking te betrek, behels dus 'n generiese leesprosedure waarna heel gepas as *transnasionale kontekstualisering* verwys kan word. 'n Mens sou in plaas van *kontekstualisering* ook van *konteksgewing* kon praat, maar die tipering sou verstaan kon word om te impliseer dat die konteks (of veel daarvan) nie heeltemal 'n gegewe is nie (maar geskep moet word) – en dit is natuurlik nie die geval nie.

### 3. Volkereg

#### 3.1 Volkereg, globalisering en Suid-Afrika se “nuwe Grondwet”

Honderd jaar voor die koms van konstitusionele demokrasie na Suid-Afrika het 'n hof in die voormalige Zuid-Afrikaanse Republiekverklaar dat die munisipale reg van dié republiek

must be interpreted in such a way as not to conflict with the principles of international law [...] “[T]he state which disclaims the authority of international law places herself outside the circle of civilized nations.” It is only by a strict adherence to these recognized principles that our young state can hope to acquire and maintain the respect of all civilized communities, and so preserve its own national independence.<sup>23</sup>

Hierdie diktum is tekenend van 'n vasberadenheid om 'n opbouende rol te speel in internasionale aangeleenthede – iets wat Suid-Afrika gedurende die eerste helfte van die 20ste eeu as 'n getroue lid van die Volkebond en 'n stigterslid van die Verenigde Nasies inderdaad gedoen het.<sup>24</sup> Sedert die middel-veertigerjare van die vorige eeu is Suid-Afrika toenemend gekritiseer as gevolg van sy rassebeleid en het die land 'n voorste bydraer in die ontwikkeling van 'n nuwe volkereg ná die Tweede Wêreldoorlog geword – dít alles in 'n “negatiewe” sin, met ander woorde as die teiken van 'n groeiende korpus van volkeregtelike verdrags- en gewoontereg wat daarop gemik was om menseregte en rassegelykheid te bevorder en dekolonisasie aan te help.<sup>25</sup>

Partye in Suid-Afrika se vasberadenheid gedurende die negentigerjare van die vorige eeu om oor 'n vreedsame dog besliste oorgang na konstitusionele demokrasie te onderhandel, het tot uiting gekom in onder meer 'n openheid vir “invloede van buite” en, in die besonder, 'n positiewe houding teenoor volkereg as 'n potensieel vormende en informatiewe krag in die regsorde van 'n nuwe Suid-Afrika. Hierdie ondubbelsinnige houdingsverandering op 'n politieke vlak wat aanleiding gegee het tot onder meer die insluiting van artikel 35(1) in die

oorgangsgrondwet en artikels 39(1)(b) en (c) (en 233) in die 1996-Grondwet,<sup>26</sup> het ook in die grondwetlike regspraak weerklank gevind, soos blyk uit onder meer die konstitusionele hof se ruim en geredelike steun op volke- en buitelandse reg in grondwetsvertolking soos verwoord deur president Chaskalson in die riglyne neergelê in *S v Makwanyane*.<sup>27</sup>

'n Kenmerk van die meeste “nuwe” grondwetstekste is dat hulle opstellers sterk gesteun het op internasionale instrumente – veral menseregteverklarings en -konvensies – in die formulerig van 'n aansienlike aantal van hul bepalings. Vir vergelykende doeleindes word dikwels 'n onderskeid gemaak tussen “ou grondwette”, wat bestaan het voor belangrike internasionale dokumente soos die European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms van 1950, die International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights van 1966 en die International Covenant on Civil and Political Rights van 1966, en “nuwe grondwette”, wat swaar steun op die gemelde en soortgelyke instrumente. So 'n onderskeid mag besonder vrugbaar wees selfs al is dit nog so 'n bietjie ongewoon.<sup>28</sup> Die Duitse grondwet wat oor die algemeen beskou word as 'n “nuwe grondwet”, sal ingevolge hierdie onderskeid byvoorbeeld 'n “ou grondwet” wees.

Die Suid-Afrikaanse Grondwet, en veral die handves van regte, is 'n klein ensiklopedie van internasionale reg insake menseregte saamgestel uit verskeie internasionale verklarings, verdrae en konvensies.<sup>29</sup> Om hierdie rede alleen het volkereg 'n belangrike rol in die vertolking van die Grondwet, soos wat die sinvolle insluiting van 'n bepaling soos artikel 39(1)(b) suggereer.<sup>30</sup> Die konstitusionele hof moes sertifiseer dat die geskrewe teks van die finale Grondwet voldoen aan die XXXIV konstitusionele beginsels in bylae 4 tot die oorgangsgrondwet.<sup>31</sup> Beginsel II het vereis dat elkeen “alle universeel aanvaarde fundamentele regte, vryhede en burgerlike vryhede” moet geniet. Die hof se slotsom oor die teks wat vir sertifisering voorgelê is – en wat uiteindelik die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 sou word – was dat dit ten minste aan die standaard hier bo voldoen en dit in sommige opsigte selfs te bowe gaan.<sup>32</sup>

Om bepalings wat regstreeks aan volkereg telike dokumente en instrumente ontleen is in die geskrewe teks van 'n nasionale grondwet in te sluit, is 'n besonder kragtige manier om (byvoorbeeld) volkereg insake menseregte in die munisipale reg te inkorporeer. Dit gee aanleiding tot die interessante situasie dat grondwetsbepalings met hulle oorsprong in die volkereg ook met inagneming van die volkereg vertolk moet word. Daar kan gesteun word op erkende prosedures vir en hulpmiddels by die vertolking van volkereg – byvoorbeeld artikels 31-33 van die Vienna Convention on the Law of Treaties – om te bepaal wat “volkereg” in 'n gegewe situasie en/of met verwysing na 'n spesifieke kwessie is. Dit beteken egter nie dat die Suid-Afrikaanse Grondwet en handves van regte vertolk hoef te word asof hulle bronne van volkereg is nie: hulle moet vertolk word in ooreenstemming met erkende prosedures en leesstrategieë vir die vertolking van verordende munisipale reg met die nodige agting vir die status van die Grondwet as opperreg.<sup>33</sup> In die Suid-Afrikaanse konteks kan 'n grondwetsbepaling ontleen aan 'n volkereg telike bron dus vertolk word as sou dit 'n betekenis hê wat verskil van die aanvaarde betekenis daarvan in die volkereg. Dit is trouens denkbaar dat inagneming van (wat ook kan beteken “weighing the merits of”<sup>34</sup>) die volkereg,

inderdaad aanleiding kan gee tot so 'n ander vertolking van 'n menseregtebepaling in 'n nasionale handves van regte.

### 3.2 “Bindende” en “niebindende” volkereg

Artikel 39(1)(b) en (c) van die Suid-Afrikaanse Grondwet (waarna voorheen verwys is<sup>35</sup>) bevat bepalings wat nie gewoonweg in grondwette voorkom nie, en steun op die volkereg en buitelandse reg in grondwetsvertolking is moontlik sonder sodanige uitdruklike grondwetlike magtiging (maar dit beteken nie dat die insluiting van gemelde bepalings in die Suid-Afrikaanse Grondwet 'n onbenulligheid is nie). Meer algemeen en tipies maak grondwette voorsiening vir die erkenning en inkorporering van volkeregtelike verdragsreg en gewoontereg in die munisipale reg. Die bepalings in die Suid-Afrikaanse Grondwet wat daargestel is om hierdie oogmerke regstegnies te bereik, is artikels 231 en 232, waarna voorheen verwys is. Na volkereg wat aldus erken en geïnkorporeer word, word soms as “bindende volkereg” verwys om dit te onderskei van “niebindende volkereg”, dit wil sê daardie aansienlike korpus van volkereg wat nie as gevolg van die werking van artikels 231 en 232 binnelands geld nie. In ooreenstemming met president Chaskalson se fenomenale bevinding in *S v Makwanyane*<sup>36</sup> was sulke niebindende volkereg “public international law” vir die doeleindes van artikel 35(1) van die oorgangsgrondwet en daar kan met veiligheid aanvaar word dat dit so gebly het vir doeleindes van artikel 39(1)(b) van die 1996-Grondwet.<sup>37</sup> Streng gesproke is die term *niebindende volkereg* 'n Suid-Afrikanistiese naamfout, want daar is nie regtig iets soos *nie*-bindende volkereg nie.<sup>38</sup> Die grondwetlike opdrag om volkereg in grondwetsvertolking in ag te neem, maak byvoorbeeld alle volkereg “bindend”, nie in die sin dat dit sonder meer as reg *gehoorsaam* moet word nie, maar wel in sover dit die effek het dat dit wel deeglik *in ag geneem* moet word. Die vermoede in artikel 233 van die Grondwet, wat hier onder bespreek word,<sup>39</sup> kan 'n soortgelyke uitwerking hê. In die bespreking wat volg, word die term *niebindende volkereg* met die nodige voorbehoude gebruik soos die konstitusionele hof in *Makwanyane*<sup>40</sup> dit verstaan het, naamlik om te dui op volkereg wat nie erken en in die munisipale reg geïnkorporeer is kragtens artikels 231 en 232 van die Grondwet nie.

### 3.3 Enkele kritiese opmerkings oor die raamwerk-diktum in *Makwanyane*

Nadat die raamwerk-diktum die groen lig gegee het vir 'n beroep op sowel “bindende” as “niebindende” volkereg in grondwetsvertolking (die kwessie wat so pas bespreek is),<sup>41</sup> merk dit voorts op dat sowel bindende as niebindende volkereg 'n raamwerk daarstel waarbinne die handves van regte geëvalueer en verstaan kan word.<sup>42</sup> Hierdie deel van die diktum weerspieël 'n duidelike bereidwilligheid om die volkereg by die vertolking van die nasionale Grondwet te betrek. Weens hierdie houding, gekoppel aan 'n baie wye verstaan van wat *volkereg* in grondwetsvertolking behels,<sup>43</sup> word die Suid-Afrikaanse konstitusionele hof wêreldwyd gekomplimenteer met 'n “‘universalist interpretation’ of constitutional rights”.<sup>44</sup>

President Chaskalson haal John Dugard<sup>45</sup> aan as gesag vir sy bevinding, soos weerspieël in die eerste gedeelte van die raamwerk-diktum, dat – gegewe artikel 35(1) van die oorgangs-

(en tans artikel 39(1)(b) van die 1996-) Grondwet – ’n beroep op beide bindende en niebindende volkereg in grondwetsvertolking gemagtig is. Die implikasie hiervan is dat omtrent enige bron van volkereg by grondwetsvertolking betrek kan (en eintlik oorweeg moet) word – ook byvoorbeeld die European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms waartoe Suid-Afrika nooit ’n party kan word nie.

Neville Botha en Michéle Olivier<sup>46</sup> voer aan dat president Chaskalson verkeerdlik op ’n geskrif van Dugard gesteun het vir sy bevinding soos pas beskryf. Wat Dugard volgens die outeurs waarskynlik in gedagte gehad het, was die meer tradisionele bronne van die volkereg wat byvoorbeeld in artikel 38(1) van die Statute of the International Court of Justice erken word, en dit het Dugard skynbaar in ’n latere geskrif van hom bevestig.<sup>47</sup> Dit lyk dus of president Chaskalson die bron waarop hy gesteun het, verkeerd gelees het en as gevolg daarvan bindende (of voorskriftelike) reg *per errorem* neergelê het. Dit het nietemin mettertyd geblyk dat hierdie stukkie presedentereg van besondere gevolg en betekenis is in die evolusie van Suid-Afrika se nasionale reg insake menseregte wat regstreeks en in ’n monistiese trant uit bronne van die volkereg put.<sup>48</sup> Soos hier onder aangetoon sal word,<sup>49</sup> het die konstitusionele hof in *Azanian Peoples Organisation (AZAPO) v President of the Republic of South Africa*<sup>50</sup> van die *Makwanyane*-posisie getireer, maar mettertyd het dit geblyk ’n tydelike en ad hoc-afwyking te wees en openheid jeens – en ’n ruim mate van steun op – die volkereg is en het belangrike faktore gebly wat die regterlike ingesteldheid teenoor grondwetsvertolking in Suid-Afrika bepaal.

Vervolgens meer oor die tydelike aftog.

### **3.4 Die raamwerk-diktum gekompromitteer? AZAPO**

Die konstitusionele hof se uitspraak in die polities omstrede en verknorsingskeppende *Azanian Peoples Organisation (AZAPO) v President of the Republic of South Africa*,<sup>51</sup> met adjunkpresident Mahomed namens ’n eenparige hof aan die woord, is op 25 Julie 1996, een jaar, een maand en negentien dae na *Makwanyane*,<sup>52</sup> gelewer. Behalwe die afwesigheid van waarnemende regter Kentridge in *AZAPO* was die regterpaneel in albei sake dieselfde en albei uitsprake was eenparig. *AZAPO* het ongetwyfeld afgewyk van *Makwanyane* se onbevange steun op die volkereg in grondwetsvertolking. Meer nog: dit het klaarblyklik ook die hof se standpunt oor volkereg as raamwerk waarbinne die handves van regte geëvalueer en verstaan moet word, heeltemal omgekeer.<sup>53</sup> Ironies genoeg was *AZAPO* nie bedoel om enige sodanige téengevolge te hê nie, maar het dit eerder gekonsentreer op die politieke turksy van hoe om, op ’n grondwetlik aanvaarbare manier, die kwessie van amnestie vir die pleeg van gruweldade deur sowel eertydse protagoniste as eertydse antagonistte van apartheid te beredder.

’n Hoogs ongewone narede (*postamble*) waarmee Suid-Afrika se oorgangsgrondwet afgesluit is, het die nodigheid vir nasionale versoening en heling van die verdeeldhede van die verlede beklemtoon. Dit het voorts die vereiste verwoord dat amnestie verleen moet word met betrekking tot alle handelingte, lates en misdade wat met politieke doelstellings geassosieer

kan word en wat in die loop van die konflikte van die verlede gepleeg is. 'n Wet op die Bevordering van Nasionale Eenheid en Versoening<sup>54</sup> is vervolgens aangeneem, en dit het voorwaardes en prosedures vir aansoeke om, en die verlening van, amnestie neergelê. 'n Komitee is gemagtig om aan die plegers van menseregteskendings immunitie teen beide strafregtelike vervolging en siviele aanspreeklikheid te verleen op voorwaarde dat hul skendingshandelinge met politieke oogmerke (soos in die wet gedefinieer) in verband gebring kan word en dat alle tersaaklike feite omtrent sodanige handelinge ten volle openbaar gemaak word. Artikel 20(7) van die wet het bepaal dat individuele immunitie teen strafregtelike en siviele aanspreeklikheid die gevolg sal wees van 'n suksesvolle amnestie-aansoek. Voorts is die staat en ander liggame, organisasies en persone gevrywaar teen middellike aanspreeklikheid ten opsigte van handelinge waarvoor amnestie verleen is.

AZAPO, die applikant, het die grondwetlikheid van artikel 20(7) aangeveg op grond daarvan dat dit elkeen se “reg om beregbare geskille deur 'n geregshof of, waar toepaslik, 'n ander onafhanklike en onpartydige forum te laat besleg”, aantast. Hierdie reg was in artikel 22 van die oorgangsgrondwet verskans.<sup>55</sup> AZAPO het aangevoer dat die volkereg, en in die besonder 'n reeks Geneefse konvensies, van 'n staat vereis om die plegers van erge menseregteskendings te vervolg. Artikel 20(7) was dus, so is aangevoer, 'n skending van die volkereg.<sup>56</sup> Kragtens die gemelde konvensies “[t]he High Contracting Parties undertake to enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for persons committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches [...]”

Die konstitusionele hof (per adjunkpresident Mahomed) is van oordeel dat “[t]he issue which falls to be determined in this Court is whether section 20(7) of the Act is inconsistent with the Constitution” en “the enquiry as to whether or not international law prescribes a different duty is irrelevant to that determination”.<sup>57</sup> Artikel 35(1) van die oorgangsgrondwet (die voorganger van artikel 39(1)(b) van die 1996-Grondwet) maak volgens adjunkpresident Mahomed maar net die hof daarop attent “only to ‘have regard’ to public international law if it is applicable to the protection of the rights entrenched in the chapter” (dit wil sê regte verskans in die oorgangshandves van regte).<sup>58</sup> Dit sou beteken dat slegs volkereg “bindend” kragtens die staatsregstegniese bepalings in artikel 231 van die oorgangs- en artikels 231 en 232 van die 1996-Grondwet “volkereg” (“public international law”) vir doeleindes van artikel 35(1) van die oorgangs- en artikel 39(1)(b) van die 1996-Grondwet is. Dit is 'n verreikende ontkrigting (indien nie 'n totale omverwerping nie) van (die regseffek van) president Chaskalson se raamwerk-diktum in *Makwanyane*.<sup>59</sup> Adjunkpresident Mahomed hanteer nie sowel “bindende” as “niebindende” volkereg as 'n raamwerk waarbinne die handves van regte geëvalueer en verstaan kan word nie - dit lyk of, na sy (en die hof se) oordeel, slegs bindende volkereg wat volgens die staatsregstegniese bepalings van die Grondwet volkereg is, kwalifiseer om in ag geneem te word wanneer die handves van regte vertolk word. Die internasionale raamwerk vir handvesvertolking is dus beduidend ingeperk, soseer dat dit bepalings soos artikel 35(1) van die oorgangs- en artikel 39(1)(b) van die 1996-Grondwet oorbodig maak, want howe, tribunale of forums is in elk geval verplig om bindende volkereg te volg: daar is geen nodigheid vir verdere bepalings om hulle aan te moedig om dit te doen nie.

### 3.5 Die raamwerk in ere herstel? Grootboom

Gelukkig het AZAPO binne die groter prentjie van die konstitusionele hof se presedentegesiedenis nie onomkeerbaar, of selfs beduidend, afbreuk gedoen aan die hof se kenmerkend universalistiese houding teenoor volkereg in grondwetsvertolking nie<sup>60</sup> en *Government of the RSA v Grootboom*<sup>61</sup> – ’n sleuteluitspraak oor die bereikbaarheid van sosio-ekonomiese regte – demonstreer dit treffend. Dié saak het gegaan oor 510 kinders en 390 volwassenes se artikel 26 grondwetlike reg op voldoende basiese skooling of huisvesting hangend die verkryging van permanente huisvesting nadat hulle uit hulle informele huise gesit is. Die informele huise waaruit hulle gesit is, was geleë op privaatgrond wat vir formele laekoste-behuising geoormerk was.

In sy vertolking van artikel 26 van die Grondwet (wat elkeen se reg op toegang tot geskikte behuising verskans<sup>62</sup> en die staat verplig om redelike wetgewende en ander maatreëls te tref om binne die bestek van beskikbare middele die verwesenliking van hierdie reg te bereik)<sup>63</sup> slaan regter Yacoob, wat die hof se uitspraak gelewer het, onder meer ag op bronne van die volkereg en haal president Chaskalson se raamwerk-diktum in *Makwanyane*<sup>64</sup> instemmend aan onderhewig aan die toevoeging van ’n beduidende kwalifikasie:<sup>65</sup>

The relevant international law can be a guide to interpretation but the weight to be attached to any particular principle or rule of international law will vary. However, where the relevant principle of international law binds South Africa, it may be directly applicable.

Die hof handhaaf dus die onderskeid tussen volkereg bindend op Suid-Afrika en ander bronne van die volkereg wat naas die bindende reg in ag geneem moet word in grondwetsvertolking, en met AZAPO<sup>66</sup> in gedagte kan ’n mens selfs sê dat hy dit in ere herstel. Die hof se uitspraak konsentreer sterk op artikels 11.1 en 2.1 van die International Covenant on Economic, Social en Cultural Rights (ICESCR) en vertolkingsrelevante formuleringsverskille tussen hierdie artikels en artikel 26 van die Suid-Afrikaanse Grondwet word uitgewys.<sup>67</sup> Die hof is egter ook van oordeel dat algemene opmerkings wat die United Nations Committee on Economic, Social en Cultural Rights oor die vertolking van die ICESCR vrygestel het, “constitute a significant guide to the interpretation of section 26”.<sup>68</sup> Die doel van die komitee, wat uit 18 onafhanklike kundiges bestaan, is om die United Nations Economic en Social Council by te staan om verantwoordelikhede rakende die implementering van die ICESCR na te kom. Die hof laat hom lei deur die komitee se algemene opmerkings om te probeer bepaal wat die begrip *a minimum core* (’n *minimum kern*) ten aansien van sosio-ekonomiese regte behels. Deur dit te doen is die *Makwanyane*-standaard oor inagneming van niebindende volkereg nie alleen herstel nie, maar dit is ook verder ontwikkel om, op sterkte van gesonde verstand, ruimte te laat vir beroep op ’n teks wat nie noodwendig *voorskriftelike volkereg* is nie.

### 3.6 Enkele ander tersaaklike uitsprake

*Makwanyane*,<sup>69</sup> *AZAPO*<sup>70</sup> en *Grootboom*<sup>71</sup> stel 'n spesifieke (en waarskynlik die leidende) storielyn in die presedentregtelike narratief van die konstitusionele hof se steun op volkereg in grondwetsvertolking daar. Nie heeltemal binne hierdie storielyn nie, maar nogtans ter ondersteuning daarvan, is enkele uitsprake van die hof waarin 'n bepaalde regterlike ingesteldheid oor die hantering van sekere menseregtekweessies, en in samehang daarmee steun op die volkereg, na vore tree. So 'n ingesteldheid is uiteindelik relevant vir die manier waarop die hof volkereg beide vir doeleindes van artikel 39(1)(b) van die Grondwet en ander gevalle van grondwetsvertolking daarbenewens in ag neem.

Die minderheidsuitspraak van regter Sachs in *Ex parte Gauteng Provincial Legislature. In re: Dispute Concerning the Constitutionality of Certain Provisions of the Gauteng School Education Bill of 1995*,<sup>72</sup> waarmee die meerderheid van die konstitusionele hof nie noodwendig verskil nie, wys byvoorbeeld hoe afgemete steun op (tersaaklike) volkereg tot die oplossing van 'n omstrede kwessie of kwessies in die nasionale politiek kan bydra –*in casu* het dit gegaan oor ontwerpwetgewing wat, volgens die petisionarisse in die saak, nie die nodige waarborge gebied het aan leerders dat sekere van hulle regte onder die Grondwet behoorlik beskerm sal word nie. Die regte ter sprake was die reg op moedertaalonderrig<sup>73</sup> en die reg om opvoedkundige inrigtings gebaseer op 'n gemeenskaplike kultuur, taal en godsdiens op te rig<sup>74</sup> – albei onderhewig aan die vereiste van prakties redelike uitvoerbaarheid.

Regter Sachs betrag die petisionarisse se bewerings in die breë plaaslik-historiese en grondwetlike konteks<sup>75</sup> en maak vier aannames in hulle guns. Hierdie aannames kontekstualiseer hy en weeg hulle op teen drie belangrike oorwegings wat die Grondwet uitlig.<sup>76</sup> Dit word gevolg deur 'n inskatting van die eintlike grondwetsbepaling wat die regte verskans wat na bewering geskend is, aan die hand van ses universeel aanvaarde beginsels afkomstig uit volkeregtelike bronne insake die beskerming van minderhede.<sup>77</sup> Dié beginsels is in die nasionale konteks gesitueer. Die aldus behoorlik gekontekstualiseerde interaksie van die internasionale en nasionale reg insake menseregte bring regter Sachs tot die gevolgtrekking dat die petisionarisse se bedenkinge ongegrond was.

Volkereg kan sterk op die voorgrond tree waar die beskerming van die regte van kwesbare individue wat hulle op vreemde bodem bevind, in die gedrang is. In *Mohamed v President of the RSA*<sup>78</sup> het die konstitusionele hof te kampe gehad met die onwettige uitlewering van 'n buitelandse burger aan die Verenigde State van Amerika se veiligheidsdienste. Hy was na bewering betrokke by 'n bomaanval op die Amerikaanse ambassade in Tanzanië waarvoor die Amerikaanse owerhede wou gehad het dat hy (in Amerika) moet teregstaan. Die hof veroordeel hierdie uitlewering, wat as die deportasie van 'n onwettige immigrant vermoed is, ten sterkste en dring onwrikbaar (dog ongelukkig natydig) aan op 'n noukeurige nakoming van die behoorlike regsproses in sulke gevalle, wat *in casu* sou moet insluit die verkryging van 'n onderneming van die Amerikaanse owerhede dat die buitelandse burger nie tereggestel sal word indien hy eventueel in Amerika skuldig bevind word nie.<sup>79</sup>

*Kaunda v President of the RSA (2)*<sup>80</sup> het, soos AZAPO,<sup>81</sup> polities 'n dilemma geskep. Negeen-sestig applikante, almal Suid-Afrikaanse burgers, is in Zimbabwe gearresteer en aangehou en toe aangekla van verskeie misdrywe wat met hulle beweerde betrokkenheid by 'n sameswering om die regering van Ekwatoriaal-Guinee omver te werp, verband hou. Die hof is genader om 'n bevel wat die Suid-Afrikaanse regering sou verplig om ten behoeve van die applikante in te gryp ten einde hulle vrylating of uitlewering aan Suid-Afrika te verseker en om hulle te beskerm teen aanranding en aanhouding in aaklige omstandighede terwyl hulle nog in Zimbabwe was (en teen die risiko van 'n doodsvonnis sou hulle eventueel aan Ekwatoriaal-Guinee uitgelewer word). 'n Meerderheid van die konstitusionele hof haal by monde van hoofregter Chaskalson artikel 232 van die Grondwet aan – om daarmee te kenne te gee dat hulle op volkeregtelike gewoontereg steun – en die reg op diplomatieke beskerming van hierdie Suid-Afrikaanse burgers op vreemde bodem eng vertolk met die bevinding dat “[t]raditionally, international law has acknowledged that States have the right to protect their nationals beyond their borders but are under no obligation to do so”.<sup>82</sup>

Die hof heg besondere waarde aan die mening van 'n spesiale rapporteur van die International Law Commission oor die betekenis van *diplomatieke beskerming (diplomatic protection)*<sup>83</sup> en kom tot die gevolgtrekking dat ingevolge huidige volkeregtelike gewoontereg diplomatieke beskerming nie erken word en nie afgedwing kan word as 'n fundamentele mensereg nie. Diplomatieke beskerming bly 'n prerogatief van die staat wat volgens laasgenoemde se diskresie uitgeoefen moet word.<sup>84</sup>

### 3.7 'n Onderbenutte vermoede

In artikel 233 van die Grondwet is 'n lank reeds bestaande gemeenregtelike vermoede van wetsuitleg vergrondwetlik.<sup>85</sup> Van “elke hof” wat wetgewing vertolk, word vereis om voorkeur te gee aan enige redelike vertolking van 'n wet wat in ooreenstemming is met die volkereg bo enige alternatiewe vertolking wat nie in ooreenstemming met die volkereg is nie. Erasmus vestig tereg die aandag daarop dat artikel 233, anders as die konvensionele vermoede, geld selfs waar daar geen dubbelsinnigheid is in die taal van die wetsbepaling wat vertolk moet word nie – al wat nodig is vir die artikel om van krag te wees, is die bestaan van volkereg wat handel oor die onderwerp of kwessie onder oorweging waarteen verskillende vertolkingsuitkomstige opgeweg kan word.<sup>86</sup>

Ofskoon dit 'n baie nuttige en betekenisvolle vertolkingshulpmiddel is, is sedert die inwerkingtreding van die Grondwet nog net twee keer na artikel 233 in die konstitusionele hof se gerapporteerde regspraak verwys, naamlik (so half in die verbygaan) deur regter Sachs in *S v Baloyi*<sup>87</sup> om sy voorkeurvertolking van 'n wetsbepaling te regverdig, en deur hoofregter Chaskalson in *Kaunda v President of the RSA (2)*.<sup>88</sup> Artikel 233 noem slegs die interpretasie van wetgewing uitdruklik, maar in laasgenoemde uitspraak kom die konstitusionele hof tot die gevolgtrekking dat die vermoede wat die artikel skep, “must apply equally to the provisions of the Bill of Rights and the Constitution as a whole”.<sup>89</sup> Die hof stel artikel 233 gelyk aan artikel 39(1)(b) van die Grondwet, en dit kan gebeur slegs indien “volkereg” in die twee artikels dieselfde beteken. Artikel 233 het dan tot gevolg dat, in die



vertolking van die Grondwet (insluitend die handves van regte), dit nooit opsioneel is om behoorlik ag te slaan op “niebindende” volkereg nie: sodanige reg sal, om die waarheid te sê, van toepassing wees wanneer ook al die vermoede nie weêrlê is nie! (“Bindende volkereg” ingevolge artikels 231 en 232 van die Grondwet is natuurlik in elk geval van toepassing.)

Een gevolg van hierdie verreikende vertolking is dat artikel 39(1)(b) oorbodig kan word, aangesien artikel 233 ook op die handves van regte van toepassing is. Daar is drie moontlike maniere om hierdie gevolg te vermy. Eerstens kan artikel 233 verstaan word as sou dit slegs na “bindende” volkereg verwys; tweedens kan die artikel verstaan word as sou dit van toepassing wees op slegs die vertolking van wetgewing en nie van die handves van regte ook nie; derdens, en kragtens die stelreël *generalia specialibus non derogant*,<sup>90</sup> kan artikel 39(1)(b) gesien word as ’n spesifieke vorige wetsbepaling wat op die handves van regte in die besonder betrekking het en daarom onaangeroerd gelaat is deur artikel 233, ’n algemene bepaling soortgelyk in inhoud maar wat betrekking het op die Grondwet as ’n geheel. Wat die konstitusionele hof in *Kaunda*<sup>91</sup> oor artikel 233 sê, sluit moontlikheid een uit, sluit twee nie uit nie, maar verleen ook nie juis sterk steun aan hierdie hoogs beperkte moontlikheid nie, en is heel waarskynlik ’n verwoording van voorkeur aan moontlikheid drie.

Artikel 233 kan natuurlik aanwending vind slegs waar daar inderdaad volkereg bestaan waarteen alternatiewe wets- en/of grondwetsvertolkende uitkomstetoets kan word. Aan die ander kant, om nie die vermoede toe te pas waar sodanige volkereg wel bestaan nie, is ’n regsdwaling soos wat Gerhard Erasmus<sup>92</sup> met verwysing na sodanige versuim in die uitspraak van die hoogste hof van appèl (by monde van appèlregter Lewis) in *A M Moola Group Ltd v Commissioner, South African Revenue Service*<sup>93</sup> tereg uitwys. Gegewe die skrapsheid van verwysings na artikel 233 in die gerapporteerde regspraak is daar goeie rede om te vermoed dat Suid-Afrikaanse howe hierdie fout heel gereeld begaan!

Naas die uitsprake van die konstitusionele hof in *Baloyi*<sup>94</sup> en *Kaunda*<sup>95</sup> waarna hier bo verwys is, het howe wat laer in rang is, in twee sake taamlik sydelings na artikel 233 verwys. In *Seton CO v Silveroak Industries Ltd*<sup>96</sup> bevind ’n Gautengse hoë hof dat omdat ’n Suid-Afrikaanse wet op ’n sekere konvensie gebaseer is en baie lande die konvensie in hulle munisipale wetgewing geïnkorporeer het, die interpretasie van die konvensie deur die betrokke lande se howe oordedende krag in Suid-Afrikaanse howe het – en hiervoor, meen die hof, is artikel 233 gesag.

In *Mzoku v Volkswagen SA (Pty) Ltd*<sup>97</sup> haal die arbeidsappèlhof artikel 233 aan ter ondersteuning van ’n siening dat ’n Suid-Afrikaanse wet vertolk moet word “in compliance with public international obligations of the Republic”. Dit doen egter geen afbreuk aan ’n hof se verantwoordelikheid om die bepalings van ’n wet so te vertolk dat aan die primêre doelstellings daarvan gevolg gegee en die eise van die Grondwet nagekom word nie.

### 3.8 Volkereg en die vorming van “nuwe” munisipale reg

Volkereg kan op verskillende wyses tot die vorming van nuwe munisipale staatsreg en munisipale reg betreffende die beskerming van menseregte bydra. Ter illustrasie hiervan twee voorbeelde: die eerste, met betrekking tot die gebruik van *travaux préparatoires* in wets- en grondwetsvertolking, heel gewoon en enigermate tegnies (dalk selfs so ’n bietjie van ’n geluiskoot – onbeholpenheid ten spyte), en die tweede, met betrekking tot die bereikbaarheid van fundamentele regte benewens die klassieke vryheidsregte, ’n geval van beduidende transformasie.

#### 3.8.1 *Travaux préparatoires*

Soos voorheen aangetoon, het die konstitusionele hof in *S v Makwanyane*<sup>98</sup> by monde van president Chaskalson bindende riglyne neergelê vir ’n beroep op volkereg in grondwetsvertolking (veral ingevolge artikel 39(1)(b) van die Grondwet), en daardeur nuwe reg, ook volkereg, geskep. Dat volkereg ook tot die vorming van nuwe munisipale reg kan bydra, word treffend geïllustreer deur die hof se bevindings in *Makwanyane* aangaande ’n beroep op *travaux préparatoires* in grondwets- (en wets-) vertolking. Die hof moes besluit of verwys sou kon word na die geskiedenis van die opstel van die oorgangsgrondwet om te probeer vasstel waarom geen *eo nomine*-verwysing na die doodstraf in die geskrewe teks van daardie grondwet ingesluit is nie. Die doodstraf was ’n baie omstrede kwessie in die geledere van die grondwetlike onderhandelaars en opstellers van die oorgangsgrondwet, en hulle het uiteindelik gekies vir ’n “Salomoniese oplossing” (“Solomonic solution”)<sup>99</sup> van die twispunt deur dit in die teks van die oorgangsgrondwet dood te swyg en dit uit en uit aan die konstitusionele hof oor te laat om uiteindelik oor die grondwetlikheid van hierdie strafvorm die dobbelsteen te werp.<sup>100</sup> Gevolglik ag president Chaskalson dit noodsaaklik om in die *Makwanyane*-saak kennis te neem van die totstandkoming van die geskrewe teks van die oorgangsgrondwet ten einde ’n greep op die vertolkingsimplikasies van die grondwetmakers se stilswye oor die doodstraf te kry. In ’n poging om sodanige steun op voorafgaande beraadslagings (“preceding deliberations”) te regverdig, het die hof te staan gekom voor ’n Suid-Afrikaanse gemenerereg insake wetsvertolking wat tradisioneel geneig het om ontoeskietlik te wees oor steun op voorbereidende materiaal in die vertolking van verordende reg, maar dit tog ook nie heeltemal uitgesluit het nie.<sup>101</sup> Die hof het die konvensionele *common law*-bepelings oorstyg met president Chaskalson wat aanvoer dat steun op *travaux préparatoires* gepas is in grondwetsvertolking omdat dit aanvaar word in ander lande “in which the Constitution is [...] supreme law” – en hy gee voorbeelde.<sup>102</sup> “The European Court of Human Rights and the United Nations Committee on Human Rights,” vervolg hy, “all allow their deliberations to be informed by *travaux préparatoires*.”<sup>103</sup> Hy haal artikel 32 van die Vienna Convention on the Law of Treaties van 1969 as gesag aan vir die bewering dat aldus op *travaux préparatoires* gesteun mag word – ook in grondwetsvertolking. Hierdie Weense “konvensie oor konvensies” is “volkereg” soos in artikel 35(1) van die oorgangs- (en artikel 39(1)(b) van die 1996-) Grondwet voorsien, maar artikels 31-33 van die konvensie is volkereg toepasbaar (slegs, of ten minste primêr) op die vertolking van *internasionale* dokumente en instrumente (“verdrae”) en nié ook op die

vertolking van nasionale grondwette nie. Aangesien die konstitusionele hof, as Suid-Afrika se hoogste hof in grondwetlike aangeleenthede, beslis – waarskynlik *per errorem* – dat daar op die “konvensie oor konvensies” gesteun mag word om vertolking van Suid-Afrika se Grondwet en handves van regte te begelei (en selfs te lei), het hierdie bevinding deel geword van die geldende reg insake wets- en grondwetsvertolking in Suid-Afrika – ’n oordedende volkereg-tekst het deur regterlike regsvoorming dus volstrek bindende munisipale reg geword.

### 3.8.2 Die bereikbaarheid van regte benewens klassieke vryheidsregte

Reeds uit die bespreking van *Grootboom*<sup>104</sup> hier bo<sup>105</sup> is dit duidelik dat volkereg in Suid-Afrika bepaald ’n vormende impak gehad het (en steeds het) op regsreëlinsake (om die taal van artikel 7(2) van die Grondwet te gebruik) eerbied vir en die beskerming, bevordering en verwesenliking van fundamentele regte – ook regte anders as die klassieke vryheidsregte.<sup>106</sup> ’n Transnasionale diskoers oor die bereikbaarheid van hierdie “ander regte” het die weg gebaan vir die volkereg om die gemelde impak te hê. Ook het die insluiting van sulke regte in die Suid-Afrikaanse handves van regte (dikwels in feitlik dieselfde terme as wat hulle in volkeregtelike bronne voorkom) taboes oor hulle bereikbaarheid op nasionale vlak toenemend bevestig. Hier is veral ter sake gesigspunte wat die tref van ’n onderskeid tussen verskillende “generasies” fundamentele regte<sup>107</sup> ten grondslag lê en wat aanvanklik in ’n volkeregskonteks beslag gekry het.<sup>108</sup> Mettertyd is ingesien dat hierdie gesigspunte ewe relevant vir munisipale reg is wat op die bereikbaarheid van (generasies) fundamentele regte anders as klassieke vryheidsregte betrekking het.

In die skema van generasies van menseregte is die eerste-generasie-regte (ook soms “blou regte” genoem) die tradisionele vryheidsregte wat meestal die vorm van afweersregte aanneem en wat eerbied en beskerming van die staat verg. Die tweede-generasie-regte (“rooi regte”) is sosio-ekonomiese, sosiale en kulturele regte wat (proaktief) deur die staat bevorder moet word en vir die verwesenliking waarvan die staatsbeleid en -praktyk moontlikhede moet skep. Ook op die vlak van proaktiewe bevordering en die skepping van verwesenlikingsmoontlikhede lê die derde-generasie-regte (“groen regte”) met ’n sterk kollektiewe karakter. Dit sluit in die regte op ’n gesonde omgewing, op selfbeskikking, op ontwikkeling en vrede en die bevoegdheid van volkere om oor hulle eie natuurlike rykdom te beskik. Nuut in die internasionale debat is die verskyning van ’n vierde-generasie fundamentele reg op demokrasie wat deur ander tersaaklike menseregte gerugsteun word. Dat laasgenoemde reg onderskraging deur ander fundamentele regte behoef, beklemtoon die feit dat vrugbare wisselwerking tussen fundamentele regte in nasionale en transnasionale konteks vir albei se verwesenliking nodig is.

Die erkenning van die bereikbaarheid van tweede-, derde- en vierde-generasie-menseregte in Suid-Afrika is dus in ’n transnasionale groeibodem gewortel, maar dra al hoe meer vrugte in ’n nasionale konteks waar behoefte aan ontwikkeling van die reg insake die beskerming van fundamentele regte benewens die klassieke vryheidsregte, steeds groot is.

### 3.9 Voorlopige gevolgtrekkings met betrekking tot die rol van volkereg

Dat geredelik op volkereg gesteun word in grondwetsvertolking in Suid-Afrika, beteken nie dat volkereg altyd met ewe veel onvermengde gretigheid en optimale effek in spel gebring word nie. Daar is soms huiwering te bespeur onder nasionale grondwetlike rolspelers om te aanvaar dat – soos oraloor die geval is – volkereg nasionale grondwette en munisipale reg somtyds kan troef.<sup>109</sup> Uit die oorsig van presedentereg hier bo het geblyk dat veral (i) tekortkominge in regterlike kapasiteit om met volkeregtelike kwessies te handel, asook (ii) (in sommige gevalle) ’n oorwig van huishoudelike politieke druk faktore van tyd tot tyd ’n ongewenste (dog nie-fatale) impak op die regterlike omgaan met volkereg in Suid-Afrika gehad het.

Gebrekkige kapasiteit – (i) hier bo – is soms verantwoordelik vir ’n ongeneentheid om in grondwetlike gedingvoering langs die weg van artikels 231-233 regstreekse toegang tot die volkereg te probeer kry. Beregters van grondwetlike geskille het sover verkies om volkereg eerder “in ag te neem” ingevolge artikel 39(1)(b) van die Grondwet. Die betreurenswaardige ondergebruik van artikel 233 as ’n (potensieel) waardevolle hulpmiddel in wets- en grondwetsvertolking is (soos aangetoon) ’n gevolg van hierdie voorkeur.<sup>110</sup>

Streng gesproke sou ’n mens kon redeneer dat artikel 39(1)(b) nie van toepassing is op die vertolking van verordende reg anders as die handves van regte (hoofstuk 2 van die Grondwet) nie: die inleidende sin tot artikel 39 verwys slégs na die vertolking van die handves. Dit sou beteken dat artikels 231-233 – en nie artikel 39(1)(b) nie – die eintlik toepaslike bepaling is om volkereg op die toneel te plaas wanneer “ander reg”, insluitend bepalinge van die Grondwet buite hoofstuk 2, vertolk moet word. Optimaal benut kan artikels 231-233 oortuigende motiverings en kragtige meganismes bied om volkereg in grondwetlike en ander vorme van beregting te betrek. Daarmee wil ek nie te kenne gee dat ek my vereenselwig met ’n standpunt wat ’n beroep op artikel 39(1)(b) slegs vir gevalle van handvesvertolking in ’n eng en oënskynlik direkte sin reserveer nie. Die vertolking van grondwetsbepalinge buite hoofstuk 2 kan veelseggende gevolge hê vir die vertolking van bepalinge wat deel van hoofstuk 2 vorm. Artikel 173 van die Grondwet, wat hoë houe magtig om die gemenerereg te ontwikkel na die eise van wat in belang van geregtigheid is, is ’n goeie voorbeeld van so ’n bepaling.<sup>111</sup>

Ontoereikende regterlike kapasiteit in die implementering van volkereg het nie slegs skadelike gevolge gehad nie, maar het ook, soos aangetoon, tot heel kreatiewe regskepping gelei (die feit dat dit dikwels *per errorem* was vir ’n wyle daargelaat).<sup>112</sup> Foute wat in die proses gemaak en regsdwalinge wat begaan is, was (om die waarheid te sê) bevorderlik vir steun op die volkereg in grondwetsvertolking. Hierdie toevallig gunstige uitkomstige regverdig egter nie ’n onverskillige en onvanpaste omgaan met volkereg in ’n onderneming wat so deurslaggewend betekenisvol soos grondwetsvertolking is nie.

Wat (ii) hier bo betref, illustreer *AZAPO*<sup>113</sup> hoedat politieke druk faktore plaaslik ’n hof (en *in casu* in besonder die konstitusionele hof) se andersins gunstige en vrygewige omgaan met

volkereg kan kompromitteer.<sup>114</sup> AZAPO is al beskryf as 'n "politieke" (en verpolitiseerde) uitspraak om daarmee die konstitusionele hof se grotendeels onbevredigende hantering van volkereg in die betrokke saak te probeer verklaar.<sup>115</sup> Maar dit is 'n oorvereenvoudigde poging. Graadgewys was *Makwanyane*<sup>116</sup> ruim net so "polities" soos wat AZAPO was, want van die konstitusionele hof is verwag om 'n funksie te vervul (en 'n dobbelsteen te werp) waarvoor politici (weens onoorkomelike verskille onderling) nie kans gesien het en waarskynlik ook nie opgewasse was nie – en die hof was die politici heelhartig ter wille en het terselfdertyd die geleentheid aangegryp om standpunte oor sleutelkwessies betreffende grondwetsvertolking en -beregting te artikuleer. Onder hierdie kwessies tel die gepaste gebruik van volkereg. Regspraak oor menseregte wat grondwetlike hersiening behels, is in elk geval altyd "polities".<sup>117</sup> *Makwanyane* was uiteindelik 'n regterlike *tour de force* – 'n "bold assertion of constitutional rights and powers"<sup>118</sup> – omdat die konstitusionele hof gesalf en gemagtig is as die koning Salomo wat oor dié polities omstrede twispunt van aansienlike omvang en intensiteit uitsluitel moes gee. Wat gevolg het, was 'n rigtinggewende baanbrekersuitspraak waarvan die eindresultaat tot vandag toe nog waarskynlik in 'n populêre referendum nie die steun van die meerderheid van die bevolking sal geniet nie. Onder faktore wat deurslaggewend was vir die konstitusionele hof se slotsom in *Makwanyane*, tel (heel prominent) steun op die volkereg.

Daarteenoor het die vraag waaroor AZAPO gehandel het, naamlik die grondwetlike houdbaarheid van amnestie vir die pleeg van apartheidsgrowels jeens (eertydse) politieke opponente, rou wonde oopgekrap. Amnestie het sentraal gestaan in die polities onderhandelde waarheid-en-versoeningsproses in Suid-Afrika en is gesien as sleutel tot 'n "nuwe" demokrasie wat die verlede gedenk sonder om toe te laat dat dit die toekoms oorskadu. Indien die konstitusionele hof in AZAPO sou gesteun het op volkereg in dieselfde mate en op dieselfde wyse as wat dit in *Makwanyane* gedoen het, sou dit tot die gevolgtrekking moes gekom het dat artikel 20(7) van die Wet op die Bevordering van Nasionale Eenheid en Versoening ongrondwetlik was. Sou die hof dan op grond van hierdie bevinding die gewraakte wetsbepaling geskrap het, sou die hele waarheid-en-versoeningsproses ongetwyfeld in duie gestort het, met ysingwekkende gevolge vir die omvattender projek van 'n versigtig-onderhandelde, vreedsame oorgang na konstitusionele demokrasie in Suid-Afrika.

Voorheen<sup>119</sup> is daarop gewys dat AZAPO nie onomkeerbare afbreuk gedoen het aan die konstitusionele hof se oop benadering tot die gebruik van volkereg in grondwetsvertolking nie, soos wat die *Grootboom* uitspraak<sup>120</sup> – wat oor 'n intens politieke kwessie soos die bereikbaarheid van sosio-ekonomiese regte handel – so treffend illustreer.

*Kaunda*<sup>121</sup> het die konstitusionele hof weer eens in 'n politieke dilemma geplaas. Komplekse diplomatieke verhoudings met 'n buurstaat was op die spel. Die hof se politieke predikament word weerspieël deur 'n atipiese ingehoudenheid om te put uit – en 'n oordrewe beperkende vertolking van – volkeregtelike bronne. Politieke druk faktore het nogeens hul tol geëis!

Aan die ander kant kan ook geput word uit die volkereg om politieke omstredenhede op nasionale vlak te help bereedder. Dit geld in 'n besondere mate vir kwessies wat ook 'n regstreekse volkeregtelike relevansie het. Van hierdie verskynsel is regter Sachs se minderheidsuitspraak in die *Gauteng Schools*-saak,<sup>122</sup> wat die implikasies van selfbeskikking vir minderheidsgroepe op 'n deurslaggewend belangrike terrein oorweeg het, 'n sprekende voorbeeld van hoedat politieke omstredenhede tot 'n versigtig beredeneerde (en insiggewende) uitspraak aanleiding kan gee.

*Mohamed* weer wys dat beregting met verreikende gevolge buite die grense van 'n nasionale hof aan so 'n hof die geleentheid kan bied om aan die wye wêreld oor te dra hoe dit van plan is om, binne 'n bepaalde "huishoudelike" jurisdiksiegebied, konstitusionele demokrasie te handhaaf op 'n wyse wat samewerking en mettertyd ook respek van eweknieë in ander jurisdiksies kan bewerkstellig

#### 4. Grondwetlike vergelykingsarbeid<sup>123</sup>

##### 4.1 Vergelykingsgelowiges en -ongelowiges

I have found comparative law to be of great assistance in realizing my role as a judge. The case law of the courts of the United States, Australia, Canada, the United Kingdom, and Germany have helped me significantly in finding the right path to follow. Indeed, comparing oneself to others allows for greater self-knowledge. With comparative law, the judge expands the horizon and the interpretive field of vision. Comparative law enriches the options available to us.

Hierdie opmerkings van 'n Israeliese oudhoofregter, Aharon Barak,<sup>124</sup> laat grondwetlike vergelykingsarbeid vanselfsprekend en selfs onvermydelik lyk. Suid-Afrikaanse howe (en die konstitusionele hof in besonder) openbaar in hul gebruik van vergelykende (buitelandse) bronne meestal 'n soortgelyke bereidwillige openheid teenoor steun op die volkereg. Heel welsprekend verwoord regter O'Regan in *K v Minister of Safety and Security*<sup>125</sup> hierdie openheid, gedissiplineer deur koelkop ewewigtigheid, soos volg (en dit is die moeite werd om haar volledig aan te haal):

There can be no doubt that it will often be helpful for our courts to consider the approach of other jurisdictions to problems that may be similar to our own. Counsel for the respondent argued that because our common-law principles of delict grew from the system of Roman-Dutch law applied in Holland, a province of the Netherlands, in the 17th century, we should not have regard to judgments or reasoning of other legal systems. He submitted that the conceptual nature of our law of delict, based as it is on general principles of liability, is different from the casuistic character of the law of torts in common-law countries. These differences, he submitted, render reliance on such law dangerous. Counsel is correct in drawing our attention to the different conceptual bases of our law and other legal systems. As in all exercises in legal comparativism, it is important to

be astute not to equate legal institutions which are not, in truth, comparable. Yet in my view, the approach of other legal systems remains of relevance to us.

It would seem unduly parochial to consider that no guidance, whether positive or negative, could be drawn from other legal systems' grappling with issues similar to those with which we are confronted. Consideration of the responses of other legal systems may enlighten us in analysing our own law, and assist us in developing it further. It is for this very reason that our Constitution contains an express provision authorising courts to consider the law of other countries when interpreting the Bill of Rights. It is clear that in looking to the jurisprudence of other countries, all the dangers of shallow comparativism must be avoided. To forbid any comparative review because of those risks, however, would be to deprive our legal system of the benefits of the learning and wisdom to be found in other jurisdictions. Our courts will look at other jurisdictions for enlightenment and assistance in developing our own law. The question of whether we will find assistance will depend on whether the jurisprudence considered is of itself valuable and persuasive. If it is, the courts and our law will benefit. If it is not, the courts will say so, and no harm will be done.

Barak en regter O'Regan se opmerkings staan in skrilte kontras met die parogiale sentimente wat sommige juriste in die Verenigde State van Amerika huldig te midde van 'n intense debat oor nasionale howe se gebruik van buitelandse reg in grondwetsvertolking en -beregting in daardie land. Cheryl Saunders sê die volgende oor hierdie debat:<sup>126</sup>

The practice [the use of foreign law] remains a topic of fierce debate among scholars [...] and among judges writing extra-judicially. It has been the subject of critical comment in the press. It has attracted the attention of Congress, spawning a series of proposed resolutions seeking, in one way or another, to discourage judicial reference to foreign constitutional experience, with impeachment a veiled threat in the background.

Afwysing van die praktyk van vergelyking berus op twee prinsipiële aannames. Eerstens word geglo dat steun op buitelandse gesag noodwendig in stryd is met die oorspronklike bedoeling van die "founding generation" wat in die eerste en die finale instansie verantwoordelik was vir die maak van 'n grondwet wat (so word aangeneem) geen behoefte aan 'n "huidige betekenis" ("current meaning") het nie, dit wil sê aan 'n aanpassing-deurvertolking by huidige omstandighede.<sup>127</sup> Tweedens word daarop aanspraak gemaak dat buitelandse reg nie 'n gesaghebbende bron van die reg vir regters in nasionale howe kan wees nie en regters wat op buitelandse reg steun (word gesê) matig hulleself 'n wetgewende funksie aan wat in stryd is met *trias politica*,<sup>128</sup> omdat idees van vreemde regters, oor wie die "mense" ("people") in Amerika geen beheer het nie, op 'n kontrademokratiese wyse ingevoer word.

Hierdie debat is nie besonder ter sake in konstitusionele demokrasieë waar grondwetlike vergelyking as vertolkende onderneming toegepas, aangemoedig en, soos in Suid-Afrika, uitdruklik deur die Grondwet gemagtig word nie. Die eerste beswaar van die teenstanders in Amerika van die gebruik van buitelandse reg in sake wat plaaslik bereg word, berus op 'n uitgediende teorie van grondwetsvertolking, naamlik “originalism”, wat beide die Suid-Afrikaanse konstitusionele hof<sup>129</sup> en grondwetkenners in Suid-Afrika<sup>130</sup> uitdruklik verwerp. Wat die tweede beswaar betref, staan antagoniste in hierdie kategorie alleen in hulle oortuiging dat grondwetlike vergelykingsarbeid 'n onvermydelike en onoorkombare bedreiging vir die skeiding van magte is. In geen jurisdiksie waar aanvaar word dat buitelandse reg as hulpmiddel in grondwetsvertolking kan dien, word sodanige reg gesien en toegepas as bindend nie(dit is trouens een van die sterkpunte daarvan),<sup>131</sup> en hoewe raadpleeg dit nie met 'n wetgewende ingesteldheid nie, of buig nie onkrities die knie voor sienings wat in buitelandse gesagsbronne gehuldig word nie. In die aanwesigheid van kragtige en wyd-erkende grondwetlike meganismes en leesstrategieë wat die skeiding van magte beveilig, is vergelykende grondwetlike regspraak 'n hoogs onwaarskynlike kandidaat om die Achilleshiel van *trias politica* te wees.

'n Voltreffer-argument téén die antagonisme van vergelykingsongelowige Thomasse is dié van (onder meer) Vicki Jackson:<sup>132</sup> “Comparison is inevitable!” Weiering om te vergelyk – en die oorwoë afwys van vergelykingsarbeid – verg 'n besluit ... wat op vergelyking berus:

We cannot help but draw on comparisons with other systems in understanding and giving meaning to our own ... When Justice Scalia asserts that U.S. federalism is uniquely American, he is making an implicit comparison to other systems and asserting that there is no other system like that of the United States ... We cannot wholly prevent ourselves from being influenced by what we think we know about other countries.

Die tipe vergelyking waarna Jackson hier verwys, is oorwegend implisiet en dit is belangrik om dit eksplisiet te maak sodat onderskei kan word tussen die kaf van wat ons dink ons weet van andere en die koring van dit wat ons werklik weet. Laasgenoemde verg suiwer vergelykingsarbeid.

Sommige kommentators<sup>133</sup> stel in hulle relaas van die Suid-Afrikaanse grondwetlike regspraak oor die gebruik van buitelandse reg in grondwetsvertolking, soms regters (van die konstitusionele hof) wat entoesiasies ten gunste is of was van die gebruik van vergelykende grondwetsvertolking op teen regters wat van skeptisisme in hierdie verband verdink word. Regter Kriegler se waarskuwende opmerking in *Fose v Minister of Safety en Security*<sup>134</sup> dat hy hom daarvan weerhou “to engage in a debate about the merits or otherwise of remedies devised by jurisdictions whose common law relating to remedies for civil wrongs bears no resemblance to ours en whose constitutional provisions have but a passing similarity to our article 7(4)(a)”, word byvoorbeeld deur Cheadle, Davis en Haysom<sup>135</sup> opgeneem as sowel 'n bevraagtekening van “the value of foreign law” as die verwoording van 'n siening wat teenstrydig is met regter Ackermann se bereidwilligheid om buitelandse regsgesag in



aanmerking te neem. (Regter) Laurie Ackermann<sup>136</sup> wys egter in 'n buiteregterlike geskrif,<sup>137</sup> met verwysing na tersaaklike gedeeltes uit konstitusionele-hof-gewysdes, daarop dat regter Kriegler nie werklik 'n skeptikus was waar dit op die gebruik van buitelandse reg aangekom het nie en dat goedkeurende verwysings na buitelandse gesag inderdaad voorkom in konstitusionele-hof-uitsprake wat hy geskryf het. In *S v Mamabolo (E TV, Business Day and Freedom of Expression Institute Intervening)*<sup>138</sup> betuig hy byvoorbeeld uitdruklik waardering vir die bruikbaarheid van “comparative study”,

particularly where Courts in exemplary jurisdictions have grappled with universal issues confronting us. Likewise, where a provision in our Constitution is manifestly modelled on a particular provision in another country's constitution, it would be folly not to ascertain how the jurists of that country have interpreted *their* precedential provision.

Regter Kriegler se huiwering om in sekere gevalle na buitelandse reg te verwys, spruit soms voort uit wat hy gesien het as sy eie ontoereikende bemeestering van buitelandse bronne of soms uit sy oortuiging dat hy met 'n gevolgtrekking van 'n kollega kan saamstem sonder om hom op buitelandse regsgekrifte te beroep.<sup>139</sup>

Twee waarnemings oor die regter Kriegler-diktum hier bo kan help om die huidige diskussie verder te voer.

Eerstens herinner die diktum ons dat nie slegs volkeregterlike bronne nie, maar ook nasionale grondwetlike tekste in ander jurisdiksies 'n besliste impak gehad het op die maak van “nuwe grondwette”,<sup>140</sup> en ook baie beslis op die maak van die Suid-Afrikaanse Grondwet.<sup>141</sup> Sodanige vergelykende grondwetskrywing loop onvermydelik uit op 'n globalisering van staatsreg (“constitutional law”),<sup>142</sup> wat dan weer vergelykende grondwetsvertolking voortbring en bevorder.

Tweedens was regter Kriegler, ten spyte van die positiewe sentimente wat hy in die diktum verwoord, maar bykomend daartoe, 'n skildwag onder sy eweknieë, gedurigdeur op die uitkyk vir gebruike van buitelandse reg wat president Chaskalson se vermaning in *S v Makwanyane*,<sup>143</sup> naamlik dat “we must bear in mind that we are required to construe the South African Constitution [...] with due regard to our legal system, our history and circumstances, and the structure and language of our own Constitution”, in die wind sou kon slaan. 'n Sentiment wat swaar by regter Kriegler geweeg het, was sy grondige waardering vir die unieke wyse waarop 'n politieke en grondwetlike skikking in Suid-Afrika bereik is deur onderhandeling en verweselik is deur 'n “Damascene about-turn from executive directed parliamentary supremacy to justiciable constitutionalism”. Hieroor sê hy in *Du Plessis v De Klerk*<sup>144</sup> die volgende:

Nowhere in the world that I am aware of have enemies agreed on a transitional coalition and a controlled two-stage process of constitution building. Therefore, although it is always instructive to see how other countries have arranged their

constitutional affairs, I do not start there. And when I conduct comparative study, I do so with great caution. The survey is conducted from the point of view afforded by the South African Constitution, constructed on unique foundations, built according to a unique design and intended for unique purposes.

Later in die uitspraak spreek regter Kriegler 'n verdere waarskuwing uit wat daarop neerkom dat die koms van 'n nuwe Grondwet nie "the wholesale importation of foreign doctrines and precedents" kan regverdig nie.<sup>145</sup> Met konstitusionele demokrasie in Suid-Afrika toe nog in sy kinderskoene, was sodanige vermaning gepas, want met bitter min tuisgemaakte grondwetlike regspraak waaruit die howe kon put, het die gevaar bestaan dat oormatig op die regspraak van ander jurisdiksies gesteun en ontoepaslike bronne in die proses geraadpleeg kon word.

Regter Kriegler se waarskuwingswoord in samehang met die laaste sin van sy diktum hier bo jaag die spook op van onnadenkende steun op substantiewe buitelandse reg sonder inagneming van, enersyds, die eiesoortige strukturele omgewing waarin sodanige reg voorkom en andersyds die onderskeidende prosedurele matriks waarbinne dit vorm aangeneem het. President Chaskalson se vermaning in *S v Makwanyane*<sup>146</sup> suggereer alreeds dat waaksaamheid in hierdie verband raadsaam is.<sup>147</sup> Mark Tushnet<sup>148</sup> toon byvoorbeeld aan dat en hoedat strukturele en prosedurele faktore in sommige jurisdiksies voordelige regterlike steun op byvoorbeeld heel voorbeeldige substantiewe reg insake regstellende aksie kan belemmer.

Dit wil egter voorkom of, in die lig van die voorheen aangehaalde diktums van regter O'Regan in *K v Minister of Safety en Security*,<sup>149</sup> verskille in konteks nie 'n onoorkombare hindernis is vir die vergelyking van die grondwette en staatsreg van twee stelsels nie, selfs al lê hierdie verskille aan die konseptuele en historiese wortels van die stelsels. Die gevare van vlak en oppervlakkige vergelykingsarbeid moet egter noulettend vermy word en die buitelandse reg en regspraak wat ter sprake is, moet op sigself waardevol en oortuigend gereken (kan) word.<sup>150</sup>

Die vergelyking van (byvoorbeeld) grondwetlike bepalings wat wesenlik en ingrypend van die eie verskil, is, met die nodige inagneming van die *caveats* hier bo gestel, nie uit die staanspoor af te wys nie.<sup>151</sup> Omdat identiteit verhoudingsmatig bepaal word, kan 'n mens dikwels meer wys word uit 'n regsverskynsel of -idee wat verreikend van die eie verskil as uit een wat daarmee ooreenstem, en in grondwetsvergelyking kan negatiewe voorbeelde uit 'n ander jurisdiksie meer bevorderlik wees vir die groei van die eie staatsreg en reg insake menseregte as voorbeelde wat klakkeloos nagevolg word.<sup>152</sup> Verder bring vergelyking met regstelsels wat ingrypend van die eie verskil, 'n mens onder die indruk van die eventualiteit van die eie regskultuur en stel dit versweë veronderstellings en onuitgesproke aannames wat 'n juris se basiese instelling teenoor regsprobleme bepaal, aan die lig.<sup>153</sup>

#### 4.2 Die aantoonbare waarde en voordele van grondwetlike vergelykingsarbeid

Grondwetlike vergelykingsarbeid het sedert 1994 'n duidelik sigbare profiel in grondwetlike regspraak in Suid-Afrika gehad – veral in uitsprake van die konstitusionele hof. Laurie Ackermann<sup>154</sup> kon byvoorbeeld tot 2006 'n lys van nie minder nie as 26 gevalle saamstel waar buitelandse reg vertolkings- en beregtingsuitkomst in die konstitusionele hof wesenlik medebepaal het.

Grondwetlike vergelykingsarbeid het aantoonbare praktiese waarde wat van meer en groter betekenis is as die blote lippediens wat soms aan die erkenning van die werklikhede van globalisering en die vasgelegdheid van “die eie” grondwet en grondwetlike bedeling in 'n transnasionale werklikheid bewys word. Heel gewoon maak dit grondwetsvertolkers bewus van (die) reg, en veral buitelandse presedente, waarop hulle kan steun om hulle beslissings te regverdig. Brun-Otto Bryde wys in 'n buitejudisiële opmerking wat hy uit sy ervaring as regter van 'n konstitusionele hof maak, daarop dat sodanige gesag van besondere hulp kan wees om verdere legitimitieit te verleen aan bevindinge en beslissings oor moeilike kwessies en veral waar die resultaat teen die openbare mening ingaan: “Even an old court with much self-confidence can profit from pointing to persuasive foreign precedents.”<sup>155</sup>

Volgens Bryde<sup>156</sup> kan – in die gebruik van buitelandse reg vir vertolkingsdoeleindes – 'n onderskeid getref word tussen buitelandse reg as inspirasie en buitelandse reg as regsargument in grondwetlike beregting. In die eerste geval word ag geslaan op 'n buitelandse bron omdat wat dit oor 'n sekere kwessie sê, “interessant” is – in dieselfde mate en op dieselfde wyse as wat die mening van byvoorbeeld 'n regsprofessor “interessant” kan wees. In hierdie opsig is daar geen *numerus clausus* van oorerdende regsbronne nie en daar word na breë beginsels eerder as spesifieke reëls of norme gekyk. Selfs 'n buitelandse teks wat misverstaan of uit konteks geneem word, kan volgens Bryde inspirerend wees. Wanneer egter op 'n teks as 'n regsargument gesteun word, moet 'n regter dit reg snap. So 'n argument kan steun op buitelandse ervaring met die toepassing van nasionale standaarde, die toepassing van internasionale standaarde in buitelandse (munisipale) jurisdiksies en transnasionale grondwetlike beginsels wat nasionale staatsreg beperk.

Op die vlak van nadenke, waar gedeë (self-)refleksie die botoon voer, vervul grondwetlike vergelykingsarbeid volgens Laurie Ackermann, wat ook uit praktiese ervaring praat, twee sleutelfunksies. Eerstens kan dit prominent figureer om geskilpunte in 'n gegewe saak te help identifiseer.<sup>157</sup> Saam met Albert Einstein glo Ackermann dat die formulering van 'n probleem dikwels noodsaakliker is as die oplossing daarvan. Buitelandse reg, juis omdat dit niebindend is en dus nie, soos gewone reg, druk uitoeven om “van krag te wees” nie, skep ruimte vir “kreatiewe verbeelding” en “to raise new questions, new possibilities, [and] to regard old problems from a new angle”.<sup>158</sup> In 'n kritieke stadium van regterlike beredenering, naamlik waar die regter tot 'n voorlopige gevolgtrekking kom of by 'n hipotese uitkom, kan verwysing na vergelykende voorbeelde hom of haar help in noodsaaklike pogings om so 'n gevolgtrekking of hipotese verkeerd te bewys.<sup>159</sup>

Tweedens help “the comparative legal approach” die regter om sy of haar eie vooroordele krities te bevraagteken<sup>160</sup> en betrokke te raak in ’n heel kritiese tweegesprek met hom- of haarself, in die loop waarvan “hypotheses emerge, [...] intellectual, cultural and other predispositions compete” en “critical rationalism can come into play to test and adapt hypotheses [...] It is at this stage, consciously or not, that one’s philosophical, economic and jurisprudential *Gestalt* enters the picture. At this stage I have found comparative legal concepts to be most helpful.”<sup>161</sup>

### **4.3 Grondwetlike vergelykingsarbeid in Suid-Afrika: uitdagings en mylpale ... sover**

Staatsreg – en die reg insake menseregte – is besig om verreikende, begripsmatige veranderings te ondergaan<sup>162</sup> wat deur grondwetlike vergelykingsarbeid aan die lig gebring word. Dit is ’n proses wat deur energieke wisselwerking tussen die “transnasionale” en die “nasionale” gekenmerk word – met verreikende gevolge vir albei. Die proses is (nog) nie voltrek nie en hou ’n konstruktiewe, verkennende afwagting onder vaklui lewendig – iets wat baie van hulle uitdagend en aantreklik vind.<sup>163</sup> Die prys wat hier vir voorlopigheid betaal word, is (teoreties-)metodologiese onderontwikkeling van die (opkomende) vakgebied – omtrent al wat skrywer is op dié terrein maak daarvan gewag.<sup>164</sup> Dit is in die eerste plek die verantwoordelikheid van vakteoretici – en nie byvoorbeeld regsprekers nie – om oor teoreties-metodologiese kwessies te besin en indien nie uitsluitel nie, dan wel voorlopige antwoorde te probeer gee. Van hierdie verantwoordelikheid kan nie weggevlug word nie, want daar is nog groot ruimte vir eksperimentele en verkennende denke wat as aansporing vir teoretiese besinning (oor veral metodologie) dien. Een ding is seker: ’n wegvlug van teoretiese besinning sal op die lang duur maar net tot vlak en formalistiese vergelykingsarbeid lei.<sup>165</sup>

Vervolgens word kortliks na enkele van die uitdagings vir grondwetlike vergelykingsarbeid in Suid-Afrika gekyk aan die hand van voorbeelde uit die regspraak waarna verwys sal word. Daarna volg ’n waardering van sekere van die mylpale wat reeds in Suid-Afrika op die terrein van grondwetlike vergelykingsarbeid bereik is.

#### **4.3.1 Uitdagings**

Twee groot uitdagings staar grondwetlike vergelykingsarbeid (en die eksponente daarvan) in die gesig. Die eerste is om behoorlik rekenskap te gee van die beduidenis van Suid-Afrika as grondwetsvergelykende jurisdiksie tussen ’n aantal “nuwe” konstitusionele demokrasieë met “nuwe grondwette” in ’n tydperk van steeds toenemende globalisering. “Nuutheid”, so is voorheen aangevoer,<sup>166</sup> kan uitdruklik betrekking hê op die feit dat ’n land ’n grondwet het wat opgestel is met verwysing na (en wat put uit) internasionale menseregte-instrumente van na-Tweede Wêreldoorlogse oorsprong.<sup>167</sup> “Nuutheid” wat sinspeel op ’n noord-suid-onderskeid wat soms ook in vergelykende staatsreg getref word, kan egter na hernude prosesse van demokratisering en grondwetmaking wêreldwyd verwys. Sommige staatsregvergelykende waarnemers praat van hierdie prosesse as “the third wave of democratisation”:<sup>168</sup>

This process started with the disappearance of the last right-wing dictatorships in Southern Europe, was followed by the breakdown of communism in Eastern Europe and has become a world-wide phenomenon most remarkably in Latin America but also in Africa and Asia. While setbacks are common the overall process is significant.<sup>169</sup>

Saam met hierdie perspektief kom die bewustheid van 'n historiese moontlikheid<sup>170</sup> as belofte. Om vorentoe te kyk, is kenmerkend deel van 'n nuwe begin. Terselfdertyd bring die gemelde perspektief herinnering na vore waarby 'n "history of errors" (à la André van der Walt<sup>171</sup>) inbegrepe is. Prestasies en flaters kan immers ewe leersaam wees wanneer die grondwette, die staatsreg en, die belangrikste van alles, die grondwetlike ervarings van (nuwe) nasies vergelyk word. Die buitengewone suksesse wat Suid-Afrika met 'n vreedsame oorgang behaal het – en waarna regter Kriegler in *Du Plessis v De Klerk*<sup>172</sup> tereg met kwalik verbloemde trots en waardering verwys – is geen rede tot selfvergenoegdheid nie, want grondwetlike seëviering is en bly voortydig waar en wanneer 'n geskiedenis van flaters opdoem (en selfs dreig om te herhaal).

Die oproep om waaksaam te wees, betref natuurlik nie slegs "nuwe demokrasieë" nie. Ouderdom en selfvoldaanheid manifesteer maklik as metgeselle. Waar konstitusionele demokrasie vir die eerste keer op die proef gestel word, is dit van eksistensiële belang dat lande wat by sodanige strewe betrokke is, uit mekaar se positiewe en negatiewe ervarings sal leer en hulle verwagtings van toekoms moontlikhede en beloftes met mekaar sal deel.

Die tweede uitdaging, in die eerste plek gerig op, maar nie beperk nie tot, die eksponente van grondwetlike vergelykingsarbeid,<sup>173</sup> is om die teoretiese sterkpunte en moontlikhede van (praktiese ervarings van) grondwetlike vergelykingsarbeid en insigte daaruit verkry, in te span om oor vergelykingsmetodologieë na te dink en hulle te ontwikkel. Hierdie onderneming sal verder moet gaan as bloot steun op (en die gebruik van) buitelandse reg in grondwetsvertolking, maar sal dít onvermydelik ook insluit. Baie van dit wat in hierdie bydrae gesê is oor die gebruik van buitelandse reg in grondwetsvertolking, berus op 'n soort praktiese wysheid wat plek-plek heel diepsinnig is, maar wat steeds nie altyd voldoende verduidelik en geregverdig is ingevolge 'n breër teoretiese model of raamwerk nie. Hoe sal die eksponent van grondwetlike vergelykingsarbeid byvoorbeeld besluit dat – soos regter O'Regan dit in 'n voorheen aangehaalde diktum uit *K v Minister of Safety and Security*<sup>174</sup> stel – 'n sekere weergawe van vergelykingsarbeid "oppervlakkig" ("shallow") is en of buitelandse regspraak wat in 'n gegewe geval oorweeg is "of itself valuable and persuasive" is? Wat betref president Chaskalson<sup>175</sup> se rigtinggewende en regter Kriegler<sup>176</sup> se konstante vermanings dat "we must bear in mind that we are required to construe the South African Constitution": Wat is die kriteria en voorwaardes wat vertolkingsmatige steun op vergelykende bronne hoegenaamd moontlik maak en wanneer is twee staatsregtelike stelsels (of aspekte daarvan) genoegsaam versoenbaar om vir vertolkingsdoeleindes vergelykbaar te wees? Hoe kan 'n "wholesale importation of foreign doctrines en precedents" onderskei word van verstandige steun op die legitieme, leerryke waarde wat sulke leerstukke en presedente

dalk kan hê?<sup>177</sup> En is die debat omtrent die “oorplanting” (“transplantation”) versus die “migrasie” (“migration”) van buitelandse reg in die Suid-Afrikaanse konteks ter sake?<sup>178</sup>

Wat betref die suggestie van Bryde<sup>179</sup> oor die onderskeid tussen die gebruik van buitelandse regsbronne as inspirasie en as regsargument, hoe word besluit waar die een ophou en die ander een begin? Bryde meen dat vir eersgenoemde vorm van steun op sulke bronne “there are few normative or methodological requirements”, terwyl vir laasgenoemde vorm “the methodology has to be more thorough”.<sup>180</sup> Behalwe om te kenne te gee dat ’n deurtastende metodologie ’n “getting it right” van die regter se verstaan van tersaaklike buitelandse reg beteken, swyg Bryde oor die wesenlike verskil tussen die twee metodologieë – en “getting it right” sal sekerlik vir die doeleindes van grondwetlike vergelykingsarbeid as sodanig die moeite werd wees wat sodanige verskil betref!

Laurie Ackermann se deurdagte relaas van sy ervarings as ’n regterlike eksponent van grondwetlike vergelykingsarbeid<sup>181</sup> maak deure vir nuttige wetenskaplike ondersoek oop. Wat is inherent aan grondwetlike vergelykingsarbeid wat dit, gegewe die struktuur van regterlike beredenering, van hulp maak om probleme en geskilpunte raak te sien, hipoteses te toets en (’n mens se eie) vooroordele te bevraagteken?

Op ’n meer aardse noot: Kan daar ’n teoretiese uiteensetting gegee word van patrone en neigings in die manier waarop die konstitusionele hof tot dusver op buitelandse bronne in grondwetsvertolking gesteun het, en het die feit dat daar verskillende metodes (of “skole”) van grondwetlike vergelyking bestaan,<sup>182</sup> hoegenaamd al gewys in Suid-Afrikaanse howe se omgaan met buitelandse reg in grondwetsvertolking? En dan uiteindelik, hoe hou al die vrae wat tot hier toe gevra is, verband met grondwetsvertolking en insonderheid met die soort grondwetlike vergelyking wat in artikel 39(1)(b) van die Grondwet voorsien en, deur die geskrewe grondwetstekste as ’n geheel gelees, gesuggereer word?

#### 4.3.2 Mylpale

Die uitdagings vir grondwetlike vergelykingsarbeid in Suid-Afrika moet ’n mens nie blind maak vir mylpale wat reeds op hierdie terrein bereik is nie. Daar is heelwat minder gepubliseer oor grondwetlike vergelykingsarbeid as oor die aanwending van die volkereg in regs- en grondwetsvertolking (veral in Afrikaans).<sup>183</sup> Wat wel gepubliseer is, is meestal werk van hoë gehalte (soos ek aanstons kortliks sal probeer illustreer). Wat publikasie in Afrikaans betref, kan ’n mens dink dat publikasie in Engels oor ’n onderwerp waarvan die transnasionale inslag wesenlik is, (meer) aangewese is. Indien ’n mens egter die noodsaak (vir die aanwesigheid) van Afrikaans in die groter konstitusionele debat erken, dan moet dié taal ook gesien en gehoor word wat die transnasionale diskoers betref. Dit geld ook vir die ander nege amptelike tale.

’n Uitstekende Suid-Afrikaanse bydrae op die terrein van grondwetlike vergelykingsarbeid is Van der Walt se *Constitutional Property Clauses*,<sup>184</sup> wat handel oor vergelykingsarbeid in die skrywer se spesialisasieveld, te wete grondwetlike eiedomsreg. Die skrywer probeer nie ’n

enkele omvattende teorie oor vergelykingsarbeid ontwerp nie, maar uit sy eie ervaring van vergelykingsarbeid open hy sekere insigryke gesigspunte, waarvan die volgende 'n treffende samevatting is:

Seen as a study of a collection of histories, comparative analysis of foreign property clauses en case law draws our attention to the inevitable en inescapable contextuality of the law and of constitutional property adjudication. As a history of errors, comparative study shows us a range of fallacious doctrines, theories and arguments that have already been discredited and should be avoided. As a history of possibilities, comparative study shows us that certain doctrines, theories and arguments could still be used as possible explanations of or solutions for individual problems. As a history of examples, comparative study shows us the methods, techniques and approaches that are available to us. Like the historical study of law, the comparative study of law liberates us from what we need not do; it cannot and should not enslave us by telling us what we have to do.<sup>185</sup>

In sy rigtinggewende bydrae oor die stand van grondwetlike vergelykingsarbeid in grondwetlike beregting in Suid-Afrika<sup>186</sup> maak Henk Botha baie konstruktief van hierdie aangehaalde gedeelte uit Van der Walt se boek gebruik en verleen as't ware metodologiese luister daaraan deur sekere van die sleutelwaarhede daarin te gebruik om die bespreking in sy eie artikel in perspektief te plaas en te orden. Die aangehaalde gedeelte uit Van der Walt se werk kan dus met vrug saam met Botha se artikel gelees word.

Botha lewer voorts 'n belangrike bydrae deur twee nogal inherent verskillende weergawes van die verhouding tussen die nuwere grondwetlike vergelykingsarbeid en die globalisering van konstitusionalisme te identifiseer en te beskryf.<sup>187</sup> Volgens die eerste weergawe, dié van onder meer Lorraine Weinrib,<sup>188</sup> word die groeiende belangstelling in die teorie en praktyk van grondwetlike vergelykingsarbeid gevoed deur 'n geredelikerwys aantoonbare, transnasionale waardekonsensus as teenvoeter vir die parogialisme van diegene wat die waarde van grondwetlike vergelykingsarbeid ontken – die ongelowige Thomasse, met ander woorde.<sup>189</sup> Menswaardigheid staan in hierdie konstellasië van waardes in die sentrum. Vertolkingsmetodologie is ook nie wesenlik in geding nie, omdat waardegelade, doelbewuste interpretasie (“purposive interpretation”) meestal vanselfsprekend voorkeur geniet.

Die tweede weergawe hier bo genoem, is dié van Heinz Klug<sup>190</sup> wat konsentreer op die rol wat transnasionale magte gespeel het om die uitkoms van die vryheidstryd in Suid-Afrika te bepaal. Volgens hierdie siening lê die onderskeiding van konstitusionele demokrasie nie in konsensus oor 'n bepaalde stel waardes nie, maar in die diversiteit van sienings oor die aard van hierdie soort demokrasie wat ruimte laat vir die saambestaan van verskillende oortuigings oor wat hierdie staatsvorm alles kan behels. Daar is ook nie 'n metodekonsensus nie.

'n Mens sou hierdie meer statiese en die meer dinamiese weergawes hier bo so kon lees dat hulle mekaar uitsluit, maar, sê Botha,<sup>191</sup> “I believe that both Weinrib’s normative-*cum*-interpretive and Klug’s political-*cum*-institutional perspectives are important in trying to

understand the uses of comparative law in constitutional adjudication.”<sup>192</sup> Hy verduidelik dan dat dit nie sy oogmerk is om die twee perspektiewe te probeer sintetiseer nie, maar om hulle te gebruik om lig te werp op die verskillende aspekte van dieselfde probleem en om die een die ander oor en weer te bevraagteken.

Francois Venter het die afgelope dekade of wat ontpop as ’n baie vrugbare skrywer oor grondwetlike vergelykingsarbeid, met twee monografieë op sy kerfstok.<sup>193</sup> Die latere van die twee werke (*Global features of constitutional law*) is in ’n afwagende trant geskryf en die skrywer maak geen geheim van die voorlopige en verkennende aard van sy benadering nie.<sup>194</sup> Uit Venter se werk word dit egter ook gou duidelik dat daar genoeg gedoen en bereik is in die dissipline (as ’n mens dit al so sou kon noem) waarop verder voortgebou kan word. Hy bespreek byvoorbeeld kortliks ’n sestal bestaande vergelykende metodes en wys op hulle sterk- en swakpunte sonder om noodwendig uit en uit vir een te kies.<sup>195</sup> Hy doen egter wel aanvoorkom vir ’n eie benadering.<sup>196</sup>

Funksionalisme (en neofunksionalisme) as metodes op die voorpunt van tradisionele regsvergelyking oor die algemeen is volgens Venter ook springlewendig in grondwetlike vergelykingsarbeid, maar hierdie metode(s) gaan ook met ’n hele aantal probleme gepaard. Ook kan geeneen van die nuwere metodes wat spesifiek op grondwetlike vergelykingsarbeid gerig is, uitgesonder word as “dié finale en toereikende vergelykingsmetode” nie. Metodes in die laasgenoemde kategorie sluit oorplanting (“transplantation”), migrasie (“migration”), dialogiese interpretasie (“dialogical interpretation”), kontekstualisme (“contextualism”) en die waarneming van verskil (“observance of difference”) in. Venter self stel dit so:<sup>197</sup>

[T]here is room for a multiplicity of comparative methods. Methodological claims that a particular approach will exclusively produce true, useful or even the most useful results have historically been successful in the founding schools of comparative law, but their exclusion of the validity and utility of alternative approaches [...] tend (sic) to undermine their own validity, occasionally bordering on narrow-mindedness.

Hy meen dat grondwetlike vergelykingsarbeid nie ’n doel op sigself is nie, maar dat dit wel ’n onmisbare instrument in die hande van die gewone staatsregseleerde is waarsonder (die eie) staatsreg slegs maar baie oppervlakkig bestudeer sou kon word. Die werklikheid self verskaf die primêre rede waarom grondwetlike vergelykingsarbeid onderneem moet word: as gevolg van die wêreldwye verbondenheid van eietydse grondwetlike (en staatsregtelike) denke, sal alleen skrapse insig in ’n bepaalde staatsregstelsel verkry kan word indien dié stelsel nie vergelykend benader word nie, selfs al is dit soms ook net om kontrasterende dimensies aan die lig te bring.<sup>198</sup>



#### 4.4 Grondwetlike vergelykingsarbeid en die vorming van “nuwe” reg: Vier sogenaamde vertolkingsmetodes

Voorheen is voorbeelde gegee van hoe beroepe op volkereg in wets- en grondwetsvertolking tot die daadwerklike vorming van nuwe reg (kan) lei.<sup>199</sup> Vergelykingsarbeid het onvermydelik ’n soortgelyke effek en die moontlikhede in hierdie verband is haas onoorstigtelik. Ek wil kortliks vanuit my eie belangstellingsveld (wets- en grondwetsvertolking) met ’n voorbeeld illustreer hoe ons in Suid-Afrika ’n bepaalde faset van ons reg kan ontwikkel in wisselwerking met buitelandse reg wat veral op die Europese vasteland in swang is. Dit gaan hier om die vier Savigniaanse (sogenaamde) “metodes” vir die vertolking van (geskrewe) regstekste (ook bekend as die “Savigny-kwartet”).<sup>200</sup>

Reeds in 1973 het Hahlo en Kahn<sup>201</sup> hulle voorkeur laat blyk vir wat hulle genoem het ’n moderner houding jeens wetsuitleg, en hulle het hul uitgespreek ten gunste van deeglike oorweging van die tekstuele of letterlike, die kontekstuele-logiese, die teleologiese en die historiese aspekte van wetstekste wat vertolk moet word. Eintlik is dié houding nie so vreeslik modern nie. Dit stem ooreen met die “metodes van uitleg of interpretasie” wat Von Savigny<sup>202</sup> vir die verstaan van pandektariese Romeinse reg aan die hand gedoen en ontwikkel het. Hierdie metode is kanonmatige leesstrategieë wat hedendaags veral op die Europese vasteland<sup>203</sup> vir die vertolking van kodifikasies van die reg, wette<sup>204</sup> en grondwette,<sup>205</sup> met ander woorde alle verordende, normatiewe regstekste, ingespan word. Sedert 1994 het hierdie metodologiese kwartet ook in Suid-Afrika (weliswaar hoofsaaklik buitejuidisiële) weerklank in geskryfte oor grondwetsvertolking gevind.<sup>206</sup>

Die vertolkingsmetodes of *-modi* of, meer gepas, leesstrategieë – Labuschagne<sup>207</sup> praat van “invalshoeke” – wat op ’n enigermate aangepaste weergawe van die Savigniaanse lees geskoei is,<sup>208</sup> is die volgende:

- Grammatikale vertolking, wat konsentreer op die wyses waarop die konvensies van natuurlike taal die vertolking van verordende reg kan bevorder deur onder meer die baie moontlike betekenisse wat ’n wetsbepaling kan hê, te beperk. Dit vra met ander woorde waarneming van die grammatika van die spesifieke taal (Afrikaans, Engels, Duits, Frans, isiZulu, ensovoorts) waarin ’n te vertolke wetstek geskryf is.
- Sistematiese vertolking as ’n verskyningsvorm van kontekstualisme,<sup>209</sup> wat die vertolking van ’n spesifieke bepaling in die lig van ’n teks of ’n instrument as ’n geheel verg, asook inagneming van tersaaklike *indicia* buite die geskrewe teks.
- Doelbewuste vertolking<sup>210</sup> (“purposive interpretation”) wat lig werp op die moontlike betekenisse van ’n bepaling in die lig van die doel of *ratio* van sodanige bepaling. Na die verdiepte weergawe van doelbewuste vertolking word dikwels as teleologiese vertolking verwys.

- Historiese vertolking, wat 'n bepaling situeer in die tradisie waaruit dit voortkom en wat 'n gekwalifiseerde inagneming veroorloof van sowel die ontstaansgeskiedenis van die spesifieke bepaling as die geskrewe teks waarin dit voorkom. Dit vra ook aandag vir die historiese gebeurtenisse waarvan die totstandkoming van die geskrewe teks deel is.
- Vergelykende vertolking – waaroor baie in hierdie artikel gesê is – het mettertyd as vyfde metode bygekom. In die lig van standpunte wat ek oor hierdie vorm van vertolking huldig, moet daarvan gepraat word as “transnasionale kontekstualisering”, wat uiteenval in 'n gepaste gebruikmaking van volkereg enersyds, en gebruikmaking van wat staats- en menseregtelike vergelykingsarbeid kan bied andersyds.

Die uitgebreide Savigniaanse model bied werkbare moontlikhede vir die klassifikasie van aanvaarde kanons (insluitend reëls en vermoedens) vir die vertolking van verordende reg in Suid-Afrika – tradisioneel wette, maar sedert 1994 ook die Grondwet. Nie alleen is die leesstrategieë in die Savigny-kwartet versoenbaar met die meeste van die tipiese *common law*-kanons van, of -hulpmiddels by, wetsuitleg nie, maar eersgenoemdes kan laasgenoemdes ook omvat of insluit. Dit maak met ander woorde sin om die tradisionele *common law*-kanons en -hulpmiddels te klassifiseer onder die hoofde “grammatikale”, “sistematiese”, “teleologiese”, “historiese” en “vergelykende vertolking”. Dit maak eweneens sin om op soortgelyke vertolkingskanons te steun in beide grondwets- en wetsvertolking *in soverre* die Grondwet en wette struktureel en stilisties soortgelyke manifestasies van verordende reg is. Dit blyk eweneens uit 'n vergelykende blik op stelsels waarin die Savigny-kwartet erkenning geniet.

Kortom, as 'n vergelykende kennismaking met die Savigny-kwartet daartoe kan lei dat dit in die Suid-Afrikaanse reg insake wets- en grondwetsvertolking aanvaar word, sal 'n groot slag geslaan word vir die sistematiesing en kontekstualisering van tradisionele vertolkingskanons wat tot nog toe óf taamlik ad hoc of selfs lukraak gebruik is óf aan die opperheerskappy van (vermeend) duidelike en ondubbelsinnige taal onderwerp is. Laasgenoemde was waarskynlik meestal die geval.

Aanvaarding van die Savigny-kwartet in die Suid-Afrikaanse reg insake wets- en grondwetsvertolking sal nie neerkom op die oorplanting van 'n vreemdsoortige spesie in 'n onbeproeftede groeibodem nie, maar eerder op die migrasie van 'n regsverskynsel wat alreeds histories verbonde is met sy nuwe – of liever: sy addisionele – groeibodem. Savigny en sy geskifte staan immers in die Romeins-Germaanse (oftewel *civil law*-) tradisie waaruit ook die Suid-Afrikaanse reg ryklik (kan) put.

## 5. Slotsom

Gebruik en nakoming van volkereg aan die een kant, en grondwetlike vergelykingsarbeid aan die ander kant, wat in die regspraak van die konstitusionele hof verkeerdelik gelykgestel en

sels saamgesmelt word,<sup>211</sup> is twee onderskeibare, aktiewe rolspelers in die groot arena van globalisering. As prosedures van grondwets- (en, meer bepaald, menseregte-) vertolking is hulle verskillende maniere waarop toegang verkry word tot 'n transnasionale regs- en grondwetskonteks, meer uitgesproke vanuit die perspektief van norme en standaarde wat universeel aanvaar en gehandhaaf word en as die verwerkliking van 'n bereidwilligheid om te leer van (die wêreld van) andere wat beide (en gelyktydig) anders en ook dieselfde is as die (wêreld van die) self. Transnasionale kontekstualisering kan dien as 'n teenmiddel vir parogialisme – “parochial predilection” soos wat Venter<sup>212</sup> dit noem – maar mag nie toegelaat word om in die proses 'n verdelger van pluralisme en verskeidenheid te word nie. Die transnasionale perspektief, buiten dat dit die aandag vestig op wat universeel is, vergemaklik ook herkenning van dit wat *eng* is maar terselfdertyd *weergaloos* in enige besondere grondwets- en menseregtebedeling. Transnasionale kontekstualisering is dus nie slegs 'n manier waarop universele faktore in aanmerking geneem word en makromagte in werking gestel word nie, maar dit moet ook uniekheid eerbiedig en die bewaring en bevordering daarvan aanhelp, en dit is beslis nie (en moet ook nie gesien word as) 'n noodsaaklike heelmiddel vir ieder en elke moontlike simptoom van 'n akute gerigtheid op nasionale eiebelang nie. Dit is soms onvermydelik dat transnasionale wysheid en kundigheid die knie moet buig voor eng politieke druk – soos *AZAPO*<sup>213</sup> gewys het – en dit is altyd betreurenswaardig (soos kritici van *AZAPO* aangetoon het),<sup>214</sup> maar in 'n gesonde konstitusionele demokrasie is dit selde die einde van die pad (soos die eb en die vloed van die konstitusionele hof se regspraak oor die raamwerk- diktum in *Makwanyane*<sup>215</sup> gewys het).<sup>216</sup>

In enige besondere land behels die konkretisering van reg insake menseregte (gegewe die inherente waardes wat dit huisves) deelname aan die dinamiese en komplekse skryf van die groter narratief van menseregte in daardie land. Dit kan nie 'n grootse meesternarratief wees wat vooraf (en in besonderhede) beplan is en 'n immer voorspelbare storielyn het nie. Daarvoor is daar te veel afwykings, inkonsekwentheid en onvoorsiene omstandighede betrokke. Dit is daarom ook onmoontlik om met enige betroubare juistheid op enige gegewe tydstip die besondere bydrae van internasionale en buitelandse reg tot daardie narratief te bepaal. Indien hierdie artikel maar net *by benadering* kon aandui hoe 'n dinamiese mag die transnasionale konteks in die ontplooiing van die Suid-Afrikaanse menseregtenarratief, en veral in die reg insake menseregtebeskerming, sedert 1994 geword het – en dít nieteenstaande die baie beskeie volkeregtelike en vergelykingsvaardighede van die meeste Suid-Afrikaanse juriste – sou dit kon deurgaans as 'n verkennende bydrae wat nodig en die moeite werd is en wat lig werp op die onderskeid tussen, en interaksie van, volke-, buitelandse en munisipale of nasionale reg in 'n voormalige verstotelingstaat wat heeltemal té lank uitgesluit was van die dinamiek van “die transnasionale” in die arena van globalisering.

## Bibliografie

Ackermann, Laurie W.H. 2005-2006. Constitutional comparativism in South Africa: A response to Sir Basil Markesinis and Jörg Fedtke. *Tulane Law Review*, 80(1):169-93.

—. 2006. Constitutional comparativism in South Africa. *South African Law Journal*, 123(3):497-515.

Anon. 2002. *The shorter Oxford English dictionary on CD-ROM*. 5de uitgawe. Version 2.0 Oxford: Oxford University Press.

Barak, Aharon. 2005-2006. Response to “The Judge as comparatist. Comparison in public law”. *Tulane Law Review*, 80(1):195-202.

Benedek, Wolfgang, Isak Hubert en Renate Kicker (reds.). 1999. *Development and developing international and European law. Essays in honour of Conrad Ginther on the occasion of his 65th birthday*. Frankfurt am Main, Berlyn, Bern, Bruxelles, New York, Wenen: Peter Lang.

Botha, Henk. 2007. Comparative law and constitutional adjudication: A South African perspective. *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, 55:569-98.

Botha, Neville en Michéle Olivier. 2004. Ten years of international law in the South African courts. *South African Yearbook of International Law*, 29:42-77.

Bryde, Brun-Otto. 1999. North and South in comparative constitutional law – from colonial imposition towards a transnational constitutionalist dialogue. In Benedek, Hubert en Kicker (reds.) 1999.

—. 2003. Konstitutionalisierung des Völkerrechts und internationalisierung des Verfassungsrechts. *Der Staat*, 42(1):61-75.

—. 2005-2006. The constitutional judge and the international constitutionalist dialogue. *Tulane Law Review*, 80(1):203-19.

—. 2008. Constitutional law in “old” and “new” law and development. *Verfassung und Recht in Übersee*, 41(1):10-15.

Cheadle, H.M., D.M. Davis and N.R.L. Haysom. 2006. *South African constitutional law: The bill of rights*. July 2006 My LexisNexis 33-3.

Choudhry, Sujit (red.). 2006. *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press.

—. 2006. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In Choudhry (red.) 2006.

Cliteur, P.B. 1992. *Inleiding in het recht*. Groningen: Wolters-Noordhoff.

Corder, Hugh. 1992. Lessons from (North) America. (Beware the “legalization of politics” and the “political peduction of the law”.) *South African Law Journal*, 109(2):204-24.

Côté, Pierre-André. 1984. *The interpretation of legislation in Canada*. Cowansville, Québec: Yvon Blais.

Cremer, Wolfram. 2003. *Freiheitsgrundrechte. Funktionen und Strukturen*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Currie, Iain en Johan de Waal. 2005. *The Bill of Rights Handbook*. 5de uitgawe. Lansdowne: Juta

De Waal, Johan. 1995. A comparative analysis of the provisions of German origin in the interim bill of rights. *South African Journal on Human Rights*, 11(1):1-29.

De Waal, Johan, Iain Currie en Gerhard Erasmus. 2001. *The Bill of Rights Handbook*. 4de uitgawe. Kenwyn: Juta.

Dugard, John. 1994. International human rights. In Van Wyk, Dugard, De Villiers and Davis (reds.) 1994.

—. 1995. International law and the “final” Constitution. *South African Journal on Human Rights*, 11(2):241-51.

—. 2005. *International law: A South African perspective*. 4de uitgawe. Claremont: Juta.

Du Plessis, Lourens. 1998. The jurisprudence of interpretation and the exigencies of a new constitutional order in South Africa. *Acta Juridica*, 1998:8-20.

—. 2002. *Re-Interpretation of statutes*. Durban: Butterworths.

—. 2005. Learned *Staatsrecht* from the heartland of the *Rechtsstaat*. Observations on the significance of South African-German interaction in constitutional scholarship. *Potchefstroomse Elektroniese Regstydskrif*, 1:1/30-30/30.

—. 2007a. International law and the evolution of (domestic) human-rights law in post-1994 South Africa. In Nijman en Nollkaemper (reds.) 2007.

—. 2007b. AZAPO: Monument, memorial ... or mistake? In Le Roux en Van Marle (reds.) 2007.

—. 2008. German Verfassungsrecht under the Southern Cross. Observations on South African-German interaction in constitutional scholarship in recent history with particular reference to constitution-making in South Africa. In Hufen (red.) 2008.

—. 2010. Beyond parochialism? Transnational contextualisation in constitutional interpretation in South Africa. In Faure en Van der Walt (reds.) 2010.

Du Plessis, Lourens M. en J.R. de Ville. 1993. Bill of rights interpretation in the South African context (3): Comparative perspectives and future prospects. *Stellenbosch Law Review*, 4(3):356-93.

Erasmus, Gerhard. 2003. The incorporation of trade agreements and rules of origin: The extent of constitutional guidance. *South African Yearbook of International Law*, 28:157-81.

Faure, Michael en André van der Walt (reds.). 2010. *Globalisation and private law. The way forward*. Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA: Edward Elgar.

Forsthoff, Ernst. 1961. *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*. Stuttgart: Kohlhammer.

Hahlo, H.R. en E. Kahn. 1973. *The South African legal system and its background*. Kaapstad: Juta.

Henkin, Louis. 1977. The internationalization of human rights. In Henkin, Frankel en Dworkin (reds.) 1977.

Henkin, Louis, Charles Frankel en Ronald M. Dworkin (reds.). 1977. *Human rights: A symposium*. New York: Columbia University, University Committee on Central Education.

Hufen, Friedhelm (red.). 2008. *Verfassungen – Zwischen Recht und Politik. Festschrift zum 70. Geburtstag für Hans-Peter Schneider*. Baden-Baden: Nomos.

Jackson, Vicki. 1998-1999. Ambivalent resistance and comparative constitutionalism: Opening up the conversation on “proportionality”, rights and federalism. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 1(3):583-639.

Jackson, Vicki C. en Mark Tushnet (reds.). 2002. *Defining the field of comparative constitutional law*. Westport, Connecticut / Londen: Praeger.

Kentridge, Sydney. (2005-2006). Comparative law in constitutional adjudication: The South African experience. *Tulane Law Review*, 80(1):245-56.

Klug, Heinz. 1997. Introducing the Devil: An institutional analysis of the power of constitutional review. *South African Journal on Human Rights*, 13(2):185-207.

—. 2000. *Constituting democracy. law, globalism and South Africa's political reconstruction*. Cambridge: Cambridge University Press.

Kommers, Donald P. 1997. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2de uitgawe. Durham/Londen: Duke University Press.

Labuschagne, J.M.T. 2004. Die dinamiese regslandskap, doelaanpassing en -vervanging en die geregtigheidswaarde van die normdop by regsuitleg en -vorming: Opmerkinge oor die anachronistiese kant van die stelreël *cessante ratione legis, cessat et ipsa lex*. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 67(1):43-59.

—. 1983. Regsdinamika: Opmerkinge oor die aard van die wetgewingsproses. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 46(4):422-35.

Le Roux, Wessel en Karin van Marle (reds.). 2007. *Law, memory and the legacy of apartheid: Ten years after AZAPO v President of South Africa*. Pretoria: Pretoria University Law Press (PULP).

Malan, J.J. 1997. Regsvergelyking in fundamentele regte-litigasie. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 60(2):214-30.

Markesinis, Sir Basil en Jörg Fedtke. 2005-2006. The judge as comparatist. *Tulane Law Review*, 80(1):11-167.

Motala, Ziyad. 1996. The Constitutional Court's approach to international law and its method of interpretation in the "Amnesty Decision": Intellectual honesty or political expediency? *South African Yearbook of International Law*, 21:29-59.

Motala, Ziyad en Cyril Ramaphosa. 2002. *Constitutional law: An analysis and cases*. Oxford: Oxford University Press.

Müller, Friedrich. 1999. Basic questions of constitutional concretisation. *Stellenbosch Law Review*, 10(3):269-83.

—. 2009. *Gerechtigkeit als "die Unruh im Uhrwerk"*. *Debatten, Gespräche, Aufsätze zu Rechtstheorie, Rechtslinguistik und Methodik, zu Verfassungslehre und Verfassungsvergleichung*. Berlin: Duncker & Humblot.

Murkens, Jo Eric Khushal. 2008. Comparative constitutional law in the courts: Reflections on the originalists' objections. *Verfassung und Recht in Übersee*, 41(1):32-50.

Nijman, Janne en André Nollkaemper (reds.). 2007. *New perspectives on the divide between national and international law*. Oxford: Oxford University Press.

- Peters, Anne. 2007. The globalization of state constitutions. In Nijman en Nollkaemper (reds.) 2007.
- Saunders, Cheryl. 2006. Comparative constitutional law in the courts: Is there a problem? *Current Legal Problems*, 59:91-127.
- Savigny, Friedrich Karl von. 1840. *System des heutigen Römischen Rechts I*. Berlin: Veit.
- Tushnet, Mark. 2004. Interpreting constitutions comparatively: some cautionary notes, with reference to affirmative action. *Connecticut Law Review*, 36(3):649-63.
- . 2006. Some reflections on method in comparative constitutional law. In Choudhry (red.) 2006.
- Van der Walt, A.J. 1999. *Constitutional property clauses*. Kenwyn: Juta / Dordrecht: Kluwer.
- Van Wyk, Dawid, John Dugard, Bertus de Villiers en Dennis Davis (reds.). 1994. *Rights and constitutionalism: The new South African legal order*. Kenwyn: Juta.
- Venter, Francois. 2008. Globalization of constitutional law through comparative constitution-making. *Verfassung und Recht in Übersee*, 41(1):16-31.
- . 2010. *Global features of constitutional law*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
- . 2000. *Constitutional comparison. Japan, Germany, Canada and South Africa as constitutional states*. Lansdowne: Juta / Dordrecht: Kluwer.
- Weinrib, Lorraine E. 2002. Constitutional conceptions and constitutional comparativism. In Jackson en Tushnet (reds.) 2002.
- Wiechers, Marinus. 2011. Boekbespreking. Francois Venter, *Global features of constitutional law*. 2010. Wolf Legal Publishers Nijmegen. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 2011(3):593-597.

## Eindnotas

\*Hierdie artikel is 'n verwerkte en bygewerkte weergawe van 'n hoofstuk wat voorheen (in Engels) in 'n internasionale boekpublikasie verskyn het – sien Du Plessis (2010) in Faure en Van der Walt (reds.) (2010). Vgl. ook Du Plessis (2007a) in Nijman en Nollkaemper (reds.) 2007.



<sup>1</sup> Grondwet hfst. 2.

<sup>2</sup> Art. 35(1) het bepaal dat forums wat die oorgangshandves – hfst. 3 van die oorgangsgrondwet – vertolk, volkereg wat van toepassing is op die beskerming van die regte in die handves in ag moet neem (“must have regard to”), en vergelykbare buitelandse hofbeslissings in ag kan of mag neem (“may have regard to”).

<sup>3</sup> Daar moet dikwels egter met artt. 231 en 232 rekening gehou word om sekere van die effekte van artt. 39(1)(b) en (c) en 233 behoorlik te verreken.

<sup>4</sup> 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 35.

<sup>5</sup> 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH).

<sup>6</sup> Elkeen van die regters van die hof (behalwe Chaskalson P) het ook ’n eie individuele uitspraak gegee – waarmee al die ander saamgestem het!

<sup>7</sup> Oor beroepe op volke- en buitelandse reg in *Makwanyane*, sien ook Kentridge (2005-2006:245-56).

<sup>8</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 34.

<sup>9</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 34.

<sup>10</sup> Oor volkereg aldus bindend sien par. 3.2 hier onder.

<sup>11</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 35.

<sup>12</sup> In par. 3.2 hier onder sal geredeneer word dat “niebindende volkereg” streng gesproke ’n naamfout is.

<sup>13</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 35.

<sup>14</sup> Sien par. 3.3 hier onder.

<sup>15</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 39.

<sup>16</sup> Dit kom ook in die literatuur voor – sien bv. Malan (1997:214-30) en Barak (2005-2006:196).

<sup>17</sup> 1997 (12) BCLR 1675 (KH), 1998 2 SA 38 (KH) par. 26.

<sup>18</sup> Genoem in art. 35(1) van die oorgangs- (en in art. 39(1)(b) van die 1996-) grondwet.

<sup>19</sup> Genoem in art. 35(1) van die oorgangs- (en in art. 39(1)(c) van die 1996-) grondwet.

<sup>20</sup> Bryde (2003:61-75); sien ook Peters (2007:251-308).

<sup>21</sup> 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 34; sien par. 2.1.1 hier bo.

<sup>22</sup> Sien par. 1 hier bo.

<sup>23</sup> *CC Maynard et alii v The Field Cornet of Pretoria* (1894) 1 SAR 214, 223.

<sup>24</sup> Dugard (2011:19-20).

<sup>25</sup> “While apartheid undermined and discredited the law of South Africa, it succeeded, perversely, in injecting notions of racial equality, self-determination and respect for human rights into an international legal order that in 1945 had few developed rules on these subjects.” Sien Dugard (2011:19).

<sup>26</sup> Sien par. 1 hier bo.

<sup>27</sup> 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 34, 35, 39. Sien par. 2.1 hier bo en, oor die algemeen, Du Plessis (2007a:310).

<sup>28</sup> Bryde (2005-2006:208).

<sup>29</sup> Benewens die instrumente reeds genoem, is ook ryklik geput uit die Universal Declaration of Human Rights van 1948, die American Convention on Human Rights van 1969, die African Charter on Human and Peoples’ Rights van 1981, die International Covenant on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination van 1966, die Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women van 1979 en die Convention on the Rights of the Child van 1989 – Du Plessis (2007a:313).

<sup>30</sup> En voorheen art. 35(1) van die oorgangsgrondwet - sien par. 1 hier bo.

<sup>31</sup> Art. 71 van die oorgangsgrondwet het sodanige sertifisering vereis as deel van die proses om die 1996-Grondwet aan te neem. Daar was twee sertifiseringsuitsprake. Die konstitusionele hof het die eerste teks wat voorgelê is vir sertifisering, na die grondwetlike vergadering terugverwys omdat dit in sommige opsigte – so het die hof bevind – nie aan die grondwetlike beginsels voldoen het nie: *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, In re: Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly* 1996 10 BCLR 1253 (KH), 1996 4 SA 744 (KH). In ’n latere, tweede uitspraak het die hof egter ’n gewysigde weergawe van die eerste teks gesertifiseer: *Certification of the Amended Text of*

*the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, In re: Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly* 1997 1 BCLR 1 (KH), 1997 2 SA 97 (KH).

<sup>32</sup> *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, In re: Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly* 1996 10 BCLR 1253 (KH), 1996 4 SA 744 (KH) par. 48-51.

<sup>33</sup> Sien egter die Suid-Afrikaanse konstitusionele hof se (teenoorgestelde) standpunt oor die status van die Vienna Convention on the Law of Treaties in grondwetsvertolking soos uitgespel in *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 16. Dit word hier onder bespreek.

<sup>34</sup> Anon. (2002).

<sup>35</sup> In par. 1 hier bo.

<sup>36</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 35.

<sup>37</sup> Sien par. 2.1.2 hier bo.

<sup>38</sup> Du Plessis (2007a:312).

<sup>39</sup> Sien par. 3.7 hier onder.

<sup>40</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 35.

<sup>41</sup> Sien par. 3.2 hier bo.

<sup>42</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 35. Mokgoro R bevind in 'n soortgelyke trant dat die Grondwet "requires courts to proceed to public international law and foreign case law for guidance in constitutional interpretation, thereby promoting the ideal and internationally accepted values in the cultivation of a human rights jurisprudence for South Africa" – *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 304.

<sup>43</sup> Sien par. 3.2 hier bo.

<sup>44</sup> Peters (2007:300-1).

<sup>45</sup> Dugard (1994:171-95).

<sup>46</sup> Botha en Olivier (2004:46).

<sup>47</sup> Dugard (1995:241-51).

<sup>48</sup> Sien ook Motala en Ramaphosa (2002:37).

<sup>49</sup> Sien par. 3.4 hier onder.

<sup>50</sup> 1996 8 BCLR 1015 (KH), 1996 4 SA 672 (KH).

<sup>51</sup> 1996 8 BCLR 1015 (KH), 1996 4 SA 672 (KH). Oor die polities omstrede dimensies van hierdie saak sien Du Plessis (2007b:51-64).

<sup>52</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 16.

<sup>53</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 35 per Chaskalson P en par. 304 per Mokgoro R.

<sup>54</sup> 34 of 1995.

<sup>55</sup> Tans art. 34 van die 1996-Grondwet.

<sup>56</sup> *Azanian Peoples Organisation (AZAPO) v President of the Republic of South Africa* 1996 8 BCLR 1015 (KH), 1996 4 SA 672 (KH) par. 25.

<sup>57</sup> *Azanian Peoples Organisation (AZAPO) v President of the Republic of South Africa* 1996 8 BCLR 1015 (KH), 1996 4 SA 672 (KH) par. 26.

<sup>58</sup> *Azanian Peoples Organisation (AZAPO) v President of the Republic of South Africa* 1996 8 BCLR 1015 (KH), 1996 4 SA 672 (KH) par. 27.

<sup>59</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 35; sien ook par. 304 per Mokgoro R.

<sup>60</sup> Sien par. 3.3 hier bo.

<sup>61</sup> 2000 11 BCLR 1169 (KH), 2001 1 SA 46 (KH).

<sup>62</sup> Art. 26(1).

<sup>63</sup> Art. 26(2).

<sup>64</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 35.

<sup>65</sup> *Government of the RSA v Grootboom* 2000 11 BCLR 1169 (KH), 2001 1 SA 46 (KH) par. 26.

<sup>66</sup> *Azanian Peoples Organisation (AZAPO) v President of the Republic of South Africa* 1996 8 BCLR 1015 (KH), 1996 4 SA 672 (KH).

<sup>67</sup> *Government of the RSA v Grootboom* 2000 11 BCLR 1169 (KH), 2001 1 SA 46 (KH) par. 28.

<sup>68</sup> *Government of the RSA v Grootboom* 2000 11 BCLR 1169 (KH), 2001 1 SA 46 (KH) par. 29.

<sup>69</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH).

<sup>70</sup> *Azanian Peoples Organisation (AZAPO) v President of the Republic of South Africa* 1996 8 BCLR 1015 (KH), 1996 4 SA 672 (KH).

<sup>71</sup> *Government of the RSA v Grootboom* 2000 11 BCLR 1169 (KH), 2001 1 SA 46 (KH).

<sup>72</sup> 1996 4 BCLR 537 (KH), 1996 3 SA 165 (KH).

<sup>73</sup> Hierdie reg was gewaarborg in art. 32(b) van die oorgangsgrondwet.

<sup>74</sup> Op voorwaarde dat daar geen diskriminasie op grond van ras sal wees nie. Hierdie reg was gewaarborg in art. 32(c) van die oorgangsgrondwet.

<sup>75</sup> *Ex parte Gauteng Provincial Legislature. In re: Dispute Concerning the Constitutionality of Certain Provisions of the Gauteng School Education Bill of 1995* 1996 4 BCLR 537 (KH), 1996 3 SA 165 (KH) par. 45.

<sup>76</sup> *Ex parte Gauteng Provincial Legislature. In re: Dispute Concerning the Constitutionality of Certain Provisions of the Gauteng School Education Bill of 1995* 1996 4 BCLR 537 (KH), 1996 3 SA 165 (KH) par. 50.

<sup>77</sup> *Ex parte Gauteng Provincial Legislature. In re: Dispute Concerning the Constitutionality of Certain Provisions of the Gauteng School Education Bill of 1995* 1996 4 BCLR 537 (KH), 1996 3 SA 165 (KH) par. 55-68.

<sup>78</sup> 2001 7 BCLR 685 (KH), 2001 3 SA 893 (KH).

<sup>79</sup> *Mohamed v President of the RSA* 2001 7 BCLR 685 (KH), 2001 3 SA 893 (KH) par. 68.

<sup>80</sup> 2004 BCLR 10 1009 (KH), 2005 4 SA 235 (KH).

<sup>81</sup> *Azanian Peoples Organisation (AZAPO) v President of the Republic of South Africa* 1996 6 BCLR 1015 (KH), 1996 4 SA 672 (KH).

<sup>82</sup> *Mohamed v President of the RSA* 2001 7 BCLR 685 (KH), 2001 3 SA 893 (KH) par. 23.

<sup>83</sup> *Kaunda v President of the RSA (2)* 2004 10 BCLR 1009 (KH), 2005 4 SA 235 (KH) par. 25-8.

<sup>84</sup> *Kaunda v President of the RSA (2)* 2004 10 BCLR 1009 (KH), 2005 4 SA 235 (KH) par. 29.

<sup>85</sup> Du Plessis (2002:173).

<sup>86</sup> Erasmus (2003:175).

<sup>87</sup> 2000 1 BCLR 86 (KH), 2000 2 SA 245 (KH) par. 13.

<sup>88</sup> 2004 10 BCLR 1009 (KH), 2005 4 SA 235 (KH) par. 33.

<sup>89</sup> *Kaunda v President of the RSA (2)* 2004 10 BCLR 1009 (KH), 2005 4 SA 235 (KH) par. 33.

<sup>90</sup> Du Plessis (2002:73-4).

<sup>91</sup> *Kaunda v President of the RSA (2)* 2004 10 BCLR 1009 (KH), 2005 4 SA 235 (KH) par. 33.

<sup>92</sup> Erasmus (2003:175).

<sup>93</sup> 2003 6 SA 244 (HHA).

<sup>94</sup> *S v Baloyi* 2000 1 BCLR 86 (KH), 2000 2 SA 245 (KH) par. 13.

<sup>95</sup> *Kaunda v President of the RSA (2)* 2004 10 BCLR 1009 (KH), 2005 4 SA 235 (KH) par. 33.

<sup>96</sup> 2000 2 SA 215 (T) 229D-F.

<sup>97</sup> 2001 4 SA 1009 (LAC) par. 23-4.

<sup>98</sup> 1995 6 BCLR 665 (KH); 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) – sienpar.2.1 hier bo.

<sup>99</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH); 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 22, 25.

<sup>100</sup> Natuurlik word daar ook in die 1996-Grondwet nie na die doodstraf verwys nie, maar die rede vir hierdie “stilsweye” is dat *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) gesien word as die gesag wat die moontlikheid van die doodstraf vir eens en altyd uitgesluit het.

<sup>101</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 14; sien ook Du Plessis (2002:268-9).

<sup>102</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 16. Cremer (2003:23-9) is byvoorbeeld van oordeel dat in die meer onlangse verlede 'n subjektiewe benadering tot grondwetsvertolking deur die Duitse Bundesverfassungsgericht veld gewen het teenoor 'n tradisioneel meer objektiewe benadering. Ingevolge dié subjektiewe benadering speel die ontstaansgeskiedenis van 'n wets- of die grondwetstek 'n belangrike en dikwels deurslaggewende rol by die vertolking daarvan.

<sup>103</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 16.

<sup>104</sup> *Government of the RSA v Grootboom* 2000 11 BCLR 1169 (KH), 2001 1 SA 46 (KH).

<sup>105</sup> Sien par. 3.5 hier bo.

<sup>106</sup> Sien art. 7(2) van die Grondwet.

<sup>107</sup> Sien bv. Henkin (1977:6): "Human rights began as 'freedom from', as limitations on government. Those are the familiar rights of the American Bill of Rights and the French Declaration of the Rights of Man and of the Citizen; for Americans, the freedoms of the First Amendment (speech, press, religion), freedom from unreasonable search and seizure, the security of property, due process of law, the right to a fair trial and civilized punishment, and analogous rights developed later - association, privacy, equal protection of the laws, a fair deal, national government. To socialism, I think, we owe another dimension. Although in conception socialism is collectivist and anti-individualist, its insistence that the purpose of society and government is to promote economic-social welfare helped bring the welfare state and pointed to individual economic and social rights. And so: human rights today include both political and civil rights and economic and social rights, and, unlike our eighteenth-century American Constitution, post-World War II constitutions include not only bills of rights like ours but also the right to live, the right to eat, the right to work, and the right to be educated."

<sup>108</sup> Sien ook Müller (2009:228-9).

<sup>109</sup> Peters (2007:285).

<sup>110</sup> Sien par. 3.7 hier bo.

<sup>111</sup> Soos bv. blyk uit *Carmichele v Minister of Safety and Security* 2001 10 BCLR 995 (KH), 2001 4 SA 938 (KH).

<sup>112</sup> Sien par. 3.3 en par. 3.8 hier bo.

<sup>113</sup> *Azanian Peoples Organisation (AZAPO) v President of the Republic of South Africa* 1996 8 BCLR 1015 (KH), 1996 4 SA 672 (KH).

<sup>114</sup> Du Plessis (2007a:337–8).

<sup>115</sup> Dit is die strekking van 'n artikel deur Motala (1996:29-59); sien ook Botha en Olivier (2004:51).

<sup>116</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH).

<sup>117</sup> Sien bv. Klug (1997:189).

<sup>118</sup> Klug (1997:194).

<sup>119</sup> Sien par. 3.5 hier bo.

<sup>120</sup> *Government of the RSA v Grootboom* 2000 11 BCLR 1169 (KH), 2001 1 SA 46 (KH).

<sup>121</sup> *Kaunda v President of the RSA (2)* 2004 10 BCLR 1009 (KH), 2005 4 SA 235 (KH).

<sup>122</sup> *Ex parte Gauteng Provincial Legislature. In re: Dispute Concerning the Constitutionality of Certain Provisions of the Gauteng School Education Bill of 1995* 1996 4 BCLR 537 (KH), 1996 3 SA 165 (KH).

<sup>123</sup> *Grondwetlike vergelykingsarbeid* is na my oordeel die beste Afrikaanse vertaling van *constitutional comparativism* en *grondwetlike vergelyking* is *constitutional comparison*. *Constitutional comparativist* het ongelukkig nie 'n kort en kragtige Afrikaanse ekwivalent nie en heet in hierdie bydrae *die eksponent van grondwetlike vergelykingsarbeid*.

<sup>124</sup> Barak (2005-2006:195-6).

<sup>125</sup> 2005 9 BCLR 835 (KH), 2005 6 SA 419 (KH) par. 34-5.

<sup>126</sup> Saunders (2006:92).

<sup>127</sup> Du Plessis en De Ville (1993:376–7); Murkens (2008:34).

<sup>128</sup> Murkens (2008:34).

<sup>129</sup> Sien bv. *South African Association of Personal Injury Lawyers v Heath* 2001 1 BCLR 77 (KH) par. 19.

<sup>130</sup> Corder (1992:206–14).

<sup>131</sup> Ackermann(2005-2006:83-184). Sien ook *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 39.



- <sup>132</sup> Jackson (1998-1999:600); sien ook Botha (2007:582).
- <sup>133</sup> Sien bv. Cheadle, Davis en Haysom (2006:33-3) en ook Markesinis en Fedtke (2005-2006:66-8).
- <sup>134</sup> 1997 7 BCLR 851 (KH), 1997 3 786 (KH) par. 90.
- <sup>135</sup> Cheadle, Davis en Haysom (2006:33-3).
- <sup>136</sup> Ackermann (2005-2006:169-93); en sien ook Ackermann (2006:497-515).
- <sup>137</sup> En met kommentaar op Markesinis en Fedtke (2005-2006:11-167).
- <sup>138</sup> 2001 5 BCLR 449 (KH), 2001 3 SA 409 (KH) par. 133.
- <sup>139</sup> Ackermann (2005-2006:186); sien ook *Bernstein v Bester* 1996 2 SA 751 (KH), 1996 4 BCLR 449 (KH) par. 132-3.
- <sup>140</sup> Vir die betekenis van die konsep *nuwe grondwette (new constitutions)* sien par. 2 hier bo.
- <sup>141</sup> De Waal (1995:1-29); Du Plessis (2005:1/30-30/30); Du Plessis (2008:524-36).
- <sup>142</sup> Venter (2008:16-31).
- <sup>143</sup> 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 39; sien ook die inleidingsparagraaf tot par. 2.1.3 hier bo.
- <sup>144</sup> 1996 5 BCLR 658 (KH), 1996 3 SA 850 (KH) par. 127.
- <sup>145</sup> *Du Plessis v De Klerk* 1996 5 BCLR 658 (KH), 1996 3 SA 850 (KH) par. 144.
- <sup>146</sup> 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 39.
- <sup>147</sup> Soos Cheadle, Davis en Haysom (2006:33-3) verduidelik: “Great care must be taken to ground comparative borrowing, both within the context of the texts from which that authority emanates and as the nature and purpose of our text. For example, the absence of a general limitation clause in the United States Constitution or the fact that the European Convention of Human Rights is an instrument governing the conduct of national states, has a considerable bearing on the nature of the jurisprudence of the United States Supreme Court and the European Court of Human Rights. To borrow uncritically from these jurisdictions, without considering the appropriate context, is an exercise fraught with danger, a fact which was acknowledged by Chaskalson P. in *Makwanyane*.” Sien ook *Sanderson v Attorney-General, Eastern Cape* 1997 (12) BCLR 1675 (KH), 1998 2 SA 38 (KH) par. 26.
- <sup>148</sup> Tushnet (2004:649-63).

- <sup>149</sup> 2005 9 BCLR 835 (KH), 2005 6 SA 419 (KH) par. 34–5.
- <sup>150</sup> *K v Minister of Safety and Security* 2005 9 BCLR 835 (KH), 2005 6 SA 419 (KH) par. 35.
- <sup>151</sup> Botha (2007:580).
- <sup>152</sup> Malan (1997:215) praat in lg. verband van (blote) “nabootsing”.
- <sup>153</sup> Botha (2007:582).
- <sup>154</sup> Ackermann (2005-2006:187–90).
- <sup>155</sup> Bryde (2005-2006:207–8).
- <sup>156</sup> Bryde (2005-2006:213–).
- <sup>157</sup> Ackermann (2005-2006:183-5).
- <sup>158</sup> Albert Einstein soos aangehaal deur Ackermann (2005-2006:169, 185).
- <sup>159</sup> Ackermann (2005-2006:185).
- <sup>160</sup> Ackermann (2005-2006:191) verduidelik soos volg: “No judge is a ‘Hercules’ or an ‘Athena’. The best one can do is to strive consciously to become aware of *all* one’s prejudices, to be aware that, this exercise notwithstanding, one will still have subliminal predispositions, and to toil as honestly as one can in the vineyard.”
- <sup>161</sup> Ackermann (2005-2006:191–2).
- <sup>162</sup> Venter (2010:199); Botha (2007:569–70).
- <sup>163</sup> Wiechers (2011:593).
- <sup>164</sup> Botha (2007:588–91) praat byvoorbeeld van “([t]he poverty of) theory and method”; vgl. ook Venter (2010:199–200).
- <sup>165</sup> Hierin is ek dit heeltemal eens met Botha (2007:591).
- <sup>166</sup> Sienpar. 2 hier bo.
- <sup>167</sup> Soos die European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, die International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights en die International Covenant on Civil and Political Rights. Bryde (2005-2006:208).
- <sup>168</sup> Bryde (1999:701).

<sup>169</sup> Bryde (2008:11).

<sup>170</sup> Soos Van der Walt (1999:38) dit stel.

<sup>171</sup> Van der Walt (1999:38); sien ook par. 4.3.2 hier onder.

<sup>172</sup> 1996 5 BCLR 658 (KH), 1996 3 SA 850 (KH) par. 127.

<sup>173</sup> Saunders (2006:119–26) redeneer, om die waarheid te sê, oortuigend dat (en waarom) dit belangrik is vir howe om ook kwessies rakende vergelykingsmetodologie ter harte te neem.

<sup>174</sup> 2005 9 BCLR 835 (KH), 2005 6 SA 419 (KH) par. 35.

<sup>175</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 39.

<sup>176</sup> *Du Plessis v De Klerk* 1996 5 BCLR 658 (KH), 1996 3 SA 850 (KH) par. 127, 144; *Sanderson v Attorney-General, Eastern Cape* 1997 (12) BCLR 1675 (KH), 1998 2 SA 38 (KH) par. 26.

<sup>177</sup> *Du Plessis v De Klerk* 1996 5 BCLR 658 (KH), 1996 3 SA 850 (KH) par. 144.

<sup>178</sup> Vgl. Choudhry (2006:1–36).

<sup>179</sup> Bryde (2005-2006:213–9).

<sup>180</sup> Bryde (2005-2006:214).

<sup>181</sup> Ackermann (2005-2006:169–93).

<sup>182</sup> Sien in hierdie verband Tushnet (2006:67–83).

<sup>183</sup> Malan (1997:214-30) is een van die eensame uitsonderings.

<sup>184</sup> Van der Walt (1999).

<sup>185</sup> Van der Walt (1999:38).

<sup>186</sup> Botha (2007:569–98).

<sup>187</sup> Botha (2007:572–8).

<sup>188</sup> Weinrib (2002:3–34).

<sup>189</sup> Sien par. 1.4 hier bo.

<sup>190</sup> Klug (2000).

<sup>191</sup> Botha (2007:578).

<sup>192</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 34.

<sup>193</sup> Venter (2000) en Venter (2010).

<sup>194</sup> Sien in hierdie verband ook Wiechers (2011:593).

<sup>195</sup> Venter (2010:38–47).

<sup>196</sup> Venter (2010:51–62).

<sup>197</sup> Venter (2010:48).

<sup>198</sup> Venter (2010:49).

<sup>199</sup> Sien par. 3.8 hier bo.

<sup>200</sup> Labuschagne (1983:422-35); (2004:46).

<sup>201</sup> Hahlo en Kahn (1973:180).

<sup>202</sup> Savigny (1840:206 e.v.).

<sup>203</sup> Maar ook bv. in die “civil law”-tradisie in Kanada; sien Pierre-André Côté (1984:193–350).

<sup>204</sup> Cliteur (1992:196-202); Labuschagne (2004:46).

<sup>205</sup> Forsthoff (1961:39–40); Kommers (1997:42–3); Müller (1999:275–6); Cremer (2003:31 e.v.).

<sup>206</sup> De Waal, Currie en Erasmus (2001:129-40) het, vir die doeleindes van handves- en menseregtevertolking, op ’n vertolkingskema soortgelyk aan dié van Von Savigny gesteun, maar in die 5de uitgawe van hulle boek – Currie en De Waal (2005) – doen hulle dit nie meer nie. Sien ook Du Plessis (1998:13–6).

<sup>207</sup> Labuschagne (2004:46).

<sup>208</sup> Vir c opsomming sien Du Plessis (1998:8).

<sup>209</sup> Du Plessis (2002:111–5).

<sup>210</sup> As manifestering van doelbewuste vertolking – sien Du Plessis (2002:115–9).

<sup>211</sup> Sien par. 2.2 hier bo.

<sup>212</sup> Venter (2010), Publisher's Preface.

<sup>213</sup> *Azanian Peoples Organisation (AZAPO) v President of the Republic of South Africa* 1996 8 BCLR 1015 (KH), 1996 4 SA 672 (KH).

<sup>214</sup> Motala (1996:29-59); Botha en Olivier (2004:51). Sien ook par. 3.9 hier bo.

<sup>215</sup> *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH), 1995 2 SACR 1 (KH) par. 35.

<sup>216</sup> Sien par. 3.2–3.5 hier bo.