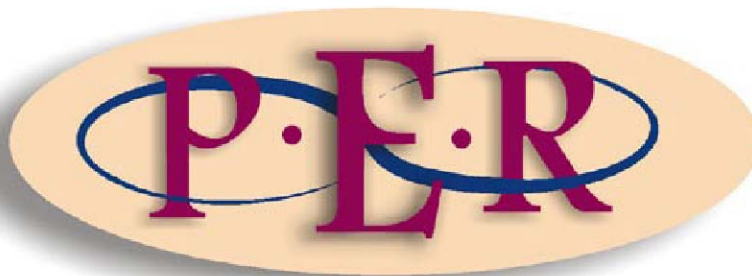


---

**DIE BETEKENIS VAN DIE BEPALINGS VAN DIE 1996 GRONDWET  
DIE AANHEF EN HOOFSTUK 1**

---

ISSN 1727-3781



1998 VOLUME 1 No 1

## DIE BETEKENIS VAN DIE BEPALINGS VAN DIE 1996 GRONDWET DIE AANHEF EN HOOFSTUK 1

Francois Venter

### 1 Inleiding

Hierdie bydrae het 'n beperkte doelwit. Dit word bedoel as die eerste aflewering van 'n sistematiese uitleg van van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 1996. Die bedoeling is bloot om die betekenis van die bepalings van die Grondwet aan die hand van die teks self en enige tersake hulpmiddele wat ter hand mag kom, kumulatief te beskryf. Die beskrywing geskied sistematies volgens die struktuur van die teks self en dus nie tematies aan die hand van 'n ander raamwerk as dié wat die Grondwet self bied nie.

Waar dit ter sake en voorsienbaar is, word interne verbande egter tussen die bepalings in verskillende dele van die Grondwet self aangetoon, asook eksterne verbande met buite-grondwetlike wetgewing, beleidsdokumente en leerstukke.

Die Regering, skrywers en die howe het die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 200 van 1993 sedert 1994 vertolk en toegepas. Heelwat daarvan sal vir die uitleg van die 1996 Grondwet van toepassing bly.

Vir die doeleindes van die vasstelling van die betekenis van bepalings van die Grondwet moet die grondliggende waardes waarop die Grondwet berus in al die bepalings van die teks gesoek word. Die Konstitusionele Hof het dit heel duidelik soos volg in die tweede sertifiseringsuitspraak<sup>1</sup> onder woorde gebring:

1 Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: in re Certification of the Amended Text of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 1997 2 SA 97 (KH) par [25] (op 116). "AT" in die aanhaling verwys na die grondwetteks soos gewysig deur die Grondwetlike Vergadering ná die eerste sertifiseringsuitspraak ("Amended Text").

The AT is based on founding values which include human dignity, the achievement of equality, the recognition and advancement of human rights and freedoms, the supremacy of the Constitution and the rule of law.<sup>2</sup>

Bepalings waaruit hierdie grondliggende waardes van die Grondwet blyk, sluit die volgende in:

- Die paragrawe in die Aanhef wat in ses tale na God verwys, naamlik "Mag God ons mense beskerm; Nkosi Sikelel'iAfrika; Morena boloka setjaba sa heso; God seën Suid-Afrika; God bless South Africa; Mudzimu fhatutshedza Afurika, en Hosi katekisa Afrika."
- Die bepalinge van artikels 1, 7(1), 36(1) en 39(1), ingevolge waarvan die waardes waarop die Republiek en die Handves van Regte grondwetlik gegrond is, menswaardigheid, gelykheid, nie-rassigheid, nie-seksisme en vryheid insluit.
- Bepalinge soos artikels 9(2), 26, 27, 59(a), 193(6), 195(1)(e) en (i) en 217(2), wat vertolk kan word as egalitaries en gemik op die vestiging van 'n sosiale versorgingstaat.
- Artikel 7(2) wat van die staat (en al sy organe - artikel 8(1)) vereis om alle grondwetlike regte te "eerbiedig, beskerm, bevorder en verwesenlik".

By die uitleg en toepassing van die bepalinge van die Grondwet, sal al die waardebelade voorskrifte in berekening gebring moet word. 'n Kursoriese blik oor die bogemelde waardebeplings (of "stigtingsbeplings" soos Erasmus en De Waal dit noem<sup>3</sup>) laat dit dadelik blyk dat daar heelwat moontlike teenstrydighede is. Die

<sup>2</sup> Vgl ook *S v Zuma* 1995 2 SA 642 (KH) par [17] waarin Kentridge wn r goedkeurend verwys na uitsprake van Froneman r in *Qozeleni v Minister of Law and Order* 1994 3 SA 625 (OK) met die strekking dat, aangesien die Grondwet die hoogste reg is waarteen alle ander reg getoets moet word, "it must be examined with a view to extracting from it those principles or values against which such law ... can be measured" en dat die Grondwet uitgelê moet word "to give clear expression to the values it seeks to nurture for a future South Africa." Ook Mahomed r (soos hy toe was) het hom in *S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (KH) par [262] hieroor soos volg uitgelaat: " All Constitutions seek to articulate, with differing degrees of intensity and detail, the shared aspirations of a nation; the values which bind its people, and which discipline its government and its national institutions; the basic premises upon which judicial, legislative and executive power is to be wielded; the constitutional limits and the conditions upon which that power is to be exercised; the national ethos which defines and regulates that exercise; and the moral and ethical direction which that nation has identified for its future."

<sup>3</sup> Erasmus en De Waal *StLR*.

grondwetlike waardes, soos deur die hele teks versprei, vorm nie 'n vanselfsprekende eenheid nie. Die aanwysbare konflikte wat daarin voorkom moet deurgaans by die uitleg van die teks verdiskonteer word.

## 2 Die Aanhef

Die gebruikelike rol ingevolge die Suid-Afrikaanse gemene reg van 'n aanhef of voorrede tot 'n wet, is in 1917 deur Innes hr soos volg beskryf:<sup>4</sup>

A preamble has been described by an old English Judge as "a key to open the minds of the makers of the Act and the mischiefs which they intended to redress." But the key cannot be used if the meaning of the enacting clauses is clear and plain. In cases however where the wording is ambiguous, and in cases where the Court is satisfied that the Legislature must have intended to limit in some way the wide language used, then it is proper to have recourse to the preamble.

In een van die belangrikste voor-konstitusionele<sup>5</sup> Suid-Afrikaanse grondwetsake, die sogenaamde tweede *Harris*-saak,<sup>6</sup> het die Appèlafdeling gebruik gemaak van die voorrede tot die *South Africa Act*, 1909 om die bedoeling van die grondwetskrywers om die leerstuk van skeiding van magte te implementeer, te konstrueer.

Voor-konstitusionele regspleging en hermeneutiek moet egter met omsigtigheid aangewend word by die uitleg van die Grondwet, aangesien die positivistiese bedoelingsteorie wat in die atmosfeer van parlementêre soewereiniteit toegepas is, nou onvanpas is.<sup>7</sup>

4 *Law Union and Rock Insurance Co Ltd v Carmichael's Executor* 1917 AA 593 op 597.

5 Hiermee word die tydperk voor 27 April 1994, toe die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 300 van 1993 in werking getree het, bedoel.

6 *Minister of the Interior v Harris* 1952 4 SA 792 (A) - die tersake *dictum* van Van den Heever ar op 792A word ook deur Ackermann r in *Bernstein v Bester* 1996 2 SA 751 (KH) par [105] aangehaal.

7 Oor hierdie aangeleentheid laat die post-konstitusionele regspraak geen twyfel nie. Vgl bv die volgende *dictum* van Chaskalson P in *Executive Council, Western Cape Legislature v President of the Republic of South Africa* 1995 4 SA 877 (KH) par [52]:

Desnieteenstaande moet nog aanvaar word dat die voorrede nie deel van die teks van die Grondwet is nie, maar wel as 'n sleutel tot die betekenis van die bepalings van die eintlike bepalings benut kan word. Dat dit ook van die begin van sy werksaamhede die benadering van die Konstitusionele Hof was, blyk uit verskeie uitsprake<sup>8</sup> waarin (onder andere) die voorrede intensief ingespan is om die *grondslae* waarop die 1993Grondwet gebou was, te ontbloot. Daar is geen rede waarom die 1996-tek anders benader moet word nie.

Tussen die voorredes van 1993 en 1996 is daar egter opvallende verskille, sodat die produkte van die gesaghebbende benutting van eersgenoemde nie noodwendig net so op laasgenoemde oorgedra sal kan word nie. Die belangrikste verskil is die vermelding in die eerste paragraaf van die 1993-voorrede van die regstaat,<sup>9</sup> terwyl die 1996-tek dit heeltemal verswyg. Die kwessie van regstaatlikheid is só 'n wesentliche kwessie vir die verstaan en ontwikkeling van die nuwe grondwetlike bedeling, dat 'n betreklike wydlopende *excursus* daarvoor geregverdig is.

## 2.1 Regstaatlikheid

In the past our courts have given effect to Acts of parliament which vested wide plenary power in the executive. *Binga v Cabinet for South West Africa and Others* 1988 (3) SA 155(A) and *R v Maharaj* 1950 (3) SA 187(A) are examples of such decisions. They are in conformity with English law under which it is accepted that parliament can delegate power to the executive to amend or repeal acts of parliament. S Wade and C Forsyth, *Administrative Law*, pp 863-864 (Clarendon Press, Oxford, 7th ed. 1994). These decisions were, however, given at a time when the Constitution was not entrenched and the doctrine of parliamentary sovereignty prevailed. What has to be decided in the present case is whether such legislation is competent under the new constitutional order in which the Constitution is both entrenched and supreme. This requires us to consider the implications of the separation of powers under the Constitution, the "manner and form" provisions of sections 59, 60 and 61, the implications of the supremacy clause (section 4) and the requirement that parliament shall make laws in accordance with the Constitution (section 37).

- 8 Vgl bv *Du Plessis v De Klerk* 1996 3 SA 850 (KH) par [123] per Kriegler r; *Ferreira v Levin*; *Vryenhoek v Powell* 1996 1 SA 984 (KH) par [255] per Sachs r; die *Makwanyane*-uitspraak par [278] per Mahomed r (soos hy toe was) en par [307] per Mokgoro r; *Shabalala v Attorney-General, Transvaal* 1996 1 SA 725 (KH) parr [25] en [35] per Mahomed ap; die Wes-Kaap-saak (1995 4 SA 877 (KH)) par [41] per Chaskalson p, en parr [150] en [151] per O'Regan r en *Fraser v Children's Court, Pretoria North* 1997 2 SA 261 (KH) par [20] per Mahomed AP.
- 9 "NADEMAAL daar 'n behoefte bestaan om 'n nuwe bestel te skep waarin alle Suid-Afrikaners geregtig sal wees op 'n gemeenskaplike Suid-Afrikaanse burgerskap in 'n soewereine en demokratiese regstaat . . ." (kursivering bygevoeg).

Voor 27 April 1994 was die materiële Suid-Afrikaanse staatsreg omtrent volledig gefundeer in die Brits-koloniale denke wat afgedwing, geresipieer en verder ontwikkel is sedert die begin van die negentiende eeu. Die idee van die *Rechtsstaat* was nie veel aan die orde nie en is nie deur veel mense verstaan nie. Dit was die geval omdat die konsep nie, behalwe op uiters abstrakte wyse, van toepassing gemaak kon word op 'n stelsel waarvan die *Grundnorm* die wetgewende soewereiniteit van die Parlement was nie.

Aan die ander kant was die Suid-Afrikaanse akademiese regsletteratuur nie heeltemaal ontdaan van verwysings na die *Rechtsstaat* nie. Akademiese juriste wat blootstelling aan die moderne Duitse en Nederlandse regsgeleerdheid gehad het, asook besoekende Europese geleerdes, het die konsep in die laat 1970's in die publiekregtelike debat begin invoer.<sup>10</sup> Dit was egter nouliks denkbaar dat die idee ingeburger sou kon raak as 'n element van die gemeenskaplike publiekregleer onder 'n grondwetlike bedeling wat 'n maklik wysigbare parlementêre wet vir 'n grondwet gehad het.

Die veelparty grondwetlike onderhandelinge wat die 1993 Grondwet opgelewer het, was hoofsaaklik saamgestel uit bevrydingsbewegings en verteenwoordigers van die strukturele orde wat tot stand gekom het en gefunksioneer het ingevolge 'n staatsregtelike bedeling wat op Britse denke gebaseer was. Van nie een van hierdie onderhandelingsgenote sou 'n mens dus 'n natuurlike intellektuele affiniteit vir Europese regsteorie verwag nie. Nie een van hulle het ook aan die begin van die onderhandelingsproses van die *Rechtsstaat* melding gemaak nie.

Presies hoe dit gekom het dat die idee by die onderhandelingsproses ingevoer is, kan nie geredelik vasgestel word nie, en is vir die huidige doeleindes ook nie besonder belangrik nie. Wat egter wel interessant is, is dat dit in die onderhandelde grondwetlike teks van 1993 verskyn het en dat dit daarna in die Suid-Afrikaanse grondwetlike terminologie geabsorbeer is niteenstaande die besliste onwaarskynlikheid daarvan dat dit sou gebeur.

10 Bv Hommes *TSAR*; Van Wyk *TSAR*; Stern *TSAR* (hierdie bydrae het inderwaarheid oor die *Rechtsstaat* en nie oor die *Rule of Law* nie, gehandel); Hiemstra *TSAR* en Blaauw *SALJ*. Die konsep het ook in 'n paar doktorsale proefskrifte gefigureer, bv Henning *Diskresie* en Van Wyk *Persoonlike Status*.

Die invoer van die idee en die begrip van die *Rechtsstaat/Verfassungsstaat* het nie die volle, of selfs 'n omvattende resepsie van Duitse staatsregsbeginsels meegebring nie. Wanneer verandering in 'n staatsregstelsel plaasvind, bou dit gewoonlik evolusionêr op die voorafgaande bedeling voort. Dit was ook nog altyd die geval in die Suid-Afrikaanse staatsreg. Verder word daar in sowel die 1993 as die 1996 Grondwette voorsiening gemaak vir regscontinuïteit.<sup>11</sup> Daar kan dus verwag word dat van die staatsregtelike elemente wat Suid-Afrika uit die Britse tradisie geërf het nog vir 'n tyd lank sal voortleef. Verder moet daar ook in gedagte gehou word dat ander lande met 'n Brits-koloniale geskiedenis wat grondwetstate geword het, soos Kanada en Indië, nuttige en algemeen toeganklike vergelykende bronne vir die verdere ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse grondwetlike reg<sup>12</sup> daarstel.

Die eerste paragraaf van die voorrede van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 200 van 1993 het verwys na die skepping van 'n "soewereine en demokratiese *regstaat*" en die materiële bepalings van die Grondwet het voorsiening gemaak vir die verwerkliking van die verskillende elemente van regstaatlikheid.

Aangesien die Duitse begrip *Rechtsstaat* nie regstreeks in Engels vertaal kan word nie (nieteenstaande die feit dat die *Rule of Law* soms verkeerdelik beskou word die ekwivalent daarvan te wees), was die beste uitdrukking wat daarvoor gevind kon word "constitutional state". Hoewel die Duitse konsep *Verfassungsstaat* (grondwetstaat) nou weer nie 'n absolute sinoniem is vir *Rechtsstaat* nie, is die verband tussen die begrippe stewig genoeg om die direkte Engelse vertaling van

11 A 229 van die 1993 Grondwet en item 2 van Bylae 6 van die 1996 Grondwet.

12 Hier word met oorleg onderskei tussen die *staatsreg* en die *grondwetlike reg*. Tot in 1994 het die Republiek ooreenkomstig die Brits-koloniale patroon opeenvolgende grondwette gehad wat die status van gewone wette van die Parlement gehad het. Dit was so, onder meer weens die Engelsregtelike konsep van parlementêre soewereiniteit wat in die staatsreg gegeld het. Die gevolg daarvan was dat die vorige grondwette nie veel rigtinggewende staatsregtelike beginsels bevat het nie, maar hoofsaaklik strukturele reëlins bevat het. Daar was gevolglik nie 'n besondere aansporing vir die ontwikkeling van 'n subdisipline van die staatsreg wat net besig is met die bepalings van die grondwet nie. Die nuwe grondwetlike bedeling het egter 'n drastiese verandering in die situasie teweeg gebring deurdat die Grondwet nou verhef is in status bo enige ander regsreël. Dit het meegebring dat 'n nuwe terrein van staatsregtelike navorsing, praktyk en regpleging begin ontwikkel het wat op die bepalings van die Grondwet, hulle uitleg en uitwerking konsentreer. Dit is na hierdie nuwe terrein waarna verwys word as die *grondwetlike reg*.

*Verfassungsstaat* ("constitutional state") te benut om uitdrukking te gee aan die volle betekenis van die materiële en die formele *Rechtsstaat*.

Die 1993 Grondwet het dus die invoer van regstaatlikheid in die Suid-Afrikaanse staatsreg uitdruklik aangekondig. Die stelling in die voorrede, so betekenisvol as wat dit ook al was, sou egter op sigself nie voldoende gewees het om die idee te vestig nie. Belangriker was egter die konkretisering in die materiële bepalinge van die Grondwet, selfs sonder die uitdruklike vermelding van regstaatlikheid as sodanig, van die beginsels en elemente wat kenmerkend is van die *Rechtsstaat*. Sodanige beginsels en elemente was ook (weliswaar sonder uitdruklike vermelding van regstaatlikheid) vir die Grondwetlike Vergadering voorgeskryf vir die uitvoering van sy taak om 'n "finale" Grondwet te skryf. So is die deure oopgemaak vir die verryking van die Suid-Afrikaanse regstelsel uit die meer gedeë bronne van die vastelandse (veral Duitse en Nederlandse) regsdenke. Desnieteenstaande, weens die ontsaglike invloed van die Engelse taal op die praktyk van die regswetenskap en regspleging in Suid-Afrika, bestaan daar 'n wesenlike moontlikheid dat die tendens om die ooglopende behoefte aan die benutting van buitelandse vergelykende materiaal uit die Anglo-Amerikaanse eerder as uit vastelandse bronne te bevredig, sal bly voortduur.

Suid-Afrikaanse regsgeleerdes wat oor die aard en eienskappe van die regstaatsbegrip ingelig is, vind dit nie net intellektueel aantreklik nie, maar veral omdat dit uitdrukking gee aan die beste eienskappe van die grondwetlike staat van die einde van die twintigste eeu soos wat dit deur die eeue van die ontwikkeling van die staat in Europa, Engeland en Noord-Amerika neerslag gevind het.

Soos in die Europese regsdenke kan die vraag wat alles in Suid-Afrika onder die vaandel van die regstaat tuishoort nie een wat uitputtend beantwoord kan word nie. Daar word egter aan die hand gedoen dat sekere begrippe, prosedures, beginsels en strukture met die idee van die Suid-Afrikaanse regstaat geassosieer behoort te word en dat daar waarde daarin kan wees om tussen die *formele* en die *materiële* aspekte daarvan te onderskei. Die begrip bied 'n maatstaf aan die hand waarvan die balans, billikheid en doeltreffendheid van die grondwetlike stelsel en



owerheidsoptrede ingevolge daarvan gemeet kan word. Indien die regstaatsbegrip geleentheid gegun word om te ontwikkel, sal die inhoud en invloed daarvan nie net bepaal word deur die bepalings van die Grondwet en verwante wetgewing nie, maar sal dit 'n onafhanklike, rigtinggewende lewe van sy eie ontwikkel.

Vir die onderhawige doeleindes word die volgende kenmerke van 'n grondwetlike staat geag die formele eienskappe van 'n regstaat te wees:

- die uitoefening van owerheidsgesag (slegs) ingevolge wetgewing wat in ooreenstemming met die Grondwet aangeneem is;
- gewaarborgde vryheid, geregtigheid en regsekerheid;
- gelykheid voor die reg, die verspreiding van gesag en regterlike kontrole van die uitoefening van gesag;
- toewyding aan die reg, regterlike beskerming en 'n verbod op die konsentrasie van gesag;
- grondwetlike beskerming van fundamentele regte en 'n verbod op terugwerkendheid;
- die oppergesag van die reg; • ondubbelsinnigheid van die reg, en
- die meetbaarheid, voorspelbaarheid en die berekenbaarheid van die optrede van die uitvoerende gesag.

Die *materiële* aspek van die *Rechtsstaat* word hier verstaan as die weerspieëling van die *hoër waardes en ideale* vir die hedendaagse staat en dit word oor die algemeen in verband gebring met *geregtigheid* en *demokrasie*. Dit is dus 'n uitdrukking van die regsideaal dat die *uitoefening van owerheidsgesag* in ooreenstemming moet wees met die *hoër waardes* en dat owerheidshandelinge *geregtigheid* in die hand sal werk.

Dat die regstaat wesenlik van die *Rule of Law* verskil, staan vas.<sup>13</sup> Laasgenoemde is 'n konsep uit die Engelse reg wat hoofsaaklik toepassing vind in die milieu van parlementêre soewereiniteit. By geleentheid word die uitdrukking gebruik om bloot ordelike regsregulering van die gemeenskap in teenstelling met die arbitrêre uitoefening van owerheidsgesag aan te dui. Daar is ook outeurs wat verskeie

materiële waardes en maatstawwe vir owerheidsopptrede met die begrip assosieer. Die betekenis en implikasies van die leerstuk is egter veel minder uitgepluis en spesifiek, en meer dubbelsinnig, as regstaatlikheid.

Die analise en begrip van die geldende Suid-Afrikaanse grondwetlike reg word gekompliseer deur die omstandighede van die afgelope aantal jaar se intensiewe grondwetskrywery. Eerstens het die 1993 Grondwet, wat op 27 April 1994 in werking getree het en werklik grondliggende verandering in die hele regstelsel veroorsaak het, uitdruklik voorsiening gemaak vir die skryf van 'n nuwe grondwetlike teks wat die 1993 teks binne enkele jare moes vervang. Daar is weliswaar nie verwag dat die nuwe teks wesenlik nuwe beginsels sou bevat nie, aangesien dit voorafgeprogrammeer was deur spesiale bepalings van die 1993 Grondwet wat die parameters van die verdere grondwetskrywing neergelê het.<sup>14</sup>

Hoofstuk 5 van die 1993 Grondwet het voorsiening gemaak vir die prosedure en strukture vir die toekomstige grondwetskrywing en Bylae 4 het die vereistes waaraan die volgende Grondwet moes voldoen in vier en dertig "Grondwetlike Beginsels" neergelê.

Die voorprogrammeringsmeganisme van die verskansing van grondwetlike beginsels vir die verdere grondwetskrywing was 'n interessante vernuwing vergeleke met grondwetskrywende prosesse elders in die wêreld. Die beginsels is as 'n prioriteitsaangeleentheid ontwikkel gedurende die onderhandelingsproses wat tot die formulering van die 1993 teks gelei het en substantiewe ooreenkoms oor die inhoud van die meeste van hulle het die opstel van die eintlike grondwetteks voorafgegaan. Die beginsels, wat ontwerp is om die Parlement van die 1993 Grondwet as grondwetskrywer te bind, het dus tegelykertyd ook reeds gedien as 'n riglyn vir die formulering van die bepalings van die Grondwet van 1993.

Die Grondwetlike Beginsels kon beskryf word as streng voorskrifte aan die Grondwetlike Vergadering (bestaande uit die lede van albei Huise van die Parlement

- 13 Vgl Ferreira *Staatsregtelike Onregmatigheid* 347-350.
- 14 In Hoofstuk 5 en Bylae 4 van die 1993 Grondwet.

wat in 1994 verkies is) oor die skryf van 'n nuwe grondwetlike teks. Die enigste taak van die Grondwetlike Vergadering was om 'n nuwe grondwetteks te formuleer en aan te neem in ooreenstemming met die voorgeskrewe beginsels en volgens die prosedure wat deur die 1993 Grondwet voorgeskryf is. Sertifisering deur die Konstitusionele Hof van voldoening aan die Grondwetlike Beginsels is absoluut vereis: sonder sodanige sertifisering kon 'n nuwe Grondwet nie aangeneem of geïmplementeer word nie.

Die Grondwetlike Vergadering het die 1996 Grondwet gelewer. Vir die doeleindes van 'n skatting van die oorlewingskans van regstaatlikheid in Suid-Afrika is dit nuttig om die spore van die regstaatlike elemente wat in die 1993 Grondwet, insluitend die Grondwetlike Beginsels, te volg en om die neerslag daarvan in die 1996 Grondwet te identifiseer.

Die volgende is van die sleutelemente van die 1993 Grondwet wat aanduidend was van die totstandbrenging van 'n bedeling wat in ooreenstemming is met die beginsels van die regstaat:

- die hooforsaak van die metamorfose wat die Suid-Afrikaanse regstelsel op 27 April 1994 ondergaan het, was artikel 4 van die 1993 Grondwet wat dié Grondwet verhef het tot "die hoogste reg van die Republiek."
- die eerste bepaling van Hoofstuk 3<sup>15</sup> wat 'n fundamentele regtebedeling in die Suid-Afrikaanse regstelsel tot stand gebring het, het alle wetgewende, uitvoerende en administratiewe handeling ondergeskik gemaak aan elke fundamentele reg wat 'n individuele burger geniet;
- die Grondwet is onbuigsaam gemaak deurdat 'n twee-derde meerderheid van al die lede van sowel die Nasionale Vergadering as die Senaat vereis is vir die wysiging daarvan;<sup>16</sup>
- die howe is volkome onafhanklik gemaak en die eis van onpartydigheid is aan hulle gestel,<sup>17</sup> en

15 A 7.

16 A 62(1).

17 A 96(2).

- aan die Openbare Beskermer is die taak toevertrou om enige wanadministrasie, korrupsie, administratiewe ongeregtheid en oneffektiwiteit aan die kant van openbare funksionaris na te speur en aan die kaak te stel.<sup>18</sup>

Vir die beantwoording van die vraag of die versuim van die Grondwetlike Vergadering om uitdruklik in sy teks te verwys na die regstaat die kanse vir die evolusie van 'n Suid-Afrikaanse regstaat in die kiem gesmoor het, is dit nodig om ten minste drie kwessies te oorweeg: eerstens, of dit vir die bestaan van regstaatlikheid noodsaaklik is dat daar 'n uitdruklike vermelding daarvan in die Grondwet gemaak moet word; tweedens of die insluiting in die Grondwet van beginsels wat gewoonlik nie met die regstaat in verband gebring word nie, die verdere ontwikkeling van regstaatlikheid sal kortwiek; en laastens die grondwetlike regspraak van die eerste jare onder die 1993 Grondwet, wat insig in die vraag behoort te verleen.

'n Kursoriese ondersoek van die regspraak laat gou blyk dat die Konstitusionele Hof heelwat waarde geheg het aan die regstaat-konsep in die 1993-voorrede. Om vas te stel of hierdie houding van die Hof blywende waarde vir regstaatlikheid in die afwesigheid van uitdruklike grondwetlike vermelding het, moet die strekking van die regspraak in hierdie verband oorweeg word.

Reeds in die *Makwanyane*-saak,<sup>19</sup> wat as die inougurele uitspraak van die Hof beskou kan word, is die regstaatbeginsel meermale na aanleiding van die vermelding daarvan in die voorrede beklemtoon. In die eerste plek is dit gereken as die uitdrukking van die erkenning van menseregte en fundamentele regte.<sup>20</sup> Ackermann r het verder die primaat van die Grondwet oor alle reg en die optrede van staatsorgane met die regstaat verbind,<sup>21</sup> asook die gelykheidsbeginsel,<sup>22</sup> die vereiste van redelikheid en

18 A 112(1).

19 1995 3 SA 391 (KH).

20 Chaskalson P in parr [130] en [140], Langa r in par [220] en Mokgoro r in par [311]. Chaskalson P het hierdie sentiment in par [7] van die Wes-Kaap-saak (1995 4 SA 877 (KH)) herhaal. Hiermee het Kriegler r hom ook, deur na die bewoording van die "narede" te verwys, in par [181] van die Wes-Kaap-saak (1995 4 SA 877 (KH)) geassosieer.

21 Vgl ook die uitspraak van Ackermann en O'Regan rr in par [151] van die Wes-Kaap-saak (1995 4 SA 877 (KH)).

22 Par [155].

juridiese regverdigbaarheid van owerheidsoptrede<sup>23</sup> en die staat se plig om die regte van die individu te beskerm.<sup>24</sup> In die Wes-Kaap-saak bring Sachs r<sup>25</sup> dit in verband met parlementêre demokrasie. In *Ferreira/Vryenhoek*<sup>26</sup> dui die Hof aan dat regsekerheid 'n wesenskenmerk van die regstaat is,<sup>27</sup> asook die demokratiese waardes van openheid, vryheid en gelykheid.<sup>28</sup> Die skeiding van die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag en veral die noodsaak van 'n onafhanklike regbank as kenmerk van die regstaat word in *Bernstein v Bester*<sup>29</sup> uitgelig.

Dit blyk dus duidelik dat die Konstitusionele Hof besondere waarde aan die regstaatidee heg en ook reeds ver gevorder het in die proses van outohtone (oftewel selfstandige) inhoudgewing daaraan. Wat van besondere belang is, is die feit dat die Hof dikwels die vermelding van die konsep in die 1993-voorrede as aanknopingspunt gebruik het, maar die inhoudgewing telkens aan die materiële bepalings van die Grondwet gekoppel het.

Die Grondwetlike Beginsels het die voorsetting en verskansing van elemente van die regstaat soos volg voorgeskryf:

- Beginsel I het die voortsetting van "'n demokratiese regeringstelsel" vereis, Beginsel XVII het bepaal dat daar "op elke regeringsvlak demokratiese verteenwoordiging" moet wees en Beginsel VIII het bepaal dat daar 'n "veelpartydemokrasie" moes wees;
- Beginsel II het vereis dat 'n fundamentele regtebedeling deur die volgende Grondwet voortgesit moes word;
- Beginsel IV het die voortsetting van die beginsel van die oppergesag van die Grondwet verseker;
- Beginsel V het die hoekstene van 'n regverdige regsproses en gelykheid verskans;

23 Par [156]. Vgl ook sy uitspraak in *Ferreira v Levin; Vryenhoek v Powell* 1996 1 SA 984 (KH) par [51].

24 Parr [168] en [171].

25 Par [202] van die uitspraak (1995 4 SA 877 (KH)).

26 1996 1 SA 984 (KH), par [26] per Ackermann r.

27 In 'n ander verband (die toepassing van fundamentele regte in die privaatreë) beklemtoon Ackermann r dit ook in *Du Plessis v De Klerk* 1996 3 SA 850 (KH) par [97].

28 O'Regan in par [222].



29 1996 2 SA 751 parr [51] en [105] per Ackermann r.

- Beginsel VI het die handhawing van die horisontale skeiding van magte tussen die uitvoerende, wetgewende en regsprekende gesag verseker;
- Deurdat Beginsel VII vereis het dat die howe oor die jurisdiksie moes beskik "om die Grondwet en alle fundamentele regte te beskerm en af te dwing," "oor die toepaslike kwalifikasies" moes beskik en "onafhanklik en onpartydig" moes wees, is gepoog om die effektiwiteit van die regstaat te bevorder. Hierdie Beginsel het beteken dat die regsprekende gesag beklee moes word met oorspronklike grondwetlike kompetensies waardeur die howe verhef is tot die status van 'n outonome grondwetlike instelling. Daardeur is ook geïmpliseer dat die howe op geen wyse ondergeskik gestel moes word aan onbehoorlike inmenging deur wetgewers, die uitvoerende gesag of enige administrasie nie;
- Beginsel X moes verseker dat "formele wetgewende prosedures . . . deur alle wetgewende organe op alle regeringsvlakke nagekom" moet word, waardeur 'n arbitrêre en ongekontroleerde uitvaardiging van dekrete deur 'n outoritêre regering verbied moes word;
- Beginsel XV, wat "spesiale prosedures, wat spesiale meerderhede insluit" vir die wysiging van die nuwe Grondwet vereis het, het so ook grondwetlike onbuigsaamheid in die hand gewerk, en
- Beginsel XVIII het die grondwetlike definiëring van die gesag en funksies van die regering op nasionale en provinsiale vlakke vereis.

In die eerste sertifiseringsuitspraak<sup>30</sup> het die Konstitusionele Hof ook 'n onmiskenbare verband tussen die regstaatsbeginsel vermeld in die voorrede tot die 1993 Grondwet, die Grondwetlike Beginsels en die vereistes vir sertifisering van die 1996 teks gelê:

The CPs<sup>31</sup> must be applied purposively and teleologically to give expression to the commitment 'to create a new order' based on 'a sovereign and democratic constitutional State' in which 'all citizens' are 'able to enjoy and exercise their fundamental rights and freedoms.'

30 Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: in re Certification of the Constitution of the Republic

- of South Africa, 1996 1996 4 SA 744 (KH) par [34] op 786.
- 31 "CP" is deur die Hof as afkorting vir "Constitutional Principle" gebruik.

Die nuwe grondwetteks, die 1996 Grondwet, gee ook op verskeie wyses uitdrukking aan die beginsels van die regstaat.<sup>32</sup> So bepaal artikel 1 byvoorbeeld dat die Republiek gegrond is op onder meer die volgende waardes:

- menswaardigheid, die bereiking van gelykheid en die uitbou van menseregte en vryhede;<sup>33</sup>
- Die oppergesag van die grondwet en die "rule of law";<sup>34</sup> en
- demokrasie.<sup>35</sup>

Die toepassing van Grondwetlike Beginsel IV het gelei tot artikel 2 van die 1996 Grondwet, wat soos volg lees:

Hierdie Grondwet is die hoogste reg van die Republiek; enige regsvoorskrif of optrede daarmee onbestaanbaar, is ongeldig, en die verpligtinge daardeur opgelê, moet nagekom word.

Verskeie ander bepalinge van die Grondwet maak voorsiening vir die skeiding van magte en versterk die vereiste dat owerheidsgesag uitgeoefen moet word in ooreenstemming met en onderhewig aan die Grondwet.<sup>36</sup>

32 Sowel Erasmus en De Waal *StLR* as Wiechers *Zeige mir* gaan ook uit van die standpunt dat die 1996 Grondwet op regstaatlikheid berus.

33 Vgl ook aa 7(1), 36(1) en 39(1).

34 Die nie-amptelike Afrikaanse vertaling van die grondwetteks het "rule of law" met "heerskappy van die reg" vertaal. Dit is egter twyfelagtig of hierdie vertaling, wat deur die Grondwetlike Vergadering versprei is, maar nie formeel aangeneem is nie, gebruik kan word vir uitlegdoeleindes. Nietemin kan daar uit die verband waarin "rule of law" hier gebruik word, afgelei word dat die klassieke Engelse leerstuk van die "Rule of Law" wat parlementêre soewereiniteit veronderstel, nie hier ingelees kan word nie. 'n Afsgekaalde betekenis, naamlik die *primaat van die reg*, wat ook 'n onmisbare eienskap van die regstaat is, moet waarskynlik aan hierdie uitdrukking geheg word.

35 A 1(d) spesifiseer die volgende elemente van demokrasie: "Algemene stemreg vir volwassenes, 'n nasionale gemeenskaplike kieserslys, gereelde verkiesings en 'n veelparty-stelsel van demokratiese regering, om verantwoordbaarheid [die verspreide Afrikaanse teks vertaal 'accountability'] lomp met 'verantwoordingspligtigheid' 'n responsiewe ingesteldheid ['responsiveness'] en openheid."

36 Vgl bv a 44(4): "In die uitoefening van sy wetgewende gesag word die Parlement slegs deur die Grondwet gebind, en moet hy ooreenkomstig, en binne die perke van, die Grondwet optree"; ingevolge a 83(b) moet die President, as hoof van die nasionale uitvoerende gesag, "die Grondwet as die hoogste reg van die Republiek handhaaf, verdedig en eerbiedig," en a 165(2) bepaal: "Die howe is onafhanklik en onderworpe slegs aan die Grondwet en die reg, wat hulle onpartydig en sonder vrees, begunstiging of vooroordeel moet toepas."

Hoofstuk 2 is die *Handves van Regte*, wat 'n uitgebreide katalogus van fundamentele regte is. Artikel 7, die eerste bepaling van hierdie Hoofstuk, maak daarvoor voorsiening dat die Handves "'n hoeksteen van die demokrasie in Suid-Afrika" is en vereis dat die staat "die regte in die Handves van Regte [moet] eerbiedig, beskerm, bevorder en verwezenlik."

Daar is ook ander bepalings in die 1996 Grondwet wat daarop dui dat dit moontlik is vir regstaatlikheid om in Suid-Afrika te ontplooi. Daar is egter ook 'n aantal teenstrydige seine opgesluit in die teks aangaande die waardes waarop die Grondwet gefundeer is en wat dus die uitleg daarvan moet beïnvloed. Hieronder ressorteer die volgende:

- 'n swaar beklemtoning van gelykheid, wat egter weerspreek word deur die ongelyke bevordering van benadeeldes;<sup>37</sup>
- die invoer van gevorderde sosio-ekonomiese regte soos die reg op toegang tot behuising, gesondheidsorg, voedsel, water en maatskaplike hulp wat prestasies van die staat vereis,<sup>38</sup> en
- vae elemente van direkte demokrasie, soos die verpligting van die Nasionale Vergadering om openbare betrokkenheid by die wetgewende en ander prosesse van die Wetgewende Vergadering en sy komitees te vergemaklik<sup>39</sup> en by beleidsformulering<sup>40</sup> en die betrek van die burgerlike gemeenskap by amptelike aanstellingsprosedures.<sup>41</sup>

By die uitleg van die Grondwet moet al die waardes wat daarin opgeneem is, sommiges waarvan regstreeks botsend mag wees, in aanmerking geneem word. Die afwesigheid van 'n volkome interne waardeharmonie in die Grondwet kan die uitlegproses bemoeilik. Aanwysbare waardebotsings sluit die volgende in:

37 Aa 9, 195(1)(i) en 217(2). 38 Aa 26 en 27. 39 A 59(a). (Die Afrikaanse vertaling van "public involvement in" in die nie-amptelike teks, naamlik "publieke betrokkenheid in" val nie goed op die oor nie). 40 A 195(1)(e). 41 A 193(6).

•

- kommunalisme<sup>42</sup> teenoor individualisme;
- staatsverpligtinge om sosiale dienste te lewer teenoor die voorsiening van meganismes waarmee inmenging deur die staat met die belange van die individu afgeweer kan word;<sup>43</sup> en
- nasionale eenheid teenoor uitvoerige voorsiening vir die beskerming van kulturele diversiteit.<sup>44</sup>

Die afwesigheid van die Afrikaanse begrip "regstaat" en die Engelse ekwivalent daarvan ("constitutional state") in die 1996 Grondwet moet, so word aan die hand gedoen, nie so verstaan word dat dit die einde van die kort geskiedenis van die ontwikkeling van die idee van regstaatlikheid in die Suid-Afrikaanse reg meegebring het nie. Per slot van rekening word, selfs in die Duitse *Grundgesetz* (as hoofvoorbeeld in hierdie verband) nie prominent melding gemaak van die *Rechtsstaat* nie<sup>45</sup> en daar kan met stelligheid gesê word dat die Duitse leerstuk nie afhanklik is van daardie grondwetlike verwysing nie. Wat egter met die oog op die toekomstige Suid-Afrikaanse ontwikkeling van die idee ontbreek, is die gerieflike platform vir die inwerk van die leerstuk by die uitleg van die Grondwet wat deur die voorrede van die 1993 Grondwet voorsien is.

Die grootste potensiële uitdaging vir die oorlewing van die regstaat in Suid-Afrika is geleë in die onderstroming van waardes wat vaagweg in die 1996 Grondwet uitgedruk word, en wat die potensiaal inhou van 'n neutralisering van regstaatlikheid: afhangend van die toekomstige politieke en ekonomiese omstandighede bestaan daar

42 Elemente van 'n soort Afrikakommunalisme skemer deur in bepalings soos die vyfde sin van die Aanhef "Glo dat Suid-Afrika behoort aan almal wat daarin woon"; die vermelding van "deelnemende demokrasie" in aa 57(1)(b), 70(1)(b) en 116(1)(b); die vereiste in aa 59(1)(a), 72(1)(a) en 118(1)(a) dat die deelname van die publiek aan die wetgewende prosesse bevorder moet word en die inkorporering deur Hoofstuk 12 van die instellings van tradisionele leierskap en inheemse gewoontereg in die grondwetlike strukture en stelsel.

43 Hierdie konflik is 'n tipiese dilemma van die sosiale staat: vgl bv De Wet *SAJHR*. Daar is egter rede om te dink dat 'n mens hier met meer te doen het as die *soziale Rechtsstaat*: soos reeds aangedui, kan elemente van Afrikanistiese *kommunalisme* (in teenstelling met demokratiese sosialisme) in die grondwetteks geëien word.

44 Verskeie bepalings dui op hierdie teenstelling, waaronder a 185(1)(b), wat bepaal dat een van die primêre oogmerke van die Kommissie vir die Bevordering en Beskerming van die Regte van Kultuur-, Godsdiens- en Taalgemeenskappe is "om vrede, vriendskap, menslikheid, verdraagsaamheid en nasionale eenheid onder kultuur-, godsdiens- en taalgemeenskappe op die grondslag van gelykheid, nie-diskriminasie en

vrye assosiasie te bevorder en te ontwikkel."

'n moontlikheid dat kommunalisme individualisme mag oorskadu, dat sosiaalstaatlikheid die oorhand oor regstaatlikheid mag kry en dat die remediërende bevordering van benadeeldes die ideale van gelykheid mag ondermyn.

Die Konstitusionele Hof het reeds die vermoë en bereidwilligheid laat blyk om die regstaatsidee in die Suid-Afrikaanse verband te ontwikkel. Daar moet gehoop word dat die regterlike benutting van regstaatsterminologie en -idees voortvloeiend uit die 1993 Grondwet sal bly dien as 'n lanseerplatform om die gedagtes verder die toekoms in te dra. Om sodanige ontwikkeling te bevorder, vereis dat Suid-Afrikaanse juriste aktief daaraan moet meewerk.

## **2.2 Die eerste vier sinne**

Anders as die 1993-tekst begin die Aanhef nie met 'n belydenis van erkentlikheid teenoor die Almagtige God nie, maar die klem word op die mense van Suid-Afrika wat die Grondwet deur hulle vryverkose verteenwoordigers aanneem, geplaas. Dit herinner aan die gevleuelde inleidende woorde van die Amerikaanse Konstitusie van 1787. Of hierdie inleidende sin, asook die daaropvolgende drie sinne, besondere betekenis vir die uitleg van die materiële bepalings van die Grondwet kan hê, is moeilik om in te sien, maar dit kan nie uitgesluit word dat 'n konkrete uitlegprobleem dit mag noodsaak nie. So het Mahomed ap byvoorbeeld die verwysing in die eerste paragraaf van die "narede" tot die 1993-Grondwet na die ongeregtigheid van die verlede in *Du Plessis v De Klerk*<sup>46</sup> benut om 'n grondwetlike verbintenis tot maatskaplike verandering te konstrueer. Die tweede sin van die 1996-Aanhef sou ook so vertolk kon word.

## **2.3 Eenheid en diversiteit**

Die frase in die vyfde sin "verenig in ons verskeidenheid", dui op die skynbare teenstelling wat in verskeie materiële bepalings opduik, naamlik tussen nasionale eenheid enersyds en kulturele, geografiese en ander diversiteit. Hierdie frase mag van

45 Daar word slegs in a 28(1) van die *Grundgesetz* na die begrip verwys, en dan ook net in die verband van  
54/279



die vereistes waaraan die grondwetreëlings van die *Länder* moet voldoen.

nut wees om daarop te dui dat geen bepaling so uitgelê moet word dat òf die eenheid òf die verskeidenheid oorbeklemtoon word nie.

## **2.4 Grondwetlike doelwitte**

Die sesde sin met sy vier adjektiewe sinne kan verstaan word as spesifieke grondwetlike doelwitte, deurdat verklaar word dat die Grondwet aangeneem word *ten einde* die daaropvolgende oogmerke te bereik.

Die eerste doelwit is om versoening te bewerkstellig deur die "verdelings van die verlede te heel." Die uitlegger van die Grondwet behoort hierdie oogmerk in aanmerking te neem wanneer daar 'n keuse gemaak moet word tussen alternatiewe vertolkings waarvan een meer waarskynlik maatskaplike versoening sal bewerkstellig as die ander.

Die volgende doelwit is om 'n samelewing te skep wat gegrond is op demokratiese waardes, maatskaplike geregtigheid en "fundamentele menseregte."<sup>47</sup> Hierdie fundamentele is kenmerkend van die regstaat en bied dus 'n aanknopingspunt vir die voortsetting van die Konstitusionele Hof se regstaat-regspraak.

Die daaropvolgende doelwit voer die regstaatlike eienskappe van demokrasie, openheid en gelykheid 'n stap verder. Dit is opvallend dat gelykheid hier nie so omvattend as in die eerste paragraaf van die 1993-voorrede vermeld word nie: waar dit in 1993 gegaan het oor "gelykheid tussen mans en vroue en mense van alle rasse ... sodat alle burgers in staat is om hulle fundamentele regte en vryhede te geniet en uit te oefen",<sup>48</sup> gaan dit nou slegs om "gelyke beskerming deur die reg." Moontlik kan

46 1996 3 SA 850 (KH) par [75].

47 Die frase "fundamentele menseregte" is 'n ongelukkige woordkeuse. Wanneer daar van die (korrekte) aanname uitgegaan word dat daar 'n wesenlike verskil tussen menseregte en fundamentele regte is, is dit onduidelik waarna die kombinasie van die twee begrippe verwys. Die enigste rasonale sin wat die kombinasiebegrip maak, is beperkend, naamlik òf dat sommige menseregte geag word "fundamenteel" van aard te wees (en ander dus nie), òf dat hier net menseregte bedoel word (waardeur die grondwetlik-verleende fundamentele regte wat nie as menseregte beskryf kan word nie, uitgesluit word), òf dat net fundamentele regte bedoel word (waardeur menseregte wat nie grondwetlik verskans is nie, uitgesluit word).

48 Hieroor het O'Regan r in *Brink v Kitshoff* 1996 4 SA 197 (KH) in par [33] gesê: "Equality has a very special

place in the South African Constitution."

hiervan, in samehang met van die materiële bepalings wat later aan die orde kom, afgelei word dat die 1996-tekste steeds 'n hoë premie op die gelykheidsbegrip plaas, maar dat dit nou sterker moet meeding met ander waardes soos gelykheid en waardigheid.

Vervolgens word die doelwit gestel om die lewensgehalte van alle burgers te verbeter en die potensiaal van elke mens te ontsluit. Hierdie oogmerke strook met die sosiale en sosiaal-ekonomiese maatreëls wat op verskeie plekke in die Grondwet getref word.

Verder word gemik na 'n "verenigde en demokratiese Suid-Afrika." Daar sou gesê kon word dat die Grondwet reeds hierdie doelwitte verwesenlik. Die waarde daarvan vir die uitleg van die Grondwet lê egter daarin dat optrede wat neig na versplintering of outokrasie nie hiermee versoenbaar sal wees nie en in geval van twyfel eerder ongrondwetlik bevind sal moet word as toelaatbaar.

Laastens is die vestiging van Suid-Afrika se "regmatige plek as soewereine staat in die familie van nasies" 'n pertinente doelwit. Hierin is eensyds 'n element van selfstandigheid in die internasionale konteks, en andersyds 'n element van internasionale samewerking opgesluit.

## **2.5 *Goddelike beskerming en seën***

Waar die Aanhef nie soos in die verlede met 'n belydenis van afhanklikheid begin nie, word dit, soos die 1993-"narede", afgesluit met 'n versugting om goddelike beskerming en seën. "God" word nie op 'n manier geïdentifiseer waardeur verteenwoordigers van enige geloofsoortuiging daarop aanspraak kan maak dat hulle godsbeeld hier ter sprake is nie. Hier is dus nie sprake van seksionele religieuse aansprake van enige aard nie. Wat wel opvallend is, is dat "God" in die enkelvoud vermeld word en met 'n hoofletter geskryf is. Hoewel dit moeilik is om dit abstrak te beoordeel, mag dit implikasies inhou vir 'n beperkende uitleg van geloofsverwante kwessies wat byvoorbeeld betrekking het op satanisme en

politeïsme.

### 3 Hoofstuk 1: Grondliggende Bepalings

In hierdie hoofstuk gaan dit oor die grondlegging en identiteit van die Republiek. Dit is duidelik dat Suid-Afrika as staat nie deur hierdie bepaling tot stand gebring word nie, maar by onvermydelike implikasie gekontinueer word. Dat dit die geval is, is nie onverwags nie, aangesien dit nie die taak van die Grondwetlike Vergadering was om meer te doen nie as om vir die bestaande Republiek van Suid-Afrika "'n nuwe grondwetlike teks" aan te neem.<sup>49</sup>

#### 3.1 Artikel 1

Ingevolge artikel 74(1) is hierdie artikel die mees verskanste bepaling van die Grondwet.<sup>50</sup> Hoewel dit nie onwysigbaar is nie, en dus nie die karakter van 'n "ewigheidsklousule" het soos artikel 79(3) van die Duitse *Grundgesetz*<sup>51</sup> nie, kan artikel 1 wel beskryf word as die belangrikste funderende bepaling van die Grondwet. Een gevolg van die skerp verskansing van artikel 1 is met sekerheid dat die inhoud daarvan deurlopend in berekening gebring sal moet word wanneer enige ander bepaling van die Grondwet en ook enige ander regsreël, hetsy statutêr of gemeenregtelik, uitgelê word. Artikel 1 voorsien die uitlegger dus van die belangrikste objektiewe maatstawwe vir die verstaan van die Grondwet en die res van die positiewe reg wat in Suid-Afrika geld.

49 A 73(1) van die 1993-Grondwet. Dit is merkwaardig dat daar op 27 April 1994 'n fundamentele staatsregtelike en grondwetlike verandering plaasgevind het, sonder egter dat die kontinuïteit van die bestaan van die Republiek daardeur geraak is. Hierdie feit is ook reeds by onvermydelike implikasie deur die Konstitusionele Hof bevestig in *The Azanian People's Organization (AZAPO) v President of the Republic of South Africa* 1996 4 SA 671 (KH), waar Didcott r bv in par [62] in verband met die staat se huidige verpligtinge ten aansien van voor-grondwetlike staatsverpligtinge soos volg bevind het: *Reparations are usually payable by states, and there is no reason to doubt that the postscript envisages our own state shouldering the national responsibility for those. It therefore does not contemplate that the state will go scot free. On the contrary, I believe, an actual commitment on the point is implicit in its terms, a commitment in principle to the assumption by the state of the burden.* Vgl ook Venter *ZaöRV* par 4.4.

50 'n Ondersteunende stem van ten minste 75% in die Nasionale Vergadering, en 'n ondersteunende stem van ten minste ses van die nege provinsies wat in die Nasionale Raad van Provinsies verteenwoordig word, word vir die wysiging van a 1 vereis.

51 Die Duitse a 79(3) bepaal dat 'n wysiging van die *Grundgesetz* waardeur die verdeling van die Federasie in deelstate (*Länder*), die wesenlike deelname van die *Länder* aan die wetgewende proses, of die grondbeginsels wat in aa 1 (menswaardigheid, menseregte, vrede en staatsgebondenheid aan die fundamentele regte) en 20 (demokratiese en sosiale federalisme, volkssoewereiniteit, regsgebondenheid en die reg op weerstand teen enige bedreiger van die grondwetlike orde) neergelê is, geheel en al ontoelaatbaar is.

Artikel 1 lê nie net die naam van die staat, *Die Republiek van Suid-Afrika*, neer nie, maar ook die wesenlike eienskappe daarvan, oftewel die staatsvorm. Suid-Afrika is dus 'n republiek en, nieteenstaande die erkenning wat elders<sup>52</sup> verleen word aan inheemse tradisionele monargieë, geen monargie nie. Geen kwalifikasie word egter by die begrip "republiek" gevoeg soos "demokratiese", "volks-" of "sowjet-" nie. Nadere besonderhede van die aard van die republikanisme moet dus elders in die Grondwet gevind word. Die element van staatskontinuiteit bring in hierdie verband ook die (miskien ironiese) gegewe na vore dat die huidige Republiek steeds dieselfde Republiek is wat op 31 Mei 1961 tot stand gekom het, weliswaar met 'n radikaal veranderde Grondwet. Dit sou tegnies houdbaar wees om na die "derde Republiek" te verwys,<sup>53</sup> hoewel dit in die lig van die monumentale omvang van die politieke en grondwetlike verandering wat op 27 April 1994 ingetree het, waarskynlik veelal as onsensitief beleef sou word.

Die ekonomiese taal van artikel 1 is besonder ryk aan historiese en strukturele betekenis. Dit is nie toevallig dat die Republiek as *een* staat beskryf word nie. Dit dui daarop dat die proses van afsplintering waarop die gewraakte staatsreg van afsonderlike ontwikkeling ingestel was, resloos beëindig is. Dit was per slot van rekening onomwonde een van die oogmerke waaraan Grondwetlike Beginsel I uitdrukking gegee het.<sup>54</sup> Die klem op *een* het verder ook betekenis vir die konstruksie van die staatsvorm: dit suggereer byvoorbeeld dat die provinsies geensins op afsonderlike staatlike identiteite aanspraak kan maak nie en ook nie grondwetlik geoorloof is om daarna te strewe alvorens daar aan die hoë vereistes vir wysiging van artikel 1 voldoen word nie. Die feit dat die Republiek *een* staat is, kan egter nie verstaan word as 'n kwalifikasie op die oorspronklike grondwetlike owerheidsgesag wat aan die provinsiale en plaaslike regeringsfere verleen word nie. *Een* staat is nie noodwendig 'n gesentraliseerde *unitêre* staat nie.

52 A 143(1)(b) en Hoofstuk 12. 53 Vgl Venter *THRHR*. 54 Hierdie eerste Beginsel wat in Bylae 4 van die 1993 Grondwet opgeneem is, het soos volg gelui:

Die Grondwet van Suid-Afrika moet voorsiening maak vir die instelling van een soewereine staat, 'n gemeenskaplike Suid-Afrikaanse burgerskap en 'n demokratiese regeringstelsel wat daartoe verbind is om gelykheid tussen mans en vroue en persone van alle rasse te bewerkstellig.

Voorts word bepaal dat die Republiek 'n *soewereine* staat is. In die klassieke staatsregtelike konteks is dié stelling ietwat retories omdat soewereiniteit 'n vereiste vir staatskap is. In die verband van die laat 20ste-eeuse staatsteorie is daar egter sin daarin om staatsoewereiniteit te herbevestig. In 'n prikkelende onlangse artikel<sup>55</sup> het Himsworth die volgende oor hedendaagse staatssoewereiniteit te sê gehad:

Although their histories are different, most of the states of the world, through their economic dependence, occupy positions, and have long occupied positions, on the spectrum of autonomy well below that of fully "sovereign" statehood.

Dat die Republiek se soewereiniteit enersyds nie onder die soort spanninge van ekonomiese en infrastrukturele afhanklikheid soos dit die geval met byvoorbeeld Lesotho is, ly nie, en andersyds ook nie gekwalifiseer word deur betrokkenheid by so 'n ingrypende integrerende proses soos wat in die Europese Unie aan die gang is nie, is duidelik. Daar kan egter wel gevra word of die bevestiging van die Republiek se soewereiniteit in artikel 1 enige uitwerking het op die feitelike situasie of op die volkeregsposisie. Die antwoord op die vraag is waarskynlik negatief, aangesien konkrete soewereiniteit in internasionale verband eerder van buite-juridiese faktore afhanklik is en die huishoudelike statuut van die staat as soewereine entiteit nie afhanklik is van die aanspraak daarop nie, maar van die realisering van effektiewe uitoefening van owerheidsgezag deur die gelding, toepassing en afdwinging van Grondwet en reg.

Artikel 1 kenmerk die Republiek vervolgens in die inleidende sin as 'n *demokratiese* staat en in paragraaf (d) word "'n veelparty-stelsel van demokratiese regering" as 'n waarde waarop die staat gegrond is, geïdentifiseer. Daardeur word demokrasie, of die eienskappe daarvan bevestig as 'n sleutelwaarde of –waardes waaraan die Grondwet, die reg en owerheidsoprede gemeet moet word. Hierdie bepaling is die

55 Himsworth *Public Law* 652.

kernverskansing van demokrasie as waarde, maar daar is ook ander dele van die Grondwet wat demokrasie as waarde na vore bring.<sup>56</sup>

Of enige van die gemelde grondwetlike bepalings die regstreekse konkretisering van die demokrasie tot gevolg het, is 'n geldige vraag om te opper. Die prominensie wat demokrasie as grondwetlike waarde geniet, bring mee dat dit besonder belangrik kan word om helderheid te verkry oor wat die demokrasie eintlik behels. Demokrasie is een van daardie konsepte wat aan almal bekend is, maar wat niemand ter algemene bevrediging kan definieer nie. Dit is 'n begrip wat oor twee en 'n half millennia ontwikkel het en wat 'n kompleksiteit en buigbaarheid ontwikkel het wat definiëring frustreer.<sup>57</sup> Dit is moontlik om die demokrasie se voordele en tekortkominge te

56 Van die prominente grondwetlike oogmerke volgens die Aanhef is die skepping van "'n samelewing gegrond op demokratiese waardes," om "die grondslag te lê vir 'n demokratiese en oop samelewing waarin regering gegrondves is op die wil van die bevolking" en om "'n verenigde en demokratiese Suid-Afrika te bou"; a 7(1) bepaal dat die Handves van Regte "'n hoeksteen van die demokrasie in Suid-Afrika" is en beskryf menswaardigheid, vryheid en gelykheid as "demokratiese waardes"; a 36(1) bou hierop voort deur beperking van fundamentele regte net te veroorloof waar "die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid"; a 39(1)(a) vereis van 'n hof om by die uitleg van die Handves "die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ten grondslag lê, te bevorder"; aa 57(1)(b) en 70(1)(b) vereis onderskeidelik van die Nasionale Vergadering en die Nasionale Raad van Provinsies om "verteenwoordigende en deelnemende demokrasie" behoorlik in ag te neem by die neerlê van interne parlementêre prosedurereëls (a 116(1)(b) tref 'n soortgelyke reëling in verband met die provinsiale wetgewers); a 57(2)(b) vereis dat die Nasionale Vergadering se reëls en orders voorsiening moet maak vir "die deelname van minderheidspartye ... aan die verrigtinge ... op 'n wyse wat met die demokrasie bestaanbaar is," aa 61(3) en 70(2)(c) stel dieselfde vereiste vir deelname van minderheidspartye en spesiale provinsiale afgevaardigdes na die Nasionale Raad van Provinsies en a 70(2)(b) stel ook die vereiste ten aansien van die deelname van al die provinsies in die Nasionale Raad (a 116(2)(b) tref 'n ekwivalente reëling ten aansien van provinsiale wetgewers en a 160(8) met betrekking tot munisipale rade); uitsluiting van die publiek en die media van parlementêre verrigtinge mag ingevolge aa 59(2) en 72(2) net geskied vir soverre dit "in 'n oop en demokratiese samelewing redelik en regverdigbaar is om dit te doen" (ingevolge a 118(2) geld dieselfde vir die verrigtinge van provinsiale wetgewers); die eerste oogmerk van plaaslike regering ingevolge a 152(1)(a) is "om demokratiese en verantwoordbare regering vir plaaslike gemeenskappe te voorsien"; al die instellings waarna daar in Hoofstuk 9 verwys word se funksie is ingevolge a 181(1) om "die grondwetlike demokrasie in die Republiek" te versterk; ingevolge a 195(1) word die staatsadministrasie "beheers deur die demokratiese waardes en beginsels wat in die Grondwet verskans is"; a 234 magtig die Parlement om "handveste van regte" (die Engelse teks verwys na "Charters of Rights" in teenstelling met die opskrif van Hoofstuk 2, "Bill of Rights"); aan te neem "ten einde die kultuur van demokrasie deur die Grondwet ingestel, te versterk"; en die befondsing van politieke partye word deur a 236 gemagtig "ten einde veelparty-demokrasie te bevorder."

57 Mittermaier en Mair *Demokratie* 199 kom byvoorbeeld tot die volgende gevolgtrekking:



identifiseer en om demokratiese meganismes en metodes vas te stel, maar dit het 'n heterogene aard ontwikkel wat 'n simplistiese filologiese verduideliking aan die hand van die Griekse woorde *demos* (stadsbewoners) en *kratia* (gesag) heeltemaal te kort laat skiet.

Moderne demokrate is geneig om onder een van twee teenoorstaande kategorieë te ressorteer, naamlik *populisme* of *elitisme*. Kainz som dit soos volg op:<sup>58</sup>

If . . . democracy is defined in antielitist or *populist* terms, critics who adhere to this definition will tend to look in very specific directions for what they consider to be possible or actual dangers to democracy: towards suspicious intellectualism and spurious bureaucratic 'expertise' and an overbearing technology which promotes the designs of the advocates of regimentation; towards greater and greater concentration and centralisation of authority; and towards the possibility of 'representative despotism', the possibility that a representative, even though subject to election and recall, may begin to operate contrary to the wishes of his constituency . . . On the other hand, if one defines democracy in *elitist* terms, the dangers begin to look quite different: one who is conscious of the importance of élites in a democracy is most fearful of populist and anarchic trends, of the inevitable periodic appeals to decide important issues by popular referenda, and of the rather weak but not insignificant movements emerging now and then to try to inaugurate a system of direct democracy . . . He is not at all secure about the much-heralded principle of 'one man, one vote', since he is quite aware . . . that many or perhaps even most of these equipollent votes will be cast by the incompetent, the uninformed, the relatively unconcerned or frivolous, or worst of all, those who stand to gain by a vote from which others will incur a loss.

Die moderne Demokrasie . . . ist mit 'Inhalten' derart überhäuft, daß eine systematische und exakte Auseinandersetzung mit ihr schwerfällt. Dafür steht fest, daß heute Demokratie kaum mehr überschaubar ist, derart kontrovers sind viele in ihr enthaltene Phänomene und in sie gesetzte Erwartungen. Dennoch blieb sie, vielleicht gerade deshalb, Theorie. In den letzten Jahrzehnten erfuhr die strukturierte Theorie der vergangenen knapp 2500 Jahre eine diffuse Komplexität. Beinahe wäre man geneigt zu sagen: Je mehr die Demokratie an konkreter Definition verlor, desto mehr erhielt sie den Nimbus der besten, unangefochtenen und unantastbaren Staatsform.

58 Kainz *Democracy* 19-20.

Dat die Suid-Afrikaanse demokrasie in die rigting van populistiese beklemtonings neig, verg nouliks beredenering: per slot van rekening is populêre demokrasie in 1994 ingestel as plaasvervanger vir populêre revolusie. Kainz se kategorisering dui ook bevatlik op een van die onoplosbare dilemmas van die demokrasie: nadat die regeerders deur die regeerdes geïdentifiseer is, hoe kan die regeerders daarvan weerhou word om teen die belange van die regeerdes op te tree?

Ongeag 'n mens se voorkeurkonstruksie van die demokrasie is dit moeilik om Bobbio se identifikasie van die voordele daarvan<sup>59</sup> met redelike argumente te weerspreek. Eerstens, sê hy, dui demokrasie op *verdraagsaamheid* as teenhanger van fanatisisme; tweedens *geweldloosheid* wat blyk uit die feit dat demokrasie die burgery daartoe in staat stel om van 'n regering ontslae te raak sonder om bloed te vergiet; derdens *evolusionêre maatskaplike verandering* wat gedra word deur die vrye mededinging van idees en verandering van mentaliteit en lewensstyl, en vierdens *broederskap*, wat tot uitdrukking kom in die aanvaarding deur 'n gemeenskap van die demokrasie as 'n gebruik wat op die gedagte berus dat almal in die betrokke gemeenskap by wyse van spreke in dieselfde bootjie is.

Nieteenstaande die problematiek van presiese definiëring is demokrasie 'n konsep wat aan die wortel van die regstaat lê en gevolglik moet die reg daarmee omgaan. Daar kan (weer in navolging van Bobbio<sup>60</sup>) met vrug gebruik gemaak word van 'n essensialistiese benadering aangaande die demokrasie: demokrasie bestaan eerstens uit 'n stel basiese reëls wat bepaal *wie* aan die proses van kollektiewe besluitneming van die demokratiese gemeenskap mag deelneem, en wat die *prosedure* vir die besluitnemingsproses is.

Tweedens lê die meerderheidsreël aan die wortel van die demokratiese besluitnemingsproses. Daarvolgens bind 'n besluit van die meerderheid die hele groep. In hierdie reël of beginsel is 'n hele aantal probleme en dilemmas opgesluit, waaronder vrae na die omskrywing van *meerderheid* (byvoorbeeld absoluut of

59 Bobbio *Demokratie* 33-34.

60 Bobbio *Demokratie* 8-11.

relatief) en vrae aangaande die beskerming van minderhede teen meerderheidsdominasie. Derdens, waar kollektiewe besluite geneem moet word, moet die individuele lede van die groep gestel word voor verstaanbare alternatiewe, waardeur voldoende toegang tot die inligting wat nodig is om tussen die alternatiewe moontlikhede te kies, geïmpliseer word. Dit sluit dus die verlening aan en beskerming van die vryheid van die individu om ander mense in te lig en self ingelig te word, vryheid van uitdrukking, om te vergader, om te organiseer en om nie deur die regeerders mislei te word nie.

Dat die Grondwet vir al hierdie vryhede voorsiening maak, blyk duidelik uit 'n kursoriese oorsig van die Handves van Regte in Hoofstuk 2. Artikel 19 verleen verder aan alle burgers die politieke regte waarop 'n demokratiese kiesstelsel gebaseer is. Die Grondwet gaan dus verder as om, soos hierbo uiteengesit is, omvattende voorsiening te maak vir die gelding van die demokrasie as grondwetlike waarde: voorsiening word ook gemaak vir meganismes om demokrasie prakties te laat geld. Al wat dus in hierdie verband oorbly, is om te sorg dat die praktyk in alle opsigte in ooreenstemming is met die grondwetlike voorskrifte. Dit sal sekerlik die onderwerp van vele gedinge wees waarin die howe formele en materiële betekenis sal moet gee aan die begrip van demokrasie in Suid-Afrika.

Die lys "waardes" waarop die Suid-Afrikaanse staat met die eerste oogopslag ingevolge artikel 1 gegrond is, is lank, sodat die vraag geredelik na vore mag kom of sommige daarvan voorrang bo ander geniet. Vir sover hierdie waardes en die bepalinge van die Grondwet wat aan die hand daarvan uitgelê moet word met mekaar versoenbaar is, is die vraag na hiërargie onbelangrik. Dit is egter onwaarskynlik dat geen waardekonflikte sal opduik nie. Die vraag of daar in die lys van waardes *kernwaardes* is, moet ondersoek word aan die hand van die manier waarop die res van die Grondwet daarmee omgaan. Die sterkste leidraad in hierdie verband is te vinde in artikel 7(1), waar, soos reeds vermeld, bepaal word dat die Handves van Regte as "'n hoeksteen van die demokrasie" die "demokratiese waardes van *menswaardigheid, gelykheid en vryheid*" bevestig.

Hierbo is aangetoon dat die Grondwet besonder omvattend na die demokrasie verwys. As komplekse begrip met 'n vloeibare inhoud kan egter nie verwag word dat dit van veel hulp sal wees as 'n maatstaf vir voorspelbare interpretasie voordat daar regterlike inhoud daaraan gegee is nie. Daarby moet ook in aanmerking geneem word dat die regbank uiters versigtig behoort te wees om keuses tussen mededingende demokratiese opvattinge te maak, aangesien dit tot onverkwiklike en onnodige omstredenheid aanleiding kan gee. Desnieteenstaande is dit onvermydelik dat demokrasie as sleutelwaarde by die vertolking van die reg aangewend sal moet word. Slegs demokratiese *meganismes* word egter in artikel 1, en dan eers in die vierde plek (in paragraaf (d)), as besonder verskanste "waardes" vermeld. Dit wil dus voorkom of demokrasie as grondwetlike waarde moeilik as algemene hermeneutiese kernwaarde diens sal kan doen. Demokrasie sal egter wel betreklik maklik benut kan word as riglynwaarde by die uitleg van die reg met betrekking tot die samestelling en funksionering van owerheidstrukture en hulle prosedures. As 'n mens die teks noukeuring ontleed, blyk dit eintlik dat slegs sekere begrippe wat in artikel 1(a)-(c) verskans word, regstreeks as *waardes* geëien kan word, naamlik *menswaardigheid*, *nie-rassigheid*, *nie-seksisme*, *die oppergesag van die Grondwet* en die *heerskappy van die reg*. Die ander "waardes" vermeld in paragraaf (a) is geformuleer as prosesse, naamlik *die bereiking* van gelykheid en *die uitbou* van menseregte en vryhede.

Om nou die grondwetlike kernwaardes te kan distilleer, moet ook in aanmerking geneem word dat nie-rassigheid en nie-seksisme (paragraaf (b)) eintlik sub-spesies van gelykheid is<sup>61</sup> dat "die heerskappy van die reg" onvermydelik geïmpliseer is in die oppergesag van die Grondwet en dat laasgenoemde (wat eintlik in artikel 2 gekonkretiseer word) eerder as sleuteleienskap van die formele regstaat as waarde van die Grondwet verstaan moet word.

Uit die hele artikel 1 laat dit ons dus slegs met *menswaardigheid* as ongekwalifiseerde grondwetlike waarde. Dat dit die mees fundamentele waarde is, blyk ook uit die bewoording van artikel 10, waar gekonstateer word dat elkeen "ingebore

61 Vgl ook a 9.

waardigheid" het. Dat menswaardigheid so aan die wortel van die sin van die Grondwet lê, strook met al die ander waardes. Anders gestel, elkeen van die ander grondwetlik-gegewe waardes is herleibaar na menswaardigheid.

Die vermelding van *gelykheid* en *vryheid* as waardes in artikel 7(1) (in teenstelling met prosesse in artikel 1(a)) en die voorkoms daarvan in die frase "oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, *gelykheid* en *vryheid*" in die Handves se beperkingsbepaling artikel 36 en die uitlegvoorskrifte van artikel 39, regverdig egter die afleiding dat hierdie begrippe by menswaardigheid gevoeg moet word as kernwaardes. Dat hulle egter nie heeltemaal op dieselfde vlak kan staan as menswaardigheid nie, kan ingesien word as daaraan gedink word dat gelykheid en vryheid in diens staan van menswaardigheid en nie andersom nie.

Wat 'n rangorde van grondwetlike waardes betref, word die volgende aan die hand gedoen:

<b>PRIMÊRE KERNWAARDE</b>	MENSWAARDIGHEID
<b>ONDERSTEUNENDE KERNWAARDES</b>	GELYKHEID VRYHEID
<b>STRUKTURELE EN PROSEDURELE WAARDES</b>	DEMOKRASIE OPPERGESAG VAN DIE GRONDWET HEERSKAPPY VAN DIE REG
<b>AFGELEIDE WAARDES</b>	NIE-RASSISME EN NIE-SEKSISME

### 3.2 *Artikel 2*

Die ekwivalente bepaling van die 1993 Grondwet, artikel 4,<sup>62</sup> kan beskou word as die belangrikste staatsregtelike verandering wat deur die nuwe bedeling teweeggebring is,

- 62.4 (1) Hierdie Grondwet is die hoogste reg van die Republiek en enige wet of handeling wat met die bepaling daarvan onbestaanbaar is, is, tensy uitdruklik of by noodwendige implikasie anders in hierdie Grondwet bepaal, nietig in die mate waarin dit aldus onbestaanbaar is.  
 (2) Hierdie Grondwet bind alle wetgewende, uitvoerende en regsprekende staatsorgane op alle regeringsvlakke.

aangesien die wortels van die Suid-Afrikaanse regstelsel daardeur in grondwetlike teelaarde oorgeplant is en die woord "Grondwet" vir die eerste keer in die twintigste eeu in Suid-Afrika met 'n hoofletter geskryf kon word.

Artikel 2 (en sy voorganger) beteken eenvoudig dat daar geen hoër regsnorm in die staat is as die Grondwet nie. Maar, kan die vraag met reg gevra word, hoe is dit moontlik dat 'n grondwet so 'n verhewe status kan kry en hoe gebeur dit?

'n Kort antwoord op die vraag is eenvoudig dat die Grondwet die hoogste reg is omdat dit so deur die Grondwet self bepaal word. Die probleem met dié antwoord is egter dat dit nie verklaar hoedat die Grondwet homself effektief en bindend tot die status van die hoogste regsnorm kan verhef nie.

Die gebruiklike antwoord op die vraag is dat 'n grondwet geskryf en in werking gestel word deur 'n soewereine entiteit, die staatsvolk ("people"), soos verteenwoordig in 'n grondwetskrywende vergadering. Hierdie siening, wat gangbaar geraak het deur die grondwetlike filosofie en praktyk van die Franse Revolusie,<sup>63</sup> is gefundeer op die sosiale verdragsteorie. Die idee dat die reg en die staat 'n kontraktuele grondslag het, is so ver terug te vind as die denke van Plato, maar dit het prominent geraak weens die filosofering oor soewereiniteit, die staat en die reg wat in die sestende en sewentiende eeue deur denkers soos Grotius, Hobbes, Locke en Rousseau na vore gebring is.<sup>64</sup>

Weens die hoë agting wat die groot geeste van sowel die Amerikaanse as die Franse Revolusies daarvoor gehad het, het die werk van Jean Jacques Rousseau (1712-1778) *Du Contrat social*, gepubliseer in 1762, die grootste invloed in hierdie verband uitgeoefen. Sy eie definisie van die essensie van die sosiale verdrag was die volgende:<sup>65</sup>

63 Vgl Preuß *Begriff der Verfassung* 20.

64 Jolowicz *Jurisprudence* 34 en hoofstuk IV bevat 'n kompakte oorsig van die relevante denke van hierdie skrywers.

65 Boek I, Hoofstuk 6 van *Du Contrat social*: te vinde in die oorspronklike Frans in Vaughan *Rousseau* 33, in Duits vertaal in Weber-Fas *Der Staat* 513 en in Jolowicz *Jurisprudence* 89 (hier weergegee).

Each one of us puts into the common stock his person and all his power, under the supreme direction of the general will; and we receive as a body each member of an indivisible part of the whole.

Dit is gemeensaak dat die idee van die sosiale verdrag gebaseer is op die veronderstelling van 'n fiktiewe oorspronklike staat van menslike vryheid wat verander word deur die ontwikkeling van 'n gemeenskap wat deur reg en regering georden word.<sup>66</sup> In wese dieselfde konstruksie is deur Rousseau se voorgangers gebruik om óf die soewereiniteit van die monarg te regverdig (Thomas Hobbes<sup>67</sup>) óf om monargale absolutisme te bekamp (John Locke<sup>68</sup>).

'n Hoogs interessante rekonstruksie van die historiese verloop van gebeure in Engeland, Frankryk en die Verenigde State van Amerika deur Preuß en sy mede-outeurs bring die insig dat daar fundamentele klemverskille tussen Britse, Franse en Amerikaanse sosiale verdragsdenke bestaan: die Britte (wat nog nooit 'n behoefte aan 'n geskrewe grondwet gehad het nie) beklemtoon die *politieke* selfregering van die gemeenskap deur die Parlement, die Franse (wat oor die jare weinig huiwering om hulle geskrewe grondwette te vervang laat blyk het) beklemtoon die *nasie* soos in die staat gemanifesteer, en die Amerikaanse siening is primêr gemoeid met die *gemeenskap* wat uit 'n veelvoud van individue bestaan en wie se gemeenskaplike

66 Vgl by Jolowicz *Jurisprudence* 88. 67 Hoofstuk XVIII van Hobbes se *Leviathan* (Pogson Smith *Leviathan* 133) begin met die volgende

stelling: A Common-wealth is said to be Instituted, when a Multitude of men do Agree, and Covenant, every one, with every one, that to whatsoever Man, or Assembly of Men, shall be given by the major part, the Right to Present the Person of the all, (that is to say, to be their Representative;) every one, as well he that Voted for it, as he that Voted against it, shall Authorise all the Actions and Judgements, of the Man, or Assembly of men, in the same manner, as if they were his own, to the end, to live peaceably amongst themselves, and be protected against other men;

en kort daarna (*ibid* 134): Secondly, Because the Right of bearing the Person of them all, is given to him they make Sovereigne, by Covenant onely of one to another, and not of him to any of them; there can happen no breach of Covenant on the part of the Sovereigne; and consequently none of his Subjects, by any pretence of forfeiture, can be freed from his Subjection.

68 Volgens Von Leyden *Hobbes and Locke* 161 toon Locke, wie se hoofwerk *Two Treatises of Government* in 1690 gepubliseer is, aan how one may adhere to the idea of sovereignty in the state and at the same time reject the notion of one absolute, arbitrary power. His task is in fact to demonstrate the possibility of combining the greatest individual freedom in society with effective and responsible political rule. This he achieves by devising a system in which the emphasis on men's rights and on constitutional checks and controls goes hand in hand with procedures legitimising political authority.



kontrak vervat is in die Konstitusie.<sup>69</sup> Dit is dus geen wonder nie dat die sosiale verdragsteorie nie daartoe in staat is om ons van 'n algemeen-geldige verklaring vir die primaat van die Grondwet te voorsien nie.

Die Aanhef van die 1996 Grondwet begin ook met die woorde "Ons, die mense van Suid-Afrika" en die sesde sin maak die stelling dat "ons ... hierdie Grondwet ... as die hoogste reg van die Republiek" aanneem. Nieteenstaande die skynbaar wydverspreide voortgesette aanvaarding van die sosiale verdragsterminologie is dit te betwyfel of hierdie woorde op veel meer dui as 'n historiese gebruik wat ingeprint is deur die beroemde inleidende woorde van die Konstitusie van die Verenigde State, want die fiktiewe fundamente van die leerstuk lei tot onverdedigbare gevolgtrekkings. In hierdie verband sê Jolowicz oortuigend:<sup>70</sup>

If there was in truth no contract then it is merely useless fiction to base state and law upon it. The idea of the social contract is really an attempt to justify law by law, and this is logically inadmissible. . . . If law is to be justified it must find its justification in something outside itself.

As dit dan nie aan volksoewereiniteit toegeskryf kan word nie, waarom is 'n Grondwet dan so 'n verhewe regsnorm? Weens die ingrypende implikasies en die uitgesproke of versweë voorveronderstellings waarmee sienings oor die aard en herkoms van gesag, die staat, die reg en die menslike staat gepaard gaan, is daar geen hoop dat 'n antwoord op die vraag algemeen aanvaarbaar kan wees nie. Vir die hantering van die grondwetlike reg is 'n opinie oor die saak egter onontbeerlik. Die volgende standpuntstelling word dus ter oorweging gegee.

Ten einde effektief te wees, moet 'n Grondwet, soos enige ander regnorm *met gesag* aangeneem en in werking gestel word. Vir die gesag om effektief te wees, is dit

69 Preuß *Begriff der Verfassung*, veral 18-25, waar hy hom ook op Henkin se bydrae beroep, wat onder andere (op 223) sê: Die amerikanische Menschenrechtserklärung galt für eine sich bildende neue Nation, die französische für eine alte, sich wandelnde. Die Menschenrechtskataloge der verschiedenen amerikanischen Staaten hatten erklärt, was die ehemaligen Kolonisten von der Unabhängigkeit hatten oder haben würden; der französische erklärte, was das französische Volk sich wünschte, aber nicht hatte und ohne radikale Erhebung nicht bekommen konnte.

70 Jolowicz *Jurisprudence* 93.

noodsaaklik dat dit ook *legitiem* moet wees in die sin dat daar 'n voldoende aanvaarding daarvan by die burgers bestaan sodat dit nie onder die druk van ernstige uitdaging staan nie. In die regstaat word gesag gekenmerk deur demokratiese legitimering waarby die minderheid ook berus.

In die meeste gevalle hou die gesaghebbende instelling wat die Grondwet tot stand bring op om te bestaan of onttrek uit sy gesagsposisie,<sup>71</sup> en gee die kompetensie om die Grondwet te wysig of te vervang prys ten gunste van 'n instelling wat ingevolge die Grondwet tot stand gebring word. Meer spesifiek met betrekking tot die huidige tema het dit in die kontemporêre regstaat aksiomaties geword dat die legitieme outeur van die Grondwet die Grondwet met hoër normatiewe eienskappe sal beklee. Eenvoudig gestel, 'n staat word gangbaar slegs as 'n regstaat beskou as sy Grondwet voorrang bo ander reg geniet.

Die voorrang van die Grondwet word deur die werking van legitiem-ingestelde meganismes van die Grondwet self gehandhaaf. Die Grondwet kan dus net doeltreffend bly geld vir so lank as wat die burgers wat daaraan onderhewig is en ingevolge daarvan regeer word, voortgaan om legitimititeit daaraan te verleen deur die benutting van die meganismes en prosedures wat die Grondwet self voorsien. Hierdie standpunt kom nie neer op 'n gerasionaliseerde volkssoewereiniteitsteorie nie, maar moet verstaan word teen die agtergrond van die standpunt dat die staat 'n regspersoon is wat uit sy burgers bestaan. Al die fasette van die staatlike regspersoon se funksionering, waaronder die totstandkoming en struktuur van die staat se gesagdraende organe, asook die omvang en beperkings op owerheidsgesag, word deur die Grondwet en ander toepaslike regsnorme gereël. *Daar kan dus gesê word dat die*

*krag buite die Grondwet wat die primaat daarvan verseker, die praktiese legitimiteit van die Grondwet is.*

Waar 'n grondwet redelike en realistiese uitdrukking gee aan die beginsels en behoeftes van die regsgemeenskap wat daardeur gedien word, is daardie legitimiteit geensins broos nie: lank voordat so 'n grondwet deur dramatiese optrede soos 'n revolusie, burgeroorlog of grondige wysiging vervang word, sal dit, in 'n regstaat, na behoefte gewysig word of gesaghebbend vertolk word in ooreenstemming met die ontwikkeling van die etos van die burgers. Daarby moet 'n mens ook nie vergeet nie dat 'n legitieme grondwet 'n plegtige kodifikasie van die basiese reëls waarvolgens die staat funksioneer is, dat dit op 'n see van die antieke en onlangse geskiedenis dryf, dat die burgers gewoonlik intieme ervaring met ten minste die gevolge van die Grondwet het, dat 'n grondwet geneig is om nasionale gebruike en gewoontes te weerspieël en dat die regskultuur van die staat sterk daardeur beïnvloed word, indien dit nie daardeur bepaal word nie. 'n Grondwet is dus geen metafisiese verskynsel nie, maar 'n praktiese, lewende instrument vir die ordening van die owerheidsgesag van die hedendaagse staat.

Om die Grondwet op hierdie wyse teen die stroom van die sosiale verdragsteorie in te ontmitologiseer is iets anders as om die reg en die verhewe Grondwet tot blote versamelings van bindende woorde te reduceer. Natuurlik is dit kenmerkend van 'n Grondwet om waardes en beginsels in normatiewe vorm te verwoord. Sodanige waardes en beginsels word nie maar willekeurig deur grondwetskrywers uit die lug gegryp nie. 'n Suksesvolle en legitieme Grondwet word juis gefundeer op die sterkste oortuigings en sentimente van die regsgemeenskap, wat onwillekeurig ten diepste op

71 Om enkele voorbeelde te noem: die Japanese Grondwet van 1947 is vir alle praktiese doeleindes geskryf deur die na-oorlogse Amerikaanse besettingsmagte wat in 1950 onttrek het - Inoue *MacArthur's Constitution* 9-37, Toshiyoshi *Kempo* 30-37; die Duitse *Grundgesetz* van 1949 is geformuleer deur die *Parlamentarische Rat*, wat aan direkteie van die Besettingsmagte gebonde was, en die Raad is na afsluiting van sy werk ontbind - vgl bv Doehring *Staatsrecht* 55-61; die Parlement van die Verenigde Koninkryk het afstand gedoen van sy wetgewende gesag in Kanada deur a 2 van die *Canada Act 1982* aan te neem en homself uit toekomstige grondwetskrywing vir Kanada onttrek - vgl Hogg *Constitutional Law* 53-59 vir 'n analise van die betekenis van "patriation of the Constitution"; ingevolge Hoofstuk 5 van die 1993 Suid-Afrikaanse Grondwet was die enigste doel van die Grondwetlike Vergadering om 'n nuwe grondwetlike teks op te stel en aan te neem, waardeur die afhandeling van die taak dus tot die outomatiese ontbinding van die liggaam gelei het. Dit is ook betekenisvol dat dié liggaam nie 'n "grondwetskrywende

religieuse<sup>72</sup> oortuigings berus. 'n Grondwet wat nie strook met die burgery se beginselopvattinge nie, se legitimititeit kom onvermydelik onder druk. Daarby moet ook nog in berekening gebring word dat die sosiale verdragsteorie met 'n religieuse grondvraag worstel, naamlik die vraag na die ontstaansbron van owerheidsgesag. Die logiese onhoudbaarheid van die teorie is op sigself 'n sterk aanduiding daarvan dat dié grondvraag nie rasioneel beantwoord kan word nie, maar slegs religieus. Om die praktiese legitimititeit van 'n Grondwet dus as waarborg van die volgehoue oppergesag daarvan voor te hou, is om, anders as die sosiale verdragsteorie, rekening te hou met die regsgemeenskap se buitejuridiese oortuigings oor die aard en herkoms van owerheidsgesag.

In die betreklike kort tydperk van die inwerkingtrede van die nuwe grondwetlike bedeling op 27 April 1994 het die meeste van die sake voor die Konstitusionele Hof gehandel oor die grondwetlikheid van wetgewing. Dit is deels daaraan toe te skryf dat die meeste geldende wetgewing nog uit die voor-konstitusionele era dateer toe daar nie sprake was van die voorrang van 'n grondwet nie, maar van parlementêre soewereiniteit. Die nuwigheid van 'n Grondwet wat voorgaan en 'n maatstaf vir regsgeldigheid daarstel het 'n grondige regterlike herwaardering van ou wetgewing vereis. Die 1993 Grondwet het die Konstitusionele Hof se jurisdiksie in hierdie verband uitvoerig gereël.<sup>73</sup>

\ Artikel 98(2)(c) van die 1993 Grondwet het dit egter ook duidelik laat blyk dat na-grondwetlike wetgewing nie uitgesluit is van regterlike ondersoek met die oog op grondwetlikheid nie, en verskeie sake het inderdaad ook voorgekom waarin die houe oor grondwetlike aanvalle op nuwe wetgewing moes beslis.<sup>74</sup>

Artikel 98(2)(d) en (9) van die 1993 Grondwet het verder daarvoor voorsiening gemaak dat geskille oor die grondwetlikheid van parlementêre en provinsiale vergadering" (*constituent assembly*) genoem is nie, maar die *Grondwetlike Vergadering* ("Constitutional Assembly").

72 Met *religieus* word hier nie maar net "godsdienstig" bedoel nie, maar die begrip word gebruik om 'n mens se mees fundamentele beweegredes, voorveronderstellings en oortuigings aan te dui.

73 Kyk veral a 98 van die 1993 Grondwet.

- 74 Bv *Executive Council, Western Cape Legislature v President of the Republic of South Africa* 1995 4 SA 877 (KH) en *AZAPO v President of the Republic of South Africa* 1996 4 SA 671 (KH)

wetsontwerpe regterlik beslis kon word. Sulke gevalle het ook reeds in die eerste paar jaar van Suid-Afrika se grondwetlike era voorgekom.<sup>75</sup>

Die 1993 Grondwet het die vasstelling van die grondwetlikheid van parlementêre wetgewing van die jurisdiksie van die Hooggeregshof uitgesluit, behalwe waar die partye tot 'n spesifieke geskil ingestem het tot sodanige jurisdiksie.<sup>76</sup>

Die grondwetlike jurisdiksie van die hof word in die 1996 Grondwet egter anders gereël. Ingevolge artikel 172 kan die Hoogste Hof van Appèl en 'n Hoë Hof bevele uitreik met betrekking tot die ongrondwetlikheid van wetgewing, maar sodanige bevele wat betrekking het op parlementêre en provinsiale wetgewing moet deur die Konstitusionele Hof bevestig word ten einde daaraan regsrag te verleen.<sup>77</sup> Slegs die Konstitusionele Hof het egter jurisdiksie oor die abstrakte bepaling van die grondwetlikheid van parlementêre en provinsiale wetsontwerpe.<sup>78</sup>

Artikel 2 voorsien natuurlik die primêre grond vir die beoordeling, regterlik of andersins, vir die ongeldigheid van wetgewing wat strydig is met enige bepaling van die Grondwet.<sup>79</sup> Belangrik, egter, is dat dit nie net statutêre reg is wat met al die bepalings van die Grondwet versoenbaar moet wees om te kan bly geld nie: onomwonde word daar in artikel 2 bepaal dat *enige*<sup>80</sup> *regsvoorskrif of optrede* wat met die Grondwet onbestaanbaar is, ongeldig is. Hierdie formulering verteenwoordig 'n belangrike aanpassing van die bewoording van sy voorganger (artikel 4 van 1993) wat bloot verwys het na "enige wet of handeling" (in Engels "any law or act"). Die Konstitusionele Hof het in die *Du Plessis en De Klerk*-uitspraak<sup>81</sup> 'n deurslaggewende

75 Bv Ex parte Gauteng Provincial Legislature: in re Gauteng School Education Bill 1995 1996 3 SA 165 (KH) en Ex Parte Speaker, National Assembly: in re National Education Policy Bill 1995 1996 3 SA 289 (KH).

76 A 101(3)(c) en (6). 77 A 167(5). 78 A 167(4). 79 In die eerste sertifiseringsuitspraak (voetnoot 154 op 842) het die Konstitusionele Hof byvoorbeeld sy jurisdiksie om die grondwetlikheid van wetsontwerpe te toets aan a 2 gekoppel.

80 Die benutting van die woord "enige" in hierdie (nie-amptelike) vertaling van die Engelse "law or conduct" kom miskien ietwat kreatief voor, maar kan waarskynlik nie as onakkuraat beskou word nie, aangesien die afwesigheid van 'n lidwoord voor "law" sekerlik op omvattendheid of ruimheid dui.

81 *Du Plessis v De Klerk* 1996 3 SA 850 (KH) par [47] et seq.

afleiding aangaande die gelding van fundamentele regte *inter personas* aan hierdie begripskeuse van 1993 gekoppel. Kentridge wnr het aangedui dat

. . . any litigant contesting the constitutionality of a statute is applying chapter 3 to the relationship between himself and the Legislature, not to his relationship to the opposing (private) litigant.

Selfs die Engelse teks van die nuwe artikel 2 slaag daarin om die afwesigheid van afsonderlike terme vir "wet" en "reg" in daardie taal te oorkom deur gebruikmaking van die uitdrukking "law or conduct." Geen regsnorm kan dus bly geld indien dit met *enige* bepaling van die Grondwet bots nie.

Die "optrede" is eweneens besonder ruim, aangesien dit nie beperk is tot staatsoptrede nie, maar op nouliks minder as elke regshandeling slaan. Die onvermydelike globale implikasie hiervan vir die Suid-Afrikaanse regstelsel is duidelik: *geen juridiesrelevante handeling, hetsy van 'n publiekregtelike of privaatreghelike aard, kan die toets van grondwetlikheid ontsnap nie.* Die Grondwet bestem die betekenis en gelding van alle positiewe reg, statutêr of gemeenregtelik, asook elke regshandeling wat verrig word. Wat die omvang van die invloed sal wees wat die Grondwet op verskillende fasette van die reg sal hê, sal die tyd moet leer.

Die laaste frase van artikel 2 word in artikel 237 herhaal sonder dat enigiets opsigtelik daaraan toegevoeg word. Dit alles kom met die eerste aanblik ietwat oorbodig voor as bedink word dat verpligtinge wat ingevolge die "hoogste reg" bestaan, vanselfsprekend nagekom moet word. Dit mag wel so wees, maar, teen 'n historiese agtergrond van uitvoerende magskonsentrasie en parlementêre soewereiniteit, verplaas hierdie frase sekere bepalings vanuit 'n sfeer wat maklik as bloot aanwysend of welluidend verstaan sou kon word na die werklikheid van grondwetlike gebondenheid en staatsregtelike regmatigheid.<sup>82</sup> Voorbeelde van sulke bepalings is te

82 Vgl Ferreira Staatsregtelike Onregmatigheid 550-551:

vinde in artikel 83(b) wat aan die President die verpligting oplê om die Grondwet te handhaaf, te verdedig en te eerbiedig en item 21(1) en (4) van Bylae 6 waardeur die Parlement verplig word om die wetgewende verpligtinge wat deur die Grondwet opgelê word binne 'n redelike tyd (en in die geval van staatsverkrygingsbeleid, binne drie jaar) na te kom.

### 3.3 *Artikel 3*

Burgerskap vervul 'n belangrike rol in die Grondwet deurdat die bestaan van verskeie regte en ampskwalifikasies daardeur bepaal word. Verder word die uitdrukking "elke burger" of "alle burgers" byvoorbeeld in die Aanhef benut om aan te dui in wie se primêre belang die Grondwet daargestel is. Om die aanwending van die burgerskapsbegrip in artikel 3 en elders in die Grondwet goed te kan verstaan, is dit nodig om duidelikheid te hê oor wat burgerskap regtens beteken. Dit vereis 'n betreklike wye teoretiese verkenningstog.

Die Suid-Afrikaanse wetgewer se begrip van burgerskap het nog altyd die volkeregtelike begrip "nasionaaliteit" ingesluit, hoewel die begrippe tog op plekke as alternatiewe gebruik word.<sup>83</sup> Daar is omstandighede waar dit nuttig is om tussen

'n Belangrike implikasie van die grondliggende veranderinge op die Suid-Afrikaanse staatsregtelike terrein, is dat die owerheid in sy optrede teenoor die burgers nou verplig is om in 'n baie groter mate as voorheen die voorskrifte van die reg in ag te neem. Die uitgangspunt behoort in elk geval te wees dat al die regte, kompetensies en bevoegdhede van die staatsowerheid deur die reg aan hom *verleen* moet word, terwyl die staatsburger se regte, kompetensies en bevoegdhede, daarteenoor, slegs deur die reg *aan bande* gelê kan word. In ooreenstemming met hierdie benadering word daar in die huidige Grondwet feitlik geheel en al weggedoen met die verskynsel van prerogatiwe soos dit tradisioneel in Westminsterstelsels van toepassing is, en word die voormalige prerogatiwe, wat nou bloot as die bevoegdhede en werksaamhede van die president bekend staan, daarmee terselfdertyd aan 'n groter mate van kontrole as voorheen onderhewig gestel."

83 So bepaal a 6(1)(a) van die *Wet op Suid-Afrikaanse Burgerskap* 88 van 1995 byvoorbeeld dat burgerskap verloor word waar 'n meerderjarige persoon "die burgerskap *of nasionaliteit* van 'n ander land as die Republiek deur een of ander vrywillige en formele handeling" verkry (kusivering bygevoeg).



nasionaliteit (*Staatsangehörigkeit, nationality*) en burgerskap (*Staatsbürgerschaft, citizenship*) te onderskei.<sup>84</sup>

Daar is egter nie algemene terminologiese eensgesindheid of vaste leerstellings oor hierdie terminologie nie. Te midde van die veelvuldigheid van opinies oor die juridiese aard en inhoud van nasionaliteit en burgerskap is die fundamentele en sistematiese werk van Makarov<sup>85</sup> besonder behulpsaam.

Burgerskap bestaan volgens Makarov weens die feit dat die staat 'n menslike substraat het, reeds solank as wat die staat self bestaan. Dit was egter eers teen die einde van die agtiende en die begin van die negentiende eeu dat daarmee begin is om burgerskap in grondwette te reël. Die Franse Revolusie het die deelname van burgers aan die wetgewende gesag teweeggebring. 'n Voorvereiste vir die uitoefening van politieke regte was die vraag of iemand tot die Franse staat behoort het, 'n omstandigheid wat die statutêre identifisering van diegene wat op sodanige regte aanspraak gehad het, noodsaaklik gemaak het. Die verspreiding van konstitusionalisme het 'n soortgelyke uitwerking in ander dele van die wêreld gehad. Met die presiese identifisering van persone wet regte in die staat gehad het, het dit tegelyk ook noodsaaklik geword om die staatspligte van sulke persone te omlyn, waarvan die eerste en belangrikste militêre dienspligtigheid was. Veral in Frankryk was burgerskap aanvanklik ook op privaatregtelike gebied van deurslaggewende belang om vas te stel of iemand onbepaalde aanspraak op (privaatregtelike) regte gehad het aldan nie. Burgerskap is aanvanklik statutêr in grondwette gereël, maar geleidelik het die begrip sodanige regsoutonomie verwerf dat begin is om dit ook in afsonderlike wette te reël (die eerste hiervan was in Pruise in 1842).<sup>86</sup>

84 Verdross *Völkerrecht* 305-306 meen dat dit van groot belang is om die *volkereregtelike* begrip "nasionaliteit" van die *staatsregtelike* begrip "burgerskap" te onderskei, aangesien alleen die passiewe, voortdurende *Zugehörigkeit* van 'n persoon aan 'n spesifieke staat vir die volkerereg relevant is, terwyl die staatsreg ook nog kan onderskei tussen politieke volberegigde burgers van 'n moederland en diegene wat by 'n kolonie tuishoort, asook tussen volberegigde burgers van 'n land en blote onderdane, soos gevangenes in daardie land. Daarby voeg hy dat diegene wat staatsregtelik blote onderdane van 'n land is, vir die doeleindes van die volkerereg oor daardie land se nasionaliteit beskik en derhalwe op volkereregtelike beskerming deur hulle land aanspraak kan maak.

85 Makarov *Staatsangehörigkeit*. 86 Makarov *Staatsangehörigkeit* 5-9 en 103-28.

Burgerskap word volgens Makarov in die reël deur staatlike (in teenstelling met volkeregtelike) regsverordeninge gereel. Hy meen verder dat hoofsaaklik twee grondopvattinge van die regsraad van burgerskap in die moderne regsteorie verteenwoordig word, naamlik die opvatting dat burgerskap 'n *regsverhouding* is, en die opvatting dat burgerskap 'n regseienskap oftewel *status* is. Onder 'n regsverhouding verstaan hy 'n lewensverhouding wat regtens gereël word. By burgerskap as regsverhouding is die staat, enersyds, en die afsonderlike individue wat aan die vereistes vir die verkryging van burgerskap ingevolge die betrokke staat se burgerskapsreg voldoen andersyds, die subjekte van die regsverhouding. Hierdie benadering, meen hy, het sy historiese wortels in die feodale en later Engelse en Franse gedagte van die persoonlike verbintenis (gevolgsverhouding, "perpetual allegiance") tussen kroon en onderdaan. Met die vervanging van die kroon deur die staat het hierdie konsep van 'n regsverhouding tussen burger en staat oorgebly. Die vroeë Franse teorie van burgerskap as regsverhouding was ook gewortel in die sosiale verdragsteorie uit hoofde waarvan daar 'n regsverhouding tussen staat en individu (as kontrakspartye) tot stand sou kom.

Die statusteorie behels dat burgerskap beskou word as die verbondenheid van die individu aan die staat. Hierdie verbondenheid word beskou as 'n status van die burger waaraan bepaalde regte en pligte geknoop word wat uit die verhouding tussen die staat en die burger ontspring. Op hierdie wyse word die probleem van die juridiese aard van burgerskap gereduseer tot 'n aspek van die vraag na die aard van die regsverhouding tussen staat en burger.

In verband met die konsep *status* verwys Makarov na Georg Jellinek, wat 'n regstoestand omskryf het as 'n langdurige, regtens gekonkretiseerde verhouding: die konkretisering ("Hypostase") van die betrokke regte en pligte is 'n regstegniese middel waardeur al die regte en pligte aan die draer daarvan geknoop word sonder dat die juridiese kenmerke van die draer daarvan telkens opgenoem hoef te word. 'n Status is gevolglik die regtens neergelegde hoedanigheid van 'n persoon, 'n hoedanigheid wat as voorwaarde vir bepaalde regte en pligte beskou word. Volgens die statusteorie sou burgerskap beskou word as die eienskap of hoedanigheid van

'n staatslid waaraan die positiewe regsorde 'n aantal regte en pligte knoop waarvoor die burgerskapstatus dus 'n voorwaarde is.

Die historiese wortels van die statusteorie vind Makarov in die Romeinse reg, wat onderskei het tussen *status libertatis* (wat bepaal het of 'n mens vry of 'n slaaf was), *status civitatis* (wat bepaal het of 'n vrye persoon 'n Romeinse burger was aldan nie) en *status familiae* (wat bepaal het of iemand *paterfamilias* of *filiusfamilias* was). Die Romeinsregtelike konsep van *status civitatis* het veral aan die Franse opvatting van die privaatregtelike tersaaklikheid van burgerskap, naamlik as bepalende faktor by die vraag of iemand onbeperkte aanspraak op burgerlike regte het, ten grondslag gelê. Die moderne Franse privaatrek beskou burgerskap nog steeds as 'n element van die status van 'n persoon.

Die Duitse verteenwoordigers van die statusteorie fundeer hulle opvattinge in hulle staatsbeskouing. Die konstruksie dat die staat 'n regspersoon is, het dit moontlik gemaak om die monarg as staatsorgaan te beskou. Die vroeëre (gevolgsregtelike) regsverhouding tussen monarg en onderdaan is gevolglik vervang, en die "onderdaan" is nou beskou as lid van die staat wat uit 'n gebiedsbepaalde regspersoon (*Gebietskörperschaft*) bestaan. Die hoedanigheid van sodanige lidmaatskap, dus burgerskap, word langs hierdie weg as 'n juridiese status beskou.

Makarov self postuleer 'n burgerskapsteorie waarin die regsverhoudings- en statusteorieë bymekaargebring word, 'n teorie wat gerieflikheidshalwe die *mengteorie* genoem kan word. Hy meen dat die hoofklem by die regsverhoudingsteorie op die vasstelling van die juridiese voorwaardes vir die verwerping of verlies van die staatslidmaatskap van die subjek wat in 'n regsverhouding teenoor die staat staan, val en dat sodanige lidmaatskap 'n juridiese status skep waaruit 'n hele kompleks van regsgevolge voortvloei. Derhalwe beskou hy dit as noodsaaklik om albei elemente, naamlik die regsverhouding sowel as die status, in sy definisie van burgerskap saam te trek. Volgens Makarov is burgerskap dus 'n regsverhouding tussen die staat en sy lede (*Angehörigen*, wat ook beskryf kan word as diegene wat tot die staat behoort) by

die reëling waarvan die hoedanigheid van die persoon as subjek van die regsverhouding, 'n juridiese status vir die persoon skep.<sup>87</sup>

Daar word soms beweer dat dit hoofsaaklik 'n kwessie van terminologiese smaak is of 'n tweevoudige (of meervoudige) betekenis aan *nasionaliteit* en *burgerskap* geheg word. Aangesien dit egter minstens vasstaan dat nasionaliteit en burgerskap onderskeidelik volkeregterlik sowel as staatsregterlik relevant is, lyk dit tog sinvol en bevorderlik vir duidelikheid om verskillende begrippe in onderskeidelik die volkeregterlike en staatsregterlike sfere aan te wend. In ooreenstemming met die heersende spraakgebruik doen "nasionaliteit" hom as logiese keuse vir die volkeregterlike konteks voor, en dan bly "burgerskap" oor vir die staatsreg en die res van die staatlike reg vir sover as wat dit daar ter sake is.

Die begrippe burgerskap en nasionaliteit word nie altyd met besondere presiesheid benut nie. 'n Reeks van ander konsepte, juridies en anders, soos regte en verpligtinge, stemreg, trou, beskerming en gehoorsaamheid, staatslidmaatskap, ensomeer, word daarmee geassosieer en dikwels daarmee vermeng of verwar. Die prominensie van burgerskap in die Grondwet maak dit belangrik dat daar duidelikheid moet wees oor wat die juridiese aard en inhoud daarvan is.

Wanneer tussen die aard enersyds en die inhoud andersyds van burgerskap onderskei word, blyk dit dat konsepte soos *regte* en *verpligtinge* sowel as *regsverhouding* en *status* tot die *inhoud* daarvan kan behoort en so medebepalend kan wees vir die aard daarvan, maar tog nie 'n afdoende verklaring van die aard van burgerskap (of nasionaliteit) bied nie. Die statusteorie en die regsverhoudingsteorie oor die aard van burgerskap en nasionaliteit bevat albei waarheidselemente, sodat Makarov se mengteorie reeds besonder nuttig en grootliks verantwoordbaar is. Die teorie skiet egter steeds tekort deurdat die *inhoud* van burgerskap en nasionaliteit daardeur aangegee word as sou dit ook die *aard* van die begrippe voldoende aandui.

Waar Makarov van die regstoestand melding maak<sup>88</sup> as 'n langdurige juridiese verhouding, beweeg hy tot op die drumpel van duidelikheid oor die aard van nasionaliteit en burgerskap, maar hy gee dan hierdie voordeel prys deur verder onversigtig met begrippe soos toestand, status en hoedanigheid om te gaan en so die onderskeid tussen hulle te laat vervaag. Inderdaad is 'n toestand en status, juridies beskou, maklik te verwar en die verskil tussen die twee maklik te nivelleer: indien onder 'n toestand 'n regsfeit (juridies tersaaklike verskynsel oftewel 'n gebeurtenis met regsgevolge) verstaan word wat deur die langdurigheid daarvan gekenmerk word, en onder status die regsposisie van 'n persoon wat bepalend is vir die inhoud en omvang van sy kompetensies (dit wil se sy vermoë om regte en verpligtinge te dra)<sup>89</sup>, word dit duidelik dat status 'n juridiese toestand is.

Dit wil natuurlik nie sê dat status en toestand sinonieme is nie - veelvuldige ander juridiese toestande bestaan benewens status, maar status is een juridiese toestand waarin elke persoon verkeer. Iemand se status word deur veelvuldige faktore bepaal, baie waarvan ook juridiese toestande is, byvoorbeeld 'n manlike volwassene (toestand) wat getroud is (toestand) en aan 'n aansteeklike siekte ly (toestand) se status, dit wil sê die omvang van sy juridiese vermoë om aan die regsverkeer deel te neem, verskil van die status van 'n vroulike minderjarige (toestand) wat ongetroud is (toestand) en in blakende gesondheid verkeer (toestand). Een van die faktore wat iemand se status bepaal, is burgerskap en/of nasionaliteit.<sup>90</sup> Getoets aan die omskrywing hierbo van 'n juridiese toestand en in die lig daarvan dat burgerskap/nasionaliteit slegs 'n statusbepalende *faktor* is, moet die standpunt dat dit as sodanig 'n status is, van die hand gewys word en gekonstateer word dat burgerskap en nasionaliteit toestande is.

Daarmee is die fundamentele juridiese *aard* van burgerskap en nasionaliteit bepaal. Die juridiese *inhoud* daarvan is afhanklik van die geldende positiewe reg. Uit die aard van die saak is daar by burgerskap en nasionaliteit sprake van regsverhoudinge, wat kompetensies, regte en verpligtinge impliseer. Sodanige kompetensies, regte en

88 Makarov *Staatsangehörigkeit* 20-21.

89 Vgl Van der Vyver en Van Zyl *Inleiding* 33-4, 161 en 204-6, Hahlo en Kahn *South Africa* 345-6 en Hahlo en Kahn *Legal System* 103.

90 Vgl by Boberg *Law of Persons* 42 en Van der Vyver en Joubert *Persone- en Familiereg* 82 e v.

verpligtinge moet eweneens uit die aard van die saak toekom aan bepaalde regssubjekte tussen wie die gemelde regsverhoudinge bestaan en die voor die hand liggende regssubjekte in die geval van burgerskap en nasionaliteit is die staat as regspersoon enersyds en die burger (of nasionaliteithebbende) andersyds. Presies watter kompetensies, regte en verpligtinge by burgerskap en nasionaliteit voorkom of moet voorkom, kan nie doktrinêr neergelê word nie, aangesien dit van die staatlike positiewe regsordening afhanklik is. Hoogstens kan gesê word dat hierdie kompetensies, regte en verpligtinge by burgerskap op die feit betrekking het dat die burger, as deel van die persoonlike substraat van die staat as regspersoon, juridies daaraan verbonde is. By nasionaliteit kan daarby gevoeg word dat die betrokke kompetensies, regte en verpligtinge op die feit betrekking het dat die staat waaraan hy juridies verbonde is, ook as subjek van die volkereg funksioneer en ten opsigte van die nasionaliteithebbende in die internasionale verband in verhouding met ander volkeregtelike subjekte (state) kan handel.

Die volgende omskrywing van burgerskap word dus aan die hand gedoen:<sup>91</sup>

*Burgerskap is 'n statusbepalende juridiese toestand wat intree by die vervulling van die tersake staatlík neergelegde positiefregtelike vereistes, 'n toestand wat kompetensies vir die persoon en die staat, asook 'n regsverhouding tussen die persoon en die staat, tot gevolg het, wat tot wedersydse regte en verpligtinge aanleiding gee, en welke kompetensies, regte en verpligtinge betrekking het op die feit dat die burger as deel van die staat juridies daaraan verbonde is.*

'n Omskrywing van nasionaliteit is wat die juridiese aard daarvan betref soortgelyk aan burgerskap, maar die inhoud daarvan is anders omdat daar andersoortige verhoudinge, kompetensies, regte en verpligtinge ter sprake kom. Die volgende omskrywing word dus aan die hand gedoen: *Nasionaliteit is ook 'n statusbepalende*<sup>92</sup> *juridiese toestand wat intree by die vervulling van die tersake staatlík neergelegde*<sup>93</sup> *positiefregtelike vereistes, 'n toestand wat kompetensies vir die persoon en die staat,*

91 Dit is 'n formulering wat aangeneem is deur onder meer Basson en Viljoen *Staatsreg* 343.

92 Nasionaliteit kan in die munisipale reg (dink byvoorbeeld aan die internasionale privaatreë) 'n wesenlike statusbepalende faktor wees en gevolglik tot nasionaliteitsafhanklike kompetensies,



regte en verpligtinge aanleiding gee.

asook 'n regsverhouding tussen die persoon en die staat, tot gevolg het, wat tot wedersydse regte en verpligtinge<sup>94</sup> aanleiding gee, en welke kompetensies, regte en verpligtinge betrekking het op die feit dat die staat waaraan die persoon met nasionaliteit juridies verbonde is, ook as subjek in die volkereg figureer en ten opsigte van hom in die internasionale konteks in verhouding met ander state kan handel.

Burgerskap as juridiese konsep kan nie vir sy bestaan afhanklik gemaak word van die regsgevolge wat by die totstandkoming van hierdie toestand intree nie. Met ander woorde, as iemand (byvoorbeeld 'n pasgebore kind) voldoen aan die algemene vereistes vir wat "naakte" burgerskap genoem kan word, ontstaan die toestand van burgerskap en vloei sodanige kompetensies, regte en verpligtinge as waarvoor die positiewe reg voorsiening maak, sonder meer daaruit voort. As die toepaslike regsreëls egter ook ander vereistes vir die verkryging van byvoorbeeld stemreg (ten opsigte waarvan daar dikwels denkfoute gemaak word) stel, doen dit nie af aan die aard of wese van so 'n persoon se burgerskap as hy nie aan byvoorbeeld die ouderdomsvereistes voldoen nie. So kan een persoon stemreg ('n kompetensie) hê, die reg (in die eintlike betekenis van die woord) om stemreg te verkry en ook militêr dienspligtig wees, terwyl 'n volgende persoon geen stemreg het nie, nie onmiddellik daarop geregtig is nie, en geen militêre diensplig hoef te doen nie, en tog kan albei hierdie persone burgers wees.

Artikel 3(1) van die Grondwet moet histories verstaan word. In die staatsreg van afsonderlike ontwikkeling is burgerskap gebruik as 'n meganisme om afsonderlike staatsvorming te bewerkstellig.<sup>95</sup> Op 1 Januarie 1994 is alle vorms van "tuislandburgerskap" ingevolge artikel 2 van die *Wet op die Herverlening en Uitbreiding van Suid-Afrikaanse Burgerskap* 196 van 1993 tot niet gemaak deur aan voormalige Suid-Afrikaners met burgerskap van een van die TBVC-lande weer Suid

93 Die uitsluitlike kompetensie van 'n staat om die positiefregtelike vereistes vir burgerskap of nasionaliteit neer te lê is deur die Internasionale Geregshof onder meer erken in die welbekende *Nottebohm-saak* (1955 *ICJ Reports* 4). Vgl bv Dugard *International Law* 175.

94 'n Tipiese staatsregtelik bepaalde reg van 'n persoon voortvloeiend uit sy nasionaliteit (in teenstelling met sy burgerskap) is 'n reg op diplomatieke beskerming deur sy staat. Die tersake positiewe reg kan so 'n regskep, wat dan tot (staatlikregtelike) verpligting van die staat word en tegelykertyd 'n (steeds staatlikregtelike) beskermingskompetensie vir die staat skep. Vgl Dugard *International Law* 173 e v.

95 Vgl bv Joubert *LAWSA* par 356-357 en Dugard *International Law* 173-174.

Afrikaanse burgerskap te verleen. Waar artikel 5(1) van die 1993 Grondwet bloot bepaal het dat daar "'n Suid-Afrikaanse burgerskap" is, word daar in die nuwe teks van "'n *gemeenskaplike* Suid-Afrikaanse burgerskap" melding gemaak. Dit kan eintlik net vertaan word as 'n aanduiding, by oormaat van versigtigheid, dat geen mededingende of ondergeskikte vorms van burgerskap grondwetlik bestaanbaar is nie. Wat subartikel (1) egter wel belangrik maak, is dat die bestaan van Suid-Afrikaanse burgerskap as grondliggende grondwetlike gegewe daardeur bevestig word: dit is nie 'n blote kontinuïteitsbepaling nie, aangesien burgerskap as staatlke hoeksteen daardeur geskep sou word as dit nie reeds bestaan het nie, maar in die omstandighede het dit wel die uitwerking dat die bestaande burgerskap, as vergestaltung van die menslike materiaal van die Suid-Afrikaanse staat, bly voortbestaan het.

Subartikel (2) beklemtoon verder die gelykheid van die inhoud van burgerskap vir alle burgers deur aan alle burgers gelyke aanspraak op die "regte, voorregte en voordele van burgerskap" te verleen (paragraaf (a)) en alle burgers ook gelyk "aan die pligte en verantwoordelikhede van burgerskap" te onderwerp. Wat hierdie regte, voorregte, voordele, pligte en verantwoordelikhede behels, word elders in die Grondwet, wetgewing en die gemenerereg gereël. Subartikel (3) dra dit nie aan die nasionale wetgewende gesag<sup>96</sup> op om die *inhoud* van burgerskap te reël nie, maar slegs die "verkryging, verlies en herverlening" daarvan. Uit die aard van die saak kan dit nie as 'n beperking op die wetgewende gesag gesien word nie, maar as 'n verpligting om toepaslike wetgewing te voorsien.<sup>97</sup> Wetgewing kan die inhoud van burgerskap te eniger tyd verder of anders inkleef, mits dit in ooreenstemming is met alle tersake bepalings van die Grondwet.

Die vraag mag ontstaan of artikel 3 enige regte skep. Daar word aan die hand gedoen dat geen nuwe regte daardeur geskep word nie, aangesien die reg op gelykheid in artikel 9, en die reg dat 'n burger nie sy burgerskap ontnem mag word nie in artikel 20, enige soortgelyke aansprake wat uit artikel 3 mag spruit, heeltemaal oorskadu. As deel van Hoofstuk 1 van die Grondwet moet artikel 3 eerder as een van die bepalings

96 Die uitdrukking wat gebruik word, "nasionale wetgewing," mag wyd genoeg wees om nie net na parlementêre wette nie, maar ook na ondergeskikte wetgewing soos regulasies, te verwys.

- 97 Aan hierdie verpligting is daar in elk geval reeds tydens die gelding van die 1993 Grondwet voldoen deur die aanname van die *Wet op Suid-Afrikaanse Burgerskap* 88 van 1995.

verstaan word waardeur die Republiek as staat, bestaande uit al sy burgers, gekonstitueer word.

Himsworth het onlangs geskryf:<sup>98</sup>

We live, we are told, in an age where globally active market forces, globally significant technological advances, new global threats to peace (or what used to be "national" security), the worldwide migration of peoples and environmental threats to the world, are all conspiring to undermine the state.

Dit mag wel die geval wees, maar 'n onlangse uitspraak van die Bophuthatswana Hooggeregshof<sup>99</sup> toon dat daar nog heelwat sal moet verander voordat die Suid-Afrikaanse staat, en nasionale burgerskap as moontlik die belangrikste hoeksteen daarvan, tot 'n punt sal devalueer waar *vreemdelinge* (nie-burgers) 'n blote sosiale term sal wees.

Die Hof moes beslis of dit diskriminerend en ongrondwetlik vir die Noordwes Provinsie se onderwysowerhede was om die tydelike dienste van buitelandse burgers te beëindig ten einde die afdanking van nagenoeg 5000 onderwysers met Suid-Afrikaanse burgerskap te voorkom.

Interessante vergelykende materiaal is vir die doeleindes van die beredenering van die Hof se bevinding dat die belange van burgers voorrang moet geniet bo dié van vreemdelinge, opgediep. Dit blyk byvoorbeeld dat dit nie net in Afrika (die posisie in Botswana is vermeld) nie, maar ook in Brittanje en die Verenigde State is waar die reg en praktyk van staatsdiensindiensneming burgers sterk bevoordeel ten koste van vreemdelinge.

Die abstrakte konstruering van staatsopvattinge was nog altyd meer vanselfsprekend vir Europese regsteoretici as vir die *common law* juriste, wat geneig is om hulle nie

98 Himsworth Public Law 639.

99 Larbi-Odam v Member of the Executive Council for Education 1996(12) BCLR 1612 (B).

veel aan sulke abstraksies te steur nie. Derhalwe is Waddington r se aanhaling uit 'n uitspraak van Regter Marshall van die Amerikaanse Supreme Court van 1984 des te treffender. Marshall het die volgende regverdiging vir voorkeurbehandeling van burgers in die naam van die demokrasie aangebied:

The exclusion of aliens from basic governmental processes is not a deficiency in the democratic system but a necessary consequence of the community's process of political self-definition. Self-government, whether direct or through representatives, begins by defining the scope of the community of the governed and thus of the governors as well: Aliens are by definition those outside of this community.

'n Mens mag egter wil redeneer dat Himsworth tog korrek is om aan te toon dat die idee van die nasiestaat in die negentiende en nie die een-en-twintigste eeu nie, tuis behoort. In die klassieke teorie oor die nasiestaat is die burgers die nasie van die staat en verdien hulle die beskerming van die staat en die reg teen buitelandse inbreukmaking op hulle gemeenskaplike en individuele ekonomiese (en ander) belange. Hieroor spreek Regter Waddington homself soos volg uit:

It seems to me that it is a matter of commonsense that the government of any state would wish to ensure that, in fields where employment opportunities are limited, available jobs should in the first instance be made available to the citizens of the state.

Op appèl het die Konstitusionele Hof die uitspraak van die Bophuthatswana Provinsiale Afdeling omvergewerp.<sup>100</sup> Dit verminder egter nie die relevansie van die vergelykende oorwegings van die hof *a quo* nie. Die belangrikste oorweging vir die Konstitusionele Hof se bevinding dat die betrokke wetgewing ingevolge waarvan vreemdeling-onderwysers nie permanent aangestel kon word nie, is dat dit

100 Larbi-Odam v Member of the Executive Council for Education (North-West Province) 1998 1 SA 745 (KH).

ongrondwetlik is weens die diskriminasie<sup>101</sup> wat daardeur tussen burgers en vreemdelinge wat regmatig permanente inwoners van die land is, tweekgebring word.<sup>102</sup> Daardeur word daar nie aan die belangrikheid van die burgerskapsfiguur in die Suid-Afrikaanse reg afbreuk gedoen nie.

Vir sover "nasiestaat" etniese en kulturele solidariteit mag aandui, kan Suid-Afrika onmoontlik as nasiestaat beskryf word. Uit die formulering van die laaste oogmerk by die aanname van die 1996 Grondwet wat in die Aanhef vermeld word, wil dit egter voorkom of die status van 'n nasiestaat grondwetlik as hoogs wenslik geag word:

... ten einde ...'n verenigde en demokratiese Suid-Afrika te bou wat sy regmatige plek as 'n soewereine staat in die gemeenskap van nasies kan inneem.

Teen die eweneens sterk grondwetlike aanduidings in die 1993 Grondwet van die belangrikheid van burgerskap as die een onmisbare komponent van nasiebou, is dit moeilik voorstelbaar dat die Hof die saak anders sou kon beslis het. Himsworth se kommer oor die oorlewing van die staat kan dus, ten minste ingevolge die geldende Suid-Afrikaanse staatsreg, voorlopig uitgestel word.

### **3.4 Artikel 4**

101 Die toets wat die Hof vir diskriminasie ontwikkel het in onder meer *Harksen v Lane* 1998 1 SA 300 (KH) behels die vraag of die diskriminasiegrond "is based on attributes and characteristics which have the potential to impair the fundamental human dignity of persons as human beings or to affect them adversely in a comparably serious manner." Die Hof bevind (par [19]) dat burgerskap sodanige grond is, eerstens omdat vreemdelinge in enige land 'n minderheidsgroep met min politieke invloed is, en tweedens 'n persoonlike eienskap is wat moeilik is om te verander en waaroor die betrokke persoon nie self beheer het nie.

Die "nasionale lied" kan ingevolge hierdie bepaling van tyd tot tyd deur die President verander word deur die verandering waarop besluit is in 'n proklamasie aan te kondig. Hierdie handeling kan beskryf word as 'n "ander uitvoerende funksie" waarna daar in artikel 85(2)(e) verwys word. Dit bring mee dat die handeling "gesamentlik met die ander lede van die Kabinet" verrig moet word. Wat hierdie nuwe formule vir die raadpleging van die Kabinet presies beteken, is nog nie getoets nie, maar dit wil voorkom of dit 'n verpligting op die President plaas om die saak ten minste met die Kabinet te bespreek, sonder egter dat die President deur die mening van die Kabinet of enige Minister gebind word. Dat die President se invloed op kabinetsbesluite oorweldigend sal wees, word deur artikel 91(2), ingevolge waarvan die President die ander lede van die Kabinet volgens eie diskresie aanstel, hulle verantwoordelikhede bepaal en hulle kan ontslaan, verseker. Mede-ondertekening van die bekendmaking van die besluit deur 'n Minister word ook nie vereis nie.<sup>103</sup>

Artikel 2(2) van die 1993 Grondwet het wesenlik dieselfde as die nuwe artikel 4 bepaal, maar die presidensiële diskresie was nie naastenby so vry nie.<sup>104</sup> Die Staatspresident het in 1993, kort voor die inwerkingtreding van die 1993 Grondwet, in oorleg met die Uitvoerende Oorgangsraad by proklamasie<sup>105</sup> bepaal dat die "nasionale liedere" *Die Stem van Suid-Afrika* en *Nkosi Sikelel' iAfrika* is, en hierdie

102 Par [31] van die uitspraak *per* Mokgoro r lui soos volg: "Permanent residents should, in my view, be viewed no differently from South African citizens when it comes to reducing unemployment. In other words, the government's aim should be to reduce unemployment among South African citizens *and permanent residents*. As explained above, permanent residents have been invited to make their home in this country. After a few years, they become eligible for citizenship. In the interim, they merit the full concern of the government concerning the availability of employment opportunities. Unless posts require citizenship for some reason, for example due to the particular political sensitivity of such posts, employment should be available without discrimination between citizens and permanent residents. Thus it is simply illegitimate to attempt to reduce unemployment among South African citizens by increasing unemployment among permanent residents. Moreover, depriving permanent residents of posts they have held, in some cases for many years, is too high a price to pay in return for increasing jobs for citizens."

103 A 101 (2) vereis mede-ondertekening slegs in gevalle waar die besluit 'n funksie wat aan die Minister opgedra is, raak.

104 Vgl Van Wyk *Rights and Constitutionalism* 162, waar hy met verwysing na die 1993 Grondwet skryf: While the Constitution itself, following in the footsteps of its predecessor, singles out the President for separate treatment, it is clear from all the provisions of Chapter 6 that the President can do very little on his or her own. In fact, in the ordinary course of events the President will always be dependent on the concurrence of the rest of the Cabinet.

105 Prokl 70 van 1993 *Staatskoerant* 15663 20 April 1994, uitgevaardig ingevolge a 248(1) en a 2 van die 1993 Grondwet. Die Kantoor van die Staatspresident het *Voorskrifte Betreffende die Vertoon van die Nasionale Vlag van die Republiek* in Goewermentskennisgewing 865 van 1996 *Staatskoerant* 15694 van 26 April 1994 uitgevaardig.



reëling het deur die werking van item 2(1) van Bylae 6 van die 1996 Grondwet bly voortbestaan. Die President het op 10 Oktober 1997 die verkorte, gekombineerde weergawe van *Nkosi Sikelel' iAfrika* en *Die Stem* ingevolge artikel 4 van die 1996 Grondwet tot nasionale lied verklaar.<sup>106</sup>

### **3.5 Artikel 5**

Die ontwerp van die nasionale vlag word deur hierdie bepaling en Bylae 1 verskans. Die implikasie daarvan is dat die ontwerp nie verander kan word sonder dat die Grondwet volgens die voorskrifte van artikel 74(3)(a) deur 'n twee derde meerderheidstem in die Nasionale Vergadering gewysig word nie.

Die ontwerp van die vlag is nie op hierdie wyse in die 1993 Grondwet vasgelê nie: dit is naamlik ingevolge artikel 2(2) by presidensiële proklamasie<sup>107</sup> neergelê. Die beskrywing van die vlag in dié proklamasie was in heraldiese taal gegiet, terwyl dieselfde ontwerp nou in vereenvoudigde taal opgeneem is in Bylae 1 van die 1996 Grondwet.

### **3.6 Artikel 6**

Die voorganger van hierdie bepaling, artikel 3 van die 1993 Grondwet, was in verskeie opsigte meer omvattend en het regte met betrekking tot taal wat voor 27 April 1994 bestaan het, gehandhaaf<sup>108</sup> en ook nuwe regte met betrekking tot taalgebruik in betrekkinge met die staatsadministrasie geskep.<sup>109</sup> Die nuwe formulering is aansienlik gerasionaliseer en verskraal. Grondwetlike Beginsel XI het van die Grondwetlike Vergadering vereis om die "verskeidenheid van taal en kultuur" in die nuwe Grondwet te laat "erken en beskerm," asook dat "omstandighede vir die bevordering daarvan" aangemoedig moet word. In die proses van sertifisering dat artikel 6 Grondwetlike Beginsel XI bevredig,<sup>110</sup> het die Konstitusionele Hof bevind

106 Prokl 68 van 1997 *Staatskoerant* 18341 van 10 Oktober 1997. Die musiek en woorde van die nasionale lied is as bylae tot die Proklamasie aangeheg. 107 Dieselfde Prokl 70 van 1993 waardeur die nasionale liedere bepaal is. 108 Onder meer in a 3(2). 109 Onder meer in a 3(3) en (6). 110 Par [210] van die eerste sertifiseringsuitspraak.

dat die Beginsel se oogmerk nie was om die *status* van enige spesifieke tale<sup>111</sup> nie, maar om taal*verskeidenheid* te beskerm.

Subartikel (1) verleen aan elf tale (in geen voorkeurvolgorde nie) die status van "amptelike tale van die Republiek." Wat 'n amptelike taal van enige ander taal onderskei, blyk uit subartikel (3)(a) ingevolge waarvan die nasionale en provinsiale regerings ten minste twee van die amptelike tale vir regeringsdoeleindes moet gebruik,<sup>112</sup> die tweede sin van subartikel (4) ingevolge waarvan "alle amptelike tale gelykheid van aansien" moet geniet en billik behandel moet word en artikel 29(2) uit hoofde waarvan die reg op keuse van onderwystaal tot die amptelike tale beperk word.

Wat die reg om die amptelike taal van 'n persoon se keuse in betrekkinge met die staatsadministrasie te gebruik betref, het die Konstitusionele Hof met verwysing na artikel 30 van die 1996 Grondwet soos volg beslis:<sup>113</sup>

We are unpersuaded by the argument that the NT<sup>114</sup> fails to respect the entitlement of individuals to use the language of their choice in dealings with the government. NT 30 protects the right of all to use the language of their choice, and that right would extend to communications with the government, subject to reasonable limitations where they would be warranted.

Subartikel (2) lê aan die staat die verpligting op om "praktiese en daadwerklike maatreëls" te tref "om die status van "die inheemse tale van ons mense" "te verhoog en hul gebruik te bevorder." Hierdie opdrag geskied met erkenning van die historiese beperkte gebruik en status van die betrokke tale. Watter tale presies hier ter sprake is, is geensins duidelik nie. Die antwoord hang af van die betekenis wat gegee word aan

111 Die enigste voormalige amptelike taal waarna daar in die uitspraak verwys is (par [212]), was Afrikaans: die Hof het bevind dat die status van Afrikaans ingevolge die nuwe a 6 nie minder is as wat dit ingevolge die 1993 Grondwet was nie.

112 Uit Deel A van Bylae 4 blyk dit verder dat "taalbeleid en die reël van amptelike tale" 'n funksionele terrein van konkurrente nasionale en provinsiale gesag is. 113 Par [213] van die eerste sertifiseringsuitspraak.

- 114 "NT" was die Hof se snelskrif vir "nuwe grondwetteks" wat spesifiek vir die sertifiseringsuitspraak ontwikkel is.

"die inheemse tale van ons mense" en die bepaling van die vraag watter van die betrokke tale onderwerp was aan histories beperkte gebruik en status.

Die enigste grondwetlike verband wat met die uitdrukking "ons mense" getrek kan word, is met die eerste sin van die Aanhef, naamlik "Ons, die mense van Suid-Afrika." Dit is denkbaar dat hierdie woorde, wat soos vroeër aangetoon is eintlik maar 'n formule uit die sewentiende eeuse Amerikaanse volksoewereiniteitsteorie is, in 'n ietwat meer letterlike sin verstaan kan word wanneer betekenis gegee moet word aan artikel 6(2) se "ons mense," naamlik die totale Suid-Afrikaanse burgery. So verstaan, handel artikel 6(2) oor al die tale wat Suid-Afrikaanse burgers besig wat as "inheems" beskryf kan word. Die woordeboekbetekenis<sup>115</sup> van "inheems" is: "Wat in 'n land, gebied tuishoort, van nature daarin voorkom of daartoe beperk is." Daarvan sou afgelei kon word dat Suid-Afrikaanse tale wat nie van buite ingevoer is nie in artikel 6(2) bedoel word. So beskou kan daar weinig twyfel daaroor bestaan dat die nege amptelike Bantoetale bedoel word. Die vraag is egter watter ander tale nog hier ter sprake is.

Daar hoef sekerlik nie veel daaroor geargumenteer te word dat Engels nie as "inheemse" taal beskou kan word nie. Min motivering is ook nodig om aan te toon dat Afrikaans, wat in Suid-Afrika ontstaan het en gevestig is, 'n inheemse taal is.

Artikel 6(2) het dit egter nie net oor die elf amptelike tale nie. Die Konstitusionele Hof het geen twyfel daaroor gelaat<sup>116</sup> dat die tale wat deur Suid-Afrikaners van Indiese afkoms gebesig word, nie uit hoofde van die Grondwetlike Beginsels van 1993 daarop aanspraak kon maak dat hulle tot amptelike tale verklaar moes word nie. Dié tale kan ook nouliks as "inheems" beskryf word. Die Hof meen egter<sup>117</sup> dat:

It is doubtless true that various languages spoken by communities of South Africans of Indian descent have been marginalised in the past. But those tongues have nevertheless enjoyed better protection in institutions such as community schools than have the indigenous languages referred to in NT

115 Vgl Odendaal *HAT*.

116 Parr [209]-[210] van die eerste sertifiseringsuitspraak.

6(5)(a)(ii), the Khoi, Nama and San languages. Moreover, none of the Indian languages would be in danger of extinction, even if they were no longer to be used in South Africa.

Dit wil dus voorkom of artikel 6(2) 'n verpligting op die staat lê om in besonder in die bresse te tree vir die nege Bantoetale wat amptelike tale is, en vir Afrikaans, Khoi, Nama en San. Opponente van die insluiting van Afrikaans by hierdie lys tale mag argumenteer dat Afrikaans (soos die Indiërtale) vroeër beter beskerming as die ander betrokke tale ontvang het en daar dus nie sprake kan wees dat Afrikaans "histories beperk gebruik" en 'n "beperkte status" gehad het nie. Terwyl daar geensins ontken kan word dat Afrikaans massiewe voordeel getrek het uit die amptelike status wat dit sedert 1925 geniet het nie, sou dit 'n kwaadwillige uitleg wees wat dié taal van die trefkrag van artikel 6(2) uitsluit, eerstens omdat Afrikaans vanselfsprekend tot en met 1925, maar ook daarna terwyl die Unie 'n Britse dominium was, beperkte gebruik en status gehad het, en tweedens omdat Afrikaans se voortbestaan as multi-funksionele taal (anders as die Indiese tale) daarvan afhanklik is dat dit in Suid-Afrika bly gebruik word.

Subartikel (3)(b) vereis nie van plaaslike regerings om, soos in die gevalle van die nasionale en provinsiale regerings, ten minste twee amptelike tale vir regeringsdoeleindes aan te wend nie. Op plaaslike vlak moet die taalgebruike en -voorkeure van die inwoners egter in aanmerking geneem word. 'n Vraag wat hieruit ontstaan, is of ander oorwegings, soos koste of gerief, by 'n Munisipale Raad se taalbeleidsbepaling beklemtoon kan word ten koste van die inwoners se taalgebruike en -voorkeure.<sup>118</sup> By die oorweging van hierdie vraag is dit opvallend dat die lys oorwegings wat vir nasionale en provinsiale taalbeleidsbepaling in subartikel 3(a) voorgeskryf word, glad nie in paragraaf (b) vermeld word nie. In plaas daarvan word die Munisipale Raad verplig ("moet") om die inwoners se taalgebruike en -voorkeure in aanmerking te neem. Daaruit, en ook uit die grondwetlike verpligtinge wat deur artikels 2 en 237 aan 'n Raad opgelê word,

117 Par [211] van die eerste sertifiseringsuitspraak.

blyk dit dat die vraag oor die beklemtoning van ander oorwegings negatief beantwoord moet word.

Die taalkeuses wat die nasionale en provinsiale regerings ingevolge artikel 6(3)(a) mag uitoefen, is betreklik wyd: daar kan op tussen twee en elf tale vir regeringsdoeleindes besluit word. Hoewel die woord "moet" nie benut word by die lys van faktore wat by die taalbeleidsbepalings ter sprake is nie, kan die toepassing van die faktore sekerlik nie as 'n willekeurige saak beskou word nie. Daar word aan die hand gedoen dat die oorweging van die verskillende faktore moet neerkom op 'n gebalanseerde ("ewewig van die behoeftes en voorkeure") oorweging van die feitelike taalsituasie ("gebruik, uitvoerbaarheid, ... streeksomstandighede") in die land of provinsie, getemper deur die oorweging van koste. 'n Omstrede taalbeleidsbepaling sou dus in beginsel aanvegbaar wees indien wesentliche feite geïgnoreer is en 'n andersoortige beleidsbesluit nie tot buitensporige koste sou lei nie.

Subartikel (4) vereis wetgewing sowel as "ander maatreëls" op nasionale en provinsiale vlak om hulle gebruik van amptelike tale te "reël en monitor." Waar sulke wetgewing nog nie bestaan nie, moet dit ingevolge item 21(1) van Bylae 6 binne 'n redelike tydperk verorden word. Die vereistes waaraan sulke wetgewing en "ander

118 Hierdie vraag, wat teen die algemene agtergrond van die grondwetlike taalbepalings met die eerste oogopslag irrelevant voorkom, het 'n tydelike relevansie in 'n bruuske uitspraak van die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling in *Louw v Transitional Local Council of Greater Germiston* (Saaknommer 23348/96) van 30 April 1997 gekry. Die saak, wat ingevolge die bepaling van die 1993 Grondwet beslis moes word, het gehandel oor die geldigheid van 'n besluit van die Germistonse Plaaslike Oorgangsraad dat slegs Engels die Raad se geskrewe en gesproke taal is. Die beredenering van die Hof se bevinding dat die Raad se besluit regmatig was, is 'n verontrustende aanduiding van die onkunde wat daar steeds op plekke in regsgeleerde kringe bestaan oor die implikasies van die primaat van die Grondwet: die Hof verleen naamlik voorrang aan die Raad se gemene-regtelike kompetensie (wat as 'n "untrammelled right" beskryf word) om sy eie prosedurereëls neer te lê bo die klinkklare grondwetlike regte aangaande taal, wat deur die Hof as nie-regte gekonstrueer word! Hierdie bedenklieke uitspraak kan gelukkig nie as presedent geld nie, aangesien die 1996 Grondwet nuwe en andersluidende taalbepalings bevat.

maatreëls" moet voldoen, blyk uit die reedsgemelde tweede sin van subartikel (4), naamlik gelykheid van aansien en billike behandeling van die amptelike tale.

Subartikel (5) is 'n aangepaste en gerasionaliseerde herbepaling van artikel 3(10) van die 1993 Grondwet wat aanleiding gegee het tot die aanname van die *Wet op die PanSuid-Afrikaanse Taalraad* 59 van 1995. Die bepaling sit die bestaan van die grondwetlike raamwerk vir die Raad voort en verskans die verpligtinge daarvan om die "ontwikkeling en gebruik" van die amptelike en inheemse tale asook gebaretaal te bevorder en om respek te bevorder en te verseker vir spesifieke uitheemse tale wat in Suid-Afrika gebruik word.

### **Slotopmerking**

Uit hierdie inleidende aflewering van die beoogde sistematiese uitleg van die bepalings van die Grondwet blyk dit dat dit 'n oefening is wat neig om maklik in omvang te groei deurdat nie net interne grondwetlike kruisverwysings onvermydelik is nie, maar ook deurdat feitlik geen bepaling geïsoleerd staan van die ryk regsdogmatiek van die staatsreg nie. Die Suid-Afrikaanse publiekregsdogmatiek staan nog in sy kinderskoene, maar beleef 'n bloeifase wat gewortel is in die materiële grondwetlike reg. Die uitleg van die dominante regstekes van ons tyd, die Grondwet, is dus vir elke juris besonder lonend, selfs al neem dit net, soos hier, die vorm aan van die omspit van die eerste soorie in 'n proses wat hopelik ver die toekoms in sal kan strek.



**BIBLIOGRAFIE**Basson en Viljoen *Staatsreg*

Basson DA en Viljoen HP *Suid-Afrikaanse Staatsreg* 2e uitg (Juta Kaapstad 1988)

Blaauw *SALJ*

Blaauw LC "The Rechtsstaat idea compared with the Rule of Law as a paradigm for protecting rights" 1990 *South African Law Journal* 76

Bobbio *Demokratie*

Bobbio N *Die Zukunft der Demokratie* (Rotbuch-Verlag Berlin 1988) 33-34

Boberg *Law of Persons*

Boberg PQR *The Law of Persons and the Family* (Juta Kaapstad 1977)

De Wet *SAJHR*

De Wet E "Can the social state principle in Germany guide state action in South Africa in the field of social and economic rights?" 1995 *South African Journal on Human Rights* 30

Doehring *Staatsrecht*

Doehring K *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* 3. Aufl (Metzner Frankfurt a.M. 1984)

Dugard *International Law*

Dugard J *International Law - A South African Perspective* (Juta Kenwyn 1994)

Erasmus en De Waal *StLR*

Erasmus G en De Waal J "Die Finale Grondwet: Legitimiteit en Ontstaan" 1997 *Stellenbosse Regstydskrif* 31

Ferreira *Staatsregtelike Onregmatigheid*

Ferreira GM *Staatsregtelike Onregmatigheid* (LL D-proefskrif PU vir CHO Potchefstroom 1995)

Hahlo en Kahn *South Africa*

Hahlo HR en Kahn E *South Africa. The Development of its Laws and Constitution* (Stevens Londen 1960)

Hahlo en Kahn *Legal System*

Hahlo HR en Kahn E *The South African Legal System and its Background* (Juta Kaapstad 1968)

Henning *Diskresie*

Henning PJ van R *Oor die begrip diskresie in die administratiefreg* (LL D proefskrif UNISA 1967)

Hiemstra *TSAR*

Hiemstra VG "Suid-Afrika terug in die wêreld langs die weg van die regstaatbeginsel" 1985 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 1

Himsworth *Public Law*

Himsworth CMG *In a State No Longer: The End of Constitutionalism?* 1996 *Public Law* 639

Hogg *Constitutional Law*

Hogg PW *Constitutional Law of Canada* 3e uitg (Carswell Ontario 1992)

Hommes *TSAR* Van Eikema

Hommes HJ "De materiële rechtsstaatsidee" 1978 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 45

Inoue *MacArthur's Constitution*

Inoue Kyoko *MacArthur's Japanese Constitution - A Linguistic and Cultural Study of Its Making* (University of Chicago Press Chicago 1991)

Jolowicz *Jurisprudence*

Jolowicz HF *Lectures on Jurisprudence* (edited by JA Jolowicz) (Athlone Press London 1963)

Joubert *LAWSA*

Joubert WA (red) *The Law of South Africa Vol 2 "First Reissue"* (Butterworths Durban 1993)

Kainz *Democracy*

Kainz HP *Democracy East and West - A Philosophical Overview* (Macmillan London 1984)

Makarov *Staatsangehörigkeit*

Makarov AN *Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeit* 2e uitg (Kohlhammer Stuttgart 1962)

Mittermaier en Mair *Demokratie*

Mittermaier K en Mair M *Demokratie - Die Geschichte einer politischen Idee von Platon bis heute* (Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt 1995)

Odendaal *HAT*

Odendaal FF e a *HAT - Verklarende Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal* 3e uitg (Perskor Midrand 1994)

Pogson-Smith *Leviathan*

*Hobbes's Leviathan* herdruk van die uitgawe van 1651, ingelei met 'n essay deur Pogson Smith WG (Clarendon Press Oxford 1909)

Preuß *Begriff der Verfassung*

Preuß UK *Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik* in Preuß UK (ed) *Zum Begriff der Verfassung* (Fischer Taschenb. Verlag Frankfurt a.M. 1994)

Stern *TSAR*

Stern K "A Society based on the rule of law and social justice: constitutional model of the Federal Republic of Germany" 1981 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 241  
Toshiyoshi *Kempo* Toshiyoshi Myazawa *Verfassungsrecht (Kempo)* vertaal deur Robert Heuser en Yamasaki Kazuaki (Heyman Köln 1986)

Van der Vyver en Van Zyl *Inleiding*

Van der Vyver JD en Van Zyl FJ *Inleiding tot die Regswetenskap* (Butterworth Durban 1972)

Van der Vyver en Joubert *Persone- en Familiereg*

Van der Vyver JD en Joubert DJ *Persone- en Familiereg* 3e uitg (Juta Kaapstad 1991)

Van Wyk *TSAR*

Van Wyk DH "Suid-Afrika en die regstaatidee" 1980 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 152

Van Wyk *Persoonlike Status*

Van Wyk DH *Persoonlike Status in die Suid-Afrikaanse Publiekreg - 'n staats- en administratiefregtelike studie* (LL D proefskrif UNISA 1979)

Van Wyk *Rights and Constitutionalism*

Van Wyk D "Introduction to the South African Constitution" in Van Wyk D e a (reds) *Rights and Constitutionalism - The new South African legal order* (Juta Kenwyn 1994) 131-170

*Vaughan Rousseau*

Vaughan CE (red en kommentator) *The Political Writings of Jean Jacques Rousseau* Vol II (Oxford 1962)

*Venter THRHR*

Venter F "Die Grondwet van die tweede Republiek van Suid-Afrika" 1985 *THRHR* 253

*Venter ZaöRV*

Venter F "Die verfassungsmäßige Überprüfung der Rechtsgrundlagen von Südafrikas 'Truth and Reconciliation Commission'" 1997 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 147

*Verdross Völkerrecht*

Verdross A *Völkerrecht* 5e uit (Springer Wene 1964)

*Von Leyden Hobbes and Locke*

Von Leyden W *Hobbes and Locke - The Politics of Freedom and Obligation* (Macmillan New York 1982)

*Weber-Fas Der Staat*

Weber-Fas R *Der Staat - Dokumente des Staatsdenkens von der Antike bis zur Gegenwart* Erster Band (Neske Pfullingen 1977)

*Wiechers Zeige mir*

Wiechers M "Zeige mir dein Staatsrecht, ..." in Klaus Stern se *Festschrift Verfassungsstaatlichkeit* (Beck München 1997) 377

**Vonnisregister**

*Bernstein v Bester* 1996 2 SA 751 (KH)

*Brink v Kitshoff* 1996 4 SA 197 (KH)

*Du Plessis v De Klerk* 1996 3 SA 850 (KH)

*Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: in re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* 1996 4 SA 744 (KH)

*Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: in re Certification of the Amended Text of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* 1997 2 SA 97 (KH)

*Ex parte Gauteng Provincial Legislature: in re Gauteng School Education Bill 1995* 1996 3 SA 165 (KH)

*Ex Parte Speaker, National Assembly: in re National Education Policy Bill 1995* 1996 3 SA 289 (KH)

*Executive Council, Western Cape Legislature v President of the Republic of South Africa* 1995 4 SA 877 (KH)

*Ferreira v Levin; Vryenhoek v Powell* 1996 1 SA 984 (KH)

*Fraser v Children's Court, Pretoria North* 1997 2 SA 261 (KH)

*Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH)

*Larbi-Odam v Member of the Executive Council for Education* 1996(12) BCLR 1612 (B); *appèluitspraak in die Konstitusionele Hof Larbi-Odam and Others v Member of the Executive Council for Education (North-West Province) and Another* 1998 1 SA 745 (KH)

*Law Union and Rock Insurance Co Ltd v Carmichael's Executor* 1917 AA 593

*Louw v Transitional Local Council of Greater Germiston (Saaknommer 23348/96) van 30 April 1997 (W)*

*Minister of the Interior v Harris 1952 4 SA 792 (A)*

*Nottebohm-saak (1955 ICJ Reports 4)*

*Qozeleni v Minister of Law and Order 1994 3 SA 625 (OK)*

*S v Makwanyane 1995 3 SA 391 (KH) S v Zuma 1995 2 SA 642 (KH)*

*Shabalala v Attorney-General, Transvaal 1996 1 SA 725 (KH)*

*The Azanian People's Organization (AZAPO) v President of the Republic of South Africa 1996 4 SA 671 (KH)*