



Potchefstroomse Universiteit
vir Christelike Hoër Onderwys

WETENSKAPLIKE BYDRAES

Reeks H: Inougurele Rede Nr. 134

**DIE BEREGTING VAN FUNDAMENTELE
REGTE GEDURENDE DIE OORGANGS-
BEDELING**

Prof. T.J. Kruger

Inougurele rede gehou op 15 Oktober 1993

Departement Sentrale Publikasies

Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys

Potchefstroom

2520

Die Universiteit is nie aanspreeklik vir menings in die publikasies uitgespreek nie.

Navrae in verband met die *Wetenskaplike Bydraes* moet gerig word aan:

**Departement Sentrale Publikasies
Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys
2520 POTCHEFSTROOM Suid-Afrika**

© 1994

ISBN 1-86822-178-4

DIE BEREGTING VAN FUNDAMENTELE REGTE GEDURENDE DIE OORGANGSBEDELING¹

Johan Kruger²

1. INLEIDEND

Die Suid-Afrikaanse staatsvorm staan op die vooraand van 'n ingrypende ommekeer. In die besonder word fundamentele regte vir die eerste keer as beregbare regte in die grondwet verskans.³ Hierdie feit hou ingrypende implikasies vir die ganse Suid-Afrikaanse regsorde in.

Die oorgangsgrondwet⁴ tree op op 27 April 1994 - die datum van die eerste volledig demokratiese algemene verkiesing - in werking en sal voortduur totdat die demokraties verkose Parlement (wat ook as Grondwetlike Vergadering sal funksioneer) 'n "finale" grondwet daarstel. Die oorgangsgrondwet bepaal in artikel 4 daarvan:

"Oppergesag van die Grondwet:

-
- 1 Intreerede gelewer aan die PU vir CHO, Potchefstroom, op 1993-10-15. Die oorspronklike intreerede is, waar nodig, aangepas ten einde dit in ooreenstemming te bring met die Grondwet, Wet 200 van 1993, soos dit op 27 Januarie 1994 deur die Staatspresident geproklameer is.
 - 2 SC, B lur et Art, LLD. Professor, Departement Regstoepassing, PU vir CHO.
 - 3 Hoofstuk 3. Gerieflikheidshalwe word na Hoofstuk 3 as "die handves" verwys.
 - 4 Die begrip "oorgangsbedeling" in verband met die sogenaamde oorgangsgrondwet word gebruik met verwysing na die tydperk tussen die eerste demokratiese algemene verkiesing (wat op 27 April 1994 sal plaasvind) en die eerste daaropvolgende algemene verkiesing. Hoewel die oorgangsgrondwet (a 68(2) saamgelees met a 73(1)) bepaal dat 'n nuwe grondwet binne twee jaar vanaf die datum van die eerste sitting van die Grondwetlike Vergadering aangeneem moet word, sal die wesenskenmerke van die huidige Hoofstuk 3 waarskynlik in so 'n nuwe grondwet vervat wees; vgl Bylae 4, Grondwetlike Beginsel II.

- (1) Hierdie Grondwet is die hoogste reg van die Republiek en enige wet of handeling wat mot die bopalings daarvan onbostaanbaar is, is, tony 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."

Die "finale" grondwet wat deur die Grondwetlike Vergadering ná die verkiesing geskryf sal word, moet voldoen aan Grondwetlike Beginsels waarop reeds by die onderhandelingsforum ooreengekom is.⁵ Dat die nuwe staatsvorm na die aard en wese daarvan radikaal sal verskil van die vorige staatsvorm, word duidelik wanneer na die Grondwetlike Beginsels⁶ gekyk word. Om maar 'n paar voorbeelde te noem: die Grondwet stel die hoogste reg daar en sal alle staatsorgane bind;⁷ diskriminasie op enige gronde sal verbode wees;⁸ daar sal 'n skeiding van magte wees tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag met behoorlike wigte en teenwigte ten einde verantwoordingdoening en deursigtigheid te verseker;⁹ daar sal 'n bevoegde, onafhanklike en onpartydige regbank wees wat kompetent sal wees om die Grondwet en alle fundamentele regte te beskerm en af te dwing;¹⁰ daar sal 'n verteenwoordigende regering wees wat 'n veelpartydemokrasie sal omvat,

⁵ Ingevolge die bepalings van a 74 is die Grondwetlike Beginsels onwysigbaar en onherroepbaar, en ingevolge a 71(1)(a) en (2) moet die "finale" grondwet voldoen aan die Grondwetlike Beginsels en deur die Konstitusionele Hof as sodanig gesertifiseer word.

⁶ Bylae 4 tot die oorganggrondwet.

⁷ Grondwetlike Beginsel IV.

⁸ Grondwetlike Beginsel III.

⁹ Grondwetlike Beginsel VI.

¹⁰ Grondwetlike Beginsel V.

asook gereelde verkiesings, algemene volwasse stemreg, 'n gemeenskaplike kieserslys en proposisionele verteenwoordiging.¹¹

In die besonder bepaal Grondwetlike Beginsel II: "Elkeen moet alle universeel aanvaarde fundamentele regte, vryhede en burgerlike vryhede geniet, waarvoor voorsiening gemaak moet word en wat beskerm moet word deur verkanste en beregbare bepalings in die Grondwet, wat opgestel moet word na behoorlike inagneming van, onder andere, die fundamentele regte vervat in Hoofstuk 3 van hierdie Grondwet."

Aldus word in beide die oorgangsgrondwet en die "finale" grondwet voorsiening gemaak vir die beskerming van fundamentele regte wat beregbaar sal wees. Daar kan dus met redelike sekerheid gesê word dat ten minste die fundamentele regte wat tans in Hoofstuk 3 van die oorgangsgrondwet verskans word, vir die lewensduur van die oorgangsgrondwet op beregbare wyse beskerming sal geniet. Voorts, en in die lig van Grondwetlike Beginsel II, bestaan daar 'n hoë waarskynlikheid dat ten minste die fundamentele regte wat tans in die oorgangsgrondwet beskerm word, ook in die "finale" grondwet beskerming sal geniet en beregbaar sal wees.

Teen dié agtergrond word vervolgens aandag geskenk aan die volgende aspekte:

- die omvang van die fundamentele regte wat in die oorgangsbedeling beskerming sal geniet;
- die hofstrukture en prosedures in verband daarmee, wat in die vooruitsig gestel word vir die beregting van fundamentele regte;
- 'n aantal belangrike kenmerke waaraan by die beregting van fundamentele regte voldoen moet word ten einde die grondslae vir 'n legitieme en juridies verantwoordbare bedeling daar te stel;
- konstitusionele regspraak.

¹¹ Grondwetlike Beginsel VIII.

2. DIE OMVANG VAN DIE BESKERMING VAN FUNDAMENTELE REGTE¹²

Die omvang van die beskerming van fundamentele regte hang grotendeels af van die inhoud van die handves self, naamlik die regte daarin vermeld, en die wyse waarop die handves geformuleer is.

'n Handves van fundamentele regte behoort na die aard daarvan soveel as moontlik van die waardes wat deur die oorgrote deel van die bevolking as hoogste waardes beleef en gekoester word, te beliggaam.¹³ In dié opsig is die handves onderskeibaar van die res van die grondwet; dit is naamlik 'n eiesoortige dokument omdat die klem daarin nie soseer val op hoe die staatsgesag wel uitgeoefen mag word nie, maar eerder op hoe die staatsgesag nié uitgeoefen behoort te word nie. Die beperkinge wat op staatsoptrede geplaas word, geskied deur erkenning te gee aan sekere fundamentele regte van die staatsburger wat nie sonder meer deur die staat aangetas of weggeneem mag word nie. In die handves word die status van die staatsburger *vis-à-vis* die staat en sy gesag, by uitstek neergelê.

Om die voorgaande redes is dit belangrik dat die waardes wat in die handves opgeneem word, so verteenwoordigend as moontlik van die grootste gemene deler van die bevolking se hoogste waardes sal wees.

By inhoudgewing aan die voorgestelde handves is daar by die Onderhandelingsraad klaarblyklik uitgegaan van die vertrekpunt dat 'n volledige en legitieme handves slegs deur 'n demokraties verkose parlement opgestel kan word - en

¹² Vir die doeleindes hiervan word daar nie soseer op die inhoud van die handves soos dit in Hoofstuk 3 van die oorgangsgrondwet beliggaam is, ingegaan nie: daar word bloot kortliks verwys na sekere opvallende breë kenmerke van Hoofstuk 3.

¹³ Labuschagne JMT "Doelorganiese regsnormvorming: opmerkinge oor die grondreëls van die uitleg van 'n handves van menseregte" 1993 **SAPR** 127-130, 128 verklaar dat 'n handves veral in twee opsigte 'n unieke regsdokument is: (a) Dit beliggaam grondnorme waarop 'n regstelsel berus. Ander wetgewing word juis aan dié grondnorme getoets. (b) Anders as gewone wetgewing is 'n handves van menseregte duursaam: dit word nie maklik uitgevaardig en nie maklik herroep nie.

nie deur 'n sogenaamde onverteengewordende en nie-demokratiese liggaam soos die Onderhandelingsraad nie. Die premisse onderliggend aan die vertrekpunt is dat dit die prerogatief van die meerderheidsparty in die Grondwetlike Vergadering sal wees om 'n "volledige" handves daar te stel.¹⁴ Dié vertrekpunt verloor uit die oog dat meerderheidspartye kom en gaan en dat vandag se meerderheid môre se minderheid mag wees, dat 'n handves méér as net die politieke voorkeure en programme van 'n toevallige meerderheidsparty op 'n gegewe tydstip behoort te beliggaam en te weerspieël.

Hoewel daar toegegee moet word dat die produk soos dit tans daar uitsien, veel meer omvattend is as wat aanvanklik beoog is, is dit opvallend dat daar slegs met enkele sosio-ekonomiese (oftewel tweedegenerasie-) regte gehandel word, en dit terwyl dit 'n welbekende feit is dat sosio-ekonomiese regte hoog op die agenda van 'n party soos die ANC staan.¹⁵ Terwyl ek nie 'n voorstander daarvan is dat sosio-ekonomiese regte in 'n handves self beskerm moet word nie, kan sosio-ekonomiese regte wel op aanvaarbare en juridies houdbare wyse hanteer word deur van sogenaamde "directive principles" gebruik te maak - 'n meganisme wat reeds met welslae in ander regstelsels aangewend word.¹⁶

¹⁴ Die daarstel van 'n nuwe grondwet moet, in terme van a 73(1) van die oorgangsgrondwet, binne twee jaar vanaf die datum van die eerste sitting van die Grondwetlike Vergadering geskied.

¹⁵ Die konsephandves van die ANC bevat byvoorbeeld in artikel 11 "Social, Educational and Welfare Rights" 'n uitvoerige lys van sosio-ekonomiese regte.

¹⁶ Hoofstuk 11 van die Namibiese Grondwet, saamgelees met artikel 23, lê 'n lys van aanwysende beginsels oftewel "directive principles" neer aan die hand waarvan sosio-ekonomiese aangeleenthede aangepak kan word. Die noodwendige implikasie van Hoofstuk 11 is dat die inhoud daarvan deur die hof in aanmerking geneem sal word wanneer sosio-ekonomiese aansprake deur 'n hof bereg moet word. In die Indiese Grondwet bepaal a 37 met betrekking tot die aanwysende beginsels: "The provisions contained in this part shall not be enforceable by any court, but the principles therein laid down are nevertheless fundamental in the governance of the country and it shall be the duty of the state to apply these principles in making laws".

Deur 'n groot aantal sosio-ekonomiese regte op generlei wyse te hanteer nie dui maar op een waarskynlikheid, en dit is dat die ANC, as regering, op 'n wyse wat hy verkies met sosio-ekonomiese regte sal wil handel. Die vraag kan gevolglik gevra word of Suid-Afrika weer 'n periode van maatskaplike manipulasie oftewel "social engineering" tegemoet gaan waar die party wat die eerste algemene verkiesing gaan wen, die handves sal gebruik as 'n manipulasiebasis vanwaar sy besondere politieke en sosio-ekonomiese agenda geloods word.¹⁷ Indien dit die benadering van 'n party soos die ANC is, sal dit noodwendig daartoe lei dat beide die oorgangshandves en die "finale" handves aan legitimiteit sal inboet.¹⁸ Dit is jammer. Die daarstel van 'n handves bied geleenthede wat hulle selde in 'n land se geskiedenis voordoen. Die hoeksteen van 'n suksesvolle bedeling gemik op die beskerming van fundamentele regte lê in die legitimiteit daarvan. Eensydige politieke agendas en doelwitte kan die daarstel van 'n legitieme handves slegs nadelig raak.

'n Aspek van die handves wat vermelding verdien (al is dit net omdat dit waarskynlik tot talle probleme aanleiding kan gee), is die vraag na die trefwydte van die handves, naamlik tot watter mate die handves veronderstel is om,

¹⁷ Dat die regbank soms meegedoen het aan die maatskaplike manipulasie van die regering van die dag, strek tot sy oneer; vgl bv die *dictum* van Holmes AR in *Minister of the Interior v Lockhat* 1961 2 SA 587 (A) 602D-E, waar die omstrede Groepsgebiedewet 77 van 1957 beskryf is as "a colossal social experiment and a long-term policy. It necessarily involves the movement out of group areas of members of people throughout the country. Parliament must have envisaged that compulsory population shifts of persons occupying certain areas would inevitably cause disruption and, within the foreseeable future, substantial inequalities".

¹⁸ Die noodsaak dat 'n handves - selfs al is dit teoreties van 'n "verbygaande aard" - *legitiem* moet wees, is goed raakgesien deur die Tegnieese Komitee rakende Fundamentele Regte van die veelparty-onderhandelingsproses, wat in hulle Tweede Verslag aan die Onderhandelingsraad verklaar dat "... the way in which fundamental rights and freedoms are entrenched during the transition (and the degree of success with which this could be done) will inevitably impact on the legitimacy of the means and mechanisms for the protection and enforcement of these rights and freedoms in the eventual dispensation".

benewens vir die "vertikale" werking daarvan, ook "horisontaal" toepassing te vind. Ondanks die bepalings van artikels 7(1) en 7(2)¹⁹ bepaal artikel 33(4): "Hierdie Hoofstuk belet nie maatreëls wat daarvoor ontwerp is om onbillike diskriminasie deur ander liggame en persone as dié wat ingevolge artikel 7(1) gebonde is, te verbied nie." Klaarblyklik open artikel 33(4) die deur vir wetgewing wat daarop gemik is om "private diskriminasie" te verhoed. Hoewel so 'n bepaling in beginsel te verwelkom is, sal sorg gedra moet word dat dié bepaling nie as 'n agterdeur gebruik word waardeur onbepaalde en ongekwalfiseerde aanwending van die handves op die terrein van die privaatreë sal plaasvind nie. Vir sover artikel 33(4) wel die gemelde moontlikheid bevat, behoort die hof by die toepassing daarvan deeglik rekening te hou met die bepalings van artikel 35(3).²⁰ Laasgenoemde artikel lê 'n plig op die hof om by die toepassing van onder andere die gemene reg (dus, by implikasie ook die privaatreë) kennis te neem van die gees, strekking en oogmerke van hierdie hoofstuk. Een van die implikasies van die laasgenoemde bepaling is dat die "gees, strekking en oogmerke" van die handves wel deeglik deur die hof verreken moet word waar dit gaan om die "toepassing en ontwikkeling" van die gemene reg. Maatreëls wat die privaatreë raak en wat in terme van artikel 33(4) neergelê word, moet daarom versoenbaar wees met die "gees, strekking en oogmerke" van die handves.

Getoets aan die voorgaande, ontstaan daar klaarblyklik 'n spanningsverhouding tussen, byvoorbeeld, die verbod op diskriminasie²¹ enersyds, en die bepalings met betrekking tot vryheid van assosiasie,²² vryheid van godsdienste²³

19 "7(1) Hierdie Hoofstuk bind alle wetgewende en uitvoerende staatsorgane op alle regeringsvlakke. (2) Hierdie Hoofstuk is van toepassing op alle reg wat van krag is en op alle administratiewe besluite geneem en handeling verrig gedurende die tydperk waarin hierdie Grondwet in werking is."

20 "35(3) By die uitleg van enige wet en die toepassing en ontwikkeling van die gemene reg en gewoontereg, neem 'n hof die gees, strekking en oogmerke van hierdie Hoofstuk behoortlik in ag."

21 Artikel 8(2).

22 Artikel 17.

en onderwys²⁴ andersyds. Die vraag is gewoon of dit in ooreenstemming met die "gees, strekking en oogmerke" van die handves sou wees indien 'n bepaalde godsdiensgroep 'n private onderwysinstelling tot stand sal bring vir die uitsluitlike gebruik deur lede van daardie godsdiensgroep? Sou dit 'n verskil maak indien dit 'n bepaalde taal- of kultuurgroep is wat dieselfde doen?

In die verbygaan mag gemeld word dat die toevoeging van 'n uitlegklousule²⁵ te verwelkom is, gesien veral in die lig daarvan dat daarin belangrike riglyne neergelê word vir die uitleg van die handves. In die besonder is dit te verwelkom dat daar uitdruklik²⁶ melding gemaak word dat 'n hof die "gees, strekking en oogmerke" van die handves behoorlik in ag moet neem by die uitleg van enige wet, die gemene reg en gewoontereg. Dieselfde beginsel behoort uiteraard te geld by die uitleg van die handves en die res van die grondwet.²⁷

²³ Artikel 14.

²⁴ Artikel 32, in die besonder 32(c).

²⁵ Artikel 35. Vergelyk ook die kommentaar van Du Plessis en De Villio "Bill of Rights interpretation in the South African context (3): comparative perspectives and future prospects" 1993 *Stell LR* 356-393, 358-9.

²⁶ Artikel 35(3), en vgl Kruger **Die Wordingsproses van 'n Suid-Afrikaanse Menseregtebedeling** (LLD-proefskrif Potchefstroom 1990) hfst 6.

²⁷ Kyk paragraaf 5 infra.

3. LEGITIEME BEREKTING²⁸

3.1 Die hofstrukture

Die stelsel van konstitusionele berekting soos neergelê in die oorgangsgrondwet is 'n hibriede of "gemengde" stelsel: die "gewone" Hooggeregshowe het wel (al is dit beperkte) jurisdiksie om sake van 'n konstitusionele aard (en dus ook met betrekking tot fundamentele regte) te verhoor.²⁹ As hof van finale instansie met betrekking tot, onder andere, die berekting van fundamentele regte, word 'n Konstitusionele Hof ingestel.³⁰ Die Konstitusionele Hof is 'n nuwe hof wat met betrekking tot konstitusionele berekting die kragtigste regsprekende orgaan sal wees. Só bepaal die oorgangsgrondwet byvoorbeeld dat 'n beslissing van die Konstitusionele Hof alle persone en alle wetgewende, uitvoerende en regsprekende staatsorgane bind,³¹ en dat die Appèlafdeling

²⁸ Die begrip "legitimititeit" word hier gebruik in die sin van die geloofwaardigheid en algemene aanvaarding wat 'n instelling en dié se doen en late in die oë van die breë bevolking geniet. Die begrip "legitimititeit" (of liever die beweerde gebrek daaraan) word deesdae te gerieflik en te dikwels gebruik as 'n wapen tot verdagmakery. Wanneer 'n instansie na struktuur of personeel nie presies na die sin van 'n belangegroep of 'n organisasie is nie, word dit afgemaak as "illegitiem". Dié begrip moet daarom met groot verantwoordelikeid, omsigtigheid en die hoogste moontlike mate van objektiwiteit aangewend word.

²⁹ Vergelyk artikel 101(2) en (3) van die oorgangsgrondwet. Daarvolgens sal die Hooggeregshof die jurisdiksie (met inbegrip van die inherente jurisdiksie) wat onmiddellik voor die inwerkingtreding van die oorgangsgrondwet in hom gesetel het, behou en daarbenewens bykomende jurisdiksie verkry oor, onder andere, enige beweerde skending of dreigende skending van 'n fundamentele reg soos in Hoofstuk 3 verskans.

³⁰ Artikel 98(1) en (2) van die oorgangsgrondwet.

³¹ Artikel 98(4).

geen jurisdiksie het om oor enige aangeleentheid wat binne die jurisdiksie van die Konstitusionele Hof val, te beslis nie.³²

Deur te kies vir 'n afsonderlike Konstitusionele Hof wat buite die gewone hofstrukture staan, het die Onderhandelingsraad myns insiens die korrekte keuse gemaak.³³ Konstitusionele beregting is uit die aard daarvan meestal 'n ongemaklike konglomeraat van reg en politiek-verwante dispute: dit dra die ondertone van politieke oorwegings of hou direkte of indirekte politieke gevolge in. Om daardie rede is dit verstandig om die finale seggenskap in sulke sake aan 'n hof wat buite die gewone hofstruktuur staan en wat hopelik toegerus sal wees om sodanige sake op 'n sensitiewe wyse te hanteer, toe te vertrou. Die ervaring in ander lande waar afsonderlike konstitusionele howe bestaan, het geleer dat 'n sensitiewe hantering van sake wat dikwels polities gelaai is, die legitimiteit van sodanige hof eerder verhoog as verlaag.³⁴

3.2 Die regbank en die samestelling daarvan

Daar kan min twyfel bestaan dat die huidige regbank van die Hooggeregshof nie as verteenwoordigend van die samestelling van die breë bevolking beskou kan word nie. Die redes daarvoor is deels te vinde in die konvensies en die strukture van die regsprofessie, maar ongetwyfeld ook te wyte aan diskriminasie op grond van ras en geslag. Afgesien van die samestelling van die huidige regbank ontstaan die vraag na die mate waarin die regbank daarin kon slaag om fundamentele regte, soos laasgenoemde in ons gemene reg bestaan, te beskerm. Oor dié onderwerp is reeds verskeie boekdele geskryf, en vir die doeleindes van hierdie betoog is dit nie nodig om daarby stil te staan

³² Artikel 101(5).

³³ Vergelyk Kruger "A Constitutional Court for South Africa?" 1993 (1) *Consultus* 13-20.

³⁴ Meningspeilings in Duitsland het getoon dat die *Bundesverfassungsgericht* die mees legitieme openbare instelling is en dat dit groter openbare aansien geniet as bv die parlement, die "gewone" howe, die media en univiersiteite.

nie.³⁵ Dit is genoeg om te sê dat daar weinig twyfel kan bestaan dat ten minste 'n deel (indien nie die grootste deel nie) van die bevolking dit beleef dat die regbank nie altyd sterk in die bres getree het om fundamentele regte teen owerheidsingrype te beskerm nie. Anders gestel: die persepsie bestaan dat die regbank diskriminerende wetgewing sonder veel skroom of teenspraak aanvaar het en maar al te geredelik (en positivisties-dienstig) toegepas het.

Met só 'n benadering word natuurlik die risiko geloop dat die kind saam met die badwater uitgegooi kan word - en dat die hoë gehalte van regspraak wat ongetwyfeld óók deur die Suid-Afrikaanse regbank gelewer is, misken kan word. So 'n benadering is eensydig en word afgewys. Waar dit egter hier om die beskerming en beregting van fundamentele regte gaan, kan eersgenoemde persepsie (naamlik dié van 'n illegitieme regbank) nie geïgnoreer word nie en moet dit trouens behoorlik verreken word waar dit om die samestelling van die regbank van die beoogde Konstitusionele Hof gaan.

Die instel van 'n Regterlike Dienskommissie is 'n baie belangrike wysiging aan die **status quo** wat deur die oorgangsgrondwet teweeggebring word.³⁶ Regters van die Hooggeregshof word deur die President, handelende op advies van die Regterlike Dienskommissie, aangestel.³⁷

³⁵ Vergelyk in dié verband Kruger **Die Wordingsproses van 'n Suid-Afrikaanse Mense-regtebedeling** supra hoofstuk 5 en die bronne daarin aangehaal.

³⁶ Artikel 105.

³⁷ Artikel 104(1). Dit is opmerklik dat die aanstelling van regters van die Hooggeregshof deur die President, bloot handelende op advies van die Regterlike Dienskommissie geskied. Die omvang van die diskresie waaroor die President in die verband beskik, word duidelik wanneer artikel 104(1) vergelyk word met artikel 233(3) en (4). Artikel 233(3) bepaal naamlik dat waar van 'n funksionaris vereis word om 'n besluit in oorleg met 'n ander funksionaris te neem, die instemming van daardie funksionaris vir sodanige besluit vereis word. Artikel 233(4) bepaal dat indien sodanige besluit na oorleg met 'n ander funksionaris geneem word, sodanige besluit in goeie trou geneem moet word nadat daardie ander funksionaris geraadpleeg is en ernstige oorweging aan die sienswyse van daardie funksionaris gegoe is. In effek sal die Regterlike Dienskommissie se advies aan die President dus

Die Regterlike Dienskommissie verteenwoordig 'n goed gebalanseerde deursnit van belange.³⁸ Die regbank van die Konstitusionele Hof bestaan uit 'n President, vier regters uit die geleedere van die regters van die Hooggeregshof en ses ander regters wat òf 'n toegelate advokaat òf 'n toegelate prokureur moet wees en wat vir 'n kumulatiewe tydperk van ten minste tien jaar aldus gepraktiseer het, òf vir die gemelde periode 'n regsdosent aan 'n universiteit was.³⁹ Onder laasgenoemde ses persone mag daar 'n maksimum van twee persone wees wat nie aan die voorgaande vereistes voldoen nie maar wat weens hulle opleiding en ervaring, kundigheid op die gebied van die staatsreg het, welke kundigheid relevant moet wees tot die toepassing van die Grondwet en Suid-Afrikaanse reg.⁴⁰

Die President van die Konstitusionele Hof word aangestel deur die (Staats-) President in oorleg met die Kabinet en die hoofregter.⁴¹ Die vier regters afkomstig van die regbank van die Hooggeregshof word op 'n soortgelyke wyse aangestel. Die ses ander regters word insgelyks deur die President in oorleg met die Kabinet en na oorleg met die President van die Konstitusionele Hof aangestel. Sodanige aanstellings deur die President word gedoen uit 'n lys van aanbevelings (bestaande uit tien name vir die eerste rondte van aanstellings) en saamgestel deur die Regterlike Dienskommissie.⁴² Sou sodanige aanbevole name vir die geheel of gedeelte daarvan nie aanvaarbaar wees vir die "aanstellende owerhede" nie, word die Regterlike Dienskommissie

nie bindend wees nie, hoewel die kansie hopelik sal ontwikkel dat die President hom tot die grootste moontlike mate aan sodanige aanbevelings gebonde sal hou.

38 Uit 'n moontlike maksimum van 19 lede word daar voorsiening gemaak vir 10 persone uit die regspraktik (dit wil sê regters, advokate en prokureurs), een regsprofessor en agt polities aangewysde verteenwoordigers.

39 Sien in die algemeen artikel 99(2).

40 Artikel 99(2)(c)(ii).

41 Artikel 99(1) saamgelees met 99(3).

42 Artikel 99(5)(a).

dienooreenkomstig in kennis gestel en ook van redes voorsien. Die Regterlike Dienskommissie hou dan verdere aanbevelings aan die instansies wat die aanstellings doen, voor, waarna laasgenoemde die nodige aanstellings uit die lys aldus deur die Regterlike Dienskommissie verskaf, moet maak.⁴³

Uit die voorgaande is dit duidelik dat die President en sy Kabinet die finale sê by die aanstel van regters van die Konstitusionele Hof het. Soos reeds hierbo aangetoon,⁴⁴ beteken die uitdrukking "in oorleg met" dat die instemming van die betrokkenes verlang word. In terme van die filosofie van 'n regering van nasionale eenheid, word die Kabinet saamgestel uit lede van verskillende politieke partye.⁴⁵ Die oorgangsgrondwet bevat geen voorskrifte met betrekking tot meerderhede wat vir kabinetsbesluite vereis word nie.⁴⁶ Teoreties kan die situasie dus ontstaan dat die Kabinet nie eenstemmigheid kan bereik oor watter ses persone aangestel moet word nie en dat die meerderheidsparty in die Kabinet dan gewoon by meerderheidsbesluit die ses kandidate wat vir daardie party aanvaarbaar is, kan aanstel.

Hoewel dit in beginsel verwelkom moet word dat die Regterlike Dienskommissie 'n betreklik substantiewe seggenskap in die aanstellingsprosedure van regters van die Konstitusionele Hof sal hê, is dit jammer dat die finale seggenskap steeds by die uitvoerende gesag (en, soos hierbo aangetoon, soms slegs by die meerderheidsparty in die Kabinet) sal berus. Die vraag ontstaan of die aanstellingsmetode soos dit deur die Tegnieuse Komitee rakende Konstitusionele Sake aan die Onderhandelingsraad voorgestel is, nie tot 'n beter gebalanseerde - en dus verteenwoordigende - konstitusionele regbank sou gelei het nie. Die kern van dié komitee se voorstel was dat 'n

⁴³ Artikel 99(5)(b) en (c).

⁴⁴ Vgl voetnoot 37.

⁴⁵ Artikel 88.

⁴⁶ Artikel 89(2) bepaal slegs dat die Kabinet sal funksioneer op 'n wyse wat in ooreenstemming is met "die konsensus-soekende goes onderliggend aan die konsep van 'n regering van nasionale eenheid, sowel as die behoefte aan effektiewe staatsbestuur".

staande komitee van die Parlement bestaande uit een lid van elke party wat in die Parlement verteenwoordig is, en nadat onderhoude met genomineerde kandidate **in camera** gevoer is, 'n eenparige aanbeveling aan die Parlement sou doen. Sou 'n eenparige aanbeveling nie gemaak kon word nie, het die voorstel voorsiening gemaak vir 'n ontknopingsmeganisme, naamlik dat 75% van die lede van die staande komitee agt regters sou aanwys, en die oorblywende 25% twee regters. 'n Verdere vereiste was dat die aanbevelings vanaf die staande komitee nie in die Parlement gedebatteer sou word nie.

Een van die hoofbesware wat teen die Tegnieiese Komitee se voorstel geopper is, is dat dit die aanstelling van regters van die Konstitusionele Hof sou verpolitiseer. Daarteenoor kan geargumenteer word dat die huidige metode eweneens ruim geleentheid vir politisering van die aangeleentheid bied. Ongeag welke metode van aanstelling gebruik word, moet dit egter aanvaar word dat, juis vanweë die kwasi-politieke aard van konstitusionele beregting asook die wydlopende invloed wat die beslissings van die Konstitusionele Hof op die staatkundige ontwikkelingsproses sal hê, die aanstelling van daardie regters inderdaad 'n hoogs verpolitiseerde aangeleentheid is en sal bly. Daar kan alleen maar gehoop word dat alle betrokkenes die aanstelling van sodanige regters op 'n hoogs verantwoordelike wyse sal hanteer, sodat die regbank van die Konstitusionele Hof uiteindelik deur die bevolking gesien en beleef word as 'n bekwame en verteenwoordigende regbank waarvan die integriteit (en politieke onpartydigheid) bo verdenking staan.

Die drie opvallende verskille tussen die "kandidatelys" waaruit regters tans aangestel word, en die moontlike kandidate vir die Konstitusionele Hof, is dat (i) prokureurs (wat nie noodwendig oor 'n LLB-graad hoef te beskik nie) ook tot daardie regbank aangestel kan word, (ii) nie-regsgelerdes (tot 'n maksimum van twee) in beginsel tot die amp verhef kan word, en (iii) regsdosente ook daarvoor verkiesbaar is. In beginsel moet kategorieë (i) en (iii) voorgaande verwelkom word. Die wysheid daarvan om nie-regsgelerdes in hierdie belangrike amp aan te stel, moet egter ernstig betwyfel word. Dit is nouliks verstaanbaar hoe so 'n persoon geag kan word kundigheid ten aansien van die staatsreg en die toepassing van die oorgangsgrondwet en die Suid-Afrikaanse reg te kan hê, as hy of sy nie oor 'n regskwalifikasie beskik nie. Dit behoeft weinig betoog dat die interpretasie, aanwending en toepassing van die oorgangsgrondwet (soos trouens enige ander grondwet) die hoogste mate van

(regs-) kundigheid verg. Trouens, daar is 'n sterk saak voor uit te maak dat grondwetlike beregting, as 'n hoogs gespesialiseerde terrein, buitengewone kundigheid vereis ten aansien van, byvoorbeeld, hermeneutiese beginsels en metodiek.

3.3 Toegang

Dit is 'n bekende feit dat die bestaande hofstelsel 'n groot element van ontoeganklikheid vertoon. Dié ontoeganklikheid is hoofsaaklik te wyte aan faktore van koste en tydsduur: litigasie (veral in die hoër howe) is duur en tydrowend. In dié verband speel die verdeling van die regsprofessie in 'n balie en 'n sybalie geen geringe rol nie. Bowendien is regsbystand wat deur middel van instansies soos die Regshulpraad, regsklinieke en nie-regeringsinstellings verleen word, hoewel baie belangrik, steeds 'n druppel in die emmer.

'n Handves moet gereedelik tot die beskikking van die bevolking wees. Dit beteken gewoon dat individue in die samelewing - en dan veral individue wat normaalweg nie die hoë koste verbonde aan hooggeregshoflitigasie kan dra nie - in 'n posisie gestel moet word waar hulle hulle gereedelik op die handves kan beroep. 'n Konstitusionele Hof wat struktureel sodanig geposisioneer is dat dit slegs met die grootste moeite, koste en tyd bereik kan word, sou ooglopend nie gereedelik toegang aan die individu verleen nie. Dit is daarom uiters noodsaaklik dat 'n metode bedink moet word om veral aan die individu direkte toegang tot die Konstitusionele Hof te gee, al is dit net onder bepaalde omstandighede.

Die oorgangsgrondwet skep die moontlikheid⁴⁷ dat daar in die reëls van die Konstitusionele Hof voorsiening gemaak kan word vir direkte toegang waar dit in belang van geregtigheid is om dit te doen. Die vraag wat ontstaan, is of die beoogde doelwit (nl. direkte toegang vir veral individuele litigante) deur middel van die neerlê van reëls bereik kan word, veral wanneer in ag geneem word dat sodanige reëls binne die breë raamwerk van die strukturele en prosedurele bepalings⁴⁸ van die oorgangsgrondwet moet bly.

⁴⁷ Artikel 100(2).

⁴⁸ Artikel 102.

Die uitdrukking "direkte toegang" impliseer immers dat die Konstitusionele Hof, sonder die wesenlike tussenkoms van enige ander hof, genader behoort te kan word. In ander jurisdiksies waar daar 'n prosedure van direkte toegang bestaan,⁴⁹ word daar voorsiening gemaak vir 'n siftingsmeganisme inherent aan die Konstitusionele Hof self, om sake met meriete te onderskei van sake sonder **prima facie**-meriete.⁵⁰ Só 'n "ingeboude" siftingsmeganisme as deel van die struktuur van die Konstitusionele Hof, is egter afwesig in die stelsel soos dit in die oorgangsgrondwet beskryf word. Die enigste moontlike wyses waarop "direkte toegang" gevolglik gestruktureer kan word, is of deur die neerlê van kriteria waaraan voldoen moet word wanneer die Konstitusionele Hof direk genader word, of om die Hooggeregshof as "siftingsmeganisme" te laat funksioneer.

Ten aansien van eersgenoemde moontlikheid (die neerlê van kriteria), lê die probleem by die vind van geskikte kriteria. Sou die kriterium dié van "groot dringendheid" wees, sou sodanige dringendheid ooglopend méér moet beloop as die dringendheidsgraad wat vereis word vir die bring van 'n dringende aansoek na die Hooggeregshof.⁵¹ Maar selfs al sou 'n verhoogde dringendheidsgraad neergelê word, kan dit steeds verwag word dat die Konstitusionele Hof oorval sal word met aansoeke wat na bewering aan die gestelde dringendheidsgraad voldoen. Só 'n prosedure sou dus nie noodwendig deug nie, veral wanneer sulke aansoeke elke keer in die ope hof en deur meer as een konstitusionele regter tegelyk aangehoor moet word. 'n Ander moontlike kriterium is dié van "groot openbare belang". Weer eens, en weens die gebrek aan 'n siftingsmeganisme, kan so 'n kriterium 'n geweldige hoë werkslading vir die Konstitusionele Hof meebring.

Weens die hibriede aard van die stelsel van konstitusionele beregting soos dit deur die oorgangsgrondwet geskep word, en voorts weens die gebrek aan 'n

⁴⁹ Byvoorbeeld die prosedure van die "Verfassungsbeschwerde" in die Duitse reg.

⁵⁰ Vir 'n samevattende uiteensetting van die funksionering van die siftingsmeganisme in die *Bundesverfassungsgericht*, kyk Kruger "A Constitutional Court for South Africa?" 1993 *Consultus* supra, 18.

⁵¹ Vergelyk Hooggeregshofreël 6(12).

siftingsmeganisme verbonde aan die Konstitusionele Hof self, wil dit voorkom asof die Hooggeregshof as 'n siftingsmeganisme sal moet dien. Artikel 102(1) maak byvoorbeeld daarvoor voorsiening dat 'n aangeleentheid wat binne die uitsluitlike jurisdiksie van die Konstitusionele Hof val, deur 'n Hooggeregshof na die Konstitusionele Hof verwys kan word indien dit in belang van geregtigheid is om dit te doen.⁵² Hoewel dit 'n tydbesparende prosedure vir 'n litigant kan wees, is dit ooglopend nie noodwendig 'n kostebesparende prosedure nie. Ten einde koste-effektief en koste-besparend te kan wees, moet daar, op die minste, voorsiening gemaak word vir 'n prosedure waar 'n individuele litigant, indien hy dit sou verkies, sy aansoek by 'n regter in Kamers kan bring, sonder die vereiste dat die saak in die openbare hof (en by implikasie, deur gebruikmaking van regsverteenvoering) beslis moet word.

Dit is jammer dat die bepalings van die oorgangsgrondwet nie reeds uitdruklik voorsiening maak vir 'n siftingsmeganisme gekoppel aan die Konstitusionele Hof self nie. Die gevolg van dié leemte is voortgesette onsekerheid oor die effektiewe toegang tot daardie hof, veral vir die individuele litigant wat 'n dreigende of werklik inbreukmaking op van sy fundamentele regte wil laat bereg.

4. DIE REGSPRAAK VAN DIE KONSTITUSIONELE HOF

Dit sal die taak van die Konstitusionele Hof wees om 'n geheel nuwe regstradisie in Suid-Afrika in te lei en te skep. Die mate waarin die Konstitusionele Hof daarin sal slaag om die grondslae vir 'n legitieme nuwe regsbedeling daar te stel, hang ten nouste saam met die wyse waarop die grondwet (waarby die handves van fundamentele regte ingesluit is) deur die Hof geïnterpreteer en toegepas sal word. As gevolg van die *Grundnorm* van parlementêre soewereiniteit soos wat dit tot dusver in ons reg geheers het, het ons howe hulle gehou by 'n formalistiese en positivistiese uitlegbenadering wat min (indien enige) ruimte laat vir die verrekening van buite-tekstuele faktore by

⁵² Dit is opvallend dat die kriterium "in belang van geregtigheid" in hierdie artikel neergelê, ooreenstem met die kriterium vir direkte toegang soos neergelê in artikel 100(2).

die uitleg van wetgewing.⁵³ Dit het daartoe aanleiding gegee dat faktore soos moraliteitsoorwegings of beleidsoorwegings weinig, indien enige, direkte of indirekte rol by die uitleg van wetgewing speel.⁵⁴ Dit is voorts opmerklik dat ons howe, op enkele uitsonderings na, tot dusver geweier en/of nagelaat het om by die uitleg van aktes van fundamentele regte dié uitgediende benadering te vervang met 'n gepaste benadering. Dié gepaste benadering behels onder andere dat waarde-oordele aangewend moet word in die proses van

⁵³ Vgl Kruger "Regpositivisme en die 'ongeskrewe teks' van die (nuwe) grondwet" 1991 *SAPR* 229; Kruger "Positivism: the old warhorse lives on" 1992 *SAPR* 312; Kruger "Value judgements versus positivism" 1991 *SAPR* 290; Du Plessis en De Ville "Bill of Rights interpretation in the South African context (1): diagnostic observations" 1993 *Stell LR* 63; Du Plessis en De Ville "Bill of Rights interpretation in the South African context (2): prognostic observations" 1993 *Stell LR* 199; Du Plessis en De Ville "Bill of Rights interpretation in the South African context (3): future prospects" 1993 *Stell LR* 356.

⁵⁴ Vgl Kruger "A Constitutional Court for South Africa?" 1993 *Consultus* 13-20, 14 waar die huidige benadering van ons howe soos volg verduidelik word: "Considerations 'outside' of the text (e g of morality) ought not to play a role in the process of ascertaining what the law is. What is important (according to the current theory) is to ascertain what Parliament 'intended'. In the process of finding this intention, the 'clear words' of the statute should be read in their ordinary and grammatical meaning. What is even more important, however, is that implicit in this approach, lies a 'command' of the legislature. Apart from certain exceptions, for example, where the words are ambiguous, the 'command' forbids the court to read anything into the text which does not explicitly appear from the clear wording itself. In fact the court is bound to almost slavishly give effect to the (fictitious) intention, once the latter has been ascertained, regardless of considerations of morality, policy or whatever. Furthermore, 'policy considerations' are a prohibited area to the court: the reasons why the enactment reads as it does, are irrelevant and constitute a sphere where the court should not interfere."

interpretasie. Daarmee saam moet 'n nuwe metodologie gevolg word wanneer handveste uitgelê word.⁵⁵

'n Handves van fundamentele regte is 'n unieke dokument en 'n besondere en sui generis-benadering word geverg by die uitleg daarvan.⁵⁶ Die aanwend van waarde-oordele kan waarskynlik beskou word as die uitstaande kenmerk van die metode van uitleg wat by handveste gevolg word. Die kernprobleem wanneer waarde-oordele aangewend word, is dat laasgenoemde ewe maklik kan bestaan uit subjektiewe waardes van elke individuele regter. Dit is dus nodig dat daar 'n balans gevind moet word tussen streng en formalistiese positivisme enersyds, en blote subjektiewe aanwending van waardes andersyds.

Die gemelde probleem geniet die aandag van konstitusionele regslui wêreldwyd. In 'n land soos Kanada waar die "gewone" howe ook konstitusionele aangeleenthede bereg en waar die regstradisie (soortgelyk aan dié in Suid-Afrika) op die *Grundnorm* van parlementêre soewereiniteit geskoei is, het die ervaring oor die afgelope dertig jaar geleer dat die Kanadese

⁵⁵ Ten aansien van die aanwend van waarde-oordele en 'n nuwe metodologie, vergelyk Kruger *Die Wordingsproses van 'n Suid-Afrikaanse Menseregtebedeling* supra, hfst 6; Kruger "Regspositivisme en die 'ongeskrewe teks' van die (nuwe) grondwet" supra, 237; Kruger "A Constitutional Court for South Africa?" supra 15-17; Du Plessis en De Ville "Bills of Rights interpretation in the South African context (2)" supra op 202-4; Du Plessis en De Ville "Bill of Rights interpretation in the South African context (3)" supra op 358-63.

⁵⁶ Van der Vyver JD "Comparative law in constitutional litigation" 1994 *SALJ* 19-31 op 23 e v, is skerp krities teen die benadering dat 'n handves van fundamentele regte 'n unieke dokument is wat 'n eie uitlegbenadering verg. Met verwysing na die benadering wat in Bophuthatswana gevolg is, sê Van der Vyver dat handveste, net soos ander wetgewing, vatbaar is vir ekstensiewe interpretasie, maar dat die toonaangewende beginsel by die uitleg van 'n handves die "common-law"-metode is, naamlik "... the courts should seek to reduce the specific dictates of the Declaration of Fundamental Rights to a general principle that reflects the 'spirit of the Constitution' and to apply that principle to the novel contingency at hand".

regbank baie moeilik wegbeweeg van die positivisme wat op parlementêre soewereiniteit geskoei is.⁵⁷ Ook in die VSA, en ondanks die feit dat daardie land se Bill of Rights reeds meer as tweehonderd jaar bestaan, worstel die regbank steeds om objektiewe maatstawwe vir die aanwend van waardeoordele te vind. In die VSA word gangbaar onderskei tussen regters met 'n formalistiese benadering en dié met 'n instrumentalistiese benadering.⁵⁸ Die instrumentaliste is voorstanders van die aanwend van waardeoordele. Interessant genoeg het daar oor die afgelope aantal jare 'n denkskool in die Verenigde State ontstaan wat poog om die subjektiewe elemente uit die aanwend van waardeoordele te weer. Die bekendste voorstander van dié denkskool is waarskynlik Robert Bork. Bork poog om 'n objektiewe maatstaf (of maatstawwe) te vind in die "intent of the original framers" van die grondwet van die VSA.⁵⁹

57 Vergelyk byvoorbeeld Beatty "The Rule (and role) of Law in a new South Africa: some lessons from abroad" 1992 *SALJ* 408-427, 422-424; Trakman "Interpreting a Bill of Rights: Canada and South Africa compared", referaat gelewer te die kongres oor die interpretasie van menseregteaktes, Potchefstroom, April 1992.

58 Vergelyk Tushnet M "The Judiciary and Institutions of Judicial Review" Vol 8 *The American University Journal of International Law and Policy* 1992/1993 501-516, 510 e v Van der Vyver JD 'Sovereignty and Human Rights in Constitutional and International Law' 1991 5 *Emory International LR* 321, 377 onderskei op sy beurt tussen "mechanical interpretationists" en "revisionists".

59 Dié teorie, waarna verwys word as die "original intent-theory" is volgens Bork "The Philosophy of Original Understanding - that a judge is to apply the Constitution according to the principles intended by those who ratified the document". Vergelyk Bork "Neutral Principles and some First Amendment Problems" 47 *Ind LJ* 1,3 (1971); Bork *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* (1990) 160 e v; Peck Robert S *The Bill of Rights and the Politics of Interpretation* (1992) 161-178; Calder H "Lessons from (North) America" 1992 *SALJ* 204-224, 211 e v Vir 'n bespreking van die hooftrekke van die Amerikaanse benadering, kyk Van der Vyver JD "Sovereignty and Human Rights in Constitutional and International Law" supra, 375-84.

Daar kan min twyfel bestaan dat die benadering wat deur die Duitse grondwetlike hof in dié verband gevolg word, tans toonaangewend is.⁶⁰ Die Duitse grondwetlike hof onderskei wesenlik tussen vier benaderings tot interpretasie, naamlik die grammatiese, sistematiese, teleologiese en historiese metodes van interpretasie.⁶¹ Die benadering om "waarde-oordele" aan te wend, sentreer hoofsaaklik om die teleologiese metode, dit wil sê om te vra na die doelwitte en mikpunte immanent aan die grondwet self. Die Duitse Konstitusionele Hof neem as vertrekpunt dat die grondwet 'n "logies-teleologiese entiteit" is. -Gevolgtik word beide die strukturele inhoud van die grondwet en die mikpunte, doelwitte en oogmerke immanent aan die grondwet in aanmerking geneem by die uitleg daarvan. Grondliggend aan die logies-teleologiese eenheid van die grondwet is die konsep van 'n "objektiewe

⁶⁰ Vergelyk Van der Vyver "Comparative Law in Constitutional Litigation" supra, 384-92. Dit sou jammer wees indien die Suid-Afrikaanse howe by die toepassing van die oorganggrondwet (en veral die handves van fundamentele regte) nie ook behoorlik sal kennis neem van die hoogs verfynde ontwikkelinge wat op dié gebied in die Duitse konstitusionele reg plaasgevind het nie. Ongeag die goeie leiding wat ongetwyfeld óók in die Engelstalige literatuur te vinde is, mag nie uit die oog verloor word nie dat die regstaatbeginsel, waarop die huidige en die volgende grondwet geskoei is en sal wees, sy oorsprong in die Duitse publiekreg het.

⁶¹ Die grammatiese metode (wat waarskynlik grotendeels vergelykbaar is met die metode wat deur ons howe gevolg word) berus op 'n verbale of woordelike analise van woorde en uitdrukkings; die sistematiese metode is daarop ingestel om spesifieke probleme in die grondwet as dele van die hele grondwetlike werklikheid te verstaan; die teleologiese metode verteenwoordig 'n soeke na die doelwitte en mikpunte immanent aan die grondwet; die historiese metode behels 'n soeke na die "oorspronklike bedoeling" van die opstellers met verwysing na die waardes wat deur hulle neergelê is; vgl Kommers Donald P **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany** (1989) 49. Dit is interessant om daarop te let dat volgens Kommers die "oorspronklike" bedoeling in die Duitse reg nie verwys na die subjektiewe bedoeling van die oorspronklike opstellers nie: die subjektiewe bedoeling van die oorspronklike opstellers is slegs 'n hulpmiddel by interpretasie en nie 'n onafhanklike bron nie.

waarde-orde".⁶² Volgens hierdie konsep het die opstellers van die grondwet sekere basiese waarde-keuses gemaak, en wel in 'n hiërargiese orde. Die belangrikste van hierdie waardes is die vrye en demokratiese basiese orde waarvan menslike waardigheid 'n hoeksteen vorm. Uitgaande van die vrye demokratiese basiese orde as die fundamentele waarde word verskeie ander fundamentele waardes wat die grondwet onderlê en daarin geïmpliseer is, onderskei. Daaronder tel die beginsels van populêre soewereiniteit, die skeiding van magte, die legaliteit van die administrasie, 'n veelpartystelsel, die wettigheid van politieke oposisie en die fundamentele regte van persone (insluitende regspersone, waar toepaslik).

Volgens die logies-teleologiese beginsel vorm die gemelde onderliggende en basiese waardes 'n permanente basis van die grondwet en is hulle bowendien objektief, omdat hulle 'n onafhanklike realiteit of bestaansreg in terme van die grondwet het. Aldus word 'n stel basiese en objektiewe waardes gepostuleer aan die hand waarvan en uitgaande waarvan die grondwet geïnterpreteer en toegepas word.

'n Benadering gegrond op 'n stel basiese en objektiewe waardes behoort ook deur die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Hof ontwikkel te word, veral aangesien die oorgangsgrondwet 'n hof verplig om by die uitleg van wetgewing, sekere waardes in ag te neem.⁶³ Uiteraard sal ons howe kennis neem van ontwikkelinge wat reeds in dié verband in ander jurisdiksies plaasgevind het.⁶⁴

⁶² Alexy R *Theorie der Grundrechte* (1985) 477.

⁶³ Artikel 35(1) verplig die hof om by die uitleg van die bepalings van Hoofstuk 3 die waardes wat 'n oop en demokratiese gemeenskap gebaseer op vryheid en gelykheid ten grondslag lê, te bevorder. Artikel 35(3) verplig die hof om by die uitleg van enige wet en die toepassing en ontwikkeling van die gemene reg en gewoontereg, die gees, strekking en oogmerke van Hoofstuk 3 behoorlik in ag te neem.

⁶⁴ Die verwysing in a 35(1) dat 'n hof kennis kan neem van "buitelandse hofbeslissings", kom ietwat oorbodig voor, aangesien dit vanselfsprekend is. Die vraag kan gevra word waarom die verwysing beperk bly tot "buitelandse hofbeslissings" en nie ook na ander tipes buitelandse bronne verwys nie.

Dit word aan die hand gedoen dat ons howe, by die beslaggewing aan sodanige basiese en objektiewe stel waardes, in 'n besonder gunstige posisie verkeer, aangesien die Grondwetlike Beginsels⁶⁵ sterk aanduidende riglyne bevat aangaande die geïmpliseerde waardes van én die oorgangsgrondwet én die nuwe grondwet.⁶⁶ Die Grondwetlike Beginsels kan, myns insiens, beskou word as 'n sinopsis van die wesenskenmerke en waardes immanent aan die oorgangsgrondwet en waaraan die nuwe grondwet sal moet voldoen.⁶⁷ Dit bied daarom 'n permanente basis vir die ontwikkeling van 'n stel basiese en objektiewe waardes aan die hand en uitgaande waarvan die grondwet geïnterpreteer kan word.⁶⁸ As sodanig bied die Grondwetlike Beginsels die geleentheid vir die ontwikkeling van 'n regs wetenskaplik verantwoordbare uitlegbenadering waardeur regsekerheid verhoog sal word - en die slaggate van subjektiewe en arbitrêr gekose waarde-oordele vermy kan word.

Die Grondwetlike Beginsels is die primêre maar nie die enigste kenbron nie waaruit 'n vaste en objektiewe waardesisteem gekonstrueer en ontwikkel kan word. Intratekstueel stel die Voorrede en die strukturele samehang van die hele grondwet eweneens belangrike riglyne daar. Ekstratekstueel kan faktore soos historiese verloop en samehang, sekere vooraf beraadslagings, die

⁶⁵ Soos vervat in Bylae 4.

⁶⁶ Artikel 68(2) van die oorgangsgrondwet bepaal naamlik dat die Grondwetlike Vergadering 'n nuwe grondwet moet skep, welke grondwet moet voldoen aan die Grondwetlike Beginsels. Dit sal die taak van die Konstitusionele Hof wees om te sertifiseer dat die nuwe grondwet wel sodanig voldoen: artikel 71(1)(a) en 71(2).

⁶⁷ Artikel 71(1)(a) en 71(2) van die oorgangsgrondwet.

⁶⁸ Met die Grondwetlike Beginsels as uitgangspunt, kan ander "elemente" en "faktore", bv sosiale waardes, aanvullend daartoe aangewend word ten einde 'n stel fundamentele en objektiewe waardes (as die "ongeskrewe teks" van die grondwet) te identifiseer en te ontwikkel. Ten aansien van ander sodanige "elemente" en "faktore", vgl Kruger "Regspositivisme en die 'ongeskrewe teks' van die (nuwe) grondwet" supra, 233 e v.

gemeenskapsopvatting, sosiale waardes en nasionale aspirasies (soos byvoorbeeld die strewende na nasionale eenheid) belangrike rigtingwysers wees.⁶⁹

Uiteraard sal nie alle samestellende dele van die Grondwetlike Beginsels noodwendig in elke gegewe geval ewe toepaslik wees nie. Die eerste vraag wat aan die orde kom, is dié na die wenslikheid al dan nie van 'n hiërargiese orde van waardes. Sou die weg van 'n hiërargiese orde wel opgegaan word, berus die ontwikkeling daarvan primêr by die Konstitusionele Hof. Laasgenoemde sou, voorts, telkens moet beoordeel watter waarde(s) in elke gegewe geval toepaslik is en, indien nodig, wat die "rangvolgorde" van sodanige waardes is.

Die belangrike punt is egter dat die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Hof in die Grondwetlike Beginsels 'n vaste vertrekpunt het wat benut moet word ten einde te verhoed dat die aanwending van waarde-oordele in ons konstitusionele regspraak in die spreekwoordelike "los getjommel" ontfaar. Vaste riglyne en grondslae, wat regswetenskaplik verantwoordbaar is, moet vanaf die wegspringslag deur die Konstitusionele Hof neergelê word.

5. SLOTBESKOUIING

Die Suid-Afrikaanse handves van fundamentele regte is 'n kompromisdokument: enersyds ontbreek dit aan die hantering van sekere aangeleenthede (soos sosio-ekonomiese aangeleenthede) en andersyds weerspieël dit tipiese Suid-Afrikaanse probleemgebiede en werklikhede.⁷⁰ In die algemeen kan die handves egter bestempel word as 'n moderne regsdokument wat óók leengoed afkomstig uit ander menseregtedokumente bevat en wat die potensiaal besit vir die ontwikkeling van 'n juridies verantwoordbare bedeling waarvan fundamentele regte die grondslag sal vorm.

⁶⁹ Oor intra- en ekstra-tekstuele kontekstualisering, vgl Du Plessis en De Ville "Bill of Rights interpretation in the South African context (3)" supra op 366-78.

⁷⁰ In dié verband staan veral die wyse waarop met grondkwessies (a 8(3)(b)) gehandel word, asook die voorsiening wat vir regstellende aksie (a 8(3)(a)) gemaak word, voorop.

Juis omrede dit 'n kompromisdokument is, sal die inhoud wat die Konstitusionele Hof daaraan sal gee, van deurslaggewende belang wees. Om maar enkele voorbeelde te noem van gevalle waar leiding van die Konstitusionele Hof van deurslaggewende belang sal wees:

- Die reg op lewe⁷¹ word weliswaar gewaarborg, maar wat is die implikasies daarvan vir die oplê van die doodstraf of die toepassing van aborsie?
- Wat is die omvang en betekenis van die "reg om regte in eiendom te verkry en te hou",⁷² en samehangend daarmee, wat beteken die verwysing na "die geskiedenis van die verkryging" (van eiendom) met betrekking tot onteiening?⁷³
- Watter uitwerking gaan die waarborge met betrekking tot akademiese vryheid⁷⁴ en wetenskaplike navorsing⁷⁵ saamgelees met die reg om onderwysinstellings gebaseer op gemeenskaplike taal, kultuur of godsdiens te vestig,⁷⁶ op die bestaande hoër onderwysbedeling hê? En daarmee saam: tot watter mate en hoe lank sou onderwysstrukture wat wesenlik op ras en rasbevoordeling gebou is, kan bly voortbestaan?
- Gaan daar grense en perke vir regstellende aksie gestel word en, indien wel, aan die hand van watter kriteria?

Die sleutel tot die legitimiteit van die handves lê in die afdwingbaarheid van die regte daarin vervat, en die effektiewe afdwing van die fundamentele regte hang grootliks af van hoftoeganklikheid. Die hibriede stelsel van grondwetlike beregting wat deur die oorgangsgrondwet daargestel word, mag tot gevolg hê dat toegang tot die howe in die algemeen, en die Konstitusionele Hof in die

⁷¹ Artikel 9.

⁷² Artikel 28(1).

⁷³ Artikel 28(3).

⁷⁴ Artikel 14(1).

⁷⁵ Artikel 15(1).

⁷⁶ Artikel 32(c).

besonder, steeds 'n wesenlike probleem sal bly. Om daardie rede sal die Reëls wat deur artikel 100(2) voorsien word, werklik op 'n verbeeldingryke wyse verligting moet bring deur veral aan die gewone, gemiddelde persoon groter toegang tot die hofstelsel te verleen.

Voorts moet dit, veral waar dit om die interpretasie van die handves gaan, duidelik gestel word dat die talle ooreenkomste met Vastelandse stelsels wat deur sowel die grondwet in die breë as die handves in die besonder vertoon word, ten volle benut moet word. Dit sou verarmend en verskralend op die potensiaal van die handves en die effektiewe toepassing daarvan inwerk, indien regslui (wat regters, praktisyns en akademici insluit) benewens bruikbare Anglo-Amerikaanse bronne, nie ook sal put uit die hoogs verfynde en regs wetenskaplik verantwoordbare bronne wat veral in die Duitssprekende lande beskikbaar is nie. Waarnemings op hierdie vroeë stadium dui reeds daarop dat daar in sekere kringe met 'n heel benutbare stelsel soos die Kandadese stelsel op loop gegaan word, terwyl die talle Vastelandse bronne geïgnoreer word.⁷⁷

Die grondslae wat tot 'n groot mate bepalend sal wees vir die legitimiteit, juridiese kwaliteit en "algemene rigting" van die bedeling wat ons binnegaan, sal waarskynlik reeds gedurende die oorgangsbedeling deur veral die Konstitusionele Hof gelê moet word. Regslui moet daarom nou reeds alles in die stryd werp om mee te help tot die lê van grondslae wat aan toekomstige geslagte Suid-Afrikaners die vastigheid van 'n materiële regstaat sal verseker.

⁷⁷ Die vraag is gewoon of 'n onvermoë om tale anders as Engels te lees, nie vir dié skeeftrekking verantwoordelik is nie.

SUMMARY

Chapter 3 of the South African Constitution, Act 200 of 1993, is the product of political compromise. Although it contains a broad spectrum of those rights that one would expect to find in a bill of rights, there are also some omissions which may pave the way for social engineering by the government of the day. Furthermore, and although Chapter 3 purports to apply only to the "vertical" relationship between the state and its subjects, there are clear indications in the Chapter that "horizontal" application (or "Drittwirkung") of the fundamental rights enshrined therein, will follow.

For constitutional adjudication to find legitimacy in the eyes of the population, certain minimum requirements will have to be complied with, e.g. (i) the bench of the Constitutional Court should be representative of the composition of the population, and (ii) the Constitutional Court should be readily (and where possible, directly) accessible. Although provision is in principle made for direct access, the hybrid nature of the system as well as the difficulties in finding suitable criteria for direct access may thwart these good intentions.

The Constitutional Court will have to develop a new approach to interpretation, as the theories hitherto followed by Southern African courts fall short of the requirements for interpreting a bill of rights. In that regard, a leaf could be taken from the approach followed by the German Constitutional Court in that an objective (and possibly, hierarchical) order of values should be identified and utilised as a point of departure when Chapter 3 stands to be interpreted. The Constitutional Principles could provide such a basic order of values immanent to the Bill of Rights and the Constitution as a whole.