

***REGTERLIKE KONKRETISERING
VAN FUNDAMENTELE REGTE: 'N
VERGELYKENDE ONDERSOEK
VAN GRONDWETLIKE
HERMENEUTIEK***

Johann Heinrich Ernst Basson

**REGTERLIKE KONKRETISERING VAN
FUNDAMENTELE REGTE: 'N VERGELYKENDE
ONDERSOEK VAN GRONDWETLIKE HERMENEUTIEK**

Proefskrif voorgelê ter gedeeltelike nakoming van die vereistes vir die graad **Doctor
Legum** in die Departement Publiekreg en Regsfilosofie aan die Potchefstroomse
Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys

deur

Johann Heinrich Ernst Basson

Promotor: Prof F Venter
Oktober 1999

The question of interpretation now enjoys the distinction of being the single most debated issue of constitutional law, surpassing the once dominant debate over the legitimacy of judicial review. The stakes involved in this interpretive venture are enormous, given the possible range of outcomes in any particular constitutional dispute. Take one view of interpretation and affirmative action is forbidden; take another and it is required; take a third, and it is allowed.¹

1 Epstein *Common Lawyer* 70.

INHOUDSOPGAWE

HOOFSTUK EEN

INLEIDING

1.1	INLEIDING	1
1.2	ALGEMENE HERMENEUTIEK	3
1.3	STATUTÊRE UITLEGMETODIEK.....	6
1.4	INTERPRETASIE VAN FUNDAMENTELE REGTE VOOR 1994	9
1.5	DIE HOOGGEREGSHOF EN FUNDAMENTELE REGTE NA 1994.....	10
1.6	KRITIEK OP DIE REGBANK.....	11
1.7	PROBLEEMSTELLING	13
1.8	VERONDERSTELLINGS.....	14
1.9	NAVORSINGSMETODE	16
1.9.1	Regsvergelykende raamwerk	16
1.9.2	Metode	20
1.10	BEGRIPSOMSKRYWING	22
1.10.1	Uitleg, interpretasie, konstruksie en konkretisering	22
1.10.2	Metode, metodiek en metodologie.....	23

HOOFSUK TWEE

FEDERALE REPUBLIEK VAN DUITSLAND

2.1	INLEIDING	25
2.1.1	Grondwetlike bestel	25
2.1.2	Status van die grondwet	26
2.1.3	Juridiese dimensies van fundamentele regte.....	27
2.1.4	Aard van die staatsregkultuur	38
2.1.5	Natuurreg	41
2.2	ALGEMENE BEGINSELS VAN GRONDWETLIKE KONSTRUKSIE	43
2.2.1	Doel van interpretasie	43
2.2.2	Die <i>sui generis</i> -aard van grondwetlike norme	44
2.2.3	Konkretisering <i>vis-à-vis</i> uitleg	47
2.2.4	Tweestap konkretiseringsmetodologie	49
2.2.5	Kanons van konstruksie	51
2.2.6	Besondere beginsels van grondwetlike interpretasie	62
2.2.7	Ander grondwetlike interpretasie-elemente.....	74
2.2.8	Interpretasierol van fundamentele grondwetlike beginsels	84
2.2.9	Interpretasierol van algemene fundamentele regte	97
2.3	BEPERKING VAN FUNDAMENTELE REGTE	106
2.3.1	Vorme van beperking.....	106
2.3.2	Wesenlikheidsleer.....	107
2.3.3	Vereistes vir die beperking van fundamentele regte.....	108
2.4	REGSTEORETIESE BENADERINGS.....	124
2.4.1	Subjektiewe regsteoretiese invloede.....	124
2.4.2	Grondwetlikhermeneutiese teorieë	125
2.5	SKRYWERSKRITIEK TEEN DIE HOF SE GRONDWETLIKE HERMENEUTIEK	146
2.5.1	Inleiding	146
2.5.2	Kritiek teen die wetenskaplik-teoretiese uitgangspunt	147
2.5.3	Kritiek op die interpretasiebeginsels van die BVerfG.....	148
2.6	SAMEVATTING.....	151

HOOFSTUK DRIE

VERENIGDE STATE VAN AMERIKA

3.1	INLEIDING	155
3.2	STAATREGTELIKE STRUKTUUR	157
	3.2.1 Staatsregtelike vorm	157
	3.2.2 Grondwetlike verhouding	158
	3.2.3 Geregtelike kontrole van federale owerheidshandelinge	158
	3.2.4 Geregtelike kontrole van staatlike owerheidshandelinge	159
	3.2.5 Beperking van geregtelike kontrole	160
	3.2.6 Juridiese dimensies van individuele regte	162
	3.2.7 Staatsregkultuur	165
	3.2.8 Natuureg	168
3.3	ALGEMENE BEGINSELS VAN GRONDWETLIKE KONSTRUKSIE	169
	3.3.1 <i>Sui generis</i> -aard van grondwetlike norme	169
	3.3.2 Grondwetlike beskouings	170
	3.3.3 Kanons van konstruksie as hermeneutiese sistematiserings- raamwerk	173
	3.3.4 Ander elemente van grondwetlike interpretasie	190
	3.3.5 Interpretasierol van algemene fundamentele grondwetlike beginsels	201
3.4	BEPERKING VAN INDIVIDUELE REGTE	216
	3.4.1 Inleiding	216
	3.4.2 Eenstap metodiek	217
	3.4.3 <i>Bills of Attainder</i>	217
	3.4.4 Beperkingsmaatstawwe	217
3.5	GRONDWETLIK-HERMENEUTIESE TEORETISERING	222
	3.5.1 Skrywers se kritiese invalshoeke	222
	3.5.2 Tekstuele, kontekstuele en strukturele konstruksie	224
	3.5.3 Teleologiese konstruksie	231
3.6	SAMEVATTING	245

HOOFSTUK VIER

KANADA

4.1	INLEIDING	249
4.2	STAATSREGTELIKE KONTEKS	251
4.2.1	Staatsvorm.....	251
4.2.2	Grondwetlike verhouding	251
4.2.3	Artikel 33 van die <i>Charter</i>	252
4.2.4	Skeiding van gesag	253
4.2.5	Beperking van geregtelike kontrole.....	253
4.2.6	Juridiese dimensies van die <i>Charter</i>	255
4.2.7	Staatsregkultuur	269
4.3	ALGEMENE BEGINSELS VAN GRONDWETLIKE KONSTRUKSIE.....	271
4.3.1	<i>Sui generis</i> karakter van grondwetlike norme	271
4.3.2	Geregtelike kontrole op grond van federale gesagsverdeling.....	274
4.3.3	Interpretasiebeginsels van die <i>Charter</i>	275
4.3.4	Ander elemente van grondwetlike interpretasie	293
4.3.5	Algemene fundamentele grondwetlike beginsels en regte	309
4.3.6	Beperking van fundamentele regte en vryhede.....	319
4.3.7	Konflikte tussen fundamentele regte	340
4.4	REGSTEORETIESE KOMMENTAAR EN BENADERINGS	341
4.4.1	Kanadese regsteoretiese kommentaar	341
4.4.2	Voorstelle deur Kanadese regsrywers.....	343
4.5	SAMEVATTING.....	347

HOOFSTUK VYF
EUROPESE MENSEREGTEKONVENSIË

5.1	INLEIDING	351
5.2	VOLKEREGTELIKE KONTEKS.....	352
5.2.1	Algemene Uitlegreëls in die Volkereg.....	352
5.2.2	Bepalings van die Weense Konvensie vir Verdragsreg.....	352
5.2.3	Verskil tussen internasionale menseregteverdrae en ander internasionale verdrae	353
5.2.4	Verskil tussen universele en regionale menseregteverdrae	355
5.3	ALGEMENE INTERPRETASIEBEGINSELS VAN DIE KONVENSIË.....	356
5.3.1	Regskrag van die Konvensie.....	356
5.3.2	Aard en styl van interpretasie	359
5.3.3.	Oogmerk van interpretasie.....	361
5.3.4	Interpretasie ooreenkomstig die Weense Konvensie vir Verdragsreg.....	362
5.3.5	Interpretasie buite die Weense Konvensie vir Verdragsreg.....	374
5.4	BEPERKING VAN DIE KONVENSIË SE REGTE EN VRYHEDE	389
5.4.1	Inleiding	389
5.4.2	Artikel 15	390
5.4.3	Artikel 16	391
5.4.4	Artikel 17	391
5.4.5	Artikel 18	393
5.4.6	Voorbehoude.....	393
5.4.7	Ongeskrewe beperkinge.....	394
5.4.8	Uitdruklike beperkings	396
5.4.9	<i>Margin of appreciation</i>	409
5.4.10	Oorvleueling en botsing van regte	413
5.5	SAMEVATTING.....	417

HOOFSTUK SES
REPUBLIEK VAN SUID AFRIKA

6.1	INLEIDING	421
6.2	STAATSREGTELIKE STRUKTUUR.....	422
	6.2.1 Staatsvorm.....	422
	6.2.2 Regstaatlikheid.....	423
	6.2.3 Sosiaalstaatlikheid	428
	6.2.4 Juridiese dimensies van fundamentele regte.....	431
	6.2.5 Regskrag van fundamentele regte.....	434
	6.2.6 Aard van die nuwe staatsregkultuur.....	440
6.3	ALGEMENE BEGINSELS VAN GRONDWETLIKE KONSTRUKSIE	443
	6.3.1 <i>Sui generis</i> aard van grondwette.....	443
	6.3.2 <i>Sui generis</i> karakter van fundamentele regte.....	445
	6.3.3 <i>Sui generis</i> interpretasie van fundamentele regte	448
	6.3.4 Tweestap konkretiseringsmetodologie	451
	6.3.5 Uitlegkanons as hermeneutiese sistematiseringsraamwerk	456
	6.3.6 Ander grondwetlike interpretasiebeginsels.....	489
	6.3.7 Interpretasierol van algemene fundamentele regte	505
6.4	BEPERKING VAN FUNDAMENTELE REGTE	516
	6.4.1 Interne grondwetlike beperkinge	516
	6.4.2 Eksterne beperkingsvereistes.....	518
6.5	EVALUERING EN VOORSTELLE.....	555
	6.5.1 Evaluering.....	555
	6.5.2 Regswetenskaplike voorstelle.....	560
6.6	SAMEVATTING.....	561

HOOFSTUK SEWE

UITSIG

7.1	INLEIDING	565
7.2	HERMENEUTIEK	566
7.3	KANONS VAN KONSTRUKSIE.....	567
7.3.1	<i>Sui generis</i> karakter	567
7.3.2	Kanons as sistematiseringsraamwerk	568
7.3.3	Kanons	569
7.3.4	Ander grondwetlike interpretasiebeginsels.....	571
7.4	TWEESTAP KONKRETISERINGSPROSES	572
7.5	BAKENS VIR 'N PERSOONLIKE BENADERING	574
7.5.1	Uitgangspunt.....	574
7.5.2	Die hermeneuties-konkretiserende metode.....	575
7.5.3	Skematiese voorstelling	576
	Afkortings.....	579
	Bronnelys	583

BEDANKINGS

Ek betuig graag my opregte dank aan die volgende persone en instansies:

1. My vrou, Wiida, vir haar onbaatsugtige hulp, opoffering sonder voorbehoud, ondersteuning, vertroue, geduld, vriendskap en liefde vir die duur van hierdie studie. Hierdie proefskrif word aan haar opgedra.
2. My ouers, familie, skoonfamilie en vriende wat my te midde van afwesigheid, afstand, verandering en beloftes bly liefhê, ondersteun en gehelp het.
3. My promotor, Prof Francois Venter, wat my belangstelling in die publiekreg as student geïdentifiseer het, my aangemoedig, ondersteun en met eindelose geduld en raad begelei het. Die personeel van die Fakulteit Regte aan die PU vir CHO vir die stewige grondslag in die regs wetenskap en vir bystand met die afhandeling van die proefskrif.
4. Die *Universität Heidelberg*, waar ek 'n student was, en die *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* in Heidelberg, waar ek as gaswetenskaplike werksaam was, asook my begeleier, Prof Dr Jochen Abr Frowein, vir die hulp, ondersteuning en die geleentheid om aan hierdie voortreflike instansies te kon studeer en navorsing doen.

5. Te veel mense om almal op te noem wat my oor die jare heen in my wetenskaplike reistog gehelp en ondersteun het. Vergun my nogtans die geleentheid om die volgende persone by name te bedank vir die direkte of indirekte invloed wat hulle, bewustelik of onbewustelik, tot die voltooiing van hierdie proefskrif uitgeoefen het: Proff NT van der Merwe, Lood Pretorius, Christoff Heyns, Dawid van Wyk, Lourens du Plessis, Gerrit Ferreira, André van der Walt, Winfried Brugger, Helmut Steinberger, Rudolph Bernhardt, Ron MacDonald, Gerald Newman, Rainer Hofmann, Christoph Grabenwarter; Drr Andreas Zimmermann, Patricia Wouters en Adv Johan Kruger SC.

6. Die hulp van die personeel van onderskeidelik die Ferdinand Postma-Biblioteek en die biblioteke van die Universiteit van Suid-Afrika, die *Universität Heidelberg*, die *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, die Europese Hof vir Menseregte in Strasbourg en die Verenigde Nasies in Genève.

7. Wiida Fourie, Alet Mostert en Ebeth Maritz vir onderskeidelik die taal- en tegniese versorging.

8. Die navorsing is moontlik gemaak deur die finansiële bystand van die *Deutscher Akademischer Austauschdienst* in Bonn, die *United Nations Centre for Human Rights* in Genève en die PU vir CHO.

Ten slotte, Soli Deo Gloria

SYNOPSIS

The birth of the new constitutional order on 27 April 1994 in the Republic of South Africa saw the coming into force of the 1993 *Grundnorm* Constitution and the Charter of Fundamental Rights. With the new Constitution the nature of the state changed from a repressive apartheid oligarchy to a liberal democratic composite constitutional state in which the protection of human dignity, life, individual freedom and equality are the most fundamental constitutional norms and values.

The 1996 Constitution confirmed the normative value-orientated constitutional character of a new free and democratic South African order, by redefining it as a social democracy in which the values of human dignity, equality and individual freedom are paramount. The new Bill of Rights in particular is a comprehensive document emphasising the unique South African quest for social justice by the eradication of discrimination, the promotion of social and economic development and the concretisation of fundamental rights and freedoms in all spheres of society.

The South African judiciary and particularly the new Constitutional Court, amongst others, are constitutionally tasked to protect, promote and, in the final analysis, concretise the Bill of Rights and fundamental constitutional values. The new *Grundnorm* Constitution, and more specifically the fundamental rights and freedoms in the Bill of Rights, are *sui generis*, open-ended, value-orientated norms laid down in principle only. This unique character necessitates a *sui generis* method of interpretation and construction that secures the proper understanding, protection,

promotion and concretisation of these fundamental rights and freedoms in the Bill of Rights.

The literal-*cum*-intentional method of statutory interpretation followed by the South African courts in the past are not suitable to ensure the proper protection and concretisation of the fundamental rights and freedoms of the Bill of Rights in a material constitutional state. Also, the danger of the manifestation of subjective non-rational influences when judges give content to these *sui generis* norms is evident. A new constitutional hermeneutic approach is thus required.

This new responsibility and powers of constitutional review of the South African courts are well established in other democracies and in international law. The present study undertakes a comprehensive comparative legal investigation of the *sui generis* method in which the judges of leading jurisdictions such as the German *Bundesverfassungsgericht*, the American and Canadian Supreme Courts, the European Court of Human Rights and finally the South African Constitutional Court interpret and concretise constitutionally protected fundamental rights and freedoms. Bearing in mind the unique constitutional and jurisprudential nature of each of the jurisdictions researched, it is argued that the canons of construction found in the German constitutional jurisprudence form the primary hermeneutic framework for the systematisation of the various arguments used by the courts to substantiate the interpretation and concretisation of fundamental rights and freedoms in the said jurisdictions. In this regard reference is made to grammatical construction, genetic and historical construction, contextual and systematic construction, teleological construction, and comparative construction.

In addition, specific principles of constitutional interpretation which may vary amongst the different jurisdictions, are also researched - for example the principle of the unity of the Constitution, constitutional interpretation of the ordinary legal norm (reading down or *verfassungskonforme Interpretation*), judicial restraint, realisation of the normative legal force of the Constitution, the proportionality principle, protection of the essential content of a right, the weighing and balancing and the harmonising (*praktische Konkordanz*) of opposing values or interests, and preference for the *lex specialis* in the event of an overlap with a *lex generalis*. The interpretational role of fundamental constitutional principles such as democracy, constitutionalism (*Rechtsstaatlichkeit*), social wellbeing and the fundamental constitutional values of human dignity, individual freedom and equality are also illustrated along with rules applying to wide or extensive interpretation, gap-filling, presumptions, policy and reality considerations, the doctrines of *stare decisis* and state action and the third party effect of fundamental rights.

The study also confirms, with the exception of the jurisprudence of the Supreme Court of the United States of America, the universal application of the two step approach for the concretising of fundamental rights and freedoms. With the first step the normative field of protection of the fundamental right is constructed, after which the meaning and effect of the ordinary legal norm is determined to establish whether the latter limits the former. If it is found to be the case, the second step follows in which the constitutionality of the limitation is evaluated in terms of the constitutional requirements. The two step approach can thus be regarded as the secondary framework for the systematisation of comparative constitutional hermeneutics.

The study concludes that, as a general basis for constitutional hermeneutics, fundamental rights and freedoms are primarily concretised through a coherent process of systematic-contextual and teleological value-orientated arguments conducted in the two step argumentative process. Finally, the study refers to proposals from scholars in various jurisdictions who have contributed to the growing volume of theory on constitutional hermeneutics and the methodology of judicial review. The writer then identifies a few methodological beacons in his own approach.

HOOFSTUK EEN

INLEIDING

[T]here is a woeful inadequacy of thought and writing about the theory of constitutional review in this country, which remains a problem no matter how explicable in terms of past events. This reflects poorly not only on academics but also on the practitioners who will have to drive the system. Admittedly, the Cinderella status of constitutional and administrative law historically has not helped, and it is acknowledged that human resources are in short supply (and very often preoccupied with other business). Nevertheless, we need to pay urgent attention to the construction of a theoretical framework for exercising the constitutional power of judicial review in the future, to heighten its predictability and legitimacy. Without the latter qualities, any enforceable code of rights will fall easy prey to allegations of subjective manipulation by its interpreters and of being antidemocratic.¹

1.1 INLEIDING

Substantiewe regterlike kontrole van Parlements wetgewing was voor 27 April 1994 onbekend in die Suid-Afrikaanse reg weens die beginsel van parlementêre soewereiniteit en die afwesigheid van 'n verhewe grondwet en 'n handves van fundamentele regte.² Daar het bloot geen eenvormige, fundamentele normatiewe waarde- en beginselraamwerk op nasionale vlak bestaan nie. Die bevestiging van die *Grundnorm* karakter in artikel 4, en die inkorporering van 'n handves van fundamentele regte in hoofstuk 3 van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 200 van 1993,³ tesame met substantiewe

1 Corder 1992 SALJ Vol 109 222.

2 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 60. Regterlike hersiening was beperk tot prosedurele vereistes ter aanvaarding van wetgewing. Vgl bv art 34(3) gelees met arts 18, 34(2) van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 110 van 1983 (hierna die 1983 Grondwet); art 59(2) van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 32 van 1961; art 2 van die *Wet tot Wysiging van die Suid-Afrika Wet* 9 van 1956.

3 Hierna die 1993 Grondwet.

regterlike hersiening van uitvoerende en wetgewende owerheidshandelinge,⁴ het dus 'n rewolusie vir die regbank en die Suid-Afrikaanse reg teweeg gebring.⁵

Die uitoefening van hierdie regterlike toetsingskompetensie in die nuwe grondwetlike milieu het die geskiktheid van die heersende regterlike metode van wetsuitleg vir grondwetlike interpretasie, op die voorgrond van die regsteoretiese ondersoekveld geplaas. Die bestaande regshermeneutiek, wat gekenmerk is deur 'n tekstueel-genetiese fokus in veral statutêre uitleg se letterlike-*cum*-bedoelingsteorie, was volgens regswetenskaplikes verouderd en nie geskik om die taak van grondwetlike interpretasie te vervul nie.⁶ Regters sou van 'n hoofsaaklik regspositivistiese tradisie na 'n primêr waarde-georiënteerde benadering moes verander.⁷ Die regstelsel het tewens oornag van 'n formele na 'n substantiewe regsbeskouing verander.⁸ Die huidige ondersoek illustreer vergelykenderwys hoe 'n holistiese en 'n meer omvattende, sistematies-kontekstuele, en teleologies-waardegerigte hermeneutiese benadering,⁹ wat in enkele toonaangewende jurisdiksies in die buiteland en volkereg aangewend word, deur Suid-Afrikaanse regters gevolg word ter interpretasie en konkretisering van die handves van fundamentele regte.

'n Studie van die regshermeneutiek is volgens Du Plessis en De Ville voorheen as 'n tegniese en amper "kleurlose" veld van ondersoek beskou,¹⁰ en daarom het grondwetlike hermeneutiek weinig aandag onder regsteoretici in Suid-Afrika geniet totdat dit 'n renaissance beleef het met die aanvang van die nuwe grondwetlike bedeling op 27 April 1994.¹¹ 'n Ander meer algemene teoretiese invalshoek was volgens Du Plessis en De Ville voorheen om die geskiktheid van die Suid-Afrikaanse regbank as die toekomstige beskermmer van fundamentele regte te beoordeel aan die hand van die beskerming wat die

4 Vgl arts 2(b)-(d) van die 1993 Grondwet.

5 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 60.

6 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 61.

7 Kruger 1991 *SAPR* Vol 6 229-230; Botha 1994 *SAPR* Vol 9 233.

8 Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 7.

9 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 61.

10 Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 65.

11 Sien egter Kruger *Wordingsproses*; Forsyth 1991 *SAJHR* Vol 7 1-23; Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 63-87, (2) 1993 *Stell LR* Vol 4 199-218, (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 356-393; Botha *Waarde-Aktiverende Grondwetuitleg*.

howe aan individuele regte tydens die apartheidsregsorde verleen het.¹² Dit was 'n gewilde en kleurrike benadering, soos die talle werke wat daarvoor gelewer is, getuig.¹³ Hoewel die huidige ondersoek hoofsaaklik op eersgenoemde regterlike tema van grondwetlike hermeneutiek konsentreer, word daar vervolgens kortliks na die tweede invalshoek in hierdie hoofstuk verwys.

1.2 ALGEMENE HERMENEUTIEK

Gegewe die *sui generis* aard van grondwetlike interpretasie teenoor die tradisionele reëls van wetsuitleg onderling, maar ook van die regshermeneutiek in die algemeen teenoor hermeneutiek in ander vakdissiplines soos teologiese eksegeese en die interpretasie van literêre tekste,¹⁴ het Suid-Afrikaanse regswetenskaplikes onlangs eers die inherente onderlinge verband tussen die ontwikkeling van regshermeneutiek en hermeneutiek in die algemeen aangedui.¹⁵ Die moderne hermeneutiek in die sosiale- en menswetenskappe aanvaar dat interpretasie 'n holistiese proses is waarin die konteks (horison) waarin die teks geskryf is, en die konteks (horison) waarin die hermeneut staan, primêr beklemtoon word.¹⁶ Hierteenoor het Suid-Afrikaanse juriste voorheen die interpretasieproses van 'n juridiese teks eenvoudig as die tegniese bepaling van die bedoeling van die outeur van die skriftelike dokument, hetsy 'n kontrak, testament of statuut, beskou.¹⁷

12 Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 64.

13 Vgl uitvoerig die gesag in Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 64-65 vt 6. Sien oa Dugard 1971 *SALJ* Vol 88 181-200; Dugard *Human Rights and the South African Legal Order*; Dugard 1981 *SALJ* Vol 98 372-387; Forsyth en Schiller 1981 *SALJ* Vol 98 218-230; Corder *Judges at Work*; Forsyth *In Danger for Their Talents*; Mathews *Law, Order and Liberty*; Cameron 1982 *SALJ* Vol 99 38-75; Davis 1985 *SALJ* Vol 102 103-119; Dyzenhaus 1982 *SALJ* Vol 99 380-393; Nicolson 1992 *SAJHR* Vol 8 50-73; Van Blerk 1982 *SALJ* Vol 99 365-379; Venter ea (reds) *Regsnavorsing* 93-95; Wacks 1984 *SALJ* Vol 101 266-285; Dugard 1984 *SALJ* Vol 101 286-294; Wacks 1984 *SALJ* Vol 101 295-300. Vir 'n Duitse perspektief vgl Müller 1985 *TRW* Vol 10 152-165.

14 Vgl Du Plessis *Interpretation* 47.

15 Vgl die ondersoek van Van den Bergh 1981 *TSAR* 136-149; Du Toit 1977 *TRW* Vol 2 11-21 (beklemtoon die invloed van die konteks waarin 'n teks op 'n gegewe oomblik staan nav die invloed van Martin Heidegger); Lategan 1980 *TSAR* 107-126 (die rol van konteks tydens teologiese eksegeese); Du Plessis *Interpretation* 40-47 (oorsig oor genoemde skrywers) en 47-49 (eie teorie van normatiewe transponering of die oordrag van eksterne inligting mbv objektiewe middele na die interne subjektiewe ervaringswêreld van die hermeneut). Vgl ook Du Plessis *Die Teoretiese Grondslae van Wetsuitleg* 24-43; Du Plessis 1981 *SALJ* Vol 98 211-217.

16 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 61, 63.

17 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 61.

Geen vergelykende ondersoek na die toepaslike beginsels van grondwetlike interpretasie ter konkretisering van fundamentele regte is dus moontlik as dit nie geskied teen die agtergrond van die algemene ontwikkeling van die hermeneutiek nie. Op stuk van sake handel dit ten diepste in die hermeneutiek oor die verstaan van 'n teks – net soos wat regters probeer om die Grondwet en handves van fundamentele regte te verstaan ten einde dit te kan toepas.

Die vraag aangaande wat met die hermeneutiek bedoel word en wat die herkoms van hierdie begrip is, word vervolgens beantwoord. Die woord hermeneutiek is afkomstig¹⁸ van die Griekse werkwoord *hermeneuein* wat beteken om te interpreteer, en die selfstandige naamwoord *hermeneia* wat weer dui op interpretasie.¹⁹ Verder verwys die woord *hermeios* na die priester in die Orakel van Delfi.²⁰ Hierdie drie begrippe verwys weer na Hermes, die gevleuelde boodskappergod in die antieke Griekse mitologie, wat deur die Grieke as die uitvinder van taal en skrif beskou is en daarom die taak gehad het om die onverstaanbare boodskappe van die gode vir die menslike verstand verstaanbaar te maak.²¹

Volgens Palmer word hierdie antieke betekenis van *hermeneuein* vandag nog in drie betekenisse van die hermeneutiek vervat.²² Eerstens dui Hermes se aankondigingsfunksie op die *uitdrukking* van die boodskap deur dit in gesproke taal oor te dra. Tweedens word die boodskap aan die gehoor *verduidelik* in 'n diskoers. 'n Voorvereiste vir behoorlike verduideliking in die hermeneutiese sirkel is dat die hermeneut self die konteks (horison) van die geskrewe teks eers behoorlik vooraf moet begryp. Die idee van die hermeneut se horison en voorkennis kom vervolgens ook tydens hierdie proses van voorverstaan in die hermeneutiese sirkel ter sprake. Derdens dui dit op demitologisering as die boodskap vanuit vreemde historiese kontekste en perspektiewe in die taalmedium van 'n latere horison *vertaal* of verstaanbaar gemaak word. Die hermeneutiese probleem sentreer dus om die vraag hoe die horison van die teksboodskap deur die hermeneut verstaan word en

18 Vgl Gadamer *Hermeneutik* 1061-1062.

19 Vgl Palmer *Hermeneutics* 12.

20 Palmer *Hermeneutics* 13.

21 Palmer *Hermeneutics* 13.

daarop in sy of haar eie horison uitgedruk, verduidelik en verstaanbaar gemaak word. Met ander woorde, hoe word die kloof tussen die wêreld van die teks en die wêreld van die leser oorbrug?

Algemene definisies in woordeboeke koppel hermeneutiek aan die metodes van teksuitleg en veral die beginsels van Bybelse eksegeese. Hermeneutiek bestaan egter naas die oorspronklike teologiese gebruik, en buiten die vakgerigte toepassing daarvan, ook as algemene dissipline in die filosofie. Die volgende beskrywings van die hermeneutiek, hoewel dit geen *numerus clausus* vorm nie, kan as verteenwoordigend van die belangrikste momente in die moderne filosofiese ontwikkeling van die hermeneutiek beskou word.²³ Tydens hierdie ontwikkeling het teoretici veral op twee kwessies gefokus, naamlik om 'n algemene teorie van verstaan te vind en om vas te stel hoe om die verskillende verstaanshorisonne tydens die interpretasie van tekste met mekaar te harmoniseer.

Sedert die eerste moderne verwysing na die hermeneutiek as die metode van Bybelse uitleg deur Dannhauer in 1654, word die hermeneutiek gekoppel aan 'n teorie van Bybelse eksegeese. Die reëls van Bybelse hermeneutiek word later tydens die *Aufklärung* gesekulariseer en ontwikkel tot 'n algemene filologiese metode. In reaksie op die rasionalisme het die Duitse idealis Schleiermacher die hermeneutiek uitgebou tot die algemene wetenskap vir die verstaan en interpretasie van alle tekste. Hierdie algemene benadering het dus die hermeneutiek van die beperkinge van Bybelse eksegeese en klassieke filologie se vakgebondenheid bevry. Wilhelm Dilthey het die hermeneutiek weer gebruik om die metodologiese grondslag van die geesteswetenskappe te vorm ten einde die historiese verstaan van menslike aktiwiteite, soos dit manifesteer in 'n literêre werk, 'n skildery of 'n statuut, moontlik te maak.

Hierteenoor beskou Martin Heidegger die hermeneutiek nie as wetenskaplike reëls of 'n

22 Palmer *Hermeneutics* 13-32.

23 Vervolgens word hoofsaaklik volstaan met die handige bespreking van Palmer *Hermeneutics* 33 ev. Vgl voorts in die algemeen Mueller-Vollmer *The Hermeneutics Reader*; Bleicher *Contemporary Hermeneutics*; Gadamer *Hermeneutik* 1062-1073; Rossouw *Wetenskap, Interpretasie, Wysheid* 22-

metodologie nie, maar as die fenomenologiese verduideliking vir menslike bestaan en eksistensiële verstaan. Heidegger argumenteer dat filosofie as sodanig hermeneuties is. Hans-Georg Gadamer bou in 1960 Heidegger se hermeneutiek uit tot 'n filosofiese sisteem van historiese ontwikkeling uit waar die hermeneutiek sentraal tot alle epistemologiese en ontologiese vrae van die filosofie staan. Dit is 'n stelsel waarin hermeneutiek as eksistensie deur middel van taal vertolk word. Die Franse denker Paul Ricoeur se hermeneutiese beskouing (1965) beklemtoon 'n wye vertolking van die reëls van tekstuele interpretasie, deurdat dit die onderliggende betekenis van simbolisme en mites in drome en tekste verklaar.

In die lig van hierdie belangrike bakens in die moderne ontwikkeling van die hermeneutiek word daar tans volstaan met Palmer se siening van die hermeneutiek. Die hermeneutiek sluit naamlik naas die spesifieke verstaan van 'n teks, ook die studie van algemene menslike verstaan en die interpretasie van die mens se skeppende werke in.²⁴ Palmer ken dus na aanleiding van Heidegger en Gadamer se werke sowel 'n epistemologiese as ontologiese karakter aan verstaan toe.²⁵

1.3 STATUTÊRE UITLEGMETODIEK

Die Suid-Afrikaanse regspraak het voor 1994 geskied in 'n regspositivistiese tradisie wat ontken het dat die geldigheid van formele regsreëls bepaal word deur morele oorwegings buite die positiewe reg, soos etiese norme of morele waardes.²⁶ Naas regspositivisme het die beginsel van parlementêre soewereiniteit die *Grundnorm* van die Suid-Afrikaanse reg voor 1994 gevorm. Dit het veroorsaak dat die regbank nie by magte was om die

55.

24 Palmer *Hermeneutics* 7-11.

25 Palmer *Hermeneutics* 10-11, 43.

26 Vgl Dugard 1971 *SALJ* Vol 88 183-184; Kruger 1991 *SAPR* Vol 6 229; Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 251; Devenish *Interpretation* 27, 32; Botha 1994 *SAPR* Vol 9 234; Botha 1994 *SAPR* Vol 9 259. Vgl hierteenoor Kroeze 1993 *SAPR* Vol 8 231-232 wat die tradisionele wanopvatting onder Suid-Afrikaanse juriste dat regspositiviste morele invloede in die reg ontken, weerlê. Die regspositivisme ontken volgens Kroeze eerder dat die geldigheid van 'n regsreël om as sodanig verklaar te word, deur die moraliteit van die reg bepaal word. Vgl ook Du Plessis se ontleding van die aard van regspositivisme in die Suid-Afrikaanse reg, in Venter ea (reds) *Regsnavorsing* 86-92.

substantiewe billikheid of die morele regverdiging van regsreëls te beoordeel nie.²⁷ Die Suid-Afrikaanse howe het intendeel, juis na aanleiding van die beginsel van parlementêre soewereiniteit, hulself tydens wetsuitleg aan die bevelsteorie gebonde gehou.²⁸ Voorts is die letterlike uitlegteorie vanuit die Engelse regs metode oorgeneem in die plek van die Romeins-Hollandse reg se teleologiese uitleg wat natuurregwaares nagestreef het.²⁹ Gevolglik het Suid-Afrikaanse regters die stelreël *iudicis est ius dicere sed non dare* gevolg, deur te weier om by sogenaamde "beleidsake" in te meng.³⁰ Skrywers verskil nietemin of dit te wyte was aan regspositivisme as sodanig, of eerder aan die beginsel van parlementêre soewereiniteit en die gepaardgaande bevelsteorie, dat die Suid-Afrikaanse regbank voor 27 April 1994 'n gediskrediteerde, meganiese en onaktivistiese metode van wetsuitleg gevolg het.³¹

Die toonaangewende bevelsteorie, soos dit vermeng is met die goue reël van wetsuitleg, beteken dat die wetgewer se bedoeling uit die duidelike, letterlike of gewone betekenis van die woorde van die wet vasgestel word.³² Hierdie letterknegtige regshermeneutiese

27 Kruger 1991 *SAPR* Vol 6 229; Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 251; Botha 1994 *SAPR* Vol 9 258. Vir die historiese verloop van die Suid-Afrikaanse regbank se stryd sedert 1887 om 'n toetsingskompetensie uit te oefen in weerwil van die beginsel van parlementêre soewereiniteit, vgl Devenish *ibid* 253-258.

28 Dugard 1971 *SALJ* Vol 88 182-183.

29 Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 251. Vgl in die algemeen mgt die letterlike uitlegteorie Devenish *Interpretation* 22-33, en op 27 die verwysing na die toonaangewende beslissing in *De Villiers v Cape Divisional Council* (1875) 5 Buch 50, 56 per De Villiers HR: '[T]he current of modern decisions seems to be in favour of considering the literal meaning of words in which the statute is expressed as the primary index to the intention with which the statute was made, and to abide by the literal meaning even where it varies from indications of the actual intention of the legislature'.

30 Vgl Du Plessis *Interpretation* 39, 140-142; Kruger 1991 *SAPR* Vol 6 229-230; Botha 1994 *SAPR* Vol 9 260-261; *S v Tuhadeleni and Others* 1969 1 SA 153 (A) 172E-173F per Steyn HR; *Government of the Republic of Bophuthatswana v Segale and Others* 1990 1 SA 434 (BA) 448G, 452C-E per Galgut WAR.

31 Vgl Du Plessis in Venter *ea* (reds) *Regsnavorsing* 86-92; Forsyth en Schiller 1981 *SALJ* Vol 98 218-230; Kruger 1991 *SAPR* Vol 6 229-230; Dugard 1971 *SALJ* Vol 88 183, 200; Devenish 1991 *SAPR* Vol 6 67; Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 251. Aansluitend hierby sien veral Kroeze 1993 *SAPR* Vol 8 230-237 se kritiek, wat herinner aan die kommentaar van die Duitse regspositivis Ernst Forsthooff *Verfassungsauslegung* 35-40, teen die neiging om regspositivisme vir al die probleme in die regsteorie te blameer. Kroeze bepleit groter sensitiwiteit vir die onderskeid tussen die verskillende skole van regspositivisme, asook vir die feit dat die regspositivisme nie sondermeer gelykgestel kan word aan die realisme, outoritarisme (Nazisme) of die gewone uitlegteorie nie. Die kontemporêre neiging van bv Otmar Weinberger om die onderskeid tussen die regspositivisme en die natuurregleer te vervaag, moet volgens Kroeze verreken word.

32 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 62; Steyn *Uitleg van Wette* 1; Du Plessis *Interpretation* 31-33, 35-39; Devenish *Interpretation* 26-33; Botha 1994 *SAPR* Vol 9 260. Vgl bv *Jaga v Dönges, NO and Another, Bhana v Dönges, NO and Another* 1950 4 SA 653 (A) 657H,

benadering het volgens Du Plessis (en ander skrywers), wat dit in navolging van Cowen as die letterlike-*cum*-bedoelingsteorie beskryf,³³ die absurde gevolg dat die duidelike woorde van die teks kunsmatig as sinoniem met die duidelike bedoeling van die wetgewer beskou word. Die gevolg is dat die fisiese teks eventueel die plek van die werklike psigiese bedoeling van die wetgewer inneem.³⁴ Voorts word die fisiese teks se "duidelike woorde", terwyl dit slegs een van die elemente vir die verstaan van daardie teks is, verhef tot die primêre strukturele element daarvan.³⁵ Daar word vergeet dat taal (woorde) slegs 'n medium vir die oordrag van betekenis is – taal is dus nie sinoniem met betekenis (waarmee dit gelykgestel word) nie.³⁶ Die taal of woorde van die teks is slegs duidelik as hul betekenis met behulp van ander strukturele elemente (soos die uitlegkanons wat in hierdie studie ondersoek word) mede-bepaal word.³⁷

Volgens die goue reël van wetsuitleg moet die letterlike betekenis van die teks of die gewone grammatikale betekenis gevolg word, tensy dit tot absurditeite lei of in konflik met die wetgewersbedoeling is.³⁸ Indien die gewone betekenis vaag of onduidelik is, kan die bedoeling van die wetgewer vasgestel word deur die *mischief* en remedie wat daarvoor beplan is, te bepaal.³⁹ Volgens Du Plessis en Corder word hierdie letterlike-*cum*-bedoelingsteorie gekenmerk deur 'n inherente swakheid, naamlik die late om voldoende erkenning te gee enersyds aan die konteks⁴⁰ waarin die teks staan wat uitgelê

659A-D per Centlivres AR (maar vir die belang van die konteks sien 662G-664H per Schreiner AR); *S v Toms*, *S v Bruce* 1990 2 SA 802 (A) 807G-808A per Smalberger AR, en voorts die uitvoerige gesag waarna verwys is in Du Plessis *ibid* 35-36 vt 37.

33 Cowen 1980 *THRHR* Vol 43 374-399; Du Plessis *Interpretation* 36; Du Plessis 1986 *SAPR* Vol 1 262.

34 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 63-64; Du Plessis *Interpretation* 31-33, 35-39; Du Plessis 1986 *SAPR* Vol 1 266; Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 78-79; Devenish *Interpretation* 26-35; Botha 1994 *SAPR* Vol 9 260.

35 Du Plessis *Interpretation* 50; Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 80; Devenish *Interpretation* 33.

36 Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 81.

37 Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 81.

38 Vgl Du Plessis *Interpretation* 96-97, 109 (en die gesag in vt 38); Devenish *Interpretation* 28-30. Sien oa *Venter v Rex* 1907 TS 910, 913-915 per Innes HR; *Ridley v Ridley* 1945 OPD 151, 156-158 per De Beer R; *Ebrahim v Minister of the Interior* 1977 1 SA 665 (A) 678A-E per Joubert WAR (meerderheidsbeslissing).

39 Devenish *Interpretation* 28, 130-133. Vgl *Hleka v Johannesburg City Council* 1949 1 SA 842 (A) 852-853 per Van den Heever AR; *Harris and Others v Minister of the Interior and Another* 1952 2 SA 428 (A) 459F-460A per Centlivres HR; *S v Conifer (Pty) Ltd* 1974 1 SA 651 (A) 655D-E per Holmes AR.

40 Vgl ook Devenish *Interpretation* 31 ter bevestiging van die gebrek aan kontekstualiteit.

moet word, en andersyds aan die konteks waarin die hermeneut staan wat sy of haar interpretasie noodwendig beïnvloed.⁴¹ Dit is juis hierdie twee dimensies van die teks-konteks en hermeneut-konteks waarop die moderne hermeneutiek in die sosiale wetenskappe primêr klem lê. Dit is veral belangrik as die interpretasie of verstaan van 'n teks ten diepste beskou word as die oordra van informasie van buite die hermeneut se ervaringswêreld na binne sy of haar verwysingsveld.⁴²

1.4 INTERPRETASIE VAN FUNDAMENTELE REGTE VOOR 1994

Ongelukkig is die foutiewe letterlike-*cum*-bedoelingsteorie nie net tot statutêre uitleg beperk nie, maar is dit selfs tydens die konstruksie van wetlikbeskermdede fundamentele regte deur howe in Suid-Afrika en die voormalige Suidwes-Afrika/Namibië, Ciskei en Bophuthatswana toegepas voor die inwerkingtreding van die nuwe grondwetlike orde op 27 April 1994.⁴³ Dit het geskied ten spyte van die feit dat die *sui generis* karakter van

41 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 63.

42 Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 79-80.

43 Vgl bv *Government of the Republic of Bophuthatswana and Others v Segale* 1990 1 SA 434 (BA) 448F-G per Galgut WAR: *The task of the Courts is to ascertain from the words of the statute in the context thereof what the intention of the Legislature is. If the wording of the statute is clear and unambiguous they state what the intention is. It is not for the Courts to invent fancied ambiguities and usurp the function of the Legislature.* Die onverkwiklike regshermeneutiese hantering van fundamentele regte onder 'n letterlike-bedoelingsteorie word verder geïllustreer in die volgende beslissings, *Kabinet van die Tussentydse Regering vir Suidwes-Afrika en 'n Ander v Katofa* 1987 1 SA 695 (A) 727G-729G, 730B-C, 734D-736A per Rabie HR; *Cabinet of the Transitional Government for the Territory of South West Africa v Eins* 1988 3 SA 369 (A) 389B-390A per Rabie HR; *Monnakale and Others v Government of the Republic of Bophuthatswana and Others* 1991 1 SA 598 (B) 619I-620B, 621D-622B per Friedman R; *Lewis v Minister of Internal Affairs and Another* 1991 3 SA 628 (B) 638E-639I per Friedman R. Enkele ligpunte het egter ook in die tyd tot 'n mindere of meerdere mate voorgekom, soos *Smith v Attorney-General, Bophuthatswana* 1984 1 SA 196 (B) 201A-202H per Hiemstra HR (vir enkele uitlegrylyne gegrond op die Duitse reg); *Ex Parte Cabinet for the Interim Government of South West Africa: In Re Advisory Opinion in terms of s 19(2) of Proc, R101 of 1985 (RSA)* 1988 2 SA 832 (SWA); *S v Heita and Others* 1987 1 SA 311 (SWA); *Namibian National Students' Organization and Others v Speaker of the National Assembly for South West Africa and Others* 1990 1 SA 617 (SWA); *Mfolo and Others v Minister of Education, Bophuthatswana and Another* 1992 3 SA 181 (B); *Nyamakazi v President of Bophuthatswana* 1992 4 SA 540 (B) 548F-567J per Friedman R (wat sterk in kontras staan met sy vorige beslissings *supra*); *African National Congress (Border Branch) and Another v Chairman, Council of State of the Republic of Ciskei and Another* 1992 4 SA 434 (Ck); *Bongapi v Chairman of The Council of State, Ciskei, and Others* 1992 3 SA 250 (Ck) 271B-281B per Heath R (minderheidsbeslissing). Vgl ook Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 63-65; Du Plessis en De Ville (1)1993 *Stell LR* Vol 4 67-77 en (2) 1993 *Stell LR* Vol 4 200-211; Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 255-258; Davis 1994 *SAJHR* Vol 10 105; Thomashausen 1984 *SALJ* Vol 107 467-481; Forsyth 1991 *SAJHR* Vol 7 5-15; Kruger 1991 *Stell LR* Vol 2 361-362; Kruger 1992 *SAPR* Vol 7 312-320; Botha 1994 *SAPR* Vol 9 262-263; Kruger *Wordingsproses* 207-241; Botha *Waarde-Aktiverende Grondwetuitleg* 150-179.

grondwetlike norme reeds in 1952 deur Appélregter Van den Heever uitgewys is.⁴⁴ Selfs die hoogaangeskrewe *Marwane*-uitspraak spring hierdie wanopvatting nie vry nie, maar is tekenend van die eng letterknegtigheid wat statutêre uitleg tradisioneel gekenmerk het.⁴⁵

*Whether our Courts were to regard an Act as creative of a Constitution as it would any other statute, or as an Act sui generis, when construing a particular provision therein, they would give effect to the ordinarily accepted meaning and effect of the words used and would not deviate therefrom unless to give effect to the ordinary meaning would give rise to glaring absurdity; or unless there were indications in the Act (considered as a whole in its own peculiar setting and with due regard to its aims and objects) that the legislator did not intend the words to be understood in their ordinary sense.*⁴⁶

Hoewel dit regsmetodologies nie altyd bo verdenking is nie, het die Suid-Afrikaanse regbank wel sedert ongeveer 1990 tot voor die inwerkingtreding van die nuwe grondwetlike bestel in 1994, meer menseregte-vriendelike beslissings in politieke sake gegee.⁴⁷

1.5 DIE HOOGGEREGSHOF EN FUNDAMENTELE REGTE NA 1994

Vervolgens word die Hooggeregshof (soos dit toe bekend was) se interpretasiebenadering van die handves van fundamentele regte in die 1993 Grondwet sedert 27 April 1994 van

44 Vgl *Minister of the Interior and Another v Harris and Others* 1952 4 SA 769 (A) 793H-794A per Van den Heever AR (afsonderlike opinie).

45 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 64 vt 21.

46 *S v Marwane* 1982 3 SA 717 (A) 749D-E per Miller AR.

47 Vgl *Administrator, Transvaal and Others v Traub and Others* 1989 4 SA 731 (A); *Waks en Andere v Jacobs en 'n Ander* 1990 1 SA 913 (T); *S v Toms, S v Bruce* 1990 2 SA 802 (A); *S v Masina and Others* 1990 4 SA 709 (A); *During NO v Boesak and Another* 1990 3 SA 661 (A); *S v Ebrahim* 1991 2 SA 553 (A); *Jacobs en 'n Ander v Waks en Andere* 1992 1 SA 521 (A); *Hira and Another v Booysen and Another* 1992 4 SA 69 (A). Vgl ook Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 70; Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 85 en (2) 1993 *Stell LR* Vol 4 210-211; Kruger 1991 *Stell LR* Vol 2 242-252.

nader beskou totdat die Konstitusionele Hof die eerste riglyne daarvoor op 5 April 1995 in die *Zuma*-saak⁴⁸ neergelê het. Soos te verwagte het regters van die verskillende Afdelings van die Hooggeregshof hulle in die spreekwoordelike regshermeneutiese woestyn bevind. Daar het groot onsekerheid in verskeie beslissings geheers oor die aangewese benadering vir die konkretisering van die nuwe fundamentele regte in die Grondwet. Hoofsaaklik twee benaderings word gevind. Enersyds was daar diegene wat in 'n regspositivistiese styl die tradisionele letterknegtige-*cum*-bedoelingsteorie van wetsuitleg gevolg het,⁴⁹ en andersyds skeppende en progressiewe beslissings wat die *sui generis* aard van fundamentele regte verreken het in 'n holistiese, kontekstuele en 'n teleologies-waardegerigte interpretasiebenadering.⁵⁰

1.6 KRITIEK OP DIE REGBANK

Regsteoretiese kritiek op die Suid-Afrikaanse regbank voor 1994 is gekenmerk deur die afwesigheid van 'n metodologiese raamwerk vir die evaluasie en sistematisering van sodanige navorsingsresultate.⁵¹ Ten spyte van die feit dat onderskeidingskriteria soms te kort skiet, verdeel skrywers die regters in hoofsaaklik twee groepe, diegene wat goedkeurend teenoor die uitvoerende owerheidsgesag beslis (sogenaamde *executive minded* regters) en diegene wat krities teenoor die owerheid se gebrekkige beskerming van menseregte is.⁵² Aangesien hierdie omvangryke kritiek op die regbank reeds deur regswetenskaplikes verreken is, word ter opheldering kortliks aangesluit by Du Plessis, Corder en De Ville se opsomming van die kritiek van skrywers soos Dugard, Corder,

48 *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH).

49 Vgl by *De Klerk and Another v Du Plessis and Others* 1995 2 SA 40 (T) 44D-I, 45C, 47A-H, 49C-D en H, 50I-51A per Van Dijkhorst R; *Kalla and Another v The Master and Others* 1995 1 SA 261 (T) 267B-268A, 269C-G per Van Dijkhorst R; en die kommentaar daarop in Botha 1994 THRHR Vol 58 523-528; De Bruyn 1995 SAPR Vol 10 507-508.

50 Vgl *Gardener v Whitaker* 1995 2 SA 672 (OK) 678C-680E, 684G-686B per Froneman R; *Khala v Minister of Safety and Security* 1994 4 SA 218 (W) 222C-224C per Myburg R; *Qozeleni v Minister of Law and Order and Another* 1994 3 SA 625 (OK) 632H-635C per Froneman R.

51 Nicolson 1992 SAJHR Vol 8 50; Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 68; Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 83. Dit is inderdaad dieselfde standpunt wat teoretici teen die regswetenskaplike debat in die VSA opper. Vgl hoofstuk 3 par 3.5.1 *infra*.

52 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 68; Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 83.

Davis, Nicolson en ander.⁵³

Dugard se intreerede lei 'n nuwe era in die regsteoretiese kritiek op die regterlike beslissingstyl in.⁵⁴ Hy wys daarop dat die regbank 'n regspositivistiese benadering volg wat nie die moraliteit van regsnorme ondersoek nie. Hoewel regters 'n polities-neutrale houding gepredik het, het hul uitsprake meestal tot die instandhouding van die politieke *status quo* gelei.⁵⁵ Regters het naamlik nie die eise van geregtigheid gevolg as dit teenstrydig met die duidelike woorde van die wet en daarmee die duidelike wetgewersbedoeling (die letterlike-*cum*-bedoelingsteorie) sou wees nie, daar dit as die wetgewer se taak gesien is om onbillike wetgewing te wysig. Dugard se antwoord was dat die regbank die onregverdigte wetgewing moet beoordeel op grond van die regswaardes wat in die Romeins-Hollandse gemeenregtelike tradisie vervat is.

Corder⁵⁶ argumenteer weer dat omdat die regbank en owerheid in Suid-Afrika uiters sensitief was vir kritiek op die regbank weens laasgenoemde se onaantasbare beeld, was regswetenskaplike kritiek daarop moeilik. Wetenskaplike kritiek is verder gestrem deur die inherente subjektiwiteit daaraan verbonde. Tog is regswetenskaplike kritiek teenoor die regbank nie onmoontlik nie, deurdat volkome objektiwiteit in elk geval nie bestaan nie. Juis daarom glo Davis dat die ware karakter van regterlike beslissings beoordeel kan word as daardie moeilike regterlike beslissing wat op die rand van die regswetenskap lê, bestudeer word.⁵⁷ Dan kan die invloed van die werklike sosiale, ekonomiese en politieke strominge, of die ideologie van die dag, op die regbank se interpretasie bepaal word. Davis bevind op daardie stadium (1985) dat die Suid-Afrikaanse regbank se ideologie

53 Du Plessis in Venter ea (reds) *Regsnavoring* 86-95; Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 67-69; Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 82-86. Hierdie kritiek op die regbank se tradisionele regsmetode voor 1994 word selfs deur die hove bevestig tydens grondwetlike regspraak, vgl bv *Qozeleni v Minister of Law and Order and Another* 1994 3 SA 625 (OK) 632I-633E per Froneman R.

54 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 67. Vgl Dugard 1971 *SALJ* Vol 88 181-200; Dugard *Human Rights and the South African Legal Order*.

55 Vgl bv *Minister of the Interior v Lockhat and Others* 1961 2 SA 587 (A) 602D-E per Holmes AR. Vgl ook Kruger *Wordingsproses* 219-224; Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 84.

56 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 68; Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 82-83. Vgl Corder *Judges at Work*.

57 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 68; Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 83. Vgl Davis 1985 *SALJ* Vol 102 114-119.

weinig verskuif het sedert die Nasionale Party in 1948 aan bewind gekom het.⁵⁸

Nicolson dra weer by tot die genuanseerde sistematiesing van ander skrywers, soos Davis, se kritiek op die regbank deur die invloed van ideologie en klasseverskille te illustreer.⁵⁹ Hiervolgens is die oorsaak van regters se onkritiese houding jeens die uitvoerende gesag in politieke sake nie te wyte aan bloot regspositivisme of hul politieke voorkeure nie, maar weens die invloed van ideologie. Die ideologie manifesteer veral op drie terreine, naamlik die samelewing in 'n ideologie van rasseverhewendheid, die reg, en die regspraak wat deur middel van regterlike terughoudendheid nie die ander owerheidsvlakke beoordeel nie.

Tog wys Du Plessis en Corder daarop dat nie alle regswetenskaplike evaluasies van die regbank verdoemend negatief is nie, soos byvoorbeeld dié van Van Blerk.⁶⁰ Voorts was Forsyth en Schiller ook positief oor die Suid-Afrikaanse regbank se vermoë om, onderhewig aan bepaalde veranderings, 'n toekomstige handves van regte te bereg.⁶¹

1.7 PROBLEEMSTELLING

Tot voor die inwerkingtreding van die 1993 Grondwet was regters daarvan oortuig dat solank hulle reg spreek op grond van die gevestigde en aanvaarde regsmetode, hulle korrekte en objektiewe beslissings sal lewer.⁶² Na aanleiding van die voorgaande agtergrondsbespreking wat die tekortkominge inherent aan die gevestigde metode van wetsuitleg in die Suid-Afrikaanse reg aandui, ontstaan die volgende vrae:

a) Hoe sal die Suid-Afrikaanse regbank inhoud gee aan die verskanste handves van fundamentele regte wat in die nuwe *Grundnorm* Grondwet vervat is? Dit is veral 'n

58 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 68. Vgl bevestigend Corder *Judges at Work* 237, maar sien hier teenoor Dyzenhaus 1982 *SALJ* Vol 99 380-393.

59 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 68-69; Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 83-84. Vgl Nicolson 1992 *SAJHR* Vol 8 50-66.

60 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 69. Vgl Van Blerk 1982 *SALJ* Vol 99 365-379.

61 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 69. Vgl Forsyth 1991 *SAJHR* Vol 7 1-23; Nicolson 1992 *SAJHR* Vol 8 66-73.

belangrike vraag in die lig van 'n statutêre uitlegtradisie wat (i) op die letterlike-*cum*-bedoelingsteorie fokus, (ii) midde in 'n regsprekende kultuur staan wat substantiewe waarde-oordele vermy deur regstegniese argumente te gebruik, en (iii) die liberaal-legalistiese benadering volg dat elke saak deur outonome en neutrale argumente opgelos kan word sonder dat daardie oordeel bewustelik of onbewustelik deur die regter (hermeneut) se subjektiewe voorveronderstellings beïnvloed word.⁶³

b) Wat is die aangewese benadering wat regters in toonaangewende jurisdiksies soos die Duitse *Bundesverfassungsgericht*, die Amerikaanse en Kanadese *Supreme Courts*, en die Europese Hof vir Menseregte volg ten einde fundamentele regte wat in daardie regstelsels beskerm word, te interpreteer, te konkretiseer en te verwesenlik?

c) Hierop volg die vraag of daar gemeenskaplikhede geïdentifiseer kan word in die regshermeneutiek van die verskillende howe hierbo genoem, wat kenmerkend van die regbank se interpretasie en konkretisering van fundamentele regte is.

1.8 VERONDERSTELLINGS

a) Die huidige ondersoek vertrek vanuit die veronderstelling dat grondwetlike norme, soos fundamentele regte en fundamentele grondwetlike beginsels, oor 'n *sui generis* karakter beskik wat dit van gewone statutêre regsnorme onderskei. 'n Grondwet is 'n logies-teleologiese eenheid bestaande uit fundamentele norme waarvan sommige soos fundamentele regte oop, onvoltooid en in beginsel neergelê is met 'n spesifieke waarde-karakter.

b) Die *sui generis* karakter van fundamentele grondwetlike norme impliseer dat grondwetlike hermeneutiek *sui generis* van aard is. Dit beteken dat die regterlike interpretasie van fundamentele grondwetlike norme in 'n materiële regstaat ingevolge 'n *sui generis* regsmetode gekied wat verskil van die gewone reëls van statutêre uitleg.

62 Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 86.

63 Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 86.

Grondwetlike hermeneutiek behels nie die meganiese toepassing van die vaste reëls van wetsuitleg op spesifieke feitestelle in navolging van die letterlike-*cum*-bedoelingsteorie nie.

Die interpretasie van fundamentele grondwetlike norme is 'n komplekse en vae omskrewe proses van regsinding van die oop en verskuilde konkretiseringsruimtes van daardie norme se fundamentele waarde-karakter met behulp van die verskillende beginsels en reëls van grondwetlike interpretasie. Die interpretasie van fundamentele regte begin met die bestudering van die grammatikale en genetiese kanons van konstruksie, maar geskied hoofsaaklik deur sistematies-kontekstuele, en veral deur teleologies-waardegerigte konstruksie. Die interpretasie van fundamentele regte geskied ingevolge 'n holistiese proses wat in die finale instansie die proporsionele afweging van konflikterende waardes en belange teenoor mekaar behels, ten einde die beskermende regskrag van fundamentele regte te konkretiseer, te aktualiseer, en te verwesenlik.

c) Die Duitse staatsregswetenskaplike, Winfried Brugger, gebruik die kanons van konstruksie, wat in die Duitse staatsreg deur die *Bundesverfassungsgericht* gebruik word tydens die konkretisering van fundamentele regte, as raamwerk om die Amerikaanse *Supreme Court* se interpretasie en konkretisering van burgerregte en individuele vryhede in die Amerikaanse staatsreg te bestudeer.⁶⁴ Nieteenstaande die eiesoortige karakter van verskillende nasionale regstelsels, kom die *sui generis* aard van fundamentele regte universeel voor. Na analogie van Brugger se benadering, veronderstel die huidige studie dat die kanons van konstruksie van fundamentele regte in die Duitse staatsreg, inaggenome die eiesoortige karakter van 'n spesifieke regstelsel, die primêre sistematiseringsraamwerk vorm van die argumente wat regters gebruik om fundamentele regte te interpreteer en te konkretiseer. Sekondêr hiertoe staan die tweestap konkretiseringsproses. Ingevolge hierdie proses word die beskermingsveld van 'n fundamentele reg tydens die eerste stap gekonstrueer en terselfdertyd word bepaal of daar inderdaad op die fundamentele reg inbreuk gemaak word. Die grondwetlike toelaatbaarheid van hierdie beperking word daarop tydens die tweede stap aan die hand

64 Vgl Brugger 1994 *JöR* Vol 42 575-577.

van grondwetlike beginsels en waardes beoordeel.

1.9 NAVORSINGSMETODE

1.9.1 Regsvergelykende raamwerk

'n Sterk regsvergelykende grondslag kenmerk hierdie ondersoek. Daar word spesifiek ondersoek ingestel na die grondwetlike hermeneutiek van die Duitse *Bundesverfassungsgericht*, die Amerikaanse en Kanadese *Supreme Courts*, die Europese Hof vir Menseregte, en die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Hof in die lig van bogenoemde veronderstellings. Die keuse van die spesifieke regstelsels was nie toevallig nie, maar spruit voort uit verskeie oorwegings.⁶⁵

a) Die regstelsels wat deur die verskillende howe verteenwoordig word, hoewel nie beperk daartoe nie, het 'n wesenlike invloed op die totstandkoming van die nuwe Suid-Afrikaanse grondwetlike orde en grondwetlike regspraak sedert 1990 uitgeoefen.

(i) Bepaalde elemente van die Duitse staatsreg is veral belangrik vir die nuwe Suid-Afrikaanse grondwetlike orde. Hier word spesifiek verwys na die *Grundnorm* Grondwet, Konstitusionele Hof, abstrakte normkontrole, verwesenliking van sosiale geregtigheid in 'n liberale regstaat, fundamentele beskerming van menswaardigheid, gelykheid en vryheid, beskerming van die wesenlike inhoud van 'n fundamentele reg, die normatiewe uitstralingswerking van fundamentele regte na die privaatreë en die beperking van die owerheid se beperking en inbreukmaking op fundamentele regte. Die Duitse staatsreg word voorts gekenmerk deur 'n hoogs wetenskaplik gefundeerde *corpus* van regspraak deur die howe wat tesame met omvangryke regsteoretiese bydraes, in doelbewuste reaksie teen die gruwelike miskenning van menseregte staan. Hoofstuk twee bestudeer daarom die regterlike interpretasie en konkretisering van fundamentele regte in die Duitse staatsreg deur die Duitse *Bundesverfassungsgericht*. Spesifieke hermeneutiese voorstelle in die Duitse staatsregsteorie word bestudeer wat probeer om subjektiwiteit, voorkennis

65 Vgl ook De Waal 1995 *SAJHR* Vol 11 2-3.

en vooroordele wat regters se waarde-oordele onbewustelik beïnvloed, te verreken.

(ii) Die Amerikaanse grondwetlike bestel word veral gekenmerk deur die klassieke skeiding wat tussen die verskillende bene van die staatsowerheidsgesag in die oudste en waarskynlik die suksesvolste moderne demokrasie bestaan. Voorts word verhoogde beskerming aan spesifieke fundamentele regte verleen, terwyl sommige klasse individue voorkeur (regstellende) behandeling geniet ten einde ware gelykheid te bewerkstellig in die lig van die rassistiese geskiedenis van die Amerikaanse reg. Boonop bestaan 'n verbod op diskriminasie teen kwesbare minderheidsgroepe wat tot op die rand van die samelewing uitgestoot is. Die Amerikaanse grondwetlike tradisie word veral gekenmerk deur die omvattende beskerming van individuele vryheid wat deur die Vyfde en Veertiende Amendamente se *due process* bepalinge verleen word. Hoofstuk drie van hierdie ondersoek bestudeer juis die regspraak en regsteorie van die Amerikaanse *Supreme Court* om die regterlike metode vir die beskerming van burgerregte en individuele vryhede in die Verenigde State van Amerika vas te stel. Kennis word geneem van die invloed van teoretiese strominge in die ontwikkeling van die Amerikaanse staatsregteorie oor die regterlike metode tydens grondwetlike regspraak. Die Amerikaanse teorie oor regterlike hersiening worstel steeds primêr met die demokratiese legitimiteit van onverkose regters se kontrolering van verkose wetgewers se voorskrifte.

(iii) Die Kanadese staatsreg word veral gekenmerk deur die moeilike en onafgehandelde oorgangsproses van 'n stelsel van parlementêre soewereiniteit na 'n staatsregtelike bestel van regterlike hersiening. Hierdie oorgangsproses staan midde in die Engelse *common law* tradisie en geskied aan die hand van die beginsel van die *rule of law*, die grondwetlike beskerming van komplekse minderheidskulture, en 'n grondwetlike struktuur wat uitdruklike vereistes vir die beperking van individuele regte en vryhede stel. Hoofstuk vier ondersoek die Kanadese *Supreme Court* se aktualisering van individuele regte en vryhede te midde van die onafgehandelde oorgangsproses van parlementêre soewereiniteit na 'n *Grundnorm* grondwetlike bestel. Die Kanadese *Supreme Court* se kreatiewe en sistematiese interpretasie en konkretisering van die beskermde individuele regte deur doelsoekende en kontekstuele interpretasie tydens die tweestap

konkretiseringsproses, is veral van belang vir die hermeneutiek van die Suid-Afrikaanse fundamentele regte.

(iv) Die universele beskerming van menseregte in die lig van die internasionale menseregtekonsensus wat deur 'n effektiewe supra-nasionale geregshof oor 'n geruime tydperk onder die Europese Menseregtekonvensie opgebou is, kry in Hoofstuk vyf aandag. Die voorkoms van 'n sistematies-kontekstuele, teleologies-waardegerigte interpretasiebenadering van individuele regte en vryhede wat onder die Konvensie beskerm word, word in die regspraak van die Europese Hof vir Menseregte gevind. Daar word veral gelet op die sterk ooreenkoms wat bestaan tussen die beperkingsvereistes van beskermde regte in 'n tweestap konkretiseringsproses onder die Konvensie, teenoor die beperking van fundamentele regte in die Kanadese en Suid-Afrikaanse staatsreg.

(v) Hoofstuk ses ondersoek en analiseer die kontemporêre hermeneutiek van fundamentele regte wat deur die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Hof toegepas word sedert die nuwe grondwetlike orde in 1994 in werking getree het.⁶⁶ Die verband tussen die staatsregtelike metode wat in bogenoemde regstelsels gevolg word en die wyse waarop Suid-Afrikaanse regters fundamentele regte interpreteer en konkretiseer, word ondersoek. Hier word veral klem gelê op die Konstitusionele Hof se toepassing van die tweestap konkretiseringsproses wat gekenmerk word deur kontekstueel-sistematiese en veral teleologies-waardegerigte interpretasie.

(vi) In hoofstuk sewe word 'n uitsig op hierdie ondersoek verskaf as die skrywer die grondlyne vir 'n persoonlike hermenutiek van fundamentele regte weergee. Die kanons van konstruksie vorm vir die skrywer die primêre algemene sistematiseringsraamwerk van die hermeneutiese argumente wat tydens die regterlike interpretasie en konkretisering van fundamentele regte aanwending vind. Hierdie argumente word in die analitiese struktuur van die tweestap konkretiseringsproses gegiet om as die sekondêre sistematiseringsraamwerk vir die interpretasie en konkretisering van fundamentele regte

66 Hierdie studie reflekteer die beslissings van die Konstitusionele Hof tot gerapporteer in 1997 12 BCLR.

te dien.

b) Artikel 35(1) van die 1993 Grondwet en artikel 39(1) van die 1996 Grondwet vereis die raadpleging van volkeregtelike beginsels en magtig die verwysing na die toepaslike ervaring in buitelandse publiekregstelsels tydens die interpretasie van die katalogus van fundamentele regte in die Grondwet. Hierdie interpretasievoorskrifte verseker dat die Suid-Afrikaanse beskerming van fundamentele regte geskied in die gees van die internasionaal erkende tendense rakende die beskerming van menseregte. Dit is verder noodsaaklik om in die lig van die universele konsensus oor internasionale menseregte ondersoek in te stel na die invloed wat die verskillende nasionale regstelsels wat hier bespreek word, op mekaar en op die volkereg uitoefen.

c) Selfs al sou daar geen gepositiveerde grondwetlike plig tot omvattende regsvergelyking of direk identifiseerbare "leengoedere" uit ander regstelsels in die Grondwet wees nie, identifiseer die huidige ondersoek juis die regsvergelykende kanon as een van die elemente van 'n eiesoortige grondwetlike hermeneutiek wat deur die *sui generis* aard van fundamentele regte vereis word. Regsvergelyking vorm daarom deel van die navorsingsresultaat. Hierby word regsvergelyking ook as 'n wetenskaplike metode gebruik om die navorsingsresultaat te bereik. Regsvergelyking is dus onvermydelik deel van die staatsreghermeneutiek.

d) Die keuse van die regstelsels van Duitsland, Kanada en die Verenigde State van Amerika, benewens die internasionale en Suid-Afrikaanse dimensies, impliseer noodwendig 'n omvangryke en uitgebreide regsvergelykende studie. Vanselfsprekend kon daar ewe maklik op 'n kleiner en meer hanteerbare seleksie van regstelsels gekonsentreer word om dieselfde probleemstelling te beantwoord. Hierdie navorsingsprojek het egter doelbewus beoog om juis die slagat te vermy waarin sommige Suid-Afrikaanse regswetenskaplikes hulle voorheen bevind het. Daar is voorheen 'n rigiede onderskeid getref tussen die puriste en moderniste se beklemtoning van òf die Kontinentale regstelsels (hier die Duitse reg), òf die Anglo-Noord-

Amerikaanse reg (hier die Kanadese en die Amerikaanse reg).⁶⁷

Die universele karakter van menseregte verbied enige eksklusiewe eiendomsreg daarop. Dit verplig die verrekening van die veelvoud van nuanses en dimensies van menseregte oor taal, kultuur en geografiese grense heen. Die huidige seleksie vanuit die Noord-Amerikaanse, Kontinentale en internasionale dimensies van menseregte, streef daarna om 'n gebalanseerde blootstelling aan die toepaslike en gevestigde hermeneutiese beginsels rakende beskermde fundamentele regte te gee in jurisdiksies wat reeds 'n gesaghebbende *corpus* van regspraak oor die hermeneutiek van fundamentele regte opgebou het. Dit spreek vanself dat hierdie seleksie nie as alomverteenwoordigend beskou word nie en daar kon weens fisiese beperkinge nie aandag aan byvoorbeeld die hermeneutiese ervaring in die staatsreg van Ierland, Indië, Namibië of Zimbabwe verleen word nie.

1.9.2 Metode

a) Ten einde sinvolle regsvergeelyking moontlik te maak word dieselfde struktuur van ondersoek sover as moontlik in elke hoofstuk gevolg. Nogtans word sorg aan die dag gelê om die eiesoortige karakter van elke regstelsel in ag te neem. Na 'n kort regsteoretiese bekendstelling van die algemene grondslae van die staatsreg en fundamentele regte in 'n spesifieke regstelsel, word die tweeledige benadering wat in paragraaf c) van die veronderstellings gestel is, deurgaans op elke regstelsel wat ondersoek word, toegepas. Die tweestap benadering wat howe in vier van die vyf regstelsels, met uitsluiting van die Verenigde State van Amerika, tydens die konkretisering van fundamentele regte volg, word as strukturele uitgangspunt vir hierdie navorsingsondersoek gebruik. Eerstens word die verskillende beginsels en reëls ingevolge waarvan die howe fundamentele regte interpreteer aan die hand van die kanons van konstruksie bestudeer. Sodra dit in 'n konkrete geval vasstaan dat daardie regte inderdaad aangetas is, volg daar tweedens 'n bespreking van die verskillende vereistes waaraan sodanige beperking moet voldoen alvorens dit grondwetlik aanvaarbaar is.

67 Vgl Du Plessis in Venter ea (reds) *Regsnavorsing* 81; De Waal 1995 *SAJHR* Vol 11 2-3.

b) Ten einde egter die waarde van die "leengoedere" uit die verskillende regstelsels gestand te doen, moet dit behoorlik gekontekstualiseer word. Daarom bestudeer die verskillende hoofstukke telkens die staatsreggeskiedenis en regsfilosofiese grondslae van elke regstelsel. Dit moet deurgaans as agtergrond dien vir die regsvergelykende ondersoek van die grondwetlike hermeneutiek van die vyf verskillende regstelsels wat elk oor 'n uiteenlopende karakter en geskiedenis beskik. Gebrekkige kontekstualisering tydens grondwetlike regsvergelyking sal noodwendig tot onakkurate, simplistiese en onwetenskaplike gevolgtrekkings lei. Dit sal inderwaarheid die doel van hierdie navorsingsondersoek ondermyn. Staatsregtelike regsvergelyking ter verryking en bevordering van die *sui generis* Suid-Afrikaanse regstaat, is slegs sinvol as die *sui generis* karakter van die spesifieke regstelsel wat vergelykenderwys ondersoek word, telkens verreken word.

c) Die gevestigde standpunt in die Suid-Afrikaanse regshermeneutiek, dat verskillende regsteoretiese en regsfilosofiese tendense geen invloed op die proses van wetsuitleg uitoefen nie en daarom nie relevant tydens 'n studie van regshermeneutiek is nie, word verwerp.⁶⁸ Regskrywers soos Du Plessis, Devenish en Botha bevestig juis die noodwendigheid van verskillende regsteoretiese invloede wat inherent aan die interpretasie van regsnorme is.⁶⁹ Hierdie ondersoek bevestig voorts dat die hermeneut se waardegerigte en waarde-aktiverende konkretisering van fundamentele regte, bewustelik of onbewustelik deur sy of haar regsfilosofiese beskouinge beïnvloed word. As regters 'n stewige teoretiese grondslag in die staatsreghermeneutiek het sal dit die wetenskaplike versoenbaarheid, kwaliteit, voorsienbaarheid, regsekerheid en legitimiteit van die hof se uitsprake bevorder.⁷⁰ Die regsteoretiese verantwoordbaarheid van regters se staatsregtelike metode vir die interpretasie van grondwetlike norme, en veral die konkretisering van fundamentele regte, sal dus die regbank se bydrae tot die realisering

68 Vgl die standpunt van Van Tonder in sy voorwoord tot Steyn *Uitleg van Wette* viii-ix.

69 Vgl Du Plessis *Interpretation* 30; Devenish *Interpretation* 25; Botha *Wetsuitleg* 8; Du Plessis *Die Teoretiese Grondslae van Wetsuitleg* 24-34.

70 Vgl Devenish *Interpretation* 25. Hy bevestig tereg die waarde van 'n vergelykende regsteoretiese studie van regshermeneutiek: *The comparative neglect of the theoretical foundations of statutory interpretation in South Africa has contributed to the uncertainty and unpredictability characteristic of this subject. The development of a sound theory and a workable modus operandi is therefore essential for an understanding of the interpretation of statutes and the scientific application of its principles.*

van demokratiese vryheid en gelykheid in die formele en materiële Suid-Afrikaanse regstaat verseker.

d) Die regsteoretiese debat oor die staatsregtelike metode fokus eerstens op die versoenbaarheid van 'n onverkose regbank se interpretasiemetode met die beginsel van demokrasie, en tweedens op voorstelle hoe onbewustelike of stilswyende subjektiewe vooroordele en voorveronderstellings⁷¹ uit regters se keuses en waarde-oordele geweer kan word ten einde die legitimititeit van die regsproses te bewaar.⁷² Ten diepste spreek hierdie regsteoretisering egter telkens 'n voorkeur uit vir 'n spesifieke reg- en staatsbeskouing, en inderwaarheid 'n lewens- en werklikheidsbeskouing van die individu en samelewing in die moderne tegno-industriestaat op die vooraand van 'n nuwe millennium.

1.10 BEGRIPSOMSKRYWING

1.10.1 Uitleg, interpretasie, konstruksie en konkretisering

Die woordeboekbetekenis van die begrippe uitleg en interpreteer word in Duits en Afrikaans met mekaar gelykgestel; in Duits beteken dit *erklären* en *verstehen*.⁷³ Die onderskeid tussen uitleg en interpreteer word nie in Engels gevind nie, waar regswoordeboeke eenvoudig verwys na *construction*, *interpretation* en *reading*.⁷⁴ Konstruksie dui op 'n *bousel*, op *woordskikking*, op die *samevoeging van woorde tot sinne* - die *konstruksie van 'n sin*.⁷⁵ Die HAT beskryf konkretiseer weer as om iets *waarneembaar* of *tasbaar* te maak.⁷⁶

71 Vgl oor die stilswyende voorveronderstellings van die Suid-Afrikaanse regbank, Dugard *Human Rights and the South African Legal Order* 379; Mathews *Law, Order and Liberty* 301. Sien die kritiek van Cameron 1982 *SALJ* Vol 99 62-64 teen Steyn *Uitleg van Wette* 46-47 se verwerping van die meerderheidsbeslissing in *Dadoo Ltd and Others v Krugersdorp Municipal Council* 1920 AD 530 wat rassediskriminasie teen Indiërs vermy, ten gunste van die minderheidsbeslissing se rasgebaseerde konstruksie. Sien hieroor Devenish *Interpretation* 79.

72 Devenish *Interpretation* 25.

73 Drosdowski ea (reds) *Duden Deutsches Universalwörterbuch* 774.

74 Hiemstra en Gonin *Drietalige Regswoordeboek* 473.

75 Odendaal ea (reds) *HAT* 599-600.

76 Odendaal ea (reds) *HAT* 598.

In die huidige navorsingsondersoek word daar egter onderskei tussen enersyds die uitleg van gewone regsnorme, en andersyds die interpretasie en konstruksie, en daarop die konkretisering en verwesenliking van fundamentele grondwetlike norme soos fundamentele regte. Uitleg word as sinoniem beskou met die meganiese toepassing van die vaste reëls van wetsuitleg op spesifieke feitestelle tydens die uitleg van statutêre regsnorme. Dit is 'n proses wat in die Suid-Afrikaanse reg veral gekenmerk is deur die toepassing van die letterlike-*cum*-bedoelingsteorie in 'n regspositivistiese tradisie.

Hierteenoor word die begrippe interpretasie en konstruksie sinoniem met mekaar gebruik met 'n wye betekenis in die sin van die hermeneutiese verstaanproses. Terwyl wetsuitleg die inhoud van 'n wetsbepaling vasstel, het grondwetlike interpretasie en konstruksie ten doel om die juridiese werkingskrag van fundamentele grondwetlike norme maksimaal te verwesenlik.⁷⁷ Die interpretasie en konstruksie van fundamentele regte bestaan uit 'n komplekse en vae omskrewe normskeppende proses van betekenisvinding. Hierdie proses begin met die vasstelling van die grammatikale betekenis en geskiedenis van die normteks. Daarna word dit veral gekenmerk deur die waardegerigte teleologiese interpretasie van die betekenis van 'n fundamentele reg. Hierop volg die konstruksie van die fundamentele reg se beskermingsveld. Eventueel geskied die konkretisering en verwesenliking van die fundamentele reg in die lig van die grondwetlike waarde-stelsel deur middel van die balansering en afweging van konflikterende belange en waardes.

1.10.2 Metode, metodiek en metodologie

Die begrip metode is afkomstig vanaf die laat Latynse begrip *methodus* en die Griekse woord *methodos* wat beteken weg of gang na iets.⁷⁸ Volgens gewone woordeboeke soos die *Duden* dui die woordeboekbetekenis onder andere op *einem Regelsystem aufbauendes Verfahren zur Erlangung von [wissenschaftlichen] Erkenntnissen oder praktischen Ergebnissen*.⁷⁹ Die begrip metodiek word weer in die *Duden* beskryf as die *Wissenschaft*

77 Vgl Hoofstuk 2 par 2.2.2 tot 2.2.3.

78 Drosdowski ea (reds) *Duden Deutsches Universalwörterbuch* 1012.

79 Drosdowski ea (reds) *Duden Deutsches Universalwörterbuch* 1012.

von der Verfahrensweise einer Wissenschaft of die *festgelegte Art des Vorgehens*, terwyl die begrip metodologie voorts met die *Methodenlehre* of te wel die *Theorie der wissenschaftlichen Methoden* gelykgestel word.⁸⁰

Du Plessis definieer weer wetenskaplike metodes – wat hy onderskei in primêre, sekondêre en tersiêre sin - samevattend as, *bewuste en beplande menslike maniere van doen (of menslike handelswyses) met behulp waarvan die werklikheid, langs die weg van nadenkend-sistematiese abstraksie, verstaan en verklaar word.*⁸¹

In hierdie navorsingsondersoek word hoofsaaklik met die woordeboekbetekenisse van die begrippe metode, metodiek en metodologie hierbo volstaan.

80 Drosdowski ea (reds) *Duden Deutsches Universalwörterbuch* 1012.

81 Du Plessis in Venter ea (reds) *Regsnavorsing* 54.

HOOFSTUK TWEE

FEDERALE REPUBLIEK VAN DUITSLAND

Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als 'unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat. ... Wir haben die Gerechtigkeit zu suchen, zugleich die Rechtssicherheit zu beachten, da sie selber ein Teil der Gerechtigkeit ist, und einen Rechtsstaat wieder aufzubauen, der beiden Gedanken nach Möglichkeit Genüge zu tun hat. Demokratie ist gewiß ein preisenswertes Gut, Rechtsstaat aber ist wie das tägliche Brot, wie Wasser zum Trinken und wie Luft zum Atmen, und das Beste an der Demokratie gerade dieses, daß nur sie geeignet ist, den Rechtsstaat zu sichern.¹

2.1 INLEIDING

2.1.1 Grondwetlike bestel

Die Federale Republiek van Duitsland beskik, soos die naam aandui, oor 'n federale staatsvorm bestaande uit 16 deelstate (*Länder*).² Die federale regsprekende gesag bestaan uit vyf funksionele jurisdiksies van die Federale Geregshof.³ Bykomend tot hierdie vyf nasionale funksionele jurisdiksies bestaan daar ook 'n Federale Grondwetlike Hof (*Bundesverfassungsgericht*) wat verantwoordelik is vir die

1 Gustav Radbruch in sy artikel *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* in Radbruch *Rechtsphilosophie* 353 en 357 onderskeidelik.

2 Vgl die voorrede en art 20(1) *Grundgesetz* (hierna verwys as GG of gewoon as grondwet, hoewel die vertaling Basiese Wet ook gebruik kan word).

3 Vgl arts 92 en 95(1) GG; en Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 73. Hierdie jurisdiksies is die Federale Geregshof vir Siviele- en Strafsake (*Bundesgerichtshof*); Federale Administratiewe Hof (*Bundesverwaltungsgericht*); Federale Arbeidshof (*Bundesarbeitsgericht*); Federale Finansiële Hof (*Bundesfinanzhof*) en Federale Sosiale Hof (*Bundessozialgericht*).

nasionale regspraak rakende grondwetlike aangeleenthede.⁴ Die BVerfG beskik oor 'n wye jurisdiksie en 'n spesiale status deurdat dit as hof van hoogste instansie regspraak lewer oor grondwetlike kwessies wat die samelewing ten nouste raak.⁵ Die Hof het byvoorbeeld al uitspraak gegee oor omstrede kwessies soos - om slegs enkele gevalle te noem - aborsie, hervorming van die universiteitstelsel en die beskerming van vertroulike inligting.⁶ Afwykende of minderheidsuitsprake kom slegs voor in die BVerfG en nie in ander howe nie.⁷ Die BVerfG verskaf buiten die regs- of feitevraag waaroor telkens beslis moet word, soms ook algemene antwoorde ten einde regswetenskaplike ontwikkeling te bevorder. Verder word werke van regsakademici ook gereeld geraadpleeg en beoordeel.⁸ Die BVerfG beklee die sentrale posisie in die Duitse staatsregtelike bestel en daarom word hierdie hoofstuk primêr gewy aan die regterlike metodologie ter konkretisering van fundamentele regte deur hierdie Hof.⁹

2.1.2 Status van die grondwet

Die grondwet of GG is die hoogste regsnorm in die Duitse regstelsel¹⁰ en vorm dus die *rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens*.¹¹ Deurdat die GG 'n geskrewe grondwet is, bind dit die omvang van grondwetlike konstruksie of interpretasie.¹² Andersyds verhoog die geskrewe karakter van die GG die stabiliserende en

4 Art 92 GG (hierna verwys as die BVerfG of Hof). Vir die samestelling van die Hof, sien art 94(1) GG en arts 1(1) en (2); 4(1) en (2); en 5(1) *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* (BVerfGG).

5 Vgl arts 18; 21(2); 41(2); 61; 93(1); 98(2) en (5); 100(1), (2) en (3); en 126 GG asook art 13 BVerfGG rakende die jurisdiksie van die Hof.

6 Hier word verwys na onderskeidelik BVerfGE 39, 1 (*Schwangerschaftsabbruch 1-saak*); 88, 203 (*Schwangerschaftsabbruch 2-saak*); 35, 79 (*Hochschule-saak*); en 65, 1 (*Volkszählung-saak*).

7 Art 30(2) BVerfG; en Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 105.

8 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 105.

9 Die dinamiek van die grondwetlike regspraak wat op die vlak van die *Länder* ingevolge hul eie grondwette geskied, val buite die ondersoekveld van die huidige studie en word nie verder ondersoek nie. Vgl in hierdie verband Pieroth en Schlinck *Grundrechte* 16-17.

10 Art 20(3) gelees met art 1(3) GG. Vgl ook BVerfGE 51, 304(323); 60, 234(242); en 61, 1(10) - *CSU: NPD Europas-saak*.

11 Hesse *Grundzüge* 10. Hy vervolgt voorts: [*Die Verfassung*] *bestimmt die Leitprinzipien, nach denen politische Einheit sich bilden und staatliche Aufgaben wahrgenommen werden sollen. Sie regelt Verfahren der Bewältigung von Konflikten innerhalb des Gemeinwesens. Sie ordnet die Organisation und das Verfahren politischer Einheitsbildung und staatlichen Wirkens. Sie schafft Grundlagen und normiert Grundzüge rechtlicher Gesamtordnung. In allem ist sie 'der grundlegende, auf bestimmte Sinnprinzipien ausgerichtete Strukturplan für die Rechtsgestalt eines Gemeinwesens'.*

12 Hesse *Grundzüge* 14.

rasionaliserende werking van die grondwet.¹³ Hierdie gebondenheid aan die geskrewe teks sluit egter nie die invloed van die sogenaamde ongeskrewe grondbeginsels onderliggend aan die grondwet (*ungeschriebenes Verfassungsrecht*), soos regstaatlikheid of staatsregtelike gewoontereg, van die uitlegproses uit nie.¹⁴ Voorts beskou die BVerfG *das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* ook as 'n belangrike hulpinstrument tydens die interpretasie van die GG, niteenstaande die feit dat dit eintlik 'n gewone parlamentswet is.¹⁵

2.1.3 Juridiese dimensies van fundamentele regte

a) Plek van fundamentele regte in die GG

'n Fundamentele reg benodig 'n fundamenteelregtelike norm ten einde oor regsrag te beskik.¹⁶ Sodanige fundamenteelregtelike norme is norme (norme synde een van die grondbegrippe van die wetenskap en veral dan regs wetenskap te wees wat aandui wat *sein soll*, dus *Sollensprinzipien*) wat deur bepalings oor fundamentele regte in die grondwet uitgedruk word.¹⁷ Hierdie fundamentele regte word hoofsaaklik gevind in die katalogus van fundamentele regte van Hoofstuk I van die grondwet (artikels 1-19 GG). Daarnaas word grondwetlike norme in Hoofstukke II, III en IX gevind wat ná struktuur en historiese oorsprong gelykgestel word aan fundamentele regte.¹⁸ Voorts bestaan daar nog enkele grondwetlike grond- (of struktuur-) beginsels, soos regstaatlikheid, sosiaalstaatlikheid en demokrasie, wat vanweë hul materiële gelyksoortigheid aan fundamentele regte, soortgelyke fundamentele status verkry.¹⁹ Nie alle bepalings in Hoofstuk I se katalogus van fundamentele regte is egter

13. Hesse *Grundzüge* 14. Verdere bydraende grondwetlike stabiliseringsfaktore is bv die voorskrifte mbt die wysiging van die grondwet in art 79 GG en veral die verskansing van wesenlike grondwetlike norme in art 79(3) GG.

14. Vgl Hesse *Grundzüge* 14. In BVerfGE 2, 380(403 ev) verwys die Hof na die regstaatbeginsel as voorbeeld van sodanige *verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen, die der Verfassungsgesetzgeber, weil sie das vorverfassungsmäßige Gesamtbild geprägt haben, von dem er ausgegangen ist, nicht in einem besonderen Rechtssatz konkretisiert hat.*

15. BVerfGE 3, 45(49).

16. Alexy *Grundrechte* 39-40.

17. Vgl Alexy *Grundrechte* 40 ev; en Stern *Staatsrecht* Vol III/1 478.

18. Vgl arts 20(4); 33(1-3) en (5); 38(1 eerste sin) en (2); 101(1 eerste en tweede sinne); 103(1-3); en 104(1 tweede sin) en (4) GG, soos bevestig word deur art 93(1)(4a) GG. Vgl voorts Pieroth en Schlink *Grundrechte* 18; Stern *Staatsrecht* Vol III/1 358-360; en Hesse *Grundzüge* 117.

19. BVerfGE 1, 14(41 en 45) verwys na demokrasie en regstaatlikheid. Vgl voorts Stern *Staatsrecht*

fundamentele regte nie, omdat daar ook voorskrifte in vervat is wat algemeen oor fundamentele regte handel, soos artikels 1(3), 19(1), (2), (3) GG of tematies saam met spesifieke fundamentele regte val, soos artikel 7(3 tweede sin).²⁰

b) Soorte fundamentele regte

Verskillende indelings van fundamentele regte kan gemaak word na aanleiding van die spesifieke uitgangspunt wat telkens gevolg word.²¹ In hierdie opsig kan 'n indeling volg na gelang van die regsbron waarin fundamentele regte gevind word soos die GG, die grondwette van die verskillende *Länder*, of in die natuur- of voorpositiewe reg. Andersyds kan fundamentele regte in die GG verdeel word in fundamentele regte waarop alle persone 'n aanspraak het (*Jedermannsrechte* of *Menschenrechte*) en fundamentele regte waarop slegs Duitse burgers aanspraak het (burgerregte)²²; so ook regte wat wesenlik vir natuurlike persone geld en regte wat in wese vir regspersone beskikbaar is.²³ Voorts kan daardie deel van die samelewingsverband ten opsigte waarvan die fundamentele regte geld, soos die politieke lewe, die ekonomiese en handelsverkeer en kultuur of godsdienstige lewe, as vertrekpunt dien. Indien die funksie wat die fundamentele reg moet verrig as uitgangspunt dien, volg 'n indeling uit hoofde van die klassieke taak van die fundamentele reg waar dit oorspronklik die verhouding tussen individu en staat reël.²⁴

Vol III/1 370-372.

20 Pieroth en Schlink *Grundrechte* 18-19. Daar bestaan nie eensgesindheid onder skrywers oor welke sinne van die grondwet inderdaad fundamentele regte vorm nie. Vgl hier die standpunte soos saamgevat in Alexy *Grundrechte* 55-63.

21 Vir 'n omvattende indeling van fundamentele regte vgl naas verskeie bronne veral Stern *Staatsrecht* Vol III/1 388-473. Vir huidige doeleindes word egter volstaan met die kort, maar nuttige indelings waarna Pieroth en Schlink *Grundrechte* 20-24 verwys.

22 Mbt *Menschenrechte* of *Jedermannsrechte* vgl bv arts 2(1) en (2 eerste sin); 3(1) en (3); 4(1), (2) en (3 eerste sin); 5(1 eerste sin) en (5); 6(1) en (2); 10(1); 12(2); 13(1); 14(1 eerste sin); 16(2 tweede sin); 17; 101(1 eerste sin); 103(1) en (3); en 104 GG. Mbt burgerregte vgl arts 8; 9; 11; 12(1); 16(1) en (2 eerste sin); 20(4); 33(1-3); en 38(1 eerste sin) GG gelees met art 20(2) GG. Art 116(1) GG bepaal wie geag word 'n "Duitser" te wees wat dan aanspraak op hierdie regte kan maak. Vgl Pieroth en Schlink *Grundrechte* 20 en 33-36; en Hesse *Grundzüge* 121.

23 Art 19(3) GG beperk hierdie regsobjekte tot binnelandse regspersone. Vgl Pieroth en Schlink *Grundrechte* 20 en 42-47 oor die posisie van regspersone.

24 Dit spruit voort uit die 18de-eeuse liberaal-Westerse vryheidsidee van beskerming van die individuele vryheid en gelykheid teenoor die willekeurige en omvattende gesag van die staat. Die positiewe versorgingspoging op die staat van sy burgers het eers heelwat later deel van die betekenis van fundamentele regte geword. Spesifiek word verwys na die indeling waarvan George Jellinek oorspronklik die grondslag gelê het en inhou (a) 'n *status negativus* (die toestand waar die individu sonder die staat se inmenging regte en vryhede uitoefen soos tewens deur die meeste fundamentele klassieke regte moontlik gemaak word - ook negatiewe afweersregte genoem); (b)

c) Die wesensaard van fundamentele regte

Die BVerfG verkies egter daardie indeling wat die meeste vir die praktiese aanwending en uitleg van fundamentele regte beteken en tot die wesensaard van 'n fundamentele reg behoort.²⁵ Volgens hierdie indeling beskik elke fundamentele reg oor 'n tweeledige karakter, naamlik 'n subjektiewe en 'n objektiewe sy.²⁶

(i) Subjektiewe sy

In hul subjektiewe sy is fundamentele regte publieke subjektiewe afweersregte tot beskikking van burgers vir beskerming teen die owerheidshandelinge wat inbreuk op hul individuele vryheid maak.²⁷

(ii) Objektiewe sy

Die objektiewe sy van fundamentele regte manifesteer in twee afsonderlike maar gelyklopende elemente wat die fundamentele grondslag vir alle vertakkinge van die Duitse reg vorm. Eerstens vorm die geheel van die fundamentele regte in die katalogus van fundamentele regte saam 'n objektiewe waardesisteem; en tweedens geld elke fundamentele reg self as 'n objektiefregtelike waarde-draende grondwetlike norm (objektiewe fundamentele norme) wat byvoorbeeld die gesin, pers en

'n *status positivus* (die toestand waar die individuele vryheid of reg weer nie sonder positiewe optrede van die staat verwesenlik kan word nie, soos die gelykheidswaarborg in art 3(1) GG of beskerming en versorging van 'n moeder deur die gemeenskap in art 6(4) GG); en (c) 'n *status activus* (die toestand waar die individuele vryheid ten behoewe van die staat uitgeoefen word soos kiesers en dienspligtiges, diens in die owerheidsektor. Dit word ook *staatsbürgerliche Rechten* genoem). Vgl Pieroth en Schlink *Grundrechte* 21-22, Alexy *Grundrechte* 229-248 en krities Hesse *Grundzüge* 120-121.

25 Stern *Staatsrecht* Vol III/1 452.

26 Veral in die *Lüth*-beslissing van 15 Januarie 1958 (BVerfGE 7, 198(204 ev) het die BVerfG die belangrikste fasette van hierdie konstruksie van die tweeledige aard van fundamentele regte uiteengesit. Vir omvattende algemene besprekings oor die dubbelkarakter van fundamentele regte vgl naas verskeie bronne Stern *Staatsrecht* Vol III/1 477-618; Hesse *Grundzüge* 118-129; Böckenförde *Grundrechtsdogmatik* 24-29; en Pieroth en Schlinck *Grundrechte* 24-32 par 90-125. Volgens Böckenförde (29) het die BVerfG die objektiewe karakter vir die meeste fundamentele regte uitdruklik erken en dit tot dusver vir geen fundamentele reg geweier nie.

27 Vgl BVerfGE 6, 55(72) -*Steuersplitzung*-saak; 7, 198(204 ev) - *Lüth*-saak; 21, 362(371 ev); 39, 1(41); 39, 68(70 ev); Ossenbühl 1976 *NJW* 2100 ev en Stern *Staatsrecht* III/1 558-587. Vgl ook Alexy *Grundrechte* 174-181 vir 'n eiesoortige teoretiese indeling van negatiewe afweersregte en positiewe handelingspligte as publieke subjektiewe regte.

universiteitswese as sodanig as vrye burgerlike instellings beskerm.²⁸ Hierdie objektiewe sy van fundamentele regte vind grondwetlike fundering en legitimering in onderskeidelik die menswaardigheidsbeginsel (artikel 1(1) GG) en die bepaling oor die rol van die onskendbare universele menseregte (artikel 1(2) GG) in die grondwetlike sisteem.²⁹

Die objektiewe waarde-karakter van fundamentele regte verleen 'n nuwe dinamiese kwaliteit en versterking van die beskermingsveld van fundamentele regte, deurdat die gelding van fundamentele regte nie meer beperk word tot die direkte staat-burger-verhouding nie, maar universeel in elke rigting en op elke regsgebied uitstraal.³⁰ Dit vorm onder andere die grondslag waarop inhoud aan die fundamentele grondwetlike struktuurbeginsels van regstaatlikheid, sosiaalstaatlikheid, demokrasie en federalisme gegee word.³¹ Voorts skryf dit byvoorbeeld die vereiste standaard in die interpretasie en toepassing van regsreëls in die privaatreëls voor,³² dit bevestig die

28 Vgl veral die *Lüth*-beslissing (BVerfGE 7, 198(205 ev)) waar dit beskryf word as 'n *objektive Wertordnung*, 'n *Wertsystem*, en die *prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte*. Vgl voorts BVerfGE 5, 85(204 ev) - *KPD*-saak; 6, 55(72) - *Steuersplittung*-saak; 10, 59(81); 12, 205(259 ev) - *Rundfunk I*-saak; 20, 162(175) - *Spiegel*-saak; 21, 362(371 ev); 30, 173(188 ev) - *Mephisto*-saak; 33, 303(330 ev) - *Numerus Clausus*-saak; 35, 79(114) - *Hochschule*-saak; 50, 290(337); 57, 295(320) - *Saarländisches Rundfunkgesetz*-saak; 66, 116(135); 74, 297(323); 80, 124(133) - *Postzeitungsdienst*-saak. Sien ook Böckenförde *Grundrechtsdogmatik* 24-29; Stern *Staatsrecht* Vol III/1 888-994; Hesse *Grundzüge* 124-127 en Pieroth en Schlink *Grundrechte* 25. Vir die historiese ontwikkeling van die moderne waardesisteem-beskouing van fundamentele regte na die Tweede Wêreldoorlog vgl Stern *Grundrechte* 50-54. Die tema van die sisteem-karakter is egter omstrede in die regliteratuur, veral nadat Dürig in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 1(1) Rdnr 5 die fundamentele regte van die GG uit hoofde van die menswaardigheidsbeginsel (art 1(1) GG) bestempel het as 'n geslote en leemtelose waardesisteem waaraan inhoud gegee moet word. Skrywers soos Häberle *Wesengehaltsgarantie* 4 en Ossenbühl 1976 *NJW* 2106-2107 bevestig hierdie geslote sisteemkarakter onderskeidelik as 'n *objektives, einheitliches System von konstitutiver Bedeutung für das ganze Verfassung*; en voorts, *fest steht jedenfalls, daß die Argumentationsfigur der Wertordnung schillernd, blaß und konturlos geblieben ist*. Sterk negatiewe kritiek *contra* die tipering van die sisteem as geslote, kom bv vanaf Scheuner 1965 *VVDStRL* Vol 22 44: *Die Übertragung dieser Begrifflichkeit auf die Grundrechte ist aber von Grund aus verfehlt, weil diese ihrer verfassungsrechtlichen Natur nach nicht als geschlossene Kodifikation, sondern nur als eine Reihe besonderer Verbürgungen der individuellen und sozialen Ordnung gedacht werden können. Die Grundrechte sind nicht so aufgebaut, daß sie Ableitungen eines abstrakten allgemeinen Prinzips darstellen*. Vgl eweneens die kritiek van Ehmke *Verfassungsinterpretation* 354, 360 en Hesse *Grundzüge* 127-129. Müller in *Methodik* 65 waarsku weer teen die regsonsekerheid wat uit die onbekende waarde-karakter van fundamentele regte voortspruit as registers die inhoud van daardie regte moet bepaal. Sien ook die kritiek van 'n regspositivis soos Forsthoff (*Verfassungsgesetzes* 39-41) wat die waarde-karakter beskuldig as die oorsaak vir die verlies van die reg se positiewe karakter.

29 Böckenförde *Grundrechtsdogmatik* 24; en Hesse *Grundzüge* 125.

30 Vgl BVerfGE 49, 89(142) - *Kalkar I*-saak; en Böckenförde *Grundrechtsdogmatik* 30.

31 Hesse *Grundzüge* 125-126.

32 Vgl Hesse *Grundzüge* 120 asook die gedeeltes wat volg oor die uitstralingskarakter van fundamentele regte en oor die derdewerkingsleer in par 2.1.3(d) *infra*.

fundamenteelregtelike beskermingsplig van die staat teenoor die individu (ook teen derdes se optrede) en dien as maatstaf waaraan owerheidsorganisasie en -handelinge in die algemeen gemeet word.³³

In die *Spiegel*-saak het die BVerfG byvoorbeeld die beskerming wat die GG aan die vrye pers as instelling (*Institut*) verleen, uit die objektiewe sy van die fundamentele reg op persvryheid (artikel 5(1) GG se subjektiewe sy) afgelei.³⁴ Hierop wend die Hof hierdie '*objektiv-rechtliche institutionelle Seite der Pressefreiheit as Wertmaßstab und Auslegungsgrundsatz für die allgemeine Rechtsordnung*' aan tydens beoordeling van beperkende wetgewing in die openbare belang se inbreukmaking op die vryheid van die pers.³⁵

Soos die bespreking van die ontwikkeling van die objektiewe sy hierna illustreer, bestaan daar tans nie volkome duidelikheid oor die strukturele en materiële inhoud van die objektiewe sy van fundamentele regte nie. Böckenförde bevestig hierdie onbekende dimensie van fundamentele regte:

*Art und Inhalt dieser universalen Geltung ist die einer objektiven Norm ohne genau bezeichneten Regelungsgegenstand und -adressanten, universal ausgreifend, zugleich jedoch unbestimmt und offen im Sinne weiterer Ausdehnung.*³⁶

(iii) Verhouding tussen die subjektiewe en objektiewe sye

Ten spyte van verskeie standpunte oor die verhouding tussen die subjektiewe en objektiewe sye van fundamentele regte,³⁷ het die BVerfG bevind dat die objektiewe waarde-karakter nie die subjektiewe sy van fundamentele regte as afweersregte ophef of daarvan geskei mag word nie, maar dit eerder versterk.³⁸

33 Pieroth en Schlink *Grundrechte* 25. Daarom bestempel Böckenförde *Grundrechtsdogmatik* 55 die objektiewe karakter van fundamentele regte as *Optimierungsgebote* wat gekenmerk word deur 'n eie dinamika, onbepaaldheid en beweeglikheid.

34 BVerfGE 20, 132(175).

35 BVerfGE 20, 132(177).

36 Böckenförde *Grundrechtsdogmatik* 30.

37 Vgl bv die kritiese uiteensetting deur Böckenförde *Grundrechtsdogmatik* 48-51.

38 *Nach ihrer Geschichte und nach ihrem heutigen Inhalt sind [die Grundrechte] in erster Linie*

(iv) Ontwikkeling van fundamentele regte

Vervolgens word gewys op die dinamiese ontwikkeling van die objektiewe sy van fundamentele regte weens veranderinge in die samelewing. Hoewel die liberale vryheidskarakter van fundamentele regte as afweersregte vasstaan, het daar 'n verskuiwing vanaf die liberale regstaat na die sosiale regstaat plaasgevind met die uitbouing van die objektiewe inhoud van fundamentele regte. Hierdie verandering van die beskouing van fundamentele regte word beskryf as die *Wandel der Grundrechte*.³⁹

Eerstens word uit fundamentele regte se objektiewe waarde-karakter (soos die vryheidsregte in artikel 2(2 eerste sin) GG *in Verbindung mit* die menswaardigheidsbeginsel se beskermingsplig op die owerheid (artikel 1(1 tweede sin) GG)), 'n omvattende beskermingswaarborg en -plig op die owerheid afgelei om die owerheid se eie, of derdes se dreigende of toekomstige beplande handeling wat onherstelbare of onbeheerbare inbreuk op ander se fundamentele regte kan maak, te verhoed.⁴⁰

individuelle Rechte, Menschen- und Bürgerrechte, die den Schutz konkreter, besonders gefährdeter Bereiche menschlicher Freiheit zum Gegenstand haben. Die funktion der Grundrecht als objektiver Prinzipien besteht in der prinzipiellen Verstärkung ihrer Geltungskraft ... hat jedoch ihre Wurzel in dieser primären Bedeutung ... Sie läßt sich deshalb nicht von dem eigentlichen Kern lösen und zu einem Gefüge objektiver Normen verselbständigen, in dem der ursprüngliche und bleibende Sinn der Grundrechte zurücktritt. Vgl BVerfGE 50, 290(337 ev) - Mitbestimmungsgesetz-saak. Sien ook BVerfGE 7, 198(205) - Lüth-saak; en 24, 367(384) - Hamburgisches Deichordnungsgesetz-saak.

39 Mbt hierdie veranderingsproses vgl in die algemeen Rupp 1976 *AöR* 161 ev; Badura 1989 *DöV* 491 ev; Forsthoff *Staat der Industriegesellschaft* 11 ev; Scheuner 1971 *DöV* 505 ev; Hesse *Grundzüge* 18, 146 ev; Böckenförde *Grundrechtsdogmatik* 38 ev; Benda 1976 *AöV* 497 ev; en Friesenhahn *Wandel* 1 ev. Ossenbühl (1976 *NJW* 2100) staan egter krities teenoor die term *Wandel*, omdat dit sins insiens aanleiding gee tot onnodige ideologisering van fundamentele regte en sou dit die resultaat van teoretiese *grundrechtlichen Avantgardismus*, eerder as die nugtere realistiese beskouing van die BVerfG se praktyk wees. Dit skep naamlik die valse indruk dat die fundamentele regte hul tradisionele primêre funksie as individuele afweersregte afgestaan het ten gunste van die moderne sosiale regte.

40 Vgl bv BVerfGE 57, 250(284-284) - *V-Mann*-saak; en 88, 203(251 ev, 258 en 263) - *Schwangerschaftsabbruch* 2-saak. Sien voorts die voorbeelde en gesag in Pieroth en Schlink *Grundrechte* 27-29; en Böckenförde *Grundrechtsdogmatik* 38-39. Volgens Böckenförde ontwikkel die regspraak histories vanaf die eerste aborsie-saak (BVerfGE 39,1(42)) waar die staat se plig tot beskerming van 'n wordende lewe teen die moeder se keuse vir beëindiging daarvan, op die subjektiewe sy van fundamentele regte begrond is terwyl die objektiewe sy 'n sekondêre rol speel. Daarna (in die *Schleyer*-saak, BVerfGE 46, 160(164)) is die beskermingsplig ingevolge art 2(2) GG bevestig maar (weens kritiek) mede begrond in die menswaardigheidsbeginsel (art 1(1) GG) se beskermingsplig deur die *in Verbindung mit*-konstruksie. Daarna het die Hof (in die

Tweedens word die objektiewe karakter van fundamentele regte ook as maatstaf gebruik waarvolgens die kwaliteit van owerheidsprosedures en -handelinge beoordeel word ten einde effektiewe beskerming van fundamentele regte te verseker. Hierdie waarborg van prosedurele geregtigheid staan bekend as *Verfahrensrechte*. Dit kom byvoorbeeld ter sprake as burgerlike deelname aan sekere besluitnemingsprosedures van owerheidsorgane vereis word soos dié met betrekking tot kernkragangeleenthede.⁴¹

Derdens vorm die grondwetlike haalbaarheid van sogenaamde *Leistungsrechte* in wye sin, wat 'n algemene subjektiewe reg op die aanspraak op die realisering van positiewe verpligtinge deur die staat veronderstel, die kern van die kontemporêre debat rakende die materiële inhoud van fundamentele regte.⁴² Veral brandend is die posisie van sosiale fundamentele regte, soos die regte op woning, werk, versorging en opleiding wat nie duidelik as fundamentele regte in die GG geformuleer is nie.⁴³ Dispuut heers of nieteenstaande hierdie uitdruklike late van die GG om sodanige subjektiefregtelike karakter aan hierdie sosiale sake te verleen, dit nie in ieder geval afgelei kan word uit die objektiewe normatiewe waarde-karakter van die katalogus van fundamentele regte gelees met die sosiaalstaatbeginsel in die GG nie.⁴⁴ Enkele uitsprake van die BVerfG het veral hierdie kwessie verder gekompliseer deurdat dit verkeerdelik geïnterpreteer kon word as sou die BVerfG die weg voorberei vir die konstruksie van hierdie *Leistungsrechte*.

Kalkar 1-beslissing (BVerfGE 49, 89(141 ev)) die staatlike beskermingsplig in die objektiewe sy begrend maar steeds vir verdere begroning teruggeval op die menswaardigheidsbeginsel in art 1(1) GG om die oorbruggingsrol te vervul. Later in die *Mülheim-Kärlich*-saak (BVerfGE 53, 30(57)) begrend die Hof die staat se beskermingsplig egter slegs op grond van die objektiewe sy van art 2(2) GG se fundamentele regte.

41 Vgl BVerfGE 53, 30(59 ev) - *Mülheim-Kärlich*-saak; 63, 131(143); en 69, 315(355-356) - *Brockdorf*-saak. Sien ook in die algemeen Pieroth en Schlink *Grundrechte* 29-31.

42 Vgl Alexy *Grundrechte* 395.

43 Volgens Alexy *Grundrechte* 396 verskaf die GG uitdruklik slegs een sosiale fundamentele reg, naamlik art 6(4) GG se reg van die moeder op beskerming en versorging deur die gemeenskap.

44 Alexy *Grundrechte* 396-397 meen die spesifieke standpuntkeuse word telkens bepaal deur 'n bepaalde beskouing oor die aard en taak van die reg en staat in die moderne nywerheidstaat. Vgl hiertoe Alexy *supra* 401-402 en Scheuner 1971 *DöV* 507 vir voorbeelde van die verskillende standpunte asook die literatuurverwysing in Pieroth en Schlink *Grundrechte* 32. Vgl ook Forstthoff *Verfassungsauslegung* 29-30 wat krities afwysend is tov die neiging tot aktivistiese sosiale uitleg van fundamentele regte. Sien voorts Rupp 1976 *AöR* 177 ev oor die strukturele verskille tussen die klassieke publieke subjektiewe afweersregte en publieke subjektiewe sosiale regte.

Die BVerfG het naamlik in enkele uitsprake sogenaamde deelnemingsregte (*Teilhaberechte*) as 'n aard van *Verfahrensrechte* erken. In byvoorbeeld die *Numerus-Clausus I*-uitspraak is uit hoofde van die waarde-karakter van die reg op beroepsvryheid (artikel 12(1) GG), die gelykheidsbeginsel (artikel 3(1) GG), en die sosiaalstaatbeginsel, tesame met bepaalde feitelike gegewes van die saak, beslis dat 'n student die reg het op *Zulassung zum Hochschulestudium seiner Wahl*.⁴⁵ Die BVerfG motiveer hierdie uitbreiding vanaf die subjektiewe vryheidskarakter van fundamentele regte na die objektiewe waarde-draende sy van hierdie spesifieke reg soos volg:

*Je stärker der moderne Staat sich der sozialen Sicherung und kulturellen Förderung der Bürger zuwendet, desto mehr tritt im Verhältnis zwischen Bürger und Staat neben das ursprüngliche Postulat grundrechtlicher Freiheitssicherung vor dem Staat die komplimentäre Förderung nach grundrechtlicher Verbürgung der Teilhabe an staatlichen Leistungen.*⁴⁶

Voorts het die Hof in die *Hochschule*-beslissing juis uit hoofde van die objektiewe waarde-karakter van die reg op wetenskapsvryheid in art 5(3) GG, die subjektiewe reg van wetenskaplike personeel, studente, navorsers en ander nie-wetenskaplike personeellede erken om in 'n bepaalde verhouding saam met professore aan sekere besluitnemingsliggame van universiteite te kan deelneem, sonder dat dit onbestaanbaar sou wees met die professore se reg op akademiese vryheid (artikel 5(3) GG).⁴⁷

Hierna volg die tweede *Numerus-Clausus*-beslissing wat lei tot die vraag of daar benewens die deelnemingsreg nie ook 'n fundamentele reg geskep is wat 'n verpligting op die staat lê om voldoende studiegeleentehede te skep (*Leistungsrechte*) nie.⁴⁸ Dit was 'n moontlikheid wat juis deur die eerste *Numerus-Clausus*-saak onbeantwoord gelaat is.⁴⁹ Hoewel dit blyk dat die Hof die aangeleentheid weereens oopgelaat het, bly die vraag (volgens sommige skrywers) steeds of die logiese gevolg van 'n

45 BVerfGE 33, 303(331-333).

46 BVerfGE 33, 303(330).

47 BVerfGE 35, 79(115 gelees met 124 ev).

48 BVerfGE 43, 291(313 ev).

fundamentele reg tot deelname aan 'n universiteit nie 'n fundamentele reg op 'n plig tot die daarstel van voldoende studieplekke deur die staat (dus positiewe optrede) impliseer nie.⁵⁰

Die kontemporêre regsteoretiese grondslag vir die objektiefregtelike funksie van fundamentele regte behoort dus nie beperk te word tot die konsep van 'n liberale regstaat tydens die draai van die eeu nie. Böckenförde beskryf dit as inderwaarheid 'n regstaat met 'n *institutionelle, eine wertsystematische, eine demokratisch-funktionelle und eine soziaalstaatliche* grondslag.⁵¹ Genoemde ontwikkeling van fundamentele regte is nie meebring deur statutêre wysiging van die fundamentele regte in die GG nie, maar is die resultaat van evolusionêre konstruksie en interpretasie van fundamentele regte in die strewe om die veranderende gemeenskapsverhoudinge en samelewingsprobleme van 'n moderne nywerheidsstaat sinvol in die lig van die fundamentele grondwetlike waardes aan te spreek.⁵²

d) Derdewerking van fundamentele regte

Die vraag oor wie die adressante is wat deur die fundamentele regte gebind word, bring die aktuele probleem of fundamentele regte nie ook vir privaatregtelike regsverhoudinge geld nie, na vore.⁵³ Fundamentele regte geld in beginsel direk in die publiekregtelike verhouding tussen owerheid en burger ten behoeve van die burger, en nie direk in die privaatregtelike regsverhoudinge tussen privaatregtelike regssubjekte onderling nie.⁵⁴ Volgens die grondwet bestaan daar slegs een geval waar

49 BVerfGE 33, 303(333).

50 Pieroth en Schlink *Grundrechte* 31 sowel as Ossenbühl 1976 *NJW* 2104 ontken daardie moontlikheid uitdruklik. Vgl hierteenoor Alexy *Grundrechte* 401 ev se verkenning daarvan.

51 Böckenförde 1974 *NJW* 1529.

52 Scheuner 1971 *DöV* 505.

53 Böckenförde *Grundrechtsdogmatik* 34-37 beweer die hele debat rondom derdewerking (lg beskryf hy in elk geval as *das legitime Kindes der Ausstrahlungswirkung*), veral die debat oor die verskil tussen direkte en indirekte derdewerking, is niks anders as 'n randprobleem nie, daar die hele probleem oor die geldingsterrein van die objektiewe waarde-karakter van fundamentele regte in die privaatrege eenvoudig met behulp van die uitstralingswerking van fundamentele regte opgelos kan word. Vgl mbt die uitstralingswerking, die bespreking *infra*.

54 Hierdie standpunt word eerstens afgelei uit die woorde van die bindingsbepaling (art 1(3) GG) wat bepaal dat fundamentele regte die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag as onmiddellik geldende reg bind, tweedens uit die ontstaansgeskiedenis van hierdie bepaling in die grondwetskrywende vergadering, derdens deur sistematiese konstruksie van die wyse waarop die fundamentele regte geformuleer is deurdat slegs in enkele uitsonderlike gevalle sprake is van bepaling wat direk in die privaatrege geld, en vierdens uit die betekenis en doel van fundamentele

'n fundamentele reg, naamlik artikel 9(3) GG (vryheid van assosiasie in die arbeids- en handelsektor), direk in die privaatreë gewaarborg word.⁵⁵ Die sogenaamde derdewerkingsleerstuk (*Drittwirkungslehre*) daarenteen, probeer om deur middel van grondwetlike interpretasie die direkte gelding van fundamentele regte in privaatreëtelike regsverhoudinge te verwesenlik.⁵⁶ Daar word geargumenteer⁵⁷ dat die normatiewe verbintenis in die GG tot 'n sosiale regstaat meebring dat die fundamentele regte wat noodsaaklik is vir die verwesenliking van so 'n vrye sosiaalstaat op alle lewensterreine noodwendig direk op die privaatreë inwerk. Voorts bepaal artikel 1(2) GG dat menseregte die grondslag van die hele menslike samelewing, dit wil sê insluitende die privaatreëtelike gemeenskap, vorm. Daarom kan die privaatreë nie koud staan teenoor daardie menseregte wat as direk geldende norme fundamentele regsrag het nie.

Dit kan betoog word dat hoewel daar geen direkte derdewerking in die Duitse reg bestaan nie, daar wel sprake is van indirekte derdewerking van fundamentele regte na aanleiding van die objektiewe waarde-karakter van fundamentele regte.⁵⁸ Hierdie argument word primêr begrond op die rigtinggewende *Lüth*-beslissing van 15 Januarie 1958 waar bevind is dat die objektiewe waarde-karakter van fundamentele regte as middelpunt van die grondwetlike waarde-orde staan en daarom na die privaatreëtelike verhouding uitgestraal word.⁵⁹ Die uitstralingskarakter beteken dus dat privaatreëtelike wetgewing ook in ooreenstemming met die waarde-karakter van fundamentele regte uitgelê moet word.⁶⁰ Hoewel die uitstralingskarakter van die

regte in die algemeen beskou in die GG. Vgl BVerfGE 7, 198(205); *Starck Verfassungsauslegung* 221; en Pieroth en Schlinck *Grundrechte* 49-50. Forsthoff *Staat der Industriegesellschaft* 150, 'n groot teenstaander van die derdewerkingsleer en van die waarde-karakter van fundamentele regte, meld dat dit bewonderingswaardig is dat die BVerfG nie voor die druk geswig het om die direkte derdewerking van fundamentele regte in die privaatreë toe te pas nie.

55 Na die mening van Dürig in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 1 Rdnr 127, is dit 'n sg *Musterfall*.

56 Vgl die beskrywing in Pieroth en Schlinck *Grundrechte* 49.

57 Vgl in die algemeen die bespreking in Pieroth en Schlinck *Grundrechte* 49.

58 Vgl Pieroth en Schlinck *Grundrechte* 51; en die standpunte soos verwys in Ossenbühl 1976 *NJW* 2102; en Rupp 1976 *AöV* 169-170.

59 BVerfGE 7, 198(205 ev): *Dieses Wertesystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden.*

60 Vgl verdere voorbeelde van uitstraling soos BVerfGE 24, 236(245 ev, 251 ev) - *Rumpelkammer-*

objektiewe sy van fundamentele regte omvangryk kan wees, verleen dit nie sulke sterk beskerming soos die subjektiewe sy van fundamentele regte as tradisionele afweersregte nie.⁶¹

Die BVerfG kan dus ook, sonder om 'n hof van algemene hersiening te word, kontroleer of die siviele howe ingevolge artikel 1(3) GG die uitstralingskarakter van fundamentele regte voldoende gestalte gee in privaatregtelike beslissings.⁶² Voorts word die regsprekende gesag ook tydens privaatregtelike verhore aan veral die prosedurele regte van artikels 19(4), 101 en 103 GG gebonde gehou, omdat daardie howe 'n vorm van owerheidsgesag (regsprekende gesag) uitoefen. Hierby bevat wette in die privaatrek algemene bepalings of maatstawwe wat in ooreenstemming met die

saak (reg op ongestoorde geloofsbeoefening); 27, 71(79) - *Leipziger Volkszeitung*-saak (vryheid van inligting op die strafreg); 32, 98(108) - *Gesundbeter*-saak (godsdienstvryheid op die strafreg); 34, 269(280) - *Soraya*-saak (skadevergoeding vir algemene persoonlikheidsreg in die privaatrek); 35, 79(131) - *Hochschule*-saak (wetenskapsvryheid op die bestuur en administrasie van universiteite); 49, 89(142) - *Kalkar I*-saak (vreedsame gebruik van atoomkrag); 73, 206(249) (massa openbare byeenkomste); en 76, 1(49 ev) (die reg insake vreemdelinge). Tov die kenmerke, gevolge en probleme wat hierdie regsfiguur in die algemeen meebring vgl veral Böckenförde *Grundrechtsdogmatik* 31-34; Ossenbühl 1976 *NJW* 2102-2103; Pieroth en Schlink *Grundrechte* 27; en Stern *Staatsrecht* Vol III/I 925 ev.

61 Die BVerfG 66, 116(135) meld hieroor: *Soweit die Einwirkung des Grundrechts auf privatrechtliche Vorschriften in Frage steht, können ihm im Hinblick auf die Eigenart der geregelten Rechtsverhältnisse andere, unter Umständen engere Grenzen gezogen sein als in seiner Bedeutung als Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe.*

62 Vgl BVerfGE 73, 261(289) - sien voorts die gesag daar verwys. 'n Goeie voorbeeld van die indirekte gelding van fundamentele regte in die privaatrek word in die *Handelsvertreter*-beslissing van 7 Februarie 1990 (BVerfGE 81, 242(253 ev)) gevind. 'n Wet in die privaatrek bepaal dat 'n prinsipaal en 'n verteenwoordiger kan ooreenkom dat die verteenwoordiger na beëindiging van die verteenwoordigingsverhouding vir 'n periode van twee jaar nie in daardie bedryf werksaam sal wees nie, waartydens die prinsipaal 'n bedrag as skadevergoeding aan daardie verteenwoordiger sal betaal. Waar hierdie verteenwoordigingsverhouding weens kontrakbreuk deur die verteenwoordiger beëindig word, soos wel gebeur het, word die skadevergoedingsbedrag egter verbeur. Dit beteken dat die verteenwoordiger in effek werkloos is in daardie veld en daarom inkomsteloos kan wees. Die BVerfG bestempel hierdie bepaling van die wet as ongrondwetlik deurdat dit inbreuk maak op die reg op vryheid van beroepskeuse (artikel 12(1) GG). As 'n reël moet die wetgewer die kontraktuele vryheid van partye in die kontraktereg respekteer, omdat dit 'n vergestaltung is van die private outonomie wat op die beginsel van individuele selfbeskikking rus. Tog vind dit soms in die privaatrek plaas dat die kontraktuele vryheid tot so 'n wanbalans tussen die kontrakterende partye lei, dat die benadeelde party se posisie nie met normale kontraktuele remedies verbeter kan word sodat 'n *sachgerechter Ausgleich* van belange moontlik is nie (op 255). In hierdie gevalle rus daar op grond van die objektiewe waarde-karakter van fundamentele regte en die sosiaalstaatbeginsel 'n plig op die owerheid om dmv wetgewing hierdie *gestörter Vertragsparität* uit die weg te ruim deur in die privaatregtelike kontraktsfeer in te meng (op 255). Die onus rus nou op die regters van die siviele howe om hierdie wette sodanig toe te pas dat die waarde-karakter van fundamentele regte ook daarin uitgestraal word. Sonder om 'n algemene hof van hersiening te word, kan die BVerfG hierdie siviele beslissings kontroleer. Die hof bevestig dus die *Lüth*-beslissing dat die grondwet nie 'n neutrale waarde-orde daarstel nie, maar juis uit die katalogus van fundamentele regte 'n objektiewe waarde-sisteem skep wat vir alle vertakkinge van die reg, insluitende die privaatrek,

grondwet (*Verfassungskonform*) uitgelê word wat eintlik neerkom op die indirekte werking van fundamentele regte.⁶³ Boonop geld die gelykheidsbeginsel van artikel 3(1) GG (naas die subjektiewe sy), ook as *selbstverständlicher ungeschriebener Verfassungsgrundsatz in allen Bereichen und für alle Personengemeinschaften*.⁶⁴ Dit impliseer ook (in die algemeen gestel) indirekte derdewerking, deurdat juridiese uitleg in die privaatreg aan die gelykheidsbeginsel as algemene grondwetlike beginsel gebonde is.⁶⁵

2.1.4 Aard van die staatsregskultuur

Die Duitse staatsregskultuur openbaar drie kenmerkende eienskappe.⁶⁶ Eerstens beskik dit oor 'n normatiewe karakter.⁶⁷ Die BVerfG self bestempel die normatiewe krag van die grondwet as 'n belangrike maatstaf vir grondwetlike interpretasie.⁶⁸ Müller beweer egter dat die grondwetlike normteks nie *per se* oor normatiwiteit beskik nie, omdat daardie tekste na sy mening die nie-normatiewe *Eingangsdaten* van die interpretasieproses vorm wat nie in staat is om self die spesifieke konkrete regsprobleem op te los nie.⁶⁹ Slegs daardie regsnorme wat tydens die interpretasieproses uitkristalliseer, is normatief van aard. Müller definieer hierop normatiwiteit as beskrywend van die *dynamische Eigenschaft einer Norm, also eines sachgeprägten und strukturierten rechtlichen Ordnungsmodells, sowohl die diesem zugrundeliegende Wirklichkeit zu ordnen als auch selbst durch diese Wirklichkeit bedingt zu werden*.⁷⁰ Normatiwiteit beteken dus nie die blote gelding van 'n regsteks of 'n regsbevel wat deur die wetsteks uitgedruk word nie, maar is *die Rechtsnormen zugeschriebene Fähigkeit, zu Entscheidungsnormen fortgearbeitet werden zu können*

geld (op 254).

63 In 1986 bevestig die BVerfGE 73, 261(269) die posisie wat in die *Lüth*-saak ingeneem is, en vervolg dan verder: *Hier wirkt der Rechtsgehalt der Grundrechte über das Medium der das einzelne Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften, insbesondere der Generalklauseln und sonstigen auslegungsfähigen und ausfüllungsbedürftigen Begriffe, die im Sinne dieses Rechtsgehalts ausgelegt werden müssen, auf dieses Rechtsgebiet ein.*

64 Vgl Rübner in Dolzer en Vogel (reds) *Bonner Kommentar* Art 3 Rdnr 159. Sien ook BVerfGE 6, 84(91) soos bevestig in 23, 353(373).

65 Rübner in Dolzer en Vogel (reds) *Bonner Kommentar* Art 3 Rdnr 191-195.

66 Vgl ook die kenmerke van die Duitse regsfilosofie in vergelyking met die Amerikaanse regsfilosofie wat deur Herget *German Legal Philosophy* 114-120 geïdentifiseer word.

67 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 117.

68 BVerfGE 7, 198(205 ev) - *Lüth*-saak. Dit word inderdaad later as 'n grondwetlike konkretiseringsreël behandel.

69 Müller *Methodik* 140.

*und diese, soweit sie ihnen rechtsstaatlich und methodisch zurechenbar sind, dann zu rechtfertigen.*⁷¹

Tweedens beskik die regskultuur oor 'n sistematiese karakter vanweë die sterk invloed van regs wetenskap op die regspraak.⁷² Genoemde normatiewe en sistematiek van die reg is bepalend vir algemene wetsuitleg, grondwetlike interpretasie en konstruksie, en die vul van statutêre leemtes ten spyte daarvan dat die Duitse regshermeneutiese metodiek algemeen erkende metodes van wetsuitleg insluit.⁷³

Derdens openbaar die Duitse grondwet 'n bepaalde waarde-karakter:⁷⁴

*Das Grundgesetz ist eine wertgebundene Ordnung, die den Schutz von Freiheit und Menschenwürde als den obersten Zweck allen Rechts erkennt; sein Menschenwürde ist nicht das des selbstherrlichen Individuums, sondern das der in der Gemeinschaft stehenden und ihr vielfältig verpflichteten Persönlichkeit.*⁷⁵

Dit is duidelik geen neutrale waarde-beskouing nie.⁷⁶ Die grondwet se besondere normatiewe karakter setel in 'n eties gefundeerde materiële waarde-bewussyn.⁷⁷ Dit rus naamlik in fundamentele grondwetlike waardes en beginsels soos vryheid, gelykheid, geregtigheid, menswaardigheid, 'n liberaal-vertegenwoordigende parlementêre demokrasie, 'n *wehrhafte* demokrasie, regstaatlikheid, 'n federale staat en sosiaalstaatlikheid, om net enkele elemente te noem.⁷⁸ Die kernelemente van

70 Müller *Methodik* 141, vgl veral vt 250 vir die uitvoerige lys van gesag vir sy stelling.

71 Müller *Methodik* 142. Hy oorbrug (op 140) die afstand tussen die normteks en normatiewe met behulp van die struktuur van 'n norm (*Normstruktur*) wat hy beskryf as *ein wissenschaftliches Interpretationsmodell für die Bedingungen des Zustandekommens und des Funktionierens rechtlicher Vorschriften*. Vgl verder par 2.4.2 a) i) *infra*.

72 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 117.

73 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 117.

74 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 117.

75 BVerfGE 12, 45(51); vgl ook BVerfGE 7, 198(205) - *Lüth*-saak; 28, 175(189); 33, 1(10 ev); en 37, 57(65).

76 Vgl BVerfGE 2, 1(12) - *SRP*-saak; 5, 85(134 ev) - *KPD*-saak; 6, 32(40 ev) - *Elfes*-saak; 7, 198(205) - *Lüth*-saak; en Hesse *Grundzüge* 4.

77 Vgl Coing *Auslegungsmethoden* 24; en Hesse *Grundzüge* 4.

78 Vgl BVerfGE 1, 14(18 en 32); 1, 299(314 ev); 2, 1(12 ev) - *SRP*-saak; 3, 225(232 ev); 4, 144(148); 5, 85(197, 379) - *KPD*-saak; 6, 32(40 ev) - *Elfes*-saak; 7, 198(205) - *Lüth*-saak; 12, 45(51) - *Kriegsdienstverweigerung*-saak; 39, 334(349) - *Extremisten im öffentlichen Dienst*-saak; en 84, 90(121) - *Enteignungen vor 1949*-saak. Dit is opmerklik dat verskillende kombinasies van

hierdie spesifieke grondwetlike waarde-orde word in beginsel in die wesenlike bepalings van artikels 1 en 20 GG beskerm. Voorts kan daar veral na aanleiding van die katalogus van fundamentele regte na 'n objektiewe grondwetlike waarde-orde verwys word waarin *eine Prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt*.⁷⁹

Verskeie aspekte, wat telkens teenstrydige denkstrominge insluit, het 'n belangrike invloed op die aard van die hedendaagse Duitse staatsregskultuur. Eerstens is daar die belangrike verskil tussen die aanhangers van "konstitusionalisme" en dié van "legalisme".⁸⁰ Eersgenoemde stroming beklemtoon die waarde-inhoud en normatiewe karakter van die grondwet en probeer om dit prakties te verwesenlik deur middel van die afweging van belange en skeppende interpretasie van die howe - in uitsonderlike gevalle selfs teenstrydig met die wetgewer se duidelike bedoeling. Laasgenoemde stroming beklemtoon parlementêre soewereiniteit en poog om die regterlike vryheid te beperk deur middel van 'n regspositivistiese gebondenheid aan regsreëls.⁸¹ Tweedens bestaan daar die verskil tussen die analitiese, hermeneutiese en kritiese skole van regsdenke.⁸² Derdens kan nog politieke en ideologiese verskille tussen konserwatiewe, liberale en vryheidsgesinde regsgeleerdes gevind word wat met genoemde hoofstrominge oorvleuel en 'n uiters komplekse regskultuur skep.⁸³

hierdie elemente in verskillende sake of selfs in dieselfde saak gebruik word om die waarde-karakter van die GG te beskryf.

79 BVerfGE 7, 198(205) - *Lüth*-saak.

80 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 117.

81 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 117. Vgl by BVerfGE 69, 1(4 ev en 57 ev) - *KDVNG*-saak se verskil tussen die meerderheids- en minderheidsuitsprake.

82 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 118.

83 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 118. Met betrekking tot die ontwikkeling van die moderne Duitse regskultuur sedert die histories-positivistiese skool van Von Savigny na 1840 en die daaropvolgende *Begriffspositivismus* van sy leerling Puchta tot met die moderne Duitse regsfilosofie, vgl oa Larenz *Methodenlehre* 11-127; Van Eikema Hommes *History of Legal Philosophy* 189 ev; Müller *Methodik* 68-75; Schlothauer *Krise* 17-46; en Herget *German Legal Philosophy*. Veral belangrik vir die moderne staatsregsmetodiek is die invloed van die regspositivistiese metode (*juristische Methode*) in die staatsreg wat Paul Laband by Carl Friederich von Gerber oorgeneem het, wat 'n streng skeiding tussen regsnorme en die regswerklikheid (tussen *sollen* en *sein*) tref. Hiervolgens is regsnorme vry van politiese, filosofiese, sosiale en historiese invloede en bloot gelyk aan die regsnormteks beskou. 'n Uitlegmetode word toegepas waarvolgens 'n regsnorm as 'n logies geformuleerde *Obersatz* of wetgewersbevel beskou is wat bloot dmv van *Subsumtion* op die spesifieke saak toegepas word. Voorts beskou hierdie vorm van regspositivisme die positiewe reg as 'n leemtelose sisteem van regsinnne, wat impliseer dat 'n antwoord op 'n regsprobleem reeds vooraf in die regsisteem bepaal is en bloot deur die regter daaruit afgelei kan word. Daar bestaan dus geen ruimte vir skeppende regterlike interpretasie nie. Die algemene moderne Duitse regsfilosofie ná 1945 is kompleks en sterk historiesgebonde. Vgl Herget *supra* 1-12 mbt die na-oorlogse ontwikkeling van die

2.1.5 Natuurreg

Die spesifieke waarde-karakter van die GG bring noodwendig die vraag na vore na die rol wat die natuurreg in die inkleding van grondwetlike interpretasie speel. Weliswaar kan sekere van die fundamentele grondwetlike waardes en beginsels na die natuurregtradisie teruggevoer word. Die Hof het dan ook aanvanklik in die na-oorlogstyd by gedagte aan die gruweldade wat onder die Nazi-heerskappy gepleeg is, beslis dat daar wel in uitsonderlike gevalle op die natuurreg gesteun kan word ten einde die aard van grondwetlike norme te beoordeel.⁸⁴ Daar is in dié verband veral sterk gesteun op die bydrae van die Heidelbergse regsfilosoof Gustav Radbruch se herontdekking van natuurregtelike waardes.⁸⁵ Die hof beslis byvoorbeeld in 1951 en 1953 dat die wetgewende gesag (eintlik die Grondwetgewende Vergadering wie se kompetensies ter sprake was) gebonde is aan fundamentele voor-positiefregtelike

regsfilosofie te midde van die groter konteks van algemene filosofiese vernouing. 'n Goeie uiteensetting van die kontemporêre strominge in die Duitse regsfilosofie sedert 1975 met 'n handige bibliografie word ook verskaf deur Herget *ibid* 13-103; 133-152. Herget identifiseer die volgende kontemporêre regsfilosofiese strominge in die Duitse reg: (i) Analitiese regsdenke van Norbert Hörster, Delf Buchwald en aspekte van Robert Alexy; (ii) Antropologiese regsdenke van Ernst-Joachim Lampe en Thomas Rentsch; (iii) Neo-Aristotelianse denke van Arno Baruzzi en Robert Spearman wat 'n teleologiese benadering volg; (iii) Neo-Hegeliaanse teorieë wat onder meer utilitarisme verwoord; (iv) Regshermeneutiese denke onder invloed van Gadamer deur Josef Esser en in die algemeen Arthur Kaufmann; (v) 'n Geïntegreerde regsbeskouing van verskeie tradisionele denkrigtings deur Winfried Brugger (dit is 'n hermeneutiese benadering wat aansluit by Dworkin); (vi) Neo-Kantiaanse denke gereflekteer in die werke van Martin Kriele en Otfried Höffe; (vii) Neo-Kelsenisme wat veral deur 'n groot aantal analitiese denkers verwoord word; (viii) Feministiese, Marxistiese en ekonomiese regsdenke geniet tot 'n mindere mate aanklank; (ix) Kritiese rasionalisme van Hans Albert (onder invloed van Karl Popper) en Reinhold Zippelius; (x) Diskoersteorie van Jürgen Habermas en Robert Alexy; (xi) Juridiese Retoriek en Skeptisisme van Theodor Viehweg, Ottmar Ballweg en Wolfgang Gast; (x) Sosiale sisteemdenke van Niklas Luhmann; en (xi) Institusionele regspositivisme van Ota Weinberger.

84 Pieroth en Schlink *Grundrechte* 17. Sien veral Linsmeyer se studie *Naturrecht* 8 ev oor die voorkoms van die natuurreg in die regspraak van Duitse howe in die tydperk ná die Tweede Wêreldoorlog.

85 Vgl algemeen Radbruch *Rechtsphilosophie*. Volgens Herget *German Legal Philosophy* 1-5 was daar inderwaarheid drie strominge in die natuurregtelike denke wat aanvanklik na 1945 tot die einde van die 1950's deur regsteorie gevolg is: (i) 'n Herinterpretasie van die benadering van Tomas van Aquinas in sy *Summa Theologica* deur hoofsaaklik Rooms-Katolieke denkers; (ii) 'n Heraansluiting by die materiële waardefilosofie van Max Scheler deur bv Helmut Coing; (iii) Die na-oorlogse regsdeed van Gustav Radbruch (*ibid* 353) wat geregtigheid bo regsekerheid verkies in teenstelling met sy voor-oorlogse regspositivistiese standpunt wat regsekerheid ipv geregtigheid in die finale instansie as vereiste vir die reg gestel het. Hoewel Radbruch se filosofie later deur nuwer denkrigtings op die agtergrond geskuif is, word dit in meer resente werke weer opgediep om die onreg van owerheidsgeweld in die voormalige Duitse Demokratiese Republiek te evalueer. Tewens, sy teorie het ook sterk gefigureer in die beroemde Hart-Fuller debat in die Anglo-Amerikaanse reg oor die rol van moraliteit in die reg. Vgl Herget *ibid* 4.

beginsels soos demokrasie en geregtigheid.⁸⁶ Selfs vandag nog bestaan daar 'n gebondenheid aan die fundamentele geregtigheidsmaatstawwe tydens grondwetlike wysigings.⁸⁷ In die *Sperrklausel*-saak beskryf die Hof eweneens die manifestasie van die gelykheidsbeginsel in die verkiesingstelsel (uit hoofde van artikels 1(2) en (3) GG in *Verbindung mit* artikel 3 GG), as 'n *Verfassung anerkannten überpositiven Rechtsgrundsatz* wat oor 'n hoë waarde beskik, en dienooreenkomstig gevolg moet word.⁸⁸

Daar het egter 'n verandering in die BVerfG se regspraak plaasgevind met betrekking tot die rol van die beginsels van die natuurreg. In 1959 beslis die BVerfG uitdruklik dat die natuurreg nie meer as primêre beoordelingsmaatstaf van wetgewing aangewend kan word nie vanweë die onsekere en wye inhoud wat uit die verskeidenheid van standpunte in die natuurregsvaardigheid voortspuit.⁸⁹ Die grondwet self (wat intussen gekenmerk is deur 'n groeiende eie waarde-stelsel soos die omvang van grondwetlike regspraak en navorsing toeneem) vorm nou die maatstaf waaraan die Hof die norme van die positiewe reg kan beoordeel. Later bevestig die BVerfG dat sy wêreldbeskouing onpartydig is (*weltanschaulich neutral*), as bevind word dat

86 Vgl BVerfGE 1, 14(32): *Daß eine Verfassungsbestimmung selbst nichtig ist, ist nun nicht schon deswegen begrifflich ausgeschlossen, weil sie selbst Bestandteil der Verfassung ist. Es gibt Verfassungsgrundsätze, die so elementar und so sehr Ausdruck eines auch der Verfassung vorausliegenden rechts sind, daß sie den Verfassungsgesetzgeber selbst binden und daß andere Verfassungsbestimmungen, denen dieser Rang nicht zukommt, wegen ihres Verstoßes gegen sie nichtig sein können.* Hierdie beginsel lei daartoe dat tydens grondwetlike konstruksie elke grondwetlike bepaling so interpreteer moet word dat dit *mit jenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers vereinbar ist.* Ook in BVerfGE 3, 225(231-233) bevind die Hof dat hoewel die Grondwetgewende Vergadering as die *pouvoir constituant* oor 'n oënskynlik ongebonde kompetensie tot grondwetgewing beskik, bestaan daar sekere reëls van die natuurreg, soos materiële geregtigheid, wat so elementêr en fundamenteel is, dat dit selfs daardie grondwetgewende liggaam bind. Dit impliseer dat selfs grondwetlike bepalings ongrondwetlik en nietig kan wees. In hierdie opsig berus die standpunt dat die oorspronklike wetgewende vergadering ten volle ongebonde en willekeurig kan handel op die denkkees van waardeevrye wetspositivisme wat reeds in die regswetenskaplike teorie en praktyk in onbruik verval het. Die herinnering aan die onreg wat die wetgewende gesag onder die tirannie van Nasionaal-Sosialisme gepleeg het, bevestig die standpunt dat in sulke hoogs uitsonderlike gevalle ('n moontlikheid wat nav die besondere feite *in casu* verwerp is) daar 'n grens moet wees waar regsekerheid moet swig voor materiële geregtigheid. Hierdie grens word soos volg deur die Hof (op 225) beskryf: *Die Norm einer Verfassung kann dann nichtig sein, wenn sie grundlegende Gerechtigkeitspostulate, die zu den Grundentscheidungen dieser Verfassung selbst gehören, in schlechthin unerträglichem Maße mißachtet.*

87 BVerfGE 84, 90(121) - *Enteignungen vor 1949*-saak.

88 BVerfGE 1, 208(243) (ongrondwetlikheid van 'n verhoogde steundrempel vir verteenwoordiging in die parlement van 'n federale deelstaat wat in effek tot uitsluiting van 'n voorheen verteenwoordigde minderheidsparty lei).

89 BVerfGE 10, 59(81).

grondwetlike norme dieselfde vir verskillende geloofsoortuigings of wêreldbeskouings uitgelê word.⁹⁰ Daar moet egter in gedagte gehou word dat laasgenoemde, soos reeds aangedui, nie impliseer dat die grondwet waarde-neutraal is nie.⁹¹

Die natuurregtelike waardes en beginsels is egter nie totaal uit die norme van die grondwet uitgesluit nie, daar die grondwetgewer naas die menswaardigheidsbeginsel van artikel 1(1) GG, die natuurregtelike idee van menseregte in die grondwet ingebed het in artikel 1(2) GG. Voorts het die grondwet sekere van hierdie natuurregtelike menseregte ingevolge artikel 1(3) GG gepositiveer as fundamentele regte. Die implikasie van artikel 1(3) GG is egter dat regs krag slegs verleen word aan daardie voorpositiewe menseregte wat in die grondwet opgeneem en gepositiveer is as fundamentele regte.

2.2 ALGEMENE BEGINSELS VAN GRONDWETLIKE KONSTRUKSIE

2.2.1 Doel van interpretasie

Stern meen algemene juridiese uitleg is nie bloot 'n subjektiewe voorwetenskaplike regsgevoel nie, maar die *wissenschaftlich-objektive, kritische und nachprüfbare Maßstäbe zur Erkenntnis des Rechts, zum Verstehen seines Sinnes*.⁹² Die regstaatlike ideaal van regsekerheid vereis juis dat die resultate van sodanige juridiese (ook grondwetlike) interpretasie en konstruksie ooreenkomstig 'n rasonale en kontroleerbare proses gevind en begrond moet kan word.⁹³ Terwyl algemene wetsuitleg daarna streef om die inhoud van 'n wetsbepaling vas te stel en te verstaan,⁹⁴

90 BVerfGE 12, 45(54) - *Kriegsdienstverweigerung* -saak: *Das Verfassungsrecht geht davon aus, daß die Grundlagen des politischen Zusammenlebens einheitlich für alle Staatsbürger zu bestimmen sind. Verfassungsbegriffe sind daher für alle Bekenntnisse und Weltanschauungen gleich zu interpretieren.* Vir die neutrale wêreldbeskouing van die Hof vgl voorts BVerfGE 12, 1(4); 19, 206(216); 24, 236(247-248) *Rumpelkammer*-saak; en 27, 195(201).

91 Vgl BVerfGE 2, 1(12) - *SRP*-saak; 5, 85(134 ev) - *KPD*-saak; 6, 32(40 ev) - *Elfes*-saak; en 7, 198(205) - *Lüth*-saak.

92 Vgl Stern *Staatsrecht* Vol I 33.

93 Sien Hesse *Grundzüge* 20.

94 Stern *Staatsrecht* Vol I 33. Vgl ook Coing *Auslegungsmethoden* 13: *Das Ziel jeder Interpretation ist das Verstehen des Textes, das Erfassen seiner geistigen Bedeutung seines Sinnes.* Zippelius *Methodenlehre* 39 stel dit weer as om die *Bedeutung der Gesetzesworte zu ermitteln, also jene Tatsachen-, Wert- und Sollensvorstellungen zu gewinnen, die durch sie*

fokus die grondwetlike hermeneutiek juis daarop om die verskillende aanwendingsmoontlikhede van grondwetlike norme, en in besonder dié van fundamentele regte (van sowel die subjektiewe as objektiewe sye), te ontsluit.⁹⁵ Daarom word voorkeur verleen aan daardie konstruksie wat *die juristische Wirkungskraft der betreffenden Norm am stärksten entfaltet*.⁹⁶ Hierdie doelwit vorm die primêre oogmerk van grondwetlike hermeneutiek. Dit is juis die taak van alle grondwetlike instellings (en nie slegs van die regsprekende gesag nie) om deur die grondwetlike konstruksieproses die eenvormigheid van die regsorde (en dus regsekerheid) vir alle burgers te verwesenlik en te waarborg.⁹⁷

2.2.2 Die *sui generis* aard van grondwetlike norme

Grondwetlike konstruksie beklee 'n besondere posisie in die regshermeneutiek weens die betekenis, status en eiesoortigheid wat die staatsreg in die positiewe reg geniet, deurdat die grondwet oor 'n eie normatiewe struktuur, funksie en waarde-karakter beskik.⁹⁸ Grondwetlike norme is daarom ook *sui generis* van aard, welke besondere eiesoortigheid voortspruit uit verskeie eienskappe.

bezeichnet sein sollen.

95 Vgl BVerfGE 6, 55(72) - *Steuersplittung*-saak; soos bevestig in 32, 54(71) - *Betriebsbetretungs*-saak; en 39, 1(37 ev) - *Schwangerschaftsabbruch I*-saak. Grondwetlike interpretasie streef dus volgens Häberle *Verfassungsinterpretation* 79 vt 1 die verwesenliking van die volgende oogmerke na: *Gerechtigkeit, Billigkeit, Interessenausgleich, befriedendes und befriedigendes Ergebnis, Vernünftigkeit, Praktikabilität, Sachgerechtigkeit, Rechtssicherheit, Berechenbarkeit, Transparenz, Konsensfähigkeit, Methodenklarheit, Offenheit, Einheitsbildung, 'Harmonisierung', normative Kraft der Verfassung, funktionelle Richtigkeit, effektive grundrechtliche Freiheit, soziale Gleichheit, (gemeinwohl) gerechte ('gute') öffentliche Ordnung.*

96 BVerfGE 6, 55(72) - *Steuersplittung*-saak. Die dinamiek van hierdie interpretasie-doelwit word treffend geïllustreer in juis die toepassing daarvan in die *Steuersplittung*-saak. Hier het die Hof 'n belastingreël van 1939 wat openlik teen getroude egpare diskrimineer deurdat hul inkomste gesamentlik bereken word in die hoop om die eggenote te ontmoedig om buite haar huis werksaam te wees, as ongrondwetlik bevind. Uit hoofde van hierdie doelwit vertolk die Hof art 6(1) GG se verpligting op die staat om die huwelik en gesin te beskerm, as dat die staat nie maatreëls mag tref soos dié in die belastingreg wat die volle verwesenliking van die fundamentele reg op die huweliks- en gesinslewe verhoed nie. Hierdie beslissing begrond die Hof op 'n tweeledige beskouing van die doel van art 6(1) GG. Eerstens waarborg art 6(1) GG die huwelik en gesin as instelling ('n sogenaamde *Instituts-* of *Einrichtungsgarantie*) wat beteken dat die wesenlike struktuur van die huwelik en gesin beskerm en onaangetas moet bly. Hiernaas vervul art 6(1) GG 'n tweede funksie wat eng aan die eerste verbonde is, naamlik dit vorm 'n fundamentele waarde-beskouing van die huwelik en gesin wat vir alle fasette van die publiek-sowel as privaatreg - ook *in casu* die belastingreg - geld. Hierdie tweede funksie kan nie bloot afgemaak word met die argument (soos *in casu* deur die Minister van Finansies) dat dit nie oor fundamentele regsdrag beskik nie en eintlik net as politieke of ekonomiese programdoelwitte (*Programmsatzkarakter*) waarde het.

97 BVerfGE 12, 45(54) - *Kriegsdienstverweigerung*-saak.

98 Stern *Staatsrecht* Vol I 102.

a) Materieel gesproke beliggaam die grondwet die mees fundamentele en rigtinggewende beginsels en waardes van die hele samelewing (die *Leitprinzipien* van die staatsgemeenskap en die *Grundzüge* van die gesamentlike regsorde - dus, die *Grundlagen der Ordnung des Gemeinwesens*).⁹⁹

b) Die grondwet bevat voorts die belangrikste maatreëls, prosedures, kompetensies en strukture vir die organisatoriese en materiële ordening van die staats- en gemeenskapslewe.¹⁰⁰ Dit skep dus 'n besondere ordeningskarakter wat Stern treffend omskryf as 'n grondwet wat *schöpft aus der Erfahrung der Vergangenheit, entscheidet in der Gegenwart und normiert für die Zukunft*.¹⁰¹

c) Grondwetlike norme beskik spesifiek oor 'n politieke karakter deurdat dit byvoorbeeld die algemene staatsregtelike kompetensies bepaal wat die politieke gang van sake beïnvloed.¹⁰² Die BVerfG het reeds by meerdere geleenthede bevestig dat die grondwetlike konstruksieproses nie die politieke werklikheid uit die oog moet verloor nie, hoewel dit nie impliseer dat regters die politieke arena betree nie.¹⁰³ Vandaar beskryf Schlothauer dan grondwetlike interpretasie as *politisch wertender Auslegung*.¹⁰⁴

d) Weens die besondere grondwetlike ordeningskarakter van die GG vorm dit 'n *Rahmenordnung* of 'n grondwetlike raamwerk waarvan die inhoud in baie gevalle verder deur gewone wette verwoord word.¹⁰⁵ Die grondwet het nie die staatsreg

99 Hesse *Grundzüge* 12; en Stern *Staatsrecht* Vol I 104.

100 Hesse *Grundzüge* 12-13; en Stern *Staatsrecht* Vol I 104.

101 Stern *Staatsrecht* Vol I 104.

102 Vgl Stern *Staatsrecht* Vol I 105; Ehmke *Verfassungsinterpretation* 339; en Hesse *Grundzüge* 13.

103 Vgl bv BVerfGE 1, 208(225); 2, 79(96); 4, 157(168 ev); 7, 1(14 ev); 8, 332(349); en 11, 266(273).

104 Vgl Schlothauer *Krise* 48. Kriele *Rechtsgewinnung* 60 meen dat dit selfs voordelig en bruikbaar kan wees, hoewel dit nie 'n voorvereiste is nie, dat grondwetlike regters oor politieke ervaring beskik. Hy beskryf die ideale grondwetlike regter as 'n polities ingeligte (*aufgeschlossene*) juris met 'n neiging na 'n *objektiver, distanziert-wissenschaftlicher Betrachtungsweise*.

105 Böckenförde 1976 *NJW* 2091. Art 75 GG beskryf die kompetensie van die federale gesag om die grondwetlike raamwerk of buitelynvorskrifte (*Rahmenvorschriften*) te bepaal vir die uitvoering van sekere owerheidskompetensies deur die *Länder* waaroor konkurerende gesag bestaan (art 72 GG) soos die neerlê van die basiese reëls vir universitêre opleiding, die pers- en filmwese, natuur- en omgewingsbewing ens. Oor die uitlegreël by sulke raamwerkvoorskrifte dat, in geval van twyfel, die kompetensie van die *Länder* om sulke aangeleenthede verder "in te vul" en te reguleer

gekodifiseer soos wat die Burgerlike Wetboek met die privaatreg gedoen het nie, maar reël slegs die belangrikste aspekte van die publiekreg, terwyl die konkretisering van fundamentele grondwetlike detail, op uitsonderings na, doelbewus aan gewone regsnorme oorgelaat is.¹⁰⁶

e) Die grondwet openbaar voorts 'n opvallende fragmentariese struktuur waaraan slegs deur 'n skeppende proses inhoud gegee kan word ten einde werklikheidsrelevante regstoepassing te verseker.¹⁰⁷ Hierdie bepaalde grondwetlike struktuur word veral veroorsaak deur die volgende besondere strukturele kenmerke van grondwetlike norme, en in besonder fundamentele regte en fundamentele grondwetlike beginsels.¹⁰⁸

(i) Hierdie fundamentele regte en fundamentele grondwetlike beginsels is meestal nie gedetailleerd nie, maar wyd, oop en onbepaald geformuleer, sodat dit eers gekonstrueer, geïnterpreteer, inhoud aan gegee en dus gekonkretiseer moet word alvorens dit oor volle effektiewe regsrag beskik.

(ii) Die fundamentele regte en grondwetlike beginsels bevat kort, bondige en kragtige bepalinge (*Lapidarformeln*) wat vanweë 'n bepaalde grondwetlike tradisie

nie meer beperkend uitgelê word as wat dwingend uit die woorde van die bepaling blyk nie, vgl die beslissing van 6 Junie 1989 oor die toelaatbaarheid van die regulering van perdry in woudgebiede deur die *Länder* in BVerfGE 80, 137(156-158) - *Reiten im Walde*-saak.

106 Vgl BVerfGE 7, 342(351): *Das Kodifikationsprinzip gilt nur für die Rechtsgebiete, die jeweils noch als bürgerlich-rechtlich anerkannt sind*. Vgl in die algemeen Hesse *Grundzüge* 11; en Ehmke *Verfassungsinterpretation* 337. Sien bv BVerfGE 50, 290(336 ev) vir die bewustelike ooplaai van die ekonomiese aspekte in die GG. Vir die paradigma-skuif in die Duitse regsgeeskiedenis vanaf die uitlegvoorrang van die gekodifiseerde siviele wette (Burgerlike Wetboek) na die grondwet in die Weimar-era, vgl Nörr 1993 Mei *Codicillus* 29-39.

107 Böckenförde 1976 *NJW* 2091.

108 Vgl veral Böckenförde 1976 *NJW* 2091. Sien ook BVerfGE 62, 1(39, 45) - *Bundestagauflosung*-saak; 79, 127(143) - *Rastede*-saak; 80, 315(333) - *Tamilen*-saak. Vgl voorts mbt bepaalde aspekte Alexy *Grundrechte* 15; Kriele *Rechtsgewinnung* 197; Müller *Methodik* 82, 84-85; Ehmke *Verfassungsinterpretation* 337-340; Hesse *Grundzüge* 11-13; en Stern *Staatsrecht* Vol I 104. Dit impliseer egter nie dat daar nie wel 'n aantal grondwetlike norme voorkom wat dieselfde mate van duidelikheid en sekerheid openbaar wat kenmerkend vir gewone wetgewing is nie. Vgl bv art 22 GG wat slegs lui: *Die Bundesflagge ist schwatz-rot-gold*. In teenstelling met die genoemde skrywerstandpunte, stem Starck *Verfassungsauslegung* 192 ev nie saam dat daar sulke groot strukturele verskille tussen die grondwetlike norme en gewone regsnorme bestaan nie. Hy erken wel dat die grondwet, in geheel beskou, 'n minder digte normatiewe karakter as 'n gewone wet vertoon. Hierdie eienskap word syns insiens egter verkeerdelik as gefragmenteerd bestempel, wat sou kon impliseer dat die grondwet uit brokstukke bestaan. Hy glo dit is allermins die geval daar die grondwet 'n goed geordende normatiewe geheelraamwerk vorm wat met 'n hoër regs waarde beklee is.

oor 'n spesifieke betekenis beskik wat soms moeilik uit die blote woorde van die grondwetlike teks verklaar kan word.

(iii) Hierdie norme stel soms grondwetlike doelwitte daar, maar laat die middele, wyses en intensiteit van verwesenliking oop.

(iv) Die norme is soms die resultaat van formele, selfs gedwonge, politieke kompromieë en daarom bestaan daar nie noodwendig konsensus oor die inhoud wat daaraan gegee moet word nie.

(v) Die GG vorm 'n strukturele eenheid (wat nie impliseer dat dit reeds afgesluit is of dat daar nie inherente spanning tussen die bepalings kan bestaan nie) wat alleen staan en uit dit self geïnterpreteer moet word. Die GG kan dus eers begryp word indien dit as 'n eenheid beskou en verklaar word.

2.2.3 Konkretisering *vis-à-vis* uitleg

Hierdie *sui generis* aard van grondwetlike norme bring onwillekeurig die relevansie van 'n stelling van die Switserse regswetenskaplike Hans Huber na vore, as hy aandui dat fundamentele grondwetlike norme, nie bloot *Obersätze, die nur noch mit mitteln der Logik auf Tatbestände angewandt werden müßten* is nie, soos gebruiklik vir die *Subsumtionsideal* van die negentiende eeuse regpositivisme.¹⁰⁹ Friederich Müller meld bevestigend dat die negentiende eeuse wilsteorie bloot nog van historiese waarde is, daar dit vandag ontoereikend is vir die interpretasie van 'n moderne grondwet.¹¹⁰ Hierop is die beskouing van Schmitt-Aßmann eweneens toepaslik as hy beweer dat die (grond-)wet, *ist bei alledem nicht ein Speicher fertiger Antworten, sondern enthält offene und verdeckte Konkretisierungsräume.*¹¹¹ Vir die konstruksie van grondwetlike norme is die blote meganiese aanwending van die klassieke uitlegkanons, soos dit by gewone wetgewing die geval is, dus nie meer toereikend nie.¹¹²

109 Huber *Konkretisierung* 204.

110 Müller *Methodik* 36, 83 en 270. Vgl bevestigend ook Hesse *Grundzüge* 22.

111 Schmidt-Aßmann *Rechtsstaat* 1018.

112 Vgl Stern *Staatsrecht* Vol I 104 en 106; Müller *Methodik* 82-84; Kriele *Rechtsgewinnung* 81-84;

Inderwaarheid setel die interpretasie van hierdie fundamentele grondwetlike norme in 'n komplekse en vae omskrewe normskeppende proses wat die klassieke uitlegkanons slegs as 'n beginpunt gebruik. Voorts is dit gesetel in 'n waarde- en belangefwegingsproses wat ten doel het om die konkretisering (aktualisering en ontplooiing) van daardie fundamentele grondwetlike norme te verwesenlik.¹¹³ Sodanige konkretisering van fundamentele regte vereis duidelikheid oor 'n algemene regs- en staatsbeskouing¹¹⁴ (dit wil sê ook oor die oogmerke en betekenis van die betrokke grondwetlike norm¹¹⁵). Konkretisering van fundamentele regte en fundamentele grondwetlike beginsels kan in die woorde van Huber beskryf word as *Verfassungsentfaltung, Ausschöpfung und Anreicherung, Rechtsfortbildung durch Erfüllung ganzer Normprogramme, im Laufe der Zeit und im Wandel der Gesellschaft*.¹¹⁶ Die onderskeid tussen tradisionele wetsuitleg en konkretisering van fundamentele grondwetlike norme word ten slotte treffend deur die volgende aanhaling van Böckenförde verwoord:

Interpretation ist Inhalts- und Sinnermittlung von etwas Vorgegebenem,

Ossenbühl 1976 *NJW* 2106 (hy meen dat moderne konstruksie van fundamentele regte hoofsaaklik die sistematies-teleologiese kanons gebruik sonder om 'n vaste metode te vorm); en Hesse *Grundzüge* 21-24. Die kwalifikasie moet egter bygevoeg word dat hierdie skrywers nie die waarde van klassieke uitlegkanons ontken nie, maar wel die feit dat dit alleen voldoende vir die regterlike konkretisering van fundamentele regte is. Vgl egter Starck *Verfassungslegung* 200 ev wat meer positief teenoor die bruikbaarheid van hierdie klassieke kanons van wetsuitleg vir die grondwetlike hermeneutiek staan: *Das Verfassungsrecht ist nicht durchgehend unbestimmter und vager formuliert als das andere Recht und nimmt daher unter methodologischen Gesichtspunkten keine Sonderstellung ein. ... Die auf das Verfassungsrecht bezogene Methodendiskussion verleitet häufig zu der Ahnnahe, daß es eine spezielle Methodik des Verfassungsrechts gibt. Selbst wenn man besondere Gesichtspunkte der Interpretation im Verfassungsrecht heranzieht, kann auf die klassischen Canones nicht verzichtet werden.* Hy vervolg later (op 203): *Die Kritik an dem positivistischen Subsumtionsideal und an der Willenstheorie darf nicht dazu führen, die Auslegungscanones, denen die kritisierten Vorstellungen mehr zu entnehmen können glauben, als in ihnen steckt, heute unter Wert zu veranschlagen. ... Bisher sind die Auslegungscanones unübertroffen in ihrer Ausrichtung auf die zu interpretierende Norm.*

113 Mbt konkretisering vgl oa BVerfGE 15, 226(233); en 62, 1(39) - *Bundestagauflösung*-saak. Vgl veral die klassieke werk van Engisch *Konkretisierung* 1 ev, vir 'n omvattende regsfilosofiese begroting van die konkretiseringsideaal. Sien voorts Huber *Konkretisierung* 191-207; Ossenbühl 1976 *NJW* 2105-2107; Stern *Staatsrecht* Vol I 105; Böckenförde 1974 *NJW* 1529; Hesse *Grundzüge* 17-18 en 24 ev; en Müller *Methodik* 26-27, 84, 154-175 en 270-291.

114 Böckenförde 1976 *NJW* 2097-2099 - hy bou so 'n grondwetlike begrip uit tot 'n bepaalde grondwetlike teorie as voorvereiste vir die grondwetlike konkretiseringsproses (vgl verder par 2.4.2 (c) *infra*).

115 Vgl Stern *Staatsrecht* Vol I 106.

116 Huber *Konkretisierung* 192 - 'n regsproses wat na sy mening reeds sedert 1874 deur die Switserse regbank toegepas word.

das dabei womöglich vervollständigt und in sich differenziert, insoweit auch inhaltlich reicher wird; Konkretisierung ist die (schöpferische) Ausfüllung von etwas nur der Richtung oder dem Prinzip nach Festgelegtem, das im übrigen offen ist und allererst der gestaltenden Verbestimmung zu einer volziehbaren Norm bedarf. ... Sie ist keine gewöhnliche Auslegung, vielmehr eine über Interpretation hinausgehende rechtsschöpferische Angelegenheit, 'mehr Sinngebung als Sinndeutung', gleichsam ein Inhalt 'von außen' her.¹¹⁷

2.2.4 Tweestap konkretiseringsmetodologie

Die konkretisering van fundamentele regte in die Duitse staatsreg bestaan metodologies gesproke uit twee belangrike stappe. Eerstens word die beskermingsveld van die betrokke fundamentele reg gekonstrueer en word die gewone regsnorm geïnterpreteer om te bepaal of eersgenoemde deur laasgenoemde beperk word. Tweedens, indien bevind is dat die fundamentele reg inderdaad deur die gewone regsnorm beperk is, word daardie beperking beoordeel om te bepaal of dit grondwetlik geregverdig kan word.¹¹⁸ Hierdie basiese tweestap metodologie is nie deur die GG voorgeskryf nie, maar is dogmaties deur die BVerfG self ontwikkel.¹¹⁹

117 Böckenförde *Grundrechtsdogmatik* 56. Hy onderskei (*ibid* 56 vt 115) naas konkretisering as die gestaltegewende-skeppende uitleg waarin inhoud aan 'n norm gegee word, ook 'n ander vorm van konkretisering wat nie daarmee verwar moet word nie. In laasgenoemde opsig is konkretisering 'n noodwendige tussenstap in die toepassing van regsnorme met 'n meer algemene karakter op die praktiese geval, waar konkretisering dan verstaan word as die *Bildung von Untersätzen, die die Subsumtion des zu entscheidenden Sachverhalts ermöglichen, aus den vorhandenen rechtlichen Normen*.

118 Vgl Starck *Verfassungsauslegung* 213. Alexy *Grundrechte* 258-267 meld dat ten spyte van talryke pogings daartoe, daar geen algemene struktuurteoretiese fundering vir die beperking van fundamentele regte bestaan nie. (Sy eie teorie sentreer hoofsaaklik rondom die direkte en indirekte grondwetlike kompetensie ter beperking van fundamentele regte.) Vir die huidige bespreking word volstaan met die handige uiteensetting deur Pieroth en Schlinck *Grundrechte* 59-80.

119 Die Hof het die verhouding en aanwendingsvoorkeur tussen die beskerming en beperking van fundamentele regte duidelik in die *Betriebsbetretungsrecht*-saak BVerfGE 32, 54(72))uitgespel: *Selbst wenn dies zuträfe* [die staat se eng interpretasie van die begrip woning (wat nav art 13 GG onaantasbaar is) ten einde administratiewe regulering van besigheids- en fabriekspersoneel te kan regverdig] *müßte es bedenklich erscheinen, den Wirkungsbereich des Grundrechts vom Schrankenvorbehalt her zu bestimmen und etwa zu argumentieren: weil bei weiter Auslegung die Schrankenziehung praktische Schwierigkeiten bereite, sei die engere Auslegung zu wählen, bei der die Schranken gegenstandslos würden. Vielmehr ist zunächst die materielle Substanz des Grundrechts zu ermitteln; erst danach sind unter Beachtung der grundsätzlichen Freiheitsvermutung und des Verfassungsgrundsatzes der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit die rechtsstaatlich vertretbaren Schranken der Grundrechtsausübung zu fixieren.*

Ten einde sinvol met die beskerming en beperking van fundamentele regte om te gaan, moet terminologiese duidelikheid oor verskillende begrippe rakende die beskermingsveld eers verkry word.¹²⁰ Verskillende fundamentele regte geld op verskillende wyses op verskillende lewensterreine deurdat dit bepaalde omskrewe individuele belange teen owerheidsinbreuke beskerm. Hierdie verskillende beskermde lewensterreine word op verskillende maniere in die regs literatuur beskryf en ingedeel. Pieroth en Schlink onderskei tussen die *Schutzbereich* of beskermingsveld, en *Regelungsbereich* of geldingsveld van 'n fundamentele reg.¹²¹ Hesse en Müller beskryf die beskermingsveld as die *Normbereich* of normatiewe veld van 'n fundamentele reg in hulle onderskeie teorieë oor die interpretasie van fundamentele regte.¹²² Starck bestempel ook die beskermingsveld van 'n fundamentele reg as die *Schutzbereich*.¹²³ Alexy noem dit ook die *Schutzbereich* wat hy egter onderskei van die *Tatbestand* of feite van die saak wat verskillend vasgestel word.¹²⁴ Die BVerfG verwys ook algemeen na die beskermingsveld van 'n fundamentele reg as die *Schutzbereich*, hoewel dit soms ook beskryf word as die *materielle Substanz, Schutzgut* of *Kernbereich* van die fundamentele reg.¹²⁵

Die beskermingsveld van elke fundamentele reg word telkens deur middel van 'n

120 Alexy *Grundrechte* 34 word ondersteun as hy in hierdie opsig meld: *Wenn keine Klarheit über die Struktur der Grundrechte und der Grundrechtsnormen herrscht, kann Klarheit im grundrechtlichen Begründen nicht erreicht werden. Entsprechendes gilt für alle grundrechtsdogmatischen Begriffe.* Hy verwys na die verwarring wat in die regspraak en regswetenskap bestaan (lg erger as eg) oor begrippe rondom fundamentele regte. Hy verskaf bv die volgende voorbeelde van sinonieme wat deur die BVerfG vir die objektiewe sy van fundamentele regte gebruik word: *wertentscheidende Grundsatznorm, Wertentscheidung, Wertgehalt, Verfassungswert, gemeinschaftsbildende Wert*; of vir sosiaalstaatlikheid: *soziale Ordnungsprinzipien, Richtlinien, Impulse, Strukturprinzipien, Grundprinzipien, Leitnorm, Maßstabnorm, Postulate, Aufgaben* en *Schutzpflicht*.

121 Pieroth en Schlink *Grundrechte* 57-58. Die beskermingsveld beskryf daardie deel van die regswerklikheid (*Wirklichkeitsausschnitt*) waarin die wesenlike inhoud van 'n fundamentele reg beskerm word, soos byvoorbeeld dat slegs vreedsame en ongewapende openbare byeenkomste in art 8(1) GG beskerm word. Die geldingsveld, daarenteen, omvat bloot die soort lewensterrein in die algemeen waarin die beskermingsveld staan sonder om dit te onderwerp aan die kwalifikasies wat vir die beskermingsveld geld. Dit beteken dat alle openbare byeenkomste, ongeag die kwaliteite daarvan, onder die lewensterrein, en dus geldingsveld, van art 8(1) GG se reg op vryheid van versameling val.

122 Hesse *Grundzüge* 46 en Müller *Methodik* 27 ev en 280 ev. Vgl par 2.4.2. (b) *infra* mbt elkeen se benadering.

123 Starck *Verfassungsauslegung* 214.

124 Alexy *Grundrechte* 273 ev.

125 Vgl bv BVerfGE 10, 185(199); 32, 54(72) - *Betriebsbetretungsrecht*-saak; 50, 290(354) - *Mitbestimmungsgesetz*-saak; 61, 1(7) - CSU: *NPD Europa*-saak; 66, 116(134); 67, 213(224) -

interpretasiehandeling¹²⁶ tydens die eerste konkretiseringstap bepaal met behulp van die kanons, beginsels en argumente wat hierna bespreek word. Hoewel die BVerfG bevind het dat die beskermingsveld van 'n fundamentele reg eers bepaal moet word alvorens die beperking daarvan geregverdig word, behoort 'n enkele fundamentele reg nie in isolasie betrag te word nie. Daar kan moontlik meerdere fundamentele regte se beskermingsvelde ter sprake wees wat mekaar wedersyds beperk. So ook kan die beskermingsveld en die beperking van 'n fundamentele reg op mekaar gerig wees.¹²⁷ Daarom moet die beskermingsveld deur middel van sistematiese konstruksie reeds met die beperkings in ag bepaal word. Die tweestap metodologie geskied dus nie in isolasie en analities vervreemd van mekaar nie, maar 'n streng interaksie word tussen die twee konkretiseringstappe gevolg. Daar bestaan in ieder geval 'n sterk verband tussen die beskermingsveld en die beperking van fundamentele regte, deurdat hoe wyer die beskermingsveld van 'n fundamentele reg is, des te groter die moontlikheid dat owerheidshandelinge daarop inbreuk kan maak, en omgekeerd.¹²⁸

2.2.5 Kanons van konstruksie

Volgens Ehmke bestaan daar twee redes waarom die algemene kanons van wetsuitleg steeds van belang vir grondwetlike konstruksie en interpretasie is.¹²⁹ Eerstens ter wille van die eenheid van die reg en dus regsekerheid in die algemeen, en tweedens omdat die huidige stand van die grondwetlike interpretasie en konstruksie in die Duitse reg juis die resultaat is van die staatsreg se oornome van die regspositivistiese uitlegreëls vanuit die privaatreë. Die belangrikste bron van gewone wetsuitleg is tradisioneel die klassieke reëls¹³⁰ of kanons van wetsuitleg.¹³¹

Anachronistischer Zug-saak; 69, 1(54) - *KDNVG*-saak; en 80, 137(154) - *Reiten im Walde*-saak.

126 Starck *Verfassungsauslegung* 214.

127 Pieroth en Schlinck *Grundrechte* 63-64.

128 Pieroth en Schlinck *Grundrechte* 62.

129 Ehmke *Verfassungsinterpretation* 329.

130 Alexy *Theory of Legal Argumentation* 244-245 meen dit is nie reëls in die ware sin van die woord nie omdat dit nie bepaal wat voorwaardelik of onvoorwaardelik moet geskied of nagestreef word nie, maar is andersyds meer as blote riglyne waarvolgens vroe tydens uitleg gestel word. Hy verwys in dié verband na die mening van verskeie regsgeleerdes: *Rottleuthner denies that [the logical status of the canons] have the character of rules. ... Hart calls them 'general rules for the use of language'. Müller speaks of 'elements in the process of concretization' and 'moments in a unitary interpretative procedure', Larenz of 'guiding perspectives to which variable weight is assigned'.*

Aanvanklik het Friederich Carl von Savigny, die vader van die moderne teorie en praktyk van wetsuitleg in Duitsland, vier klassieke bronne vir wetsuitleg onderskei, naamlik die grammatiese, logiese, historiese en sistematiese kanons.¹³² Deurdat Von Savigny egter sy voorstel toegespits het op die Duitse privaat- en strafreg van 1840 wat weens die histories-positivistiese inslag¹³³ daarvan en veranderende kontemporêre sosiale omstandighede nie vergelykbaar is met die moderne staatsreg se regstaatlike en waarde-gerigte karakter nie,¹³⁴ is sy vier uitlegkanons alleen nie in staat om in hul oorspronklike inhoud die eise van moderne grondwetlike hermeneutiek aan te spreek nie.¹³⁵

Bykomende kanons van konstruksie soos teleologiese interpretasie en spesifieke beginsels vir die konkretisering van grondwetlike norme en veral dan van fundamentele regte, soos *verfassungskonforme Auslegung*, *grundrechtskonforme Auslegung*, belange-afweging en balansering van waardes, word tewens, soos

131 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 82.

132 Vgl Von Savigny *System* 212 ev. Sien in die algemeen Kriele *Rechtsgewinnung* 67-84; Alexy *Theory of Legal Argumentation* 3 en 234; Schlothauer *Krise* 47-48; Müller *Methodik* 80-82; Zippelius *Methodenlehre* 39-41; Starck *Verfassungsauslegung* 200; en Larenz *Methodenlehre* 11-19. Volgens Kriele (*ibid* 78) behoort Von Savigny egter nie die onreg aangedoen te word deur sy metodeleer tot bloot die vier uitlegkanons van wetsuitleg te reduseer nie. Von Savigny *System* 212 ev en 224 maak naamlik (volgens Kriele *ibid* 68) 'n belangrike onderskeid tussen wetsuitleg en uitleg van andere regsbronne. Waar eersgenoemde gekenmerk word deur 'n strengheid, is laasgenoemde meer vryer en is regskepping selfs moontlik.

133 Soos weerspieël in sy stelling dat hy die *Rekonstruktion des dem Gesetze inwohnenden Gedankens*, beoog. Vgl Von Savigny *System* 212-213. Hierdie wetsinhoud lei hy veral in sy latere werk nie van die wetgewer as sodanig af nie, maar vanaf die wetgewer as die verteenwoordiger van die "volksgees". Vgl Von Savigny *ibid* 39; 44. Beide Müller *Methodik* 77 en Forsthoff *Verfassungsauslegung* 39-40 stel dit egter duidelik dat Von Savigny nie 'n regspositivis was nie. Voorts meen hierdie skrywers, soos Kriele *Rechtsgewinnung* 81, dat Von Savigny se uitlegsreëls nie sondermeer met die staatsregtelike wetspositivisme van Laband gelykgestel moet word nie.

134 Von Savigny (*System* 2, 23 en 39 en *Methodenlehre* 13) het sy teorie weens verskeie redes bewustelik tot die privaatreg en strafreg beperk waaronder, volgens Starck *Verfassungsauslegung* 200, die feit dat die publiekreg nie in daardie tyd so ontwikkel was soos die privaatreg en strafreg nie en omdat 'n sterk resepsie van die Romeinse reg in die Duitse privaatreg plaasgevind het.

135 Polemiek heers in regsteoretiese geleedere oor die vraag tot watter mate die moderne wetsuitleg, en veral dan vir grondwetlike interpretasie, steeds op die Savignyaanse uitlegkanons terug kan val. Kritiek teen Von Savigny se leer lui veral dat hy onvoldoende (en in sy aanvanklik werk selfs geen) ruimte laat vir aspekte van moderne interpretasie soos teleologiese interpretasie, regterlike regsuitbouing en leemte vuling, verrekening van waardes soos 'n regverdige resultaat. Vgl Kriele *Rechtsgewinnung* 68-69, 77-78, 81-84; Böckenförde 1976 *NJW* 2091; en Müller *Methodik* 80-82. Hierteenoor staan Starck *Verfassungsauslegung* 200 meer positief oor die aanwendingswaarde van Von Savigny se uitlegkanons vir die grondwetlike hermeneutiek. Hy argumenteer dat Von Savigny se stilswee oor die staatsreg nie as regverdiging vir 'n spesiale posisie vir grondwetlike konstruksie kan dien wat die aanwending van die vier klassieke uitlegkanons tot die privaatreg beperk nie.

hieronder aangedui, in die grondwetlike regspraak gevind. Dit is duidelik dat daar uit hoofde van die *sui generis* aard van fundamentele regte 'n gebrek aan 'n geslote algemeengeldende interpretasiesisteen vir daardie regte bestaan, sodat 'n individuele benadering gevolg word met betrekking tot elke spesifieke geval.¹³⁶ Die BVerfG word dus sterk beïnvloed deur die besondere feite van elke saak - die regsworklikheid waarmee dit gekonfronteer word¹³⁷ - in hul strewe na verwesenliking van geregtigheid in die spesifieke geval (*Sachgerechtigkeit*) wat voor die Hof dien.¹³⁸

Hoewel daar tydens die grondwetlike konkretiseringsproses wel bykomende hulpmiddels aangewend word, vorm 'n aangepaste formaat van die klassieke kanons van konstruksie steeds die belangrikste teoretiese grondslag en vertrekpunt in grondwetlike hermeneutiek.¹³⁹

*Diesem Auslegungsziel dienen die Auslegung aus dem Wortlaut der Norm (grammatische Auslegung), aus ihrem Zusammenhang (systematische Auslegung), aus ihrem Zweck (teleologische Auslegung) und aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung).*¹⁴⁰

In die lig van klemverskille tussen skrywers oor die indeling van die verskillende kanons van grondwetlike konstruksie word volstaan met die indeling van Alexy en Dreier.¹⁴¹

136 Vgl Ossenbühl 1976 NJW 2106.

137 Sien Müller *Methodik* 42-61 vir voorbeelde van werklikheids-elemente wat by verskillende fundamentele regte 'n rol speel.

138 BVerfGE 80, 109(118).

139 Vgl Stern *Staatsrecht* Vol I 103. Müller *Methodik* 214 merk op dat die bykomende grondwetlike uitlegmetodes (wat hierna bespreek word) tot 'n mindere mate selfstandig is en tot 'n meerdere mate *Unterfälle* van die uitlegkanons vorm.

140 BVerfGE 11, 126(130 ev). Vgl bevestigend BVerfGE 35, 263(278 ev). Op 22 Februarie 1988 stel die hof in die *Rastede*-saak (BVerfGE 79, 127(144)) die verhouding van die uitlegkanons as volg: *Zwar ließe vom Wortlaut her die Stellung der Worte 'im Rahmen der Gesetze' innerhalb der Vorschrift auch eine andere Deutung zu. Um Sinngehalt und Tragweite der Grundrechtsbestimmungen und anderen Garantienormen, denen oft eine lapidare Sprachgestalt eigen ist, richtig zu erfassen, ist jedoch der Blick auf das rechtliche und historische Umfeld der Entstehung der Verfassungsnorm sowie auf ihre Zielrichtung erforderlich, wie sie sich in den Beratungen darstellte und wie sie schließlich im Normzusammenhang ihren Ausdruck gefunden hat.*

141 Sien Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 82 ev vir 'n algemene beskrywing. Vgl bv ook die voorbeelde van interpretasie-metodes in Schneider 1963 *VVDStRL* Vol 20 6-13; Larenz *Methodenlehre* 307-335; Starck *Verfassungsauslegung* 199 ev; Stern *Staatsrecht* Vol I 34-35;

a) Grammatikale konstruksie

Grammatikale konstruksie ondersoek die semantiese inhoud en sintaktiese struktuur van die regsnorm wat interpreteer word.¹⁴² Die betekenis van die woorde van die normteks (*Wortlaut*) word met behulp van die grammatikale en logiese¹⁴³ kanons gevind, insover dit versoenbaar is met die objektiewe betekenis en doel van die grondwetlike norm.¹⁴⁴ Die *Wortlaut* (normteks) vorm dus in beginsel die onoorskrybare grens tydens grondwetlike konstruksie en interpretasie.¹⁴⁵

Daar bestaan nie altyd duidelikheid oor wanneer die tegniese betekenis voorkeur bo die gewone betekenis geniet nie.¹⁴⁶ Verskillende aanduidings word in die regspraak gevind. Die BVerfG verkies byvoorbeeld die wye beskerming van die gewone betekenis bo die enger tegniese betekenis van registerterminologie tydens konstruksie van die verbod teen terugwerkende gelding van strafbepalings (artikel 103(2) GG).¹⁴⁷ Daarenteen het die BVerfG in die *Rundfunk 1*-saak bevind dat die woord *Fernmeldewesen* in artikel 73(7) GG se toewysing van federale kompetensies ooreenkomstig die *natürlichen Wortverständnis und dem allgemeinen Sprachgebrauch* gekonstrueer word.¹⁴⁸ Hiervolgens sou die woord *Fernmeldewesen* 'n tegniese begrip wees wat net tegniese aspekte van die uitsaai van programme omvat, maar nie die tegniese voorbereidingsfase van programme in die ateljee nie.

en Coing *Auslegungsmethoden* 13-21.

142 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 82.

143 Tradisioneel is die logiese kanon afsonderlik van die grammatikale kanon ingedeel. Die doel was dan om die norm se logiese betekenis tot ander aspekte (of die norm se konseptuele strukture) vas te stel. Vgl Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 82; en Kriele *Rechtsgewinnung* 82. Hoewel Stern *Staatsrecht* Vol I 34-35 die logiese kanon steeds afsonderlik behandel, beskou die moderne regsteorie dit deels onder die trefwydte van die grammatikale en sistematiese kanons en deels onder die dogmatiese argumentasieproses. Vgl Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 83.

144 Vgl bv BVerfGE 1, 299(312): *Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist der in dieser zum Ausdruck kommenden objektivierte Willen des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist.* sien voorts BVerfGE 2, 266(282); 4, 7(22); 8, 38(41); 67 213(224) - *Anachronistischer Zug*-saak; en 69, 1(29 ev)- *KDVNG*-saak. Vgl ook Schlothauer *Krise* 48.

145 Vgl BVerfGE 71, 108(115) - *Anti-Atomplakette*-saak: *Der mögliche Wortsinn des Gesetzgebers markiert die äußerste Grenze zulässiger richtlicher Interpretation.*

146 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 83.

147 BVerfGE 71, 108(115) - *Anti-Atomplakette*-saak: *Wenn, wie gezeicht, Art. 103 Abs. 2 GG Erkennbarkeit und Vorhersehbarkeit der Straf- oder Bußgeldandrohung für den Normadressaten verlangt, so kann das nur bedeuten, daß dieser Wortsinn aus der Sicht des Bürgers zu bestimmen ist.*

In die algemeen gestel verkies die Hof daardie interpretasie wat die beste beskerming aan die fundamentele regte van burgers verleen soos die volgende teenstrydige aanwending van die grammatikale kanon treffend illustreer. In een geval is 'n eng tegniese (juridiese) konstruksie van die begrip deursoekings (*Durchsuchungen*) van 'n woning in artikel 13(2) GG verwerp ten gunste van die algemene betekenis van die duidelike *Wortlaut*. Anders sou dit impliseer dat die deursoeking van die gebou ten einde sake as pand op te kan eis, nie onder die beskermingsveld van artikel 13 GG, wat die onaantasbaarheid van die woning waarborg, behoort nie.¹⁴⁹ Hierteenoor is in die eerste deel van die *Betriebsbetretungs*-saak juis van die algemene betekenis van die grondwetlike term *Wohnung* in artikel 13(1) GG afgewyk deur dit volgens 'n tradisionele grondwetlike (regstegniese) betekenis te konstrueer, ten einde ook die onaantasbaarheid van 'n besigheidspersoneel te bewerkstellig en sodoende die juridiese werking van daardie fundamentele reg ten beste te verwesenlik.¹⁵⁰

b) Genetiese konstruksie

Genetiese konstruksie speur die werklike bedoeling van die historiese wetgewer tydens die ontstaansgeskiedenis van die bepaling na. Hierdie subjektiewe wetgewersbedoeling geniet in navolging van die objektiewe teorie van grondwetlike interpretasie tans nie meer primêre status tydens grondwetlike konstruksie nie.¹⁵¹ In die praktyk wend die BVerfG hierdie kanon slegs ondersteunend tot ander kanons aan en ter bevestiging van 'n interpretasie-resultaat waaroor nog twyfel bestaan.¹⁵² In die *Elfes*-saak is byvoorbeeld na die ontstaansgeskiedenis van artikel 2(1) GG verwys ter ondersteuning van 'n konstruksie van die begrip *verfassungsmäßige Ordnung* wat reeds met behulp van sistematies-teleologiese argumente verkry is; naamlik dat

148 BVerfGE 12, 205(226 ev).

149 Vgl BVerfGE 51, 67(106).

150 BVerfGE 32, 54(70 ev). Die beperking is egter weens ander oorwegings in die tweede deel van die saak geregverdig.

151 BVerfGE 11, 126(130) bepaal dat: *Der Wille des Gesetzgebers kann bei der Auslegung des Gesetzes nur insoweit berücksichtigt werden, als er in dem Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat.* Vgl ook BVerfGE 62, 1(45) - *Bundestagsauflösung*-saak.

152 BVerfGE 1, 299(312): *Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.*

daardie begrip nie net op *elementare Verfassungsgrundsätze* dui nie, maar ook op *jede formell und materiell verfassungsmäßige Rechtsnorm*.¹⁵³ Uitsonderings kom wel voor indien die ontstaansgeskiedenis pertinent op 'n bepaalde tegniese betekenis dui,¹⁵⁴ of in gevalle waar nog nie voldoende tyd verloop het om vaste grondreëls te ontwikkel nie wanneer meer waarde aan die ontstaansgeskiedenis geheg word.¹⁵⁵

Omdat die moderne wetgewende proses kompleks is, is dit moeilik om die subjek te bepaal wie se bedoeling van belang is vir die interpretasieproses. Daarom beslis die BVerfG dat die standpunt van 'n enkele persoon, party of liggaam nie deurslaggewend is vir die konstruksie van daardie wetsbepaling nie.¹⁵⁶ Artikel 77(1) GG bepaal voorts dat die *Bundestag* oor die federale wetgewende kompetensie beskik wat beteken dat daardie liggaam se bedoeling, soos *expressed clearly and unanimously by all participants in the plenum*, deurslaggewend is.¹⁵⁷ Die oogmerk van ander deelnemers aan die wetgewingsproses soos individuele lede van die wetgewer, parlementêre komitees, die regering of die ministeriële burokrasie help bloot om die *Bundestag* se bedoeling vas te stel.¹⁵⁸ Die wetgewingsmateriaal wat tydens die wetsbepaling se verskillende stadia in die wetgewingsproses gebruik is, kan wel van bykomende hulp wees om die wetgewer se bedoeling te bepaal¹⁵⁹ - onderhewig egter aan die uitdruklike kwalifikasie dat dit gewoonlik nie deurslaggewende gewig sal dra nie.¹⁶⁰

c) Historiese konstruksie

Historiese konstruksie fokus op die historiese verloop van daardie selfde regsnorm in voorafgaande wette.¹⁶¹ So byvoorbeeld het die BVerfG tydens die bepaling van die betekenis van die reg op die onaantasbaarheid van die woning (artikel 13(1) GG), die

153 BVerfGE 6, 32(38 ev).

154 BVerfGE 11, 139(149). Vgl bv in die staatsorganisasiereg art 30 GG se vermoede ten gunste van die *Länder* se kompetensie.

155 Vgl BVerfGE 62, 1(45) - *Bundestagsauflösung*-saak wat BVerfGE 1, 117(127) bevestig.

156 BVerfGE 1, 299(312): *Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung*. Vgl eweneens mbt die grondwetlike proses BVerfGE 6, 55(75).

157 Volgens Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 87.

158 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 86.

159 Stern *Staatsrecht* Vol I 34.

160 BVerfGE 62, 1(45) - *Bundestagsauflösung*-saak: *Ausschlaggebende Bedeutung kommt den Verfassungsmaterialien allerdings in der Regel nicht zu*.

161 Vgl Stern *Staatsrecht* Vol I 34; Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 87; Schlothauer *Krise*

ontwikkeling van daardie regsfiguur in die Frankfurtse, Pruisiese en Weimar-grondwette ondersoek.¹⁶²

In gevalle waar die GG grondwetlike bepalings onveranderd vanuit die Weimar Ryksgrondwet oorgeneem het, kan, tensy die teendeel blyk, die Weimarbeteekenis as vertrekpunt aanvaar word.¹⁶³ Die beginsel van grondwetlike kontinuïteit impliseer egter nie 'n vermoede ten gunste van die voortbestaan van sodanige grondwetlike regsinstellings of regsfigure wat teenstrydig met die fundamentele uitgangspunte en waardes van die GG is nie.¹⁶⁴ Dit beteken byvoorbeeld dat staatsamptenare nie onder die GG polities aktief mag wees soos wat dit onder die Weimar grondwetlike bestel toelaatbaar was nie.¹⁶⁵

Dit is soms moeilik om in die regspraak van die BVerfG genetiese van historiese argumente te onderskei, omdat die vae term, ontstaansgeskiedenis, gebruik word om genetiese konstruksie te beskryf.¹⁶⁶ Die strewe na 'n kontinue grondwetlike interpretasie en na grondwetlike eenheid word soms uit die selfstandige gebruik van die begrip *geistesgeschichtliche Zusammenhang* afgelei.¹⁶⁷ Hieruit kan daar dan later 'n bepaalde soort ononderbroke konkretiseringspatroon van 'n spesifieke grondwetlike norm met behulp van sistematiese en grammatikale konstruksie afgelei word. Die wisselwerking tussen die historiese en genetiese kanons kan dus saam met die ander kanons waardevol wees vir die bepaling van die normatiewe trefwydte van 'n

48; en Müller *Methodik* 204-207.

162 Vgl BVerfGE 32, 54(69). In *casu* het die Hof ook histories-regsvergelijkend te werk gegaan, deurdat na die maatreëls ter beskerming van die woning in die Belgiese grondwet van 1831 verwys is. Sien ook BVerfGE 2, 124(128) en 4, 115(128).

163 Vgl BVerfGE 2, 380(402) wat bevestig dat die historiese betekenis in beginsel steeds 'n faktor bly, soos hierdie konstruksie van art 14 GG wat die reg op eiendom uitlê, *wie es das bürgerliche Recht und die gesellschaftlichen Anschauungen geformt haben*. Vgl voorts BVerfGE 3, 407(415); 26, 281(299); en 29, 183(190).

164 BVerfGE 6, 132(170). Die interpretasie van die kontinuïteitsbeginsel op grond van nie-grondwetlike politiese of sosiologiese oogmerke, is egter nie met die gees van die grondwet versoenbaar nie.

165 BVerfGE 6, 132(170).

166 Vgl bv BVerfGE 1, 299(312); 6, 55(75 ev); en 12, 205(224) - *Rundfunk 1*-saak. In hierdie sake blyk dit duideliker dat hier sprake van genetiese konstruksie is as die konteks waarin die spesifieke teks staan, in ag geneem word. Die kans op verwarring bly egter bestaan soos in BVerfGE 11, 126(130). In kontras hiermee het die Hof egter in die *Rastede*-saak van 23 November 1988 BVerfGE 79, 127(144-145) wel duidelik tussen historiese konstruksie en die ontstaansgeskiedenis, maw genetiese konstruksie, onderskei. Vir die onderskeid tussen die genetiese en historiese kanons vgl voorts Müller *Methodik* 204-205; Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 85; en Coing *Auslegungsmethoden* 14.

grondwetlike norm.¹⁶⁸

d) Sistematiese en kontekstuele konstruksie

Die sistematiese of kontekstuele kanon fokus op die samehang en die verhouding waarin 'n regsnorm of regsvoorskrif (en daarmee saam die toepaslike regsfiguur) tot ander regsnorme en regsinstellings (in daardie wet en regsorde) staan.¹⁶⁹ Die huidige studie bevestig dat sistematiese argumente te same met teleologiese-waardegerigte konstruksie die belangrikste kanons van grondwetlike konstruksie in die Duitse staatsreg vorm. 'n Verskeidenheid van grondwetlike interpretasiebeginsels wat meestal afsonderlik deur skrywers behandel word, soos die beginsels van grondwetlike eenheid, die integreerende werking van die grondwet, funksionele konstruksie, *verfassungskonforme Auslegung*, asook die interpretasierol van die voorrede en van fundamentele grondwetlike beginsels soos demokrasie, regstaatlikheid en sosiaalstaatlikheid, ressorteer inderwaarheid onder die sistematiese kanon. Hoewel hierdie beginsels tans in navolging van die Duitse regsteorie telkens afsonderlik hanteer word, kan dit ook onder hierdie kanon van konstruksie geakkommodeer word.

e) Regsvergelykende konstruksie

Regsvergelykende argumente bestudeer vergelykbare regsnorme en regsfigure uit vergelykbare vreemde regstelsels; en met betrekking tot fundamentele regte, ook regionale en internasionale ontwikkelinge op daardie gebied vir sover daar eenvormigheid bestaan.¹⁷⁰ Regsvergelykende interpretasie kan as 'n goeie kontrolemaatstaf vir regsontwikkeling in die staatsreg dien, veral waar leemte vuling deur middel van skeppende interpretasie plaasvind.¹⁷¹ 'n Goeie voorbeeld van die

167 Vgl bv BVerfGE 19, 303(314 ev).

168 Vgl Müller *Methodik* 216.

169 Sien Stern *Staatsrecht* Vol I 34; en Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 88. Vgl BVerfGE 12, 205(226-229) - *Rundfunk I*-saak. Hier is bevind dat die sistematiek van die GG 'n streng beperkende interpretasie ten gunste van die kompetensies van die federasie (art 73 GG) vereis. Dit impliseer dat tensy die teendeel uitdruklik in die GG aangedui is, die grondbeginsel geld dat die *Länder* se kompetensie toepassing vind. Vgl voorts BVerfGE 24, 184(195-196) - *Zustimmungsgesetz*-saak; en 32, 54(71 ev).

170 Vgl Häberle *Rechtsvergleichung* 36-40.

171 Vgl BVerfGE 3, 225(224); en Stern *Staatsrecht* Vol I 35.

gevolg van regsvergelende interpretasie word gevind in die wye konstruksie van die reg op onaantasbaarheid van die woning (artikel 13(1) GG) in die eerste deel van die *Betriebsbetretungsrecht*-saak wat daardie beskerming ook na 'n besigheidspersoneel uitbrei nadat die interpretasie en konkretisering van daardie regsbeginsel in vreemde regstelsels bestudeer is.¹⁷² Die BVerfG het egter tot datum geen duidelike, eenvormige of omvattende metodologie ontwikkel waarvolgens regsvergeliking tydens die konkretisering van grondwetlike norme geskied nie.

f) Teleologiese konstruksie

Teleologiese interpretasie konstrueer en ondersoek die betekenis, doel en invloed van die regsnorm wat geïnterpreteer word in die lig van die waarde-karakter van die grondwet.¹⁷³ Teleologie dien dus as kontrolemaatstaf om te verseker dat die wetgewer binne die voorgeskrewe grondwetlike ruimte handel.¹⁷⁴ Schlothauer beskryf dit bloot as die aanwending van die geobjektiveerde wetgewersbedoeling,¹⁷⁵ terwyl Stern en Müller meen die *ratio legis* of die *telos* van die regsnorm word nagevors.¹⁷⁶ Omdat die interpreteerder 'n waarde-oordeel moet uitspreek om genoemde doel of invloed van 'n regsnorm in die lig van die grondwetlike waardes te bepaal, beskik hy of sy oor 'n groot mate van vryheid en kan 'n mate van subjektiwiteit in die uitlegresultaat neerslag vind.¹⁷⁷ Hierdie gevaar, dat die persoonlike mening eerder as die juridiese oordeel van die interpreteerder weergegee word, of dat 'n hof as wetgewer pleks van regspreker kan optree, maak dit 'n omstrede kanon van konstruksie.¹⁷⁸ Soms word die teleologiese kanon as versamelnaam

172 BVerfGE 32, 54(70). Sien ook BVerfGE 7, 198(208) - *Lüth*-saak se verwysing na die Franse verklaring van mense- en burgerregte van 1789 mbt art 5 GG se reg op vrye meningsuiting. Sien voorts BVerfGE 73, 339(376) - *Solange 2*-saak, vir die verwysing na die regspraak van die Italiaanse grondwetlike hof mbt die ruimte wat die nasionale grondwet toelaat vir die oordrag van uitvoerende kompetensies na interstaatlike instellings van die Europese Gemeenskap (art 24(1) GG) ten einde die karakter van die geldende nasionale grondwetlike orde te beskerm.

173 Algemeen staan dit ook bekend as die *Sinn und Zweck* van 'n regsnorm. Vgl bv BVerfGE 22, 180(203) - *Jugendhilfe*-saak; 24, 184(196-197) - *Zustimmungsgesetz*-saak. Sien ook BVerfGE 35, 263(278 ev) waar die grammatikale kanon vir teleologiese interpretasie verruil word. Vgl voorts Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 88. Coing *Auslegungsmethoden* 24 is juis van mening dat juridiese interpretasie altyd teleologies van aard is, omdat juridiese tekste altyd uitgelê moet word met inagneming van praktiese sowel as etiese implikasies van daardie konstruksie.

174 Starck *Verfassungsauslegung* 202.

175 Schlothauer *Krise* 48.

176 Vgl Stern *Staatsrecht* Vol I 35; en Müller *Methodik* 31.

177 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 88.

178 Vgl Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 88-89; Schlothauer *Krise* 51; Starck

gebruik vir ander beweegredes – die meeste wat tans afsonderlik behandel word – soos doelmatigheids- en praktiese redes, waardekeuses, en werklikheidsaspekte (wat soms nog onduidelik is) soos die *Natur der Sache*, die *Wesen der Rechtsinstituts*, of sosiale en politieke werklikhede.¹⁷⁹

'n Voorbeeld in die staatsorganisasiereg waar die BVerfG die doel (*Zweck*) van wetgewing beoordeel, word duidelik in die *Volksbefragung*-saak van 30 Julie 1958 gevind.¹⁸⁰ Die Hof ondersoek in 'n abstrakte normkontrole-proses wetgewing van die *Länder* Hamburg en Bremen wat 'n volkstemming uitroep om die mening van kiesers in hul gebied te toets oor aspekte rondom die gebruik en stasionering van kernwapens in Duitsland. Hierdie wetgewing geskied op *Länder*-vlak omdat die regerende partye van Hamburg en Bremen eintlik deel van die opposisie op federale vlak vorm, wat reeds in die *Bundestag* misluk het om die uitrusting van die Duitse weermag met kernwapens en stasionering van vuurpyle met kernplofkoppe op Duitse grondgebied te verhoed. So ook hul pogings om 'n nasionale referendum oor die aangeleentheid af te dwing. Die Hof bevind dat die objektiewe doel van daardie wette 'n deursigtige poging van die federale opposisie-party was om openbare steun te werf in die *Länder* (waar hulle die meerderheidsteun geniet het) ten einde druk op die federale regering uit te oefen om te kapituleer, en sodoende 'n regmatige besluit van die kompetente federale owerheidsgesag te verander. Die wetgewing is met ander woorde 'n duidelike oorskryding van die *Länder* se funksionele gesag, deurdat inbreuk gemaak word op die kompetensiesfeer van die federale owerheid wat reeds ooreenkomstig die grondwetlike voorgeskrewe demokratiese wyse oor die aangeleentheid in die *Bundestag* beslis het.

g) Wisselwerking tussen die kanons

Samevattend word die wisselwerking tussen die verskillende kanons van konstruksie kortliks aangedui. Starck meen dat ten spyte van die feit dat moderne regterlike

Verfassungsauslegung 202; Hesse *Grundzüge* 24; en Müller *Methodik* 208. Lg twee skrywers dui egter op die geringe praktiese aanwendingswaarde van die teleologiese kanon, weens onduidelikheid oor hoe die *Sinn* van 'n grondwetlike bepaling nagespeur word.

179 Müller *Methodik* 208. Vgl bv die Hof se toepassing van die teleologiese kanon in teenstelling met die grammatikale en sistematiese kanons in BVerfGE 39, 1(37) - *Schwangerschaftsabbruch* 1-saak.

interpretasie veral rondom teleologiese konstruksie sentreer, daar teoreties beskou geen algemene vaste voorkeuorde bestaan waarin hierdie verskillende kanons aangewend word nie.¹⁸¹ Die kanons word in 'n argumentatiewe samehang met mekaar, dus komplementêrend tot mekaar, toegepas, sonder dat een ten koste van die ander verabsoluteer word.¹⁸²

Die eerste aborsie-saak¹⁸³ van 25 Februarie 1975 is 'n goeie voorbeeld van die interaksie tussen verskillende kanons. (i) Die Hof stel aanvanklik die beginselstandpunt deur middel van teleologiese konstruksie (wat eintlik die resultaat is van die proses wat volg) dat vrugafdrywing die fundamentele reg op lewe van artikel 2(2) GG finaal ophef en soos die doodstraf in beginsel ongrondwetlik is.¹⁸⁴ (ii) Hierop word na 'n argument van die voorstanders van vrugafdrywing na die keuse van die moeder verwys, wat op die *Wortlaut* van artikel 2(2) GG gebaseer is. Volgens hierdie grammatikale konstruksie in sowel die omgangs- as die regstaal (gewone en tegniese betekenis) van die woord *Jeder* in artikel 2(2) GG¹⁸⁵ sou slegs *fertige* persone se lewe beskerm kon word, maar nie dié van 'n *nasciturus* wat nog nie volkome 'n natuurlike persoon is nie.¹⁸⁶ (iii) Die Hof weerlê egter hierdie argument met behulp van teleologiese argumente as die betekenis en doel van artikel 2(2) GG se fundamentele reg op die beskerming van lewe teenoor die grondwetlike waardes vasgestel word.¹⁸⁷ Daarop word daardie beskerming ook aan die *nasciturus* as 'n selfstandige lewe in die baarmoeder verleen. Hierdie ekstensiewe konstruksie word op tweërlei wyse deur die Hof bevestig. (iv) Eerstens vind die Hof aanknoping by die gevestigde grondreël dat in 'n geval van twyfel daardie konstruksie gevolg word wat die juridiese werking van fundamentele regte optimaal verwesenlik (teleologiese

180 BVerfGE 8, 104(116 ev).

181 Starck *Verfassungsauslegung* 200; 203. Vgl Alexy *Theory of Legal Argumentation* 3-4; 246-250 vir die struikelblokke wat 'n eenvormige algemeen aanvaarde ordening van die kanons verhoed. Dit veroorsaak dan dat die kanons syns insiens nie geskik is om as reëls vir interpretasie *per se* te dien nie, maar dit vorm wel *forms in which legal reasoning has to be cast if it is to fulfill its claim to correctness, which, unlike that of general practical discourse, contains acknowledgement of the mandatory quality of legislation.*

182 Vgl Starck *Verfassungsauslegung* 203; Stern *Staatsrecht* Vol I 35; Müller *Methodik* 206-208; Schlothauer *Krise* 52. Vgl bv BVerfGE 11, 126(130); 20, 238(253); 24, 184(198) - *Zustimmungsgesetz-saak*; 35, 263(278 ev); 71, 108(116 ev) - *Anti-Atomplakette-saak*; 79, 127(143-144 en 150) - *Rastede-saak*; en 80, 315(333-334) - *Tamilen-saak*.

183 BVerfGE 39, 1(37 ev).

184 BVerfGE 39, 1(36-37).

185 *Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.*

186 BVerfGE 39, 1(37).

kanon).¹⁸⁸ (v) Tweedens word die ontstaansgeskiedenis (genetiese kanon) van artikel 2(2) GG ontleed wat uiteindelik die ekstensiewe konstruksie mede-bevestig.¹⁸⁹

Hierdie wisselwerking tussen die kanons uit hoofde van die onsekere en minder gestruktureerde aard van die objektiewe benadering van grondwetlike konstruksie kan bestempel word as 'n tipe *Methodenpluralismus* wat heelwat onsekerheid veroorsaak oor die aangewese metodiek vir die konstruksie en eventuele konkretisering van fundamentele regte.¹⁹⁰

2.2.6 Besondere beginsels van grondwetlike interpretasie

Teoreties gesproke vorm die kanons van konstruksie, en veral die teleologies-sistematiese kanons, die vertrekpunt vir die interpretasie en realisering van fundamentele regte.¹⁹¹ Hierbo is egter reeds aangedui dat weens die *sui generis* aard van grondwetlike norme en veral fundamentele regte, hierdie kanons nie alleen die volle konkretisering van fundamentele regte bewerkstellig nie.¹⁹² Juis daarom word besondere beginsels vir die interpretasie en konstruksie van fundamentele grondwetlike norme, soos fundamentele regte, in die regspraktyk erken.¹⁹³ Daar is egter ook reeds daarop gewys dat hierdie beginsels ewe goed as spesifieke grondwetlike verskyningsvorme van enkele van die algemene kanons beskou kan word. Voorts word dit weereens beklemtoon dat die BVerfG geen algemeengeldende regshermeneutiese reëls en metodologie vir die konkretisering van al die fundamentele regte gelyksoortig toepas nie, omdat die Hof elke geval individueel benader binne die tweestap interpretasieproses.¹⁹⁴

a) Normatiewe regsrag van die grondwet

187 BVerfGE 39, 1(37).

188 BVerfGE 39, 1(38).

189 BVerfGE 39, 1(38-40).

190 Dit vorm juis die bron van skerp kritiek soos later aangedui in par 2.5 *infra*. Vgl bv Ehmke *Verfassungsinterpretation* 334 se beskrywing van 'n *Methoden-Chaos*.

191 Vgl Starck *Verfassungsauslegung* 212; en Ossenbühl 1976 *NJW* 2106.

192 Soos bevestig deur Ossenbühl 1976 *NJW* 2106.

193 Omdat Starck *Verfassungsauslegung* 201 steeds primêre waarde aan die kanons heg, meen hy dat hierdie bykomende grondwetlike konkretiseringsreëls bloot vergestaltungsvorme van die sistematiese kanon is. Syns insiens het die interpretasie van die BVerfG juis daarom nie die tradisionele grondslag verlaat, soos Hesse *Grundzüge* 22-23 beweer nie.

Tydens die konstruksie van fundamentele regte volg die BVerfG daardie interpretasie en konstruksie wat die normatief-juridiese werking van fundamentele regte maksimaal verwesenlik.¹⁹⁵ Dit beteken dus dat tydens die oplossing van probleme van die positiewe reg voorkeur verleen word aan 'n konstruksie wat *unter den jeweiligen Voraussetzungen der Normen der Verfassung zu optimaler Wirkungskraft verhelfen*.¹⁹⁶ Grondwetlike norme sal dus steeds onder veranderende omstandighede en regsverhoudinge hul ordeningskarakter behou.¹⁹⁷ Dit sal ook tot gevolg hê dat 'n wye konstruksie van die beskermingsveld aanvanklik gevolg word ter beskerming van fundamentele regte.¹⁹⁸ Müller meen egter dat dit nie 'n selfstandige interpretasie-beginsel vorm nie.¹⁹⁹

b) Grondwetlike eenheid

Individuele grondwetlike norme mag nie in isolasie gekonstrueer word nie, maar moet ter nastrewing van die beginsel van grondwetlike eenheid - dus met inagneming van die onderliggende fundamentele grondwetlike beginsels en idee - geïnterpreteer word.²⁰⁰ In hierdie verband het die BVerfG in een van sy eerste uitsprake op 23

194 Vgl Ossenbühl 1976 NJW 2106.

195 Vgl BVerfGE 6, 55(72) - *Steuersplittung*-saak; 7, 198(205 ev) - *Lüth*-saak; 32, 54(71) - *Betriebsbetretungsrecht*-saak; en 39, 1(37 ev) - *Schwangerschaftsabbruch* 1-saak. Vgl ook Hesse *Grundzüge* 28.

196 Hesse *Grundzüge* 28.

197 Hesse *Grundzüge* 28.

198 Vgl bv die konstruksie van grondwetlike begrippe soos "beroep" (BVerfGE 7, 377(397); "woning" (BVerfGE 32, 54(72)); "pers" (BVerfGE 10, 118(121)); en "eiendom" (BVerfGE 24, 367, (389 ev). Vgl ook voorts Starck *Verfassungsauslegung* 214.

199 Müller *Methodik* 223.

200 Vgl Stern *Staatsrecht* Vol I 107-108; Starck *Verfassungsauslegung* 201-202; Roellecke 1976 *VVDStRL* Vol 34 10-11; Hesse *Grundzüge* 27; Ehmke *Verfassungsinterpretation* 350 ev; en Müller *Methodik* 37-38 en 216-219. Kritiek van sommige van die skrywers oor die beginsel van grondwetlike eenheid fokus veral op (i) die feit dat hierdie beginsel eerder 'n verskyningsvorm van sistematiese of kontekstuele interpretasie in die staatsreg is, (ii) die plek van die waardes onderliggend aan die grondwet (voorggrondwetlike staatsregtelike beginsels) onder hierdie beginsel, en (iii) die versoenbaarheid van 'n rangonderskeid tussen grondwetlike norme met die beginsel van grondwetlike eenheid. Müller (*ibid*) praat bv van 'n *irrationalen Holismus* in die BVerfG se toepassing van hierdie beginsel weens die inkonsekwente, onduidelike en terminologies verwarrende verwysing daarna, wat syns insiens metodologies nie aan die eise van die regstaat- en demokratiese beginsels voldoen nie. In die *Abhör*-saak BVerfGE 30, 1(19 ev) verwys die Hof bv na die grondwetlike geheel as *den elementaren Grundsätzen des Grundgesetzes und seiner Wertordnung*, asook na die *Kontext der Verfassung*, en na *Grundentscheidungen*, en na die *Sinnzusammenhang* sonder om meer duidelikheid daaroor te verskaf. Voorts kritiseer Müller (*ibid*) die Tweede Senaat van die BVerfG se beskouing dat daar 'n algemene rangonderskeid tussen grondwetlike norme bestaan, teenoor syns insiens die

Oktober 1951 bevind:

*Eine einzelne Verfassungsbestimmung kann nicht isoliert betrachtet und allein aus sich heraus gelegt werden. Sie steht in einem Sinnzusammenhang mit den übrigen Vorschriften der Verfassung, die eine innere Einheit darstellt. Aus dem Gesamthalt der Verfassung ergeben sich gewisse verfassungsrechtliche Grundsätze und Grundentscheidungen, denen die einzelnen Verfassungsbestimmungen untergeordnet sind. ... Jede Verfassungsbestimmung muß so ausgelegt werden, daß sie mit jenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers vereinbar ist.*²⁰¹

Later vervolg die BVerfG weer:

*Vornehmstes Interpretationsprinzip ist die Einheit der Verfassung als eines logisch-teleologischen Sinngebildes, weil das Wesen der Verfassung darin besteht, eine einheitliche Ordnung des politischen und gesellschaftlichen Lebens der staatlichen Gemeinschaft zu sein.*²⁰²

Die rasonaal agter hierdie standpunt is dat die GG nie maar 'n bloot toevallig-bymekaargevoegde konglomeraat van regsnorme is nie, maar 'n geslote eenheid vorm met 'n eie inherente harmonie.²⁰³ Teenstrydighede wat dus tydens die konstruksie van enkele grondwetlike norme voorkom, word in die lig van die grondwetlike eenheid uitgestryk.²⁰⁴ Die volgende twee interpretasiebeginsels vloei inderdaad uit die beginsel van grondwetlike eenheid voort.

c) Integreerende werking van die grondwet²⁰⁵

regstaatlik nugtere en suiwer standpunt van die Eerse Senaat wat juis so 'n rangonderskeid uit hoofde van die beginsel van grondwetlike eenheid verbied.

201 BVerfGE 1, 14(32 ev). Vgl ook BVerfGE 39, 334(368 ev) - *Extremisten im öffentlichen Dienstsaak*.

202 BVerfGE 19, 206(220); en 30, 1(19).

203 BVerfGE 6, 309(361) verwys bv na die *inneren Harmonie des Verfassungswerks*. Vgl voorts Stern *Staatsrecht* Vol I 107.

204 Stern *Staatsrecht* Vol I 108.

205 Die onderskeid tussen hierdie beginsel en die volgende beginsel is nie waterdig nie, sodat verskeie skrywers verskillende indelings volg. Vgl bv Hesse *Grundzüge* 28; Battis en Gusy

Hesse identifiseer aanvanklik die maatstaf van die *integrierender Wirkung* van die grondwet, wat beteken dat in gevalle waar dit oor die herstel of handhawing van politieke eenheid handel, daardie konstruksie gevolg word wat hierdie eenheid sal bevorder.²⁰⁶ So 'n versoenende en eenheidstigende konstruksie moet egter binne die grondwetlike kompetensie-voorskrifte bly, sodat die Hof nie byvoorbeeld die taak van die wetgewer oorneem en owerheidsfunksies herverdeel nie. In hierdie opsig moet die regbank ook nie ter wille van politieke dienstigheid beperkinge van die beskermde fundamentele regte goedkeur nie.²⁰⁷

d) Funksionele interpretasie

Grondwetlike norme wat spesifieke kompetensies of funksies aan owerheidsorgane toeken mag nie teenstrydig met die grondwet se kompetensie-voorskrifte geïnterpreteer word nie.²⁰⁸ Die aard en wyse of gevolge van 'n bepaalde konstruksie mag dus nie die grondwetlike verdeling van kompetensies en funksies in die grondwet verander nie.²⁰⁹ Hierdie eenheidstigende interpretasiemaatstaf word in die beginsels van *Bundestreue*, *Organtreue* en *richtlicher Selbstbeschränkung* vergestalt.²¹⁰

(i) *Bundestreue*

Staatsrecht 10; Starck *Verfassungsauslegung* 197; en Stern *Staatsrecht* Vol I 110-111.

206 Hesse *Grundzüge* 28; vgl ook Battis en Gusy *Staatsrecht* 10.

207 Vgl die probleme wat ondervind is by die saak oor die toetsingsproses waaraan gewetensbeswaardes teen militêre diensplig onderwerp moet word, alvorens hulle kan kwalifiseer vir alternatiewe siviele diens in BVerfGE 48, 127. Vgl *in casu* veral die minderheidsbeslissing (186 ev) se skerp kritiek dat die meerderheidsbeslissing staatsveiligheid bo individuele fundamentele regte plaas as gevolg van *militärpolitischen* aannames en nie as gevolg van die spesifieke grondwetlike belangekonflik soos wat die meerderheid beweer nie (162-166). 'n Openbare polemie het gewoed oor die toename in die getal gewetensbeswaardes teenoor die afname in die potensiële getal soldate. Volgens die meerderheidsbeslissing is dit toe te skryf aan die willekeurige onderskeidingsproses tussen die twee groepe mans wat die gevolg is van 'n afgewaterde gewetenstoets. Die minderheid van die Hof waarsku dat die meerderheid se konstruksie die gevaar skep dat die grondwetlik gewaarborgde fundamentele reg tot alternatiewe siviele diens in plaas van militêre diens (art 4(3)GG) tot 'n *Ausnahme Recht* vir *wenige treue* landsburgers gereduseer kan word. Die minderheid verkies om beginselvoorkeur aan die individuele gewetensvryheid (dus die fundamentele reg) te verleen, bo die verdedigingsvermoë van die staat.

208 Hesse *Grundzüge* 28; Battis en Gusy *Staatsrecht* 10; en Starck *Verfassungsauslegung* 197.

209 Hesse *Grundzüge* 28.

210 Stern *Staatsrecht* Vol I 110. Vgl BVerfGE 6, 309(361); 15, 126(139); en 26, 246(254). Starck *Verfassungsauslegung* 201 meen dat die afsonderlike indeling van hierdie interpretasiebeginsel onnodig is, daar dit maklik onder sistematiese konstruksie tuisgebring kan word.

Op 20 Februarie 1990 verskaf die BVerfG in die *Kalkar 2*-beslissing 'n duidelike uiteensetting van wat die beginsel van *Bundestreue* behels.²¹¹ *In casu* handel dit oor 'n kompetensie-konflik tussen die nasionale regering en die provinsiale regering van die *Land* Nordrhein-Westfalen oor laasgenoemde se aandrang op hernieude toetsing van die veiligheidsmaatstawwe by 'n kernkragreaktor wat onder konstruksie is. Die nasionale regering het na aanleiding van vorige toetse verdere toetsing onnodig geag. Hierop volg bepaalde opdragte deur die nasionale regering (uit hoofde van sy *Weisungskompetenz* in artikel 85(3) GG) vir uitvoering deur die *Land*, wat egter sonder sukses deur die *Land* voor die BVerfG betwis is.

Volgens die Hof berus die totale grondwetlike verhouding tussen die *Bund* en *Länder* op die ongeskrewe fundamentele grondwetlike beginsel van die wedersydse plig van die *Bund* en *Länder* tot federaal-vriendelike optrede (*bundesfreundlichen Verhalten*).²¹² Hierdie beginsel impliseer 'n sorgsaamheidsplig op beide die *Bund* en *Länder* om tydens kompetensie-uitoefening die nodige sorg aan die dag te lê deur ag te slaan op sowel die algemene belang van die federasie as die besondere belange van die *Länder*.²¹³ Die *Bund* verbreek nie reeds daardie sorgsaamheidsplig deur blote uitoefening van een van die grondwetlik erkende federale kompetensies nie. Dit sou eers plaasvind as daar byvoorbeeld misbruik van daardie kompetensie plaasvind,²¹⁴ of as kompetensie-uitoefening teenstrydig met die prosedurele vereistes uit hoofde van hierdie plig sou geskied.²¹⁵ Die spesifieke implikasies van hierdie sorgsaamheidsplig tot federaal-vriendelike optrede kan slegs konkreet omskryf word soos wat hierdie beginsel op elke individuele geval toegepas word.²¹⁶

Buiten hierdie plig tot *bundesfreundlichen Verhalten* bestaan daar geen ander fundamentele grondwetlike beginsel waaruit verdere beperkinge vir die kompetensie-uitoefening in die *Bund-Länder*-verhouding afgelei kan word nie. Dit geld veral vir die beperkinge op die owerheidsgesag uit hoofde van die regstaat se

211 Vgl BVerfGE 81, 310(337-338).

212 Vgl ook BVerfGE 12, 205(254) - *Rundfunk 1*-saak.

213 Vgl voorts BVerfGE 32, 199(218); en 43, 291(348) *Numerus Clausus 2*-saak.

214 Vgl ook BVerfGE 14, 197(215) en 61, 149(205).

215 Sien BVerfGE 12, 205(255) - *Rundfunk 1*-saak.

216 BVerfGE 81, 310(337-338) - vgl voorts die nadere konkretisering van hierdie algemene beginsel

proporsionaliteitsbeginsel wat slegs vir die owerheid-burger-verhouding geld en nie ook vir die kompetensie-aangeleenthede van die *Bund-Länder*-verhouding nie.²¹⁷

(ii) *Organstreue*

Dieselfde mate van wedersydse trou en sorgsaamheidsplig wat vir die *Bund-Länder*-verhouding geld, is eweneens ook op die onderlinge verhouding tussen owerheidsorgane van toepassing. In hierdie opsig praat Stern van die wedersydse *Organstreue* tussen die owerheidsorgane.²¹⁸ Hierdie getrouheidsplig impliseer onder meer dat owerheidsorgane teenoor mekaar sodanig handel dat elkeen sy grondwetlik voorgeskrewe plig verantwoordelik, nougeset en sonder onderlinge druk of dwang uitvoer. Inteendeel, onverwagte verrassende optredes van een staatsdepartement teenoor 'n ander is volgens Stern nie net swak styl nie, maar inderdaad ongrondwetlik.²¹⁹

(iii) *Selbstbeschränkung*

Die beginsel van grondwetlike eenheid omarm ook die BVerfG se versigtigheid om nie die terrein van die aktiewe politiek te betree nie, deurdat die Hof die beginsel van *richterliche Selbstbeschränkung (judicial self-restraint)* toepas.²²⁰ Uit hoofde van die skeiding van gesag in 'n formele regstaat, darf die regbank nie die wetgewende terrein betree nie. Dit beteken egter nie dat die Hof sy plig ontduik of vrywillig sy kompetensies inkort nie.²²¹ Die BVerfG het reeds 'n gevestigde standpunt ontwikkel oor die omvang van sy toetsingskompetensie ten opsigte van wetgewende handeling

in spesifieke maatstawwe vir die *Kalkar*-geval se besondere feite.

217 BVerfGE 81, 310(338).

218 Vgl Stern *Staatsrecht* Vol I 110.

219 Stern *Staatsrecht* Vol I 110.

220 Vgl bv BVerfGE 36, 1(14); en 39, 1(73) *Schwangerschaftsabbruch I*-saak per Rupp-von Brünneck R, Simon R (minderheidsuitspraak). In lg saak beslis die Hof: *Es darf dem Gesetzgeber nur dann entgentreten, wenn er eine Wertentscheidung ganz außer acht gelassen hat oder Art und Weise ihrer Realisierung offensichtlich fehlsam ist. Demgegenüber legt die Mehrheit dem Gesetzgeber trotz vermeintlicher Anerkennung seiner Gestaltungsfreiheit faktisch zur Last, er habe eine an sich anerkannte Wertentscheidung nach ihrer Auffassung nicht bestmöglich verwirklicht. Sollte das zum allgemeinen Prüfungsmaßstab werden, so wäre damit das Gebot richterlicher Selbstbeschränkung preisgegeben.* Sien voorts Starck *Verfassungsauslegung* 198 se kritiek teen die vaaghede in die Hof se konstruksie van hierdie stelreël.

221 Stern *Staatsrecht* Vol I 111.

asook die beslissings van ander howe in hul toepassing van gewone regsnorme.

In hierdie verband het die BVerfG in die eerste aborsie-saak bevind dat die Hof nie self die posisie van die wetgewer mag oorneem nie en dus die kompetensieruim van die wetgewende gesag sorgvuldig moet respekteer.²²² Dog, die wetgewer beskik nie oor 'n totaal ongebonde kompetensie nie.²²³ Die BVerfG moet steeds die grondwetlike opdrag uitvoer deur te toets of die wetgewende gesag te midde van die beskikbare moontlikhede die vereiste stappe geneem het om die beskermde regsbelang teen die dreigende gevare te beskerm - *in casu* die bedreigde *nasciturus* teen die beplande afdrywing. Die minderheidsuitspraak in die saak plaas egter groter klem op die skeiding tussen regbank en wetgewer en meld dat die Hof die wetgewer slegs dán mag teengaan as dit duidelik is dat die wetgewer 'n grondwetlike waardekeuse buite rekening gelaat het of dat die aard en wyse van realisering van daardie waarde duidelik foutief was.²²⁴ Die Hof mag egter nie die wetgewer se taak oorneem ten einde self 'n gewenste sosiale orde te skep nie.

Die BVerfG oefen geen algemene omvattende regskontrole oor die aktiwiteite van ander spesialishowe uit nie, maar bepaal slegs of hul beslissings die uitstralingswerking (dus ook die waarde-karakter) van fundamentele regte korrek in alle fasette van die positiewe reg uitdra.²²⁵ Die kontrole-funksie word nie rigied uitgeoefen nie - hoe meer die ander howe op die beskermingsveld van fundamentele regte indring, soveel meer die BVerfG se kontrole.²²⁶ Die kontrole van die BVerfG kom byvoorbeeld ook ter sprake wanneer die beslissing van daardie spesialishowe uitlegfoute bevat wat op *einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs, beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind.*²²⁷

222 BVerfGE 39, 1(51) - *Schwangerschaftsabbruch I*-saak (meerderheidsbeslissing).

223 BVerfGE 18, 353(363).

224 BVerfGE 39, 1(72-73) - *Schwangerschaftsabbruch I*-saak per Rupp-von Brünneck R en Simon R (minderheidsuitspraak).

225 BVerfGE 7, 198(206-207) - *Lüth*-saak. Vir die heersende regsposisie vgl bv BVerfGE 61, 1(6) - *CSU: NPD Europas*-saak. Stern *Staatsrecht* Vol I 112 bevestig dat die BVerfG geen *Superrevisionsinstanz* is nie.

226 BVerfGE 61, 1(6) - *CSU: NPD Europas*-saak.

227 Vgl BVerfGE 81, 242(253) - *Handelsvertreter*-saak. Vgl ook BVerfGE 18, 85(93); 61, 1(6) - *CSU: NPD Europas*-saak; en 67, 213(223) - *Anachronistischer Zug*-saak. In BVerfGE 83,

e) Vermoedens en *verfassungskonforme Interpretation*

Hoewel enkele vermoedens wel 'n rol tydens gewone wetsuitleg en grondwetlike interpretasie in die Duitse reg vervul, is dit nie naastenby so gestruktureerd en omvattend soos die funksie van die gemeenregtelike vermoedens van wetsuitleg in die Suid-Afrikaanse reg nie. Enkele voorbeelde van algemene vermoedens in die Duitse reg is die vermoede dat die wetgewer sy taal met omsigtigheid kies, dat die wetgewer streef om teenstrydighede te vermy en dat die wetgewer nie absurde gevolge beoog nie.²²⁸ Voorts word vermoedens gevind soos 'n vermoede ten gunste van 'n vrye demokratiese grondwet,²²⁹ 'n vermoede dat grondwetlike interpretasie ooreenkomstig geregtigheidsmaatstawwe (*gerechtigkeitskonformen Interpretation*) geskied,²³⁰ en 'n vermoede dat gewone wette in geval van twyfel ten gunste van die grondwet uitgelê word (*verfassungskonforme Interpretation*).²³¹

Een van die belangrikste van hierdie vermoedens vir grondwetlike konstruksie is *verfassungskonforme Interpretation*²³² en meer spesifiek *grundrechtskonforme Auslegung*,²³³ of te wel interpretasie in ooreenstemming met die grondwet en veral die fundamentele regte wat daarin vervat is. Dit beteken dat indien gewone wetgewing onduidelik is,²³⁴ dit in harmonie met die GG en fundamentele regte gekonstrueer word.²³⁵ Anders gestel beteken hierdie beginsel dat indien meerdere

130(145-146) - *Josephine Mutzenbacher*-saak, is hierdie kontrole van die BVerfG verder gevoer as bloot die "in beginsel" foutiewe opvatting oor 'n fundamentele reg, deurdat die Hof ook die fyner detail van die spesifieke aanwending en interpretasie van daardie fundamentele reg deur die spesialishof of die beslissende owerheidsorgaan beoordeel het.

228 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 102.

229 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 102.

230 Vgl Schneider 1963 *VVDStRL* Vol 20 29, verwysend na BVerfGE 3, 225(233).

231 Vgl BVerfGE 2, 266(282).

232 Stern *Staatsrecht* Vol I 112 onderskei dit van grondwetlik georiënteerde uitleg (*verfassungsorientierter Auslegung*) wat die opdrag van alle grondwetlike organe is om die betekenis van die grondwet vir die hele regsorde te verwesenlik. Daarenteen is *verfassungskonforme* interpretasie 'n spesifieke instrument in die BVerfG se normatiewe kontroleproses van gewone regsnorme.

233 Pierothen en Schlink *Grundrechte* 27.

234 Wetgewing met 'n duidelike betekenis is òf versoenbaar òf onversoenbaar met die grondwet sonder dat daar sprake is van grondwetlike interpretasie. Vgl BVerfGE 1, 263(264); Stern *Staatsrecht* Vol I 112; en Hesse *Grundzüge* 20.

235 Vgl bv BVerfGE 2, 266(282); 8, 210(221); 12, 45(61) - *Kriegsdienstverweigerung*-saak; 19, 1(5); 25, 167(190 ev); 26, 206(210); 33, 303(347-348) *Numerus Clausus I*-saak; 35, 263(280); 41, 65(86); 48, 40(45 ev); en 84, 133(152 ev) - *Warteschleife*-saak. Vgl voorts in die algemeen

uitlegmoontlikhede ten opsigte van 'n gewone wetsbepaling bestaan, die een wat die beste versoenbaar is met die grondwet gekies word.²³⁶ Algemene en wye bepalings van gewone wetgewing mag dus slegs in ooreenstemming met die objektiewe waarde-karakter van fundamentele regte gekonstrueer word.²³⁷ Hierdie beginsel hang nou saam met die uitstralingswerking van fundamentele regte uit hoofde van artikel 1(3) GG wat die regsrag van fundamentele regte as direk geldende regsnorme vasstel.²³⁸ In hierdie opsig vind normatiewe kontrole van gewone wetgewing volgens die standaard van die grondwet plaas.²³⁹ Die Hof kan selfs op 'n vermoede steun dat wetgewing in ooreenstemming (in harmonie) met die grondwet uitgelê kan word indien daar twyfel oor die grondwetlikheid van die uitleg bestaan.²⁴⁰ Hierdie vermoede word egter begrens²⁴¹ deur die betrokke wetsbepaling se teks en die

Bogs *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*; Eckhardt *Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung*; Stern *Staatsrecht* Vol I 111-113; Starck *Verfassungsauslegung* 209-211; Müller *Methodik* 85-89; en Hesse *Grundzüge* 30-32. Starck (*ibid* 10) meen dis nie grondwetlike interpretasie *per se* nie, maar bloot 'n vorm van algemene wetsuitleg, omdat dit gewone wetgewing is wat juis in ooreenstemming met die grondwet uitgelê word. Hesse (*ibid* 32) daarenteen meen dat daar wel indirekte grondwetlike interpretasie plaasvind, omdat die grondwetlike norm eers begryp moet word alvorens dit as maatstaf aangewend kan word.

236 Vgl bv BVerfGE 69, 1(55) - KDVG-saak: *Eine Norm ist indessen nur dann für nichtig zu erklären, wenn keine nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige und mit der Verfassung zu vereinbarende Auslegung möglich ist. Lassen der Wortlaut die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Regelungen und deren Sinn und Zweck mehrere Deutungen zu, von denen jedenfalls eine zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führt, so ist eine Auslegung geboten, die mit dem Grundgesetz in Einklang steht.*

237 Pieroth en Schlink *Grundrechte* 27.

238 Vgl Pieroth en Schlink *Grundrechte* 27; en Ossenbühl 1976 *NJW* 2102.

239 Die GG maak voorsiening vir drie moontlike prosedures van geregtelike kontrole van regsnorme en owerheidshandeling. (i) Abstrakte normkontrole prosedure (art 93(1)(nr 2) GG) waar die materiële of formele versoenbaarheid van gewone regsnorme met die GG, onafhanklik van 'n spesifieke saak, in *abstractio* bepaal word. Hierdie kontroleproses kan slegs deur die Federale Regering, 'n regering van een van die *Länder* of een-derde van die lede van die *Bundestag* ingestel word. (ii) Konkrete normkontrole-prosedure (art 100(1) GG) word ingestel deur ander wat die BVerfG versoek om die grondwetlikheid te bepaal van 'n bepaalde regsnorm wat deur so 'n hof in 'n bepaalde geval toegepas moet word. Die gewone juridiese verrigtinge word opgeskort hangende die beslissing van die BVerfG. (iii) 'n Individuele beswaarprosedure (art 93(1)(nr 4a) GG) bestaan voorts vir enige persoon (*Verfassungsbeschwerde*) wat die aantasting van sy of haar grondwetlik gewaarborgde fundamentele regte deur die owerheid betwis. Sulke klaers of klaagsters moet egter eers alle ander juridiese remedies uitput alvorens hulle hul tot die BVerfG kan wend. Vgl meer uitvoerig Oellers-Frahm *Constitutionality* 49-72.

240 BVerfGE 2, 266(282): *... daß ein Gesetz nicht für nichtig zu erklären ist, wenn es im Einklang mit der Verfassung ausgelegt werden kann; denn es spricht nicht nur eine Vermutung dafür, daß ein Gesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist, sondern das in dieser Vermutung zum Ausdruck kommende Prinzip verlangt auch im Zweifel eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes.*

241 Die Hof beskryf dit in BVerfGE 70, 35(63 ev): *Eine Grenze findet diese verfassungskonforme Rechtsfindung (im engeren Sinne) indessen dort, wo einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz ein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der Norm grundlegend neu bestimmt, oder das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlt würde.* Vgl voorts BVerfGE 8, 28(34); 8, 38(41); 8, 71(78 ev); 9, 194(200); 18, 97(111); 20, 150(160 ev) - *Sammlungsgesetz*-saak; 35, 263(280); en 63, 131(147 ev). Vgl ook Stern *Staatsrecht* Vol I 111;

duidelike bedoeling van die wetgewer. Voorts mag die wetgewer se doel nie in wesenlike opsigte verander of foutiewelik gerekonstrueer word nie. Dit mag ook nie aan die regsnorm 'n direk teenoorgestelde betekenis verleen nie. Voorts stel die BVerfG dit ook by geleentheid duidelik dat *verfassungskonforme Auslegung* nie moet neerkom op *eine Auslegung contra legem* nie.²⁴² In kort, daar moet dus daarteen gewaak word dat die Hof nie 'n wet tot so 'n mate rekonstrueer dat dit die wetgewer of ander spesialishowe se funksionele terreine betree deur hul take oor te neem nie.²⁴³

f) Waarde- en belange-afweging

Grondwetlike bepalinge wat in 'n spanningsverhouding tot mekaar staan moet in harmonie met mekaar, in *Konkordanz*, gebring word in die lig van die strewe na grondwetlike eenheid en die daarin beskermde gesamentlike grondwetlike waardeorde.²⁴⁴ Hoewel uit hoofde van die beginsel van grondwetlike eenheid geen algemene vaste grondwetlike rangorde van voorkeur bestaan nie,²⁴⁵ het die BVerfG aanvanklik beslis dat daar in elke geval vasgestel moet word welke grondwetlike norm voorkeur geniet (*höhere Gewicht*) in die oplos van die praktiese regsprobleem.²⁴⁶ Dit beteken dat die wesenlike inhoud van die verskillende botsende grondwetlike norme teenoor mekaar gestel word, met die voorbehoud dat die wesensaard van die mindere grondwetlike norm nie opgehef mag word in die belange-afwegingsproses nie.²⁴⁷

Die harmonie tussen hierdie konflikterende grondwetlike norme word herstel deur,

Müller *Methodik* 87-89; en Hesse *Grundzüge* 30.

242 BVerfGE 35, 263(280).

243 Soos betoog onder die beginsel van funksioneel-korrekte interpretasie in par 2.2.6 d) *supra*. Vgl ook Hesse *Grundzüge* 31-32; en Müller *Methodik* 87-89.

244 Vgl bv BVerfGE 3, 225(231); 6, 309(361); 20, 62(178) - *Spiegel*-saak; 28, 243(261); 30, 173(193 ev) - *Mephisto*-saak; en 33, 22(27). Sien voorts Stern *Staatsrecht* Vol I 109. Vgl mbt die tegniek ter bereiking van 'n *praktische Konkordanz* tydens die konstruksie van konflikterende fundamentele regte, par 2.3.3 d) *infra*.

245 Vgl Stern *Staatsrecht* Vol I 108. Soos beslis in BVerfGE 3, 225(231 ev). Uitsonderings kan voorkom as die GG uitdruklik die teendeel bepaal soos in art 79(3) GG mbt arts 1 en 20 se fundamentele waardes. Vgl BVerfGE 1, 14(32).

246 Vgl BVerfGE 2, 1(72 ev) mbt die spanning tussen art 38 GG en 21 GG in soverre verkose Parlementslede enersyds volksvertegenwoordigers is maar andersyds ook hul politieke partye se belange moet dien. Stern *Staatsrecht* Vol I 108 vind dit egter ongelukkig dat die Hof van 'n rangonderskeid tussen die twee artikels praat. Sien voorts BVerfGE 28, 243(261).

247 BVerfGE 28, 243(261): *Die schwächere Norm darf nur so weit zurückgedrängt werden, wie das logisch und systematisch zwingend erscheint; ihr sachlicher Grundwertgehalt muß in jedem Fall respektiert werden.*

abstrak gestel, hul onderskeie normatiewe waardes (met ander woorde die onderskeie botsende belange) teenoor mekaar af te weeg deur die fel van waarde-oordele wat geskied in die lig van die grondwetlike waarde-orde.²⁴⁸ In die regspraak word na hierdie belange-afweging van fundamentele regte as *Güterabwägung* verwys wat eweneens in die gees van die grondwetlike waarde-sisteem geskied.²⁴⁹ Hoewel die afweging van regsbelange 'n algemeen erkende en gevestigde uitleghulpmiddel in die regswetenskap is,²⁵⁰ word dit in die grondwetlike konkretiseringsproses van die BVerfG veral aangewend tydens beoordeling van die proporsionaliteit van beperkinge op fundamentele regte.²⁵¹

Hierdie waarde- en belange-afwegingsproses is om verskeie redes 'n omstrede aspek van die regsmetode in die Duitse staatsreg. Eerstens verskil skrywers oor die begroning van waarde-oordele. Sou dit die waarde-oordeel wees van 'n gedeelte of van die geheel van die samelewing of bloot van regsgeleerdes (hoe word Ig in ieder geval bepaal), setel dit in elemente inherent aan die regsorde of word dit afgelei van empiriese maatstawwe.²⁵² Die BVerfG begrond die waarde-oordele in waardes wat hoofsaaklik afkomstig is vanuit die grondwet self, hoewel daar ook soms teruggeval word op die geheel van die regsorde of selfs in aanvanklike beslissings buite die positiewe reg vanuit die naspeurbare beginsels van die natuurreg.²⁵³ Alexy kritiseer

248 Sien BVerfGE 41, 29(50). Mbt die konsep van waarde-afweging in die algemeen vgl uitvoerig Alexy *Grundrechte* 127-157.

249 Vgl bv BVerfGE 7, 198(210) - *Lüth*-saak: *Es wird deshalb eine 'Güterabwägung' erforderlich: Das Recht zur Meinungsäußerung muß zurücktreten, wenn schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang durch die Betätigung der Meinungsfreiheit verletzt würden.* Sien ook BVerfGE 24, 367(421) - *Hamburgisches Deichordnungsgesetz*-saak waar die Hof die maatstawwe vir die berekening van die waarde van onteiene privaatgrond deur die owerheid beskryf as *einerseits die Interessen der Beteiligten und andererseits die Interessen der Allgemeinheit; sie sind in gerechter Weise gegeneinander abzuwägen. Die Enteignungsentschädigung soll das Ergebnis eines Interessenausgleichs sein und nicht die einseitige Anerkennung der Interessen des Betroffenen, aber auch nicht allein die der Allgemeinheit darstellen.* Verder neem die Hof ook daardie besondere faktore of werklikheidselemente wat by die betrokke geval 'n rol speel in ag en vervolg dan soos volg: *Eine starre, allein am Marktwert orientierte Entschädigung ist somit dem Grundgesetz fremd.* Sien voorts bv BVerfGE 33, 52(69); en 35, 202(224) - *Lebach*-saak.

250 Vgl die uitvoerige gesag verwys deur Stern *Staatsrecht* Vol III/I 915 vt 127.

251 So 'n *Güterabwägung* lê in die eerste plek op die terrein van die wetgewende gesag wanneer dit tydens die wetgewende proses die geskikte proporsionaliteitsverhouding tussen die beskerming en die beperking van fundamentele regte moet vind. Vgl bv BVerfGE 20, 162(187) - *Spiegel*-saak; en in die algemeen BVerfGE 7, 198 ev - *Lüth*-saak.

252 Vgl die verskillende standpunte soos bespreek in Alexy *Theory of Legal Argumentation* 10-13.

253 Vgl bv BVerfGE 2, 1(12) - *SRP*-saak (vryheid, gelykheid en menswaardigheid as die hoogste fundamentele waardes wat die vrye demokratiese grondorde onderlê); 6, 32(40-41) - *Elfes*-saak (menswaardigheid as hoogste grondwetlike waarde van die vrye demokratiese grondorde, reg op

die grondslag waarop die BVerfG hul waarde-afwegingsproses begrond, omdat dit te abstrak is om in die praktyk leiding te verskaf hoewel hy toegee dat enkele waardes soos vryheid en gelykheid wel uitgebou is tot bruikbare fundamentele waardes.²⁵⁴ Müller meen alles is nie so relatief nie omdat hy wel voorlopige maatstawwe uit die grondwet aflei waaraan regters tydens skeppende konkretisering (ook *contra legem*) gebonde gehou kan word, soos die legitimiteitsplig, objektiwiteit, rasionaliteit, stabiliteit en deursigtigheid.²⁵⁵

Tweedens volg die kritiek dat die BVerfG geen algemene afwegingsmetodiek voorhou nie, maar telkens fokus op individuele gevalle. Daar bestaan dus geen algemeengeldende waarde-rangorde as aanwendingsmaatstaf nie.²⁵⁶ Daar moet egter inaggeneem word dat die Hof die spesifieke saak wat voor dit dien, beskou in die lig van die presedente wat reeds ten opsigte van bepaalde regskwessies opgebou is en waaruit dan indirek algemene reëls afgelei kan word.²⁵⁷

Derdens is dit moeilik om 'n geskikte inhoudsbeskrywing van waarde-oordele te vind, omdat verskeie kwessies onopgelos bly. Dit is probleme soos wat die rol van morele waardes is, wanneer en tot welke mate die gebruik van waarde-oordele noodsaaklik is, hoe waarde-oordele verband hou met sogenaamde "suiwer" juridiese argumente van die regswetenskap, en of waarde-oordele rasideel regverdigbaar is.²⁵⁸ Sekere regsgeleerdes probeer om in bepaalde formele stelreëls, soos die outomatiese beginselvoorkeur *in dubio pro libertate*, byvoorbeeld die inhoud van die proses van waarde-afweging in te bou ten einde regterlike subjektiwiteit en willekeurigheid uit te sluit.²⁵⁹ Daar is ook pogings om dit uit te brei na ander stelreëls soos die *preferred-*

vryheid en fundamentele ongeskrewe grondwetlike beginsel soos regstaatlikheid en sosiaalstaatlikheid); 7, 198(205) - *Lüth*-saak (*in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde*); en 30, 73(193) - *Mephisto*-saak (kunsvryheid vestig in die menswaardigheidswaarborg). Sien ook Müller *Methodik* 65 en Hesse *Grundzüge* 27 vt 31 se kritiek dat die normatiwiteit van die GG verlore gaan tydens die afwegingsproses as beslissings op buite-grondwetlike *höheren Gemeinschaftsgütern* gebaseer word. Dit bedreig naamlik die beginsel van grondwetlike eenheid.

254 Alexy *Theory of Legal Argumentation* 12.

255 Müller *Methodik* 89.

256 Vgl Ossenbühl 1976 *NJW* 2107.

257 Ossenbühl 1976 *NJW* 2107.

258 Alexy *Theory of Legal Argumentation* 7-9.

259 Schneider 1963 *VVDStRL* Vol 20 30 ev en 50.

freedom-leerstuk van die Amerikaanse *Supreme Court*.²⁶⁰ Hierdie tendens het egter skerp kritiek uitgelok, omdat dit lei tot 'n oorvereenvoudiging en versteuring van die fyn balans tussen die verskillende grondwetlike norme, beginsels en waardes in die Duitse staatsreg, en boonop word die besondere dinamiek inherent aan daardie vreemde stelreëls in hul eie regstelsels geïgnoreer as dit bloot onveranderd in die Duitse reg oorgeneem word.²⁶¹

Stern meen dat bogenoemde kritiek van 'n gebrekkige metodologiese grondslag en die teenwoordigheid van subjektiewe invloede in die waarde-argumentasie van die BVerfG onregverdig is as die waarde-beskouing van die Hof behoorlik bestudeer word.²⁶² Nieteenstaande die kritiek word die waarde- of belange-afwegingsproses algemeen in die grondwetlike regspraktyk deur die BVerfG aangewend en kan dit inderdaad as die metodologiese kern van die konkretiseringsproses van fundamentele regte in die Duitse staatsreg beskou word.

2.2.7 Ander grondwetlike interpretasie-elemente

a) Evolusionêre interpretasie

Dit is nie noodsaaklik dat 'n begrip wat meerdere kere in die grondwet gebruik word, telkens dieselfde inhoud moet hê nie, omdat die interpretasie daarvan grootliks afhang van die begrip se doel en oogmerk in daardie spesifieke grondwetlike konteks in samehang met ander grondwetlike norme.²⁶³ Voorts is dit ook moontlik dat die betekenis van 'n grondwetlike norm kan verander ten spyte van die feit dat die teks dieselfde bly, indien nuwe of onvoorsienbare omstandighede opduik of in 'n nuwe

260 Ehmke *Verfassungsinterpretation* 350.

261 Stern *Staatsrecht* Vol I 109 ev; Müller *Methodik* 106; en Kriele *Rechtsgewinnung* 32.

262 Stern *Staatsrecht* Vol III 915.

263 Vgl BVerfGE 24, 184(195-196) - *Zustimmungsgesetz-saak*: *Welche Bedeutung das Wort hat, ist jeweils aus dem Zusammenhang, indem es verwendet wird, aus dem Zusammenhang der Vorschrift mit anderen Bestimmungen der Verfassung sowie aus ihrem Sinn und Zweck zu ermitteln*. Sien ook BVerfGE 6, 32(38) - *Elfes-saak*. Vir 'n beperkte betekenis van die begrip *verfassungsmäßige Ordnung*, vgl bv art 9 GG teenoor 'n wye betekenis daarvan in art 2(1) GG. Sien voorts BVerfGE 6, 55(63) waar beslis is dat die woord *Gericht* in art 19(4) GG en in art 100(1) GG oor verskillende betekenisne beskik, omdat hulle funksie telkens verskil. So ook word in die *Zustimmungsgesetz-saak* (*ibid* (196-198)) die verskil tussen art 80(1) en (2) GG se gebruik van onderskeidelik die terme *durch Gesetz* en *auf Grund von Bundesgesetzen* daarin geregverdig dat hoewel beide subartikels in sekere opsigte dieselfde doel nastreef, *fehlt es an einem engen*

rigting ontwikkel wat 'n ander inhoud aan die norm verleen.²⁶⁴

b) Terugwerkendheid

Die BVerfG se regspraak rakende die toelaatbaarheid van terugwerkende wetgewing is alles behalwe kristalhelder.²⁶⁵ As uitgangsposisie word die toelaatbaarheid van algemene terugwerkende wetgewing hoofsaaklik aan die hand van die regstaatbeginsel beoordeel.²⁶⁶ In beginsel is die terugwerkende gelding van wetgewing onversoenbaar met die element van regsekerheid en gepaardgaande voorsienbaarheids- en bepaalbaarheidvereistes van die regstaatidee, daar dit die noodsaaklike vertroue in die regstelsel vir 'n demokratiese grondwetlike staat ondermyn.²⁶⁷ Tog waarsku die Hof dat die regstaatbeginsel nie outomaties alle vorme van terugwerkendheid uitsluit nie.²⁶⁸ Veral weens die wisselwerking tussen die regstaatlike elemente van regsekerheid en geregtigheid kan dit moeilik wees om sonder meer algemene reëls neer te lê.²⁶⁹ Daar bestaan buiten die *nulla poena sine lege*-beginsel uit hoofde van artikel 103(2) GG,²⁷⁰ geen bepaling in die positiewe reg of selfs voor-positiefregtelike norme wat 'n algemene verbod op terugwerkendheid daarstel nie.²⁷¹ Eweneens kan so 'n algemene verbod ook nie afgelei word uit regslogiese gronde of selfs in spesifieke omstandighede uit die algemene gelykheidsbepaling in artikel 2(1) GG nie.²⁷² Daar kan hoogstens sprake wees van 'n in beginsel algemene reël teen nadelige terugwerkende wetgewing.²⁷³

verfassungssystematischen Zusammenhang om dit dieselfde betekenis te gee.

264 Vgl BVerfGE 2, 380(401); 3, 407(422); 7, 342(351); en 34, 269(287 ev) - *Soraya*-saak.

265 Stern *Staatsrecht* Vol I 652; en Kunig *Rechtsstaatsprinzip* 208.

266 Vgl BVerfGE 13, 261(270 ev); en 38, 139(148 ev). Sien ook Kunig *Rechtsstaatsprinzip* 208; en Schmidt-ABmann *Rechtsstaat* 1032.

267 Vgl BVerfGE 23, 12(32); 24, 220(229); 30, 367(385 ev); 32, 111(123); 63, 343(353 ev); en 72, 200(257-258) - *Einkommensteuerrecht*-saak.

268 BVerfGE 1, 264(280); 7, 129(151 ev); 11, 64(72 ev); 13, 261(272 ev); 30, 367(385 ev); en 72, 200(257-258) - *Einkommensteuerrecht*-saak.

269 BVerfGE 15, 313(319 ev); 30, 367(385 ev); 31, 94(99 ev); en 31, 222(225 ev).

270 *Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.*

271 Vgl BVerfGE 2, 237(265 ev) - sien ook die Hof se verwysings na skrywerstandpunte tot die teendeel, wat *in casu* verwerp word. Vgl voorts bevestigend Stern *Staatsrecht* Vol I 652 vt 354 vir ondersteuning van die BVerfG in regswetenskaplike kringe, so ook Schmidt-ABmann *Rechtsstaat* 1032 - hoewel lg ook die beskerming van eiendomsreg (art 14 GG) by art 103 GG se absolute verbod teen terugwerkendheid voeg.

272 BVerfGE 2, 237(265 ev).

273 Vgl BVerfGE 23, 85(93) soos verwys in Stern *Staatsrecht* Vol I 652.

Vroeër jare het die BVerfG veral twee soorte benadelende terugwerkende wetgewing onderskei.²⁷⁴ Eerstens, retroaktiewe of "ware" terugwerkende wetgewing wat geld ten opsigte van regsfeite wat in die verlede ontstaan en voltooi is, wat in beginsel nietig is.²⁷⁵ Enkele uitsonderings op hierdie terugwerkendheidsverbod bestaan op grond van regsekerheidsredes of weens dringende redes in die openbare belang.²⁷⁶ Tweedens, retrospektiewe of "nie-ware" terugwerkende wetgewing wat geld ten opsigte van teenswoordige regsfeite wat nog nie afgesluit is nie en in die toekoms sal voortduur, wat in beginsel toelaatbaar is.²⁷⁷ Daar vind egter eers 'n afwegingsproses plaas tussen die individuele en algemene belange. Die individuele burger het 'n belang in die voortbestaan van die bestaande regsfeite, terwyl die samelewing vereis dat die regsposisie terugwerkend verander word.²⁷⁸ Indien dit blyk dat die individu se vertroue in die voortbestaan van die bestaande regsfeite (regsekerheid) voorrang geniet, is die terugwerkende wet nietig.²⁷⁹

Weens kritiek uit regswetenskaplike kringe²⁸⁰ het die Tweede Senaat van die BVerfG in 1986 in die *Einkommensteuerrecht*-saak²⁸¹ probeer om groter strukturele helderheid oor die toepassing van terugwerkende wetgewing te verskaf deur 'n onderskeid te tref tussen die *Rückbewirkung von Rechtsfolgen* en *tatbestandliche Rückanknüpfungen*.²⁸² Eersgenoemde terugwerkendheid van regsgevolge kom voor indien 'n wet geld vir 'n tydstip voordat daardie wet self nog oor regskrag beskik het.²⁸³ Die veranderende posisie wat deur die terugwerkende gevolge veroorsaak word, moet teen die regstaatlike elemente van regsekerheid en vertroue in die regstelsel beoordeel word.

274 Stern *Staatsrecht* Vol I 652.

275 Vgl bv BVerfGE 11, 139(145 ev); 13, 261(270 ev); 15, 313(324); 22, 241(248); 22, 330(347 met verdere verwysings); 25, 371(403 ev); 30, 392(401); en 39, 128(143). Sien Stern *Staatsrecht* Vol I 653.

276 Schmidt-Aßmann *Rechtsstaat* 1032.

277 Vgl BVerfGE 14, 288(297); 13, 269(273); 15, 313(324 ev); 22, 230(347); 31, 222(226); 39, 128(143 ev); en Schmidt-Aßmann *Rechtsstaat* 1033.

278 Vgl BVerfGE 25, 142(154); 30, 250(268); en 64, 87(104).

279 BVerfGE 30, 250(268); en 40, 65(75 ev). Naas regstaatlikheid speel die sosiaalstaatbeginsel 'n belangrike rol in hierdie afwegingsproses. Die grondwetlike beskerming van die burger strek egter nie so ver dat hy of sy elke teleurstelling gespaar kan bly nie. Vgl Stern *Staatsrecht* Vol I 654.

280 Vgl in die algemeen die kritiek van Stern *Staatsrecht* Vol I 654 en die skrywers waarna Kunig *Rechtsstaatsprinzip* 210-211 verwys.

281 BVerfGE 72, 200.

282 BVerfGE 72, 200(241 ev). Sien ook BVerfGE 63, 343(353-356); 72, 302(321 ev); en Schmidt-Aßmann *Rechtsstaat* 1033-1034.

283 BVerfGE 72, 200(241).

Voortaan is die veranderende beskermingsveld van fundamentele regte ook 'n faktor ter oorweging.²⁸⁴ Die tweede geval van *tatbestandliche Rückanknüpfung* kom voor indien 'n wet die intree van regsgevolge afhanklik stel van gebeure of feite wat plaasgevind het voordat daardie wet bestaan het.²⁸⁵ Dit is veral van belang by fundamentele regte. Weereens word die regstaatlike elemente van regsekerheid, beskerming van vertroue in die regstelsel en die proporsionaliteitsbeginsel toegepas, soos wat dit algemeen aangewend word tydens die konkretisering van fundamentele regte.²⁸⁶

Die BVerfG het ook in die *Einkommensteuerrecht*-saak bevestig dat nadelige terugwerkende wetgewing streng deur die regstaatbeginsel begrens word.²⁸⁷ Die Hof lê in beginsel twee maatstawwe neer waarvolgens uitsonderings op die regstaatlike verbod op terugwerkendheid na gelang van elke betrokke saak beoordeel word. Eerstens kan slegs dringende redes van die openbare belang die verbod ophef. Tweedens mag so 'n terugwerkende wet nie lei tot die ondermyning van die fundamentele beskerming waarop die individu op wie se regte die terugwerkendheid inbreuk maak, geregtig sou wees nie. 'n Terugwerkende wetsbepaling kan byvoorbeeld nie die grondwetlike grense oorskry wat artikel 14(1) en (3) GG toelaat vir onteiening of beperking van private eiendomsreg nie.

c) Voorrede

Die bepalings wat in die voorrede tot die GG vervat is, soos byvoorbeeld die onderneming van die Duitse volk om wêreldvrede te dien, het nie slegs politieke waarde nie, maar is juridies relevant deurdat dit sekere regsverpligtinge op owerheidsorgane en individue lê.²⁸⁸ Dit bevat inderdaad grondwetlike ondernemings wat later gekonkretiseer word in ander grondwetlike norme soos, in hierdie geval, artikel 26 GG se verbod op vrede-steurende handeling.²⁸⁹ Die voorrede kan dus in die lig van die beginsel van grondwetlike eenheid as deel van die grondwetlike teks

284 BVerfGE 72, 200(242).

285 BVerfGE 63, 343(356); 72, 200(242 ev); 72, 302(321 ev); en Schmidt-Aßmann *Rechtsstaat* 1033-1034.

286 Vgl BVerfGE 72, 200(242-243).

287 BVerfGE 72, 200(258 ev).

288 BVerfGE 5, 85(127).

beskou word en sodoende geraadpleeg word tydens interpretasie van ander grondwetlike norme soos fundamentele regte.

Die voorrede tot gewone wetgewing of verbandhoudende wetgewingsmateriaal kan ook aangewend word om 'n bepaalde interpretasie van 'n wet te bevestig tydens grondwetlike konstruksie. Die BVerfG het byvoorbeeld in die sesde *Rundfunk*-saak in 1991²⁹⁰ bevind dat die voorrede tot die *Rundfunkstaatsvertrag* van April 1987 ('n ooreenkoms oor die omvattende verandering van die organisasie van die uitsaaiwese), inderdaad as bevestiging dien van 'n beperkende konstruksie van 'n algemene bepaling van die wet wat ingeskil is, soos wat dit elders in daardie wet uiteengesit word.²⁹¹

d) Werklikheidsfaktore

Die *Natur der Sache* vorm een van die belangrikste werklikheidsrelevante faktore wat deur middel van teleologiese interpretasie 'n groot invloed op die konkretisering van bepaalde grondwetlike norme uitoefen.²⁹² Die *Natur der Sache* word nie as 'n selfstandige, eiesoortige en definieerbare interpretasiebeginsel aangewend nie.²⁹³ Dit vorm eerder 'n algemene versamelnaam ter verwysing na die sosiale werklikhede van 'n spesifieke saak wat 'n bepaalde interpretasiekeuse van fundamentele regte (soos die gelykheidsbeginsel) regverdig, sonder dat daardie keuse as willekeurig bestempel kan word.²⁹⁴

289 BVerfGE 12, 45(51); en 36, 1(17).

290 BVerfGE 83, 238.

291 BVerfGE 83, 238(299).

292 Vgl Larenz *Methodenlehre* 138-139. Hier word nie verwys na die haas onbegrensde betekenisveld waaroor die *Natur der Sache* ingeolge die natuureg beskik nie. Vgl Müller *Methodik* 101-103. Die moderne natuurregfilosoof Gustav Radbruch *Rechtsphilosophie* 353 het volgens Herget *German Legal Philosophy* 4 juis die oplossing vir sy dilemma om 'n werkbare verhouding tussen die gelding van geregtigheidseise teenoor regsekerheid te verkry, in die natuurregtelike beginsel van die *Natur der Sache* gevind. Hy het weens regsekerheidsredes die positiewe reg as 'n reël nagevolg, selfs al sou dit tot onreg lei of teenstrydig met die algemene belang wees. Indien die inbreuk op geregtigheid egter so buitensporig is dat selfs die reg wetteloos raak, moet die eise van geregtigheid voorkeur verkry. Oor die regsfilosofiese dimensie van die *Natur der Sache* sien verder die studie van Dreier "*Natur der Sache*"; asook die verwysings deur Larenz *ibid* 137 vt 35.

293 Müller *Methodik* 38.

294 Vgl bv BVerfGE 1, 14(52): *Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt*. Vgl voorts Müller *Methodik* 38-39 vir voorbeelde.

Voorts het die BVerfGE die *Natur der Sache* ook tydens die konstruksie van kompetensie-voorskrifte van die grondwet aangewend ter beslegting van konflikte tussen *Bund* en *Länder*, waar die *Bund* aanspraak maak op geïmpliseerde administratiewe kompetensies onder artikels 30 en 83 GG wat in beginsel die *Länder* se kompetensiesfeer reël. So byvoorbeeld bevestig die BVerfG in die eerste *Rundfunk*-saak²⁹⁵ die beginsel uit die Weimar Ryksgrondwet dat sekere natuurlike federale kompetensies uit hoofde van die *Natur der Sache* afgelei kan word, mits 'n baie streng bewyslas gekwyt kan word wat nie *in casu* gebeur het nie.²⁹⁶ In die moderne idioom sou dit naamlik eers voorkom as (i) so 'n konstruksie *begriffsnotwendig* is, en (ii) as daardie noodwendigheid so dwingend is om daardie spesifieke geval op te los dat dit ander interpretasies uitsluit.²⁹⁷

Daar word ook ander werklikheidsfaktore gevind wat 'n bepalende invloed op die konkretiseringsproses van fundamentele regte tydens teleologiese interpretasie uitoefen en met empiriese argumente gestaaf word.²⁹⁸ Voorbeelde hiervan is die onafwendbaarheid van bepaalde gevolge in 'n saak, betekenisverandering van grondwetlike norme weens verandering van die sosiale werklikheid deur evolusionêre konstruksie,²⁹⁹ inagneming van politieke, historiese en sosiale faktore,³⁰⁰ spesifieke werklikheidsfaktore wat vir bepaalde fundamentele regte geld soos die taak van die pers as instelling in 'n vrye demokratiese staat,³⁰¹ aspekte by kunsvryheid,³⁰² spontane massabetogings,³⁰³ of individuele vryheid om 'n apteek te bedryf of dagga te rook.³⁰⁴

295 BVerfGE 12, 205.

296 BVerfGE 12, 205(251). So 'n kompetensie uit die *Natur der Sache* word begrond op *dem 'ungeschriebenen, im Wesen der Dinge begründeten, mithin einer ausdrücklichen Anerkennung durch die Reichsverfassung nicht bedürftigen Rechtssatz, wonnach gewisse Sachgebiete, weil sie ihrer Natur nach eigenste, der partikularen Gesetzgebungszuständigkeit a priori entrückte Angelegenheiten des Reichs darstellen, vom Reiche und nur von ihm geregelt werden können'*.

297 BVerfGE 12, 205(251). Vgl ook BVerfGE 22, 180(217) - *Jugendhilfe*-saak oor die konkretisering van hierdie streng vereistes van die *Natur der Sache* waaraan die *Bund* eers moet voldoen alvorens dit in uitsonderlike gevalle op die waarneming van sekere administratiewe funksies rakende jeugaangeleenthede kan aanspraak maak.

298 Vgl Alexy *Theory of Legal Argumentation* 232-233 vir voorbeelde mbt die BVerfG.

299 Vgl BVerfGE 2, 380(401).

300 Vgl BVerfGE 1, 14(32 ev).

301 Sien BVerfGE 20, 162(175 ev) - *Spiegel*-saak; en art 5(1) GG. Vgl ook BVerfGE 66, 116(134 ev).

302 Vgl BVerfGE 30, 173(188ev) - *Mephisto*-saak; en art 5(3) GG.

303 Vgl BVerfGE 69, 315(350ev) - *Brockdorf*-saak; en art 8 GG. Vgl voorts in die algemeen met stawende gesag, Müller *Methodik* 39-61.

304 Vgl bv die argumente rondom die beperking van die aantal apteke in 'n stad in BVerfGE 7, 377(413ev) - *Apotheken*-saak; en die meningsopname oor die gebruik van Cannabis-produkte in

e) Leemtevulling deur skeppende interpretasie

Leemtes kom in gewone wetgewing en veral in die grondwet voor wat regters noop om daardie leemtes te vul.³⁰⁵ Verskeie redes bestaan hiervoor. Eerstens dwing die kompleksiteit van 'n voortdurend veranderende samelewing algemene eerder as spesifieke bepalinge af.³⁰⁶ Tweedens, anders as die bepaalbaarheid en regsekerheid wat die regsreëls van spesifieke regsterreine kenmerk, openbaar grondwette juis 'n onbepaalbare karakter wat tot regsleemtes kan lei.³⁰⁷ Dertens het die samelewingsomstandighede dramaties verander sedert die wetgewer gewone wette soos die *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) meer as sewentig jaar gelede aangeneem het, sodat daardie wette ook nie meer in alle gevalle letterlik toegepas kan word nie.³⁰⁸ Vierdens geld die tradisionele beginsel wat eie aan die skeiding van gesag in 'n regstaat is, naamlik dat die regters slegs aan die wet gebonde is, ook nie meer ongekwalfiseerd nie. Artikel 20(3) GG stel dit naamlik duidelik dat regters aan *Gesetz und Recht* gebonde is, sodat die eng wetspositivistiese benadering van die regterlike taak inderdaad deur die grondwet self verwerp word.³⁰⁹ Daarom beskou die BVerfG die regterlike opdrag in die *Soraya*-saak³¹⁰ as nie slegs net die naspeuring en vertolking van die wetgewersbedoeling nie, maar ook om *Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu*

Duitsland in die *Haschisch*-saak, BVerfGE 9 Maart 1994 in 1994 *EuGRZ* Vol 9-10 254.

305 Vgl in die algemeen Canaris *Lücken*; en Zippelius *Methodenlehre* 11, 57-65. Zippelius (*ibid*) onderskei tussen twee soorte leemtes. Eerstens is daar leemtes wat bloot uit die formulering van die regsnorm duidelik is (*Formulierungslücken*). Tweedens is daar gevalle waar regsnorme se woorde oënskynlik leemteloos voorkom, maar vanweë geregtigheidseise (soos die gelykheidsbeginsel) tydens aanwending leemtes openbaar (*Wertungslücken*) wat deur regterlike interpretasie *de lege lata* gevul moet word. Die herstel van geregtigheidsbreuke *de lege ferenda* deur die politieke proses - dws deur die wetgewende proses - moet egter hiervan onderskei word.

306 BVerfGE 3, 225(242 ev).

307 BVerfGE 3, 225(243).

308 BVerfGE 34, 269(288) - *Soraya*-saak.

309 BVerfGE 34, 269(286-287). Die BVerfG beskryf hierop wat die reg ingevolge art 20(3) GG behels: *Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnnganzes besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, ist Aufgabe der Rechtsprechung.*

310 BVerfGE 34, 269.

*bringen und in Entscheidung zu realisieren.*³¹¹

Ten einde dus die eise van 'n moderne regstaat aan te spreek, vorm leemtevuiling deur middel van kreatiewe interpretasie (*schöpferischer Rechtsfindung*) soos teleologiese konstruksie, belange-afweging, regsvergelyking, en die uitbreiding van algemene regsreëls, in toenemende mate 'n belangrike taak van die ware regterlike regsindingproses.³¹² Hoewel leemtevuiling nie absoluut beperk is tot die raamstruktuur van die betrokke wet nie, word besondere redes vereis indien daardie strukturele grense oorgesteek word, veral indien dit lei tot 'n konstruksie *contra* die normteks.³¹³

Die probleem is egter dat daar geen klinkklare formule bestaan wat die regter vir die begrensing van skeppende regsinding tydens leemtevuiling kan aanwend nie.³¹⁴ In hierdie opsig het die BVerfG reeds tydens die *Soraya*-beslissing regters teen willekeurige argumente gewaarsku en duidelike riglyne neergelê:

*Der Richter muß sich dabei von Willkür freihalten, seine Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen. Es muß einsichtig gemacht werden können, daß das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt. Die richterliche Entscheidung schließt dann diese Lücke nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft.*³¹⁵

In die *Soraya*-beslissing het die BVerfG wel *contra legem* interpretasie toegepas en dit geregverdig as skeppende regterlike regsinding.³¹⁶ Deurdat die BGB nie voorsiening gemaak het vir skadevergoeding vir nie-vermoënskade nie, moes die BVerfG beslis of siviele howe dit wel kan toeken in uitsonderlike ernstige gevalle van aantasting van 'n individu se algemene persoonlikheidsreg. *In casu* het 'n tydskrif 'n

311 BVerfGE 34, 269(287).

312 Vgl BVerfGE 3, 225(242 ev); 13, 153(164); 34, 269(287 ev); asook Zippelius *Methodenlehre* 64-65.

313 BVerfGE 19, 166(176); 65(193 ev); en Zippelius *Methodenlehre* 60.

314 BVerfGE 34, 269(287) - *Soraya*-saak.

315 BVerfGE 34, 269(287) - *Soraya*-saak.

fiktiewe, benadelende onderhoud met die eiseres (die eerste vrou van die voormalige Sjah van Iran, Prinses Soraya) gepubliseer asof dit die waarheid sou wees. Die Hof ken 'n bedrag van DM 15 000 skadevergoeding toe in weerwil van artikel 253 BGB wat bepaal dat sodanige skadevergoeding slegs ingevolge 'n wet toegeken kan word, welke wet egter nie in hierdie geval bestaan het nie.³¹⁷ Die Hof neem die volgende faktore in ag ter begroning van skeppende regsinding *contra* die woorde van 'n regsnorm: (i) ouderdom van die regsnorm, (ii) teenstand wat daardie norm sedert inwerkingtreding uitgelok het, (iii) regsontwikkeling in ander Westerse state, (iv) veranderende gemeenskapsienings oor die rol van die pers en die pers se plig tot openbare meningsvorming, (v) die grondwetlike waarde-sisteem, (vi) die breë konsensus wat in die regswetenskap oor so 'n uitbreiding bestaan, (vii) die onaanvaarbaarheid om te wag vir die wetgewer om die wetgewing te verander, en (viii) versoenbaarheid met die reg in die algemeen.³¹⁸ Alexy en Dreier meld egter dat hierdie beslissing as 'n grensgeval beskou moet word weens die geweldige kritiek wat dit ontlok het.³¹⁹

In 'n ander geval het die BVerfG egter weer teen 'n *contra legem* regskeppende konstruksie besluit weens redes soos (i) die vaagheid van die grondwetlike beginsel, (ii) die onderliggende sosiale en politieke redes vir die versoek tot skeppende interpretasie, (iii) die gebrek aan algemene en regswetenskaplike konsensus oor die verandering, en (iv) dat dit aan die wetgewer oorgelaat moet word om hierdie wetgewing te verander.³²⁰ Regterlike leemtefilling *contra legem* ter wille van geregtigheidseise bly egter 'n omstrede kwessie weens die moontlikheid dat regters hul regsprekende kompetensie kan oorskry deur die regspolitiese en wetgewende terrein te betree wat die regstaatlike beginsels van skeiding van gesag en regsekerheid in gedrang kan bring.³²¹

f) Regswetenskaplike beginsels

316 BVerfGE 34, 269(288 ev) - *Soraya*-saak. Vgl ook Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 80.

317 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 80.

318 Vgl BVerfGE 34, 269(288 ev). Sien ook Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 96-97.

319 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 80.

320 Vgl BVerfGE 65, 182(193 ev). Sien voorts Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 97.

321 Zippelius *Methodenlehre* 59-60.

Weens die invloed van die historiese regskeel en veral die pandektiste in die Duitse regsgeskiedenis, vorm regswetenskaplike teorieë en beginsels (regsdogmatiek) wat afkomstig is uit die bydraes van regsryers wat ten doel het om die reg te sistematiseer en verifieer, vandag nog 'n belangrike bron vir die beslissings van die BVerfG.³²² Argumente hierop gebaseer is waardevol indien hierdie regsdogmatiek die reg korrek weergee en indien dit dan algemeen as die heersende posisie aanvaar word.³²³

Een voorbeeld van 'n bekende regswetenskaplike beginsel in die kasuïstiese regstelsels wat nie aanwending in die gekodifiseerde Duitse reg geniet nie, is die *stare decisis* leerstuk en daaruitvoortspruitende presedenteleer. Desnieteenstaande word dit egter algemeen aanvaar dat grondwetlike presedente wel 'n belangrike rol vervul as gesag vir gewone hofbeslissings.³²⁴ Deurdat die federale hof grondwetlik verplig is (artikel 95(3) GG) om die eenheid van die regstelsel te beskerm en veral die BVerfG met die opdrag beklee is om die fundamentele regte as onmiddellik geldende regsnorme te beskerm (artikels 1(3) en 93(1) GG), verkry veral die beslissings van die BVerfG besondere betekenis vir die algemene regspraak. Soveel so, dat die beslissings van die BVerfG inderwaarheid as algemene presedente in die Duitse reg beskou kan word.

g) Statutêre uitlegvoorskrifte

Daar is weinig grondwetlike bepalings wat presies voorskryf hoe wette uitgelê of leemtes gevul moet word.³²⁵ Een van die enkele grondwetlike interpretasievoorskrifte is die verbod op terugwerkendheid van misdade ooreenkomstig die *nula poena sine lege* stelreël in artikel 103(2) GG.³²⁶ In die algemene publiekreg soos byvoorbeeld in resente administratiewe wetgewing, word die oogmerke van die wet in die voorrede of in inleidende paragrawe geplaas ten einde teleologiese konstruksie te

322 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 90.

323 Vir 'n omvattende bespreking oor die waarde van regsdogmatiek vir juridiese argumentasie, sien Alexy *Theory of Legal Argumentation* 250-274 en die ondersteunende gesag waarna verwys word.

324 Vgl Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 90; Alexy *Theory of Legal Argumentation* 274-279; en Kriele *Rechtsgewinnung* 243-257 en 290-304.

325 Vgl Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 109.

326 Vgl Pieroth en Schlink *Grundrechte* 289-292.

vergemaklik.³²⁷ Duideliker uitlegvoorskrifte word wel in die privaatreë gevind vir die uitleg van testamente, kontrakte en verklarings van voorneme.³²⁸ Weens die hoë graad van regsdogmatiese abstrahering in die Duitse reg, wend juriste hulle tot 'n omvattende regswetenskaplike metode in plaas van om op 'n algemene interpretasiewet te steun soos in die Suid-Afrikaanse reg die geval is.

2.2.8 Interpretasierol van fundamentele grondwetlike beginsels

Daar is reeds aangetoon dat die interpretasie en konkretisering van grondwetlike norme en veral van fundamentele reëte nie slegs deur die algemene kanons van interpretasie verwezenlik kan word nie. Die BVerfG het in 23 Oktober 1951 bevestig dat die fundamentele grondwetlike beginsels 'n besondere rol tydens die konkretisering van grondwetlike norme vervul, omdat dit die onderliggende waardes vorm wat die grondwet as deel van die breë grondwetlike konteks begrond.³²⁹ Die fundamentele grondwetlike (struktuur-) beginsels word hoofsaaklik in artikels 20 en 28 GG gevind.³³⁰ Hiervolgens sou dit die beginsels van 'n regstaat, sosiaalstaat, demokrasie, federale staat en 'n republiek behels. Intussen is skrywers dit nie eens oor welke bykomende beginsels, indien enige, bestaan nie.³³¹ Die BVerfG self bevind reeds so vroeg as 1951 en 1954 dat die elementêre grondbeginsels van die grondwet

327 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 109.

328 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 110.

329 Vgl BVerfGE 1, 14(32 ev). Op 15 Desember 1970 bevestig die Tweede Senaat van die BVerfG hierdie beskouing in BVerfGE 30, 1(19) - *Abhör-saak: Eine Verfassungsvorschrift darf nicht allein aus ihrem Wortlaut heraus isoliert ausgelegt werden. Alle Verfassungsbestimmungen müssen vielmehr so ausgelegt werden, daß sie mit den elementaren Grundsätzen des Grundgesetzes und seiner Wertordnung vereinbar sind. ... Bei der Auslegung des Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG ist also der Kontext der Verfassung, sind insbesondere Grundentscheidungen des Grundgesetzes und allgemeine Verfassungsgrundsätze zu berücksichtigen.*

330 Starck *Verfassungslegung* 222; en Stern *Staatsrecht* Vol I 411. Stern (*ibid* 411 vt 4) verskaf enkele ander terme waarmee 'n grondwetlike beginsel soms ook beskryf word nl *Staatsform, Staatsziel, Grundentscheidung, Leitgrundsatz, tragendes Konstitutionsprinzip; Staatsfundamentalnorm* ens.

331 Stern *Staatsrecht* Vol I 412 voeg hierby die vrye demokratiese grondorde en die parlementêre reëeringsstelsel. Hy meld dat daar soms ook na die voorrede en art 1 GG verwys word. Hy meen egter dat die grootste deel van die bepalings in die voorrede eerder as riglyne vir die staatsdoel as 'n struktuurbeginsel self is. Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 110 se indeling verkies weer die beginsels van menswaardigheid, vryheid, gelykheid (arts 1-3 GG), regstaat, demokrasie en die sosiaalstaat. Hesse *Grundzüge* 52, Starck *Verfassungsinterpretation* 222 en Battis en Gusy *Staatsrecht* 107 volstaan met die republiek, demokrasie, sosiaalstaat, regstaat en federale staat. Maunz en Zippelius *Staatsrecht* 59 ev beskryf weer die fundamentele staatsnorme as art 1 GG, die republiek, regstaat, sosiaalstaat en federale staat, maar bespreek later die republieke staatsvorm as 'n demokratiese parlementêre demokrasie.

die beginsels van demokrasie, federalisme, regstaatlikheid en sosiaalstaatlikheid is.³³²

Die fundamentele grondwetlike beginsels verskaf die juridiese boustene vir die vrye demokratiese grondorde en die parlementêre regeringsstelsel.³³³ Dit is met ander woorde nie bloot voorskrifte in politieke programme en doelstellings sonder regsrag nie, maar die hoogste regsnorme wat die houe direk bind.³³⁴ Deurdat hierdie fundamentele beginsels in 'n spesifieke verhouding tot mekaar en die res van die grondwetlike norme waardeur dit verwesenlik word, staan, moet daardie besondere samehang gerespekteer word en 'n geïsoleerde konstruksie van elkeen vermy word.³³⁵

a) Vrye demokratiese grondorde

Die vrye demokratiese grondorde (*freiheitliche demokratische Grundordnung*) kan (saam met die verhoogde beskerming wat deur die verskansing van artikel 79(3) GG se bepaling verleen word) as die *raison d'être* of staatsidee van die Federale Republiek van Duitsland beskou word.³³⁶ Hierdie orde verteenwoordig die mees grondliggende normatiewe waarde-stelsel in die Duitse reg - dit is naamlik 'n grondwet wat gekenmerk word deur onontbeerlike fundamentele waardes soos die onaantasbare waardigheid van elke mens en van die vryheid en gelykheid van die individu.³³⁷ Die vrye demokratiese grondorde vorm dus die mees fundamentele

332 BVerfGE 1, 14(33 ev); en 3, 377(381).

333 Stern *Staatsrecht* Vol I 412.

334 Alexy en Dreier *Statutory Interpretation* 110; en Stern *Staatsrecht* Vol I 418.

335 Starck *Verfassungsauslegung* 222.

336 Vgl in die algemeen Stern *Staatsrecht* Vol I 414-429. Hierdie begrip word op verskeie geleenthede in die grondwet gebruik soos arts 11(2), 18, 21(2), 73(10)(b), 87a(4) en 91(1) GG. Stern *ibid* 417 beskryf die vrye demokratiese grondorde as *die Verfassungsgrundentscheidung schlechthin, die Festlegung von Verfassungsgrundwerten, die die moralische und politische Substanz zu bilden haben: das axiale Prinzip des Grundgesetzes, an dem die staatliche und gesellschaftliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland ausgerichtet ist.*

337 Vgl arts 1, 2 en 3 GG. Sien BVerfGE 2, 1(12); 6, 32(41); en 12, 45(51) as verteenwoordigend van die heersende regsposisie. Vgl die beskrywing in BVerfGE 5, 85(204 ev) van die fundamentele en absolute gelding van die menswaardigheid van elke mens: *In der freiheitlichen Demokratie ist die Würde des Menschen der oberste Wert. Sie ist unantastbar, vom Staat zu achten und zu schützen.* In BVerfGE 2, 1(12-13) – SRP-saak word die vrye demokratiese orde beskryf as 'n orde *die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das*

maatstaf waarteen alle grondwetlike waarde-oordele beoordeel moet word; uit hoofde waarvan die konkretisering van alle fundamentele regte en fundamentele grondwetlike beginsels geskied. Die BVerfG gebruik byvoorbeeld in 1952 met die verbod op die Sosialistiese Ryksparty juis die vrye demokratiese grondorde as maatstaf om die ongrondwetlikheid van daardie party se aktiwiteite te bepaal.³³⁸

Hoewel al die fundamentele grondwetlike (struktuur-) beginsels van belang is vir die verwesenliking van die staatsdoel van 'n vrye demokratiese grondorde, word vervolgens slegs die rol wat die demokratiese, regstaatlike en sosiaalstaatlike beginsels tydens grondwetlike interpretasie vervul, bespreek.

b) Demokrasie

Die demokratiese struktuurbeginsel is normatief van aard en daarom slegs in beginsel in die grondwet geformuleer.³³⁹ Demokrasie³⁴⁰ vind konkrete vergestaltung in spesifieke staatsregtelike praktyke wat 'n vrye, regstaatlike, federale, sosiale, gesagsverdelende, verteenwoordigende en beskermende demokrasie verteenwoordig.³⁴¹ Dit is dus die klassieke Westerse demokratiese beskouing.³⁴²

Mehrparteiprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition.

338 BVerfGE 2, 1(12). Vgl ook BVerfGE 39, 334 ev - *Extremisten im öffentlichen Dienst*-saak vir konkretisering van hierdie beginsel mbt die getrouheidsplig van staatsamptenare.

339 Vgl arts 20(1) (*demokratische Bundesstaat*); 20(2) (*Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.*); en art 28(1) GG (*Grundsätzen des demokratischen Rechtsstaates*). Vgl voorts BVerfGE 77, 1(40-41) - *Neue Heimat*-saak.

340 Die haas ondefinieerbaarheid van die begrip demokrasie word treffend geïllustreer deur die lang lys van begripsbeskrywings in Stern *Staatsrecht* Vol I 442-443; sien ook standpunte oor die betekenis van daardie begrip onder die GG in Stern *ibid* 447 ev. Vgl voorts die beskrywings in Bäülin en Kalinna *Evangelisches Staatslexikon* Vol I 458-475.

341 Vgl die kiesstelsel en taak van volksverteenwoordigers (art 38(1) GG); politieke partye (art 21 GG; BVerfGE 2, 1(12) - *SRP*-saak); die meederheidsbeginsel (arts 42(2), 52(3), 54(6), 63(2)-(4) en 67(1) GG; BVerfGE 44, 125(141 ev)); skeiding van gesag (art 20(2) en (3) GG; BVerfGE 2, 1(13) - *SRP*-saak); parlementêre verantwoordelikheid van die uitvoerende gesag (BVerfGE 2, 1(13) - *SRP*-saak); fundamentele regte (BVerfGE 2, 1(13) - *SRP*-saak); regsgelykheid (arts 3; 33(1), (2) en (3); 101(1); en 28(1) GG); regstaatlikheid (arts 20(3) en 28(1) GG); voorkoming van die misbruik van fundamentele regte tot nadeel van die vrye demokratiese orde (art 18 GG); BVerfGE 30, 1(19 ev) - *Abhör*-saak oor die verbod op die misbruik van fundamentele regte in 'n *streitbare* demokrasie; BVerfGE 39, 334(349) - *Extremisten im öffentlichen Dienst*-saak waar beslis word dat 'n *wehrhafte* demokrasie die misbruik van demokrasie verbied (die beginsel van 'n *wehrhafte* of *streitbare* *Demokratie* word afgelei uit arts 2(1), 9(2), 18, 20(4), 21(2), 79(3), 91 en 98(2) GG); BVerfGE 2, 1(11-12) - *SRP*-saak waar 'n politieke party verbied is wat die demokratiese politieke vryheid misbruik om juis die voortbestaan van daardie demokratiese grondorde te bedreig; 'n vrye onafhanklike en ongesensureerde pers wat gereeld verskyn (art

Vanweë die Weimar-spook van demokratiese relativisme, bevat die GG 'n materieel bepaalbare demokratiese norm in die vorm van die vrye demokratiese grondorde, wat hoofsaaklik in die demokratiese regstaat verwesenlik word.³⁴³

Die verhouding tussen die demokratiese beginsel en fundamentele regte is tweeledig.³⁴⁴ Enersyds staan fundamentele regte teenoor demokrasie deurdat dit as normatiewe kontrole van wetgewing en ander owerheidshandelinge (as resultaat van die demokratiese besluitnemingsprosesse) dien. Andersyds komplementeer fundamentele regte demokrasie (en albei tesame die vrye demokratiese grondorde) deurdat dit as vryheidsnorme die demokratiese proses beskerm en as burgerlike regte juis die proses van vrye meningsvorming bevorder. 'n Voorbeeld van die aanwending van die demokratiese beginsel kom voor in die interpretasie van die grondreëls van formele verkiesingsgelykheid en gelyke kanse vir politieke partye in die *Sperrklausel*-saak van 1951,³⁴⁵ wat weer bevestig is in die *Wahlvertrag*-saak van 29 September 1990.³⁴⁶ In laasgenoemde saak is sekere aspekte van die verkiesingsverdrag tydens die hereniging van die voormalige Duitse Demokratiese Republiek en die Federale Republiek van Duitsland as ongrondwetlik bevind.³⁴⁷ In die *Sperrklausel*-saak³⁴⁸ is bevind dat die beginsel van demokratiese gelykheid vereis dat die proporsionele kiesstelsel nie net bepaal dat elke stem dieselfde gewig moet dra (*Zählwert*) of te wel

5(1) en (2) GG); BVerfGE 20, 162(174) - *Spiegel*-saak; BVerfGE 25, 256(268) - *Blinkfuer*-saak waar beslis is dat die vryheid van spraak en pers ten doel het om die *freie geistige Betätigung und den Prozeß der Meinungsbildung* in die vrye demokrasie te beskerm; BVerfGE 27, 71(81) - *Leipziger Volkszeitung*-saak waar beslis is dat 'n demokratiese staat nie kan bestaan sonder 'n goed ingeligte openbare mening nie); BVerfGE 83, 60(72 ev) oor die demokratiese legitimitetsbeginsel; BVerfGE 77, 1(40) - *Neue Heimat*-saak oor die demokratiese legitimitet van 'n benoemde ipv 'n verkose parlementêre komitee van ondersoek; en BVerfGE 24, 184(197) - *Zustimmungsgesetz*-saak waar die *rechtsstaatlich-demokratischen Verfassungsordnung des Grundgesetzes* as rede verskaf is waarom slegs die wetgewer in beginsel oor wetgewende kompetensies beskik en die uitvoerende gesag slegs as 'n uitsondering verordeninge kan uitvaardig ooreenkomstig art 80(1) GG. Sien ook in die algemeen Starck *Verfassungsauslegung* 223.

342 Vgl Stern *Staatsrecht* Vol I 448, 451-452; en Starck *Verfassungsauslegung* 223. Die kern van die Duitse grondwetlike demokrasie is waarskynlik art 20(2) GG wat die volksoewereiniteit as die bron en grens van die owerheidsgesag, bepaal. Vgl BVerfGE 83, 60(71 ev); en BVerfGE 2, 1 (13) - *SRP*-saak.

343 Vgl Stern *Staatsrecht* Vol I 467-469.

344 Stern *Staatsrecht* Vol I 470.

345 BVerfGE 1, 208(245 ev).

346 BVerfGE 82, 322(337-338).

347 In BVerfGE 82, 322(337-338) - *Wahlvertrag*-saak is die grondreëls van verkiesingsgelykheid afgelei uit arts 21(1); en 38(1) GG gelees met die beginsel van demokrasie. Ander beslissings wat oor verkiesingsgelykheid handel is BVerfGE 1, 14(33); 3, 383; 4, 31; 5, 77; 6, 84; 7, 63; 16, 130; en 51, 222.

matematies gelyk moet wees nie, maar ook inhou dat elke stem oor gelyke gevolgs waarde (*Erfolgswert*) moet beskik. Uitsonderings op hierdie gelykheidsbeginsel kom in uitsonderlike gevalle voor wanneer minimum steundrempels vir verteenwoordiging gestel word ten einde party-splintering te voorkom en effektiewe funksionering van die parlementêre sisteem te verseker.

Samevattend beskou is die demokratiese beginsel van kardinale belang vir die konkretisering van fundamentele regte deurdat dit een van die belangrikste boustene van die vrye demokratiese grondorde is. As sodanig vervul dit 'n primêre rol as kriterium tydens die fel van waarde-oordele ter beskerming en verwesenliking van fundamentele regte.³⁴⁹

c) Regstaatlikheid

Die BVerfG lei in meer resente beslissings die regstaatbeginsel hoofsaaklik uit artikel 20(3) GG af.³⁵⁰ Die onbetwiste belang van die regstaatbeginsel as die belangrikste grondwetlike beginsel³⁵¹ word bevestig deur beskrywings daarvan deur die BVerfG³⁵²

348 BVerfGE 1, 208(249 ev).

349 Tog meen Starck *Verfassungsauslegung* 224 die demokratiese beginsel verleen nie 'n algemene opdrag tot sg "demokratisering" van outonome burgerlike kulturele, wetenskaplike, onderwys of ekonomiese lewensterreine nie. Die wetgewer moet dus steeds respek vir die fundamentele regte en grondwetlike norme toon, indien wetgewing op daardie terreine oorweeg word. Vgl hieroor BVerfGE 35, 79(120 ev); 47, 327(386 ev en 404 ev); en veral die kriteria wat neerglê is in BVerfGE 50, 290(336).

350 BVerfGE 30, 1(24) - *Abhör-saak*; 35, 41(47); en 39, 128(143). Aanvanklik het die BVerfG egter die regstaatbeginsel ook uit ander artikels soos arts 1(3), 19(4), 28(1) GG en ook uit die grondwet as geheel en die onderliggende waardes van die GG afgelei. Vgl bv BVerfGE 2, 380(403) waar die Hof beslis *daß das Verfassungsrecht nicht nur aus den einzelnen Sätzen der geschriebenen Verfassung besteht, sondern auch aus gewissen sie verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen, die der Verfassungsgesetzgeber, weil sie das vorverfassungsmäßige Gesamtbild geprägt haben, von dem er ausgegangen ist, nicht in einem besonderen Rechtsatz konkretisiert hat. Zu diesen Leitideen, die auch den Landesgesetzgeber unmittelbar binden, gehört das Rechtsstaatsprinzip*. Die regstaatbeginsel word deur skrywers uit verskillende dele van die grondwet afgelei, soos Schmidt-Aßmann *Rechtsstaat* 989 uit arts 28(1) en 20(1) GG; en Stern *Staatsrecht* Vol I 613 weer uit art 20 GG omdat art 28(1) GG syns insiens eerder die regstaatlikheid van die *Länder* se grondwette vaslê, terwyl art 20 GG met die federale grondwetlike struktuur gemoeid is. Vir 'n gedetailleerde en kritiese ontleding van die begroning van die regstaatidee in die GG, vgl Kunig *Rechtsstaatsprinzip* 63-110.

351 Vgl Stern *Staatsrecht* Vol I 675. Sien Hofmann *Entwicklung* 298-302 vir die grondwetlike groeiproses van die regstaatbeginsel tot hierdie belangrike posisie bereik is.

352 Vgl BVerfGE 6, 32(41) - *Elfes-saak* (*ungeschriebenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen*); 6, 55(72) - *Steuersplittung-saak* (*leitenden Prinzip*); en 20, 323(331) (*eines der elementaren Prinzipien*).

en skrywers.³⁵³ Dit is egter nie moontlik om 'n grondwetlike beginsel van die fundamentele belang en dinamiese omvang van die regstaatbeginsel in 'n enkele definisie saam te vat nie.³⁵⁴ Weens die feit dat die regstaatbeginsel slegs in beginsel in die grondwet vervat is wat dit met 'n bepaalde *Weite und Unbestimmtheit* kenmerk, waarsku die BVerfG dat nadere konkretisering van hierdie grondwetlike beginsel - wat hoofsaaklik die taak van die wetgewer is wat tussen die verskillende konkretiseringsalternatiewe moet kies - met omsigtigheid moet geskied.³⁵⁵ Juis weens hierdie moeilike definieerbaarheid van die regstaatbeginsel, kies die BVerfG dan om die regstaatlikheid van 'n regsnorm vir elke individuele geval afsonderlik te bepaal.³⁵⁶ 'n Ondersoek na die wesenlike elemente van die regstaatidee se formele en materiële dimensies werp wel meer lig op die inhoud en betekenisveld van hierdie fundamentele grondwetlike beginsel.³⁵⁷

Die wye en onbepaalde betekenisveld van regstaatlikheid word inderdaad bevestig deur die verskillende toepassingsmoontlikhede daarvan. In die algemene openbare lewe word regstaatlikheid soms sonder 'n juridiese betekenis aangewend (deur politici

353 Stern *Staatsrecht* Vol I 612 verwys na die *Strukturbestimmung; Grundsatzentscheidung; Leitlinie; Direktive; Rechtsinbegriff* en *Schleusenbegriff*.

354 Vgl bv die vele verwysings in Stern *Staatsrecht* Vol I 615-618; Kunig *Rechtsstaatprinzip* 117-123; Starck *Verfassungsauslegung* 224; en Schmidt-Abmann *Rechtsstaat* 988 en 1042-1043. Schmidt-Abmann *ibid* 988 gebruik die volgende omskrywing: *Der Rechtsstaat ... beinhaltet einen Doppelauftrag, der Begrenzung und Gewährleistung staatlichen Handels gleichermaßen umgreift, um auf diese Weise 'Menschenwürde, Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit' sowohl gegenüber der Staatsgewalt als auch im Verhältnis der Individuen untereinander zu gewährleisten.*

355 BVerfGE 57, 250(276) - *V-Mann*-saak. Dienooreenkomstig vervolg BVerfGE 65, 283(290) (wat feitelik 'n woordelike bevestiging is van die gevestigde regsposisie sedert BVerfGE 7, 89(92 ev); en 35, 41(47)): *Das Rechtsstaatprinzip, das in der Verfassung nur zum Teil näher ausgeformt ist, enthält keine in allen Einzelheiten eindeutig bestimmten Geboten und Verbote; es bedarf der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten; dabei müssen allerdings fundamentale Elemente des Rechtsstaates und die Rechtsstaatlichkeit im ganzen gewahrt bleiben.*

356 Vgl BVerfGE 7, 89(93); 45, 187(246) - *Lebenslange Freiheitsstrafe*-saak (met uitvoerige gesag); en 57, 250(276) - *V-Mann*-saak.

357 Daar word sonder bespreking volstaan met Stern *Staatsrecht* Vol I 624-675 se weergawe van die wesenlike elemente van die regstaat. Sien voorts ook die uiteensettings in Schmidt-Abmann *Rechtsstaat* 997-1036; Kunig *Rechtsstaatprinzip* 117-123; Maunz en Zippelius *Staatsrecht* 87-95; Battis en Gusy *Staatsrecht* 112-203; en Hesse *Grundzüge* 80-84 (hy bespreek egter sosiaalstaatlikheid as onderdeel van die regstaatidee - vanaf 85 ev). Doehring *Staatslehre* 178 volg 'n ietwat ongewone indeling daar hy nie materiële geregtigheid onder die wesenlike elemente van 'n regstaat insluit nie, maar dit as 'n element van die sosiaalstaat beskou. Die BVerfG self het in die *Abhör*-saak (BVerfGE 30, 1(24-25)) die volgende elemente van die regstaat onderskei mbt die feite van daardie saak: (i) verdeling van gesag (art 20(3) GG); (ii) legitimitetsbeginsel (art 20(3) GG); (iii) verbod op benadelende terugwerkende wetgewing; (iv) proporsionaliteitsbeginsel; (v) harmonie tussen regsekerheid en geregtigheid in individuele gevalle; en (vi) die grootste moontlikheid van leemtelose regsbeskerming.

en joernaliste) as 'n politieke slagspreuk of om staatsdoelwitte te beskryf.³⁵⁸

Juridies gesproke onderskei Kunig tussen drie wyses waarop die regstaatidee gebruik word.³⁵⁹ Eerstens word die regstaatidee aangewend sonder dat dit oor 'n eie normatiwiteit beskik, soos om te dien as versamelnaam vir ander fundamentele grondwetlike norme soos demokrasie.³⁶⁰ Tweedens gebruik die BVerfG regstaatlikheid gereeld in beslissings saam met fundamentele regte ter begroning van 'n bepaalde konstruksie.³⁶¹ Soms word die regstaatbeginsel bloot aangewend ter ondersteuning van die betrokke konstruksie van die fundamentele reg sonder om 'n nuwe betekenis by te voeg. By ander geleenthede egter, dra die regstaatbeginsel 'n afsonderlike inhoudsdimensie ter begroning van die konstruksie van die fundamentele reg.³⁶² Derdens word die regstaatbeginsel alleen as 'n selfstandige regsnorm gebruik, sonder om op fundamentele regte of ander grondwetlike norme te steun, in die begroning van 'n spesifieke uitleg.³⁶³

Die tweede gebruik van die regstaatbeginsel saam met fundamentele regte waarna reeds verwys is, is veral vir die huidige ondersoek belangrik. Soms begrond die BVerfG 'n beslissing deur te verwys na die betrokke fundamentele reg *in Verbindung*

358 Vgl Kunig *Rechtsstaatprinzip* 123 ev.

359 Vgl Kunig *Rechtsstaatprinzip* 130-226.

360 Vgl BVerfGE 9, 268(284) (*demokratischen Rechtsstaats*); en 18, 151(154) (*des freiheitlichen demokratischen Rechtsstaats*). In beide gevalle val die klem volgens Kunig (*ibid* 130) meer op die byvoeglike naamwoord as op die selfstandige naamwoord.

361 Vgl bv BVerfGE 18, 353(363) mbt die algemene gelykeheidsbeginsel by administratiewe handeling (art 3(1) GG); 20, 162(223) - *Spiegel*-saak mbt die deursoeking van 'n gebou in weerwil van die onaantasbaarheid van die woning (art 13(1) GG); 20, 323(331); en 45, 187 (regstaatlikheid van lewenslange gevangenisstraf) mbt die proporsionaliteit tussen strafregtelike skuld en straftoemeting nav die geregtigheids- en vryheidsbeginsels (art 2(1) GG); 44, 105(120-121) mbt die reg op beroepsvryheid (art 12(1) GG); 49, 220(225) mbt die reg op regverdige prosedure by openbare vervreemding van privaateiendom (art 14(1) GG); en 56, 216(241-242) mbt die reg op asiel (voormalige art 16(2) GG).

362 Kunig verskaf 'n uitvoerige begroning van hierdie twee aanwendingsmoontlikhede in *Rechtsstaatprinzip* 130-165.

363 Sien Kunig *Rechtsstaatprinzip* 166-223. Vgl bv BVerfGE 43, 243(288); en 59, 275(278) mbt die proporsionaliteitsbeginsel; 58, 257(268) vir die wesenlikheidsteorie; 45, 142(167) oor regsekerheid; 21, 362(372) en 39, 156(162) mbt die willekeurverbod; en 60, 175(215) oor die reg op 'n regverdige verhoor. Die Hof het aanvanklik die reg tot 'n regverdige verhoor in die *V-Mann*-saak (BVerfGE 57, 250(274-276)) uit die regstaatbeginsel *in Verbindung mit* die algemene vryheidsreg (art 2(1) GG) gekonstrueer, en vir verdere regverdiging op die reg op persoonlike vryheid van elke persoon (art 2(2) GG) en die menswaardigheidsbeginsel (art 1(1) GG) gesteun. Hierna het die Hof egter *in casu* op 275-276 die reg op 'n regverdige verhoor slegs in die regstaatbeginsel begrond sonder verdere verwysing na ander fundamentele regte.

mit die regstaatbeginsel.³⁶⁴ Hierdie verbindingskonstruksie van die regstaatbeginsel met artikel 2(1) GG lei tot 'n omvattende algemene reg op individuele vryheid.³⁶⁵ Von Münch het na hierdie wye beskermingsveld van artikel 2(1) GG as sy *Auffangfunktion* verwys, wat sedertdien algemene inslag gevind het.³⁶⁶ Hierdie omvattende konstruksie van artikel 2(1) GG het tot gevolg dat die regstaatbeginsel inderdaad aangetas word as daar inbreuk op die reg op individuele vryheid gemaak word.³⁶⁷ Gevolglik kan 'n benadeelde individu die aantasting van sy of haar persoonlike vryheid direk begrond op die aantasting van die regstaatbeginsel self.³⁶⁸ Dit beteken dat die regstaatbeginsel in hierdie opsig inderwaarheid die rol van 'n subjektiewe reg in die publiekreg vervul.³⁶⁹

Kunig meen dat die waarde van die regstaatbeginsel as interpretasiemaatstaf van grondwetlike norme groter sou wees indien meer sekerheid bestaan het oor die besondere inhoud en die hoër normatiewe status daarvan.³⁷⁰ Hy glo egter dat die wyse waarop die BVerfG die regstaatbeginsel aanwend, as 'n vaag omlynde soort "moederbeginsel" met 'n inhoud wat wyer as die somtotaal van sy individuele elemente strek, die toonbeeld is van 'n gebrek aan regs-wetenskaplike sekerheid oor die normatiewe status van die regstaat.³⁷¹ Die gevaar hieraan verbonde is dat dit kan lei tot die relativering van juis daardie wesenlike beskerming wat die regstaatidee aan individue teenoor die staat verleen, naamlik regsekerheid, geregtigheid (willekeurverbod) en effektiwiteit.

364 Vgl bv BVerfGE 20, 323(331); 39, 156(163); 41, 202(209); en 53, 25 ev.

365 Dit het indirek veral in BVerfGE 6, 32(37, 41) - *Elfes*-saak plaasgevind en word sedertdien nagevolg. Vgl bv BVerfGE 21, 227(234); 57, 250(274-276) - *V-Mann*-saak; 67, 157(171); 70, 1(25); en 80, 137(159 ev) - *Reiten im Walde*-saak.

366 Lw hier word slegs verwys na Von Münch *Kommentar* se vierde uitgawe, waar die stuk deur Kunig geskryf is, maar nie na die derde uitgawe wat in die huidige ondersoek as standaard verwysing gebruik word nie. Vgl mbt lg in die algemeen Von Münch *Kommentar* Art 2 Rdnr 17 ev.

367 Kunig *Rechtsstaatprinzip* 116; 241 ev.

368 Vgl bv BVerfGE 51, 356(362); en 30, 367(386).

369 Oor die gelding van die regstaatbeginsel as subjektiewe reg vgl Kunig *Rechtsstaatprinzip* 242.

370 Kunig *Rechtsstaatprinzip* 250.

371 Vgl Kunig *Rechtsstaatprinzip* 123-224; 457-463 vir die kritiek. Die begronding in BVerfGE 19, 342(352) van die ongrondwetlikheid van 'n lasbrief van arres, illustreer volgens Kunig die Hof se losse aanwending van die regstaatbeginsel. Die BVerfG bevind dat die lasbrief ontoelaatbaar was weens *der Bedeutung des Grundrechts der persönlichen Freiheit einerseits, der Anforderungen einer wirkungsvollen, aber in rechtsstaatlichen Formen verlaufenden Strafverfolgung andererseits und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Verbindung mit der Unschuldsvermutung zugunsten des Beklagten*.

Samevattend is dit egter duidelik dat die regstaatbeginsel wel deur middel van sistematiese konstruksie as 'n algemene grondwetlike konkretiseringsmaatstaf aangewend word.³⁷² Meer spesifiek dien die regstaatbeginsel veral as konkretiseringsmaatstaf van fundamentele regte ter bevordering van individuele vryheid.³⁷³

d) Sosiaalstaatbeginsel

Die sosiaalstaatbeginsel in artikels 20(1) en 28(1) GG geld onderskeidelik vir die *Bund* en die *Länder*.³⁷⁴ Hoewel die BVerfG bepaal het dat artikel 20 GG nie deel van die katalogus van fundamentele regte is nie, is sosiaalstaatlikheid een van die fundamentele grondwetlike beginsels van 'n grondwetlike waarde-sisteem wat sy *Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihre Würde* vind.³⁷⁵ Die sosiaalstaatbeginsel is die grondwetlike inkorporasie van die politieke beginsel van 'n welvaartstaat en die regsdeed van sosiale geregtigheid.³⁷⁶ Dit streef 'n menswaardige bestaan vir elke individu na³⁷⁷ - 'n balans tussen sosiale geregtigheid en sosiale sekuriteit.³⁷⁸

Hierdie sosiaalstaatbeginsel word gekenmerk deur 'n wye, onsekere en moeilik bepaalbare betekenisveld, omdat die grondwet slegs die sosiale opdrag aan die staatsowerheid in beginsel aandui sonder dat sosiale fundamentele regte daarin vervat is of bepaal is hoe dit bereik moet word.³⁷⁹ Juis vanweë hierdie relatiewe karakter is

372 In bv BVerfGE 57, 250(281) - *V-Mann*-saak begin die Hof se begroning van 'n bepaalde interpretasie met die woorde: *Bei einer rechtsstaatlichen Grundsätze beachtenden Auslegung der Vorschrift ergeben sich ...*

373 Künig *Rechtsstaatprinzip* 248-256.

374 Vgl BVerfGE 82, 60(79-80) - *Steuerfreies Existenzminimum*-saak; en 84, 990(121) - *Enteignungen vor 1949*-saak.

375 BVerfGE 7, 198(205) - *Lüth*-saak. Vgl art 79(3) GG en voorts BVerfGE 1, 97(105) - *Fürsorge*-saak; 3, 377(381); en 5, 85(206) - *KPD*-saak. Juis omdat die staatsowerheid uitbuiting en onderdrukking van individuele burgers wil voorkom, beskou die Hof die sosiaalstaatbeginsel as 'n fundamentele grondwetlike beginsel. Vgl verder Zacher *Das soziale Staatsziel* 1092-1108 oor die verhouding tussen sosiaalstaatlikheid en ander fundamentele grondwetlike beginsels.

376 Badura 1989 DöV 492, 495; en Starck *Verfassungsauslegung* 224.

377 Hesse *Grundzüge* 88.

378 Stern *Staatsrecht* Vol I 710-711.

379 BVerfGE 22, 180(204) - *Jugendhilfe*-saak: *Art. 20 Abs. 1 GG bestimmt nur das 'Was', das Ziel, die gerechte Sozialordnung; er läßt aber für das 'Wie', d. h. für die Erreichung des Ziels, alle Wege offen.* Vgl voorts BVerfGE 59, 231(263): *Das Sozialstaatprinzip stellt also dem Staat eine Aufgabe, sagt aber nichts darüber, wie diese Aufgabe im einzelnen zu verwirklichen ist - wäre es anders, dann würde das Prinzip mit dem Prinzip der Demokratie in Widerspruch geraten: Die*

die sosiaalstaatbeginsel ook nie so toeganklik vir regterlike konkretisering soos fundamentele regte nie. Dit is eerder in die eerste plek die taak van die wetgewer, hoewel die uitvoerende, administratiewe sowel as regsprekende gesag normatief steeds daaraan gebonde is.³⁸⁰ Juis weens die oop en onbepaalbare karakter van die grondwetlike sosiale opdrag aan die wetgewende gesag, beskik die wetgewer oor 'n omvattende kompetensieruimte.³⁸¹ Hierop hanteer die wetgewende gesag die sosiaalstaatbeginsel as beleidsdirektiewe of staatsdoelwitbepalings (*Staatszielbestimmungen*³⁸²) vir wetgewing wat dan op omvattende wyse nader gekonkretiseer word deur 'n omvangryke netwerk van sosiale wetgewing op haas alle regsterreine.³⁸³

Die onderlinge verhouding tussen die sosiaalstaatbeginsel, fundamentele regte en

demokratische Ordnung des Grundgesetzes würde als Ordnung eines freien politischen Prozesses entscheidend eingeschränkt und verkürzt, wenn der politischen Willensbildung eine so und nicht anders einzulösende verfassungsrechtliche Verpflichtung vorgegeben wäre. Vgl ook BVerfGE 62, 182(193); 82, 60(80) - *Steuerfreies Existenzminimum*-saak; en Badura 1989 DöV 494. Oor die historiese verloop en betekenis van die begrip sosiaalstaatlikheid, sien die verskillende standpunte verwys in Schrezenmaier *Sozialstaatprinzip* 1 ev; en Zacher *Das soziale Staatsziel* 1047 ev.

380 Sien BVerfGE 65, 182(193): *Das Sozialstaatprinzip des Grundgesetzes enthält infolge seiner Weite und Unbestimmtheit regelmäßig keine unmittelbaren Handlungsanweisungen, die durch die Gerichte ohne gesetzliche Grundlage in einfaches Recht umgesetzt werden könnten. Insoweit ist es richterlicher Inhaltsbestimmung weniger zugänglich als die Grundrechte; ... es zu verwirklichen ist in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers.* Vgl ook BVerfGE 1, 97(100 ev); 59, 231(263); 75, 348(359 ev); 82, 60(80); Schulin *Sozialrecht* 5; en Badura 1989 DöV 493-494. Badura *ibid* meld dat hierdie relatiewe karakter van die sosiaalstaatbeginsel dit ongelukkig ook kwesbaar stel vir politieke-opportunistiese misbruik (veral vir ideologiese doeleindes).

381 Vgl BVerfGE 76, 256(295); 18, 257(273); 29, 221(235); 40, 121(133); 59, 231(263); 65, 182(193); 71, 66(80) - *Steuerfreies Existenzminimum*-saak; en 82, 60(80). Vgl ook Starck *Verfassungsauslegung* 225; en Schulin *Sozialrecht* 5.

382 Volgens Badura 1989 DöV 493 is dit *Verfassungsnormen mit rechtlich bindender Wirkung, die der Staatstätigkeit die fortdauernde Beachtung oder Erfüllung bestimmter Aufgaben sachlich umschriebener Ziele - vorschrieben. Sie umreißen ein bestimmtes Programm der Staatstätigkeit, ohne nur appellativer Programmsatz ohne Rechtsgebot zu sein.*

383 Vir 'n omvattende bespreking van die besondere verskyningsvorme van sosiale wetgewing vgl bv Stern *Staatsrecht* Vol I 693-709; Schulin *Sozialrecht* 2 ev; Zacher *Das soziale Staatsziel* 1060-1083; Badura 1989 DöV 493 ev; en Hofmann *Entwicklung* 303. Daar is ook reeds begin om hierdie groot verskeidenheid van sosiale wetgewing te konsolideer in 'n gesamentlike kodifikasie van die *Sozialgesetzbuch* (SGB). Die hoofstukke van die SGB wat reeds in werking getree het is Boek I (algemene bepalinge en materiële sosiale regte), Boek IV (sosiale versekering), Boek V (mediese versekering), Boek VI (pensioenskemas), Boek VIII (kinder- en jeugbystand) en Boek X (administratiewe aspekte en beskerming van sosiale inligting). Art 1(1) SGB I beskryf die sosiale reg as die verwesenliking van sosiale geregtigheid en sosiale sekuriteit mbv 'n stelsel van sosiale voordele (insluitend sosiale en opvoedkundige hulp) vanaf die staat. Die oogmerke van die sosiale reg word hierna in dieselfde bepaling beskryf as om *ein menschenwürdiges Dasein zu sichern, gleiche Voraussetzungen für die freie Entfaltung der Persönlichkeit, insbesondere auch für junge Menschen, zu schaffen, die Familie zu schützen und zu fördern, den Erwerb des Lebensunterhalts durch eine frei gewählte Tätigkeit zu ermöglichen und besondere Belastungen des Lebens, auch durch Hilfe zur Selbsthilfe, abzuwenden oder auszugleichen.*

ander grondwetlike beginsels soos regstaatlikheid tydens grondwetlike interpretasie in die moderne industriële samelewing is 'n delikate en komplekse aangeleentheid weens die inherente spanning wat tussen die waardes van gelykheid en vryheid in 'n bepaalde demokratiese voorstelling heers.³⁸⁴ Voorts vervul die sosiaalstaatbeginsel, as synde een van die *Leitideen der materiellen Verfassungsnormen*, 'n beduidende rol tydens regterlike konstruksie van die grondwet en ander wette, tot so 'n mate dat Scheuner dit as 'n *Auslegungsgrundsatz* beskryf.³⁸⁵ Die rede hiervoor is dat die sosiaalstaatbeginsel van deurslaggewende belang is om die vryheidsregte en gelykheidswaarborges van die katalogus van fundamentele regte te ontsluit, omdat dit net soos fundamentele regte individuele vryheid en gelykheid wil bevorder - weliswaar in terme van 'n verbetering van die lewenskwaliteit van mense.³⁸⁶

In hierdie verband het die BVerfG die sosiaalstaatbeginsel op verskeie wyses deur 'n *in Verbindung mit*-konstruksie saam met spesifieke fundamentele regte aangewend om daardeur die beskermingsveld van die katalogus van fundamentele regte na nuwe samelewingsterreine uit te bou. Hier word byvoorbeeld verwys na (i) die sosiaalstaatbeginsel *in Verbindung mit* die menswaardigheidsbeginsel (artikel 1(1) GG) om eerstens vir belastingbetalers die reg op 'n minimumbelastingvrye inkomste te voorsien in soverre dit nodig is om 'n menswaardige bestaan te verseker; en tweedens om aan inkomstelose burgers 'n aanspraak op sosiale hulp vanaf die staat toe te ken ten einde 'n minimum lewensstandaard te kan handhaaf.³⁸⁷ (ii) Dit word ook

384 Debat woed reeds geruime tyd in regs wetenskaplike kringe oor hierdie spanningsverhouding tussen sosiaal- en regstaatlikheid. Vgl bv Bachof 1954 *VVDStRL* Vol 12 37 ev; Forsthoff 1954 *VVDStRL* Vol 12 9 ev; en Schrezenmaier *Sozialstaatprinzip* 70, 79. Tans word met Herzog in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 20 Par VIII Rdnr 33-34 se standpunt volstaan: *Das Rechtsstaatprinzip muß sich eine Auslegung und praktische Handhabung gefallen lassen, die der Tatsache Rechnung trägt, daß es heute nicht mehr in einer bürgerlichen und statischen Gesellschaft, sondern in einer dynamischen, industriellen Massengesellschaft zu wirken hat, und das Sozialstaatprinzip muß sich in jene Grenzen weisen lassen, die sich daraus ergeben, daß es in den Formen und vor allem auch in den Grenzen der verfassungsrechtlich garantierten Rechtsstaatlichkeit verwirklicht werden muß. Die verfassungsinterpretatorische Aufgabe heißt also nicht Abgrenzung von Rechtsstaat und Sozialstaat, sondern sie heißt Ermittlung und Konkretisierung eines freiheitlichen Sozialstaates.* 'n Konstruksie van beide beginsels moet dus gevolg word wat nie die een teen die ander afspeel nie, maar komplementêrend tot 'n vrye sosiale staat strek.

385 Scheuner 1971 *DöV* 512. Oor die toonaangewende rol van die sosiaalstaatbeginsel tydens regterlike interpretasie vgl bv BVerfGE 1, 97(105); 45, 376(388 ev); en 59, 231(262 ev). Sien ook Badura 1989 *DöV* 492; en Schuln *Sozialrecht* 6.

386 BVerfGE 1, 97(100 ev); 5, 85(198); 33, 303(330 ev) - *Numerus Clausus*-saak; en Schrezenmaier *Sozialstaatprinzip* 79.

387 BVerfGE 82, 60(85) - *Steuerfreies Existenzminimum*-saak. Vgl ook Zacher *Das soziale Staatsziel*

gebruik om die geldingsterrein van die algemene gelykheidsbeginsel (artikel 3(1) GG) uit te brei en te versterk³⁸⁸ soos die ongrondwetlikheid van die uitsluiting van studente van werkloosheidsvergoeding,³⁸⁹ die ongelyke behandeling van geskeide persone wat saamwoon by die ontvangs van werkloosheidsvergoeding,³⁹⁰ en om geslagsgelykheid tussen man en vrou na aanleiding van artikel 3(2) GG te verseker.³⁹¹ (iii) Beroepsvryheid en opleiding word tot 'n groter mate ingevolge artikel 12(1) GG *in Verbindung mit* die gelykheidsbeginsel (artikel 3(1) GG) en die sosiaalstaatbeginsel verwesenlik.³⁹² (iv) Die sosiaalstaatbeginsel word *in Verbindung mit* artikel 6 GG aangewend ter beskerming en verlening van bystand aan die huwelik en gesin (kinders en moeders), soos die staat se plig om die finansiële las van kinders op 'n gesin met belastingstrukture te verlig.³⁹³ (v) Ingevolge sosiaalstaatlike interpretasie word die vryheid van assosiasie in artikel 9(3) GG tot voordeel van verenigings toegepas.³⁹⁴ (vi) Laastens word die sosiale rol van eiendom tydens die berekening van die eiendomswaarborg in artikel 14(1) GG in terme van die sosiaalstaatbeginsel in ag geneem.³⁹⁵ Die sosiaalstaatbeginsel versterk dus nie alleen die normatiewe beskermingswaarde van fundamentele regte nie, maar die fundamentele regte ondersteun eweneens sosiale aansprake deurdat 'n benadeelde party groter vooruitsigte op sukses het indien die klage nie op aantasting van die sosiaalstaatbeginsel alleen gebaseer word nie, maar ook op die aantasting van 'n

1105.

388 Vgl BVerfGE 42, 176 ev (dit is ongrondwetlik as 'n werknemer se aanspraak op werkloosheidsvoordele met die skadevergoedingsbedrag verminder word wat die werknemer ontvang het weens die werkgewer se kontrakbreuk (onbillike ontslag)); 45, 376(385 ev); 74, 163(179); en 75, 348(360). Sien voorts Schulin *Sozialrecht* 7-8; en Badura 1989 *DöV* 495-496. Hofmann *Entwicklung* 303 meld gepas: *Da das Sozialstaatsprinzip nicht nur einen legislatorischen Handlungsauftrag erteilt, sondern auch ein Ziel bezeichnet, nämlich das des Abbaus sozialer Ungleichheit, der Herstellung der Chancengleichheit insbesondere im Bildungsbereich, des Schutzes der sozial und wirtschaftlich Schwächeren und der Schaffung der existenziellen Voraussetzungen für den Gebrauch der rechtsstaatlichen Freiheiten, ist die Entwicklung dieses Grundsatzes auch dadurch gekennzeichnet, daß die Behörden und Gerichte ihn als verbindliche Auslegungsregel zu beachten haben und daß beispielsweise das Bundesverwaltungsgericht ihn schon früh für die Interpretation subjektiver öffentlicher Rechte fruchtbar gemacht hat.*

389 BVerfGE 74, 9 ev.

390 BVerfGE 87, 234 ev.

391 Vgl BVerfGE 74, 163(179 ev) mbt die ongelyke, maar voordelige behandeling van vroue deurdat hulle vroeër kan aftree as hul manlike kollegas. Rakende die onderskeid tussen geslagte, vgl voorts die gesag in Schulin *Sozialrecht* 7-8.

392 Vgl bv BVerfGE 33, 303(332) - *Numerus Clausus*-saak.

393 Vgl bv BVerfGE 32, 273(279); en 82, 60(81) - *Steuerfreies Existenzminimum*-saak.

394 BVerfGE 4, 96(101 ev).

395 BVerfGE 52, 1(32 ev) - *Kleingarten*-saak. Vgl voorts Badura 1989 *DöV* 495; en Schulin *Sozialrecht* 9-10 vir verdere voorbeelde.

toepaslike fundamentele reg.³⁹⁶

Die BVerfG stel dit egter duidelik dat weens die oop en vae aard van die sosiaalstaatbeginsel, dit geen direkte beperking van fundamentele regte regverdig nie.³⁹⁷ Elke beperkende interpretasie van fundamentele regte in navolging van die sosiaalstaatbeginsel moet steeds die wesenlike inhoud van daardie betrokke fundamentele reg respekteer.³⁹⁸ Botsings tussen fundamentele regte en die sosiaalstaatbeginsel moet deur 'n afweging van belange opgelos en geharmoniseer word.³⁹⁹ Fundamentele regte kan op hul beurt ook weer die sosiaalstaatbeginsel kwalifiseer deurdat daardie regte die waarborg verskaf dat die sosiaalstaat steeds die outonomie van die burgerlike gemeenskap respekteer en 'n vryheidsgesinde (maar nie 'n absolutistiese of sosialistiese nie) karakter openbaar.⁴⁰⁰

Die BVerfG het veral die uitbreiding van fundamentele regte na sogenaamde *Leistungsrechte* in toepassing van die sosiaalstaatbeginsel en sosiale direktiewe as interpretasiemaatstaf met omsigtigheid benader. Die Hof het weliswaar uit die sosiaalstaatbeginsel die omstrede *Teilhaberechte* in die *Numerus Clausus*- en *Hochschule*-beslissings afgelei, maar kort voor die konstruksie daarvan as *Leistungsrechte* gestop.⁴⁰¹ In sommige kringe is die Hof se konstruksie egter wyd vertolk om ongeskrewe sosiale fundamentele regte in die grondwet te identifiseer.⁴⁰² Hierdie wye interpretasie vorm deel van 'n groeiende tendens in bepaalde kringe om die moderne samelewingsprobleme op byvoorbeeld sosiale en ekologiese terreine aan te spreek deur sosiale fundamentele regte op positiewe handeling deur die staat te skep.⁴⁰³ Die BVerfG het egter 'n terughoudende benadering met betrekking tot hierdie wye interpretasie gevolg.⁴⁰⁴

396 Sien ook Schulin *Sozialrecht* 7.

397 BVerfGE 59, 251(262 ev). Vgl BVerfGE 52, 283(298 ev) mbt die indirekte beperking van fundamentele regte deur die sosiaalstaatbeginsel deurdat dit aangewend kan word tydens konkretisering van *grundrechtsbegrenzender Regelungen*.

398 BVerfGE 65, 182(193).

399 Schrezenmaier *Sozialstaatprinzip* 80.

400 Vgl Zacher *Das soziale Staatsziel* 1104; en Badura 1989 *DöV* 498.

401 Vgl BVerfGE 33, 303(332 e.v.) - *Numerus Clausus*-saak 1-saak; 35, 79(115 ev) - *Hochschule*-saak; en 43, 291(313 e.v.) - *Numerus Clausus* 2-saak.

402 Badura 1989 *DöV* 492.

403 Vgl Badura 1989 *DöV* 492. Sien voorts Stern *Staatsrecht* Vol I 729-731; en Zacher *Das soziale Staatsziel* 1060 vt 134, 1104-1105.

404 Vgl bv die staatlke beskermingsplig in BVerfGE 53, 30(57 ev) - *Müllheim-Kärlich*-saak

2.2.9 Interpretasierol van algemene fundamentele regte

Daar is reeds gewys op die objektiewe sy van fundamentele regte wat oor 'n bepaalde waarde-karakter beskik ter versterking en beskerming van die subjektiewe sy van daardie regte, en wat terselfdertyd 'n spesifieke grondwetlike waarde-sisteem vorm. Die objektiewe waarde-kwaliteit van drie algemene fundamentele regte, naamlik die menswaardigheidsbeginsel, die vryheidsbeginsel en die gelykheidsbeginsel, vervul 'n besondere interpretasierol ter konkretisering van individuele fundamentele regte.

a) Menswaardigheidsbeginsel

Die subjektiewe- en objektiewe karakter van fundamentele regte van die grondwet spruit voort uit artikel 1(1) GG wat die onaantasbaarheid⁴⁰⁵ van die mens se waardigheid as die mees fundamentele reg⁴⁰⁶ en hoogste waarde in die grondwetlike sisteem waarborg.⁴⁰⁷ Die menswaardigheidsbeginsel vorm die grondslag van die grondwet se spesifieke waarde-sisteem en staan daarom juis aan die begin van die grondwet en katalogus van fundamentele regte om die sentrale waarde daarvan vir die interpretasie van die totale grondwet te bevestig.⁴⁰⁸ In hierdie opsig verklaar die

(kernkrag); 77, 170(214 ev) - (chemiese wapens); en 77, 381(405) (kernkrag).

405 Art 1(1) gelees met art 79(3) en art 19(2) GG. Dit sluit benewens die publiekregtelike *achten* en *schützen* van die menswaardigheidsbeginsel ook die uitstralingswerking daarvan in na die privaatreë. Vgl hier Dürig in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 1 Rdnr 16; Stern *Staatsrecht* Vol III/1 29-31; Von Münch *Kommentar* 96; Maunz en Zippelius *Staatsrecht* 177; en Zippelius in Dolzer en Vogel (reds) *Bonner Kommentar* Art 1 Rdnr 34-36 en 45-46. Vgl voorts die besprekings oor derdewerking en die uitstralingskarakter van fundamentele regte in par 2.1.3 d) *supra*.

406 Von Münch *Kommentar* 69 ev kritiseer BVerfGE 27, 344(351) se omskrywing van die menswaardigheidsbeginsel met *Grundnorm*, omdat die begrip *Grundnorm* syens insiens saam met *Urnorm* of *Ursprungsnorm* sedert Hans Kelsen se tyd 'n besondere betekenis geniet, wat nie by art 1 ter sprake is nie.

407 Vgl BVerfGE 7, 198(204 ev) - *Lüth*-saak; en BVerfGE 21, 362(369). Oor die debat of die menswaardigheidsbeginsel inderdaad 'n publieke subjektiewe reg of bloot 'n fundamentele grondwetlike beginsel (soos die regstaatbeginsel) is, vgl Zippelius in Dolzer en Vogel (reds) *Bonner Kommentar* Art 1 Rdnr 24-29; Maunz en Zippelius *Staatsrecht* 177-178; Von Münch *Kommentar* 81-82; Dürig in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 1 Rdnr 4; en Stern *Staatsrecht* Vol III/1 26.

408 In dié verband meld BVerfGE 6, 32(36) treffend *daß Art. 1 GG in der Tat zu den tragenden Konstitutionsprinzipien gehört, die - wie alle Bestimmungen des Grundgesetzes ... beherrschen*. Vgl voorts BVerfGE 21, 362(369); 35, 366(376) (*oberster Wert im System der Grundrechten*); 36, 174(188) (*in den Mittelpunkt seiner Wertordnung*); 54, 341(357) (*oberstes Verfassungsprinzip*); of Dürig in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 1 Rdnr 14 (*oberstes Konstitutionsprinzip*). Sien ook in die algemeen Stern *Staatsrecht* Vol III/1 20 ev; Von Münch

BVerfG paslik dat die grondwetlike waarde-sisteem *seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde* vind.⁴⁰⁹ Die menswaardigheidsbeginsel vestig dus die algemene geestesgrondslag van die grondwet in die konteks van die Wes-Europese regs-kultuur.⁴¹⁰ Omdat die begrip menswaardigheid ten spyte van die filosofiese invloede steeds 'n regs-begrip is, speel spesifieke geestes-filosofiese strominge nie 'n deurslaggewende rol by die konkretisering van die juridies beskermingswaardige belange daaronder nie.⁴¹¹ Hiervoor word 'n spesifieke benadering van juridiese interpretasie gebruik, naamlik 'n wisselwerking tussen die *Wortlaut* (grammatikale kanon), die grondwetlike konteks (sistematiese kanon), en die doel of betekenis van artikel 1 GG (teleologiese kanon).⁴¹²

Die vraag oor wanneer die menswaardigheidsbeginsel dan aangetas is, bly weens die onbepaaldheid van hierdie waarde 'n brandende kwessie. Pieroth en Schlink het uit die regspraak vier gevalle geïdentifiseer waar die aantasting van die menswaardigheidsbeginsel ter sake is en gewoonlik as 'n ernstige aantasting van menswaardigheid beskryf kan word: (i) waar die regsgelykheid van mense in gedrang kom, soos slawerny, rasse-diskriminasie en onwettige aanneming van kinders vir kommersiële redes; (ii) met betrekking tot die fisiese en psigiese integriteit en identiteit van mense; (iii) as grondslag vir regstaatlike prosedurele waarborge ter begrensing van owerheidsgesag in byvoorbeeld strafsake; en (iv) as waarborg van 'n

Kommentar 69; Zippelius in Dolzer en Vogel (reds) *Bonner Kommentar* Art 1 Rdnr 2; Maunz en Zippelius *Staatsrecht* 173; en Häberle *Menschenwürde* 820.

409 BVerfGE 7, 198(205) - *Lüth*-saak.

410 Mbt tot die teologiese, filosofiese en etiese karakter van menswaardigheid vgl Stern *Staatsrecht* Vol III/I 6-15, 21; Zippelius in Dolzer en Vogel (reds) *Bonner Kommentar* Art 1 Rdnr 2-9; Maunz en Zippelius *Staatsrecht* 174; en Von Münch *Kommentar* 74. Die menswaardigheidsbeginsel verwerp die standpunt dat die volk of staat alle waarde het en die individuele mens waardeloos is - intendeel, dit bevestig inderdaad die staatsbeskouing dat die staat bestaan ter wille van die mens. Eg is juis deur die NAZI-regime gepredik onder die slagspreuk: *Du bist nichts, Dein Volk ist alles*. Hierdie uitgangspunt is verwoord in die objektivering van die mens dmv dade soos diskriminasie, dwangarbeid, slawerny, vrees, marteling, massamoord ens. Vgl BVerfGE 2, 1(19); en Maunz en Zippelius *Staatsrecht* 174. Die verhouding tussen die staat en burger is in die art 1(1) van die *Herrenchiemsee*-konferensiese grondwetlike voorstel van 19 Augustus 1948 soos volg geformuleer: *Der Staat ist um des Menschen willen da, und nicht der Mensch um des Staates willen*. Dit is 'n verwerking van die oorspronklike voorstel: *Der Mensch ist von Gott erschaffen, aber der Staat ist von Menschen gemacht. Darum ist der Mensch nicht um des Staates willen da, sondern der Staat um des Menschen willen*. Vgl Stern *Staatsrecht* Vol III/I 191 vt 74.

411 Zippelius in Dolzer en Vogel (reds) *Bonner Kommentar* Art 1 Rdnr 10; en Von Münch *Kommentar* 74-75.

menswaardige individuele en sosiale bestaan deur middel van 'n minimum persoonlike inkomste.⁴¹³

Artikel 1(1) GG se menswaardigheidswaorborg vorm dus die toonaangewende grondwetlike waarde in terme waarvan ander grondwetlike norme en fundamentele regte gekonkretiseer moet word.⁴¹⁴ Die menswaardigheidsbeginsel is veral instrumenteel tydens die konstruksie van 'n algemene persoonlikheidsreg as omvattende vryheidswaorborg, asook van die algemene gelykheidswaorborg wat elk as *lex generalis* vir die konkretisering van besondere fundamentele regte elders in die GG dien.⁴¹⁵ Beide die menswaardigheidsbeginsel (artikel 1(1) GG) en die algemene vryheidsreg (artikel 2(1) GG) verrig dus 'n algemene opvangfunksie as laaste verdedigingslinie ter beskerming van regte wat nie elders reeds deur die digte net van spesifieke fundamentele regte verleen word nie.⁴¹⁶ Elke waarde-oordeel wat tydens grondwetlike interpretasie uitgeoefen word, moet dus die menswaardigheidsbeginsel as rigsgnoer gebruik. In hierdie opsig kan tereg opgemerk word dat die katalogus van fundamentele regte in die GG nie net 'n bepaalde waarde-orde nie, maar ook 'n spesifieke waarde-rangorde, bevat waarin die menswaardigheidsbeginsel voorop staan.⁴¹⁷

b) Algemene vryheidsreg

412 Vgl Zippelius in Dolzer en Vogel (reds) *Bonner Kommentar* Art 1 Rdnr 10-18, 42.

413 Pieroth en Schlink *Grundrechte* 89-91. Vgl die probleme rakende die bepaalbaarheid van die wesenlike inhoud en beskermingsveld van die menswaardigheidswaorborg in die BVerfGE 30, 1(26 ev en 40 ev) - *Abhör*-saak se meerderheids- en minderheidsuitsprake. Die meerderheidsuitspraak beslis dat die beskrywing van die onaantasbare kern van die beskermingsveld van die menswaardigheidsbeginsel (art 1(1) gelees met art 79(3) GG) nav die besondere feite van die geval bepaal moet word. Hoewel algemene formules oor die omvang van die onaantasbare kern weliswaar voorkom en as riglyne dien, impliseer dit nog nie dat elke benadeling van mense deur die owerheidsgesag 'n ongrondwetlike aantasting van hul menswaardigheid vorm nie. Eers as die benadeling in 'n gegewe geval as 'n willekeurige en *verachtliche Behandlung* beskryf kan word, omdat dit die vergestaltung is van 'n *Verachtung des Wertes, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt*, word die menswaardigheidsbeginsel aangetas.

414 Vgl BVerfGE 6, 32(36); en Zippelius in Dolzer en Vogel (reds) *Bonner Kommentar* Art 1 Rdnr 30. Soveel so dat Dürig in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 1 Rdnr 11-13 opmerk dat geen konstruksie van besondere vryheids- of gelykheidsregte teenstrydig met die menswaardigheidswaorborg van art 1(1) GG (gelees met art 19(2) GG) mag wees nie.

415 Vgl BVerfGE 6, 32(41) mbt art 2(1) GG; en BVerfGE 13, 290(296) mbt art 3(1) GG. Vgl voorts Dürig in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 1 Rdnr 11-13.

416 Zippelius in Dolzer en Vogel (reds) *Bonner Kommentar* Art 1 Rdnr 28.

Artikel 2(1) GG waarborg die reg op die vrye ontwikkeling van die individuele persoonlikheid. Hierdie reg is deur die regspraak van die BVerfG uitgebou tot die belangrikste vryheidsreg⁴¹⁸ deurdat dit hoofsaaklik ontplooi het in enersyds 'n omvattende reg op algemene handelingsvryheid en andersyds tot spesifieke persoonlikheidsregte. Hierdie regte moet egter onderskei word van die reg op persoonlike vryheid in artikel 2(2) GG geles met artikel 104 GG, wat 'n spesifieke beskermingsveld van fisiese bewegingsvryheid het wat veral op prosedurele vryheidsregte tydens vryheidsberowing dui.⁴¹⁹ Vir doeleindes van die huidige bespreking word gekonsentreer op die interpretasierol van die algemene vryheidsreg as opvangsreg vir handelingsvryheid.

Die BVerfG het artikel 2(1) GG sedert die *Elfes*-saak uitgelê as 'n fundamentele waarborg van die algemene handelingsvryheid in omvattende sin.⁴²⁰ Hiervolgens word artikel 2(1) *in Verbindung mit* artikel 1(1) GG se menswaardigheidswaarborg wyd gekonstrueer om die grondslag van die algemene persoonlikheidsreg te vorm.⁴²¹ Die omvattende beskermingsveld van artikel 2(1) GG beteken dat dit elke vorm van menslike handeling beskerm sonder dat ag geslaan word op die waarde van daardie handeling vir persoonlikheidsvorming.⁴²² Die reg op vrye ontvouing van die persoonlikheid word dus nie, soos die persoonlikheidskernteorie argumenteer, beperk

417 BVerfGE 7, 198(215).

418 Vgl die gesag verwys in Von Münch *Kommentar* Art 2 Rdnr 3; en sien voorts Dürig in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 2(1) Rdnr 6. Omdat individuele vryheid die hoogste waarde naas die menswaardigheidsbeginsel in die grondwetlike waarde-beskouing is, is Dürig *ibid* Art 1(1) Rdnr 1-16 en Art 2(1) Rdnr 1 ev van mening dat die katalogus van fundamentele regte 'n leemtelose waarde-sisteem vorm. Vgl egter die kritiek hiertoe van Ehmke *Verfassungsinterpretation* 354.

419 Vgl Pieroth en Schlinck *Grundrechte* 106-111.

420 BVerfGE 6, 32(36 ev).

421 BVerfGE 6, 32(36 ev); en 35, 202(220 ev) - *Lebach*-saak.

422 Vgl bv BVerfGE 54, 143(146) - *Taubernfuttern*-saak; 80, 137(152) - *Reiten im Walde*-saak; en die *Haschisch*-saak van 9 Maart 1994 in 1994 *EuGRZ* Vol 9-10 252. Vgl ook die konstruksie van die beskermingsveld van art 2(1) GG in die minderheidsuitspraak van regter Grimm in BVerfGE 80, 137(164-170) - *Reiten im Walde*-saak wat die slaafse navolging van die meerderheidsbeslissing van die *Elfes*-saak kritiseer. Hy ontken dat perdry in die woud 'n fundamentele reg is wat dienooreenkomstige beskerming geniet. Art 2(1) GG waarborg volgens hom nie die individu om te doen wat hy of sy wil nie, maar slegs die reg op vrye ontwikkeling van die individu se persoonlikheid. Indien 'n individuele vryheidshandeling nie deur 'n spesifieke fundamentele vryheidsreg beskerm word nie, val dit slegs onder die beskerming van art 2(1) GG indien dit *eine gesteigerte, dem Schutzgut der übrigen Grundrechte vergleichbare Relevanz für die Persönlichkeitsentfaltung besitzen*. Waar sodanige relevansie ontbreek, val die fundamentele beskerming eweneens weg en moet met die gewone wette gehandel word.

tot slegs 'n besondere kern van die mens se persoonlikheid nie.⁴²³

Deurdat artikel 2(1) GG 'n algemene waarborg van handelingsvryheid in 'n omvattende vorm verskaf, vervul dit die opvangsfunksie as *Auffanggrundrecht* van 'n *lex generalis* om daardie vryheidsregte te beskerm wat nie binne die beskermingsveld van die spesifieke vryheidsregte elders in die katalogus van regte val nie.⁴²⁴ Dit beteken dat 'n klaer (*Verfassungsbeschwerde*) in gevalle waar die aantasting van sy of haar individuele handelingsvryheid nie deur die spesifieke vryheidsregte beskerm kan word nie, wel op beskerming deur die algemene reg op handelingsvryheid kan steun.⁴²⁵ Daar bestaan egter 'n subsidiariteitsverhouding tussen die algemene handelingsvryheid as *lex generalis* en die spesifieke vryheidsregte as *leges specialis*.⁴²⁶ Dit beteken dat die hermeneut eers moet verseker dat die spesifieke vryheidsregte nie van hulp kan wees nie, alvorens die algemene vryheidsreg van artikel 2(1) GG se wye beskerming toegepas word.⁴²⁷ Hierdie subsidiariteitsverhouding impliseer voorts dat die vereistes wat artikel 2(1) vir die algemene handelingsvryheid neerlê - naamlik dat dit nie op derdes se fundamentele regte inbreuk maak of teenstrydig met sedelike wette of die grondwetlike orde is nie - nie vir spesifieke vryheidsregte soos die reg op kunsvryheid (artikel 5(3) GG) of godsdiensvryheid (artikel 4(1) GG) geld nie.⁴²⁸

Voorbeelde van verskillende vergestaltingsvorme van die algemene handelingsvryheid in gevalle waar beskerming nie deur spesifieke fundamentele regte verleen kon word nie, is die reg van 'n burger om die land te verlaat,⁴²⁹ die reg om perd te ry in woudpaaie,⁴³⁰ motorfietsry sonder valhelm⁴³¹ ensovoorts.⁴³²

423 Vgl Von Münch *Kommentar* Art 2 Rdnr 19; en Pieroth en Schlink *Grundrechte* 93.

424 Vgl Pieroth en Schlink *Grundrechte* 94.

425 Vgl BVerfGE 6, 32(37) - *Elfes*-saak; en Pieroth en Schlink *Grundrechte* 94-95.

426 Vgl BVerfGE 4, 52(57); 6, 32(36 ev); 9, 73(77); en 10, 185(199). Sien voorts Stern *Grundrechte* 53-54; Müller *Methodik* 57-58, krities 64; en Scheuner 1971 *DöV* 508.

427 BVerfGE 19, 206(225).

428. Vgl BVerfGE 30, 173(192) - *Mephisto*-saak (kunsvryheid); en 32, 98 (107) - *Gesundbeter*-saak (godsdiensvryheid).

429 BVerfGE 6, 32(34 ev) - *Elfes*-saak (nadat vasgestel is dat dit nie onder die beskermingsveld van art 11 GG se reg op bewegingsvryheid val nie).

430 BVerfGE 80, 137(155 ev) - *Reiten im Walde*-saak.

431 BVerfGE 59, 275(278).

432 Vir verdere voorbeelde vgl Pieroth en Schlink *Grundrechte* 94; en Von Münch *Kommentar* 118-

Die BVerfG het naas die konstruksie van artikel 2(1) GG as algemene handelingsvryheid daardie fundamentele reg verder ontwikkel om besondere beskerming vir spesifieke lewensterreine te verskaf. Die Hof skep uit artikel 2(1) GG gelees met artikel 1(1) GG se menswaardigheidsbepaling 'n algemene persoonlikheidsreg,⁴³³ om daardie dele van die persoonlike lewensfeer te beskerm wat weens moderne ontwikkeling en voortspruitende gevare vir die beskerming van die mens nie meer deur die algemene handelingsvryheid gewaarborg kan word nie.⁴³⁴ Die *Elfes*-saak het ook die grondslag gelê vir die konstruksie van 'n onaantasbare kern van die private lewensfeer van artikel 2(1) GG wat absoluut beskerm word teen enige aantasting daarvan deur die owerheidsgesag.⁴³⁵ Selfs ernstige redes in openbare belang wat inbreuk op hierdie kern maak, kan nie geregverdig word nie. Dienooreenkomstig kan ook geen belange-afweging, selfs nie in ooreenstemming met die proporsionaliteitsbeginsel, ten opsigte van hierdie onaantasbare kern plaasvind nie. Hierdie konstruksie volg uit hoofde van artikel 19(2) GG se waarborg van die wesenlike inhoud tesame met die onaantasbare menswaardigheidsbeginsel in artikel 1(1) GG.⁴³⁶

123.

433 Vgl bv BVerfGE 34, 269(281) - *Soraya*-saak.

434 BVerfGE 54, 148(151 ev). Vgl bv (i) beskerming van 'n afgeskernde deel van mens se persoonlikheid soos private dagboeknotas in 'n strafsak (BVerfGE 80, 367(373) - *Tagesbuch*-saak), of 'n vertrouensverhouding met 'n sosiale werker (BVerfGE 33, 367(374)), of die reg van kinders op hul afkoms (BVerfGE 79, 256(268)); (ii) beskerming van 'n vrou se nooiensvan (BVerfGE 78, 38(49)); (iii) beskerming van persoonlike eer (BVerfGE 54, 208(217)); (iv) beskerming van mens se eie beeld of lewensverloop (BVerfGE 35, 202 (220) - *Lebach*-saak); (v) beheer oor wie die adressante van mens se kommunikasie is en die reg om dus nie afgeluister te word nie (BVerfGE 54, 148(155); en 34, 238(246)); (vi) die reg om die teenkant of eie weergawe bekend te stel in byvoorbeeld die media (BVerfGE 63, 131(142)); (vii) die reg van 'n gevangene om aan te pas in die samelewing na ontslag (BVerfGE 35, 202(235) - *Lebach*-saak); (viii) die reg teen selfinkriminerende in strafsake (BVerfGE 38, 105(114)); (ix) die reg om nie teen mens se uitdruklike verbod advertensie-materiaal te ontvang nie; en (x) die reg tot beskerming en beheer oor verspreiding en aanwending van persoonlike data in die *Volkszählung*-saak (BVerfGE 65, 1(41 ev) - nav art 2(1) in *Verbindung mit* art 1(1) se menswaardigheidsbeginsel en die reg op *informationelle Selbstbestimmung*. Von Münch *Kommentar* 126-127 beklemtoon egter dat dit nie op die skepping van 'n nuwe volwaardige fundamentele reg in die ware sin van die woord neerkom nie, maar net die beskerming van persoonlike vryheid op die informasieterrrein deur die toepassing van bestaande waarborge). Vgl voorts Pieroth en Schlink *Grundrechte* 95-96, en Von Münch *Kommentar* 124-125.

435 BVerfGE 6, 32(41). Sien voorts BVerfGE 54, 143(146) - *Taubernfuttern*-saak; 80, 137(152) - *Reiten im Walde*-saak; 80, 367(373) - *Tagesbuch*-saak; en die *Haschisch*-saak van 9 Maart 1994 in 1994 *EuGRZ* Vol 9-10 op 252 (die rook van *Haschisch* val nie onder sodanige onaantasbare kern van algemene handelingsvryheid nie en daar bestaan ook nie 'n reg op dwelms nie). Vgl krities hiertoe Pieroth en Schlink *Grundrechte* 97.

436 Vgl BVerfGE 80, 367(373-374) - *Tagesbuch*-saak.

c) Algemene gelykheidsbeginsel

Die algemene gelykheidswaorborg word in beginsel in artikel 3(1) GG vervat en, gelees met artikel 1(3) GG, beteken dit dat alle owerheidshandelinge aan die gelding van die gelykheidsbeginsel gebonde is.⁴³⁷ Die BVerfG het die maatstaf waaraan die gelykheidsbeginsel gemeet word, omskryf as dat die wetgewer nie sake wat wesenlik gelyk is, willekeurig ongelyk mag behandel of wesenlik ongelyke sake, gelyk behandel nie.⁴³⁸ Daar moet met ander woorde bepaalde omstandighede, redes of feite in die gegewe geval voorkom, 'n sogenaamde *sachliche Grund*, wat die ongelyke behandeling grondwetlik kan regverdig, alvorens dit toelaatbaar is.⁴³⁹ Weens kritiek dat willekeurigheid en gelykheid nie identies met mekaar is nie⁴⁴⁰ word die willekeurigheidstoets in nuwer sake verder verfyn om ook ander relevante feite soos die doel van die onderskeid in die spesifieke saak en die verhouding tussen die onderskeid en onderskeidingskriterium te beklemtoon.⁴⁴¹ Ongelyke behandeling kan dus na aanleiding van die nuwe rigting van die BVerfG eers geregverdig word indien daardie onderskeid (i) 'n legitieme doel nastreef; (ii) toepaslik en noodsaaklik is ter bereiking van hierdie doel; en (iii) daarby in 'n redelike verhouding, proporsioneel tot die waarde van die beoogde doel, staan.⁴⁴²

437 Die gelykheidsbepalings met betrekking tot spesifieke areas word verder gereël in arts 3(2) (gelykheid tussen manlike en vroulike geslag); 3(3) (algemene eienskappe waarvolgens nie onderskei mag word nie soos geloof, ras, taal ens); 6(5) (gelykheid van buite-egtelike kinders met kinders wat binne die huwelik gebore is); 33(1)-(3) (gelyke staatsburgerlike status van Duitsers soos gelyke toegang tot openbare ampte); en 38(1) GG (gelyke politieke regte in die kiesreg soos gelyke getal stemme vir elke kieser asook gelyke gevolgswaarde voortspruitend uit daardie stemme, en gelyke kanse vir politieke partye en vir vrye politiese meningsvorming). Tans word egter volstaan met die algemene gelykheidsbeginsel in artikel 3(1) GG.

438 BVerfGE 4, 44(155); 51, 295(300); en 60, 16(42). Die willekeurigheidsbeginsel (afkomstig van Leibholz) word afgelei uit die regstaatbeginsel en het daarom geen eie selfstandige materiële betekenis nie. Vgl Rüfner in Dolzer en Vogel (reds) *Bonner Kommentar* Art 3 (1) Rdnr 16.

439 Vgl BVerfGE 51, 1(23): *Dabei verletzt der Gesetzgeber den allgemeinen Gleichheitssatz nur dann, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache sich ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung nicht finden läßt.* Sien ook Pieroth en Schlink *Grundrechte* 114.

440 Sien Rüfner in Dolzer en Vogel (reds) *Bonner Kommentar* Art 3 (1) Rdnr 19.

441 Vgl BVerfGE 55, 72(88); 70, 230(239 ev); 80, 109(118); en 85, 238(244). Sien Rüfner in Dolzer en Vogel (reds) *Bonner Kommentar* Art 3 (1) Rdnr 21, 25-29 en 46-79 vir 'n omvattende bespreking met gesag; en voorts Pieroth en Schlink *Grundrechte* 114.

442 Vgl BVerfGE 63, 255 ev. Weens die feit dat die gelykheidsbeginsel, anders as die vryheidsregte, nie oor 'n duidelik omskrewe beskermingsveld beskik wat deur owerheidshandelinge beperk kan word nie, moet eers vasgestel word of daar inderdaad 'n ongelyke behandeling plaasgevind het, waarna die grondwetlike regverdiging vir daardie ongelykheid bepaal word. Vgl Pieroth en Schlink *Grundrechte* 112. Op *ibid* 115 en 132 verskaf hierdie skrywers 'n handige uiteensetting van hierdie tweestap-skema: Stap 1 bepaal of wesenlik gelyke (vergelykbare) sake in die wet ongelyk (onvergelykbaar) behandel is. Stap 2 bepaal weer of die ongelyke behandeling

Die willekeurigheid moet objektief uit die fundamentele grondwetlike waardes beoordeel word, wat beteken dat die feitelike onredelikheid van die wetsbepaling sonder twyfel moet bestaan.⁴⁴³ Die wetgewer beskik in hierdie opsig oor 'n wye kompetensieruimte om self te besluit welke elemente deurslaggewend is vir die gelyke of ongelyke behandeling, alvorens die BVerfG daardie beslissing (met ander woorde die betrokke wet) as willekeurig sal bestempel.⁴⁴⁴

Deurdat die gelykheidsbeginsel 'n wesenlike element vorm van die fundamentele grondwetlike waarde-beskouing, die menswaardigheidsvoorstelling, die demokratiese grondorde en die grondwetlike beheerprosesse oor owerheidsbeperkinge van fundamentele regte, vervul dit uit hoofde van die beginsel van grondwetlike eenheid ook die rol van 'n algemene interpretasiemaatstaf van fundamentele regte en ander

grondwetlik geregverdig word aan die hand van die volgende vrae: i) Is die wet ooreenkomstig die korrekte kompetensie en prosedurele voorskrifte aangeneem? ii) Voldoen die wet aan die vereistes van die parlementêre voorbehoude? iii) Dien die ongelyke behandeling 'n legitieme doel? iv) Word aan die vereistes van die besondere gelykheidsbepalings in die GG ter begroning van hierdie ongelykheid voldoen? v) Is die ongelyke behandeling ter bereiking van hierdie doel origsens toepaslik en noodsaaklik? vi) Is die feite en regsgevolge van hierdie wet duidelik en bepaalbaar?

443 Vgl BVerfGE 2, 266(281); 4, 44(155); 71, 202(205); en 80, 48(51): *Willkür ist im objektiven Sinne zu verstehen als eine Maßnahme, welche im Verhältnis zu der Situation, der sie Herr werden will, tatsächlich und eindeutig unangemessen ist.* Dit gaan dus by die willekeurigheidstoets primêr oor *Sachgerechtigkeit*, aldus BVerfGE 80, 109(118). Vgl ook BVerfGE 42, 64(72): *Der Maßstab dafür, was im konkreten Fall als in diesem Sinne willkürlich zu qualifizieren ist, ergibt sich nicht aus den subjektiven Gerechtigkeitsvorstellungen des gerade zur Rechtsanwendung Berufenen, sondern zunächst und vor allem aus den in den Grundrechten konkretisierten Wertentscheidungen und den fundamentalen Ordnungsprinzipien des Grundgesetzes.* Sien voorts die maatstawwe in bv BVerfGE 9, 124(129); 12, 341(348); 15, 167(201); 23, 12(24 ev); 42, 347(388); en 51, 1(23). Volgens Gubelt in Von Münch *Kommentar* 177 ev is hierdie grondwetlike waardes die beginsels van demokrasie (politieke verdraagsaamheid), regstaatlikheid, sosiaalstaatlikheid (lg is veral van belang omdat sosiale geregtigheid slegs deur middel van sosiale gelykheid bewerkstellig word - vgl die voorbeelde op 199-201), federaalstaatlikheid (waarborg van selfregering), die verskillende vryheidsregte (art 2(1) GG gelees met art 1(1) GG, art 6 GG en art 12(1) GG), die toepaslikheid van die spesifieke keuse van die wetgewer mbt tot die betrokke saak en die geregtigheidsbeginsel.

444 Vgl BVerfGE 71, 39(58); en 80, 109(118). Vgl Pieroth en Schlink *Grundrechte* 115 par 508. By geleentheid beslis die BVerfGE 64, 158(168) dan ook dat die Hof net bepaal of die wetgewer die buitenste grense van sy handelingsbevoegdheid oorskry het, en nie of die wetgewer telkens die *gerechste und zweckmäßigste Regelung getroffen* het nie. Die objektiewe toets beteken voorts dat die BVerfG tydens beoordeling van wetgewing nie net na die doel en oogmerke van die wetgewer ondersoek instel nie, maar ook self onafhanklik ondersoek kan instel of daar objektiefgesproke voldoende gronde bestaan vir ongelyke behandeling. Die Hof sal selfs na redes in die saak soek wat nie eens tydens die wetgewende fase of hofverrigtinge ter verdediging van die wetgewersondersheid aangevoer is nie. Vgl Rüfner in Dolzer en Vogel (reds) *Bonner Kommentar* Art 3 (1) Rdnr 20.

regsnorme.⁴⁴⁵ Weens die besondere grondwetlike waarde-karakter van die gelykheidsbeginsel word hierdie waarborg ook na privaatregtelike norme uitgestraal; 'n vorm van indirekte derdewerking van die gelykheidsbeginsel in die privaatrek kom dus voor. Dit beteken dat diskriminasie in die privaatrek teen byvoorbeeld vrouens, anderskleuriges, gasarbeiders of buitelanders, ongrondwetlik is.⁴⁴⁶ Hoe sterker die uitstralingswerking, des te groter dus die indringing in die private handelingsvryheid.

Juis hierdie alomteenwoordigheid van die gelykheidsbeginsel en die vergestaltung daarvan in besondere fundamentele regte, veroorsaak dat dit in konflik met die algemene vryheidsbeginsel of spesifieke fundamentele vryhede kan kom.⁴⁴⁷ Voorts kan konflikte ook tussen die gelykheidsbeginsel en ander fundamentele grondwetlike beweegredes soos die sosiaalstaatbeginsel, ekonomiese oogmerke of administratiewe redes voorkom, indien die wetgewer op grond daarvan die gelykheidsbeginsel beperk, soos byvoorbeeld in die belastingreg.⁴⁴⁸ 'n Redelike kompromis of harmonie tussen hierdie konflikterende grondwetlike norme kan slegs bereik word as 'n afwegingsproses van die regsbelange in die lig van die grondwetlike waarde-beskouing plaasvind.⁴⁴⁹ Twee voorbeelde wat die besondere betekenis van die gelykheidsbeginsel vir die konkretisering van spesifieke vryheidsregte illustreer, is byvoorbeeld die vereiste dat die gelykheidsbeginsel tydens elke konstruksie van die reg op private eiendomsreg (artikel 14(1) GG) verreken moet word,⁴⁵⁰ en die invloed daarvan op die universiteitswese in terme van die reg van universiteitskandidate op toelating tot die studierigting van hul keuse sover dit prakties vir die owerheid moontlik is in die *Numerus Clausus*-sake.⁴⁵¹

445 Vgl Müller *Methodik* 41; Gubelt in Von Münch *Kommentar* 165-166; en Rufner in Dolzer en Vogel (reds) *Bonner Kommentar* Art 3 Rdnr 66. Zippelius *Methodenlehre* 66 beskou die gelykheidsbeginsel as van onskatbare belang vir grondwetlike interpretasie daar dit juis 'n belangrike element van die grondwetlike geregtigheidstrew is – soveel so dat hy dit die *Seele der juristischen Hermeneutik* noem.

446 Vgl Gubelt in Von Münch *Kommentar* 165.

447 Vgl Dürig in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 3(1) Rdnr 130 ev; en Gubelt in Von Münch *Kommentar* 165.

448 Vgl Ruffner in Dolzer en Vogel (reds) *Bonner Kommentar* Art 3 Rdnr 101.

449 Ruffner in Dolzer en Vogel (reds) *Bonner Kommentar* Art 3 Rdnr 102-103.

450 Vgl BVerfGE 34, 139(146); en 49, 382(396).

451 BVerfGE 33, 303(331 ev); en 43, 291(313 ev). Vir verdere voorbeelde van die omvattende invloed van die gelykheidsbeginsel vgl oa Gubelt in Von Münch *Kommentar* 188-205.

2.3 BEPERKING VAN FUNDAMENTELE REGTE

2.3.1 Vorme van beperking

Die benadeling van 'n fundamentele reg deur middel van owerheidshandelinge vind plaas as die beskermingsveld van 'n fundamentele reg beperk, begrens of daarop inbreuk gemaak word.⁴⁵² Die algemene reël wat as vertrekpunt geld tydens die beoordeling van die beperking van fundamentele regte, lui dat die aantasting van fundamentele regte deur die owerheid slegs ingevolge wetgewing geskied.⁴⁵³ Hieruit word twee soorte wetsgefundeerde beperkinge van regte geïdentifiseer. Eerstens bestaan daar die uitdruklike⁴⁵⁴ beperking van fundamentele regte deur eenvoudige (algemene) wetsvoorbehoude waar die beperking bloot ingevolge 'n wet toelaatbaar is, sonder dat daardie wet aan enige uitdruklike grondwetlike kwalifikasie onderhewig gestel word.⁴⁵⁵ Tweedens bestaan daar ook wetsvoorbehoude wat uitdruklik gekwalifiseerd is ingevolge waarvan die beperkende wet aan bepaalde grondwetlike vereistes moet voldoen.⁴⁵⁶

452 Vgl Pieroth en Schlinck *Grundrechte* 59 wat terme gebruik soos *Eingriff*, *Schranke*, *Beschränkung* of *Einschränkung*, *Beeinträchtigung*, *Verkürzung* en *Begrenzung*. Alexy *Grundrechte* 254 beskryf beperkings op fundamentele regte as *Grundrechtsschranken sind [verfassungsgemäße] Normen die grundrechtliche prima facie-Positionen einschränken*. Begrensing is volgens Hesse *Grundzüge* 130-138 die afbakening van die inhoudelike *Reichweite* van 'n fundamentele reg deur 'n sorgvuldige analise van sy *Normbereich* in samehang met die invloed van ander regsnorme daarop ten einde 'n harmonie in daardie geval te bereik, of te wel, die *Herstellung praktischer Konkordanz*. Vgl egter Pieroth en Schlink *ibid* 59, 61-62 vir 'n uitvoerige verduideliking van die verskille tussen die begrippe beperking, begrensing, regulering, aantasting en skending van fundamentele regte wat syns insiens foutiewelik met mekaar verwar word.

453 Vgl Lerche *Grundrechtsschranken* 776.

454 Vgl bv art 9(2) GG wat die vryheid van assosiasie onderhewig stel daaraan dat sodanige verenigings se handelinge nie strafregtelik onwettig mag wees, of teen die grondwetlike orde indruis, of volkere verhoudinge benadeel nie.

455 Vgl bv art 8(2) GG: *Für die Versammlungen unter freien Himmel kann dieses Recht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden*. Volgens Hesse *Grundzüge* 132 impliseer die kwalifikasie *durch Gesetz* dat die wetgewer self die beperking van die fundamentele reg onderneem, terwyl die wetgewer in die frase *auf Grund eines Gesetzes*, slegs die voorwaardes of omstandighede normeer op grond waarvan regsprekende en uitvoerende organe later die begrensing laat realiseer. Vgl ook Pieroth en Schlinck *Grundrechte* 68.

456 Vgl bv art 11(2) GG dat die reg op bewegingsvryheid slegs beperk mag word deur 'n wet en dan net vir daardie gevalle waar *ausreichende Lebensgrundlage nicht vorhanden ist und der Allgemeinheit daraus besondere Lasten entstehen würden oder in denen es zur Abwehr einer drohender Gefahr ... erforderlich ist*. Sien voorts ook art 5(2) GG se kwalifikasie van die beperkende wet. Vgl in die algemeen Pieroth en Schlinck *Grundrechte* 68; en Hesse *Grundzüge* 133.

Daar bestaan egter nog 'n derde groep ongeskrewe beperkinge in die grondwet. Die grondwet bevat naamlik sogenaamde voorbehoudlose of absolute fundamentele regte soos artikel 4(1) GG se reg op godsdiens- en gewetensvryheid, en artikel 5(3) GG se reg op kuns-, wetenskaps- en akademiese vryheid waar die grondwetlike teks nie voorsiening maak vir enige vorm van beperking deur die wetgewer nie.⁴⁵⁷ Hierdie fundamentele regte geld egter nie totaal onbeperk nie, maar word uit hoofde van die strewe na grondwetlike eenheid by implikasie beperk deur beperkinge inherent aan daardie fundamentele regte se eie beskermingsvelde. Hieronder val byvoorbeeld die fundamentele regte van ander regssubjekte (soos die algemene persoonlikheidsreg uit hoofde van artikel 1(1) en 2(1) GG), of die fundamentele grondwetlike beginsels en waardes soos regstaatlikheid en menswaardigheid, en fundamentele waardes van grondwetlike rang soos die beskerming van kinders teen onsedelike gevare.⁴⁵⁸ 'n Interessante beperking is ten slotte artikel 18 GG wat die misbruik van sekere fundamentele regte bekamp ter beskerming van die vrye demokratiese grondorde om 'n sogenaamde *wehrhafte Demokratie* te skep.⁴⁵⁹

2.3.2 Wesenlikheidsleer

Die grondwetlike grondslag vir die beperking van fundamentele regte in terme van die verskillende wetsvoorbehoude wat hier bo aangedui is, impliseer eintlik dat die wetgewende gesag met die kompetensie beklee word om fundamentele regte deur

457 Die BVerfG het egter in verskeie sake beslis mbt die reg op kunsvryheid soos *Mephisto* (BVerfGE 30, 173(192); *Anachronistische Zug* (BVerfGE 667, 213(228); en *Josephine Mutzenbacher* (BVerfGE 83, 130(139)) enersyds, en andersyds mbt geloofsvryheid in die *Gesundbeter*-saak (BVerfGE 32, 98(107), dat hierdie arts 5(3) en 4(1) GG nie onder die drie beperkings (*Schrankentrias*) resorteer wat art 2(1) GG as algemene vryheidsreg neerlê nie. (Hierdie drie beperkinge is die regte van ander, vereistes van die grondwetlike orde en die sedelike wette.) Hierdie nie-binding spruit voort uit die subsidiariteitsverhouding van arts 4(1) en 5(3) GG (elk as 'n *lex specialis*) teenoor die algemene vryheidsreg van art 2(1) GG. Voorts kan die beperkinge van art 5(2) GG ook nie direk of dmv analogie na art 5(3) GG uitgebrei word nie, omdat sistematies-logiese konstruksie van die struktuur van art 5 GG aantoon dat die voorbehoudlose subart (3) na die voorbehoud van subart (2) volg sodat lg inderdaad net vir subart (1) geld.

458 Vgl tov vryheid van geloof bv BVerfGE 12, 1(4 ev); 32, 98(107) - *Gesundbeter*-saak; 44, 37(49 ev); en mbt kunsvryheid BVerfGE 30, 173(192 ev) - *Mephisto*-saak; 67, 213(228) - *Anachronistische Zug*; en 83, 130(139) - *Josephine Mutzenbacher*-saak. Vgl in die algemeen Hesse *Grundzüge* 132; Lerche *Grundrechtsschranken* 789; Pieroth en Schlinck *Grundrechte* 68-69; en Böckenförde *Grundrechtsdogmatik* 20 vt 6 vir verdere gesag. Sien verder die bespreking oor die konflikte tussen fundamentele regte par 2.3.3 d) *infra*.

459 Art 18 GG beperk die misbruik van persvryheid (art 5(1) GG); akademiese vryheid (art 5(3) GG); vryheid van byeenkoms (art 8); vryheid van assosiasie (art 9 GG); privaatheid van pos,

middel van die wetgewingsproses te beperk.⁴⁶⁰ Die wetgewende gesag word deur artikel 80(1) GG by die uitoefening van hierdie kompetensie gebind. In die praktyk word egter gevind dat die meeste besluite oor sodanige wetlike voorbehoude, en dus beperkings, egter by die owerheidsadministrasie, en nie die wetgewende gesag nie, berus.⁴⁶¹ Om hierdie tendens van delegasie van wetgewende kompetensies en verantwoordelikheid te beheer, word die *Wesentlichkeitslehre* uit die regstaatbeginsel en die beginsel van demokrasie afgelei, wat vereis dat die wetgewende gesag alle wesenlike beperkinge sowel as uitbreidings van fundamentele regte self moet oplê en dat beperkings dus slegs op grond van, of ingevolge 'n parlements wet mag geskied.⁴⁶²

Die BVerfG lei die wesenlikheidsleer in die *Kalkar 1*-saak af uit die grondreël van 'n algemene wetsvoorbehoud wat self nie direk in die grondwet staan nie, maar uit verskillende bepalinge van die grondwet afgelei word.⁴⁶³ Hierop waarsku die Hof dat hierdie grondreël nie met behulp van die demokratiese beginsel gekonstrueer kan word as sou die wetgewer oor 'n kompetensie-monopolie beskik weens die demokratiese legitimiteit van die wetgewende gesag as direk verkose volksvertegenwoordiger nie. So 'n wanindruk sou strydig met die regstaatbeginsel se element van skeiding van gesag wees.

2.3.3 Vereistes vir die beperking van fundamentele regte

Omdat die voorbehoude in die teks van die GG aan die wetgewende gesag die kompetensie verleen om fundamentele regte te beperk, moet sodanige beperkende wetgewing aan bepaalde vereistes voldoen (sogenaamde *Schranken-Schranken*) om te verseker dat die wetgewer se optrede met die waarde-karakter van die grondwet versoenbaar is. In die algemeen beskou kan vyf maatstawwe onderskei word waarvan sommige in die grondwet verwoord word terwyl ander regs wetenskaplik ontwikkel is,

telefoon en kommunikasie (art 10 GG); eiendomsreg (art 14 GG); en asielreg (art 16a GG).

460 Pieroth en Schlinck *Grundrechte* 70.

461 Pieroth en Schlinck *Grundrechte* 70.

462 Vgl BVerfGE 8, 71(76); 8, 274(325); 21, 73(79 ev); 33, 303(346) - *Numerus Clausus*-saak; 45, 400(417 ev); 49, 89(126-127) - *Kalkar 1*-saak; 80, 124(132) - *Postzeitungsdienst*-saak; en 83, 130(142, 152) *Josephine Mutzenbacher*-saak. Sien ook Pieroth en Schlinck *Grundrechte* 70-71; en De Ville 1993 *SAPR* Vol 8 73-79. Sien BVerfGE 61, 260(275) die wetgewer moet in *grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst ... treffen*.

463 BVerfGE 49, 89(126-127).

naamlik (i) die proporsionaliteitsbeginsel (of verbod op 'n oormaat van owerheidsgesag); (ii) die waarborg van die wesenlike inhoud van daardie fundamentele reg (*Wesensgehaltsgarantie* in artikel 19(2) GG); (iii) die vereiste dat 'n beperkende wet nie vir 'n individuele geval nie, maar in die algemeen geld (artikel 19(1) GG);⁴⁶⁴ (iv) die vereiste dat die beperkende wet moet verwys na die spesifieke fundamentele reg wat beperk word (*Zitiergebot* in artikel 19(1) GG);⁴⁶⁵ (v) en die regstaatlike verpligting dat beperkende wette bepaalbaar en duidelik moet wees (*Bestimmtheitsgrundsatz*).⁴⁶⁶ Hiernaas word ingevolge artikel 79(3) GG (die sogenaamde "ewigheidswaarborg") verdere beskerming verleen aan artikels 1 en 20 GG, deurdat die *Grundsätze* of wesenlike grondwetlike beginsels wat in daardie bepaling vervat is op geen wyse aangetas mag word nie.⁴⁶⁷ Enkele van hierdie maatstawwe word vervolgens nader toegelig.

a) Proporsionaliteitsbeginsel in wye sin

Die proporsionaliteitsbeginsel in wye sin vorm die spreekwoordelike hart van die konkretiseringsproses van fundamentele regte omdat die waarde-oordele wat hier gefel word in die finale instansie die praktiese beskermingswaarde van die fundamentele reg vir 'n benadeelde individu bevestig of ontken. Die

464 Let daarop dat hierdie bepaling nie algemene wette verbied wat nie fundamentele regte beperk nie maar wat op individuele gevalle gerig is. Vgl BVerfGE 25, 371(398). Oor die moeilikhede en die uitsonderings by toepassing van hierdie reël vgl BVerfGE 7, 129(150 ev) - *Lex Schröner*-saak; 10, 234(244 ev) - *Platow-Komplex*-saak; en 25, 371 (396 ev) - *Rheinische Stahlwerke*-saak. Vgl voorts Pieroth en Schlink *Grundrechte* 78; Lerche *Grundrechtsschranken* 796-798; en Herzog in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 19 Abs 1 Rdnr 2 ev en 25 ev. Die rasionaal agter hierdie vereiste is dat dit die skeiding tussen die wetgewende gesag en die uitvoerende gesag (administrasie) beklemtoon, deurdat dit die administrasie se taak is om algemene beperkende wetgewing in individuele gevalle toe te pas. Voorts kan die vereiste diskriminerende wetgewing verhoed. Hesse *Grundzüge* 139 staan egter krities tot die werklike doeltreffendheid van hierdie bepaling, daar die gelykheidsklousule van art 3 GG na sy mening meer beskerming teen diskriminasie bied.

465 Die bedoeling van hierdie vereiste is om die inbreukmakende wetgewer tot nadenke oor die beperking van die fundamentele reg te dwing en voorts dra dit by tot regsekerheid. Die BVerfG lê hierdie bepaling as 'n vormvoorskrif eng uit, sodat dit nie 'n leë formaliteit word wat bloot gerig is op verhinderende van die wetgewer in sy besige taak nie. Vgl Hesse *Grundzüge* 139-140; Pieroth en Schlink *Grundrechte* 79; en Lerche *Grundrechtsschranken* 799-800. Sien voorts BVerfGE 35, 185(188); en 64, 72(79 ev). Die BVerfG pas hierdie beginsel nie toe by sake waar arts 2(1), 5(2), 12(1) en 14(1) en (3 tweede sin) GG ter sake is nie. (Vgl Pieroth en Schlink *ibid* 79 vir gesag).

466 Vgl BVerfGE 80, 137(161) - *Reiten im Walde*-saak; 83, 130(145) - *Josephine Mutzenbacher*-saak; en 84, 133(149) - *Warteschleife*-saak.

467 Vgl BVerfGE 30, 1(24-26) - *Abhör*-saak; en 84, 90(120-121) - *Enteignungen vor 1949*-saak vir 'n duidelike uiteensetting van die bepaling en die verhouding daarvan tot die

proporsionaliteitsbeginsel in wye sin en gepaardgaande elemente word nie uitdruklik in die grondwet vervat nie, maar is deur die BVerfG dogmaties uit die GG afgelei en verder verfyn tot 'n omvattende regs-wetenskaplike studieveld in die staatsreg. Alvorens die proporsionaliteitsbeginsel in die beperkingsproses ter sprake kom, moet die grondwetlike toelaatbaarheid van die beoogde doel (*Zweck* of *Ziel*) wat nagestreef word en die beplande wyse waarvolgens dit bereik moet word (*Mittel*), eers vasgestel word.⁴⁶⁸ Eers hierna kan die onderlinge verhouding tussen doel en middel beoordeel word aan die hand van die proporsionaliteitsbeginsel. Die proporsionaliteitsbeginsel is die noodwendige gevolg van die gelding van die objektiewe waarde-karakter van fundamentele regte wat op alle regsverhoudinge en terreine van die reg van toepassing is.⁴⁶⁹ Dit is deur die Hof uit die regstaatlike verbod op 'n oormaat van owerheids-gesag, en uit die wese van die fundamentele reg as afweersreg teen die staat, afgelei.⁴⁷⁰

Die proporsionaliteitsbeginsel in wye sin beteken dat drie elemente daarvan, naamlik die toepaslikheid (*Geeignetheit*),⁴⁷¹ noodsaaklikheid (*Notwendigkeit* of *Erforderlichkeit*)⁴⁷² en proporsionaliteit in engere sin van die beperking⁴⁷³ teen die gemeenskaplike voordeel wat die beperking beoog, gemeet moet word.⁴⁷⁴ Hierdie

wesenlikheidswaarborg van art 19(2) GG.

468 Vgl BVerfGE 30, 392(316); 33, 1(11) - *Strafgefangene*-saak; 80, 137(159-160) - *Reiten im Walde*-saak; en Pieroth en Schlink *Grundrechte* 72.

469 Vgl Böckenförde *Grundrechtsdogmatik* 52 en die gesag verwys in vt 107.

470 Sien BVerfGE 19, 342(348 ev); 23, 127(133); 65, 1(44) - *Volkszählung*-saak; en 75, 1(16).

471 Hierdie toets bepaal of die beplande metode gepas is om die beoogde doel te bereik. Vgl BVerfGE 30, 392(316): *Das Mittel ist Geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann*. Sien bevestigend BVerfGE 80, 137(160) - *Reiten im Walde*-saak; en die *Haschisch*-saak van 9 Maart 1994 in 1994 *EuGRZ* Vol 9-10 252.

472 Die noodsaaklikheidstoets beteken dat daar geen ander moontlikheid tot die staat se beskikking bestaan wat minder skadelik vir die fundamentele reg sal wees ten einde die spesifieke oogmerk te bereik nie. Vgl BVerfGE 30, 392(316) [E]s *ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames aber das Grundrecht nicht oder weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können*. Sien ook BVerfGE 24, 367(404-405) - *Hamburgisches Deichordnungsgesetz*-saak (onteiening van privaatgrond in die openbare belang); 80, 137(160) - *Reiten im Walde*-saak; en die *Haschisch*-saak van 9 Maart 1994 in 1994 *EuGRZ* Vol 9-10 252.

473 Soms staan hierdie toets ook bekend as die gesagsoormaatverbod, hoewel die begrip *Übermaßverbot* soms ook vir proporsionaliteit in wye sin gebruik word. Hierdie toets beteken dat die gevolg van die toepaslike en noodsaaklike beperking van die individu se fundamentele reg en die doel (openbare belang) wat met die beperking nagestreef word, in 'n behoorlike afgeweege verhouding teenoor mekaar gestel word. Vgl BVerfGE 30, 392(316): *Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe muß die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt sein*. Vgl ook BVerfGE 80, 137(160-161) - *Reiten im Walde*-saak; en die *Haschisch*-saak van 9 Maart 1994 in 1994 *EuGRZ* Vol 9-10 252-253, 256.

474 Vgl bykomend ook die toepassing van die proporsionaliteitsbeginsel in BVerfGE 7, 377(406-

proporsionaliteitstoets in engere sin (gesagsoormaatverbod) kan impliseer dat 'n toepaslike en noodsaaklike beperking steeds nie toegepas word nie en dat die beoogde openbare belang terug moet tree, omdat die betrokke individuele fundamentele reg steeds meer beskermingswaardig is.⁴⁷⁵ Die konstruksie van hierdie toelaatbare proporsionele beperking van 'n fundamentele reg geskied aan die hand van 'n waarde-of belange-afwegingsproses tussen die beperkende openbare belang en die beskermingswaardige fundamentele reg van die individu. Omdat volle harmonie tussen konflikterende belange nie moontlik is nie, moet die hermeneut in die finale instansie 'n waarde-oordeel tussen die twee belange tref wat teenoor mekaar gebalanseer word.⁴⁷⁶

Die BVerfG het die heersende regsposisie van die wye kompetensieruimte van die wetgewer bevestig in die *Haschisch*-saak van 9 Maart 1994, waar die strafregtelike strafbaarheid van die besit van geringe hoeveelhede *cannabis*-produkte ter sprake was.⁴⁷⁷ Die Hof bevind dat dit primêr die taak van die wetgewer is om die omvang van onwettige handeling vas te stel en dat die Hof nie kan toets of daardie beslissing die doelmatigste, redelikste of regverdigste keuse is nie.⁴⁷⁸ Die BVerfG beskik egter wel oor die kompetensie om te bepaal of daardie keuse van die wetgewer materieel versoenbaar is met (i) die bepalinge van die grondwet, (ii) die ongeskrewe grondwetlike beginsels (*ungeschriebenen Verfassungsgrundsätze*) en (iii) fundamentele grondwetlike waarde-keuses van die grondwet (*Grundentscheidungen des Grundgesetzes*).⁴⁷⁹

408); 12, 1(4); 19, 342(348 ev); 20, 162(213) - *Spiegel*-saak; en 65, 1(44). Sien ook algemeen Starck *Verfassungsauslegung* 215; Pieroth en Schlink *Grundrechte* 73; en Böckenförde *Grundrechtsdogmatik* 19 en 53.

475 *Haschisch*-saak van 9 Maart 1994 in *EuGRZ* van 1994 Vol 9-10 256.

476 Vgl die *Haschisch*-saak van 9 Maart 1994 in *EuGRZ* van 1994 Vol 9-10 256. Vgl bv BverfGE 20, 162(187) (meerderheidsuitspraak) - *Spiegel*-saak waar die wetgewer se plig tot *Güterabwägung* beskryf word. *In casu* op 213 beskryf die minderheid van die regters verder die belange wat afgeweg word tydens die staat se beperking van persvryheid deur 'n lasbrief uit te reik vir die deursoeking van nuuskantore ter beslaglegging op bewysmateriaal in 'n strafregtelike saak: [D]er *allgemeine Rang des Rechtsguts, zu dessen Wahrung die Zwangsmaßnahmen ergriffen werden sollen; seine Gefährdung durch die konkrete, den Gegenstand der Ermittlung bildende Tat; die Intensität des Verdachts; die Geeignetheit und Notwendigkeit des ins Auge gefaßten prozessualen Mittels*. (Hierna word die toepaslikheid en noodsaaklikheid van die beperking beredeneer.)

477 Vgl 1994 *EuGRZ* Vol 9-10 253 ev.

478 Vgl 1994 *EuGRZ* Vol 9-10 253 ev.

479 Vgl 1994 *EuGRZ* Vol 9-10 253 ev; en BVerfGE 80, 244(255).

Die toepaslikheidstoets word gewoonlik eerste uitgevoer. Dit ontsluit die empiriese samehang in die saak en lei tot die volgende toets, die noodsaaklikheidstoets, waarna die resultaat aan die gesagsoormaatsverbod (of proporsionaliteit in engere sin) beoordeel word.⁴⁸⁰ Die noodsaaklikheidsvereiste weeg swaarder as die toepaslikheidsvereiste, omdat 'n noodsaaklike beperking noodwendig toepaslik moet wees.⁴⁸¹ Daarenteen kan 'n beperking wat nie die noodsaaklikheidstoets slaag nie, nie deur die toepaslikheid daarvan gered word nie.

Hoewel die noodsaaklikheidsvereiste 'n relatiewe inhoud het omdat dit telkens op die eise van die individuele saak toegepas moet word,⁴⁸² is dit wel in die *Apotheken*-saak teoreties uitgebou tot verskillende intensiteitsgrade (*Stufen*) vir die beperking van 'n fundamentele reg waarvolgens bepaal kan word of die vryheid in geheel of slegs ten dele beperk word.⁴⁸³ Hierdie konstruksie beteken dat in gevalle waar verskillende toepaslike beperkingsmoontlikhede met verskillende grade van intensiteit bestaan, die wetgewer slegs die meer ernstige graad van beperking mag kies indien sy doel nie deur middel van 'n minder ernstige graad van beperking bereik kan word nie.⁴⁸⁴

In casu het die BVerfG verskillende grade van intensiteit vir die beperking van die reg op 'n vrye beroepskeuse (artikel 12(1) GG) onderskei waar 'n apteker weens die openbare belang verbied is om sy apteek in 'n spesifieke dorp te open:⁴⁸⁵ (i) reëls wat bepaal hoe 'n beroep in individuele gevalle uitgeoefen word, maar nie die vryheid van keuse daarvan beïnvloed nie - die wetgewer beskik dus oor 'n wye kompetensie en veral die toepaslikheid van die maatreëls dra gewig; en (ii) reëls wat egter wel die vryheid van beroepskeuse beïnvloed omdat dit toelating tot daardie beroep aan bepaalde vereistes onderwerp en slegs weens baie belangrike openbare redes geregverdig kan word. In laasgenoemde geval word weer twee soorte beperkings gevind. Eerstens bestaan daar subjektiewe beperkings wat besondere individuele kwalifikasies vir die uitoefening van daardie beroep stel soos die slaag van toetse of

480 Vgl bv BVerfGE 80, 137(160-161) - *Reiten im Walde*-saak; en die *Haschisch*-saak van 9 Maart 1994 *EuGRZ* Vol 9-10 252-253, 256. Sien ook Pieroth en Schlink *Grundrechte* 73.

481 Pieroth en Schlink *Grundrechte* 73.

482 Lerche *Grundrechtsschranken* 784-785.

483 BVerfGE 7, 377(405 ev).

484 BVerfGE 7, 377(405). Vgl voorts BVerfGE 33, 125(160) - *Facharzt*-saak mbt art 12(1) GG; en 30, 173(189 ev) mbt art 5(3) GG. Sien in die algemeen Starck *Verfassungsauslegung* 215; Pieroth en Schlink *Grundrechte* 75; en Müller *Methodik* 55.

spesifieke persoonlikheidseienskappe waaroor 'n kandidaat moet beskik. Hierdie vereistes is meestal uit hoofde van die besondere aard van die beroep toepaslik en noodsaaklik sodat die individu reeds voor beroepskeuse daarvan kennis kan neem. Tweedens bestaan daar objektiewe toelatingsvereistes tot die aptekersberoep wat nie deur individue beïnvloed kan word nie, soos kwota-vereistes. Laasgenoemde beperkings is die mees ekstreme beperking van beroepsvryheid en word as 'n uitsondering behandel. Dit word aan uiters streng beoordelingskriteria onderwerp ten einde te voorkom dat 'n subjektiewe, willekeurige, nie-relevante rede (*einer sachfremder Motive*) soos 'n vrees vir kompetisie in die sakewêreld, nie die oorsaak vir die beperking van 'n persoon se vrye beroepskeuse is nie. Hierdie voorkeurorde wat deur die BVerfG neergelê is, verskaf dus 'n beoordelingsprerogatief en vooruitskouingsruimte vir die wetgewer tydens die wetgewingsproses waar hierdie beperkinge hul oorsprong vind.⁴⁸⁶

Starck meen dat hoewel bogenoemde vlakke van beperking duideliker riglyne aan die wetgewer verleen om die proporsionaliteit van beperkings te bepaal, die gevaar bestaan dat hierdie vlakke starre dogmatiese kategorieë kan vorm wat die belangrike rol van ander grondwetlike konkretiserings-elemente ondermyn.⁴⁸⁷ Hy is egter van mening dat die kontrole-vlakke daartoe bydra dat 'n neiging in die wetgewende beoordelingsruimte ten gunste van individuele vryheid (deur die *preferred freedom*-leerstuk) bespeur kan word.⁴⁸⁸

b) Wisselwerkingsteorie⁴⁸⁹

Die sogenaamde *Wechselwirkungstheorie* is 'n besondere deel van die proses van belange-afweging wat in die konteks van die uitstralingskarakter van artikel 5(1) GG se reg op vrye meningsuiting en artikel 5(2) GG se toelaatbare beperking weens die

485 Vgl bv BVerfGE 7, 377(405-408).

486 Starck *Verfassungsauslegung* 216.

487 Starck *Verfassungsauslegung* 216.

488 Starck *Verfassungsauslegung* 217.

489 Ossenbühl 1976 *NJW* 2107 beskou hierdie teorie as 'n afsonderlike konkretiseringsbeginsel van fundamentele regte. Vgl voorts Pieroth en Schlink *Grundrechte* 156; en Herzog in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 5(2) Rdnr 264. Soms word hierdie teorie ook onder die *Wesensgehaltsgarantie* van art 19(2) GG hanteer as 'n beperking van die beperking van fundamentele regte (*Schranken-Schranken*) deur bv Böckenförde *Grundrechtsdogmatik* 19; en Alexy *Grundrechte* 267-272.

openbare belang tydens die *Lüth*-saak plaasgevind het.⁴⁹⁰ Hierdie teorie bepaal dat 'n gewone regsnorm nie 'n fundamentele reg eensydig mag beperk sodat die wesenlike inhoud van daardie fundamentele reg aangetas word nie. Die verhouding tussen die fundamentele reg en beperkende regsnorm veronderstel dus 'n afwisselende wedersydse beperking van mekaar, omdat die gewone wet se beperking van die fundamentele reg opsigself weer beperk word deur die besondere waarde-karakter van daardie fundamentele reg in 'n vrye demokratiese staat.⁴⁹¹ Die gevaar verbonde aan hierdie teorie se toepassing in artikel 5 GG is dat dit maklik in 'n sirkelredenasie met die gepaardgaande metodologiese onsekerheid kan ontaard.⁴⁹² Die Hof erken naamlik in die *Lüth*-saak die duidelike beperking van die fundamentele reg in artikel 5(1) GG na aanleiding van die vereistes van subartikel (2), maar probeer daarna om subartikel (2) weer uit hoofde van subartikel (1) se inhoud beperkend te interpreteer.⁴⁹³

c) Waarborg van die wesenlike inhoud

Artikel 19(2) GG verleen absolute beskerming aan die wesenlike inhoud (die sogenaamde *Wesensgehaltsgarantie*) van fundamentele regte.⁴⁹⁴ Die BVerfG het beslis dat hierdie grondwetlike opdrag tydens die interpretasie van elke fundamentele reg nagekom moet word.⁴⁹⁵ Selfs in die geval van 'n algemene fundamentele reg met 'n moeilik omskryfbare beskermingsveld soos die reg op privaatheid (artikel 2(1) GG), het die BVerfG beslis dat daar ook 'n onaantasbare kern van die private

490 Vgl BVerfGE 7, 198(208-109) – *Lüth*-saak; 20, 162(176-177) - *Spiegel*-saak (persvryheid). Vgl voorts Herzog in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 5(2) Rdnr 257 ev. Hoewel dit aanvanklik beperk was tot art 5 GG (meningsvryheid), vind die teorie algemene aanwending soos bv BVerfGE 17, 108(117) (aantasting van liggaamlike integriteit - dit word hier beskryf as die proporsionaliteitsbeginsel); en 67, 157(172 ev) (beskerming van die vertroulikheid van korrespondensie en telefoongesprekke).

491 BVerfGE 7, 198(208-209) lui: *Die gegenseitige Beziehung zwischen Grundrecht und 'allgemeinem Gesetz' ist also nicht als einseitige Beschränkung der Geltungskraft des Grundrechts durch die 'allgemeinen Gesetze' aufzufassen; es findet vielmehr eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, daß die 'allgemeinen Gesetze' zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.*

492 Ossenbühl 1976 NJW 2107. Vir omvattende kritiek teen die *Lüth*-beslissing, sien Herzog in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 5(2) Rdnr 259 ev.

493 Herzog in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 5(2) Rdnr 261-262.

494 *In keinem Fall darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.* Dit geld egter net vir die gewone wetgewende, regsprekende en uitvoerende gesag, en nav art 79(3) GG nie vir 'n grondwetwysigende vergadering nie. Vgl Lerche *Grundrechtsschranken* 794. Sien veral in die algemeen die gesaghebbende werk van Häberle *Wesensgehaltsgarantie* 1 ev.

lewensterrein van elke persoon bestaan.⁴⁹⁶ Dit beteken dat selfs belangrike openbare belange nie enige aantasting van daardie kern kan regverdig nie - nie eens deur middel van 'n belange-afwegingsproses na aanleiding van die proporsionaliteitsbeginsel nie. Die enigste probleem is nou om die omvang van hierdie onaantasbare private lewensterrein vas te stel, omdat dit logies is dat die volle gelding van elke individu se private ruimte nie moontlik is in 'n ordelike samelewing nie. Hierdie omvang word na aanleiding van die feite van elke saak, en wel ooreenkomstig die gevestigde kriteria vir die begrensing van fundamentele regte, bepaal.⁴⁹⁷

Dit is egter duidelik dat verskeie onduidelikhede rondom die *Wesensgehaltsgarantie* bestaan, byvoorbeeld, wat is 'n geskikte beskrywing van die wesenlike inhoud;⁴⁹⁸ is die wesenlike inhoud absoluut of relatief van aard; en word hier slegs na die inhoud van die subjektiefregtelike sy as subjektiewe reg, of ook na die inhoud van die objektiefregtelike sy as objektiewe waarde-maatstaf van fundamentele regte verwys?⁴⁹⁹ Hoewel daar verskeie uiteenlopende standpunte oor enkele of meerdere van hierdie probleme bestaan, word hier slegs in breë trekke na die debat oor die vraag of fundamentele regte se wesenlike inhoud relatief of absoluut is, verwys.⁵⁰⁰

Volgens Maunz se teorie van die relatiewe wesenlike inhoud, moet die wesenlike inhoud nie net vir elke fundamentele reg in die algemeen bepaal word nie, maar inderdaad vir elke saak in besonder opnuut vasgestel word.⁵⁰¹ Sodra die individuele en openbare belange in wisselwerking met mekaar afgeweg is, kan bepaal word of die wesenlike inhoud aangetas is of nie. Dit sou die geval wees as gevind word dat die fundamentele reg nie meer deurslaggewend is om in die betrokke geval te geld

495 BVerfGE 22, 180(219) - *Jugendhilfe*-saak.

496 BVerfGE 6, 32(41) - *Elfes*-saak; 6, 389(435); 22, 180(219) - *Jugendhilfe*-saak; 27, 344(350 ev); 54, 143(146); en 80, 376(373).

497 Vgl BVerfGE 34, 238(245 en 248); en 80, 376(373 ev).

498 Volgens Hesse *Grundzüge* 140 is die waarborg van die wesenlike inhoud niks anders as die beperking van die moontlike beperking van fundamentele regte ooreenkomstig (wat hy noem) 'n *praktische Konkordanz* nie. Die wesenlike inhoud van 'n fundamentele reg begin syns insiens daar waar die verskillende toelaatbare beperkingsmoontlikhede van daardie fundamentele reg eindig. Vgl in die algemeen voorts Lerche *Grundrechtsschranken* 791-795.

499 Maunz in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 19 Abs II Rdnr 15 meen dat dit die fundamentele reg as subjektiewe reg sowel as objektiewe waarde-norm insluit.

500 Vgl hieroor Maunz in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 19 Abs II Rdnr 3 ev.

501. Vgl Maunz in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 19 Abs II Rdnr 16 ev. Maunz steun

nie. Lerche meen hierdie maatstaf word nou afgewater tot 'n herhaling van die proporsionaliteitsbeginsel en bied daarom nie veel bykomende beskermingswaarde nie.⁵⁰²

Die teorie van die absolute wesenlike inhoud van fundamentele regte van Stein bepaal dat die wesenlike inhoud van 'n fundamentele reg 'n vaste onaantasbare kerninhoud het wat onafhanklik is van die verskillende individuele gevalle waarop dit toegepas word en beskryf dit daarom met vae begrippe soos *Wesenskern*, *Grundrechtsskern*, *Grundsubstanz*, *Mindestinhalt* en *Mindestposition*.⁵⁰³ Hoewel dit nog nie duidelik is wat presies hierdie kern is nie, word aanvaar dat die wesenlike inhoud wel aangetas word indien die beperking so groot is dat die gevaar bestaan dat daardie fundamentele reg nie meer in die objektiewe waarde-orde vir ander regsobjekte bestaan nie.⁵⁰⁴

Hesse kombineer hierdie twee standpunte en meld dat artikel 19(2) GG sowel die disproportionele beperking as die aantasting van die *absoluten Wesenskern* van fundamentele regte verbied.⁵⁰⁵ Dit beteken dat 'n verbod op disproportionele beperking op sigself ook 'n absolute beskerming van die wesenlike inhoud van fundamentele regte inhou, omdat die proporsionaliteitstoets in hierdie geval nie bloot aan subjektiewe ekonomiese doelmatigheidsmaatstawwe beoordeel word nie, maar aan die wese van daardie fundamentele reg self gemeet word.

Dürig meen weer dat die wesenlike inhoud van fundamentele regte dieselfde as die menswaardigheidsbeginsel is.⁵⁰⁶ Pieroth en Schlink kritiseer dit, omdat dit sou beteken dat artikel 19(2) GG dan 'n nuttelose bepaling was, omdat artikel 79(3) GG reeds hierdie menswaardigheidsbeginsel van artikel 1(1) GG absoluut beskerm.⁵⁰⁷

Pieroth en Schlink se benadering is waarskynlik meer navolgingswaardig deurdat die

hoofsaaklik op die *Lüth*-saak (BVerfGE 7, 198 ev) vir sy standpunt.

502 Lerche *Grundrechtsschranken* 792.

503 Vgl Pieroth en Schlink *Grundrechte* 77. Dis in enkele gevalle (maar nie as algemene reël nie) nagevolg in BVerfGE 7, 377(411); 16, 194(201); en 34, 238(245) mbt die kern van die private lewensterrein.

504 Pieroth en Schlink *Grundrechte* 77. Vgl die kritiek van Maunz in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 19 Abs II Rdnr 7.

505 Hesse *Grundzüge* 140-141.

506 Dürig in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 1 Abs II Rdnr 81.

507 Pieroth en Schlink *Grundrechte* 78.

skrywers beide die objektiewe en subjektiewe karakter van fundamentele regte as maatstaf gebruik.⁵⁰⁸ Hulle verkies dat die wesenlike aard vir elke fundamentele reg afsonderlik bepaal word, maar nie afsonderlik vir elke saak soos Dürig voorstel nie. Dit beteken dat die wesensaard na gelang van die spesifieke fundamentele reg verskil. Byvoorbeeld by die reg op lewe wat glad nie aangetas mag word nie, word die wesenlike aard beoordeel aan die objektiewe waarde wat lewe vir die samelewing inhou en nie vir die individu wat deur die polisie gedood is nie, terwyl die reg op liggaamlike integriteit, waarop in verskillende grade inbreuk gemaak kan word, se wesenlike aard lê in die waarde wat dit as subjektiewe reg inhou vir die individu wat aangerand is. In geval van twyfel is dit belangrik dat die fundamentele reg werklik as subjektiewe reg hulp bied vir 'n individu wie se regte bedreig word, ongeag die waarde wat dit vir die algemene samelewing as objektiewe waarde inhou.

Die regspraktyk het ook nog nie eenduidigheid oor die toepassing van artikel 19(2) GG verskaf nie deurdat die BVerfG in aanvanklike beslissings die saak onbeantwoord gelaat het.⁵⁰⁹ Alexy dui egter daarop dat die oorwig van beslissings van die BVerfG die wesenlike inhoud vir elke geval individueel bepaal.⁵¹⁰

d) Konflikte en oorvleuelings by fundamentele regte

Daar moet onderskei word tussen die situasie wat ontstaan wanneer meerdere fundamentele regte in 'n bepaalde saak in konflik met mekaar staan weens die feit dat die onderskeie regte se beskermingsvelde direk teenoorstaande regsbelange beskerm (*Kollisionen*), en die geval wanneer die beskermingsvelde van meerdere fundamentele regte met mekaar oorvleuel of verskillende regte naas mekaar vir 'n bepaalde geval kan geld (*Konkurrenten*).

(i) Konflikte

⁵⁰⁸ Vgl Pieroth en Schlink *Grundrechte* 77-78.

⁵⁰⁹ BVerfGE 2, 266(285): *Es kann dahingestellt bleiben, ob Art. 19 Abs. 2 GG die restlose Entziehung eines Grundrechts im Einzelfall verbietet oder ob er nur verhindern will, daß der Wesenskern des Grundrechts als solchen, z.B. durch praktischen Wegfall der im Grundgesetz verankerten, der Allgemeinheit gegebenen Garantie angetastet wird.*

⁵¹⁰ Alexy *Grundrechte* 268 en die gesag verwys in vt 42.

Deurdat die konflikte tussen verskillende fundamentele regte grootliks tussen draers van daardie regte in die privaatreg sfeer voorkom, bestaan die reël na aanleiding van die uitstralingswerking van fundamentele regte na die privaatreg, dat dieselfde maatstawwe wat vir die oplos van konflikterende fundamentele regte in die publiekreg geld, ook vir beslissings van sodanige gevalle in die privaatreg geld.⁵¹¹

'n Sprekende voorbeeld is die konflik wat in die privaatreg tussen opponerende fundamentele regte in die *Lebach*-saak plaasgevind het.⁵¹² 'n Gevangene wat tot 'n termyn tronkstraf gevonnissen is weens medepligtigheid aan moord op soldate wat wagdiens by 'n wapendepot verrig het, staan op die punt om vrygelaat te word na uitdiening van sy vonnis. 'n Televisiekanaal besluit kort voor die vrylating om 'n dokumentêre program oor daardie spesifieke misdaad op nasionale televisie te vertoon. Die gevangene maak beswaar teen die program omdat dit na bewering sy kans op suksesvolle heraanpassing in die gemeenskap sou benadeel en daarom op sy algemene persoonlikheidsreg (artikel 2(1) GG *in Verbindung mit* artikel 1(1) GG se menswaardigheidsbeginsel) inbreuk sou maak. Die televisiestasie, daarenteen, maak aanspraak op hul reg op vryheid van beriggewing ingevolge artikel 5(1) GG.

Die Hof konstrueer daarop beide die konflikterende fundamentele regte se beskermingsvelde wat teenoor mekaar staan. Dit is naamlik die onaantasbare kern van persoonlike vryheid wat artikel 2(1) GG uit hoofde van die verhouding met die menswaardigheidswaarborg (artikel 1(1) GG) aan die gevangene toeken, teenoor die fundamentele waarde wat aan die vrye pers se reg op ongesteurde beriggewing vanweë sy belangrike taak as openbare inligtingsmedium van aktuele sake geheg word.⁵¹³ Die Hof gaan uit van die veronderstelling dat beide fundamentele regte essensiële boustene van die vrye demokratiese grondwetlike orde vorm.⁵¹⁴ Dit impliseer dat een reg daarom nie noodwendig vooraf swaarder as die ander weeg nie en 'n harmoniese gelding van beide bewerkstellig moet word.⁵¹⁵ As dit nie moontlik is nie vind 'n belange-afwegingsproses na aanleiding van die spesifieke feite van die saak plaas om die waarde te bepaal wat voorkeur geniet in die lig van die

511 Vgl BVerfGE 25, 256(263) - *Blinkfuer*-saak; 35, 202(221, 224-225; en 233) - *Lebach*-saak.

512 BVerfGE 35, 202 ev.

513 BVerfGE 35, 202(219-224).

514 BVerfGE 35, 202(225).

menswaardigheidsbeginsel as primêre grondwetlike waarde-maatstaf. Hiervolgens word die beperking van persvryheid deur die persoonlikheidsreg van die klaer, teenoor die vrye verskaffing van openbare inligting geweeg in die lig van die beskerming van die menswaardigheid as die middelpunt van die grondwetlike waarde-sisteem en met verwysing na die besondere feite van die saak.⁵¹⁶ Die Hof bevind daarop uit hoofde van die menswaardigheidswaarborg en die sosiaalstaatbeginsel dat die gevangene wat op die punt staan om vrygelaat te word met die oog op hersosialisering in die gemeenskap, deur die staat beskerm moet word teen optrede soos die televisieprogram wat daardie aanpassingsproses kan benadeel.⁵¹⁷

'n Afweging van die konflikterende fundamentele belange word gedoen in die hoop om 'n optimale balans te vind. Die Hof beskryf hierdie ideaal in die eerste aborsie-saak as die strewe na die *schonendesten Ausgleichs konkurrierender grundgesetzlich geschützer Positionen unter Berücksichtigung des Grundgedankens des Art. 19 Abs. 2 GG*.⁵¹⁸ So 'n optimale balans is egter nie altyd moontlik nie, soos in die geval hierbo aangedui, of soos veral voorkom in aborsie-sake. In aborsie-sake vind 'n konflik plaas tussen die reg op lewe van die *nasciturus* (ingevolge artikel 2(2) GG geles met die artikel 1(1) GG se menswaardigheidswaarborg),⁵¹⁹ teenoor die algemene persoonlikheidsreg van die moeder om self oor haar intieme sfeer te besluit (artikel 2(1) GG geles met die menswaardigheidswaarborg).⁵²⁰ Die meerderheid van die Hof bevind dat 'n *schonendesten Ausgleich* tussen die reg op lewe en die reg op persoonlike vryheid onmoontlik is, omdat aborsie noodwendig tot die vernietiging van die ander reg, die ongebore se lewe, lei. As die menswaardigheidsbeginsel van artikel 1(1) GG dus as primêre grondwetlike waarde gebruik word, moet voorkeur aan die beskerming van die *nasciturus* verleen word en die moeder se vryheidsreg terugtree.⁵²¹

515 BVerfGE 35, 202(225).

516 BVerfGE 35, 202(225-235).

517 BVerfGE 35, 202(236-237).

518 BVerfGE 39, 1(43) - *Schwangerschaftsabbruch 1* -saak.

519 BVerfGE 39, 1(42 en 51).

520 BVerfGE 39, 1(43). Die moeder se reg geld iedergeval nie absoluut nie en kan deur die regte van ander, die grondwetlike orde en sedelike norme beperk word.

521 BVerfGE 39, 1(43).

Die werklike probleemgevalle kom voor waar die sogenaamde voorbehoudlose (absolute) fundamentele regte van artikel 4(1) en (2) GG (gewetens- en godsdienstvryheid) en artikel 5(3) GG (vryheid van kuns, wetenskap, navorsing en onderrig) met ander fundamentele regte in konflik tree. In beginsel het die grondwetgewer nie voorsiening gemaak vir die beperking van hierdie fundamentele regte nie omdat konflikte nie voorsien is nie - konflikte moet dus as 'n uitsondering hanteer word.⁵²² Daarom moet die beskermingsveld van die fundamentele regte eers vasgestel word om te verseker dat hier inderdaad 'n konflik tussen die beskermingsvelde van verskillende fundamentele regte bestaan.⁵²³ Indien dit die geval is, volg dit dat 'n konflikterende fundamentele reg so 'n voorbehoudlose (absolute) fundamentele reg kan terugdryf vir sover dit noodsaaklik is om harmonie tussen die beskermingsvelde van beide fundamentele regte te verseker.

Die klassieke voorbeeld van 'n konflik tussen 'n fundamentele reg en die voorbehoudlose reg op kunsvryheid (artikel 5(3) GG) is die *Mephisto*-saak.⁵²⁴ In hierdie saak wou 'n uitgewer die skrywer Klaus Mann se roman *Mephisto* publiseer. Die aangenome seun van die akteur Gustav Gründgens het die roman as versinnebeelding van sy stiefvader gesien en beweer dat dit die akteur se persoonlike integriteit aantast. Hy vra dat die publikasie verbied word op grond van aantasting van die algemene persoonlikheidsreg van sy stiefvader ingevolge artikel 2(1) GG. Die uitgewer het weer aangedring op haar grondwetlik gewaarborgde onbeperkte reg op kunsvryheid ingevolge artikel 5(3) GG. Die BVerfG bevestig dat kunsvryheid in beginsel voorbehoudloos in die grondwet geformuleer is. Dan merk die Hof egter op dat die menswaardigheidsbeginsel (artikel 1(1) GG), wat uit hoofde van die beginsel van die eenheid van die grondwet as hoogste grondwetlike waarde bestaan, as oplossingsmaatstaf aangewend word ter beslegting van die konflik.⁵²⁵ 'n Afweging tussen die regsbelange van die twee fundamentele regte vind plaas ten einde harmonie te bereik.⁵²⁶ Die Hof beskou in die spesifieke geval die aantasting van die

522 Vgl Pieroth en Schlink *Grundrechte* 81.

523 Vgl Pieroth en Schlink *Grundrechte* 81.

524 Vgl BVerfGE 30, 173 ev. Vgl ook BVerfGE 67, 213 ev - *Anachronistische Zug*-saak oor die karikatuur wat van die politikus Franz Josef Strauß in 'n straatteater as deel van 'n politieke verkiesingsveldtog uitgebeeld is. Hier het 'n konflik tussen die voorbehoudlose kunsvryheid (art 5(3) GG) en die algemene persoonlikheidsreg (art 2(1) GG gelees met art 1 (1) GG) voorgekom.

525 BVerfGE 30, 173(193).

526 BVerfGE 30, 173(195 ev).

menswaardigheid van 'n persoon as voldoende om die beperking van die "in beginsel onbeperkte" uitoefening van kunsvryheid, te regverdig.

Die staatsreggeleerde Konrad Hesse wend hom tot die beginsel van *praktische Konkordanz* in die strewe om na aanleiding van die beginsel van grondwetlike eenheid, harmonie tussen die beskermingsvelde van konflikterende fundamentele regte te bewerkstellig.⁵²⁷ Dit staan syns insiens in teenstelling met die (na sy mening) ongenueanseerde abstrakte *Wertabwägung* (waarde-afweging) of die meer konkrete *Güterabwägung* (belange-afweging), wat bloot een belang as 'n vaste punt hanteer waarteenoor die ander belang as die veranderlike element ten koste van dit self afgeweg word soos tydens die stelreël *in dubio pro libertate*.⁵²⁸ Volgens Hesse moet elkeen van die teenoorstaande fundamentele regte se beskermingsveld eers gekonstrueer en dan so begrens word om hul optimale regsrag proporsioneel tot mekaar vanuit 'n grondwetlike grondslag te verseker.⁵²⁹ Hierdie beginsel word reeds in die regspraak van die BVerfG toegepas tydens beslegting van konflikte tussen godsdiensonderrig in openbare skole en die inspraak van ouers daarvoor (artikel 4 teen artikels 7(2) en (3) GG), of tussen die publikasie van pornografie as vergestaltung van die voorbehoudlose reg op kunsvryheid en die beperking van kinders se toegang daartoe (artikel 5(3) teenoor artikels 6(2) en 2(1) *in Verbindung mit* 1(1) GG).⁵³⁰

Nieteenstaande Hesse se kritiek, blyk dit duidelik uit die drie voorbeelde wat hier bespreek is dat die BVerfG juis die volle konkretisering van die beskermingsveld van die konflikterende regte nastreef. Hesse se voorstel, hoewel in beginsel

527 Hesse *Grundzüge* 27 ev.

528 Hesse *Grundzüge* 27.

529 Hesse *Grundzüge* 27; en Müller *Methodik* 221.

530 Vgl mbt die godsdiensonderrigkonflik BVerfGE 41, 29(51): *Beide Vorschriften sind zusammen zu sehen und in der Interpretation aufeinander abzustimmen, weil erst die 'Konkordanz' der in den beiden Artikeln geschützten Rechtsgüter der Entscheidung des Grundgesetzes gerecht wird. Keiner dieser Normen und Grundsätze kommt von vornherein ein Vorrang zu, wenn auch die einzelnen Gesichtspunkte in ihrer Bedeutung und ihrem inneren Gewicht verschieden sind. Sien ook BVerfGE 41, 65(78). Vgl mbt die kunstekonflik BVerfGE 83, 130(143) - Josephine Mutzenbacher-saak: Gerät die Kunstfreiheit mit einem anderen Recht von Verfassungsrang in Widerstreit, müssen vielmehr beide mit dem Ziel der Optimierung zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden. Dabei kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besondere Bedeutung zu. ... Bei der Herstellung der geforderten Konkordanz ist daher zu beachten, daß die Kunstfreiheit Ausübung und Geltungsbereich des konkurrierenden Verfassungsrechtsgutes ihrerseits Schranken zieht. ... All dies erfordert eine Abwägung der widerstreitenden Belange und verbietet es, einem davon generell - und sei es auch nur für eine bestimmte Art von Schriften - Vorrang einzuräumen. Sien ook Hesse *Grundzüge* 27 ev, 134, 138; en Müller *Methodik* 221 ev.*

navolgingswaardig en ten spyte van die metodologiese vaagheid daarvan, kan egter nie ontkom van die werklikheid dat 'n waarde-oordeel ten gunste van een van die fundamentele regte in die finale instansie noodsaaklik is nie. Daardie waarde-oordeel vorm die *crux* van die grondwetlike konkretisering van fundamentele regte. Die Hof het die objektiewe maatstaf vir hierdie waarde-oordeel, na aanleiding van die beginsel van grondwetlike eenheid, in die menswaardigheidsbeginsel as primêre waarde van die grondwetlike waarde-orde gevind.

(ii) Oorvleueling

Verskeie moontlikhede is ter sprake by die oplossing van die verdere probleem wat ontstaan as meerdere fundamentele regte met betrekking tot 'n feitestel oorvleuel.⁵³¹

Indien die feite van die saak binne die beskermingsvelde van 'n spesifieke fundamentele reg sowel as 'n algemene fundamentele reg (artikels 2(1) se vryheidsbepaling en 3(1) GG se gelykheidsbepaling) val, geniet die spesifieke bepaling voorkeur.⁵³² 'n Voorbeeld is die geval waar 'n persoon wat verbied word om sekere pynstillers en ander tablette te mag verkoop omdat hy nie 'n apteker is nie, beweer dat daar inbreuk gemaak word op sy reg op beroepsvryheid (artikel 12(1) GG) en op sy reg op vrye ontwikkeling van sy persoonlikheid (artikel 2(1) GG).⁵³³ Die Hof bevind dat slegs artikel 12(1) GG as die relevante toetsingsmaatstaf vir die vermeende inbreuk kan geld, omdat dit die *lex specialis* is vir beroepsvryheid wat hier bedreig word.⁵³⁴ Die algemene vryheidsbepaling van artikel 2(1) GG as *lex generalis* is nie in hierdie geval van toepassing nie.

Indien 'n geval egter nie binne die beskermingsveld van 'n besondere fundamentele reg val nie, kan daar teruggeval word op die beskermingsveld van die algemene vryheidsreg (artikel 2(1) GG) wat dan 'n opvangsfunksie as *Auffanggrundrecht*

531 Vgl Pieroth en Schlink *Grundrechte* 84-85.

532 Vgl BVerfGE 13, 290(296): *Der Gedanke des Vorrangs der Speziellnorm wird immer zu treffen, wenn die spezielle Norm nur als Ausformung der allgemeinen Norm erscheint, so daß in jener notwendig diese mit betroffen ist.* Vgl ook Pieroth en Schlinck *Grundrechte* 84.

533 BVerfGE 9, 73(77).

534 BVerfGE 9, 73(77).

vervul.⁵³⁵ Dit impliseer byvoorbeeld nie dat 'n gewelddadige of gewapende openbare byeenkoms wat nie onder die beskermingsveld van artikel 8(1) GG toelaatbaar is nie, nog steeds in die beskermingsveld van die algemene vryheidsbeginsel van artikel 2(1) GG kan val nie. Herzog meen dat daardie byeenkoms se gewelddadige of gewapende karakter dit diskwalifiseer om onder die algemene vryheidsbepaling (as *Auffanggrundrecht*) te val, omdat daardie eienskappe doelbewus teen die algemene grondwetlike waarde-stelsel indruis.⁵³⁶

As 'n geval binne die beskermingsveld van twee besondere fundamentele regte met onafhanklike beskermingsvelde val, kan, sonder dat daar noodwendig 'n spesialiteitsverhouding tussen die twee fundamentele regte bestaan, een van die spesifieke fundamentele regte sterker geld, mits daardie reg bykomende kenmerke bo die ander reg vir die geval toon.⁵³⁷ Byvoorbeeld bestaan daar gewoonlik geen spesiale verhouding tussen die reg op beroepsvryheid in artikel 12(1) GG en die reg op persvryheid in artikel 5(1) GG nie. Sodra die beroepsvryheid van 'n koerantredakteur egter ter sprake is, word 'n besondere verhouding tussen hierdie twee fundamentele regte gevind wat in die besondere omstandighede beteken dat die reg op persvryheid sterker geld.⁵³⁸

Indien 'n geval egter binne die beskermingsveld van twee besondere fundamentele regte val, sonder dat daar 'n spesiale verhouding tussen die twee regte bestaan en sonder dat een meer toepaslik as die ander is, geld beide fundamentele regte se beskerming gelykwaardig. Indien daar sprake van 'n beperking van die fundamentele regte is, moet elkeen se maatstawwe onderskeidelik eers gekwyd word voor dit toelaatbaar is. Byvoorbeeld word 'n openbare byeenkoms aan beide artikel 5(1) GG en artikel 8 GG naas mekaar beoordeel.⁵³⁹

535 Vgl BVerfGE 6, 32(37) - *Elfes*-saak; en 19, 206(225).

536 Herzog in Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz* Art 8 Rdnr 77.

537 Vgl BVerfGE 13, 290(296); en 19, 206(225). Sien ook Pieroth en Schlink *Grundrechte* 84.

538 Na die voorbeeld van Pieroth en Schlink *Grundrechte* 84.

539 BVerfGE 83, 236(258).

2.4 REGSTEORETIESE BENADERINGS

2.4.1 Subjektiewe regsteoretiese invloed

Die *sui generis* karakter van fundamentele regte gee aanleiding tot twee vrae. Die eerste vraag lui of die bondige, algemene en oop karakter van fundamentele regte 'n wye regterlike interpretasieruimte verleen. Indien dit wel die geval is, word die vraag voorts gevra of die wye regterlike diskresie beteken dat regters naas die kanons van konstruksie en ander interpretasiebeginsels ook op bepaalde regswetenskaplike teorieë oor fundamentele regte steun ten einde fundamentele regte te konkretiseer?⁵⁴⁰

Verskillende menings word deur die skrywers oor beide kwessies gehuldig. Alexy verwys na die *abstrakten, offenen und ideologieträchtigen Grundrechtbestimmungen* wat aan regters 'n wye diskresie vir die interpretasie van fundamentele regte laat, en impliseer dat hulle 'n spesifieke teorie verkies.⁵⁴¹ Stern meen dat juis vanweë fundamentele regte se *äußert lapidaren, knapp formulierten Inhalt* die kans groter is as by ander regsnorme dat 'n spesifieke voorbegrip, idee, ideologie of waardes - moontlik verskillende teorieë - tot 'n subjektiewe interpretasie en konkretisering van fundamentele regte aanleiding kan gee.⁵⁴² Böckenförde gaan verder deurdat hy die begroning van die BVerfG se interpretasie van fundamentele regte ondersoek het en bevind dat dit wel aan die invloed van verskillende juridiese teorieë oor fundamentele regte toegeskryf kan word. Hy beskryf hierdie regsteoretiese invloed as 'n

540 'n Teorie oor fundamentele regte is 'n gesistematiseerde standpuntstelling oor die *allgemeinen Character, die normative Zielsrichtung und die inhaltliche Reichweite der Grundrechte*. Sie hat ihren Bezugspunkt ... in aller Regel in einer bestimmten Staatsauffassung und/oder Verfassungstheorie. Es ist ihre Funktion, die Interpretation der einzelnen Grundrechtsbestimmungen nicht allein einer an detaillierten Gesetzesregelungen ausgebildeten juristischen Technik zu überlassen, sondern in den Gesamtzusammenhang einer Staatsauffassung/Verfassungstheorie einzubinden. Vgl Böckenförde NJW 1974 1529.

541 Vgl Alexy *Grundrechte* 501 en ook in die algemene 15-16, 21-38, 502, 508 ev. Dit geld veral vir die menswaardigheidswaarborg, algemene vryheids- en gelykheidsbepalings (onderskeidelik arts 1(1), 2(1) en 3(1) GG) en fundamentele grondwetlike beginsels. Alexy beskryf voorts vier kategorieë teorieë nl: (i) historiese teorieë oor die ontstaan van fundamentele regte; (ii) filosofiese teorieë oor die begroning van fundamentele regte; (iii) sosiologiese teorieë oor die funksie van fundamentele regte in die samelewing; en (iv) sy eie teorie wat 'n geïntegreerde multi-dimensionele juridiese teorie met wisselende analitiese, empiriese en normatiewe dimensies is.

542 Stern *Staatsrecht* Vol III/I 206. Op *ibid* 208 stel hy dit paslik: *Dieser Weg von der abstrakten Gesetznorm zur konkreten Entscheidungsnorm ist auf vielfältige und vor allem sorgfältige theoretische und dogmatische Vorarbeit angewiesen. In besonderer Weise gilt dies für Grundrechte.*

Theorienwechsel weens die BVerfG se wisselvallige gebruik van verskillende teorieë.⁵⁴³

Hierteenoor argumenteer Starck egter dat indien die beslissings van die BVerfG van nader beskou word, groter duidelikheid bestaan oor die interpretasiemetodiek van fundamentele regte as wat die skeptici algemeen aanvaar.⁵⁴⁴ Hy kritiseer die tese dat die *sui generis* aard van fundamentele regte soveel ruimte vir die invloed van die teorieë oor fundamentele regte in die grondwetlike konkretiseringsproses laat, soos hierbo beweer word.⁵⁴⁵ Hoewel Starck toegee dat 'n bepaalde teorie oor fundamentele regte teoreties bepalend kan wees vir die spesifieke konstruksie wat aan die fundamentele reg verleen word, beskik die hermeneut syns insiens nie in die praktyk oor so 'n vrye keuse nie.⁵⁴⁶ Starck meen die invloed van sulke teorieë word oorskakel met die werklike hermeneutiese belang van die klassieke uitlegkanons.⁵⁴⁷

2.4.2 Grondwetlikhermeneutiese teorieë

Tans word gefokus op enkele regsteoretiese bydraes wat spesifiek konsentreer op 'n

543 Vgl Böckenförde *NJW* 1974 1529-1536. Hy beskryf die volgende teorieë oor fundamentele regte: (i) die liberaal-regstaatlike teorie van Carl Schmitt wat die tradisionele individuele vryheidsreg as bloot 'n afweersreg beskou (BVerfGE 7, 377(404 ev); 20, 150(155); en 30, 227(241 ev)); (ii) die institusionele teorie waar fundamentele regte objektiewe ordeningsnorme vorm vir die beskerming en waarborg van regsinstellings soos die huwelik en familie (BVerfGE 6, 55(71 ev) - *Steuersplittung*-saak), eiendom (BVerfGE 24, 367(389) *Hamburgisches Deichordnungsgesetz*-saak), persvryheid (BVerfGE 10, 118(121) wat dit beskryf as die *institutionelle Sicherung der Presse als eines der Träger und Verbreiter der öffentlichen Meinung*; 12, 205(208) - *Rundfunk 1*-saak; en 20, 162(175 ev) - *Spiegel*-saak); (iii) die waardegerigte teorie van Rudolf Smend wat veral die objektiewe normatiewe karakter van fundamentele regte beklemtoon as synde waardes wat 'n bepaalde waarde-sisteem verteenwoordig (BVerfGE 12, 1(4)); (iv) die demokraties-funksionele teorie wat die waarde van fundamentele regte vanuit hul openbare (gemeenskaps-) en politiese funksie beoordeel en daardie regte slegs aan burgers as lede van 'n bepaalde gemeenskap en in die openbare belang toeken (BVerfGE 7, 198(212); en 20, 162(176)); en (v) die sosiaalstaatlike teorie wat fundamentele regte veral as sosiale aansprake teenoor en verpligtinge van die staatsowerheid konstrueer (BVerfGE 33, 303(332); en 35, 79(124 ev)). Alexy *Grundrechte* 30-31, 510 ev beskryf bg teorieë krities as die enkelteorie-benadering wat in teenstelling staan met die gekombineerde teorieë waarin al die beskouinge oor fundamentele regte as eenheid, in 'n losse verbinding beskryf word in terme van die funksie of doel van fundamentele regte. Alexy voeg nog so 'n enkelteorie by bg lysie, nl (vi) die teorie van Goerlich wat fundamentele regte reduseer tot prosedurele waarborge (*Vefahrensgarantien*) (BVerfGE 53, 30(65) nav art 2(2) vir kernkragskessies). Alexy *ibid* 32 ev self kies egter nie een van bg beskouings nie, maar skep 'n eie geïntegreerde teorie.

544 Starck *Verfassungsauslegung* 211-212.

545 Starck *Verfassungsauslegung* 212.

546 Starck *Verfassungsauslegung* 212.

547 Starck *Verfassungsauslegung* 212-213.

aangewese hermeneutiese metodologie wat die BVerfG tydens die interpretasie en konkretisering van fundamentele regte kan volg.⁵⁴⁸ Hierdie teorieë probeer onder andere om die onderliggende, subjektiewe en arbitrêre invloede, vooroordele en voorbegrip van regters tydens die uitoefening van waarde-oordele uit te skakel, ten einde objektiewe en rasioneel kontroleerbare regterlike beslissings ooreenkomstig die eise van 'n grondwetlike regstaat te verseker.⁵⁴⁹

a) Ernst Forsthoff se terugkeer na Savigny

Forsthoff het verskeie punte van kritiek teen die BVerfG se grondwetlike hermeneutiek.⁵⁵⁰ Sy skerp kritiek is veral gerig teen regterlike interpretasie vanuit 'n "sogenaamde" grondwetlike waarde-sisteem.⁵⁵¹ Die regterlike interpretasie van so 'n waarde-sisteem is volgens Forsthoff in elke geval ondemokraties, omdat die wetgewende en uitvoerende gesag geen aandeel in die skepping daarvan het nie.⁵⁵²

548 Die bespreking hierna kan uiteraard nie die kontemporêre regsfilosofie selfs in die staatsreg volledig weergee nie. Tewens, daar bestaan selfs nie ruimte om reg te laat geskied aan die belangrike werk in 1982 oor die algemene regsteorie van Koch en Rüßmann *Juristische Begründungslehre* nie.

549 Die invloed van die hermeneut se voorveronderstellings, voorkennis of voorbegrip op sy of haar interpretasie, is van deurslaggewende belang vir die hermeneutiek. Die unieke horison van elke hermeneut word ook bepaal deur sy of haar reeds bestaande kennis, ervarings en idees. Gevolglik beskik elke hermeneut reeds oor 'n unieke voorbegrip van 'n teks wat sy of haar interpretasie bewustelik of onbewustelik beïnvloed. Tydens die hermeneutiese proses volg 'n samevloeiing tussen beide die hermeneut en die teks se onderskeie horisone totdat die gewenste interpretasieresultaat verky word. Juis daarom bestaan daar nie net een enkele korrekte interpretasie van 'n teks nie. Die regshermeneut word dmv onderlinge dialoog en regsopleiding in staat gestel om bewus te wees van sy of haar voorveronderstellings en om dit te verreken tydens die algemene konsensusvorming, sodat 'n rasionele, en indien moontlik, 'n universeel aanvaarde interpretasie van 'n spesifieke teks bereik word. Vgl Herget *German Legal Philosophy* 21-22. Hierdie gedagtes is afkomstig van Gadamer in sy baanbrekerswerk *Truth and Method (Wahrheit und Methode)* in 1960. Gadamer het egter op die algemene hermeneutiek gefokus waarop sy gedagtes verder deur verskeie skrywers na die Duitse regsteorie oorgedra is. Een van die beduidendste bydraes is in 1970 deur Josef Esser *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (veral op 133-138) gelewer, waar hy die invloed van die regters se voorbegrip op hul interpretasie en beslissings in die privaatrek verduidelik. Esser se werk konsentreer egter nie spesifiek op regterlike beslissings in die staatsreg tov fundamentele regte deur die BVerfG nie. Daarom fokus die volgende bespreking onder meer op enkele regsteoretiese benaderings wat skrywers vir die verrekening van die voorbegrip in die grondwetlike hermeneutiek voorgestel het.

550 Vgl in die algemeen Forsthoff *Verfassungsauslegung* 11-40; Forsthoff *Verfassungsgesetzes* 35-62; Forsthoff *Verfassungslehre* 185-211; en Forsthoff *Industriegesellschaft* 126-159.

551 So 'n waarde-sisteem word volgens Forsthoff kunsmatig in die grondwetlike raamwerk ingevoer. Hy argumenteer bv dat die sosiaalstaat kan eweneens uit die bestaande fundamentele regte, en spesifiek uit hul *spezifischen verfassungspolitischen Sinn* (wat hy weer beskryf as die *Festlegung einer konkreten, durch klare Entscheidungen sichtbar gemachten Ordnung*) afgelei en verwesenlik word, sonder om 'n eksterne waarde-karakter van onbekende inhoud daarby in te lees. Vgl Forsthoff *Verfassungsauslegung* 32-33.

552 Vandaar die brandmerk *Justizstaat*, in Forsthoff *Verfassungsgesetzes* 54.

Boonop is daar 'n neiging na te veel beklemtoning van sosiale regte ten koste van regstaatlikheid.⁵⁵³ Hoewel Forsthoff die *sui generis* aard van die grondwetlike teks in terme van die politieke karakter en sfeer waarin dit opereer, bevestig,⁵⁵⁴ meen hy dat regstaatlike interpretasie van grondwetlike norme beteken dat die GG nog steeds 'n wet is en daarom soos gewone wette vanuit die oorspronklike, klassieke kanons van konstruksie, maar veral vanuit die *Wortlaut* van die grondwetlike teks (met ander woorde 'n legalisties-regspostivistiese invalshoek),⁵⁵⁵ geïnterpreteer moet word.⁵⁵⁶

Forsthoff meen voorts dat dit duidelik is dat die *geisteswissenschaftlich-werthierarchische Methode verunsichert das Verfassungsrecht, indem sie das Verfassungsrecht ... in Kasuistik auflöst.*⁵⁵⁷ Hy kritiseer die ander teorieë oor die

553 Hoewel Forsthoff nie die belang van sosiaalstaatlikheid ontken nie, meen hy dit is juis regstaatlikheid (weens die juridiese tegnikaliteit of *logischen und begrifflichen Gefüges* daarvan) en veral die legaliteitsbeginsel (dus formele elemente van regstaatlikheid), wat die waarborg verskaf vir stabiele weerstand teen ideologiese en ander invloede wat die GG in 'n komplekse moderne industriestaat kan ondermyn. Vgl Forsthoff *Verfassungsauslegung* 22-25, 27-30. Hy glo dat die foutiewe benadering van die BVerfG grootliks aanleiding gegee het tot die konflik wat tussen die regstaatbeginsel en sosiaalstaatbeginsel ontstaan het. Vgl Forsthoff *Verfassungsgesetzes* 54.

554 Vgl Forsthoff *Verfassungsauslegung* 37-38; en Forsthoff *Verfassungsgesetzes* 37-39.

555 Ehmke *Verfassungsinterpretation* 338 meen dat al bedoel Forsthoff nie om na die regspostivisme terug te keer nie, sy standpunt noodwendig daartoe lei. Forsthoff *Verfassungsauslegung* 35-40 ontken die kritiek dat hy die regspostivistiese interpretasie volg en meen dit het mode geword om die regspostivisme as *ein Art von Schimpfwort* aan te wend wat *für alle spätere Unheil* in die samelewing verantwoordelik gehou kan word. Die staatsregspraktyk moet volgens Forsthoff nóg die regspostivistiese, nóg die heersende geesteswetenskaplike metodes gebruik, maar terugkeer na die suiwer juridiese metode van Von Savigny. Forsthoff ontken kategoriees dat Von Savigny se juridiese metode tot die regspostivisme behoort.

556 *Das Heraustreten aus der formalen Gesetzesgebundenheit im Rahmen der klassischen Auslegungsregeln bestimmt, wenn auch gewiß nicht allein, den Stil der Entscheidungen. Denn in dem Maße, in dem die Formqualität des Verfassungsgesetzes aufgelöst wird, kann es nicht mehr genügen, eine Entscheidung damit zu begründen, d.h. als rechtmäßig zu erweisen, daß ihr Übereinstimmung mit den Verfassungsnormen dargetan wird. Deshalb nehmen allgemeine geisteswissenschaftliche und politische Erwägung wie auch ausführliche Darstellungen zeitgeschichtlicher Art in den Urteilen des Gerichts einen bisher unbekanntem Umfang an.* Vgl Forsthoff *Verfassungsgesetzes* 60, en ook Forsthoff *Verfassungsauslegung* 39. Kriele *Rechtsgewinnung* 28-30 meld dat Forsthoff die staatsregskool aanhang wat tradisioneel meer positief tot die owerheidsadministrasie as die regterstand in Duitsland ingestel is. Daarom word dieselfde beperkings op regters se kompetensie-uitvoering nie op dié van staatsamptenare gestel nie. Laasgenoemde word normatief begrens (maar dan nog minder streng) waar individuele vryhede en eiendomsreg byvoorbeeld in gedrang kom. Hierdie vooroordeel van Forsthoff spruit volgens Kriele voort uit die herinnering aan die voortreflikheid van die Pruisiese regsadministrasie (veral in die voorbereiding van wetsontwerpe), waar die adelstand die senior posisies beklee het.

557 Forsthoff *Verfassungsgesetzes* 55. Hy sê *ibid* 51 dat dit gevaarlik is om die fundamentele regte vanuit 'n tydsgebonde geesteswetenskaplike filosofiese stroming te konkretiseer (soos die waarde-karakterleer) omdat dit maklik vervang kan word met ander geestestrominge van die tyd soos die fenomenologie, eksistensialisme en antropologie ten koste van die juridiese aard van fundamentele regte en die grondwet. Forsthoff *Verfassungsauslegung* 31 argumenteer voorts dat

juridiese metodeleer en wil die politiese, ekonomiese, sosiale en historiese invloede van die geesteswetenskaplike hermeneutiese skool uit die grondwetlike interpretasieproses weer. Hy wil grondwetlike hermeneutiek beperk tot grammatiese, logiese, historiese en sistematiese interpretasie van die grondwet se teks.⁵⁵⁸

Böckenförde kritiseer Forsthoff se gelykstelling van die grondwet aan gewone wette.⁵⁵⁹ Böckenförde meen dat Forsthoff se standpunt dat beide wette oor dieselfde spesifieke normatief-inhoudelike struktuur beskik wat gekenmerk word deur 'n bepaalbare en duidelike betekenis, 'n fiksie is. Böckenförde verwys juis na die *sui generis* karakter van die struktuurkenmerke van die grondwet as 'n fragmentariese *Rahmenordnung*.⁵⁶⁰ Dit is duidelik dat Forsthoff hunker na Von Savigny se kanons van konstruksie. In hierdie proses ontken hy die belang van teleologiese en waardegerigte interpretasie. Dit is duidelik dat Forsthoff se keuse ten gunste van regsekerheid en sy opvallende stilswye oor materiële geregtigheid nie alleen uit voeling met die gevestigde regterlike metode van die BVerfG is nie, maar 'n formalisties-legalistiese regstaatbeskouing openbaar.

b) Die hermeneuties-konkretiserende teorie

Die hermeneuties-konkretiserende interpretasieteorie probeer om normatiewe bindingskrag en kontroleerbare rasionaliteit tydens grondwetlike konstruksie terug te bring.⁵⁶¹ Dit geskied deur middel van 'n sistematiese metode waar die konkretisering van grondwetlike norme 'n sentrale rol speel, sonder dat in beginsel afstand gedoen word van die strukturele openheid van die grondwet of van grondwetlike interpretasiebeginsels.⁵⁶² Twee skrywers se standpunte word hieronder bespreek, naamlik Friedrich Müller en Konrad Hesse.

hierdie geesteswetenskaplike denkstroom (waarde-karakterleer) wel kenmerkend was van die onsekerere na-oorlogse oorgangsproses (... *einer Zeit des Übergangs, in der alles in Frage gestellt schien, war das Bedürfnis nach einer neuen Grundlegung verständlich, ein Bedürfnis, das der damalige Positivismus natürlich nicht befriedigen konnte*), maar vandag onvanpas is in die nuwe a-ideologiese, rasionele en burokratiese nywerheidstaat.

558 Forsthoff *Verfassungsauslegung* 39.

559 Böckenförde 1976 *NJW* 2090-2091.

560 Böckenförde 1976 *NJW* 2091.

561 Böckenförde 1976 *NJW* 2095.

562 Böckenförde 1976 *NJW* 2095.

(i) Friedrich Müller⁵⁶³

Müller is naas sy kritiek van die manifestasie van regspositivisme in die BVerfG se regsmetode, ook gekant teen gelykstellings soos fundamentele regte met waardes, die geheel van fundamentele regte met 'n waarde-orde of 'n waarde-sisteem, en die konkretisering van fundamentele regte met 'n proses van belange-afweging, omdat dit 'n relatiewe inhoud vir fundamentele regte impliseer, filosofiese- en ideologiese begrippe is, en die katalogus van fundamentele regte buitendien geen geslote waarde-stelsel as sodanig vorm nie.⁵⁶⁴ Dit beteken nie hy ontken dat die grondwet wel fundamentele waardes bevat wat een van die belangrike elemente in die proses van grondwetlike normkonkretisering vorm nie.⁵⁶⁵ Müller argumenteer egter dat die regstaatlike karakter van die GG 'n objektiewe, regswetenskaplike en kontroleerbare begroning vir die konkretisering van fundamentele regte vereis. Dit setel sy insiens nie primêr in die klassieke kanons of die relativisme van die nuwere kanons wat uit die privaatreë oorgeneem word soos wat ander denkskole beweer nie. Müller vind die antwoord in 'n sistematiese, metodiese ontleding van die struktuur van regsnorme self wat wyer as die struktuur van die normteks strek en byvoorbeeld ook die staatsregtelike gewoontereg insluit.⁵⁶⁶

Friedrich Müller wil die legitimiteit van die reg hervestig deur middel van 'n sistematiese proses van regterlike regsivinding wat ruimte laat vir die bestudering en bespreking van die toepaslike regswetenskaplike beginsels, regsobjekte, en normatiewe elemente wat by 'n spesifieke geval ter sake is. Terselfdertyd moet die bron van regters se moontlike subjektiwiteit en willekeurigheid, naamlik hulle vooroordele en voorkennis (*Vorverständnis*), geïdentifiseer en blootgelê word.⁵⁶⁷ Dit is die taak van die regshermeneutiek om die uitgangspunte, waardes en elemente van hierdie voorkennis bloot te lê, te bespreek en te ontleed, ten einde subjektiewe invloede te beperk en konsensusvorming moontlik te maak. Die regstaatlikheid van die GG vereis juis dat die positiewe staatsreg deur *Normklarheit*, *Methodenklarheit*,

563 Vgl veral Müller *Methodik* 121-291; en Schlothauer *Krise* 146-150; Koch *Die juristische Methode im Staatsrecht* 129-133; en Böckenförde 1976 *NJW* 2096.

564 Müller *Methodik* 59-61.

565 Müller *Methodik* 74-75.

566 Müller *Methodik* 59-61, 118-119 en 124-127.

567 Müller *Methodik* 163-168.

Übermaßverbot, en *Tatbestandsbestimmtheit* gekenmerk word.⁵⁶⁸

Müller se objektiwiteits- en rasionaliteitstrewes beteken voorts dat die belangrike invloed van die sosiale werklikheid tydens regterlike normkonkretisering vergestalt moet word, omdat dit deel van die normatiewe grondslag vorm waarop die regter se uitspraak berus.⁵⁶⁹ Dit beteken dat die regter se werklikheidsbeskouing⁵⁷⁰ met behulp van metodes van byvoorbeeld die regsosiologie empiries bepaal kan word en dit daarom gestroop is van regterlike willekeurigheid en subjektiwiteit.⁵⁷¹

Omdat Müller juridiese metodiek as *Sachlogik* beskou,⁵⁷² beoog sy voorgestelde proses van normkonkretisering om die regsnorm "aan", en nie soos algemeen "uit" die normteks nie, te beoordeel.⁵⁷³ Hiervoor gebruik hy 'n vyf-fase normkonkretiseringsmetodiek wat, ten spyte van 'n komplekse dogmatiese karakter, waarskynlik as een van die mees sistematies-gefundeerde en bruikbare voorstelle in die kontemporêre staatsreg in Duitsland vir die regterlike konkretisering van fundamentele regte beskou kan word.⁵⁷⁴

Volgens Müller se metode moet (i) die hermeneut na aanleiding van die feite van die spesifieke saak (*Sachverhalt*), uit die geheel van geldende wetstekste (*Normtextmenge*) daardie spesifieke regstek kies wat hy hipoteties as geldend vir die spesifieke geval beskou (*Normtextypothesen*). (ii) Hieruit word die feitlike trefwydte van die spesifieke saak (*Sachbereich* of *Fallbereich*) afgebaken. (iii) Die

568 Müller *Methodik* 24.

569 Müller *Methodik* 143-151.

570 Ter beskrywing van hierdie werklikheidsbeskouing word begrippe gebruik soos *Sachgesetzlichkeit*, *Struktureigentümlichkeit*, *Sachbestimmtheit*, *sachspezifisch*, *Sachzwang* en *Sachgerechtigkeit*. Vgl die aanhalings in Schlothauer *Krise* 150.

571 Vgl Schlothauer *Krise* 150.

572 Müller *Methodik* 20-23.

573 Müller *Methodik* 276.

574 Vgl Koch *Die juristische Methode im Staatsrecht* 129. Sien Müller *Methodik* 27, 172-173. Vgl ook Müller *ibid* 174 vir 'n grafiese voorstelling van sy normkonkretiseringsmetodiek. Hoewel voorbeelde nie gevind kon word waar die BVerfG hierdie metodologie uitdruklik navolg nie, maak Müller daarop aanspraak dat die vyfde radio-beslissing in 1987 oor die *Landesmediengesetz* van Baden-Württemberg wel sy idee van die *Normbereich* toepas. Vgl BVerfGE 74, 297(350 ev): *Inhalt und Tragweite verfassungsrechtlicher Begriffe und Bestimmungen hängen (auch) von ihrem Normbereich ab; ihre Bedeutung kann sich bei Veränderungen in diesem Bereich wandeln. ... Das gilt auch für den Rundfunkbegriff*. Dit doen nietemin nie afbreuk nie aan die konseptuele sistematiseringswaarde wat Müller se metodiek vir die grondwetlike hermeneut van regstaatlike grondwette met wesenlike eienskappe soortgelyk as die GG, inhou.

spesifieke hipotetiese *Normtext* word dan met behulp van die grammatiese, sistematiese, genetiese, historiese en teleologiese kanons van konstruksie, die grondwetlike interpretasiebeginsels, asook grondwetlik-teoretiese en regspolitiese elemente geïnterpreteer. Die *Normprogramm* word hierop van hierdie resultaat afgelei. (iv) Met behulp van die *Normprogramm* kies die juris uit die *Fallbereich* die toepaslike normatiewe beskermingsveld van die fundamentele reg (*Normbereich*). 'n Abstrak-algemene regsnorm (*Rechtsnorm im Sinn von Leitsätzen*) word nou gevind. (v) Ten slotte word hierdie abstrakte regsnorm geïndividualiseer tot 'n *Entscheidungsnorm* deur dit met behulp van 'n eenvoudige afleiding (die enigste toelaatbare vorm van *Subsumption*) konkreet op die spesifieke saak toe te pas.

Müller se metodologie word deur Koch gekritiseer weens die vaagheid van wat presies onder verskeie begrippe soos veral *Normbereich* en *Normprogramm* verstaan moet word, weens die komplekse abstraktheid daarvan.⁵⁷⁵ Dit kan egter bevind word dat Müller in terme van die sistematiek van die huidige ondersoek veral 'n sistematies-teleologiese konkretiseringsbenadering van fundamentele regte se beskermingsveld voorstaan.

(ii) Konrad Hesse⁵⁷⁶

Hesse meen dat die grondwet nie 'n *abgeschlossenes und einheitliches-logisch-axiomatische* of *werthierarchisches* sisteem vorm of dat daar 'n reeds bestaande normatief gewilde betekenis van grondwetlike bepalings bestaan wat met behulp van regspositivistiese metodes gevind en afgelei kan word nie.⁵⁷⁷ Grondwetlike norme moet juis deur middel van juridies-skeppende konkretisering "gewil" en uitgebou word.⁵⁷⁸ Die beste kandidate vir die konkretiseringsproses is meestal grondwetlike norme soos fundamentele regte en fundamentele grondwetlike beginsels wat die fundamentele raamkarakter van die grondwet daarstel, omdat dit kort en bondig in beginsel in die GG geformuleer is.⁵⁷⁹ Hy beskryf grondwetlike konkretisering as die verstaan van sowel die spesifieke grondwetlike norm as die probleem waarmee die

575 Koch *Die juristische Methode im Staatsrecht* 131-133.

576 Vgl veral Hesse *Grundzüge* 3-32.

577 Hesse *Grundzüge* 25.

578 Hesse *Grundzüge* 21.

konkretiseerder gekonfronteer word.⁵⁸⁰ Hesse probeer ook om die willekeurigheid wat deur die hermeneut se subjektiewe vooroordele veroorsaak word, te vermy deur regters se voorkennis te antisipeer, te bespreek en te begrond.⁵⁸¹ Hiervoor maak hy 'n bewustelike evaluasie en aanpassing van die grondwetlike teorie teenoor die grondwetlike praktyk.

Gedagtig hieraan kies Hesse die praktiese geval of probleem wat opgelos moet word as vertrekpunt vir sy konkretiseringsproses, ten einde 'n algemeengeldende konstruksie te bewerkstellig.⁵⁸² (i) Sy teorie gebruik juis al die normatiefgebonde argumente wat in die diskussie voorkom, waarna hy irrelevante argumente uitsluit met behulp van 'n rasonale afwegingsproses wat begrens word deur slegs daardie uitgangspunte wat probleemoplossend kan meewerk.⁵⁸³ (ii) In navolging van Müller se teorie word konkretiserings-elemente gebruik wat uit die *Normprogramm*⁵⁸⁴ en *Normbereich*⁵⁸⁵ van die grondwetlike norm wat gekonkretiseer word, afkomstig is. (iii) Voorts word spesifieke grondwetlike konkretiseringsbeginsels toegepas soos grondwetlike eenheid, *praktische Konkordanz*, *funktioneller Richtigkeit*, en die integreerende regs-krag en verwesenliking van die normatiewiteit van die grondwet.⁵⁸⁶

In sy aanvanklike werke in die jare sestig het Hesse hom soos Ehmke op die materiële gemeenskapsiening (waarskynlik ook van juriste) beroep om 'n eenvormige opvatting vir sy grondwetlike teorie te verkry.⁵⁸⁷ Sedert die diep samelewingskonflikte wat in die ekonomiese en sosiale krisis van die laat jare sestig ontstaan het en die

579 Böckenförde 1976 *NJW* 2096.

580 Hesse *Grundzüge* 25.

581 Hesse *Grundzüge* 24-25.

582 Hesse *Grundzüge* 25.

583 Hesse *Grundzüge* 26.

584 Hesse *Grundzüge* 26 lei die *Normprogramm* van 'n grondwetlike norm uit die normteks af met behulp van die vyf kanons van konstruksie. Hy bevraagteken egter die teleologiese kanon se selfstandige aanwending, omdat die *Sinn* en *Zweck* van 'n norm in elke geval slegs mbv die ander kanons bepaal kan word.

585 Volgens Hesse *Grundzüge* 26 is die interpretasieproses, ten einde die *Normprogramm* te vind, nog lank nie grondwetlike konkretisering nie, daar dit nog nie probleemgerig is nie, maar slegs neerkom op blote *Normativismus* (waarvan regsinterpretasie gereeld beskuldig word). Eers wanneer die praktiese feite en regsfeite van die spesifieke saak (maw die deel van die lewenswerklikheid wat die GG reël) met die *Normprogramm* verbind word, word die *Normbereich* verkry. Hierdie konkretiserings-elemente is dan sistematies, rasoneel en kontroleerbaar.

586 Hesse *Grundzüge* 27-28.

587 Vgl Schlothauer *Krise* 44.

voortvloeiende realisme dat hierdie eenvormige gemeenskapsbeskouing illusionêr is, beperk Hesse sy maatstaf tot die rol van werklikheidsinvloede.⁵⁸⁸ Die grondwet kan tog nie onafhanklik van die werklikheid bestaan nie. Dog, hierdie werklikheidsrelevante argumente mag nie die grense van die teks van die grondwet oorskry nie.⁵⁸⁹ Hierdeur wil Hesse die grondwet, in teenstelling met Ehmke, te midde van 'n komplekse en veranderende gemeenskap steeds as die belangrikste legitimeringsmiddel van owerheidshandelinge behou.⁵⁹⁰

Böckenförde bevraagteken die logika van hierdie metode. Hy wil weet hoe dit moontlik is om die woorde van die grondwetlike teks as die hermeneutiese grens te beskou, as daardie selfde onduidelike, kort en bondige grondwetlike norme juis nog deur konkretisering blootgelê moet word.⁵⁹¹ Starck maan dat daar onthou moet word dat die blote feit dat die grondwetlike teks grondwetlike interpretasie begrens en sodoende Hesse se relatiwiteitsprobleem met die topiese benadering van Ehmke oplos, nie noodwendig die normatiwiteit van die grondwet waarborg nie.⁵⁹² Die GG se grondwetlikheid kom in baie gevalle eers deur die konstruksie daarvan na vore. Hesse se gebondenheid aan die teks en negering van teleologiese konstruksie en die waardegerigtheid wat daaruit voortspruit, bevestig dat hy in wese 'n kontemporêre eksponent van die regspositivisme in die Duitse staatsreg is.

c) Böckenförde se grondwetlik-georiënteerde teorie⁵⁹³

Böckenförde meen dat die grondwetlike relativering wat uit die topiese en sosiale grondwetlike teorieë se voorgestelde interpretasiebenaderings voortspruit, eerder die oopheid en onbepaaldheid van die grondwet bevorder as om dit te bekamp.⁵⁹⁴ Inteendeel, dit bevorder die vernietiging van die normatiewe karakter van die grondwet. Böckenförde argumenteer dat slegs 'n nuwe grondwetlike beskouing as

588 Schlothauer *Krise* 44. [Hesse (*Grundzüge* 17) merk op: *Wo die Verfassung den geistigen, sozialen, politischen oder ökonomischen Entwicklungsstand ihrer Zeit ignoriert, fehlt ihr der unerläßliche Keim ihrer Lebenskraft und vermag sie nicht zu erreichen, daß der Zustand, den sie im Widerspruch zu diesem Entwicklungsstand normiert, eintritt.*]

589 Hesse *Grundzüge* 29.

590 Hesse *Grundzüge* 29.

591 Böckenförde 1976 *NJW* 2096.

592 Starck *Verfassungsauslegung* 204.

593 Vgl Böckenförde 1974 *NJW* 1536-1538; en Böckenförde 1976 *NJW* 2096-2099.

594 Böckenförde 1976 *NJW* 2096-2097.

grondslag vir die grondwetlike hermeneutiek die grondwet se normatiewiteit sal versterk.⁵⁹⁵ Hy vind dat so 'n grondwetlike teorie en beskouing wat nie weereens beskuldig kan word dat dit onlegitiem is omdat dit bloot die resultaat van die subjektiewe wilskeuse van die interpreteerder is nie, rasioneel uit die grondwet en veral die fundamentele regte en fundamentele grondwetlike beginsels afgelei kan word.⁵⁹⁶

Sodanige *verfassungsgemäßen Verfassungstheorie* beskryf hy as nie sommer enige *Vorbegriff* van die grondwet nie, *sondern eine systematisch orientierte Auffassung über den allgemeinen Charakter, die normative Zielrichtung und die inhaltliche Reichweite der Verfassung als solcher und ihrer Teile.*⁵⁹⁷ Hierdie bindende grondwetlik-georiënteerde teorie sal dan die maatstaf vorm waaruit individuele grondwetlike norme soos fundamentele regte gekonkretiseer kan word deur regterlike konstruksie.⁵⁹⁸ Hierdie teorie is syns insiens, weens die *sui generis* karakter van fundamentele grondwetlike norme as ordeningsraamwerk, elasties genoeg (meer as die ander uitlegteorieë) om die veranderende samelewingsbeskouing te akkommodeer.⁵⁹⁹

d) Die sosiaalwetenskaplike teorie

Rudolph Smend⁶⁰⁰ is veral bekend vir sy integrasieer waardeur hy die taak van die grondwetlike metodiek sien as die aktualisering van die staat as deel van die

595 Böckenförde 1976 *NJW* 2097.

596 Böckenförde 1976 *NJW* 2098. Hy erken dat 'n mens nie alle vorme van subjektiewe voorbegripsvorming kan uitskakel nie, daar sy teorie ook as eerste stap 'n hipotese oor die grondwetlike begrip veronderstel waarvoor boonop nog konsensus verkry moet word as dit toegepas word. Die verskil lê egter daarin dat sy hipotese daarna begrens word deur, en gevestig word in, die grondwetlike teks se uitgangspunte, beginsels, konteks en geskiedenis. Ander teorieë gebruik egter juis onbekende en onbegrensde *Topoi* as maatstaf om die grondwet se inhoud te verklaar.

597 Böckenförde 1974 *NJW* 1529; en Böckenförde 1976 *NJW* 2098.

598 Vgl Böckenförde 1974 *NJW* 1529 vir meer besonderhede oor sy teorie.

599 Böckenförde 1976 *NJW* 2099.

600 Smend is deel van die twintigerjare se Weimar-groep staatsregwetenskaplikes (waaronder ook Hermann Heller, Heinrich Triepel en Carl Schmitt) wat op verskillende wyses die onderskeie regspositivistiese invloede van Laband, Jellinek en Kelsen in die staatsreg probeer teenwerk. Hier word gekonsentreer op Smend se bekende werk in 1928 getiteld *Verfassung und Verfassungsrecht* soos deels herafgedruk in Koch *Die juristische Methode im Staatsrecht* 318-365. Sien ook sekondêr Koch *ibid* 95-103; Starck *Verfassungsauslegung* 206; en Böckenförde 1976 *NJW* 2094-2095.

voortdurend veranderende geestelike werklikheid.⁶⁰¹ Daarom voorsien Smend juis dat die ideale staatsregtelike metode begrond moet wees op 'n geesteswetenskaplike werklikheidsbeskouing en metode.⁶⁰² Sy tese behels dat die doel en funksionele werklikheid van die grondwet soos hy dit sien, en nie die *Wortlaut* nie, die grondslag van grondwetlike interpretasie vorm.⁶⁰³ Anders gestel, nie-normatiewe werklikheidsfaktore, soos die sosiale funksie van die grondwet, die bewussynsvlak van burgers en sosiale faktore, vorm die grondslag waaruit inhoud aan grondwetlike norme met 'n geesteswetenskaplike waardegerigtheid verleen word. Deurdat die grondwetlike waardes die tydsgees vergestalt, word die grondwetlike elasticiteit en die evolusionêre karakter van die grondwet verseker.⁶⁰⁴ Die elasticiteitstrewe berus op 'n persepsie dat die grondwet allesomvattend in die samelewing geld en daarom veranderbaar moet kan wees. Juis daarom moet die interpretasie van die grondwet eweneens elasties wees.

Starck, Böckenförde en Koch kritiseer die regsonsekerheid wat volg, omdat die normatiewe aard van die grondwet verruil word vir die relativisme van sosiologiese of sosiaalwetenskaplike elemente of vir wêreldbeskoulike en politieke standpunte.⁶⁰⁵ Die eintlike probleem met hierdie teorie lê by die omkeer van die uitgangspunte vir grondwetlike interpretasie en daarmee saam die verhouding tussen normatiewe konstruksie en die sosiale werklikheid. Die regsworklikheid word naamlik nie meer vanuit die fundamentele beginsels en norme van die grondwet beoordeel nie, maar die sosiale werklikheid dien nou as grondslag vir die konstruksie van grondwetlike

601 Vgl Smend *Verfassung und Verfassungsrecht* 333 en 340-341 in Koch *Die juristische Methode im Staatsrecht*. Op *ibid* 141 merk Smend op: *Es ist also der Sinn der Verfassung selbst, ihre Intention nicht auf Einzelheiten, sondern auf die Totalität des Staates und die Totalität seines Integrationsprozesses, die jene elastische, ergänzende, von aller sonstigen Rechtsauslegung weit abweichende Verfassungsauslegung nicht nur erlaubt, sondern sogar fordert.*

602 Hy is van mening *daß es keine befriedigende und wahrhaft fruchtbare Staatsrechtslehre geben kann ohne bewußte und methodisch klare Begründung in einer allgemeinen Staats- und Verfassungslehre, und keine befriedigende und fruchtbare Staats- und Verfassungslehre ohne eine eigene, nicht juristische, sondern geisteswissenschaftliche Methode, die ebenso streng und erkenntnistheoretisch ebenso sorgfältig begründet sein muß, wie die Methode irgendeiner Geisteswissenschaft*. Vgl *Verfassung und Verfassungsrecht* 318 en sien ook algemeen 325, 340, en 348-356 in Koch *Die juristische Methode im Staatsrecht*.

603 Böckenförde 1976 *NJW* 2094.

604 Smend *Verfassung und Verfassungsrecht* 342 in Koch *Die juristische Methode im Staatsrecht* praat van 'n *Elastizität*, en 'n *Wandlungs- und Ergänzungsfähigkeit*. Vgl ook Starck *Verfassungsauslegung* 206; en Böckenförde 1976 *NJW* 2095.

605 Sien Starck *Verfassungsauslegung* 206-207; Böckenförde 1976 *NJW* 2095 en Koch *Die juristische Methode im Staatsrecht* 98.

norme.⁶⁰⁶ Die kritiek lui voorts dat die bestaande normatiewe raamkarakter van die grondwet oor genoeg elasticiteit en beweegruimte beskik om wel die veranderende werklikheid tydens grondwetlike konstruksie te reflekteer.⁶⁰⁷

e) Die *topisch-probleemoriëntierte* metode

Vanweë die kompaktheid, onbepaalde aard en strukturele oopheid van grondwetlike norme, val regswetenskaplikes soos Ehmke en Kriele en selfs ook die BVerfG terug op 'n onderwerpsgerigte, topiese (*topische*⁶⁰⁸) en probleem-georiënteerde metode van grondwetlike konstruksie.⁶⁰⁹ Dit beteken dat daar tydens grondwetlike interpretasie nie 'n spesifieke norminhoud bestaan wat bloot ooreenkomstig 'n algemene vaste regswetenskaplike struktuur met 'n rangorde van argumente (uitlegkanons) vasgestel moet word nie, maar dat die probleem self die vertrekpunt vorm vir die skeppende interpretasieproses tydens die oplossing van die probleem.⁶¹⁰ Kriele beskryf Viehweg se stelling, *Juristisches Denken ist topisch, as die fundamentalste Herausforderung, die die juristische Methodenlehre bisher erfahren hat.*⁶¹¹

(i) Horst Ehmke⁶¹²

Volgens Ehmke kan enige argument of element relevant tot die oplossing van die probleem, dit beteken ook ekonomiese, sosiologiese en historiese argumente, oorweeg word as die *Wortlaut* van 'n wet nie 'n bevredigende oplossing van die probleem bied nie. Al hierdie verskillende argumente word dan aan die hand van 'n algemeen aanvaarbare grondwetlike teorie in 'n siftingsproses bespreek, getoets en begrond vir hul geldigheid, feitelike inhoud en relevansie ter oplossing van die spesifieke

606 Volgens Böckenförde 1976 NJW 2095.

607 Starck *Verfassungsauslegung* 206.

608 Na aanleiding van Viehweg se tese dat die grondstruktuur van juridiese denke *topisch* is, vgl Böckenförde 1976 NJW 2092.

609 Böckenförde 1976 NJW 2092-2093; en Ehmke *Verfassungsinterpretation* 337.

610 Böckenförde 1976 NJW 2092.

611 Kriele *Rechtsgewinnung* 114 ev verwys ook na die ondersteuning van die *Topik* in die privaatreë deur regswetenskaplikes soos Wieacker, Esser en Coing, en in die filosofie en politieke wetenskap, deur Hennis en Habermas.

612 Vgl primêr Ehmke *Verfassungsinterpretation* 329-371; en sekondêr Schlothauer *Krise* 127-134; en Koch *Die juristische Methode im Staatsrecht* 125-129.

probleem.⁶¹³ Ehmke vind die grondslag vir hierdie topiese interpretasieleer in die geesteswetenskaplike metode wat die invloed van aspekte soos die menslike spraak en verstand vir die hermeneutiek verklaar, wat egter nie deur die suiwer logies-deduktiewe fokus van die juridiese metode verreken word nie.⁶¹⁴

'n Interpretasietegniek moet volgens Ehmke aan twee belangrike vereistes voldoen. Dit moet eerstens algemeen geld en tweedens moet dit algemeen aanvaar word. Die grootste struikelblok ter bereiking van hierdie twee vereistes is die gevaar dat die subjektiewe waarde-oordeel van die interpreteerder, en daarmee saam 'n element van willekeurigheid, by interpretasie ooreenkomstig die betrokke grondwetlike waardesisteem sal voorkom. Die bron van hierdie willekeurigheid en subjektiwiteit setel in die *Vorverständnis* wat elke mens, bewustelik of onbewustelik, ten opsigte van 'n bepaalde saak vorm. Die invloed van die *Vorverständnis* kan uitgeskakel of beperk word deur die interpreteerder bewus te maak van die rol van die *Vorverständnis*. Voorts kan die subjektiewe karakter van hierdie *Vorverständnis* blootgelê word deur dit te bespreek en dit te begrond. Hierna is regsinding sonder willekeurigheid en subjektiewe invloede moontlik. Sodanige begroning en blootlegging van die *Vorverständnis* geskied aan die hand van 'n materiële grondwetlike teorie, wat die grondwetlike bestel as die vrye, demokratiese grondplan vir gemeenskaplike politieke aktiwiteite sien. Hierdie grondwetlike teorie is die resultaat van die *Konsens aller der Vernünftig- und Gerecht-Denkenden* wat die grondwetlike teorie beredeneer, bespreek en begrond.⁶¹⁵

Hoewel die bestaan en bepaling van so 'n algemene en eenvormige gemeenskapsgevoel as prakties onwaarskynlik bestempel kan word, moet Ehmke se optimisme in die lig van die relatief eenvoudige samelewing sonder diepgaande krisis en konflikte van die laat vyftiger- en vroeë sestigerjare in die Federale Republiek van Duitsland beoordeel word.⁶¹⁶ Prakties beteken Ehmke se teorie dat dit die juristestand van die samelewing, die regters, regspraktisyns en regswetenskaplikes

613 Hierdie grondwetlike teorie beskryf Ehmke *Verfassungsinterpretation* 338 as 'n *Problemhorizonte erschließende, die 'Vor-Urteile' begründende und die Fall-Praxis 'verarbeitende' Verfassungstheorie*.

614 Koch *Die juristische Methode im Staatsrecht* 126.

615 Ehmke *Verfassungsinterpretation* 345.

616 Volgens Schlothauer *Krise* 130.

sou wees wat in die eerste plek oor die grondwet dink, redeneer en dit verklaar; wie se (volgens Schlothauer) *common sense* die gemeenskaplike regsdenke en eenstemmigheid vergestalt.⁶¹⁷ Gevolglik word 'n legitieme interpretasie- of regsvindingsproses verkry wat die resultaat is van die rasonele afweging van alle probleemrelevante argumente met bewuste uitskakeling van willekeurige of subjektiewe aspekte.⁶¹⁸

Böckenförde kritiseer egter Ehmke se voorstel, omdat dit lei tot 'n relativering van fundamentele grondwetlike beginsels. Die fundamentele grondwetlike beginsels word gereduseer tot slegs gewone elemente van die grondwet (*Verfassungsrechtsmaterial*) en tot blote hulpmiddels vir grondwetlike interpretasie wat slegs relevant is in soverre dit 'n bydrae kan lewer tot die oplossing van die regsprobleem.⁶¹⁹

(ii) Martin Kriele⁶²⁰

Kriele kritiseer Ehmke se relativering van fundamentele grondwetlike beginsels en die grondwetlike struktuur, asook die oopheid en onbepaaldheid van interpretasie deur die *Topik* in sy juridies-rasonele grondwetlike interpretasiemetode.⁶²¹ Nogtans vind Kriele aansluiting by die denke van die *Topik* oor die legitimizeitskrisis waarin die BVerfG sou verkeer.⁶²² Kriele skryf die legitimizeitskrisis toe aan eerstens die teenstrydigheid tussen die Hof se interpretasieteorie en -praktyk; tweedens aan die verwarring wat bestaan oor die redes vir die begroning van interpretasieresultate; en derdens weens die wye ruimte wat bestaan vir regsinding wat daartoe aanleiding gee dat subjektiewe, willekeurige, politiese of persoonlike menings in regsuitsprake voorkom.

Kriele meen dat die metode van praktiese regsinding in die regspraktyk eers geanaliseer moet word alvorens dit moontlik is om 'n vergelyking tussen teorie en

617 Schlothauer *Krise* 131.

618 Schlothauer *Krise* 133.

619 Böckenförde 1976 *NJW* 2092.

620 Vgl hoofsaaklik Kriele *Rechtsgewinnung* 13 ev; en ondersteunend Böckenförde 1976 *NJW* 2092; en Schlothauer *Krise* 1345.

621 Vgl Böckenförde 1976 *NJW* 2092-2093; en Schlothauer *Krise* 134-141.

praktyk te tref. Ten einde hierdie regs werklikheid te bepaal,⁶²³ is dit veral belangrik om die verskillende onderliggende redes vir regters se uitsprake te bespreek sowel as die rol wat presedente in hierdie opsig speel.⁶²⁴ Die moontlike relevante redes vir 'n bepaalde interpretasie word van nie-relevante redes onderskei, deurdat die regspraktisyn of grondwetlike spesialis tydens die regs vindiingsproses op spesialiskennis en -vaardighede staat kan maak.⁶²⁵ Hierdie vaardighede berus egter nie bloot op individuele juriste of regters se persoonlike, subjektiewe en willekeurige insigte nie, maar op die minimum gemeenskaplike belang, of waar groepe of individue betrokke is, 'n minimum fundamentele groeps- of individuele belang.⁶²⁶

Omdat Kriele tydens die sestigerjare voor die realiteit van ernstige sosiale, ekonomiese en politieke krisisse in die Federale Republiek van Duitsland gestaan het, het hy nie Ehmke se optimisme gedeel om 'n algemene gemeenskapsiening as maatstaf te identifiseer nie.⁶²⁷ Kriele was tevrede met 'n veel kleiner waardemaatstaf. Die grondliggende waarde is die waarde van lewe, daarna kom fundamentele belange soos algemene welsyn, voorkoming van ernstige siektes en honger aan die beurt, en dan ten slotte eiendomsreg en persoonlike handelingsvryheid.⁶²⁸ 'n Foutiewe bepaling van sodanige gemeenskapswaardes kan vermy word deur die gevolge van 'n bepaalde konstruksie (wat meestal feitevrae is) deur middel van sosiaal-wetenskaplike (hoofsaaklik empiriese) metodes vooraf te bepaal.⁶²⁹ So kan 'n algemene, waarde-neutrale en rasonale interpretasie verkry word.⁶³⁰

Schlothauer kritiseer Kriele se benadering, omdat Kriele die interpretasieteorie aan

622 Böckenförde 1976 *NJW* 2092-2093; en Schlothauer *Krise* 134-141.

623 Kriele *Rechtsgewinnung* 158 ev waarsku juis daarteen dat grondwetlike interpretasieteorieë nie werklikheidsvreemd moet raak nie, omdat te veel abstraksie die teorieë onbruikbaar vir die regspraktisyn maak wat slegs 'n praktiese regsprobleem wil oplos.

624 Kriele *Rechtsgewinnung* 160-162, 197 ev, 271 ev en 310-313 stel 'n regs vindiingsproses voor wat hy samevattend beskryf as eerstens 'n *Hin-und-Herwandern des Blicks ... zwischen Sachverhalt und Normhypothese*, en tweedens, by die interpretasie van wetstekste strek die wisselwerking *zwischen Normhypothese und Rechtsatz*, en by presedente *zwischen Normhypothese und ratio decedendi*.

625 Die regspraktisyns word nie deur vreemde leerstellings gelei nie, maar deur 'n professionele vaardigheid tot onpartydigheid en geregtigheid. Vgl Kriele *Rechtsgewinnung* 170.

626 Vgl Kriele *Rechtsgewinnung* 170, 179.

627 Volgens Schlothauer *Krise* 137-138.

628 Vgl Schlothauer *Krise* 138-139. *Vernünftig ist nun, zuerst auf die Befriedigung der fundierenden Interessen und erst danach auf der abhängigen Interessen zu sehen.*

629 Schlothauer *Krise* 137.

630 Kriele *Rechtsgewinnung* 315-316.

die hand van die interpretasiepraktyk beoordeel sonder dat hy oor kriteria beskik waarvolgens hy juis daardie praktyk wat hy as maatstaf wil gebruik, kan beoordeel.⁶³¹ Böckenförde kritiseer weer die gebruik van presedente as gesaghebbende riglyne, omdat presedente juis die resultaat is van daardie twyfelagtige en ongestruktureerde regsvindingsproses van regters wat nou deur die presedente beoordeel moet word.⁶³²

(iii) Peter Häberle⁶³³

Häberle kritiseer die algemene interpretasieteorie omdat dit tradisioneel hoofsaaklik konsentreer op die taak en doel van grondwetlike konstruksie en die metodes waardeur dit bereik word, sonder om werklik aandag te skenk aan die interpreteerder of die hermeneut wat deelneem aan daardie interpretasieproses. Häberle se teorie, die konsep van die *offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, fokus juis op 'n inklusiewe groep van grondwetlike hermeneute. Die grondwetlike interpretasieproses word buite die bestaande geslote sisteem van grondwetlike interpretasie deur die regsprekende, wetgewende en uitvoerende gesag na die gewone burgers geneem wat juis uit hoofde van die voorskrifte van die grondwet elke dag op 'n spesifieke wyse handel. Kriele wil dus grondwetlike interpretasie meer werklikheidsrelevant maak deur dit te demokratiseer. Hy beskou die grondwet as die wesenlike en legitieme bron waaruit die grondwetlike interpretasieproses die gemeenskaplike voordeel van die openbare belang, in publieke- sowel as privaatregtelike sin,⁶³⁴ moet verwesenlik deur middel van 'n proses van sigbare openbare kommunikasie en dialoog.

Die invloed van juridiese interpretasie behoort dus gerelativeer te word, hoewel dit steeds behoue bly, deurdat die grondwetlike proses groter deelname van nie-juridiese mede-interpreteerders as hermeneute in die eerste instansie (*Vorinterpreten*) verskaf.⁶³⁵ Voorbeelde hiervan is die werksaamhede van publieke instellings soos die

631 Sien Kriele *Rechtsgewinnung* 46 se voorbeeld dat die verskil tussen 'n goeie en slegte pianis vasgestel word deur na die twee pianiste se klavierspel te luister. Schlothauer *Krise* 135 vra egter tereg waar daardie maatstaf vir beoordeling dan vandaan kom?

632 Sien Böckenförde 1976 *NJW* 2093.

633 Vgl veral Häberle *Verfassungsinterpreten* 79-105; en in die algemeen Schlothauer *Krise* 150-156.

634 Daarom beskou Kriele (volgens Schlothauer *Krise* 154-155) die publiekreg (en daarmee die staatsreg) nie as heerskapsreg of dwang nie, maar as *das spezifische Recht des res publica als Gemeinwohlrecht*.

635 Schlothauer *Krise* 157 beskryf Häberle se beklemtoning van deelname van gewone burgers aan

Bundestag en *Bundesrat* en selfs wanneer individuele burgers hulle basiese regte afdwing soos om hul privaateiendom te gebruik, hul eie mening te stel, kontrakte te sluit en hul privaatheid te geniet. Elkeen wat met ander woorde die grondwetlike norme *lebe*, is reeds besig met grondwetlike interpretasie. Hierdeur hoop Häberle om uit die legitimiteitskrisis te ontsnap waarin grondwetlike interpretasie en grondwetlike regspraak na sy mening verkeer.

Starck kritiseer Häberle se voorstel as onprakties en dat dit die wetenskaplike meetbaarheid van grondwetlike interpretasie in gedrang bring, deurdat Häberle haas alle terreine van die burgerlike (privaatreg) en owerheidslewe (publiekreg) as grondslag vir grondwetlike interpretasie wil gebruik.⁶³⁶ Böckenförde meen weer hierdie teorie verpolitiseer die grondwetlike interpretasieproses en kan dus as 'n radikalisering van die topiese probleemoplossende interpretasie metode beskryf word.⁶³⁷ Die relativisme en strukturele oopheid van die grondwet wat uit Häberle se teorie voortvloei, negeer volgens Böckenförde die normatiewe en strukturele kwaliteit van die GG as die vaste en sekere normatiewe raamwerk in 'n regstaat.⁶³⁸ Starck vra hoe regsgelykheid met so 'n verkrummelende grondwetlike struktuur en vloeibare interpretasieproses, veral oor die langtermyn, verseker sou kon word in weerwil van die druk van kragtige en gewilde, maar ongrondwetlike, tydstrominge?⁶³⁹

f) Diskoersteorie van Robert Alexy

Robert Alexy⁶⁴⁰ is veral bekend vir die toonaangewende wyse waarop hy deur middel van 'n praktiese diskoersteorie, in teenstelling met regsteoretiese, metodologiese of taalkundige analyses, die logika van die juridiese argumentasieproses verklaar.⁶⁴¹

die grondwetlike proses as *Legitimation durch Verfahren*.

636 Vgl Starck *Verfassungsauslegung* 205.

637 Böckenförde 1976 *NJW* 2093. Vgl ook Schlothauer *Krise* 151-152.

638 Vgl Böckenförde 1976 *NJW* 2094; en Starck *Verfassungsauslegung* 205.

639 Starck *Verfassungsauslegung* 205-206.

640 Vgl primêr Alexy *Theory of Legal Argumentation*; *Alexy Theorie der Grundrechte (Suhrkamp)*; *Alexy Recht, Vernunft, Diskurs*; en sekondêr Herget *German Legal Philosophy* 49-61.

641 Vgl veral Alexy *Theory of Legal Argumentation*. Sien ook Alexy *Recht, Vernunft, Diskurs* Hfst 1 (*Logik und Interpretation*). Vir ander lede van die diskoersteorie in die Duitse regswetenskap, vgl Herget *German Legal Philosophy* 44 vt 3 en die handige bibliografie op 140-143. Hierdie algemene praktiese diskoersteorie probeer volgens Herget *ibid* 45 om die normatiewe van politieke, morele en juridiese argumentasie te begrond as 'n substituuat vir die klassieke natuurreg. *However, it differs from natural law in that a different epistemological approach is taken,*

Alexy beperk homself egter nie net tot die rasionaliteit van die juridiese argumentasieproses soos die tradisionele analitiese regsteorie nie, maar beoordeel inderdaad ook die rasonale regverdigbaarheid van die oorspronklike vertrekpunte van daardie juridiese argumente.⁶⁴² Sy teorie streef 'n praktiese kode of raamwerk na waarvolgens nie alleen die rasionaliteit van regsnorme self nie, maar ook regterlike interpretasies en uitoefening van waarde-oordele begrond kan word.⁶⁴³ Hiervolgens kan vasgestel word of die identifikasie van wetgewende norme of regterlike beslissings arbitrêr is al dan nie.⁶⁴⁴

Deurdat die BVerfG voorgee dat hul interpretasie van die GG deur middel van 'n rasonale proses van logiese deduksie van hierdie algemeengeldende regsnorme volg,⁶⁴⁵ konsentreer Alexy veral op 'n logiese analise van die regterlike argumente wat die BVerfG ter begronding⁶⁴⁶ van spesifieke konstruksies en afweging van botsende fundamentele regte in byvoorbeeld die *Lebach*-saak⁶⁴⁷ aanvoer.⁶⁴⁸ Hierop analiseer Alexy eerstens die logika van die interne regverdiging van die Hof se argumentasie, waarna hy met behulp van 'n stapsgewyse analise van die Hof se spesifieke *Güterabwägung*, konsentreer op die logika van die eksterne regverdiging wat die

naturalistic arguments are rejected, the substantive concept of moral or legal ideas is only secondarily considered, and the ultimate grounding is procedural, that is, only those substantive propositions (or norms) that emerge from the discursive process through consensus is valid. Herget *ibid* vt 7 meld dat hierdie prosedurele begronding van geregtigheidsbeginsels soos verwoord deur veral John Rawls, groot invloed op Duitse regsteorie, so-ook op Alexy, uitgeoefen het.

642 Herget *German Legal Philosophy* 49.

643 Herget *German Legal Philosophy* 46, 49. Alexy *Recht, Vernunft, Diskurs* 15 beskryf die voordeel wat hy hoop om uit so 'n praktiese diskoersbenadering te put: *Es winkt als Lohn die Relevanz. Gelänge es, ein solides, auch von nicht auf Logik spezialisierten Juristen leicht erlern- und anwendbares Analysenverfahren zu entwickeln, das geeignet ist, hinreichend interessante Ergebnisse zu Tage zu fördern, könnte die Logik den Beitrag zum Gang der Jurisprudenz liefern, der am leichtesten fallen sollte: den eines Instruments, das es erlaubt, Argumente besser zu durchschauen und zu beurteilen.*

644 Herget *German Legal Philosophy* 45.

645 Vgl BVerfGE 34, 269(287) – *Soraya*-saak. Alexy *Theory of Legal Argumentation* 1 meen egter dat hofbeslissings nie sondermeer as 'n logiese afleiding van regsnorme beskou kan word nie, weens argumente soos die vaagheid van regstaal, die moontlikheid van 'n konflik tussen regsnorme, dat alle gevalle nie noodwendig almal onder bestaande norme val nie, en dat beslissings soms teenstrydig met die woorde van 'n wet is.

646 Alexy *Recht, Vernunft, Diskurs* 16-18 beskou die term begronding as die sleutelbegrip vir 'n logiese analise van regterlike beslissings, omdat regterlike begrondings inderdaad korrek of foutief kan wees soos sy teorie met verwysing na beide die interne en eksterne dimensies van regterlike regverdiging aantoon.

647 BVerfGE 35, 202 – *Lebach*-saak.

648 Vgl Alexy *Recht, Vernunft, Diskurs* 29 ev.

regters vir hul konstruksie aanbied in die *Lebach*-uitspraak.⁶⁴⁹ Alexy kom egter tot die gevolgtrekking dat hoewel die klassieke reëls van logika die praktiese sillogisme van die regters se eksterne regverdiging verklaar, 'n wye teorie van juridiese argumentasie vorm verder as die klassieke reëls gaan:

*Hinreichend wäre erst eine Theorie der juristischen Argumentation, deren unverzichtbares Fundament zwar die Logik ist, die aber weit über sie hinauszugehen hat.*⁶⁵⁰

Hierdie wye, logiese en regsteoretiese interpretasiebenadering wat Alexy 'n praktiese diskoersteorie noem, vorm later 'n belangrike invloed op sy geïntegreerde teorie vir die begronding van fundamentele regte in die Duitse reg.⁶⁵¹

Alexy, in 'n regsbeskouing wat aansluit by Dworkin, onderskei voorts tussen twee

649 Alexy *Recht, Vernunft, Diskurs* 30-51. Mbt tot die algemene onderskeid tussen interne en eksterne regverdiging van regterlike konstruksies, sien Alexy *Theory of Legal Argumentation* op onderskeidelik 220 ev en 230 ev; en Herget *German Legal Philosophy* 51. Terwyl die interne regverdiging bepaal of die regters se argumente logies voortspruit uit die premesses wat hulle daarvoor aangee, beoordeel die eksterne regverdiging die rasonale "juistheid" van daardie argumente. Eksterne regverdiging geskied ooreenkomstig ses soorte regsargumente, naamlik (i) die reëls van interpretasie, (ii) dogmatiese argumente, (iii) presedente, (iv) algemene praktiese argumente, (v) empiriese argumente, en (vi) spesifieke regsargumente.

650 Alexy *Recht, Vernunft, Diskurs* 51. Alexy vind die oplossing in 'n prosedurele teorie van juridiese argumentasie as hy 'n analities-morele regsfilosofie in die vorm van 'n praktiese diskoersteorie vir die regswetenskap skep. Die duidelike invloed van die diskoersteorie van Habermas (vgl sy invloed op Duitse regsteorie in Herget *German Legal Philosophy* 44-48, 52-53) en ander eksponente in moderne logika soos Austin, Hare, MacCormick ea, is merkbaar. Sien Alexy *Theory of Legal Argumentation* Hoofstuk 1, 177 ev, 220 ev; en ook Alexy *Recht, Vernunft, Diskurs* 94 ev. Alexy probeer juis om in teenstelling met Kelsen, wat die *Grundnorm* voorveronderstel, norme tot in die finale instansie rasoneel te begrond, en anders as Hart se weergawe van die regspositivisme, dui hy die noodwendige verband tussen reg en moraliteit aan. Alvorens 'n regter volgens Alexy 'n beginsel kan gebruik, moet hy dit kan begrond in terme van die diskoersproses en eventueel ingevolge die ideale morele posisie. Regspositiviste beskou volgens Herget *ibid* 59-61 hierdie beginsels as buite die reg daar dit afkomstig is vanaf die heersende moraliteit.

651 Vgl Alexy *Grundrechte* 32 (Suhrkamp): *Der Weg zu einer adäquaten integrativen Theorie führt über eine Strukturtheorie der Grundrechte. Eine Strukturtheorie, die Teilstück einer integrativen Theorie ist, ist eine primär analytische Theorie. Sie ist eine primär und nicht eine rein analytische Theorie, weil sie Strukturen wie die der grundrechtlichen Begriffe, des Einflusses der Grundrechte auf das Rechtssystem und des grundrechtlichen Begründens im Blick auf die praktischen Aufgaben einer intergrativen Theorie untersucht. Ihr wichtigster Stoff ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Insofern hat sie empirisch-analytischen Charakter. Geleitet wird sie von der Frage nach der richtigen grundrechtlichen Entscheidung und der rationalen grundrechtlichen Begründung. Insofern hat sie normativ-analytischen Charakter.*

soorte regsnorme in die GG, naamlik regsbeginsels en regsreëls.⁶⁵² Hy beskou hierdie onderskeid as die grondslag van enige grondwetlike interpretasie en beperking van fundamentele regte.⁶⁵³ Alexy beklemtoon met sy *Prinzipienlehre* veral die bestaan van grondwetlike beginsels as spesiale soorte regsnorme waarvan die fundamentele regte in die GG die beste voorbeelde is.⁶⁵⁴ Hy beskryf beginsels as *Optimierungsgebote*, oftewel regsnorme wat vereis dat in aggenome die juridiese en feitelike konteks waarin dit staan, dit maksimaal gekonkretiseer moet word.⁶⁵⁵ Daarnaas identifiseer hy by gewone regsreëls 'n karakter van *definitiven Geboten* wat juridies gesproke eenvoudig in 'n spesifieke geval geld of nie geld nie.⁶⁵⁶

Die verskil tussen beginsels en reëls word veral duidelik as hul hantering van 'n konflik of botsing met onderskeidelik 'n ander beginsel of 'n reël bestudeer word.⁶⁵⁷ 'n Konflik tussen twee regsreëls kan slegs opgelos word deur òf een regsreël as 'n uitsondering op die ander toe te laat, òf een van die twee regsreëls vir daardie geval ongeldig te verklaar.⁶⁵⁸ Die keuse oor welke een van die konflikterende regsreëls geld en welke een verval as geen uitsondering gekonstrueer kan word nie, word tweeledig opgelos. Dit kan òf met behulp van uitlegreëls soos *lex posterior derogat legi priori* en *lex specialis derogat legi generali* aangespreek word, òf die belangrikheid van elke regsreël kan teenoor die ander beoordeel word alvorens 'n keuse volg.⁶⁵⁹

652 Vgl Alexy se aansluiting maar ook kritiek op Dworkin in Alexy *Grundrechte* 88 ev (Suhrkamp); Alexy *Recht, Vernunft, Diskurs* 177 ev. Beide skrywers meen dat die regpositivisme 'n onvoldedige weergawe van die regswerklikheid gee omdat hulle nie beginsels naas regsreëls verklaar nie. Alexy en Dworkin verskil volgens Herget *German Legal Philosophy* 60-61 egter van mekaar in hul siening oor die gelding van beginsels. Dworkin beskou beginsels as deel van die geldende politieke moraliteit van 'n bepaalde samelewing en regstradisie, terwyl Alexy vereis dat beginsels moreel absoluut korrek moet wees alvorens dit geld. Slegs regsbeginsels wat moreel korrek is, sou volgens Alexy as korrekte regsbeginsels kwalifiseer. Herget *ibid* 61 vind dat Alexy se rasonale begrondingsteorie van die reg dus terselfdertyd ook 'n geregtighedsbeskouing is.

653 Alexy *Grundrechte* 71 ev (Suhrkamp). Die onderskeid tussen reëls en beginsels is reeds vroeër in die Duitse regsleer aangedui deur Esser, Larenz ea vir die privaatreg. Sien Alexy *Recht, Vernunft, Diskurs* 182 ev.

654 Stern *Staatsrecht* Vol III/1 501.

655 Vgl Alexy *Grundrechte* 75-76 (Suhrkamp); en algemeen Alexy *Recht, Vernunft, Diskurs* 216.

656 Alexy *Grundrechte* 78 (Suhrkamp); en Alexy *Recht, Vernunft, Diskurs* 216.

657 Alexy *Recht, Vernunft, Diskurs* 217.

658 Alexy *Grundrechte* 77-78 (Suhrkamp). Sien ook algemeen Alexy *Recht, Vernunft, Diskurs* 193-196.

659 Alexy *Grundrechte* 78 (Suhrkamp).

Botsings tussen grondwetlike beginsels daarenteen, word anders as die reëlkonflikte opgelos.⁶⁶⁰ Alexy verwys byvoorbeeld na die botsing tussen persvryheid en die reg op persoonlikheid in die *Lebach*-saak.⁶⁶¹ Dit is die geval waar 'n televisiesender se beplande heruitsaai van die moord op soldate tesame met die openbare antagonisme wat daaruit sou voortspruit kort voor die vrylating van een van die misdadigers, opgeweeg word teen die benadeling van sy heraanpassing in die burgerlike samelewing. Die Hof het bevind dat die televisiesender se persvryheid in hierdie spesifieke geval moes terugtree ten gunste van die hersosialisering van die oudgevangene. Hierdie beslissing impliseer egter nie dat die reg op persvryheid ongeldig is, of dat dit nie meer fundamentele normatiewe beskerming aan die pers verleen nie, of dat dit as 'n uitsonderingsreg behandel word soos by konflikterende regsreëls die geval is nie. Die keuse tussen botsende beginsels word in elke saak opnuut gekonstrueer om te beoordeel welke een in 'n spesifieke geval meer gewig dra en bo die ander geld, sonder dat 'n vaste voorkeurorde tussen twee fundamentele regte ontwikkel word.⁶⁶²

Die kritiek teen Alexy se diskoersteorie is in sommige aspekte verteenwoordigend van die meer algemene kritiek teen die diskoersteorie en word handig saamgevat deur Herget. Eerstens word beweer dat die Westerse kultuur nie so universeel en daarom rasioneel is soos die diskoersteorie aanvaar nie, terwyl sommige kritici beweer dat selfs die Anglo-Amerikaanse *common law* irrasioneel is.⁶⁶³ Voorts is beweer dat die finale begroning van die diskoersreëls (as taalhandelinge), veral as daar 'n keuse tussen konflikterende norme gemaak moet word, gebrekkig is, omdat dit nie noodwendig rasioneel geskied nie maar deur subjektiewe elemente beïnvloed kan word.⁶⁶⁴ Derdens is daar kritiek dat 'n logiese analise van die omgangstaal te rigied is om die ryke veelvoudigheid en verskeidenheid van die gesproke taal vas te vang.⁶⁶⁵ Alexy se antwoord op laasgenoemde kritiek is sy argument dat 'n logiese analise van taal juis nie 'n alternatief vir die gesproke taal wil skep nie, maar dit eerder verruim

660 Alexy *Grundrechte* 78-87 (Suhrkamp). Vgl voorts Alexy *Recht, Vernunft, Diskurs* 196-212.

661 *BVerfGE* 35, 202.

662 Vgl Alexy *Grundrechte* (Suhrkamp) 79 verklaar: *Regelkonflikte spielen sich in der Dimension der Geltung ab, Prinzipienkollisionen finden, da nur geltende Prinzipien kollidieren können, jenseits der Dimension der Geltung in der Dimension des Gewichts statt.*

663 Herget *German Legal Philosophy* 54-55.

664 Herget *German Legal Philosophy* 55-58.

665 Alexy *Recht, Vernunft, Diskurs* 35.

deur nuwe dimensies van die omgangstaal te ontdek.⁶⁶⁶ Herget meen dat omdat Alexy se praktiese diskoersteorie 'n rasonale begrotings- sowel as 'n geregtigheidsteorie is, dit te veel dinge gelyk probeer doen en gevolglik misluk om aan die gestelde ideaal te voldoen.⁶⁶⁷ Deur die twee teorieë te skei, sal die rasonale begroting van regsargumente wel met meer bevrediging in 'n tradisioneel analitiese raamwerk bewerkstellig kan word.

2.5 SKRYWERSKRITIEK TEEN DIE HOF SE GRONDWETLIKE HERMENEUTIEK

2.5.1 Inleiding

Die sentrale vraag tydens die konkretisering van grondwetlike norme en fundamentele regte in die Duitse staatsreg is of die BVerfG se grondwetlike hermeneutiek tot regterlike objektiwiteit en onpartydigheid lei.⁶⁶⁸ Bestaan daar 'n rasonale interpretasieproses van fundamentele regte wat onpartydig (objektief) en nie willekeurig (die vergestaltung van irrasionele, ongesubstansieerde en inkonsekwente beslissings of persoonlike waardes) is nie?

Die kritiek van regswetenskaplikes teen die beslissings van die BVerfG strek egter wyer as bloot kritiek teen die objektiwiteit en rasionaliteit van die regterlike interpretasiemethode in die staatsreg, maar hang nou saam met verskeie denkstrominge oor die algemene regsmetodeleer.⁶⁶⁹ Die verskille in denkstrominge kan, oorhoofs beskou, in twee teenoorgestelde standpunte saamgevat word, naamlik diegene wat die grondwetlike konkretiseringskompetensie van die regsprekende gesag duidelik wil begrens, teenoor diegene wat eerder die polities-wetgewende as regsprekende kompetensie van die Hof wil beklemtoon.⁶⁷⁰ Sedert die sestigerjare, veral na 'n byeenkoms van die Vereniging van Duitse Staatsregdosente in 1961,⁶⁷¹ het

666 Alexy *Recht, Vernunft, Diskurs* 35.

667 Herget *German Legal Philosophy* 61.

668 Kriele *Rechtsgewinnung* 14.

669 Kriele *Rechtsgewinnung* 14.

670 Kriele *Rechtsgewinnung* 14.

671 Vgl Schneider 1963 *VVDStRL* Vol 20 1-134; en Ehmke *Verfassungsinterpretation* 329-371 (herpublikasie van Ehmke se referaat) vir beide wetenskaplikes se voordragte wat by hierdie geleentheid gelewer is. Vgl ook hiertoe die sinvolle bespreking op 1-4 Oktober 1975 tydens die

toenemende en heftiger kritiek teen die interpretasiemetode van die BVerfG gevolg.⁶⁷² Die verskillende punte van kritiek van verskeie regs wetenskaplikes teen die grondwetlike interpretasiemetode van die BVerfG word vervolgens kortliks weergegee, sonder dat hierdie skrywer hom noodwendig daarmee identifiseer.

2.5.2 Kritiek teen die wetenskaplik-teoretiese uitgangspunt

a) Daar word beweer dat die BVerfG steeds bewustelik of onbewustelik van 'n regspositivistiese benadering gebruik maak.⁶⁷³ Die Hof sou volgens hierdie kritiek redeneer asof 'n grondwetlike regsnorm deur 'n *a priori*, vaste, voorafbepaalde inhoud gekenmerk word - 'n leemtelose sisteem waarin buite-juridiese elemente nie 'n noemenswaardige rol speel nie - wat in navolging van die objektiewe wetgewersbedoeling vasgestel moet word. Eers as die grondwetlike norm se woorde nie duidelik is sodat 'n eensgesinde inhoud daaraan verleen kan word nie, gebruik die Hof skeppende interpretasie.

Selfs 'n bekende staatsregpositivis soos Hesse argumenteer dat juis die oop en onvoltooide aard van die grondwetlike norme impliseer dat daar nie sprake kan wees dat die doel van grondwetlike konstruksie die vind van 'n reeds bestaande objektiewe grondwetlike wil of die subjektiewe wil van die grondwetskrywer is nie, omdat dit bloot nie deur die grondwetgewer verskaf is nie en daarom nie bestaan nie.⁶⁷⁴ Hierdie onvoltooide aard van grondwetlike norme word inderwaarheid deur die toekomstige wilshandeling van die BVerfG tydens grondwetlike konkretisering voltooi.

Vereniging van Duitse Staatsregdosente se byeenkoms in Augsburg oor die gebondenheid van regters aan die teks van die grondwet, gewone wette en die reg in die algemeen (wat oa insluit die kwessie van die *contra legem*) regskeppende interpretasie) in Roellecke 1976 VVDStRL 8-39; en Starck 1976 VVDStRL 40-143.

672 Schlothauer Krise 49. Kriele (Rechtgewinnung 37) verwys na enkele slagspreuke soos *Justizstaat, Richterstaat, Justizialisierung des Staates, Bevormundende Richtermacht Ursruption, Hypertrophie der Justizstaatlichkeit* en *Entfesselung der dritten Gewalt*. Die uitgesproke kritiek van Müller (*Methodik* 61) dien as voorbeeld van die felheid van die kritiek teen die konkretiseringsmetodiek van die BVerfG. *Unter dem Gesichtspunkt der hermeneutischen und methodologischen Rechenschaft, die von dem eigenen Tun abgelegt wird und im Rechtsstaat abgelegt werden muß, bietet sie das eines vorherrschenden Pragmatismus, der sich ebenso pauschal wie unkritisch zu überlieferten - in ihrer behaupteten Ausschließlichkeit gesetzespositivistischen - Auslegungsmethoden bekennt, diese Regeln aber in jedem Fall ihres praktischen Versagens ohne Begründung für die Abweichung durchbricht.*

673 Vgl Schlothauer Krise 49 ev; Müller *Methodik* 68 ev; en Hesse *Grundzüge* 21-22.

b) Benewens die strukturele eiesoortigheid van fundamentele grondwetlike norme, is die dinamiese karakter van grondwetlike norme, hul verhouding tot die samelewingsdinamiek en die invloed van die *Vorverständnis* op die hermeneut, verdere belangrike faktore wat 'n eiesoortige karakter aan grondwetlike interpretasie verleen.⁶⁷⁵ Deurdat die Hof hierteenoor werklikheidsrelevante faktore wat buite die normteks lê, as meta-juridies beskou wat net in ag geneem word as dit belangrik is om die praktiese uitwerking van die beslissing te bepaal - en dan nog sonder om sodanige verwysing op enige oënskynlik hermeneuties verklaarbare regs wetenskaplike wyse te begrond - word die belang van die sosiale werklikheid in die reg volgens Schlothauer ontken.⁶⁷⁶

2.5.3 Kritiek op die interpretasiebeginsels van die BVerfG

a) Die kanons van wetsuitleg se rol word deur die BVerfG oorskat. Die Hof beskou dit as algemeengeldende interpretasiebeginsels terwyl sommige kritici die kanons hoogstens as hulpmiddels bestempel in die proses van grondwetlike normkonkretisering.⁶⁷⁷ Dit beteken dat die aanwendingsrol van sodanige kanons van geval na geval kan verskil, en in bepaalde gevalle hoegenaamd geen oplossing van die interpretasieprobleem kan bied nie.

b) Dit blyk asof die Hof se beslissings in werklikheid nie begrond is op die interpretasiebeginsels wat voorgehou word nie, omdat daar soms geen verband tussen metode en resultaat gevind kan word nie.⁶⁷⁸ So byvoorbeeld is die teks as buitenste grens van interpretasie nie konsekwent gerespekteer nie, en word dit oorskry ter wille van die sinvolle toepassing van die wet, of omdat dit die grondwetlike waarde-beskouing beter sou dien.⁶⁷⁹ Die Hof verklaar voorts ook nie die onderlinge verhouding tussen die kanons of die Hof se inkonsekwente voorkeur aan verskillende kanons nie.

674 Hesse *Grundzüge* 22.

675 Ehmke *Verfassungsinterpretation* 339-340; Hesse *Grundzüge* 24-25; Müller *Methodik* 163 ev; en Schlothauer *Krise* 55.

676 Vgl Schlothauer *Krise* 54.

677 Schlothauer *Krise* 50-52; en Müller *Methodik* 31 ev.

678 Vgl Müller *Methodik* 34 ev; en Hesse *Grundzüge* 22-24.

c) Die BVerfG verklaar self dat die regters 'n proses van skeppende regsinding gebruik wat in weerwil van 'n tradisionele suiwer juridiese uitlegfunksie, 'n duidelike wetgewende karakter vertoon.⁶⁸⁰

Enkele voorbeelde uit die regspraak waarna kritici gereeld verwys, word vervolgens voorgedra ter illustrasie van sekere van hierdie punte van kritiek. Die ontstaansgeskiedenis van wetgewing (genetiese kanon) wat volgens die Hof se algemene interpretasiebenadering bloot 'n ophelderende funksie verrig en eintlik net in geval van twyfel 'n deurslaggewende rol speel, is by geleentheid as beslissende faktor in die konstruksie gebruik. Die Hof het egter nie die afwyking van die aanvaarde benadering hermeneuties begrond nie.⁶⁸¹ Dit bring tegelyk 'n groter subjektivering van die interpretasieproses en afwatering van die objektiewe metode mee.⁶⁸² Die Hof beweeg egter ook verby die kanons van interpretasie as ander interpretasie-argumente aangewend word soos die gevolge van 'n bepaalde beslissing,⁶⁸³ of as die Hof steun op die politieke, sosiale en historiese redes as grondslag vir 'n beslissing.⁶⁸⁴ Soms word 'n mengsel van bestaande kanons van interpretasie gevolg tesame met ander ongedefinieerde gronde soos werklikheidsaspekte van die saak.⁶⁸⁵

Hierdie inkonsekwentheid en ongefundeerdheid kan volgens skrywers selfs 'n vermoede laat ontstaan dat daardie interpretasiebeginsels eers agterna bygevoeg is as

679 Sien bv BVerfGE 8, 210(221); 8, 38(41); 9, 89(104); en 20, 26(29).

680 Vgl BVerfGE 34, 269(287) - *Soraya*-saak; en Schlothauer *Krise* 94.

681 Vgl BVerfGE 2, 266(273, 276) oor die interpretasie van die fundamentele reg op bewegingsvryheid. Schlothauer *Krise* 64 meen die Hof sou tot 'n heeltemal ander beslissing gekom het indien die erkende interpretasiebenadering gevolg is.

682 Volgens Schlothauer *Krise* 65. Vgl ook BVerfGE 33, 1(12) oor die beperking van gevangenes se reg op privaatkorrespondensie (art 10 GG), waar die gelding en beperking van daardie reg in die algemeen in die regstelsel met objektiewe interpretasie bepaal is, maar die Hof daarna op die subjektiewe bedoeling van die grondwetgewer gesteun het toe dit op die feitestel toegepas is.

683 Vgl bv BVerfGE 1, 208 - *Sperrklausel*-saak; 1, 264(275); 4, 322(329); en 12, 45(56) - *Kriegdienstverweigerung*-saak.

684 Vgl bv BVerfGE 3, 58(85) oor die haalbaarheid van staatsampnare uit die NAZI-tydperk se voortgesette diens in die staatsadministrasie.

685 Vgl Schlothauer *Krise* 68-69. Vgl bv die *Betriebsbetretungsrecht*-saak (BVerfGE 32, 54(68-77)) toe die Hof moes beslis of betreding en inspeksie van besigheidspersone deur beamptes, inbreuk op die onaantasbaarheid van die woning (art 13(1) GG) maak.

regverdiging van bepaalde regspolities gewenste beslissings wat reeds vooraf geneem is.⁶⁸⁶ Schlothauer meen dis duidelik dat die BVerfG nie die teorie slaafs navolg bloot ter wille van metodiese lojaliteit, sonder om ag te slaan op die praktiese resultaat daarvan nie.⁶⁸⁷ Dit lyk vir hom eerder asof die Hof deurentyd die praktiese gevolg van 'n bepaalde konstruksie in gedagte hou en die metode slegs so lank toepas as wat dit tot die gewenste resultaat lei. Sodanige interpretasieprobleme kom egter in toenemende mate voor,⁶⁸⁸ sodat dit skerp kritiek ontlok soos *Methoden-Chaos*,⁶⁸⁹ en *vorherrschenden Pragmatismus*,⁶⁹⁰ of 'n *Tyrannie der Werte*.⁶⁹¹

Die motivering vir die skerp kritiek en voorstelle vir 'n nuwe regsmetode vir die BVerfG lê in die vrees dat nie alleen regsonsekerheid sal volg uit die teenstrydige en oënskynlik willekeurige hermeneutiese aanslag van die BVerfG nie, maar dat 'n vertrouensbreuk tussen die regbank en die bevolking kan ontstaan wat tot 'n legitimiteitskrisis vir die regstelsel en diskreditering van die grondwetlike demokratiese regstaat kan lei. Schlothauer meen egter in teenstelling met die genoemde kritiek teen die BVerfG se regsmetode, dat die BVerfG juis afwyk van die tradisionele positivistiese metode, ten einde die Hof se legitimiteit in 'n veranderende samelewing te behou.⁶⁹² Ten spyte daarvan dat die Hof homself verbind het om *Recht und nur Recht* te spreek, moet die Hof noodwendig diep in die politieke terrein inbeweeg omdat dit juis die gebied is waar staatsregtelike norme gekonkretiseer word - meer as wat dit tewens in die strafreg en privaatreë die geval is.⁶⁹³ Voorts word die Hof toenemend deur nuwe probleme eiesoortig aan 'n moderne industriële staat gekonfronteer.⁶⁹⁴ Daarom argumenteer Scheuner dat dit onvermydelik is om die eksterne grondwetlike faktore tydens grondwetlike interpretasie in te sluit; omdat die

686 Vgl Schlothauer *Krise* 63, 69. Dit herinner aan Gustav Radbruch se stelling: *Die Auslegung ist also das Ergebnis - ihres Ergebnisses, das Auslegungsmittel wird erst gewählt, nachdem das Ergebnis schon feststeht, die sogenannten Auslegungsmittel dienen in Wahrheit nur dazu, nachträglich aus dem Text zu begründen, was in schöpferischer Ergänzung des Textes bereits gefunden war, und wie diese schöpferische Ergänzung auch lauten mag, immer steht das eine oder das andere Auslegungsmittel, der Schlußaus der Ähnlichkeit oder der Umkehrschluß, zu ihrer Begründung bereit, soos aangehaal in Zippelius *Methodenlehre* 11.*

687 Schlothauer *Krise* 69.

688 Schlothauer *Krise* 70.

689 Ehmke *Verfassungsinterpretation* 334.

690 Müller *Methodik* 61.

691 Schlothauer *Krise* 95, verwysend na die kritiek van Carl Schmitt.

692 Schlothauer *Krise* 92 ev.

693 Schlothauer *Krise* 93.

konkretisering van fundamentele regte juis beïnvloed word deur die algemene regs- (waarde-) beskouing van die gemeenskap wat dit moet dien.⁶⁹⁵

2.6 SAMEVATTING

Die Duitse staatsreg word gekenmerk deur 'n besondere grondwetlike kultuur wat weens spesifieke kultuur-historiese redes 'n normatiewe, sistematiese, abstrakte en waarde-georiënteerde karakter vertoon. Sentraal tot hierdie spesifieke waarde-karakter van die grondwetlike normsisteem word die beskerming en verwesenliking van die mens se inherente waardigheid as hoogste doel nagestreef. Dit geskied hoofsaaklik deur middel van die beskerming en verwesenliking van die individu se fundamentele regte wat in die GG vervat is. Die verwesenliking van menswaardigheid is egter slegs moontlik in 'n besondere vrye demokratiese regsorde, naamlik 'n liberale sosiale regstaat. Hierdie waarde-karakter loop soos 'n goue draad deur die Duitse reg waar dit die grondslag vorm vir die onderskeid tussen die subjektiewe en objektiewe dimensies van fundamentele regte, die uitstralingswerking van fundamentele regte na elke hoek van die samelewing, indirekte *Drittwirkung* in die privaatreë, asook vir die evolusionêre uitbreiding van fundamentele regte se beskermingsveld weens die nuwe eise van 'n veranderende tegnologiese-industriële staat.

In die lig van die voorgaande openbaar fundamentele regte 'n *sui generis* karakter. Dit beteken dat inhoud aan daardie fundamentele norme gegee word deur 'n proses van normkonkretisering in plaas van blote wetsuitleg. Hoewel die konkretiseringsproses by die tradisionele kanons van wetsuitleg begin, kulmineer dit in die wisselwerking tussen sistematiese-teleologiese kanons wat ondersteun word deur spesifieke beginsels van grondwetlike konstruksie (soos grondwetlike eenheid en *verfassungskonforme Auslegung*), algemene grondwetlike beginsels (soos regstaatlikheid, sosiaalstaatlikheid en demokrasie), asook algemene fundamentele regte (soos die menswaardigheidsbeginsel, en die algemene vryheids- en

694 Vgl bv BVerfGE 21, 245(251, 259); en 26, 58 (81).

695 Vgl Scheuner 1971 DöV 511.

gelykheidswaarborge). Genoemde argumente word in 'n tweestap konkretiseringsproses van fundamentele regte aangewend. Eerstens word die beskermingsveld van die reg gekonstrueer, en word vasgestel of daardie fundamentele reg inderdaad beperk is. Daarna word die grondwetlikheid van sodanige beperking beoordeel. 'n Hoogs verfynde dogmatiese raamwerk vir die beoordeling van beperkings op fundamentele regte is deels deur die GG, en deels deur die regsteorie rondom die proporsionaliteitsbeginsel ingevolge die regstaatidee, ontwikkel.

Die ontwikkeling van fundamentele regte in 'n regs-kultuur met 'n regs-positivistiese herkoms, 'n absolutisties-tiranniese verlede, en 'n moderne waardefundering, het 'n vrugbare veld vir regsteoretiese ontwikkeling geskep. Deurdat die toetsingskompetensie van fundamentele regte uitdruklik in die GG verwoord is, het die Duitse staatsregsteorie nie soseer op die legitimititeit van regters se kontrole van 'n demokraties verkose wetgewende gesag gefokus nie, maar eerder die hermeneutiese dimensie van die staatsreg ondersoek. Dit het veral geskied teen die agtergrond van invloedryke bydraes in die hermeneutiek en regsfilosofie van Gadamer, Esser en Viehweg. 'n Verskeidenheid bruikbare regswetenskaplike bydraes tot die grondwetlike hermeneutiek het die lig gesien wat strek vanaf 'n omvattende voorstel vir regterlike konkretisering van fundamentele regte, tot spesifieke voorstelle vir die identifisering en uitskakeling van die subjektiewe regterlike vooroordele tydens die uitoefening van waarde-oordele.

Hierdie bydraes, soos tewens ook die algemene teoretiese ontwikkeling van fundamentele regte en die regspraak van die BVerfG, word gekenmerk deur voortdurende pogings om die inherente spanning tussen die wesenlike elemente van 'n regstaat, naamlik regsekerheid en geregtigheid, aan te spreek. Vandaar die strewe na die maksimale konkretisering en verwesenliking van fundamentele regte deur skeppende konstruksie, teenoor die handhawing van 'n rasonale en kontroleerbare interpretasieproses waardeur die inhoud van fundamentele regte gevind en begrond word. Uit voorgaande bespreking van die konkretisering van fundamentele regte in die Duitse reg deur die BVerfG, blyk dit duidelik dat die Hof, ten spyte van kritiek, daarin geslaag het om 'n navolgingswaardige voorbeeld te stel van 'n

regsmetodologiese ewewig tussen die eise van geregtigheid en regsekerheid in 'n moderne sosiale regstaat.

HOOFSTUK DRIE

VERENIGDE STATE VAN AMERIKA

Theory is the most important part of the dogma of the law, as the architect is the most important man who takes part in the building of a house. The most important improvements of the last twenty-five years are improvements in theory. It is not to be feared as unpractical, for, to the competent, it simply means going to the bottom of the subject. For the incompetent, it sometimes is true, as has been said, that an interest in general ideas means an absence of particular knowledge.¹

3.1 INLEIDING

Die meeste grondwetlike geskille en probleme in die Amerikaanse staatsreg sentreer rondom een van drie algemene grondwetlike beginsels.² Eerstens, die beginsel van federalisme met betrekking tot geskille tussen die federale en deelstaatlike owerhede; tweedens die skeiding tussen die onderskeie owerheidskompetensies van die federale uitvoerende, wetgewende en regsprekende gesag; en derdens die beskerming van individuele regte en burgerlike vryhede teenoor die ongrondwetlike beperking daarvan deur die owerheidsgesag. Die huidige hoofstuk konsentreer primêr op die derde aspek, naamlik die beginsels, metodes en argumente wat deur die Amerikaanse *Supreme Court*³ aangewend word tydens die interpretasie, konstruksie en beskerming van die individuele regte en burgerlike vryhede wat in die Amerikaanse Grondwet⁴ vervat is. Daar word voorts ook aangetoon dat die fundamentele beginsel van die Amerikaanse demokratiese beskouing, naamlik die voortdurende skeiding van die wetgewende en regsprekende gesag, inderwaarheid 'n integrale deel van die Amerikaanse grondwetlike hermeneutiek vorm.

1 Holmes 1887 *Harvard Law Review* Vol 10 477-478.

2 Choper *Judicial Review* 1-2, 61.

3 Hierna verwys as die *Supreme Court* of eenvoudig die Hof.

4 *Constitution of the United States of America* van 1787, soos gewysig, wat die 27 Amendamente

Hoewel die beginsel van geregtelike kontrole van owerheidshandelinge algemeen in die kontemporêre internasionale staatsregtelike konteks aanvaar word, vorm die regverdiging van die legitimiteit van geregtelike kontrole binne 'n liberale demokrasie waarskynlik dié sentrale probleem in die Amerikaanse staatsregtelike debat.⁵ Geregtelike kontrole van die demokratiese verkose wetgewende gesag deur lewenslange aangestelde en onverkose regters van die Amerikaanse *Supreme Court* is weens 'n gebrek aan demokratiese verantwoordbaarheid totaal ondemokraties vir sekere denkgroepe. Tog word dit deur ander groepe as 'n noodsaaklikheid beskou ten einde kwesbare minderhede se regte teen die tirannie van die meerderheid se wil te beskerm. Hierdie belangekonflik is tereg dan ook deur Alexander Bickel beskryf as die sogenaamde *counter majoritarian*-dilemma.⁶ Daarom argumenteer Tribe dat regters uiters spaarsaam met hul kontrolekompetensie van wetgewende en uitvoerende handelinge te werk behoort te gaan.⁷

Hierdie demokratiese probleem pre-okkupeer die staatsregtelike debat in die Verenigde State en regspraak van die *Supreme Court* tot so 'n mate dat daar inderwaarheid min ruimte oorbly vir die ontwikkeling van 'n eenvormige grondwetlike interpretasiemetodiek.⁸ Die debat het veral momentum gekry na aanleiding van ongekende regterlike aktivisme wat die *Supreme Court* se buigbare

insluit (hierna spesifiek verwys as die Grondwet).

5 Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 13; Stone ea *Constitutional Law* 35; en Choper *Judicial Review* 4 ev.

6 Vgl Bickel *The Least Dangerous Branch* 16-18; en ook Tribe *Constitutional Law* 10-15, 61-66.

7 Tribe *Constitutional Law* 62.

8 Die omvangryke literatuur en grondwetlike teorieë wat oor die geregtelike kontrole se demokratiese verantwoordbaarheid ontwikkel is, probeer óf om die *counter majoritarian*-dilemma te weerlê óf om hermeneutiese uitweë te vind wat die eenvormige objektiewe normatiewe regterlike konstruksie van die Grondwet sal verseker tsv onderlinge politieke en ekonomiese standpunte. Tog is dit duidelik dat geen enkele teorie alleen die oplossing vir die *counter majoritarian*-dilemma kan skep nie, omdat dit uit hoofde van die aard van die Amerikaanse regskultuur onwaarskynlik is dat 'n algemene grondwetlike teorie en verwante hermeneutiese metodologie in die VSA sal ontwikkel. Vgl Davis ea *Constitutional Interpretation* 7. Bickel *The Least Dangerous Branch* is juis een van die persone wat aanvanklik nie die ondemokratiese rol van die Hof as 'n probleem beskou nie, omdat regters juis oor spesifieke kwaliteite beskik om sekere komplekse grondwetlike vraagstukke aan te spreek wat inderwaarheid demokrasie bevorder. Davis ea *ibid* 9 argumenteer egter dat die onstuimige regsteoretiese debat wat sedert die sewentigerjare woed oor die demokratiese versoenbaarheid van die Hof se taak, bewys is dat Bickel se idealistiese siening nie algemene byval vind nie en die *counter majoritarian*-dilemma 'n werklikheid is. Voorts wys Davis ea *ibid* 11 daarop dat bekende teenstrydige beslissings van die Hof soos *Plessey v Ferguson* 163 U.S. 537 (1896) teenoor *Brown v Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954), en *Roe v Wade* 410 U.S. 113 (1973) teenoor *Bowers v Hardwick* 478 U.S. 186 (1986), bevestig dat regters nog nie daarin kon slaag om omvattende algemeengeldende waardes vir grondwetlike interpretasie te identifiseer nie. Die regspraak van die *Supreme Court* openbaar dus 'n inkonsekwente en teenstrydige regshermeneutiese rekord.

grondwetlike teorie onder leiding van Hoofregter Warren sedert die vyftiger- en sestigerjare meegebring het.⁹ Hierdie aktivisme het egter 'n konserwatiewe teenreaksie in die tagtigerjare ontlok met die nuwe konserwatiewe regterlike aanstellings deur die Reagan- en Bush-administrasies. Die Hof het onder die leiding van Hoofregter Rhenquist sterk klem gelê op regterlike terughoudendheid ten einde die liberale beslissings van die Warren- of Burger-howe omver te werp.¹⁰ Sedert die jongste liberale aanstellings deur die Clinton-administrasie volg 'n era van liberale sowel as konserwatiewe aktivisme deurdat die Hof 'n meer buigbare grondwetlike teorie volg.¹¹ Davis waarsku daarom dat die toekomstige Suid-Afrikaanse grondwetlike praktyk die invloed van hierdie wisselende vlakke van aktivisme tydens die identifisering van algemeengeldende objektiewe grondwetlike hermeneutiese beginsels behoorlik moet verreken.¹²

3.2 STAATSREGTELIKE STRUKTUUR

3.2.1 Staatsregtelike vorm

Die Verenigde State van Amerika word gekenmerk deur 'n federale staatsbestel waar die federale regsprekende gesag in die *Supreme Court* setel uit hoofde van die leerstuk van die skeiding van gesag.¹³ Die Kongres kan ook federale laerhowe skep.¹⁴ Die regsprekende jurisdiksie van federale howe bestaan hoofsaaklik uit die beslegting van grondwetlike geskille en die beoordeling van federale wetgewing en verdrae. Dit is ook by magte om sake te beoordeel waarin ambassadeurs of die Verenigde State self verwickeld is, of maritieme aangeleenthede, asook konflikte tussen verskillende deelstate of tussen 'n deelstaat en 'n burger van 'n ander deelstaat.¹⁵

9 Tribe *Constitutional Law* 61-66. Vgl voorts mbt die aktivisme van die daaropvolgende Hoofregter Burger se termyn, Blasi (red) *The Burger Court*.

10 Davis ea *Constitutional Interpretation* 7.

11 Davis ea *Constitutional Interpretation* 7-8.

12 Davis ea *Constitutional Interpretation* 7.

13 Art III, 1 van die Grondwet. Mbt die horisontale skeiding van gesag vgl Tribe *Constitutional Law* 18 ev; en Kurland 1986 *Michigan Law Review* Vol 85 592 ev.

14 Art III, 1 van die Grondwet.

15 Vgl Art III, 2 van die Grondwet vir die federale regsprekende jurisdiksie wat deur die Kongres uitgebrei kan word. Vir 'n verdere bespreking van die funksionele raamwerk en statutêre jurisdiksiereëlins van die federale regsprekende gesag, sien Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 22 ev; en Tribe *Constitutional Law* 42 ev.

3.2.2 Grondwetlike verheewendheid

Die Grondwet is die hoogste en mees fundamentele regsnorm vir die Amerikaanse regstelsel, omdat dit die geskrewe bevestiging van die fundamentele en rigtinggewende beginsels vir 'n toekomstige Amerikaanse samelewing is.¹⁶

3.2.3 Geregtelike kontrole van federale owerheidshandeling

Hoewel die Grondwet nie uitdruklik aan die *Supreme Court* die kompetensie verleen het om die grondwetlike versoenbaarheid van federale wetgewing te beoordeel nie, is sodanige toetsingskompetensie uitdruklik in 1803 deur Hoofregter Marshall met sy beroemde *dictum*¹⁷ in *Marbury v Madison* erken. Hoofregter Marshall het *in casu* ook die beginsel van geregtelike kontrole van handeling van die federale uitvoerende gesag aanvaar, met uitsluiting van daardie handeling wat uitsluitlik van 'n politieke aard is of wat deur die Grondwet of federale wetgewing gereserveer is vir slegs die diskresie van die uitvoerende gesag.¹⁸ Geregtelike kontrole in die kontemporêre Amerikaanse staatsreg word paslik deur Tribe van gewone statutêre interpretasie onderskei:

16 Artikel VI van die Grondwet. Vgl ook *Marbury v Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177-178 (1803): *Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law. ... Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and, consequently, the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void. This theory is essentially attached to a written constitution, and, is consequently, to be considered, by this court, as one of the fundamental principles of our society. ... If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.* Vgl verder Alexander Hamilton wat reeds in *The Federalist No 78* die Grondnorm-kwaliteit van 'n *Bill of Rights* bevestig. Sien ook *Cooper v Aaron* 358 U.S. 1, 18 (1958).

17 Vgl *Marbury v Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803): *It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each.* Vgl *ibid* 176-178 vir die volledige begroning van geregtelike kontrole asook Alexander Hamilton se *The Federalist No 78*. Hierdie kontrolekompetensie is nie uit die teks nie, maar uit die Grondwet se struktuur afgelei. Sien Stone ea *Constitutional Law* 31. Oor die heftige debat *pro* en *contra* die argumente ter erkenning van die geregtelike kontrolekompetensie in *Marbury v Madison*, sien die verwysings in Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 1 ev (veral 10 vt 16); Stone ea *ibid* 31 ev; en Tribe *Constitutional Law* 23 ev (veral 25 vt 9).

18 *Marbury v Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137, 169-172 (1803).

*Whatever the extent to which Congress, the Executive Branch, and the states may participate in the process of constitutional interpretation, it is clear that the federal courts, through the power of constitutional review, possess a power to govern - to regulate other actors - that they would not possess if the federal judicial business consisted of nothing but statutory interpretation and interstitial common lawmaking.*¹⁹

Gereguleerde kontrole word dus deur drie afsonderlike elemente gekenmerk: (i) die Grondwet is die hoogste regsnorm wat alle vorme van owerheidsgesag bind; (ii) die *Supreme Court* interpreteer en dwing die bepalings van die Grondwet af; en (iii) sodanige grondwetlike interpretasie is finaal en bindend vir alle vertakkinge van die owerheidsgesag.²⁰

3.2.4 Gereguleerde kontrole van staatlke owerheidshandeling

Die kompetensie van die *Supreme Court* om die wetgewing en owerheidshandeling van die verskillende deelstate in die Federasie te beoordeel, is kort na die *Marbury*-uitspraak erken. Dit het egter nie sonder aanvanklike teenstand geskied nie in deelstate wat 'n sterk federale owerheidsgesag as 'n bedreiging vir hul eie soewereiniteit gesien het.²¹ Hierdie kompetensie van die *Supreme Court* oor die verskillende deelstate van die Federasie is byvoorbeeld herbevestig tydens die hofbeslissings in 1958 en 1960 waar die weerstand van sekere state teen die federale integrasiebevele oorkom is wat na aanleiding van die beroemde desegrasiebeslissing van *Brown v Board of Education*²² gevolg het.²³

19 Tribe *Constitutional Law* 42.

20 Vgl Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 9, 11; *Marbury v Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); en *M'Culloch v Maryland* 17 U.S. (4 Wheaton) 316 (1819).

21 Vgl bv *Martin v Hunter's Lessee* 14 U.S. (1 Wheaton) 304 (1816); en in die algemeen Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 14 ev.

22 *Brown v Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954).

23 Vgl bv *Cooper v Aaron* 358 U.S. 1 (1958); en *Bush v Orleans Parish School Board* 364 U.S. 500 (1960). Die beginsel van die outentiekheid en verhewendheid van regterlike interpretasie van die Grondwet in die moderne Amerikaanse staatsreg, is paslik deur Brennan R in sy uitspraak van *Cooper v Aaron* 358 U.S. 1, 16-18 (1958) bevestig. In *casu* het hy *Little Rock* se voortgesette regverdiging van rassediskriminasie in die onderwys in weerwil van die *Brown*-beslissings 10 jaar tevore as teenstrydig met die *due process*-waarborg van die Veertiende Amendement veroordeel. Hy bevind dat *Marbury v Madison*, *declared the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution*. Daarom is die Hof se interpretasie van

3.2.5 Bepanking van geregtelike kontrole

Die *Supreme Court* se kompetensie om owerheidshandelinge te kontroleer word op verskeie wyses beperk. So byvoorbeeld bepaal Artikel III, 1 van die Grondwet dat die Kongres kompetent is om die jurisdiksionele organisasie van die federale laerhowe waar te neem, en Artikel III, 2 skep weer uitsonderings op die appèljurisdiksie van die *Supreme Court*.²⁴ Die *Supreme Court* beskik voorts ingevolge Artikel III, 2 van die Grondwet slegs oor jurisdiksie in sake waar sprake is van werklike *Cases of Controversies*.²⁵ Die Amerikaanse *Supreme Court* verrig egter nie soos die Duitse *Bundesverfassungsgericht* 'n abstrakte normkontrolefunksie nie.²⁶ Die algemene reël

-
- die Veertiende Amendement in *Brown, the supreme law of the land*.
- 24 Oor die diskresionêre appèlprosedure (*writ of certiorari*) wat in 1988 verander is om die werkslas van die Hof te verlig, vgl Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 28 ev; en Tribe *Constitutional Law* 44 vt 9. Konflik het egter ook reeds tussen die Kongres en die Hof voorgekom waar eg probeer het om lg se gesag in te perk in stryd met die beginsel van die skeiding van gesag. Sien in die algemeen Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 36 ev; Rotunda *Cases and Notes* 27 ev; Stone ea *Constitutional Law* 77 ev; Redish *Supreme Court Appellate Jurisdiction* 185-187; Ratner *Majoritarian Constraints* 182-185. 'n Hele aantal interessante sake illustreer hierdie historiese jurisdiksionele toutrekkery tussen die Kongres en die Hof. Vgl bv *Ex Parte McCardle* 74 U.S. (7 Wallace) 506 (1869) waar die Kongres 'n wet onttrek het wat daarvoor voorsiening gemaak het om 'n bepaalde *habeas corpus*-aansoek vanaf laerhowe na die *Supreme Court* te rig. Daar is egter in *Ex Parte Yerger* 75 U.S. (8 Wallace) 85 (1869) bevind dat die Kongres nie kon verhoed dat die Hof sake ingevolge die *certiorari*-prosedure aanhoor nie. Vgl ook *United States v Klein* 80 U.S. (13 Wallace) 128 (1871); en *Lauf v E.G. Shiner & Company* 303 U.S. 323 (1938).
- 25 Vgl die definisie van *Cases of Controversies* in *Aetna Life Insurance Company v Haworth* 300 U.S. 227, 240 ev (1937). Daar bestaan dus spesifieke jurisdiksionele reëls voor die Hof sake kan aanhoor. Vgl *Alabama State Federation of Labour v McAdory* 325 U.S. 450, 461 (1945) mbt abstrakte en hipotetiese vrae; *Muskrat v United States* 219 U.S. 346 (1911) mbt adviserende kompetensies; *Abbott Laboratories v Gardner* 387 U.S. 136, 148-152 (1967) oor die geskiktheid (*ripeness*) van 'n vraag vir beregting; *United States v Mistretta* 488 U.S. 361 (1988) oor die ekstra-judisiële aktiwiteite van federale regters; *United States v Johnson* 319 U.S. 302 (1943) mbt samespanning om die Hof se jurisdiksie te vestig; *Poe v Ullman* 367 U.S. 497, 509 (1961); en *Valley Forge Christian College v Americans United for Separation of Church and State, Inc.* 454 U.S. 464, 472-475 (1982) oor verskyningsbevoegdheid. Die Hof verduidelik in lg saak die minimum vereistes vir *standing* onder Art III van die Grondwet ten einde gevolg te gee aan die beginsel van skeiding van gesag. Die applikant moet naamlik aantoon '*that he personally has suffered some actual or threatened injury as a result of the putatively illegal conduct of the defendant*' (die sg *injury in fact*-vereiste), en *that the injury 'fairly can be traced to the challenged action'* (kousaliteitsvereiste), asook dat die nadeel '*is likely to be redressed by a favourable decision*' (vergoedingsvereiste). 'n Party het dus geen *standing* waar die eis (i) bestaan uit '*abstract questions of wide public significance*' which amount to '*generalized grievances, pervasively shared and most appropriately addressed in the representative branches*'; (ii) nie opsigself steun nie maar '*on the legal rights or interests of third parties*' berus; en (iii) waar dit nie binne '*the zone of interests to be protected or regulated by statute or constitutional guarantee in question*' ressorteer nie. Sien voorts *Allen v Wright* 468 U.S. 737 (1984) oor die verskil tussen die meerderheids- en minderheidsuitsprake mbt die toelaatbaarheid van klasaksies. Oor *standing* sien ook Tushnet 1977 *Cornell Law Review* Vol 62 688-697; Scalia *Doctrine of Standing* 159-162; Fletcher 1988 *Yale Law Journal* Vol 98 221-291; Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 54 ev, Rotunda *Cases and Notes* 32, Stone ea *Constitutional Law* 84 ev; en Tribe *Constitutional Law* 67-95, 107 ev.
- 26 Brugger *Einführung* 17.

bestaan voorts dat wanneer die *Supreme Court* beslissings van deelstate se howe hersien, dit in beginsel slegs op federale kwessies konsentreer en nie op beslissings van deelstate se howe wat *rest on adequate and independent state grounds* nie.²⁷

Een van die belangrikste beginsels wat geregtelike kontrole van owerheidsgesag beperk is die sogenaamde *political question*-leerstuk. Dit kan noukeuriger beskryf word as die leerstuk van nie-beregbaarheid (*doctrine of nonjusticiability*). Die beginsel beteken dat 'n saak wat in wese van 'n politieke aard is, nie deur die Hof gekontroleer word nie maar deur die aangewese politieke prosesse opgelos moet word.²⁸ Hierdie leerstuk spruit voort uit die grondwetlike beginsel van die skeiding van gesag van die regbank en die ander vertakkinge van die federale regering, en nie uit die verdeling van owerheidskompetensies en funksies tussen die federale en deelstaatlike regeringsvlakke nie.²⁹ Die leerstuk beteken dus dat, in teenstelling met grondwetlike stelsels soos die Federale Republiek van Duitsland en Kanada, nie alle

27 Vgl *Herb v Pitcairn* 324 U.S. 117, 125-126 (1945) per Jackson R. Sien in die algemeen Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 90-95.

28 Vgl in die algemeen Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 104-105; Stone ea *Constitutional Law* 106-123; Tribe *Constitutional Law* 96-107; Henkin 1976 *Yale Law Journal* Vol 85 597-625; en Glennon 1989 *American Journal of International Law* Vol 83 814-821. Hierdie leerstuk is die eerste keer neergelê in *Luther v Borden* 48 U.S. (7 Howard) 1, 42 (1849); en later uitvoerig beskryf in *Baker v Carr* 369 U.S. 186, 209-229 (1962); en *Powell v McCormack* 395 U.S. 486, 518-549 (1969). In *Baker v Carr* *ibid* 217 beslis Brennan R (meerderheidsbeslissing - Frankfurter R en Harlan R verskil in die minderheid) dat een van die volgende redes in feitlik alle sake voorkom waar 'n *political question* teenwoordig is: (i)... *textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department*; (ii) *or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it*; (iii) *or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non-judicial discretion*; (iv) *or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government*; (v) *or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made*; (vi) *or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question* (eie numering). Die regter beklemtoon egter dat die Hof steeds in die finale instansie die interpreteerder van die Grondwet is en dat dit bg kriteria na gelang van die feite van elke geval aanwend en self beoordeel of die leerstuk toegepas word. Tribe *ibid* 96 meen hierdie rede waarna die Hof verwys, is verteenwoordigend van een van drie teoretiese standpunte oor die verhouding tussen die regbank en die uitvoerende en wetgewende gesag. Dit is eerstens verteenwoordigend van die klassieke streng interpretasie van *Marbury v Madison* deur Welcher en Weston wat van die Hof verwag om al die sake voor die Hof te beslis, *unless the Court finds ... that the Constitution itself has committed the determination of the issue to the autonomous decision of another agency of government*. Tweedens verteenwoordig dit die funksionele benadering van Scharpf waarvolgens die Hof sulke faktore moet oorweeg soos *the difficulties in gaining judicial access to relevant information, the need for uniformity in gaining judicial access to relevant information, the need for uniformity of decision, and the wider responsibilities of the other branches of government*. Derdens bestaan die versigtighedsargumente van Bickel en Finkelstein wat glo die Hof moet die *political question*-leer behandel as *a means to avoid passing on the merits of a question when reaching the merits would force the Court to compromise an important principle or would undermine the Court's authority*.

29 *Baker v Carr* 369 U.S. 186, 210 (1962).

Amerikaanse owerheidshandelinge aan geregtelike kontrole ooreenkomstig grondwetlike norme onderworpe is nie. Dit beteken egter nie dat die *Supreme Court* glad nie politieke kwessies aanspreek nie, daar die proses van grondwetlike interpretasie in wese betrekking het op die dinamiek van regshandelinge en regsverhoudinge in die staatsreg wat noodwendig politieke implikasies inhou.³⁰ Die regswetenskaplike omvang van hierdie leerstuk, veral in formele sin, is egter weens die politieke dimensies daaraan verbonde, kompleks en onduidelik.³¹ Tribe meld voorts dat die belang van die leerstuk besig is om af te neem.³² Buitendien bestaan normatiewe sekerheid in soverre die Hof telkens beklemtoon dat hierdie leerstuk nie aanwending vind in gevalle waar belangrike individuele regte deur owerheidsoptrede geraak word nie.³³

3.2.6 Juridiese dimensies van individuele regte

a) Regsubjekte

Die grondwetlike teks en die interpretasiepraktyk van die *Supreme Court* identifiseer nie konsekwent dieselfde regssubjekte as draers van die individuele regte en burgerlike vryhede nie.³⁴ So byvoorbeeld sluit die woord *citizen* in Artikel III van die Grondwet (wat die federale regbank se jurisdiksie bepaal) natuurlike sowel as regspersone soos maatskappye in, terwyl die woord *citizen* in ander dele van die Grondwet soos die Vierde Amendament, nie vir maatskappye of vreemdelinge geld nie. Voorts word vreemdelinge, maar nie maatskappye nie, deur die Vyfde Amendament se beskerming teen gedwonge selfinkriminasie van *persons* beskerm. In teenstelling hiermee

30 Nowak and Rotunda *Constitutional Law* 104-105. Vgl bv sake met 'n politieke karakter soos die ongrondwetlikheid van die beslaglegging van walse vir die vervaardiging van staal deur President Truman tydens die Koreaanse Oorlog in *Youngstown Sheet & Tube Company v Sawyer* 343 U.S. 579 (1952); of waar President Nixon beveel is om die Watergate-bandopnames te oorhandig in *United States v Nixon* 418 U.S. 638 (1974); en *Nixon v Administrator of General Services* 433 U.S. 425 (1977).

31 Dit is byvoorbeeld veral moeilik om die juridiese van die politieke dimensies te onderskei in *Baker v Carr* 369 U.S. 186 (1962) (gebreklike indeling van kiesdistrikte); *Powell v McCormack* 395 U.S. 486 (1969) (diskwalifikasie van 'n verkose lid van die Huis van Verteenwoordigers); *Japan Whaling Association v American Cetacean Society* 478 U.S. 238 (1986) (internasionale ooreenkoms); *Davis v Bandemeier* 478 U.S. 109 (1986) (hersiening van verkiesingsbedrog). Sien in die algemeen Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 108-114; Stone ea *Constitutional Law* 106-123; en Tribe *Constitutional Law* 96-107.

32 Vgl Tribe *Constitutional Law* 98, 101.

33 Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 114.

34 Vgl in die algemeen Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 337-338.

beskerm die woord *persons* in die *due process*-waarborg van die Vyfde en Veertiende Amendamente en die Vierde Amendament se waarborg teen ontoelaatbare visiterings en beslagleggings, beide vreemdelinge en maatskappye. Hoewel die teks van die *due process*-waarborg van die Veertiende Amendament vereis dat dit tot beskikking van regssubjekte is wat fisies in 'n deelstaat se jurisdiksie is, het die *Supreme Court* die beskermingsveld uitgebrei om enige regs subjek in te sluit wat direk geraak word deur die deelstaat se wetgewing sonder om fisies in daardie deelstaat teenwoordig te wees.

b) Leerstuk van *state action*

Die vraag wie die adressante is wat deur die individuele regte en burgerlike vryhede gebind word, met ander woorde of daardie regte en vryhede ook vir regsverhoudinge in die privaatreg geld, word ingevolge die leerstuk van *state action* aangespreek.³⁵ In beginsel bind die meeste van die individuele regte en burgerlike vryhede die federale en/of deelstaatlike owerhede sonder dat dit ook vir privaatregtelike handeling geld.³⁶ Direkte derdewerking van individuele regte en burgerlike vryhede is dus nie toelaatbaar nie. Die belangrikste uitsondering hierop is die Dertiende, Veertiende en Vyftiende Amendamente wat onder meer slawerny en vryheidsberowing verbied, asook die verhinderings van 'n stemgeregtigde om op grond van ras of kleur te stem.

Ingevolge die heersende regsposisie word private diskriminasie nie deur die Veertiende Amendament geraak nie, tensy dit as *state action* beskou kan word.³⁷ Die

35 Vgl Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 336 ev; Tribe *Constitutional Law* 1688 ev; en Brugger *Einführung* 86 ev.

36 Vgl Art I, 9 en 10 van die Grondwet; en Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 336.

37 *Jackson v Metropolitan Edison Company* 419 U.S. 345, 349-350 (1974). Die regsposisie het 'n ver pad gekom vanaf die *Civil Rights Cases* 109 U.S. 3, 11-13, 17 (1883) waar die Hof bevind dat federale wetgewing wat uit hoofde van die *Civil Rights Act* van 1875 uitgevaardig is om rassediskriminasie in openbare geriewe en plekke van sosiale byeenkoms te verbied en sodoende in privaatregtelike handeling en die kompetensiesfeer van die deelstate inbreuk maak, ongrondwetlik is. Volgens die meerderheid van die Hof in die *Civil Rights Cases* (*ibid* 17 per Bradley R) word die Veertiende Amendament nie deur hierdie private diskriminerende handeling geraak nie, maar slegs deur *state action*: *The wrongful act of an individual, unsupported by any such authority, is simply a private wrong, or a crime of that individual; an invasion of the rights of the injured party, it is true, whether they affect his person, his property, or his reputation; but if not sanctioned in some way by the State, or not done under State authority, his rights remain in full force, and may presumably be vindicated by resort to the laws of the State for redress.* Juis om weer hierdie gevaar te verhoed, is die *Civil Rights Act* van 1964 so geformuleer dat *Title II* (wat diskriminasie in openbare geriewe verbied) en *Title VII* (wat diskriminasie in arbeidspraktyk verbied) nie onder die Veertiende Amendament aanvaar word nie. Dit is naamlik onder Art 1, 10,

leerstuk van *state action* is egter in 'n staat van onsekerheid gehul daar die *Supreme Court* dit nie uitvoerig en eenvormig ontwikkel het nie, maar hoofsaaklik individueel na gelang van die eise van elke geval beslis.³⁸ Dit is egter wel duidelik dat indien die howe ingevolge die *common law* regspraak lewer, dit wel as 'n vorm van *state action* beskou word.³⁹ Ten spyte van die regsonsekerheid oor die leerstuk van *state action* is algemene maatstawwe vir *state action* wel in enkele beslissings neergelê.⁴⁰ *State action* is veral van toepassing in twee gevalle waar die private en publieke handeling vermeng word.⁴¹ Eerstens is daar die gevalle waar publiekregtelike kompetensies (*public functions*) deur privaat regsobjekte waargeneem word, soos die interne verkiesings van politieke partye voor 'n algemene verkiesing,⁴² of waar privaatdorpe deur maatskappye gestig en geadministreer word (sogenaamde *company towns*).⁴³ Die blote waarneem van 'n publiekregtelike kompetensie maak daardie handeling egter nie sondermeer 'n *state action* nie.⁴⁴ Dit moet eers met goedkeuring van die owerheidsgesag geskied, en boonop moet dit 'n kompetensie wees wat tradisioneel eksklusief deur die owerheid vervul is.⁴⁵ Tweedens geld dit vir gevalle waar

se *Commerce Clause* en die kompetensie om interstaatlike verkeer te reguleer, aanvaar, sodat die diskriminasieverbod nie deur die *state action*-leerstuk ongedaan gemaak kan word nie.

- 38 *Tribe Constitutional Law* 1690. Vgl bv *Bell v Maryland* 378 U.S. 226, 227-241 (1964) per Brennan R (meerderheidsbeslissing) teenoor die ander regters se menings as bevestiging van die onsekerheid oor hoe 'n *sit-in*-aksie van 12 swartmense in 'n private blanke restaurant, hanteer moet word. Douglas R *ibid* 242-260 meen (afsonderlike opinie tot die meerderheid) dat dit hier gaan oor die reg van alle persone, ongeag hul kleur of klas, om toegang tot openbare geriewe te verkry, al word dit deur 'n private instansie bedryf. Hierdie standpunt lei hy inherent uit die historiese bedoeling van die Dertiende tot Vyftiende Amendamente af. Goldberg R *ibid* 286-318 (ondersteunend tot die meerderheid) glo dat die owerheid se afdwinging en dus kondonering van private diskriminasie teenstrydig met die *common law* se waarborg van gelyke toegang tot openbare geriewe is. Black R, Harlan R en White R *ibid* 318-346 (minderheidsmening) het egter bevind dat die Veertiende Amendament nie private diskriminasie verbied nie, dat die betogers van betreding aangekla kan word, en dat persone wat private diskriminasie toepas wel die owerheid kan vra om hul eiendomsreg te beskerm deur die diskriminasie af te dwing.
- 39 *New York Times Company v Sullivan* 376 U.S. 254, 265 (1964); *Shelley v Kraemer* 334 U.S. 1 (1948); en *Tribe Constitutional Law* 1711-1715.
- 40 *Jackson v Metropolitan Edison Company* 419 U.S. 345, 350 (1974); *But the inquiry must be whether there is a sufficiently close nexus between the State and the challenged action of the regulated entity so that the action of the latter may be fairly treated as that of the State itself. ... The true nature of the State's involvement may not be immediately obvious, and detailed inquiry may be required in order to determine whether the test is met.*
- 41 Nowak and Rotunda *Constitutional Law* 336-337; en Brugger *Einführung* 89-90.
- 42 *Terry v Adams* 345 U.S. 461 (1953) ('n *pre-primary* verkiesing se uitsluiting van nie-blanke kiesers is ongrondwetlik).
- 43 *Marsh v Alabama* 326 U.S. 501 (1946) ('n privaatmaatskappy se nedersetting kan nie mbv statutêre betredingswette die aktiwiteit van die Jehova-getuies in daardie dorp se strate keer nie).
- 44 Vgl Brugger *Einführung* 89.
- 45 Vgl Brugger *Einführung* 89. Dit was nie die geval by 'n private elektrisiteitsmaatskappy nie wat, hoewel dit ondergeskik aan owerheidsregulering was, steeds in stryd met die *due process*-beginsel klante wat nie hul rekenings betaal het nie, se elektrisiteit afgesny het. Vgl *Jackson v Metropolitan Edison Company* 419 U.S. 345 (1974). Vgl *Rendell-Baker v Kohn* 457 U.S. 830,

privaatregtelike handelingte óf deur die owerheid ondersteun word, óf nou aan owerheidshandelingte verbonde is.

Die regsposisie kan kortliks soos volg saamgevat word.⁴⁶ 'n Late van die owerheid om byvoorbeeld private diskriminering te verbied, vorm nog nie *state action* nie. Voorts vorm gevalle waar privaatsone tradisionele owerheidshandelingte uitvoer wat enigiemand kon verrig het, soos brandweerdienste, polisiebeskerming, water- en elektrisiteitsvoorsiening, ook nie *state action* nie. Selfs al geld publiekregtelike norme gedeeltelik vir privaatregtelike handelingte, is dit nog nie voldoende nie. Daar word wel in 'n bepaalde geval vereis dat die owerheid die private handeling (soos diskriminering) ondersteun deur middel van hul gesag, eiendom of prestige; of dat daar 'n vennootskaps- of soortgelyke eng verhouding tussen die owerheid en privaatregetlike party moes bestaan het alvorens dit op *state action* neerkom.

3.2.7 Staatsregkultuur

Die oorsprong van die Amerikaanse grondwetlike beskouing word gevind in die burgeroorlog en *Glorius Revolution* van Engeland in die sewentiende eeu.⁴⁷ Hier is die uitvoerende koninklike gesag eventueel deur die verkose Parlement beperk en beide die Kroon en Parlement is op hul beurt weer ingevolge die *rule of law*-beginsel deur die *common law*-howe gekontroleer.⁴⁸ Die Amerikaanse grondwetlike beskouing word sedert die aankoms van die eerste kolonialiste en later in die *Declaration of Independence*, die *Constitutional Convention* en eventueel in die Federale Grondwet gekenmerk deur die beginsels van demokrasie, skeiding van gesag, federalisme, *rule of law* en individuele vryheid. Gevolglik het 'n unieke Amerikaanse republikeinse tradisie ontwikkel wat owerheidsgesag beperk en 'n hoë

840-842 (1982)) per Burger HR (meerderheidsbeslissing) Burger HR bevind dat die afdanking van 'n onderwyseres by 'n privaatskool vir spesiale onderrig wat meer as 90% deur die owerheid befonds en bestuur word, openbaar nie 'n *sufficiently close nexus* met *state action* nie, omdat (i) die ontvangs van owerheidsfonse nie deurslaggewend is nie; (ii) die ontslag nie beheer word deur owerheidsregulasies nie; (iii) die vraag nie is of onderwys 'n *public function* is nie, maar of onderwys 'n *exclusive state prerogative* is (wat dit nie was nie); en (iv) daar geen *symbolic relationship* tussen die staatsowerheid en daardie skool bestaan nie. Marshall R *ibid* 844 (minderheidsmening met Brennan R) bevind egter dat daar juis 'n sterk genoeg *nexus* bestaan het om die afdanking as *state action* te beskou.

46 Brugger *Einführung* 89-90.

47 Oor die Amerikaanse grondwetlike oorsprong en geskiedkundige ontwikkeling vgl in die algemeen Kely, Harbison en Belz *American Constitutionalism* Vol I en II.

prioriteit op individuele vryheid plaas.⁴⁹ Hierdie beskouing van individuele vryheidsregte was aanvanklik gebed in die klassieke republikeinse en gedentraliseerde *laissez faire*-liberalisme wat veral klem geplaas het op private eiendomsreg, die vryhede van kontraksluiting, spraak, assosiasie, godsdiens en op regverdige prosedures. Met die toenemende meganisering, politieke sentralisering, federale regulering en sosiale integrasie van die moderne nasiestaat in die twintigste eeu, het hierdie klassieke liberalisme ontwikkel tot die federale beskerming van burgerregte van spesifieke benadeelde groepe teen verskeie vorme van diskriminasie en marginalisering.⁵⁰ Uit hoofde van hierdie grondwetlike kultuur is dit daarom nie vreemd nie dat die Amerikaanse burgers baie gesteld is op hulle individuele regte en burgerlike vryhede en vorm die Amerikaanse samelewing daarom 'n hoogs litigatiewe samelewing.⁵¹

'n Regsvergelykende studie van die grondwetlike hermeneutiek in die Amerikaanse reg teenoor die Kontinentale regstelsels moet met omsigtigheid geskied. Die unieke staatsregkultuur van die Duitse en die Amerikaanse regstelsels moet deeglik in ag geneem word. Elders is reeds gewys op die dogmatiese, hoogs verfynde en abstrakte Duitse regswetenskaplike tradisie wat die BVerfG se konkretisering van fundamentele regte beïnvloed. Hierteenoor bestaan daar nie 'n algemene regs- en fundamentele regteleer in die pragmaties georiënteerde regsbenadering van die Verenigde State nie, en pogings daartoe word boonop met skeptisisme bejeën.⁵² Hierdie verskil in staatsregkultuur maak 'n vergelyking moeilik, maar nie onmoontlik nie.

Die unieke aard van die Amerikaanse staatsregtelike kultuur kan ten beste met die beskrywing van Regter Charles E Hughes in 1907 beskryf word: *We are under a Constitution, but the constitution is what the judges say it is.*⁵³

Die Amerikaanse reg beklemtoon dus veral die *Supreme Court* se konstruksie van die kriptiese, oop en abstrak geformuleerde grondwetlike norme.⁵⁴ Dit word geïllustreer

48 Kelly, Harbison en Belz *American Constitutionalism* Vol II xx.

49 Kelly, Harbison en Belz *American Constitutionalism* Vol II xxi.

50 Kelly, Harbison en Belz *American Constitutionalism* Vol II 508-510.

51 Hutchinson en Monahan 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 202.

52 Brugger *Einführung* 83.

53 Aangehaal in Brugger *Einführung* 7.

54 Brugger *Einführung* 7.

deur toonaangewende Amerikaanse staatsregwerke wat telkens die kontrolekompetensie van die *Supreme Court* beklemtoon deur met 'n bespreking van *Marbury v Madison* te begin.⁵⁵ Hierteenoor sal die standaard wetenskaplike benadering in die Duitse staatsregbronne eerder met 'n dogmatiese uiteensetting van die grondwetlike struktuur en fundamentele grondwetlike beginsels begin.⁵⁶ Hierdie kenmerk van die Amerikaanse staatsregkultuur kan aan verskeie redes toegeskryf word.⁵⁷

a) Die Amerikaanse Grondwet bevat slegs enkele waarborge van individuele regte en beskik nie soos die meeste moderne grondwette oor 'n omvattende katalogus van fundamentele regte waarin die grondslag vir 'n algemene dogmatiese fundamentele regteleer gelê word nie.

b) 'n Algemeengeldende teorie oor fundamentele regte vereis 'n hoë mate van sistematisering en 'n inherente struktuur wat vreemd aan die Amerikaanse regstelsel is. Die Amerikaanse reg word gekenmerk deur die kasuïstiese *case law*-benadering vanuit die Engelse *common law*-tradisie waarvolgens regswetenskaplike reëls uit individuele gevalle ontwikkel word wat dit in 'n mindere mate tot abstraksie en algemeengeldendheid leen. Gevolglik verkies die Amerikaanse reg spesifieke regsreëls bo algemeengeldende abstrakte regsbeginsele.

c) Weens die invloed van die Amerikaanse realisembeweging word die regswerklikheid veral tydens regspraak beklemtoon, deurdat regters na realistiese oplossings in plaas van formalistiese of naïewe en idealistiese antwoorde soek.

d) Omdat die Verenigde State heterogene rasse-, kulturele en ekonomiese sferes het, lei dit anders as die meer homogene Duitse samelewing tot verskillende kulturele en juridiese waardes wat konsensus tydens regsvorming en interpretasie bemoeilik.

Regterlike interpretasie in die Verenigde State konsentreer dus meer op die konstruksie en realisering van die reg in 'n bepaalde politieke werklikheid as dat die

55 Vgl bv Tribe *Constitutional Law* 23 ev; en Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 1 ev.

56 Brugger *Einführung* 7.

57 Brugger *Einführung* 7 en 83. Vgl veral die uitstekende vergelyking tussen die verskille van die

regbank uit hoofde van 'n algemene en gemeenskaplike regsdoelstelling, regsnorme konstrueer.

3.2.8 Natuurreg

In *Calder v Bull*⁵⁸ het die regters verskillende menings gehuldig oor die rol wat die natuurreg tydens grondwetlike konstruksie vervul.⁵⁹ Regter Chase⁶⁰ het naamlik in sy opinie bevind dat die uitoefening van wetgewende gesag nie alleen aan die toepaslike grondwetlike norme nie, maar ook aan die natuurreg moet voldoen, omdat die outeurs van die Grondwet juis bedoel het om 'n beperkte staatsowerheid te skep. Wetgewing wat dus teenstrydig met die natuurregnorme soos natuurlike geregtigheid en die algemene regsbeginsels is, is nietig.

In teenstelling hiermee het Regter Iredell⁶¹ die klem op regterlike terughoudendheid geplaas, deur die standpunt te verwerp dat wetgewende handeling wat strydig met die reëls van natuurlike geregtigheid is, by implikasie ook nietig is. Slegs die norme van die Grondwet behoort as beoordelingsmaatstaf van wetgewing te geld. Die geskrewe karakter van grondwetlike norme diskwalifiseer ongeskrewe natuurregtelike norme om as maatstaf te geld. Voorts beskik die beginsel van natuurlike geregtigheid oor geen vaste standaard nie en sal dit eerder tot regsonsekerheid lei. Hoewel Regter Iredell se standpunt sedertdien formeel nagevolg is, het Regter Chase se standpunt inderwaarheid veld gewen soos die belangrikste uitspraak van die *Supreme Court* oor

Duitse en Amerikaanse regskulture en regsfilosofie in Herget *German Legal Philosophy* 104-121.
58 3 U.S. (3 Dallas) 386 (1798).

59 Vgl ondersteunend Nowak, Rotunda en Young *Constitutional Law* 426; en Lockhart, Kamisar en Choper *American Constitution* 350-352. Oor die algemene debat rondom die gelding van natuurregtelike norme tydens grondwetlike interpretasie, sien Stone ea *Constitutional Law* 69. Vgl bv die inkorporasiedebat van die Veertiende Amendament se *due process*-waarborg in *Adamson v California* 332 U.S. 46, 65-67 (1947) per Frankfurter R wat op die natuurreg as maatstaf steun om inhoud aan die Veertiende Amendament te gee. Frankfurter R steun nl op *Palko v Connecticut* 302 U.S. 319, 325 (1937); en *Twining v New Jersey* 211 U.S. 78, 92 (1908). Hierteenoor verwerp Black R *ibid* 69-70 (minderheidsbeslissing) die natuurreg as grondslag vir die konstruksie van die Veertiende Amendament, omdat dit die Grondwet relatiewe en die regbank ongrondwetlik op die wetgewer se terrein laat beweeg. Black R (*ibid* 75-78) steun veral op die eerste sake waar die Veertiende Amendament uitgelê word. Dit is die *Slaughterhouse*-sake 83 U.S. (16 Wallace) 36 (1872) per Miller R (meerderheidsbeslissing) wat juis die uitnodiging aan die Hof verwerp het om die inhoud van die Veertiende Amendament vanuit die natuurreg te konstrueer. Die argument wat die Hof verwerp het, was dat 'n verbod op 'n monopolie in die slagbedryf teen die natuurlike reg om 'n beroep te beoefen en 'n besigheid te bedryf, sou indruis.

60 *Calder v Bull* 3 U.S. (3 Dallas) 386, 387-389 (1798).

61 *Calder v Bull* 3 U.S. (3 Dallas) 386, 398-400 (1798).

substantiewe geregtigheid in latere jare getoon het.⁶²

Naas die posisie van die natuurreg, bestaan die vraag ook na die rol wat die heersende gemeenskapsmoraliteit of sosiale konsensus tydens grondwetlike interpretasie speel. Skrywers meen dat dit in beginsel toelaatbaar is om tydens die interpretasie van algemene grondwetlike norme op die heersende morele gemeenskapsbeskouing of sosiale konsensus te steun.⁶³ Kritiek teen hierdie standpunt lui egter dat die openbare of gemeenskapsiening nie noodwendig versoenbaar is met die geregtigheidsbeginsel wat deur die *Bill of Rights* gereflekteer word nie, soos die regterlike handhawing van heersende rassitiese sosiale norme in *Dredd Scott v Sanford*⁶⁴ en *Plessy v Ferguson*⁶⁵ tereg geïllustreer het.

3.3 ALGEMENE BEGINSELS VAN GRONDWETLIKE KONSTRUKSIE

3.3.1 *Sui generis* aard van grondwetlike norme

So vroeg reeds as 1819 het Hoofregter Marshall in die toonaangewende beslissing van *M'Culloch v Maryland*⁶⁶ oor die beginsel van federalisme en die verhouding tussen die federale en deelstaatlike owerhede nie slegs die *sui generis* strukturele aard van individuele grondwetlike norme aangedui nie, maar het hy ook die unieke karakter van die Grondwet self beklemtoon.⁶⁷ Beide faktore beïnvloed noodwendig die proses waarvolgens die Grondwet geïnterpreteer word. Soos hieronder aangedui, is dit juis

62 Nowak, Rotunda en Young *Constitutional Law* 426.

63 Stone ea *Constitutional Law* 41.

64 60 U.S. (19 Howard) 393 (1856).

65 163 U.S. 537 (1896).

66 17 U.S. (4 Wheaton) 316 (1819).

67 *M'Culloch v Maryland* 17 U.S. (4 Wheaton) 316, 407 (1819): *A constitution, to contain an accurate detail of all the subdivisions of which its great powers will admit, and of all the means by which they may be carried into execution, would partake of the prolixity of a legal code, and could scarcely be embraced by human mind. It would probably never be understood by the public. Its nature, therefore, requires, that only its great outlines should be marked, its important objects designated, and the minor ingredients which compose those objects be deduced from the nature of the objects themselves. That this idea was entertained by the framers of the American constitution, is not only to be inferred from the nature of the instrument, but from the language. Why else were some of the limitations, found in the ninth section of the 1st article, introduced? It is also, in some degree, warranted by their having omitted to use any restrictive term which might prevent its receiving a fair and just interpretation. In considering this question, then, we must never forget, that it is a constitution we are expounding.* Frankfurter 1955 *Harvard Law Review* Vol 69 219 sou later die belang van hierdie beroemde laaste sin van Marshall HR onderskryf: *It bears repeating because it is, I believe, the single most important utterance in the literature of constitutional law - most important because most comprehensive and most comprehending.*

hierdie kriptiese, oop en abstrakte strukturele kwaliteit van grondwetlike norme wat tot die omvangryke debat oor die aard en legitimititeit van grondwetlike interpretasie deur die *Supreme Court* aanleiding gegee het. Hierdie besondere kwalitatiewe karakter van grondwetlike norme laat naamlik 'n groot ruimte toe vir regterlike diskresie tydens grondwetlike konstruksie. Gevolglik is die teenstanders van die geregtelike kontrolekompetensie in *Marbury v Madison* bevrees dat regters se subjektiewe voorkeure of persoonlike politieke en ander waardekeuses in plaas van die bedoeling van die oorspronklike outeurs van die Grondwet, die deurslaggewende rol in die Hof se regspraak sal speel.⁶⁸

3.3.2 Grondwetlike beskouings

Die debat rondom die *counter majoritarian*-dilemma en die toepaslike hermeneutiese beginsels wat tydens grondwetlike konstruksie deur die *Supreme Court* aangewend word, sentreer op drie verwante vrae wat ten diepste met die spesifieke beskouing oor demokrasie, reg en staat van verskillende denkstrominge saamhang.⁶⁹ Daar word naamlik gevra, wat is die Grondwet wat geïnterpreteer moet word, wie is die gesaghebbende interpreteerders daarvan, en volgens welke proses geskied of behoort sodanige interpretasie te geskied.⁷⁰ Deurdadig standpunte oor hierdie drie vrae ten nouste met mekaar vervleg is, word ter aanvang kortliks gefokus op enkele grondwetlike beskouinge onderliggend aan die verskillende teorieë⁷¹ se voorstellings van die aangewese beginsels en tegnieke wat vir die interpretasie, konstruksie en konkretisering van grondwetlike norme, soos individuele regte, gebruik word.

a) Die Grondwet word enersyds beskou as sou dit uit slegs die geskrewe teks bestaan, terwyl dit andersyds wyer beskou word om ook ekstra-tekstuele materiaal soos bepaalde politieke praktyke, dokumente soos die *Declaration of Independence*, demokratiese beginsels en grondwetlike teorie in te sluit.⁷² Hoewel die meerderheid van skrywers ook ekstra-tekstuele materiaal betrag, heers daar juis onsekerheid oor

68 Vgl Stone ea *Constitutional Law* 38.

69 Davis ea *Constitutional Interpretation* 6.

70 Vgl Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 9.

71 Vgl uitvoerig par 3.5 *infra*.

72 Vgl Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 290.

hoe omvangryk dit moet geskied.⁷³

b) Sekere persone beskou weer die Grondwet as 'n voltooide wet terwyl 'n ander standpunt van mening is dat dit voortdurend verander. Regter Sutherland het byvoorbeeld in sy minderheidsuitspraak van 1934 in *Home Building & Loan Association v Blaisdell* eersgenoemde standpunt gehuldig⁷⁴ - hoewel hy nie 'n rigiede toepassing van daardie onveranderde betekenis bepleit nie.⁷⁵ Hierteenoor beklemtoon Hoofregter Hughes namens die meerderheid met oorweldigende gesag die teendeel in dieselfde saak.⁷⁶ Hoofregter Warren het in 1958 in *Trop v Dulles* by laasgenoemde

73 Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 290.

74 *Home Building & Loan Association v Blaisdell* (ook bekend as die *Minnesota Moratorium*-saak) 290 U.S. 398, 448-449 (1934): *A provision of the Constitution ... does not admit of two distinctly opposite interpretations. It does not mean one thing at one time and an entirely different thing at one another time.* Hy verwys goedkeurend na verskeie klassieke presedente waaronder Taney HR se toepassing van hierdie reël wat die regshermeneutiese grondslag gevorm het vir die katastrofale kondonering van rassediskriminasie in *Dred Scott v Sanford* 60 U.S. (19 Howard) 393, 426 (1856): *No one, we presume, supposes that any change in public opinion or feeling in relation to this unfortunate race, in the civilized nations of Europe or in this country, should induce the court to give the words of the Constitution a more liberal construction in their favor than they were intended to bear when the instrument was framed and adopted. Such an argument would be altogether inadmissible in any tribunal called on to interpret it. If any of its provisions are deemed unjust, there is a mode prescribed in the instrument itself by which it may be amended; but while it remains unaltered, it must be construed now as it was understood at the time of its adoption. It is not only the same in words, but the same in meaning, and delegates the same powers to the government, and reserves and secures the same rights and privileges to the citizen; and as long as it continues to exist in its present form, its speaks not only in the same words, but with the same meaning and intent with which it spoke when it came from the hands of its framers, and was voted on and adopted by the people of the United States. Any other rule of construction would abrogate the judicial character of this court, and make it a mere reflex of the popular opinion or passion of the day.*

75 *Home Building & Loan Association v Blaisdell* 290 U.S. 398, 451-453 (1934): *The provisions of the federal Constitution, undoubtedly, are pliable in the sense that in appropriate cases they have the capacity of bringing within their grasp every condition which falls within their meaning. But, their meaning is changeless; it is only their application which is extensible. ... Constitutional grants of power and restrictions upon the exercise of power are not flexible as the doctrines of the common law are flexible. These doctrines, upon the principles of the common law itself, modify or abrogate themselves whenever they are or whenever they become plainly unsuited to different or changed conditions. ... 'What a court is to do, therefore, is to declare the law as written, leaving it to the people themselves to make such changes as new circumstances may require. The meaning of the constitution is fixed when it is adopted, and it is not different at any subsequent time when a court has occasion to pass upon it.' The whole aim of construction, as applied to a provision of the Constitution, is to discover the meaning, to ascertain and give effect to the intent, of its framers and the people who adopted it. ... The necessities which gave rise to the provision, the controversies which preceded, as well as the conflicts of opinion which were settled by its adoption, are matters to be considered to enable us to arrive at a correct result. ... As nearly as possible we should place ourselves in the condition of those who framed and adopted it. ... And if the meaning be at all doubtful, the doubt should be resolved, wherever reasonably possible to do so, in a way to forward the evident purpose with which the provision was adopted. Vgl bevestigend *West Coast Hotel Company v Parrish* 300 U.S. 379, 402-404 (1937) per Sutherland R (minderheidsbeslissing).*

76 *Home Building & Loan Association v Blaisdell* 290 U.S. 398, 443 (1934): *If by the statement that what the Constitution meant at the time of its adoption it means today, it is intended to say that the*

evolusionêre konstruksie aangesluit deur die betekenis van grondwetlike norme (individuele regte in die Agtste Amendament) wat 'n onvoltooide of oop karakter het, te vind in die *evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society*.⁷⁷ Daar moet egter daarop gelet word dat geen gesaghebbende skrywer tans so 'n onbegrensde grondwetlike beskouing aanhang dat haas enige betekenis by die Grondwet ingelees kan word nie.⁷⁸

c) In aansluiting by voorgaande bestaan daar ook die standpunt wat grondwetlike norme as vaste regsreëls beskou wat altyd nagevolg moet word al is die resultaat ook ongewens.⁷⁹ Die argument lui dat daardie reëls se regsrag nie verlore gaan bloot omdat openbare sentimente verander het nie, buiten in gevalle waar die Grondwet dienooreenkomstig amendeer word. Hierteenoor staan diegene wat die grondwetlike bepalings slegs sien as die gesaghebbende en rigtinggewende visie van die ideale samelewing waarna die Amerikaanse samelewing moet streef. Laasgenoemde standpunt glo dat die grondwetlike gemeenskap sekere hoër waardes soos menswaardigheid en outonomie nastreef. Daarom behels grondwetlike interpretasie meer as bloot 'n meganiese uitleghandeling, maar is dit 'n skeppende proses wat die gees en onderliggende waardes van die grondwet moet vind en vertolk. Die eerste, rigiede standpunt, verleen byvoorbeeld bloot retoriese waarde aan die voorrede van die Grondwet. Hierteenoor beskou die tweede, visionêre beskouing, die aspirasies in die voorrede van eenheid, geregtigheid, harmonie, nasionale verdediging, algemene

great clauses of the Constitution must be confined to the interpretation which the framers, with the conditions and outlook of their time, would have placed upon them, the statement carries its own refutation. It was to guard against such a narrow conception that Chief Justice Marshall uttered the memorable warning - 'We must never forget that it is a constitution we are expounding' ... - 'a constitution intended to endure for ages to come, and, consequently, to be adapted to the various crises of human affairs.' ... When we are dealing with the words of the Constitution, said this Court ... 'we must realize that they have called into life a being the development of which could not have been foreseen completely by the most gifted of its begetters'. ... The case before us must be considered in the light of our whole experience and not merely in that of what was said a hundred of years ago.

77 *Trop v Dulles* 356 U.S. 86, 101 (1958) (ondersteun deur Black R, Douglas R en Whittaker R). Frankfurter R *ibid* 117-119, 120 en 128 (minderheidstandpunt ondersteun deur Burton R, Clark R en Harlan R) het egter skerp beswaar gemaak teen die Hof se konstruksie as synde 'n oorskryding van regterlike selfbeheer, dat dit 'n omverwerping van die gewone duidelike betekenis van die regsreël se woorde is, en dat dit boonop teenstrydig is met die oorspronklike doel van daardie bepaling. Hierop vervolg Frankfurter R *ibid* 128: *The awesome power of this Court to invalidate such legislation, because in practice it is bounded only by our own prudence in discerning the limits of the Court's constitutional function, must be exercised with the utmost restraint.*

78 Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 290.

79 Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 291. Vgl by *West Coast Hotel Company v Parrish* 300 U.S. 379, 403-404 (1937) per Sutherland R

welsyn en vryheid, as die onafhanklike en gesaghebbende tekstuele begroning van sekere fundamentele grondwetlike waardes.⁸⁰

3.3.3 Kanons van konstruksie as hermeneutiese sistematiseringsraamwerk

a) Inleiding

Daar bestaan nie 'n algemene en vaste regswetenskaplike sisteem van statutêre of grondwetlike interpretasiebeginsels in die Amerikaanse reg soos in die Duitse reg nie.⁸¹ Die vooraanstaande regswetenskaplikes, Henry Hart en Albert Sacks, bevestig reeds hierdie posisie in die vyftigerjare op treffende wyse:

*Do not expect anybody's theory of statutory interpretation, whether it is your own or somebody else's, to be an accurate statement of what courts actually do with statutes. The hard truth of the matter is that American courts have no intelligible, generally accepted, and consistently applied theory of statutory interpretation.*⁸²

Intendeel, daar bestaan in die Amerikaanse regsteorie nie werklik bruikbare moderne handboeke oor die reëls wat tydens wetsuitleg, wat nog te sê grondwetlike konstruksie, gevolg word nie.⁸³ Die leerplanne van Amerikaanse universiteite se regsopleiding bied meestal weinig tot geen opleiding in wetsuitleg nie en oor die

(minderheidsbeslissing).

80 Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 291.

81 Brugger *Einführung* 10. Henkin 1978 *Columbia Law Review* Vol 78 1028 meld hiertoe: *It is hopeless to attempt to articulate such a conception. I can only refer to the volumes of debate about strict and liberal construction; about the uses and abuses of language and logic, text and context, structure and 'the Constitution as a whole,' and whatever John Marshall may have had in mind in that now-tired reminder that it is a Constitution we are expounding; to legislative history, philosophy, and other external aids to discover the 'intent' of the framers or their 'purposes'; to national and constitutional history since the adoption of the Constitution; to the development of the institutions of government; to judicial review and its implications for our democracy; and to much else – including good sense - that is relevant to 'the ascertainment of meaning'; 'the proliferation of purpose.'* *Balancing as a possible principle of interpretation has to be considered among all these ...*

82 Soos aangehaal in Scalia *A Matter of Interpretation* 14.

83 Sien die kritiek in Scalia *A Matter of Interpretation* 14-15, 96 ev. 'n Noemenswaardige uitsondering is die bydrae in 1994 van Eskridge *Dynamic Statutory Interpretation*. Eskridge *ibid* 1 begin juis sy boek deur te verwys na die skielike belangstelling in statêre interpretasie as die *Cinderella of legal scholarship* sedert 1982: *Once scorned and neglected, confined to the kitchen, it now dances in the ballroom*. Vgl die handige verwysing na wetenskaplike bydraes oor wetsuitleg sedert die laat tagtigerjare in die VSA in Eskridge *ibid* 336-337 vt 19.

algemeen word die belang van statute as bron van die reg afgeskeep teenoor die oorheersende klem wat op presedente geplaas word.⁸⁴

Weens die gebrek aan 'n algemeengeldende regshermeneutiese benadering in die Amerikaanse reg, is dit nie vreemd dat skrywers verskeie indelings in hul teorieë oor die *Supreme Court* se interpretasie van individuele regte volg nie. As hierdie teoretiese bydraes egter van nader beskou word, is dit opmerklik dat die skrywers meestal dieselfde argumente ter begronding van die *Supreme Court* se grondwetlike konstruksies vind.⁸⁵

Volgens Brison en Sinnott-Armstrong berus die Hof se argumente meestal op die betekenis van die woorde van die grondwetlike teks, die historiese bedoeling van die skrywers van die Grondwet, presedente, en die morele waarde-oordele van regters.⁸⁶ Bobbit verwys weer na historiese, regswetenskaplike, tekstuele, strukturele, etiese en versigtighedsargumente.⁸⁷ Vir Murphy, Flemming en Harris kan die Hof se konstruksie weer berus op die woorde van die grondwetlike teks, die geskiedenis en struktuur van die Grondwet, die toepaslike regswetenskaplike reëls, die invloed van daardie konstruksie op die regspraktyk, asook die doel en oogmerk van die regsnorm.⁸⁸ Laasgenoemde skrywers onderskei ook enkele praktiese analitiese tegnieke wat deur regters tydens genoemde argumente aangewend word, soos letterlike interpretasie, deduktiewe en induktiewe interpretasie, die oorspronklike bedoeling van die outeurs of ratifiseerders van die Grondwet, balansering van konflikterende belange, die *stare decisis*-leer, en argumente van morele en politieke filosofie.⁸⁹ Fallon meen weer dat regters se argumente tydens grondwetlike konstruksie steun op die gewone of noodsaaklike of historiese betekenis van die grondwetlike teks, die oorspronklike bedoeling van die outeurs of ratifiseerders, grondwetlike teorie, presedente, en waarde-oordele met betrekking tot geregtigheid- en sosiale beleidskeuses.⁹⁰ Aleinikoff argumenteer dat grondwetlike konstruksie, veral tydens konflikte tussen fundamentele waardes, nie beperk is tot slegs een

84 Vgl die kommentaar van Glendon MA in Scalia *A Matter of Interpretation* 96-97.

85 Brison en Sinnott-Armstrong (reds) *Constitutional Interpretation* 3.

86 Brison en Sinnott-Armstrong (reds) *Constitutional Interpretation* 3-23.

87 Bobbitt *Constitutional Interpretation* 72-82, 127-140.

88 Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 291-301.

89 Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 301-313.

90 Fallon 1987 *Harvard Law Review* Vol 100 1195-1209.

hermeneutiese metode soos balansering nie, maar dat daar ook gesteun word op die normteks, struktuur, presedente, gevolge, geskiedenis, bedoeling, etiese tradisie, en teoretiese beskouing van individuele regte.⁹¹

Hierdie interpretasie-elemente wat die skrywers in die grondwetlike regspraak van die *Supreme Court* onderskei, sluit aan by die kanons van grondwetlike konstruksie (grammatikale, sistematiese, historiese en teleologiese kanons) wat in die Duitse grondwetlike regspraak geld.⁹² Die uitsondering hierop is presedentereg wat Brugger bevestig nie uitvoerig in die Duitse reg gebruik word nie. Daarom gebruik Brugger die kanons van konstruksie in die Duitse reg as sistematiseringsraamwerk vir die Amerikaanse grondwetlike hermeneutiek.⁹³ Hiervolgens spruit die verskillende argumente in die Amerikaanse grondwetlike hermeneutiek voort uit die (i) teks, (ii) konteks, struktuur en sistematiek, (iii) geskiedenis, (iv) doel en oogmerk en (v) regswetenskaplike reëls (doktrines) van die Grondwet. Dit is daarom moontlik om die interpretasie van individuele regte deur die Amerikaanse *Supreme Court* ooreenkomstig Brugger se klassifikasie daarvan onder die verskillende kanons van konstruksie in die Duitse staatsreg te sistematiseer en verder toe te lig.⁹⁴

b) Grammatikale konstruksie

Tradisionele Amerikaanse regsdenke het aanvaar dat indien regterlike besluitneming behoorlik van subjektiewe invloede gesuiwer en korrek toegepas word, kompeterende belange wel deur middel van 'n objektiewe, rasonale regterlike denkproses bereg kan

91 Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 1002.

92 Brugger 1994 *JÖR* Vol 42 575-576; Brugger *Einführung* 10.

93 Brugger 1994 *JÖR* Vol 42 577; Brugger *Einführung* 10-11.

94 Die Amerikaanse vergelykende regswetenskaplike Mary Ann Glendon, het intussen erkenning verleen aan die regshermeneutiese waarde wat Brugger en Hesse se weergawes van die tradisionele kanons van konstruksie, soos toegepas deur die BVerfG tydens grondwetlike interpretasie, vir die Amerikaanse *common law*-tradisie kan beteken. Dit sou veral 'n groter bewussyn kweek vir die grense van die Grondwet se teks, struktuur en sisteem, wanneer die andersins haas ongebonde teleologiese (evolusionêre) konstruksie deur Amerikaanse houe onderneem word. Inteendeel, sy glo dit sou verhoed dat die *Supreme Court* se regspraak tov godsdiensvryheid deur eksponente van verskillende gelowe en selfs regters beskryf word as beginselloos, teenstrydig en onprakties. Glendon identifiseer egter wel 'n leemte in die Kontinentale regsmetodiek, nl die afwesigheid van 'n presedenteleer wat kenmerkend van die Amerikaanse regsmetode is. Dit sou weer Kontinentale juriste in staat stel om die oorfloed van statutêre ontwikkeling sinvol te kan baasraak. Vgl Glendon se kommentaar in Scalia *A Matter of Interpretation* 99-112.

word terwyl dit terselfdertyd versoenbaar is met die liberaal-demokratiese tradisie.⁹⁵ Sedert die *Constitutional Convention* van 1787 tot en met die laat twintigerjare van hierdie eeu,⁹⁶ is konseptuele regsdenke toegepas waarvolgens aanvaar is dat regters geskille alleenlik oplos deur die streng toepassing van objektiewe en abstrakte regsreëls.⁹⁷ Regters kon dus deur 'n formele en meganiese proses van deduksie en uitbreiding deur analogie onpartydig vasstel of 'n gewone regsnorm teenstrydig met 'n grondwetlike norm is. Dit geskied deur die Engelse *common law*-uitlegreëls van die privaatreë ook in grondwetlike gevalle toe te pas.⁹⁸ In hierdie streng formalistiese meganiese uitlegtradisie, was dit die opdrag aan die regter om die ware bedoeling van die wetgewer soos dit blyk uit die letterlike betekenis van die teks, in aggenome die toepaslike presedente, vas te stel.⁹⁹

Die Amerikaanse Grondwet is 'n geskrewe dokument, daarom vorm die gewone of letterlike betekenis van die grondwetlike teks die belangrikste vertrekpunt van

95 Vgl Hutchinson en Monahan 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 202-203; Stone ea *Constitutional Law* 35. Die kritiese regsdenke, soos later aangedui, argumenteer egter dat daar geensins iets soos suiwer rasonale objektiewe denke bestaan nie, maar dat die reg onvermydelik 'n gevestigde waarde-struktuur verwoord.

96 Let wel, 'n verskeidenheid van indelings van die historiese verloop van Amerikaanse grondwetlike regsdenke is moontlik. Vgl bv Hutchinson en Monahan 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 203 vt 13 vir ander weergawes.

97 Vgl Powell 1985 *Harvard Law Review* Vol 98 887-948; Hutchinson en Monahan 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 203-204; en Stone ea *Constitutional Law* 35.

98 Die periode het 'n hoogtepunt beleef met *Lochner v New York* 198 U.S. 45 (1905) maar 'n einde bereik in *West Coast Hotel Company v Parrish* 300 U.S. 379 (1937). Vgl bv *United States v Butler* 297 U.S. 62 (1936) per Roberts R: *It is sometimes said that the court assumes a power to overrule or control the action of the people's representatives. This is a misconception. The Constitution is the supreme law of the land ordained and established by the people. All legislation must conform to the principles it lays down. When an act of Congress is appropriately challenged in the courts as not conforming to the constitutional mandate, the judicial branch of the government has only one duty; to lay the article of the Constitution which is invoked beside the statute which is challenged and to decide whether the latter squares with the former.*

99 Hier was dus nie sprake van genetiese uitleg van die subjektiewe wetgewerbedoeling wat mbv ekstra-tekstuele bronne vasgestel word nie, soos lede van die moderne *original intent*-beweging impliseer. Slegs die teks se objektiewe bedoeling is nagespeur. Vgl Powell 1985 *Harvard Law Review* Vol 98 895-898, 899-901, 903, 942. Die Amerikaanse juriste ten tye van die 1787-*Convention* en daarna was bewus van die ryk Engelsregtelike hermeneutiese tradisie vir die uitleg van kontrakte, testamente, statute en aktes, en het dit ook nagevolg. Daar was egter kulturele invloede in die samestelling van die Amerikaanse samelewing wat die *common law*-uitlegtradisie verdag gemaak het vir Anti-Federaliste soos Jefferson wat die wye interpretasie van die vae bepalings van die Grondwet as 'n sentralistiese federale bedreiging vir die outonomieit van deelstate gesien het. Enersyds het die Britse Protestantisme nav die reël *sola Scriptura* 'n streng tekstuele Bybelse uitleg verkies, en sodoende die ryk teleologiese hermeneutiese tradisie van die Rooms-Katolieke Kerk verwerp. Andersyds het die rasonale filosowe van die *Aufklärung* soos Voltaire, Montesquieu, Beccariat ea skepties gestaan teenoor tegniese komplekse interpretasie as 'n verdoeseling en legitimering van korrupte kerklike en feodale despotisme. Vgl uitvoerig Powell *supra* 887-948; en Hamilton in *The Federalist* No 78. Sien ook Fitzgerald *Salmond on Jurisprudence* 131-188 vir 'n beskrywing van die tradisionele Engelsregtelike reëls vir statutêre

grondwetlike interpretasie.¹⁰⁰ Dit is reeds in *Marbury v Madison* bevestig toe Hoofregter Marshall die gekrewe karakter van die Grondwet as die hoogste regsnorm beklemtoon het.¹⁰¹ Hoofregter Marshall het juis die tradisionele *common law*-uitlegtradisie aangewend om die bedoeling van die wetgewer deur middel van grammatikale (saam met sistematiese en teleologiese) konstruksie vas te stel.¹⁰² Voorts het Regter Oliver Wendell Holmes later die dwingende waarde van die teks vir (grond-) wetlike konstruksie beklemtoon.¹⁰³

As 'n reël word die gewone betekenis van die grondwetlike teks - dus wat die normale Engelse spreker sou verstaan het - gevolg, tensy dit tot absurde of onregverdige gevolge lei wat nie die oorspronklike bedoeling kon gewees het nie.¹⁰⁴ Bestudering van eksentriese getuienis soos die wetgewende verrigtinge tydens grondwetlike interpretasie is egter ontoelaatbaar.¹⁰⁵ Die gewone betekenis van die statutêre teks is as die veiligste weg na die wetgewersbedoeling vertolk.¹⁰⁶ Die gewone betekenis van 'n grondwetlike norm is egter nie beperk tot slegs die streng letterlike en taalkundige konteks (woordeskat en sintaksis) nie. Daar moet naamlik kennis geneem word van die regstegniese naas die algemene betekenis, asook van die belangrike sosiale konteks (dus in samehang met kontekstuele konstruksie) waarin daardie teks gebruik word, sodat verborge betekenismoontlikhede en die bedoeling van die gebruiker vasgestel kon word.¹⁰⁷

'n Streng tekstuele konstruksie van die Grondwet volg weens een van drie redes.

uitleg, die rol van presedente en die regterlike besluitnemingsmetodes van deduksie en analogie.

100 Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 290, 302.

101 *Marbury v Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137, 175-180 (1803).

102 Vgl bv *United States v Fisher* 6 U.S. (2 Cranch) 358, 368-389 (18) (hier is naas die woorde en struktuur van die grondwetlike teks, ook die titel, die voorrede se oogmerke, algemene omvang en struktuur, ander federale statute en gevolge van letterlike interpretasie in ag geneem); en *Gibbons v Ogden* 22 U.S. (9 Wheaton) 1, 188-189 (1824). Marshall HR se verwysing in *M'Culloch v Maryland* 17 U.S. (4 Wheaton) 316, 415 (1819) na die outeursbedoeling, verwys volgens Powell 1985 *Harvard Law Review* Vol 98 942, 943 nie na ekstra-tekstuele materiaal nie. Vgl voorts *Martin v Hunter's Lessee* 14 U.S. (1 Wheaton) 304, 326 (1816) per Story R.

103 Holmes 1899 *Harvard Law Review* Vol 12 419: [W]e do not deal differently with a statute from our way of dealing with a contract. We do not inquire what the legislature meant; we ask only what the statute means.

104 Sien Homes 1899 *Harvard Law Review* Vol 12 417-418; Brest *Misconceived Quest for the Original Understanding* 228-229.

105 Brest *Misconceived Quest for the Original Understanding* 236.

106 Brest *Misconceived Quest for the Original Understanding* 236.

107 Brest *Misconceived Quest for the Original Understanding* 229. Vgl *M'Culloch v Maryland* 17 U.S. (4 Wheaton) 413-415 (1819) per Marshall HR oor die belang van die sosiale konteks.

Eerstens, uit hoofde van 'n opvatting dat grondwetlike verpligtinge in die geskrewe teks opgelê moet word; of tweedens, omdat dit die oorspronklike bedoeling van die Grondwet is dat tekstuele interpretasie gevolg moet word; of derdens, omdat die geskrewe teks die beste waarborg van die oorspronklike bedoeling is.¹⁰⁸

'n Streng tekstuele of letterlike interpretasie impliseer dus 'n sterk band met streng genetiese konstruksie van die bekende *originalist*-denkskool.¹⁰⁹ Hierdie letterlike-*cum*-bedoelingsteorie is juis in 1911 geïdentifiseer as een van die primêre grondwetlike interpretasiebeginsels in die Amerikaanse staatsreg.¹¹⁰ Ten spyte van die nou band tussen tekstuele en genetiese konstruksie - deurdat beide benaderings 'n belangstelling in die ontstaansgeskiedenis van 'n regsnorm toon - bestaan daar wel 'n duidelike onderskeid tussen hierdie twee kanons.¹¹¹ Die tekstualis is nie geïnteresseerd in die ratifiseerder se spesifieke taal of subjektiewe bedoeling nie, maar in die sosiale konteks waarin die grondwetlike teks aangeneem is. Sodoende word die gewone grondwetlike betekenis wat verteenwoordigend van daardie oorspronklike samelewing is, vasgestel. Hieruit kan enige kontemporêre betekenisverandering bepaal word. Die grondwetlike teks bly egter steeds gesaghebbend.¹¹² Die *originalist* daarenteen, volstaan egter by daardie betekenis wat aan die oorspronklike skrywers of ratifiseerders se bedoeling toegeken kan word. Ten einde hierdie bedoeling te bepaal, word die grondwetlike teks as slegs een van verskeie bronne geraadpleeg.

108 Vgl Brest *Misconceived Quest for the Original Understanding* 228.

109 Brest *Misconceived Quest for the Original Understanding* 227.

110 *It is a cardinal rule in the interpretation of constitutions that the instrument must be so construed as to give effect to the intention of the people, who adopted it. This intention is to be sought in the Constitution itself, and the apparent meaning of the words employed is to be taken as expressing it, except in cases where that assumption would lead to absurdity, ambiguity, or contradiction.* Vgl Black H *Handbook on the Construction and Interpretation of Laws* 20 (1911) soos aangehaal deur Brest *Misconceived Quest for the Original Understanding* 228.

111 Brest *Misconceived Quest of the Original Understanding* 230-231. Vgl egter die kritiek van Monaghan 1981 *New York University Law Review* Vol 56 374-375 teen hierdie onderskeid.

112 Hoewel Scalia R soms as 'n *originalist* bekend staan, is hy in werklikheid 'n tekstualis. Hy het in sy werk, Scalia *A Matter of Interpretation* 16-47, juis die begroning van grondwetlike konstruksie op die ongeskrewe bedoeling van die grondwetsskrywers as ondemokraties verwerp. Scalia *ibid* 29-31 volstaan eerder by die wetgewer se objektiewe bedoeling wat in die wetsteks deur grammatikale interpretasie vasgestel word. *My view that the objective indication of the words, rather than the intent of the legislature, is what constitutes the law leads me, of course, to the conclusion that legislative history should not be used as an authoritative indication of a statute's meaning. ... I object to the use of legislative history on principle, since I reject intent of the legislature as the proper criterion of the law.* Scalia *ibid* 23 beskryf sy vorm van tekstualisme soos volg: *A text should not be construed strictly, and it should not be construed leniently; it should be construed reasonably, to contain all that it fairly means.*

'n Goeie voorbeeld van 'n streng tekstuele konstruksie word in Regter Stevens se afsonderlike ondersteunende opinie tot die meerderheidsbeslissing in die omstrede regstellende aksie-saak van *University of California v Bakke*¹¹³ gevind, waar hy sterk op die gewone betekenis van die wye bewoording van artikel 601 van die *Civil Rights Act*, 1964, gesteun het.¹¹⁴ Hierdie bepaling het volkome kleurblindheid of 'n neutrale rassebeskouing tydens die administrasie en toekenning van federale fondse vereis. *In casu* het Regter Stevens die aanwending van 'n rassekwota in die toelatingsbeleid van die Mediese Skool van die Universiteit van Kalifornië, as teenstrydig met die *Civil Rights Act* bevind.¹¹⁵ Regter Stevens het ondersteuning vir sy konstruksie in die wetgewende ontstaansgeskiedenis (dus genetiese argumente) van daardie wet gevind.¹¹⁶

Die probleem bestaan egter dat grammatikale interpretasie nie voldoende is om die kriptiese bewoording van die verskillende fundamentele bepalings van die Grondwet te konstrueer nie, sodat regters ander interpretasie-argumente en selfs deduksie en induksie aanwend.¹¹⁷ Selfs 'n streng teksgebonde *originalist* soos Regter Black het die grondwetlike beskerming van die pers in *New York Times Company v Sullivan*¹¹⁸ nie slegs ooreenkomstig die Eerste Amendament se teks geregverdig nie, maar ook deur middel van induksie 'n teorie geskep dat 'n vrye pers 'n voorvereiste is vir die soort demokratiese regeringsvorm wat deur die Grondwet voorsien is.¹¹⁹

c) Genetiese en historiese konstruksie

Daar bestaan geen algemene eenstemmigheid in die Amerikaanse staatsregteorie oor die rol wat die onstaansgeskiedenis in die algemeen, en die spesifieke historiese

113 *Regents of the University of California v Bakke* 438 U.S. 265, 412-413, 418 (1978).

114 Vgl ook *Chisom v Roemer* 111 S. Ct. 2354, 2369 (1991) per Scalia R (minderheidsuitspraak); en *Schwegmann Brothers v Calvert Distillers Corporation* 341 U.S. 384, 397 (1951) per Holmes R: *We do not inquire what the legislature meant; we ask only what the statute means.* Scalia *A Matter of Interpretation* 22-23 noem regters Holmes, Frankfurter en Jackson as verdere eksponente van tekstualisme.

115 *Regents of the University of California v Bakke* 438 U.S. 265, 421 (1978).

116 Vgl *Regents of the University of California v Bakke* 438 U.S. 265, 413-421 (1978) per Stevens R wat verwys na 'n verslag van die Kongres en die toesprake van verskeie Kongreslede oor hierdie aangeleentheid.

117 Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 302.

118 376, U.S. 254, 293 (1964).

119 *New York Times Company v Sullivan* 376, U.S. 254, 295-297 (1964). Vgl Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 302.

bedoeling van die outeurs of ratifiseerders van die Grondwet, tydens grondwetlike interpretasie vervul nie.¹²⁰ Daarom word daar nie 'n dogmatiese onderskeid tussen historiese en genetiese argumente soos in die Duitse reg getref nie. Drie standpunte kom voor oor die interpretasiewaarde van genetiese konstruksie.¹²¹ Enkele regs wetenskaplikes, soos Sandalow¹²² en Brest¹²³, meen dat die oorspronklike skrywers se bedoeling nie meer vir moderne grondwetlike konstruksie belangrik is nie. 'n Middelgroep soos Choper¹²⁴ aanvaar dat genetiese konstruksie van belang is in soverre 'n interpretasie *contra* die oorspronklike bedoeling minstens vermy moet word.¹²⁵

Voorts bestaan daar ook die streng *original intent*-denke wat die Grondwet beperk tot slegs die teks van die dokument met 'n vaste woordbetekenis, en daarom beperk hulle grondwetlike interpretasie tot die naspewing van die oorspronklike outeurs of ratifiseerders se bedoeling.¹²⁶ Laasgenoemde groep aanvaar egter dat daar nie na die individuele lede se persoonlike bedoelings verwys word nie, maar wel hul wetgewende bedoeling.¹²⁷ So 'n streng genetiese hermeneut onderneem gewoonlik drie historiese take.¹²⁸ Hy moet homself in die oorspronklike konteks van die outeurs en ratifiseerders plaas ten einde hul grondwetlike konsepte en waardes te verstaan; hy moet hul oorspronklike bedoeling en bedoelde substantiewe omvang van die grondwetlike norm bepaal; en hy moet daardie oorspronklike beskouings en bedoelings in die moderne milieu oordra en by veranderende omstandighede aanpas.¹²⁹

120 Powell 1985 *Harvard Law Review* Vol 98 885.

121 Sien Powell 1985 *Harvard Law Review* Vol 98 885 ev; en Brest *Misconceived Quest for the Original Understanding* 227 ev.

122 Sandalow 1981 *Michigan Law Review* Vol 79 1033-1072.

123 Vgl Brest *Misconceived Quest for the Original Understanding* 227-262 wie se standpunt ook as *nonoriginalism* beskryf word.

124 Choper *Judicial Review* xvii-xviii.

125 Sien Powell 1985 *Harvard Law Review* Vol 98 885-886. Juis omdat 'n groot deel van Amerikaanse regsteorie ekstreme *originalism* verwerp, onderskei Brest *Misconceived Quest for the Original Understanding* 227-228, 241-242 ook 'n gematigde vorm van tekstuele en genetiese konstruksie.

126 Vgl *Home Building & Loan Association v Blaisdell* 290 U.S. 398, 453 (1934) per Sutherland R (minderheidsuitspraak) – ook bekend as die *Minnesota Moratorium*-saak: *The whole aim of construction, as applied to a provision of the Constitution, is to discover the meaning, to ascertain and give effect to the intent, of its framers and the people who adopted it.*

127 *Adamson v California* 332 U.S. 46, 64 (1947) per Frankfurter R; *Palmer v Thompson* 403 U.S. 217, 224-225 (1971) per Black R (meerderheidsbeslissing); en Powell 1985 *Harvard Law Review* Vol 98 886 vt 9.

128 Brest *Misconceived Quest for the Original Understanding* 238-240.

129 Vgl *Home Building & Loan Association v Blaisdell* 290 U.S. 398, 453 (1934) per Sutherland R

Regter Hugo Black¹³⁰ is veral bekend as die erkende voorstander op die regbank van 'n beperkte skeppende rol van regters, deurdat hulle slegs die Grondwet se duidelike stel opdragte moet vertolk soos wat dit uit die teks en oorspronklike bedoeling blyk. Hy verwerp 'n beleidmakende rol vir regters uit vrees vir regterlike magsmisbruik, en beperk regters se taak tot grondwetlike interpretasie en toepassing van regsnorme.¹³¹ Hierdie regterlike terughoudendheid is 'n uitvloeisel van die hoë premie wat hy uit hoofde van die *rule of law* op regsekerheid en duidelike standarde stel.¹³² Dit is voorts die logiese gevolg van sy ondersteuning van die beginsel van skeiding van magte in die Grondwet wat dit onnodig en ongrondwetlik vir die Hof maak om die Kongres se wetgewende taak oor te neem. Juis Regter Black se klem op letterlike, tekstueel-genetiese uitleg, het hom in staat gestel om inderdaad 'n liberale en aktiewe kampvegter vir geregtigheid te word mits dit binne die duidelike grense van die grondwetlike teks geskied.¹³³ Daarom het Regter Black in *Adamson v California*¹³⁴

(minderheidsuitspraak).

130 Black *A Constitutional Faith*.

131 Black *A Constitutional Faith* 10-14. Vgl ook die standpunt van White R in *Roe v Wade* 410 U.S. 113, 221-222 (1973) (minderheidsmening) tov die skep van 'n reg op aborsie uit die reg op privaathed - wat beide nie uitdruklik in die Grondwet vervat is nie - onder die Veertiende Amendement se vryheidsbegrip: *I find nothing in the language or history of the Constitution to support the Court's judgement. The Court simply fashions and announces a new constitutional right for pregnant mothers and, with scarcely any reason or authority for its action, invests that right with sufficient substance to override most existing state abortion statutes. The upshot is that the people and the legislatures of the 50 States are constitutionally disentitled to weigh the relative importance of the continued existence and development of the foetus, on the one hand, against a spectrum of possible impacts on the mother, on the other hand. As an exercise of raw judicial power, the Court perhaps has authority to do what it does today; but in my view its judgement is an improvident and extravagant exercise of the power of judicial review that the Constitution extends to this Court. Sien ook Bowers v Hardwick* 478 U.S. 186, 191, 194 (1986) per White R: *It is true that despite the language of the Due Process Clauses of the Fifth and Fourteenth Amendments, which appears to focus only on the process by which life, liberty, or property is taken, the cases are legion in which those Clauses have been interpreted to have substantive content. ... Among such cases are those recognizing rights that have little or no textual support in the constitutional language. ... Striving to assure itself and the public that announcing rights not readily identifiable in the Constitution's text involves much more than imposition of the Justices' own values on the States and the Federal Government, the Court has sought to identify the nature of the rights qualifying for heightened judicial protection. ... The Court is most vulnerable and comes nearest to illegitimacy when it deals with judge-made constitutional law having little or no cognizable roots in the language or design of the Constitution.*

132 Hy verwerp egter beskuldigings teen hom as *restraintist* en, ironies, as *activist* as beide onakkurate weergawes van sy grondwetlike beskouing. Hy glo naamlik enersyds aan regterlike gebondenheid aan die grondwetlike teks, en andersyds aan 'n verwerping van die leerstuk dat regters grondwetlike kwessies so ver moontlik moet vermy deurdat dit tot onaanvaarbare owerheidsbeperking op grondwetlik beskermde regte lei. Vgl Black *A Constitutional Faith* 14-21.

133 Omdat die Eerste Amendement 'n absolute verbod op enige beperking van daardie regte stel, volg Black R 'n letterlike konstruksie wat gekant is teen enige beperking van vryheid van spraak, assosiasie, pers en godsdiens. Vgl sy standpunt in *United States v Carolene Products Company* 304 U.S. 144, 155 (1938); *Everson v Board of Education* 330 U.S. 1, 15-16 (1947);

die volle inkorporasie van al die regte van die *Bill of Rights* in die Veertiende Amendement vereis, maar later die uitbreiding na ongeskrewe fundamentele regte, soos die reg op privaatheid, op grond van die natuurregtelike konsep van substantiewe *due process* in *Griswold v Connecticut*¹³⁵ teengestaan.¹³⁶

Streng genetiese konstruksie uit hoofde van die *original intent*-benadering word vanselfsprekend aan intense kritiek onderwerp.¹³⁷ Die sentrale vraag wentel om die kwessie hoe die oorspronklike bedoeling van vae en algemene grondwetlike norme te midde van gebrekkige primêre historiese bronne vasgestel word. Veral in geval waar 'n grondwetgewende liggaam van verskillende lede met onderlinge verskille oor 'n tydperk heen, verskillende weergawes oorweeg, verwerp en aangeneem het. Tweedens duik verskeie vrae op oor die legitimiteit en uitvoerbaarheid daarvan om 'n moderne evolusionêre en tegnies-gespesialiseerde samelewing te bind aan 'n oënskynlike twyfelagtige bedoeling van meer as twee eeue gelede.¹³⁸ In antwoord erken Regter Black die Grondwet se dinamiese karakter, maar hy beperk die rol van skeppende konstruksie en wend hom eerder tot die demokratiese grondwetlike amenderingsprosesse om vir veranderings voorsiening te maak.¹³⁹

Barenblatt v United States 360 U.S. 109, 134-162 (1960); *New York Times Company v Sullivan* 376 U.S. 254, 293-297 (1964); Black A *Constitutional Faith* 43-63; Levy, Karst en Mahoney (reds) *Encyclopedia of the American Constitution* Vol 1 120-123.

134 332 U.S. 46 (1947).

135 381 U.S. 479, 507 (1965). Eweneens kon hy nie in *Katz v United States* 389 U.S. 347, 364-374 (1967) die Vierde Amendement se verbod op onredelike visentering en beslaglegging uitbrei om ook afluister te verbied nie.

136 Black R beskryf sy opvatting oor die regterlike uitlegfunksie in *Adamson v California* 332 U.S. 46, 68-92 (1947) en veral op 89: *I fear to see the consequences of the Court's practices of substituting its own concepts of decency and fundamental justice for the language of the Bill of Rights as its point of departure in interpreting and enforcing that Bill of Rights. ... To hold that this Court can determine what, if any, provisions of the Bill of Rights will be enforced, and if so to what degree, is to frustrate the great design of a written Constitution.* In *In re Winship* 397 U.S. 358, 378 (1970) steun hy op die *words of the written Constitution itself rather than to rely on the shifting, day to day standards of fairness of individual judges.* Vgl voorts *Ferguson v Skrupa* 372 U.S. 726, 731-732 (1963).

137 Vgl Brennan *Contemporary Ratification* 25-26; Grey 1975 *Stanford Law Review* Vol 27 703-718; Powell, 1985 *Harvard Law Review* Vol 98 886-948; Brest *Misconceived Quest for the Original Understanding* 234-243, 246-253; Stone ea *Constitutional Law* 39-40; en Sandalow 1981 *Michigan Law Review* Vol 79 1033-1072.

138 Vgl bv *Missouri v Holland* 252 U.S. 416, 433 (1920) per Holmes R: *[W]hen we are dealing with the words that are also a constituent act, like the Constitution of the United States, we must realize that they have called into life a being the development of which could not have been foreseen by the most gifted of its begetters. ... The case before us must be considered in the light of our whole experience and not merely in what was said a hundred years ago.*

139 Black A *Constitutional Faith* 9, 21.

d) Kontekstuele (strukturele en sistematiese) konstruksie

Die algemene Duitse grondwetlike beginsel dat 'n grondwet 'n interne eenheid met 'n eie struktuur vorm, waarteen individuele, oënskynlik konflikterende grondwetlike bepalings uitgelê moet word, is reeds in *The Federalist* toegepas.¹⁴⁰ Professor Charles Black het tereg die belang van strukturele interpretasie beklemtoon toe hy aangetoon het dat Hoofregter Marshall juis sy konstruksie in *M'Culloch v Maryland*¹⁴¹ op strukturele argumente begrond het.¹⁴²

Drie vorme van strukturele konstruksie wat nou met die interpreteerder se individuele grondwetlike beskouing saamhang, word onderskei.¹⁴³ (i) Tekstuele strukturalisme beperk grondwetlike konstruksie tot die teks van die grondwet self. (ii) Sistematiese strukturalisme raadpleeg buiten die grondwetlike teks ook die vorm en praktyk van die wyere politieke sisteem. (iii) Transendentale strukturalisme steek naas die grondwetlike teks en politieke praktyk ook kers op by die politieke teorieë oor die Grondwet. (Die verskil tussen die drie vorme is egter nie altyd duidelik waarneembaar nie, omdat dit soms met mekaar en met tekstuele konstruksie vermeng word.)

'n Treffende voorbeeld van strukturele of kontekstuele interpretasie is die vraag of 'n reg op privaatheid uit hoofde van die individuele vryheid onder die *due process*-waarborg van die Veertiende Amendament gekonstrueer kan word ten einde die

140 Vgl Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 293. Dieselfde beginsel is indirek toegepas in *Wisconsin v Yoder* 406 U.S. 205 (1972) waar die Hof moes beslis het hoe twee bepalings in die Eerste Amendament wat in absolute terme bewoord is en oënskynlik wedersyds teenstrydig is, opgelos moes word. Die Eerste Amendament verbied naamlik die Kongres om enige amptelike godsdiens te skep sowel as om die vrye beoefening van godsdiens te verhinder. *In casu* was die dilemma of Amish-kinders kwytsekelding van verpligte bywoning van openbare hoërskole weens godsdienstige redes kan ontvang sonder dat dit die indruk van 'n staatsgodsdiens sou skep. Die Hof bevind (*ibid* 221) dat 'n oplossing slegs gevind kan word deur *preserving doctrinal flexibility and recognizing the need for a sensible and realistic application of the Religion Clauses*. Die twee konflikterende grondwetlike norme word deur die Hof teenoor mekaar gebalanseer (*ibid* 214-215, 221-236). Hierop word bevind dat die afdwing van verpligte openbare hoërskoolonderwys op Amish-kindere, nadelig vir die Amish se eiesoortige godsdienstige lewenswyse is. Verpligte openbare onderwys vorm dus 'n ongrondwetlike inbreuk op hul reg op godsdiensvryheid.

141 17 U.S. (4 Wheaton) 316 (1819).

142 Black *Structure and Relationship in Constitutional Law* 7, 14.

143 Die indeling is afkomstig van Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 293.

verbod op voorbehoedmiddels ongeldig te verklaar.¹⁴⁴ Regter Douglas het wel in 1961 tot hierdie gevolgtrekking gekom in sy minderheidsuitspraak in *Poe v Ullman*¹⁴⁵. Hy het die intieme privaatsfeer van 'n huwelik waarop die verbod inbreuk maak uit die geskiedenis van die *due process*-vryheid in die Grondwet en die grondwetlike struktuur waarin dit vervat is, geïdentifiseer.¹⁴⁶ Regter Douglas merk onder meer op dat hierdie *notion of privacy is not drawn from the blue. It emanates from the totality of the constitutional scheme under which we live.*¹⁴⁷

Regter Harlan bemerk ook bevestigend in sy minderheidsuitspraak in *Poe v Ullman* dat *the imperative character of Constitutional provisions ... must be discerned from a particular provision's larger context.*¹⁴⁸ Uit sy strukturele of sistematiese konstruksie blyk dit dat die soort vryheid wat deur die *due process*-waarborg beskerm word, nie beperk is tot die enkele geïsoleerde vryheidsmomente wat uitdruklik in die ander Amendamente van die Grondwet beskerm word nie.¹⁴⁹ Dit is eerder 'n vergestaltung van daardie onderliggende grondwetlike waardes wat afkomstig is uit die lewende tradisies van die Amerikaanse grondwetlike geskiedenis en is daarom so fundamenteel dat die burgers van alle vrye regerings daarop geregtig is.¹⁵⁰ Regter Harlan kon *in casu* tot hierdie gevolgtrekking kom omdat hy met verwysing na *M'Culloch v Maryland*, glo dat die grondwetlike teks rasideel geïnterpreteer moet word, *not in a literalistic way, as if we had a tax statute before us, but as a basic charter of our society, setting out in spare but meaningful terms the principles of government.*¹⁵¹

In *Griswold v Connecticut*¹⁵² vorm beide Regters Douglas en Harlan deel van die meerderheid van die Hof wat by monde van Regter Douglas¹⁵³ 'n omstrede nuwe afsonderlike reg op privaatheid onder die beskerming van individuele vryheid deur die

144 Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 293.

145 367 U.S. 497, 515-522 (1961).

146 *Poe v Ullman* 367 U.S. 497, 519-521 (1961).

147 *Poe v Ullman* 367 U.S. 497, 521 (1961).

148 *Poe v Ullman* 367 U.S. 497, 542 (1961).

149 *Poe v Ullman* 367 U.S. 497, 542-543 (1961) per Harlan R.

150 *Poe v Ullman* 367 U.S. 497, 542-543 (1961) per Harlan R.

151 *Poe v Ullman* 367 U.S. 497, 540 (1961) per Harlan R.

152 381 U.S. 479 (1965).

153 Die meerderheidsbeslissing bestaan voorts uit die afsonderlike opinies van Goldberg R (ondersteun deur Warren HR en Brennan R), Harlan R en White R. Die twee minderheidsopinions is verskaf deur Black R en Steward R.

Veertiende Amendament se *due process*-waarborg geskep het.¹⁵⁴ Regter Douglas het nie alleen die woorde van die *due process*-bepaling van die Veertiende Amendament ontleed nie, maar kontekstuele konstruksie toegepas deur die verband tussen hierdie Amendament se vryheidsoogmerk met die waardes onderliggend aan die spesifieke vryheidswaarborge van die Eerste, Derde, Vierde, Vyfde, en Negende Amendamente aan te dui.¹⁵⁵ Hiervolgens is telkens nuwe *peripheral rights* geskep wat gesamentlik 'n wye grondwetlike vryheidsideaal beskerm. Die Hof het byvoorbeeld beskryf hoe nuwe vryheidsregte, soos die reg op vryheid en privaatheid van assosiasie, die reg van ouers om 'n kind te laat onderrig in die skool van hul keuse, of die reg om Duits as taal in 'n privaatskool te kan bestudeer (om net enkeles te noem), deur die Hof uit die vryheidsfeer van die Eerste en Vierde Amendamente geskep is.¹⁵⁶ Die verbod op die advies deur dokters aan egpare oor die gebruik van voorbehoedmiddels maak dus inbreuk op 'n sfeer van privaatheid wat deur verskeie Amendamente geïmpliseer word.¹⁵⁷ Hierop konstrueer Regter Douglas 'n algemene teorie van individuele vryheid uit die geheel van die grondwetlike sisteem wat herinner aan die konstruksie wat hy in *Poe v Ullman*¹⁵⁸ gebruik het. Met hierdie interpretasie maak Regter Douglas dus gebruik van transendentale strukturele konstruksie.¹⁵⁹

Die rol van strukturele konstruksie is veral deurslaggewend by staatsregvraagstukke buite die sfeer van individuele regte soos probleme rondom federalisme. Weens die invloedryke rol van 'n interpreteerder se individuele siening oor die aard van die Grondwet se federale struktuur, is dit moontlik dat verskillende regters in dieselfde

154 Die konstruksie van Douglas R word bv deur die *originalist* Robert Bork *Tempting of America* 97-100 beskryf as veral 'n uitmuntende voorbeeld van ontoelaatbare regterlike aktivisme wat nie alleen teenstrydig met die oorspronklike bedoeling van die ratifiseerders van daardie Amendament was nie, maar 'n grondwetlike wysiging was wat ten regte eerder die taak van die wetgewer was. Hierdie kritiek is ironies omdat Douglas R wel aan die begin van sy uitspraak in *Griswold v Connecticut* 381 U.S. 479, 482 (1965) aandui dat die Hof aangemoedig is om ook algemeen aktivisties te beslis soos tydens *Lochner v New York* 198 U.S. 45 (1905). Dog, Douglas R verwerp daardie moontlikheid: *We do not sit as a super-legislature to determine the wisdom, need, and propriety of laws that touch economic problems, business affairs, or social conditions.* Omdat die wet egter een aspek van die intieme privaatseer van 'n man en vrou en hul dokter ingrypend beperk, regverdig dit die Hof om wel beskermend op te tree.

155 Vgl *Griswold v Connecticut* 381 U.S. 479, 482-485 (1965).

156 *Griswold v Connecticut* 381 U.S. 479, 484 (1965) per Douglas R: *The foregoing cases suggest that specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance.*

157 *Griswold v Connecticut* 381 U.S. 479, 485-486 (1965) per Douglas R.

158 367 U.S. 497 (1961).

159 Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 294.

saak verskillende strukturele benaderings kan volg.¹⁶⁰ 'n Goeie voorbeeld is die argumente van Regter Rhenquist (namens die meerderheid) teenoor die minderheidsbeslissing van Regter Brennan in *National League of Cities v Usery*¹⁶¹ oor die beperking van die Kongres se eksklusiewe gesag om interstaatlike handel te reguleer.¹⁶² Dit was 'n geval waar die Kongres minimum lone en maksimum werksure vir amptenare in die openbare dienste van stede en deelstate voorgeskryf het. Regter Brennan meen dat Regter Rhenquist se konstruksie van federalisme 'n ongehoorde vorm van grondwetlike interpretasie is.¹⁶³ Regter Rhenquist¹⁶⁴ verwerp naamlik die Kongres se voorskrifte as *contra* die Tiende Amendament, omdat dit deelstate se soewereiniteit en die tradisionele siening van federalisme aantast. Voorts is die effek van die wet dat dit verhoogde kostes meebring wat dit prakties onmoontlik sou maak vir veral klein plaaslike owerhede om dieselfde gehalte van openbare beskermings- en gesondheidsdienste te lewer as die wet se vereistes nagekom moet word. Regter Brennan argumenteer egter dat hierdie konstruksie van Regter Rhenquist nie alleen die *stare decisis*-reël ignoreer nie, omdat dit teenstrydig is met 'n reeks gesaghebbende en gevestigde presedente en nie erkende standpunte oor verskeie grondwetlike beginsels soos regterlike terughoudendheid in ag neem nie, maar ook omdat geen ondersteuning daarvoor in die letter of die gees van die Grondwet self gevind kan word nie.¹⁶⁵ Regter Brennan glo dat die meerderheid se onbekende en vals begronde aktivistiese beperking van 'n histories eksklusiewe federale wetgewende kompetensie, niks anders is nie as 'n deursigtige rookskerm om 'n onaanvaarbare beslissing van die Kongres te verwyder.

In *Garcia v San Antonio Metropolitan Transit Authority*¹⁶⁶ het die Hof in 1985 by monde van Regter Blackmun dan ook die *Usery*-bevinding omvergewerp met behulp van struktureel-teleologiese argumente. Hy bevind dat die Hof in *Usery* verkeerdelik wyer as die teks van die *Commerce Clause* en grondwetlike struktuur gedelf het in navolging van die konstruksie dat die *text of the Constitution provides the beginning rather than the final answer to every inquiry into the questions of federalism, for*

160 Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 294.

161 426 U.S. 833 (1976).

162 Verwysend na die *Commerce Powers* ingevolge Artikel I, 8 van die Grondwet.

163 *National League of Cities v Usery* 426 U.S. 833, 856-880 (1976).

164 *National League of Cities v Usery* 426 U.S. 833, 840-852 (1976).

165 *National League of Cities v Usery* 426 U.S. 833, 876, 879 (1976).

166 469 U.S. 528 (1985).

'[b]ehind the words of the constitutional provisions are postulates which limit and control'.¹⁶⁷ Regter Blackmun argumenteer dat hoewel dit duidelik blyk dat die Grondwet se federale struktuur die Kongres se *Commerce Power* beperk ten gunste van 'n bepaalde rol vir deelstate, die werklike probleem (en daarmee die onderskeid tussen die twee sake) lê by die wyse waarop die aard en omvang van daardie beperkings vasgestel word. Regter Blackmun bevind dat, omdat die Hof in *Usery* die omvang van die deelstate se '*residuary and inviolable sovereignty*' in *predetermined notions of sovereign power*, en nie soos dit hoort in die struktuur of *shape of the constitutional scheme* soos wat uit die historiese bronne oor die ontstaansgeskiedenis van die *Commerce Clause* blyk, gevind het nie, het *Usery* 'n ander, en sins insiens foutiewe, beeld van die omvang van deelstate se soewereiniteit verkry.¹⁶⁸

Bogenoemde sake dui aan dat strukturele konstruksie veral belangrik is vir die konstruksie van grondwetlike bepalinge rakende die beginsels van staatsorganisasie soos die skeiding van magte en federalisme.¹⁶⁹ Omdat die Grondwet slegs enkele kripties bewoorde bepalinge oor federalisme bevat, sal die interpretasie van sulke aangeleenthede meestal wyer as die grondwetlike teks strek. Slegs by die meer volledige grondwetlike voorskrifte oor die verhouding tussen die verskillende dele van die federale regering sal die interpretasie hoofsaaklik tekstueel gerig wees.¹⁷⁰

e) Teleologiese konstruksie

Hoewel Brugger bevind dat dit nie wetenskaplik korrek is om die Duitse beskouing

¹⁶⁷ *National League of Cities v Usery* 426 U.S. 833, 547 (1976).

¹⁶⁸ *Garcia v San Antonio Metropolitan Transit Authority* 469 U.S. 528, 550-552 (1985) per Blackmun R. In sy meerderheidsuitspraak bevind R Blackmun *ibid* 546-547 dat die onderskeid in *Usery* tussen tradisionele en nie-tradisionele owerheidsfunksies foutief is, omdat dit op 'n twyfelagtige grondslag berus wat teenstrydig met die beginsel van federalisme in 'n demokratiese gemeenskap is.

¹⁶⁹ Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 294. Vir strukturele (kontekstuele) konstruksie by federalisme vgl verder *Texas v White* 74 U.S. (7 Wallace) 700 (1869) per Chase HR oor die grondwetlike status van Texas voor, tydens en na-afloop van die Burgeroorlog en die antwoord op die vraag wat behels 'n federale deelstaat en die Federasie in terme van die Grondwet. Sien ook *M'Culloch v Maryland* 17 U.S. (4 Wheaton) 316, 415 (1819) per Marshall HR oor die aard van die Amerikaanse federale struktuur by beantwoording van die vrae of die Kongres bevoeg was om 'n tweede Nasionale Bank te skep, en tweedens of die deelstaat Maryland bevoeg was om daardie bank te belas ten einde die deelstaat se eie bank teen kompetisie te beskerm.

¹⁷⁰ Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 294.

van teleologiese konstruksie onveranderd op Amerikaanse regsteorie toe te pas nie, kan dit in beginsel steeds as 'n handige versamelnaam gebruik word van daardie argumente wat Amerikaanse skrywers beskryf met begrippe soos *value*, *theory*, *purposive*, *pragmatic* of *prudential* argumente.¹⁷¹ In hierdie opsig vorm teleologiese konstruksie in die Amerikaanse grondwetlike regspraak 'n omvattende begrip wat elke waarde en funksionele aspek insluit wat 'n regsnorm of regsdokument in die geheel, feitelik of normatief, onderlê of behoort te onderlê.¹⁷² Dit wil sê teleologiese interpretasie in die staatsreg sluit al die afsonderlike interpretasie-argumente in wat fokus op grondwetlike teorie, morele-, politieke- en sosiale waarde-oordele en etiese norme.¹⁷³ Die wye omvang van die Amerikaanse teleologiese kanon, bring mee dat verskeie denkstrominge by die hermeneutiese debat betrek word wat fundamentele probleme aanspreek soos die regs- en grondwetlike beskouings wat onderliggend is aan 'n aangewese grondwetlike interpretasiemetode.

In teenstelling hiermee fokus die Duitse beskouing van teleologiese konstruksie slegs op die oogmerk en gevolg van 'n regsnorm en is dit nie so omvattend as om byvoorbeeld waarde-oordele in te sluit nie. Teleologiese konstruksie in die Duitse staatsreg moet in die streng gevestigde en dogmatiese konteks van die tradisionele kanons van konstruksie in die Duitse privaatrek beskou word wat dit onmoontlik maak om sondermeer 'n wyer inhoud daaraan te verleen sonder om van onwetenskaplikheid beskuldig te word. Daarom hanteer die Duitse staatsreg bykomende interpretasie-argumente soos belange-afweging, waarde-oordele, *praktische Konkordanz*, die *Natur der Sache*, *verfassungskonforme Auslegung*, regstaatlikheid, sosiaalstaatlikheid ensovoorts, as afsonderlike grondwetlike interpretasiebeginsels.¹⁷⁴

Omdat die Amerikaanse Grondwet nie 'n *suicide pact* is nie, sal 'n versigtige konstruksie van individuele regte gevolg word wat die beleidsimplikasies van 'n bepaalde interpretasie in ag neem.¹⁷⁵ Dit beteken dat demokratiese politieke strukture

171 Brugger 1994 *JÖR* Vol 42 576; Brugger *Einführung* 11.

172 Brugger 1994 *JÖR* Vol 42 576.

173 Brugger 1994 *JÖR* Vol 42 576. Hierdie metodes, soos balansering van waardes, word tans afsonderlik behandel.

174 Brugger 1994 *JÖR* Vol 42 576.

175 Vgl *Kennedy v Mendoza-Martinez* 372 U.S. 144, 159-160 (1963). Hoewel die reg op burgerskap uitdruklik in die Veertiende Amendement gewaarborg word, lê die Grondwet ook duidelike

minstens in beginsel in stand gehou word sonder om terselfdertyd die effektiewe verwesenliking van individuele regte te beperk.¹⁷⁶ 'n Goeie voorbeeld word gevind in die Hof se hantering van die desegregasie van skole weens die verwagte emosionele teenstand vanuit die suidelike state in *Brown v Board of Education of Topeka*.¹⁷⁷ Hoofregter Warren het byvoorbeeld nie die onmiddellike integrasie van openbare skole gelas nie, maar beslis dat skole *with all deliberate speed* moet integreer.¹⁷⁸ Dit het sekere deelstate in staat gestel om integrasie eers tien jaar later deur te voer.

Aanwending van teleologiese argumente word vroeg reeds in die geskiedenis van die *Supreme Court* se regspraak gevind. Hoofregter Marshall het reeds in *M'Culloch v Maryland*¹⁷⁹ beslis dat die grammatikale konstruksie van die *Commerce Clause*¹⁸⁰ verhoed dat die Kongres hul grondwetlike opdrag kan vervul en dat die Grondwet toekomsgerig kan geld. Hoofregter Marshall het daarop van die teks afgewyk deur die Kongres se eksklusiewe gesag om interstaatlike handel te reguleer (die *Commerce Clause*) in die lig van die gees van die Grondwet te interpreteer.¹⁸¹ Hierdie konstruksie word gekritiseer deur interpreteerders wat die Grondwet se teks as vaste opdragte beskou en daarom die taak van die Hof sien as om die bepalings van die Grondwet te konstrueer soos dit geskryf staan ongeag die effek daarvan.¹⁸²

Dit was juis Regter Sutherland se kritiek teen die meerderheid van die Hof in *West Coast Hotel Company v Parish*¹⁸³ wat onder druk van President Roosevelt afstand gedoen het van die Veertiende Amendament se substantiewe ekonomiese *due process*-vereiste.¹⁸⁴ Ingevolge hierdie beginsel is ekonomiese wetgewing wat die

burgerskapsverpligtinge op individue soos die verrigting van militêre diens in tye van nasionale nood. Die beoordeling van die grondwetlikheid van regsreëls wat respondente se burgerskap ontnem weens hul ontduiing van diensplig, geskied dus met omsigtigheid. Beide belange, soos die erge gevolge van staatloosheid teenoor die militêre verdediging van die land, word teenoor mekaar opgeweeg. Die wetgewing is *in casu* as 'n ongrondwetlike aantasting van die Vyfde en Sesde Amendamente se *due process*-waarborg bestempel.

176 Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 295.

177 349 U.S. 294 (1955).

178 *Brown v Board of Education of Topeka* 349 U.S. 294, 300 (1955).

179 17 U.S. (4 Wheaton) 316 (1819).

180 Artikel I, 8 van die Grondwet.

181 *M'Culloch v Maryland* 17 U.S. (4 Wheaton) 316, 421 (1819): *Let the end be legitimate, let it be within the scope of the constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the constitution, are constitutional.*

182 Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 295.

183 300 U.S. 379 (1937).

184 Vgl *West Coast Hotel Company v Parish* 300 U.S. 379, 402 (1937) en op 404 waar hy meld: *The*

private kontraktsbevoegdheid van werkgewers in die *New Deal*-era beperk het deur minimum lone vir vrouens en minderjariges te stel, vroeër deur die *Supreme Court* as ongrondwetlik verklaar. Voorts word teleologiese argumente treffend aangewend in daardie gevalle waar die oogmerke, aard en gevolge van die oplegging, afwagting en uitvoering van die doodstraf in detail deur verskeie regters ontleed word ten einde die ongrondwetlikheid daarvan te illustreer.¹⁸⁵

f) Wisselwerking tussen die kanons

Daar bestaan geen vaste rangorde of voorkeur tussen die verskillende kanons van interpretasie nie, daar die argumente in wisselwerking met mekaar aangewend word.¹⁸⁶ Dit word reeds treffend deur die benadering van Hoofregter Marshall in *Marbury v Madison*¹⁸⁷ geïllustreer. *In casu* steun hy op die teks van die Grondwet (grammatikale konstruksie) en verwys hy na die relevansie van die oorspronklike historiese bedoeling van die outeurs van die Grondwet (genetiese kanon). Sy argumente oor die beginsels van skeiding van gesag en voorrangstatus wat die Grondwet beklee, word ooreenkomstig strukturele en sistematiese konstruksie voorgedra. Teleologiese konstruksie word weer weerspieël in Hoofregter Marshall se verwysing na die fundamentele grondwetlike doel van die versterking van die Federale Grondwet en die rol van die *Supreme Court* as beskermmer daarvan.

3.3.4 Ander elemente van grondwetlike interpretasie

a) Regswetenskaplike reëls

Ten spyte van die wye Amerikaanse beskouing van teleologiese konstruksie waarna vroeër verwys is, bevat dit nie al die regswetenskaplike reëls of doktrines wat die

judicial function is that of interpretation, it does not include the power of amendment under the guise of interpretation. ... What a court is to do, therefore, is to declare the law as written, leaving it to the people themselves to make such changes as new circumstances may require. The meaning of the constitution is fixed when it is adopted, and it is not different at any subsequent time when a court has occasion to pass upon it. Vgl eweneens die kritiek van Bork *Tempting of America* 58 teen die Hof se - volgens sy siening - ontoelaatbare ekstra-tekstuele interpretasie-argumente.

185 Vgl *Furman v Georgia* 408 U.S. 238 (1972); *Gregg v Georgia* 428 U.S. 153 (1976).

186 Vgl Brugger *Einführung* 10.

187 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

Supreme Court vir die beregting van spesifieke probleme tydens die grondwetlike interpretasieproses ontwikkel het nie, en kan dit vir die huidige bespreking sinvol as 'n afsonderlike grondslag vir interpretasie-argumente beskou word.¹⁸⁸ Hier word veral bedoel die *stare decisis*-leerstuk of presedenteleer, en ander stelreëls wat die *Supreme Court* ontwikkel het, soos regterlike terughoudendheid (*judicial restraint*) met betrekking tot grondwetlike kwessies, of die streng kontroletoeets (*strict scrutiny*) waarvolgens aantasting van fundamentele regte gemeet word.¹⁸⁹

(i) *Stare Decisis*-leerstuk

Die *stare decisis*-leerstuk is oorgeneem uit die Engelse Reg en dui op regterlike gebondenheid aan die *Supreme Court* se toepaslike vorige beslissings.¹⁹⁰ Voorts is die presedenteleer nie net gemeenregtelik oorgelewer nie, maar vind dit ook bevestiging in die struktuur van die Amerikaanse Grondwet.¹⁹¹ Regters volg kortliks drie stappe: eerstens bepaal hulle die toepaslikheid tussen die huidige probleem en vorige hofbeslissings; tweedens identifiseer hulle die regsreël wat in die presedente aangewend is; en derdens pas hulle daardie regsreël op die nuwe probleem toe.¹⁹² Deurdat hierdie tegniek van argumentasie daartoe lei dat bestaande regsbeginsels versigtig en saak-gewys beoordeel word, word die *status quo* enersyds gehandhaaf en andersyds tog voortdurend verander.¹⁹³ Dit verskaf nie alleen 'n dinamiese karakter aan juridiese interpretasie nie, maar dra ook by tot die snelle oplossing van regsprobleme.¹⁹⁴

Hoewel die *Supreme Court* die *stare decisis*-leerstuk tydens grondwetlike

188 Brugger 1994 JÖR Vol 42 576 Brugger *Einführung* 11.

189 Brugger 1994 JÖR Vol 42 576.

190 Vgl as voorbeeld van die handhawing van bestaande presedente nav die *stare decisis*-leerstuk, *Adamson v California* 332 U.S. 46, 59-60 (1947) per Frankfurter R (ondersteunende opinie tot die meerderheidsbeslissing): *Decisions of this Court do not have equal intrinsic authority. The Twinings Case shows the judicial process at its best - comprehensive briefs and powerful arguments on both sides, followed by long deliberation, resulting in an opinion by Mr. Justice Moody which at once gained and has ever since retained recognition as one of the outstanding opinions in the history of the Court. After enjoying unquestioned prestige for forty years, the Twinings Case should not now be diluted, even unwittingly, either in its judicial philosophy or in its particulars. As the surest way of keeping the Twinings Case intact, I would affirm this case on its authority.*

191 Art VI, 2 van die Grondwet bevestig die voorrang van die Grondwet as hoogste reg ook vir regters.

192 Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 307.

193 Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 307.

interpretasie volg, word presedente nie slaafs nagevolg nie sodat ruimte gelaat word vir die korreksie van vorige foutiewe beslissings of om nuwe probleme sinvol op te los.¹⁹⁵ So 'n korreksie geskied implisiet deur die uithol van die substantiewe inhoud van 'n bestaande reël deur *distinguishing*, andersins word deur *overruling* eksplisiet daarop gewys dat 'n vorige posisie foutief was of intussen verander het.¹⁹⁶ Verskillende aanhalingstegnieke van presedente kom in die regspraak voor. Soms word byvoorbeeld slegs na 'n enkele woord of saak verwys, hoewel daarmee by implikasie eintlik na die bepaalde regsontwikkeling wat deur daardie saak verteenwoordig is, verwys word. So verteenwoordig die woord *Griswold* byvoorbeeld die grondwetlike beskerming van sekere ongeskrewe fundamentele regte soos die reg op privaatheid in *Griswold v Connecticut*.¹⁹⁷ 'n Meer moderne vorm van verwysing na presedente is die sogenaamde *string citation*, waarvolgens 'n reeks presedente telkens as gesag aangehaal word. Hierdie tegniek bevestig weer gebondenheid aan 'n bepaalde regstradisie.¹⁹⁸

(ii) Leerstuk van *judicial restraint*

Die beperkings op die *Supreme Court* se kontrolejurisdiksie soos *standing*, *mootness*, *collusiveness*, *prematurity* en *abstractness*, vorm deel van die leerstuk van regterlike terughoudendheid (*judicial restraint*) wat weer voortspruit uit 'n algemene regterlike plig om grondwetlike geskille te vermy.¹⁹⁹ Daar bestaan naamlik 'n algemene

194 Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 309.

195 Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 307.

196 Vgl Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 307; Scalia *A Matter of Interpretation* 7-8. Vgl bv Powell R se minderheidsuitspraak in *Garcia v San Antonio Metropolitan Transit Authority* 469 U.S. 528, 557-560 (1985) waar hy sy ongelukkigheid oor die meerderheid se afwyking van die gevestigde regsposisie beklemtoon: *There are, of course, numerous examples over the history of this Court in which prior decisions have been reconsidered and overruled. There have been few cases, however, in which the principle of stare decisis and the rationale of recent decisions were ignored as abruptly as we now witness. ... Although the doctrine is not rigidly applied to constitutional questions, 'any departure from the doctrine of stare decisis demands special justification.'* ... *The stability of judicial decision, and with it respect for the authority of this Court, are not served by the multiple precedents that we witness in these cases. Whatever effect the Court's decision may have in weakening the application of stare decisis, it is likely to be less important than what the Court has done to the Constitution itself.* Vgl voorts *Arizona v Rumsey* 467 U.S. 203, 212 (1984); en *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v Casey* 505 U.S. (1992) - 120 L Ed 2d 674.

197 381 U.S. 477 (1965) Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 308.

198 Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 307.

199 Vgl *United States v Batchelder* 442 U.S. 114, 122 (1979): '*[S]tatutes should be construed to avoid constitutional questions*'. Vgl ook *Crowell v Benson* 285 U.S. 22, 62 (1932) per Hughes HR: *When the validity of an act of the Congress is drawn in question, and even if a serious doubt of*

grondwetlike beginsel - as riglyn en nie as streng regsreël nie - dat regters 'n grondwetlike beslissing moet probeer vermy indien ander meer direkte redes van toepassing is.²⁰⁰ Indien die regters egter van mening is dat 'n grondwetlike beslissing noodsaaklik is ter beskerming van spesifieke waardes en belange, kan die vraag op die toepaslike grondwetlike gronde beslis word. Uit hierdie plig word 'n vermoede van grondwetlikheid van statute afgelei. Die vermoede impliseer dat regters terughoudend sal handel indien die grondwetlikheid van statute in geskil geplaas word.²⁰¹ Hierdie leerstuk en vermoede bied dus 'n mate van beskerming aan regters teen aanvalle dat die geregtelike kontrolekompetensie ondemokraties sou wees.²⁰²

(iii) *Reading down*

Regter Brandeis het in *Ashwander v Tennessee Valley Authority* hierdie interpretasiebeginsel as 'n element van *judicial restraint* geïdentifiseer, naamlik dat regsnorme in geval van twyfel in ooreenstemming met die Grondwet gekonstrueer word ten einde 'n grondwetlike geskil te vermy.²⁰³ Hierdie beginsel herinner aan die Kanadese beginsel van *reading down* of die Duitse eweknie van *verfassungskonforme Auslegung*.²⁰⁴ Hierdie interpretasiebeginsel word ook in verskeie opvolgende sake - veral dié met 'n politieke ondertoon - bevestig,²⁰⁵ soos die uitvoerige uiteensetting in

constitutionality is raised, it is a cardinal principle that this Court will first ascertain whether a construction of the statute is fairly possible by which the question may be avoided. Sien *Ashwander v Tennessee Valley Authority* 297 U.S. 288, 346-348 (1936) per Brandeis R vir 'n treffende uiteensetting van hierdie leerstuk. Hy beslis dat die Hof 'n grondwetlike oordeel sal vermy, tensy (i) dit noodwendig tot so 'n beslissing moet kom; of (ii) indien die saak nie anders as op grondwetlike grond besleg kan word nie; of (iii) indien die norm ooreenkomstig grondwetlike voorskrifte gekonstrueer kan word; (iv) as 'n beslissing op 'n beperkter grondslag voor hande is. Brugger *ibid* 22-23 identifiseer twee verdere reëls nl, (v) indien laerhof-sake onduidelik mbt die feite of regspraak is, vermy die *Supreme Court* 'n grondwetlike bevinding; en (vi) die Hof gebruik bepaalde leerstukke om die balans tussen die jurisdiksie van die deelstate en federale howe te handhaaf. Vgl verder Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 7, 88-89.

200 In *Spector Motor Service v McLaughlin* 323 U.S. 101, 105 (1944) meld die Hof: *If there is one doctrine more deeply rooted than any other in the process of constitutional adjudication, it is that we ought not to pass on questions of constitutionality ... unless such adjudication is unavoidable.* In *Rescue Army v Municipal Court of the City of Los Angeles* 331 U.S. 549, 570 (1947) beskryf Ruthledge R dit as *one of the rules basic to the federal system and this Court's appropriate place within that structure*; en in *Joint Anti-Facist Refugee Commission v McGrath* 341 U.S. 123, 154-155 (1951) meld Frankfurter R dat howe nie grondwetlike geskille harsien nie *until they have to*. Vgl verder Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 7, 88-90; en Tribe *Constitutional Law* 71-72.

201 Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 90.

202 Brugger *Einführung* 22.

203 *Ashwander v Tennessee Valley Authority* 297 U.S. 288, 346-348 (1936).

204 Brugger *Einführung* 22.

205 Vgl bv *Machinists v Street* 367 U.S. 740, 749-750, 768-769 (1961); *Aptheker v Secretary of State* 378 U.S. 500, 515 (1964); en *Heckler v Mathews* 465 U.S. 728, 741-743 (1984).

1985 in die *Commodity Futures*-saak²⁰⁶ illustreer:

*The Court of Appeals was correct in its understanding that '[f]ederal statutes are to be so construed as to avoid serious doubt of their constitutionality'. ... Where such 'serious doubts' arise, a court should determine whether a construction of the statute is 'fairly possible' by which the constitutional question can be avoided. ... It is equally true, however, that this canon of construction does not give a court the prerogative to ignore the legislative will in order to avoid constitutional adjudication; '[a]lthough this Court will often strain to construe legislation so as to save it against constitutional attack, it must not and will not carry this to the point of perverting the purpose of a statute ...' or judicially rewriting it.*²⁰⁷

Die Hof sal dus nie die grondwetlike beginsel van *reading down* aanwend nie waar die regsnorm duidelik en presies geformuleer is en die Hof die gevaar loop om die wetgewer se taak op ondemokratiese wyse te verrig deur die bepaling te herskryf of die doel daarvan te verander.²⁰⁸

(iv) Gemeenregtelike interpretasiereëls

Die bruikbaarheid van gemeenregtelike reëls soos die reël *expressio unius est exclusio alterius* en die *eiusdem generis*-reël is wyd gekritiseer en gediskrediteer in die Amerikaanse reg,²⁰⁹ sodat dit tans weinig aanhang geniet.²¹⁰ Kontemporêre tekstualiste soos Regter Scalia het egter die waarde van hierdie gemeenregtelike reëls vir 'n tekstuele uitlegteorie beklemtoon.²¹¹ Voorts het die skrywer Eskridge onlangs begin om die waarde van statutêre kanons van interpretasie te herontdek, soos sy

206 *Commodity Futures Trading Commission v Schor* 478 U.S. 833 (1985).

207 *Commodity Futures Trading Commission v Schor* 478 U.S. 833, 841 (1985).

208 Vgl bv *Aptheker v Secretary of State* 378 U.S. 500, 515 (1964) waar die wet waarvolgens die voorsitter van die Kommunistiese Party in die VSA 'n paspoort geweier is, as teenstrydig met die Vyfde Amendement se *due process*-waarborg bevind is, omdat 'n grondwetlike kwessie nie vermy kon word deur die Hof 'n duidelike wet te laat oorskryf nie.

209 Vgl bv die kritiek van Llewellyn 1950 *Vanderbilt Law Review* Vol 3 399-406 waar hy uitvoerige voorbeelde gee van die teenstrydige aanwending van 29 kanons van statutêre uitleg deur die houe.

210 Sien Scalia *A Matter of Interpretation* 25-26.

211 Vgl Scalia *A Matter of Interpretation* 25-26.

rekonstruksie van al die kanons en vermoedens van wetsuitleg wat deur die Rhenquist-Hof aangewend word, aantoon.²¹²

b) Balansering

Die gebruik van regters om teenoorstaande belange tydens grondwetlike regspraak met mekaar te balanseer of teenoor mekaar af te weeg,²¹³ word in bepaalde teoretiese kringe as die belangrikste metode van kontemporêre grondwetlike konstruksie in die Amerikaanse reg beskou.²¹⁴ Tewens, hoewel die Grondwet nie uitdruklik balansering as metode voorskryf nie, is die hele Grondwet juis die resultaat van die politieke balansering van verskillende konflikterende belange.²¹⁵

Waar balansering in die vyftiger- en sestigerjare tydens die anti-kommunistiese veldtog beperk was tot die stryd tussen Regters Black en Frankfurter oor die grondwetlikheid van die balansering van staatsveiligheidsbelange teenoor die oënskynlik onaantasbare vryheid van spraak onder die Eerste Amendement,²¹⁶ is dit

212 Eskridge *Dynamic Statutory Interpretation* 323-333.

213 Henkin 1978 *Columbia Law Review* Vol 78 1047 beskryf die voordeel van balansering vir die hermeneut soos volg: *Balancing is highly appealing. It provides bridges between the abstractions of principle and the life of facts. It bespeaks moderation and reasonableness, the Golden Mean. It refines the process of judicial review. It softens the rigors of absoluteness, makes room for judgement and for sensitivity to differences of degree. It provides an answer, or the way to an answer – sometimes the only answer - to what the Constitution means when the words do not say what it means, to many a constitutional tension or issue not readily resolved without it. The flexibility it provides may have been an important ingredient in making judicial review work and rendering it acceptable.*

214 Vgl Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 943-944; en Henkin 1978 *Columbia Law Review* Vol 78 1022-1023. Maar *contra* die redusering van grondwetlike interpretasie tot slegs die balansering van konflikterende belange, sien Henkin *ibid* 1026. Aleinikoff *ibid* 945 omskryf balansering as *theories of constitutional interpretation that are based on the identification, valuation, and comparison of competing interests. ...[A] judicial opinion that analyzes a constitutional question by identifying interests implicated by the case and reaches a decision or constructs a rule of constitutional law by explicitly or implicitly assigning values to the identified interests.*

215 Henkin 1978 *Columbia Law Review* Vol 78 1023-1024, 1047.

216 Sien Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 944; en Henkin 1978 *Columbia Law Review* Vol 78 1023, 1044. Hoewel Black R in sy aanvanklike minderheidsbeslissing wel in uitsonderlike gevalle die beperking van die vryheid van spraak ingevolge die streng *clear and present danger*-toets erken (waaraan die sg kommunistiese bedreiging syns insiens nie voldoen het nie), verwerp hy later die toets. Hy beskou balansering as *contra* die Eerste Amendement se duidelike opdrag dat dit nie beperk mag word nie, en meen voorts dat dit 'n gevaarlike diskresie aan die regbank toeken om te besluit wanneer om 'n onaantasbare fundamentele reg te beperk. Frankfurter R verwerp weer rigiede leerstukke soos die *clear and present danger*-toets om die komplekse belangekonflikte tussen staatsveiligheid en die vryheid van spraak op te los. 'n Meer buigbare proses van belangebalansering verskaf volgens hom die oplossing, hoewel die demokraties verkose Kongres, en nie die regbank nie, die ideale instelling is waar die mees gepaste balans

intussen uitgebrei na meeste ander beskermde regte en ander fundamentele bepalings in die Grondwet.²¹⁷ Tans is daar nie 'n aspek van die Amerikaanse staatsreg, administratiefreg, en inderdaad reg in die algemeen, waarin hierdie regshermeneutiese metode nie aanwending vir die oplos van moeilike samelewingsprobleme vind nie. Hoewel die mees algemene konflikterende belange dié is van die individu teenoor die owerheid se belange van effektiewe administratiewe funksionering (ter vermyding van koste), of die openbare belang (soos nasionale of openbare veiligheid), word konflikte tussen die belange van slegs individue of slegs owerheidsinstellings ook gevind.²¹⁸

Hoewel balansering as hermeneutiese argument nuuswaardigheid verwerf het tydens die metodologiese stryd tussen regters Black en Frankfurter, word die intellektuele oorsprong daarvan gevind in die realisembeweging se fundamentele breuk met die konseptualisme en formalisme van die tradisionele regsdenke.²¹⁹ Beroemde lede van die vroeë realisembeweging soos Holmes, Pound en Cardozo wat sterk beïnvloed is deur Dewey en James se pragmatiese denke, te same met *New Deal*-regters soos Regters Brandeis en Stone, het balansering as die regsmetodologiese antwoord beskou om die sosiale taak van die reg in die samelewing te vervul.²²⁰ Dit was juis daardie sosiale taak van die reg wat die tradisionele meganiese regsmetode volgens hierdie eksponente misluk het om aan te spreek. Roscoe Pound betoog juis dat regters die sosiologie, geskiedenis en ekonomie moet bestudeer ten einde die kompeterende sosiale belange in die samelewing beter te kan begryp en teenoor mekaar te realiseer.²²¹ Balansering spruit nie net uit die denke van die realisembeweging voort nie, maar is ook 'n reaksie teen juis die subjektiwiteit en onbepaaldheid van die reg

gevind sal word. Die regbank behoort slegs in te meng indien geen redelike grondslag vir die Kongres se resultaat gevind word nie, of as hulle 'n onregverdige prosedure gevolg het en geen *due process of law* bestaan nie. Vgl in die verband *Dennis v United States* 341 U.S. 494, 579-580 (1951) per Black R (minderheidsbeslissing) en 517-556 per Frankfurter R (afsonderlike opinie tot meerderheidsbeslissing); *Barenblatt v United States* 360 U.S. 109, 126-133 (1960) per Harlan R (meerderheidsbeslissing wat ook Frankfurter R insluit) en 134-162 per Black R (minderheidsbeslissing); en *Brandenburg v Ohio* 395 U.S. 444, op 449-450 (1969) per Black R. Sien ook Black *A Constitutional Faith* 50-54.

217 Vgl uitvoerig hieroor met gesag Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 963-971. Sien ook Henkin 1978 *Columbia Law Review* Vol 78 1022, sowel as sy verwerping van hierdie algemene siening op 1026.

218 Vgl Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 946-947.

219 Vgl Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 949-952.

220 Vgl uitvoerig Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 949-963. Sien voorts ook die regsmetode van die realisembeweging par 3.5.3 *infra*.

221 Pound 1943 *Harvard Law Review* Vol 57 2, 39.

wat uit realisme voortspuit.²²² Balansering, as die logiese resultaat van pragmatiese en sosiologiese regsdenke, is dus die vergestaltung van 'n kontekstueel-teleologiese en waardegerigte grondwetlike hermeneutiek wat die Amerikaanse regsbeskouing in staat stel om tred te hou met 'n snel veranderende regsworklikheid.²²³

Verskeie vergestaltungsvorms van die balanseringsmetode kan uit die *Supreme Court* se aanwending daarvan onderskei word. Eerstens word dit gelyk gestel aan die afweging van belange (*outweighing*) as kompeterende belange op 'n skaal geplaas word en een belang dan swaarder as die ander weeg.²²⁴ 'n Bekende voorbeeld is die grondwetlike maatstawwe van dwingende of belangrike (*compelling of important*) owerheidsoogmerke ter regverdiging van sekere beperkings op fundamentele regte.²²⁵

Tweedens probeer die Hof in ander gevalle 'n balans tussen die verskillende konflikterende belange skep deur te voorkom dat die een belang die ander heeltemal uitskakel as die Hof beide belange erken en sover moontlik in stand hou.²²⁶ *One interest does not override another; each survives and is given its due.*²²⁷ Laasgenoemde aanwending van balansering herinner sterk aan die strewe na 'n *praktische Konkordanz* in plaas van blote *Güterabwägung* in die Duitse staatsreg.

Derdens word sogenaamde *definitional balancing* gevind waarvolgens 'n fundamentele grondwetlike beginsel deur middel van balansering van konflikterende grondwetlike waardes geïdentifiseer word, soos dat kinderpornografie nie beskermde spraak ingevolge die Eerste Amendement is nie.²²⁸ Hierdie beginsel word dan op

222 Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 963.

223 Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 958.

224 Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 946.

225 Vgl bv die kriminalisering van kinderpornografie in *New York v Ferber* 458 U.S. 747, 763-764 (1982) per White R.

226 Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 946. Hy verwys bv na die verbod in *Tennessee v Garner* 471 U.S. 1, 9-11 (1985) oor wanneer die polisie straflose doodslag teen 'n misdadiger kan aanvoer.

227 Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 946.

228 Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 948. Henkin 1978 *Columbia Law Review* Vol 78 1027-1037, 1046-1047 beskou weer hierdie vorm van balansering as *interpretative balancing*. Hy glo balansering is 'n eksegetiese of regshermeneutiese metode wat te midde van ander metodes soos die kanons van konstruksie aangewend word om die Grondwet te verklaar. Dit word veral aangewend om 'n konflik tussen fundamentele grondwetlike beginsels en waardes op te los waar die Grondwet geen aanduiding gee hoe dit moet geskied nie. Vgl bv *Marsh v Alabama* 326 U.S. 501 (1946) (verbod op die verspreiding van godsdienstige materiaal (vryheid van spraak) teenoor private eiendomsreg in 'n maatskappy se private dorp); *New York v Ferber* 458 U.S. 747 (1982) (verbod op kinderpornografie teenoor vryheid van spraak); en *United States v Nixon* 418 U.S.

soortgelyke gevalle in die toekoms toegepas sonder dat balansering van elke individuele geval opnuut plaasvind.

Vierdens word hierteenoor 'n proses van *ad hoc*-balansering tydens substantiewe *due process*-sake gevind waar ongeskrewe individuele regte telkens opnuut teenoor die openbare belang met betrekking tot elke geval se meriete gebalanseer word.²²⁹ Die Hof se keuse van 'n spesifieke variant van balansering beïnvloed noodwendig die graad van beskerming wat aan spesifieke individuele regte verskaf word. So byvoorbeeld verskaf *ad hoc*-balansering min beskerming aan die Eerste Amendement se regte as dit in konflik met nasionale veiligheid staan, terwyl die teenoorgestelde posisie bereik word as *due process*-waarborgte teenoor die finansiële koste vir die owerheid se handhawing van daardie regte bereken word.²³⁰

Die sentrale probleem is steeds die vraag hoe die subjektiewe waarde-oordele van regters uit die balanseringsproses geweer kan word.²³¹ Wat is die kriteria wat aangewend word om die korrekte gewig aan onvergelykbare konflikterende waardes te heg ten einde 'n grondwetlik regverdigbare oordeel uit te oefen? Veral gesien in die lig van die oënskynlik ondemokratiese aard van geregtelike kontrole se afweging van kompeterende sosiale belange tydens grondwetlike regspraak, word die kritiek gereeld uitgespreek dat die *Supreme Court* geen objektiewe maatstawwe het ingevolge waarvan die balansering van konflikterende grondwetlike beginsels en waardes met ander belange geskied nie.²³²

'n Juris soos Roscoe Pound kon byvoorbeeld geen inherente rangorde tussen waardes as algemeengeldende maatstawwe identifiseer nie en het daarom ook geen antwoord

638 (1974) (konflik tussen die uitvoerende en wetgewende gesag).

229 Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 948. Henkin 1978 *Columbia Law Review* Vol 78 1027-1028, 1037-1046, 1047 beskou hierdie vorm van balansering nie soseer as 'n metode van grondwetlike interpretasie nie, maar as *balancing-as-doctrine* of as 'n substantiewe grondwetlike beginsel opsigself. Vgl by *Mathews v Eldridge* 424 U.S. 319, 348 (1976); *Roe v Wade* 410 U.S. 113 (1973); *Duncan v Louisiana* 391 U.S. 145 (1968); *Kent v Dulles* 357 U.S. 116 (1958); *Bolling v Sharpe* 347 U.S. 497 (1954); en *Nebbia v New York* 291 U.S. 54 1934).

230 Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 948.

231 Vgl die verdere kritiek van Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 977-983; en Henkin 1978 *Columbia Law Review* Vol 78 1047-1048. Sien ook die kritiek van Dworkin *Taking Rights Seriously* 197-205 teen die oordrewe klem op 'n ooreenvoudige balansering van ongelyke waardes, wat hy meen eventueel tot die aantasting van die menswaardigheid en gelykheid van individue lei.

232 Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 972, 984; en Henkin 1978 *Columbia Law Review* Vol

op hierdie probleem gehad nie.²³³ Pound waarsku nietemin dat regters versigtig moet wees om nie konflikterende waardes op verskillende vlakke sonder meer met mekaar te vergelyk nie, daar dit reeds die waarde-oordeel subtiel in 'n bepaalde rigting stuur.²³⁴ Die *Supreme Court* begrond sy waarde-oordele in verskeie eksterne bronne soos tradisie en geskiedenis,²³⁵ die heersende waardes of algemene sosiale tendense,²³⁶ of die mate waardeur die konstruksie spesifieke grondwetlike oogmerke verwesenlik (wat empiries of spekulatief bereken word).²³⁷ Regter Frankfurter vind byvoorbeeld sy waarde-oordeel in die belange van die breë samelewing en sluit gevolglik aan by sowel histories-tradisionele as kontemporêre waardes.²³⁸

Juis weens hierdie gebrek aan 'n algemene balanseringsmaatstaf gebruik die Hof, aldus Aleinikoff, verskeie twyfelagtige metodes, soos om die sosiale voordeel of koste van een belang bo ander te bereken, om 'n waarde doelbewus laer te skat deur te verwys na 'n gebrek aan voldoende empiriese getuienis ter ondersteuning van daardie waarde, om voor te gee dat balansering plaasvind terwyl die Hof balansering inderdaad vermy het deur bloot op 'n toepaslike presedent te steun, of om eenvoudig nie die bronne te openbaar waarvolgens die oordeel plaasgevind het nie en gevolglik die vermoede van 'n impulsiewe keuse te bevestig.²³⁹

Aleinikoff kritiseer die oorheersende klem wat op balansering in die grondwetlike hermeneutiek gelê word ten koste van ander hermeneutiese beginsels soos beginselbesluite.²⁴⁰ Hy glo dit ondermyn die gebruikelike siening van *constitutional*

78 1048.

233 Vgl Pound *Jurisprudence* Vol III 330-331. Oor die realisiebeweging se onvermoë om 'n oplossing hierop te vind vgl Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 957-958.

234 *If we put one as an individual interest and the other as a social interest we may decide the question ... by our very way of putting it.* Pound 1943 *Harvard Law Review* Vol 57 2. Dit is juis een van die punte van kritiek van Black R in sy minderheidstandpunt in *Barenblatt v United States* 360 U.S. 109, 144 (1960).

235 *Bowers v Hardwick* 478 U.S. 186, 190-194 (1986).

236 *Hudson v Palmer* 468 U.S. 517, 528 (1984).

237 Vgl met uitvoerige gesag Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 974.

238 Vgl bv *Sweezy v New Hampshire* 354 U.S. 234, 267 (1957) per Frankfurter R: *And striking the balance implies the exercise of judgment. ... It must be an overriding judgment founded on something much deeper and more justifiable than personal preference. As far as it lies within human limitations, it must be an impersonal judgment. It must rest on fundamental presuppositions rooted in history to which widespread acceptance may fairly be attributed.* Vgl Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 962-963.

239 Vgl Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 975-976 met toepaslike gesag.

240 Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 997-1001. Vgl ook Henkin 1978 *Columbia Law Review* Vol 78 1028, 1048-1049.

law as an interpretive enterprise, omdat die konstruksie van 'n individuele reg se beskermingsveld eenvoudig in die finale instansie gereduseer word tot die bepaling van die redelikheid van die beperking.²⁴¹ Die gebrek aan 'n behoorlike regterlike metode van interpretasie kan daartoe lei dat fundamentele grondwetlike beginsels en waardes weggebalanseer word deur middel van nie-grondwetlike belange wat eersgenoemde ondermyn.²⁴² Dit sou 'n kwade dag wees as die regterlike waardeoordeel gereduseer word tot 'n analise van die finansiële kostes of sosiale voordele van een belang bo 'n ander. Dit is juis hierdie benadering wat die wetgewende gesag gebruik om die beperking van fundamentele grondwetlike beginsels tydens die wetgewende proses te beoordeel en selfs te regverdig. Die gevaar bestaan dat so 'n simplistiese waarde-benadering deur die regbank fundamentele grondwetlike beginsels soos die skeiding tussen die wetgewende gesag en die regbank, sowel as die verhewe normatiewe karakter van die Grondwet, in gedrang kan bring.²⁴³

c) Retroaktiewe wetgewing

Retroaktiewe wetgewing word uit hoofde van die *rule of law* se elemente van regsekerheid, voorsienbaarheid en regverdigheid van owerheidshandelinge, uitdruklik in die Grondwet verbied. Artikel I, 9 en 10 van die Grondwet verbied byvoorbeeld federale en deelstaatlike wetgewers om *est post facto* wetgewing aan te neem, terwyl laasgenoemde bepaling ook deelstate verbied om nie kontraktuele verpligtinge deur middel van retroaktiewe wetgewing te ontduik nie.²⁴⁴ Hoewel dit gemeensaak is dat *est post facto*-wetgewing in die strafreg ingevolge die *rule of law* verbied word,²⁴⁵

241 Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 987.

242 Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 989-991; en Henkin 1978 *Columbia Law Review* Vol 78 1048.

243 Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 991-992.

244 Die *rule of law* word in verskeie grondwetlike beginsels gekonkretiseer. Hieronder val Artikel I, 10 se kontraktuele beskerming (wat bekend staan as die *contract clause*) wat saam met die Vyfde Amendement se verbod op onteining sonder kompensasie (die *takings clause*), die kern van die grondwetlike beskerming van gevestigde ekonomiese belange in die Amerikaanse staatsreg vorm. Voorts volg die verbod op *est post facto*-wette, die verbod op *Bills of Attainder* (die verbod in Artikels I, 9 en 10 op nadelige wetgewing wat doelbewus gemik is op spesifieke persone), asook die prosedurele *due process*-waarborges waarvolgens spesifieke individue teen naakte meerderheidswil beskerm word. Vgl Tribe *Constitutional Law* 587-588.

245 In die strafreg hou hierdie verbod vier aspekte in: (i) geen strafregtelike aanspreeklikheid vir 'n handeling wat nie onwettig was toe dit uitgevoer is nie; (ii) 'n verbod op die uitbreiding van 'n misdryf sedert dit gepleeg is; (iii) 'n verbod op die vermeerdering van die straf sedert die misdaad gepleeg is totdat die persoon gevonnissen word; en (iv) die skraping van 'n regverdigingsgrond wat in die reg beskikbaar was ten tye van die pleging van die misdaad waarop 'n beskuldigde aanspraak sou kon maak. Vgl hieroor *Calder v Bull* 3 U.S. (3 Dallas) 386, 396-397 (1798) per

heers daar steeds onsekerheid of daardie verbod ook vir ander wetgewing geld.²⁴⁶

Dit is wel duidelik dat algemene retroaktiewe wetgewing nie *per se* ongrondwetlik is nie, hoewel die *Supreme Court* in die algemeen negatief daarteenoor staan weens die gevaar van regsonsekerheid en verdere benadeling van reeds benadeelde klasse burgers.²⁴⁷ By gebrek aan 'n algemene toets²⁴⁸ het die Hof vier klasse van retroaktiewe wetgewing uit die *due process*-waarborg afgelei wat elk verskillend beoordeel word.²⁴⁹ (i) Retroaktiewe wetgewing in tye van nood met 'n sterk openbare belang, soos ten tye van oorlog, word gewoonlik, maar nie noodwendig altyd nie, goedgekeur. (ii) Remediërende wetgewing wat reeds bestaande amptelike handelinge of administratiewe besluite bekragtig, word gewoonlik goedgekeur weens die openbare belang van 'n ordelike en effektiewe staatsadministrasie. (iii) Retroaktiewe belastingwette ten opsigte van eiendoms- en geskenkebelasting is nie toelaatbaar nie, maar wel ten opsigte van inkomstebelasting. Die voorsienbaarheid van die handeling en die redelikheid daarvan teenoor die belastingbetaler is die belangrikste kriteria waarvolgens die Hof in hierdie gevalle 'n oordeel uitoefen. (iv) Verdere algemene retroaktiewe wetgewing se regsgeldigheid word hoofsaaklik aan die hand van die redelikheid van kennisgewing en die waarskynlikheid dat 'n individuele reg daardeur aangetas kan word, beoordeel.

3.3.5 Interpretasierol van algemene fundamentele grondwetlike beginsels

Die *Supreme Court* hersien wetgewing veral ingevolge twee fundamentele grondwetlike beginsels, naamlik die algemene vryheids- en gelykheidswaarborge. Enersyds word die prosedurele regverdigheid van die beperkende administratiewe besluitnemingsprosesse ooreenkomstig die vereistes van die prosedurele *due process*-

Chase R (afsonderlike opinie); *Bezell v Ohio* 269 U.S. 167, 169-170 (1925); en *Collins v Youngblood* 497 U.S. 37, 41-52 (1990) per Rhenquist HR.

246 Vgl Tribe *Constitutional Law* 629-641.

247 Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 401.

248 Die naaste wat die Hof aan 'n algemene toets gekom het mbt retroaktiewe federale wetgewing onder die *due process*-waarborg was die rasonele grondslag-toets in *Pension Benefit Guaranty Corporation v R.A. Gray & Company* 467 U.S. 717, 729-730 (1984) waar bevind is dat retroaktiewe ekonomiese wetgewing geregverdig kan word deur *a legitimate legislative purpose furthered by rational means*, of deur bewys van 'n *rational legislative purpose*. Vgl ook *Usery v Turner Elkhorn Mining Company* 428 U.S. 1, 16-18 (1976); en *United States v Sperry Corporation* 493 U.S. 52, 64 (1989).

249 Vgl uitvoerig Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 408-416.

waarborg in die Vyfde en Veertiende Amendamente beoordeel. Andersyds word die regverdigheid van die substantiewe inhoud van wetgewing beoordeel aan die hand van die substantiewe *due process*-bepaling en die Veertiende Amendament se *equal protection*-leerstuk. Die omvattende beskerming van persoonlike vryheid in die Amerikaanse staatsreg geskied dus veral uit hoofde van die *due process*-beginsel in wye sin, waardeur 'n omvangryke en algemene vryheidsbeskouing gewaarborg word.²⁵⁰ Die interpretasierol van hierdie algemene vryheids- en gelykheidswaarborge tydens die konkretisering van individuele regte word vervolgens aan die hand van die ontwikkeling van elk oor dekades heen aangetoon tot die posisie tans waar hierdie twee algemene beginsels sekerlik as die sluitsteen van die Amerikaanse grondwetlike beskerming van individuele regte beskou kan word.

a) Prosedurele *due process*-waarborg

Die prosedurele *due process*-beginsel waarborg die reg van die individu om gehoor te word tydens aantasting van sy of haar regte.²⁵¹ Hierdie prosedurele waarborg is egter meer beperk in omvang as substantiewe owerheidskontrole, deurdat dit slegs aangewend word as die individu se lewe, vryheid en eiendom aangetas word en nie as 'n algemene maatstaf vir elke owerheidshandeling wat individuele regte beperk nie. Die omvang van die prosedurele *due process*-beskerming word ook verminder weens die *Supreme Court* se letterlike, en daarom beperkende, konstruksie van die begrippe *life, liberty or property* in die Vyfde en Veertiende Amendamente. Gevolglik kan

250 Vgl Du Plessis en De Ville *Personal Rights* 236. Sien bv *Meyer v Nebraska* 262 U.S. 390, 399 (1923) vir 'n definisie van hierdie beskouing van persoonlike vryheid.

251 Sien in die algemeen Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 338-348, 487-567; en Tribe *Constitutional Law* 663-768 vir 'n diepte bespreking van die aanwending van die prosedurele *due process*-waarborg in die praktyk. Hieronder resorteer bepaalde prosedurele standaarde van regverdigheid naas die Vierde, Vyfde, Sesde en Agtste Amendamente tydens vryheidsberowing in die strafprosesreg, soos die bewyslas van bo redelike twyfel (*In Re Winship* 397 U.S. 358, 364 (1970)). Vgl ook mbt die definiëring van lewe, aspekte soos dat 'n ongebore fetus nie as 'n natuurlike persoon ingevolge die Veertiende Amendament beskou word nie (*Roe v Wade* 410, U.S. 113, 157 (1973)); of die graad van getuienis wat benodig word om die lewensondersteunende masjiene van 'n pasiënt af te skakel in navolging van die pasiënt se reg om te sterf (*Cruzan v Director, Missouri Department of Health* (497 U.S. 261 (1990))); en die aard van prosedurele regverdigheid tydens oplegging van die doodstraf (*Darden v Wainwright* 477 U.S. 168 (1986) en 478 U.S. 1036 (1986)). Die *due process*-beginsel vervul 'n algemene rol van beskerming teen gedwonge verwysing vir kindersorg, of vir psigiatriese behandeling; tydens die lisensiering van obsene films; die beperking van vryheid van spraak; die verbeuring van professionele-, handels- of bestuurslisensies; die verlies aan burgerskap of eiendom; prosedures vir beslegting van krediteur-debiteurkonflikte; en die verlies aan openbare welsynvoordele soos onderwysgeleentheid, subsidies en ander lisensies waar individuele regte betrokke is.

owerheidshandelinge individuele regte in bepaalde gevalle benadeel sonder dat die individu op die beskerming van 'n regverdige prosedure kan steun.

b) Substantiewe *due process*-hersiening

(i) Ekonomiese *due process*

Vanaf 1855 tot 1937 het die *Supreme Court* as 'n soort superwetgewer gehandel deurdat dit in teenstelling met die blote prosedurele *due process*-toets, 'n substantiewe *due process*-maatstaf geskep het om ingevolge 'n individualistiese en *laissez faire* ekonomiese voorstelling sosiale welsynswetgewing te veroordeel wat individuele kontrakvryheid en private eiendomsreg beperk het.²⁵² Ná 1937 met die Roosevelt-aanstellings in die *Supreme Court* wat meer simpatiek teenoor *New Deal*-sosiale beskermingsmaatreëls gestaan het, kon die Hof egter geen grondwetlike regverdiging meer vir die verskerpte kontrolemaatstaf van ekonomiese wetgewing ingevolge die substantiewe *due process*-bepaling vind nie.²⁵³ Daarop het die Hof afstand gedoen van die ekonomiese hersiening van wetgewing. Na 'n fase van onsekerheid oor die toekoms van die substantiewe *due process*-maatstaf, volg *Griswold v Connecticut*²⁵⁴ in 1965 wat 'n reg op privaatheid van getroude pare om advies oor voorbehoedmiddels

252 Aanvanklik is die substantiewe *due process*-waarborg beperkend gekonstrueer in die *Slaughter-House*-sake 83 U.S. (16 Wallace) 36 (1872); *Mugler v Kansas* 123 U.S. 623 (1887); en *Allgeyer v Louisiana* 165 U.S. 578 (1897). Ekonomiese *due process* het 'n hoogtepunt bereik in *Lochner v New York* 198 U.S. 45, 64 (1905) toe wetgewing wat 'n werksweek van 60 ure in die bakkersbedryf voorskryf, ongrondwetlik bevind is ten einde effektiewe beskerming van kontrakvryheid teenoor onredelike regulering en staatsinmenging te verskaf. Vgl *in casu* (*ibid* 90) veral die beroemde minderheidsuitspraak van Holmes R waar hy die Hof se aanhang van die *laissez-faire*-teorie kritiseer, omdat die Grondwet nie voorkeur verleen aan enige spesifieke ekonomiese en sosiale teorie nie.

253 Vgl *West Coast Hotel Company v Parrish* 300 U.S. 379 (1937). Daar is voorheen reeds gesinspeel op 'n moontlike koersverandering in *Nebbia v New York* 291 U.S. 54 (1934). In *United States v Carolene Products Company* 304 U.S. 144 (1938) vind die Hof dwingende rasonale gronde uit die feite van die saak (gesondheidsredes soos blyk uit verslae van Kongres) waarom kontrakvryheid (interstaatlike vervoer van sekere melkprodukte) beperk moet word. By gebrek aan sulke feite, erken Stone R *ibid* 152 selfs 'n vermoede vir die bestaan van sulke feite wat bekend was aan die wetgewer en die beperkende wetgewing ondersteun, tensy geen rasonale grond vir die bestaan van daardie feite gevind kan word nie. In sy beroemde Vierde Voetnoot onderskei Stone R *ibid* 152-153 vir die eerste keer die strenger kontrolemaatstaf waaraan beperkings van fundamentele regte gemeet word nav substantiewe *due process* teenoor die makliker beperking van ander individuele regte soos gewone ekonomiese regte. Dit vorm tewens die grondslag vir die *preferred freedoms*-leerstuk. Vgl ook *Ferguson v Skrupa* 372 U.S. 726, 731-732 (1963) per Black R: *We refuse to sit as a 'superlegislator to weigh the wisdom of legislation,' and we emphatically refuse to go back to the time when courts used the Due Process Clause 'to strike down state laws, regulatory of business and industrial conditions because they may be unwise, improvident, or out of harmony with a particular school of thought'.*

te bekom uit die *due process*-waarborg skep. In 1972 brei *Eisenstadt v Baird*²⁵⁵ met die *equal protection*-waarborg die substantiewe *due process*-waarborg se reg op privaatheid uit na 'n reg op voorbehoedmiddels vir gebruik deur selfs ongetroude pare. Beide sake was dus metodologies gesproke 'n duidelike voorbeeld van die ekstensiewe konstruksie van die substantiewe *due process*-beginsel om die persoonlike vryheidsideaal te verwesenlik.²⁵⁶

(ii) Inkorporasiedebat

Hierdie verandering van die substantiewe *due process*-waarborg het saamgehang met onsekerheid tot die einde van die sestigerjare van hierdie eeu oor die bindingskrag van die *Bill of Rights* op die deelstate.²⁵⁷ Oorspronklik was die bedoeling dat die *Bill of Rights* slegs federale owerheidshandelinge kontroleer, waarop die Veertiende Amendament juis later aangeneem is om sekere individuele regte teen handelinge van die deelstate te beskerm.²⁵⁸ Dit was egter onduidelik of die Veertiende Amendament eerstens al die regte wat in die *Bill of Rights* vervat is, inkorporeer,²⁵⁹ en tweedens of dit beperk is tot slegs daardie regte wat uitdruklik in die Grondwet vervat is. Die heersende regsposisie is op die leerstuk van gedeeltelike inkorporasie geskoei, wat beteken dat naas die Tweede, Derde en Sewende Amendamente en die jurie-vereiste in die Vyfde Amendament, al die regte van die *Bill of Rights* vandag ook in die deelstate geld.

Die verskillende standpunte oor hierdie twee vrae word treffend geïllustreer deur die klassieke geskil wat tussen Regters Black en Frankfurter in *Adamson v California*²⁶⁰

254 381 U.S. 479, 484-486 (1965).

255 405 U.S. 438, 453-454 (1972).

256 Vgl Levy, Karst en Mahoney (reds) *Encyclopedia of the American Constitution* Vol 1 5.

257 Vgl Kelly, Harbison en Belz *American Constitution* Vol II 516-522, 619-624; en Nowak, Rotunda en Young *Constitutional Law* 452-456.

258 *Adamson v California* 332 U.S. 46, 51 (1947). In *Hurtado v California* 110 U.S. 516 (1884) bevestig die Hof mbv tradisionele statutêre uitlegreëls die logiese onmoontlikheid van aanwending van die *Bill of Rights* deur die Veertiende Amendament op deelstate se wetgewing.

259 Die *Supreme Court* is egter nie deur die tradisionele statutêre uitlegreëls beperk nie, maar het in bv *Stromberg v California* 283 U.S. 359 (1931) die Eerste Amendament se vryheid van spraak vir die pers by die Veertiende Amendament geïnkorporeer (die deelstaat Kalifornië se verbod op die vertoon van 'n rooi vlag wat anargie sou simboliseer, is ongrondwetlik bevind); en in *Powell v Alabama* 287 U.S. 45 (1932) is die Sesde Amendament se reg op regsbystand in 'n strafverhoor (wat aan nege Negerseuns wat aangekla is van die verkragting van twee wit dogters geweier is) onder die Veertiende Amendament se *due process*-waarborg bygevoeg.

260 332 U.S. 46 (1947).

gewoed het oor die vraag of die strafreg van die deelstaat Kalifornië ingevolge die Veertiende Amendament ook die reg teen selfinkriminasie bevat wat wel in die federale strafprosesreg onder die Vyfde Amendament erken word. Die leerstuk van totale inkorporasie van alle individuele regte van die *Bill of Rights* in die deelstate word deur Regter Hugo Black in sy minderheidsopinie voorgestaan met behulp van 'n tegniese- (hoewel hy dit as die gewone betekenis bestempel) *cum-originalist* (genetiese) konstruksie.²⁶¹ Voorts bevind hy dat die Veertiende Amendament nie ander regte van bronne buite die Grondwet en Amendamente, soos vanuit die natuurreg, insluit nie.

Hierteenoor word die leerstuk van gedeeltelike inkorporasie van Regter Frankfurter in sy afsonderlike opinie tot die meerderheidsbeslissing gevind. Hy bevind dat die *Bill of Rights* slegs spesifieke individuele regte deur middel van die Veertiende Amendament op die deelstate van toepassing maak.²⁶² Dit sluit egter nie die reg teen selfinkriminasie in nie. Sy interpretasie volg 'n konstruksie van die gewone betekenis, gelees met 'n objektiewe kontekstualisering van die genetiese bedoeling (inderwaarheid egter die teleologiese kanon), tesame met die strukturele kanon (respek vir die sensitiewe verhouding tussen die Federasie en deelstate).²⁶³

Met betrekking tot die tweede vraag, bevind Regter Frankfurter dat daar geen aanduiding in die Veertiende Amendament te vinde is van die regte en vryhede in die eerste agt Amendamente wat daarby geïnkorporeer is, of welke maatstaf vir sodanige keuse geld nie. Deurdat die risiko te groot is om op die subjektiewe keuses van regters te vertrou, is hy van mening dat daar eerder op die natuurreg as 'n objektiewe geloofwaardige grondslag vertrou word om sulke nuwe regte te identifiseer.²⁶⁴ Volgens hierdie standpunt moet daar van geval tot geval beoordeel word of daar 'n wesenlike onvervreembare bestanddeel van die tradisionele Amerikaanse geregtigheds- en vryheidsiening onder die *rule of law* voorkom, wat beskerm moet word teen aantasting deur die deelstate.²⁶⁵ Die Veertiende Amendament se *due*

261 *Adamson v California* 332 U.S. 46, 71-75 (1947). Vgl ook *In re Winship* 397 U.S. 358, 377 ev (1970) per Black R (minderheidsuitspraak).

262 *Adamson v California* 332 US 46, 65 (1947).

263 *Adamson v California* 332 US 46, 63-64 (1947).

264 *Adamson v California* 332 US 46, 65 (1947) per Frankfurter R.

265 Frankfurter R verwys gesaghebbend na *Palko v Connecticut* 302 U.S. 319, 325 (1937) per Cardozo R (meerderheidsbeslissing) se voorkeur vir gedeeltelike inkorporasie. Cardozo R *ibid*

process-waarborg beskik dus oor 'n eiesoortige en onafhanklike beskermingsveld teenoor die Vyfde Amendament se *due process*-waarborg.²⁶⁶

Hierdie gevalgebonde substantiewe beoordeling of wesenlike geregtigheid telkens geskied, laat dus heelwat ruimte vir skeppende interpretasie en regsfinding deur die regbank. Tewens, daar bestaan selfs die moontlikheid vir ondemokratiese regterlike wysiging van die Grondwet wat tot heelwat kritiek van die tekstualiste en *originalists* lei. Soveel so dat Regter Black hierdie interpretasiemetode as willekeurig bestempel.²⁶⁷ Hy beskou dit as ongrondwetlik om die natuurreg as maatstaf vir grondwetlike interpretasie te gebruik, omdat regters dan geneig sal wees om subtiel die wetgewer se terrein te betree.²⁶⁸

(iii) Moderne substantiewe *due process*-konstruksie

Die moderne tendens van 'n omvattende individuele vryheidsbegrip uit hoofde van 'n groeiende substantiewe *due process*-waarborg in die Veertiende Amendament manifesteer treffend in die konstruksie van 'n fundamentele reg op privaatheid met 'n wye beskermingsveld. Hoewel die reg op privaatheid nie uitdruklik in die Grondwet vervat is nie, het Regter Douglas dit in die toonaangewende beslissing van *Griswold v Connecticut*²⁶⁹ geïdentifiseer deur die verbod op mediese advies aan getroude pare oor die gebruik van voorbehoedmiddels op te hef. Regter Douglas het 'n sistematiese konstruksie gevolg, deurdat hy bevind dat belangrike aspekte van 'n mens se private lewensfeer, soos vryheid van assosiasie en spraakvryheid, reeds gedeeltelik in die Eerste, Derde, Vierde, Vyfde en Negende Amendamente beskerm word.²⁷⁰ Na analogie van hierdie gedeeltelike beskerming van individuele privaatheid elders in die

meen dat die vryheidswaarborg van die Veertiende Amendament slegs daardie regte beskerm wat *implicit in the concept of ordered liberty* is. Lg beskryf Cardozo R *ibid* 328 as die '*fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions*'. Dit is regte wat volgens Cardozo R *ibid* 326-327 op 'n *different plane of social and moral values* bestaan, soos die vryheid van spraak en van die pers wat die *matrix, the indisputable condition* vir feitelik elke ander vryheid vorm. Self beskryf Frankfurter R daardie regte in *Adamson v California* 332 U.S. 46, 67 (1947) as die *canons of decency and fairness ... which express the notions of justice of English-speaking peoples*. Vgl verder die ontwikkeling in *Duncan v Louisiana* 391 U.S. 145 (1968).

266 *Adamson v California* 332 U.S. 46, 66 (1947).

267 *Adamson v California* 332 U.S. 46, 69-70, 83, 89 (1947).

268 *Adamson v California* 332 U.S. 46, 75 (1947).

269 381 U.S. 479 (1965).

270 *Griswold v Connecticut* 381 U.S. 479, 484 (1965) [S]pecific guarantees in the Bill of Rights have

Grondwet, konstrueer hy deur middel van teleologiese argumente die onafhanklike fundamentele reg op privaatheid binne die huwelik.²⁷¹

Regters Goldberg en Harlan bevestig in hul ondersteunende opinies tot die meerderheidsuitspraak hierdie reg op privaatheid, maar verwerp Regter Douglas se begroning daarvan in die totale inkorporasieleerstuk (wat ironies juis as grondslag deur Regters Black en Stewart in hul minderheidsuitspraak gebruik is om 'n reg op privaatheid te ontken) ter wille van gedeeltelike inkorporasie. Regter Goldberg begrend sy konstruksie van die reg op privaatheid met behulp van teleologiese konstruksie (wat die presedenteleer insluit) wat hy ondersteun met sistematiese, tekstuele en genetiese argumente.²⁷² Regter Harlan het weer sy teleologiese konstruksie van 'n afsonderlike fundamentele reg op privaatheid in die Veertiende Amendement op die *basic values 'implicit in the concept of ordered liberty'* begrend.²⁷³

Hierna is die reg op privaatheid ook uitgebrei na beskermingsvelde buite die huwelik deur voorbehoedmiddels vir ongetroude persone beskikbaar te stel in *Eisenstadt v Baird*²⁷⁴ en *Carey v Population Services International*.²⁷⁵ Die gelding van die substantiewe *due process*-maatstaf in die privaatsfeer van individue se lewens is finaal bevestig deur die sistematies-teleologiese konstruksie van die *Supreme Court* in die

penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance.

271 *Griswold v Connecticut* 381 U.S. 479, 485-486 (1965): *The present case, then, concerns a relationship lying within the zone of privacy created by several fundamental constitutional guarantees. ... Would we allow the police to search the sacred precincts of marital bedrooms for telltale signs of the use of contraceptives? The very idea is repulsive to the notions of privacy surrounding the marriage relationship.*

272 Vgl *Griswold v Connecticut* 381 U.S. 479, 486-493 (1965) per Goldberg R. Op *ibid* 493, 495 meld hy soos volg: *In determining which rights are fundamental, judges are not left at large to decide cases in light of their own personal and private notions. Rather, they must look to the 'traditions and [collective] conscience of our people' to determine whether a principle is 'so rooted ... as to be ranked fundamental'. ... The inquiry is whether a right involved 'is of such a character that it cannot be denied without violating those 'fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of our civil and political institutions'. ... 'Liberty' also 'gains content from the emanations of specific [constitutional] guarantees' and 'from experience with the requirements of a free society.' ... The entire fabric of the Constitution and the purposes that clearly underlie its specific guarantees demonstrate that the rights to marital privacy and to marry and raise a family are of similar order and magnitude as the fundamental rights specifically protected.*

273 Vgl *Griswold v Connecticut* 381 U.S. 479, 500 (1965).

274 405 U.S. 438 (1972).

275 431 U.S. 678 (1977).

beroemde beslissing van *Roe v Wade*²⁷⁶ in 1973.²⁷⁷ *In casu* is bevind dat die reg op privaatheid onder die Veertiende Amendement ook die reg van 'n swanger vrou insluit om, onderhewig aan die trimester-toets, die vryheid van keuse te kan uitoefen om die *foetus* te aborteer of geboorte daaraan te skenk.²⁷⁸ Deurdat die Hof hierdie skeppende konstruksie van 'n reg op aborsie ingevolge die reg op privaatheid nie uitdruklik in die teks van die Grondwet kon bevestig nie, het dit soos te wagte 'n storm van protes ontlok wat veroorsaak het dat die aborsie-kwessie vandag deel van die groter debat oor die posisie van die vrou in die samelewing vorm.²⁷⁹

Terwyl die liberale regters van die *Roe*-Hof in die tagtigerjare toenemend met 'n konserwatiewe meerderheid vervang is sonder dat die *Supreme Court* formeel afstand gedoen het van die streng standaard van *Roe v Wade*, neig die Hof wel na 'n redelikheidstoets wat die reg op aborsie toenemend beperk. Hiervolgens is deelstaatlike regulering van vrugafdrywing toelaatbaar as dit redelikerwys betrekking het op die gesondheid van die moeder of die gesondheid of bestaan van 'n lewensvatbare foetus.²⁸⁰ In 1992 het Regters O'Connor, Kennedy en Souter in 'n gesamentlike beslissing in *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v Casey*²⁸¹ die sentrale beginsels van *Roe v Wade* herbevestig, maar die trimester-toets verwerp as nie deel van die wesentliche beginsels van laasgenoemde saak nie. Hiervolgens word maatreëls toegelaat wat beoog om die vrou 'n ingeligte keuse te laat uitoefen (selfs om geboorte bo vrugafdrywing te kies), mits daardie maatreëls nie 'n *undue burden* vir haar keuse inhou nie.²⁸²

Die *Supreme Court* het in die nuwer konserwatiewe trant van die tagtigerjare ook 'n algemene fundamentele reg op seksuele privaatheid in die mees intieme persoonlike

276 410 U.S. 113 (1973) per Blackmun R (meerderheidsbeslissing) waarmee Burger HR *ibid* 207 ev, Douglas R *ibid* 209 ev en Stewart R *ibid* 167 ev saamstem, en White R *ibid* 221 ev en Rhenquist R *ibid* 171 mee verskil.

277 Vgl Levy, Karst en Mahoney (reds) *Encyclopedia of the American Constitution* Vol 1 5.

278 Vgl *Roe v Wade* 410 U.S. 113, 153 (1973): *This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty ... as we feel it is, or ... in the Ninth ... is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy.*

279 Levy, Karst en Mahoney (reds) *Encyclopedia of the American Constitution* Vol 1 5-6.

280 Vgl Nowak and Rotunda *Constitutional Law* 771-772. Sien ook *Webster v Reproductive Health Services* 492 U.S. 490 (1989).

281 505 U.S. 833 (1992), 120 L Ed 2d 674.

282 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v Casey* 505 U.S. 833 (1992), 120 L Ed 2d 674, 714.

sfeer ontken. In *Bowers v Hardwick*²⁸³ het die meerderheid van die Hof geweier om 'n reg tot homoseksuele sodomie tussen twee instemmende mans in die private huislike sfeer te erken. Die minderheid van die regters het dit egter wel as 'n fundamentele beskermingswaardige reg beskou.²⁸⁴ Dit is opmerklik dat die ontwikkeling van die reg op seksuele ontwikkeling van 'n persoon ingevolge die private vryheidsbegrip in drie stappe verloop het. Dit het begin by privaatheid binne die huwelik in *Griswold*, waarna dit oorgedra is na die algemene selfbeskikkingsreg van vroue oor hul keuse oor kinderskap binne of buite die huwelik in *Roe*, totdat dit eindig in seksuele selfbeskikking binne die private intieme sfeer buite die huwelik, na aanleiding van die minderheidstandpunt in *Bowers*.²⁸⁵ Die reg op privaatheid, sonder dat dit egter as 'n algemene omvattende fundamentele reg geld, bevat dus 'n wye beskermingsveld wat met die streng kontroletoeits beskerm word.²⁸⁶ Dit sluit regte in soos die Eerste Amendement se reg op vryheid van spraak en assosiasie, die Vierde Amendement se beskerming teen arbitrêre visitering en beslaglegging, asook die regterlike konstruksies uit die algemene grondwetlike beginsels soos die Vyfde en Veertiende Amendamente wat hoogs persoonlike besluite rakende die gesin, huwelik en seksuele verkeer, raak.²⁸⁷

c) *Equal protection*-leerstuk

(i) Regswetenskaplike oriëntering

Die grondwetlike gelykheidswaarborg word verwoord deur die leerstuk van *equal protection* in die Veertiende Amendement.²⁸⁸ Met die eerste oogopslag skep die bewoording van die Veertiende Amendement die indruk dat die gelykheidswaarborg nie die federale owerheid bind nie, maar net die owerhede van deelstate, terwyl die

283 478 U.S. 186, 187 ev (1986) per White R (namens Burger HR *ibid* 196 ev, Powel R *ibid* 150 ev, Rhenquist R en O'Connor R).

284 *Bowers v Hardwick* 478 U.S. 186, 205 ev (1986) per Blackmun R (namens Brennan R, Marshall R en Stevens R *ibid* 214 ev).

285 Brugger *Einführung* 110.

286 Die Hof het eweneens nie 'n omvattende reg op persoonlike vryheid erken nie, deurdat daar geen reg op inligtingsvryheid of 'n reg op respek vir persoonlik lewenstyl in bv kleredrag of haarstyl bestaan nie. Daar bestaan voorts 'n terughoudendheid tov die staatlake verpligting ter beskerming van die reg op individuele persoonlike ontwikkeling. Vgl Brugger *Einführung* 112 vt 32 en 34 vir gesag.

287 Sien Brugger *Einführung* 112.

288 Veertiende Amendement, Art 1: *No State shall ... deny to any person within its jurisdiction the*

Vyfde Amendament wat die federale owerhede bind weer slegs van die *due process*-waarborg melding maak. Die *Supreme Court* het hierdie probleem opgelos deur in *Bolling v Sharpe*²⁸⁹ 'n geïmpliseerde gelykheidswaarborg uit die Vyfde Amendament se *due process*-bepaling af te lei.²⁹⁰ Hierdie gelykheidswaarborg bind die federale kompetensie om onderskeide tussen individue te tref, net soos wat die Veertiende Amendament vir onderskeide deur deelstate geld. Hoewel 'n aanvanklike tekstuele en historiese betragting van die *equal-protection*-beginsel nie die indruk van 'n omvattende algemene gelykheidswaarborg skep nie, is 'n algemene omvattende reg op gelykheid wel sedert die belangrike beslissing van *Brown v Board of Education of Topeka*²⁹¹ deur die Hof met behulp van teleologiese argumente ontwikkel.²⁹²

Die waarborg van gelyke behandeling beteken dat soortgelyke individue op dieselfde wyse behandel sal word, en individue wat nie soortgelyk is nie word anders as mekaar hanteer.²⁹³ Gelyke beskerming fokus op die verwantskap tussen die aard van die onderskeid wat 'n reghnorm tref, die doel en oogmerk van die onderskeid en van die betrokke reghnorm, en die middels wat gekies word om daardie doel te bereik.²⁹⁴ Daar word nie soseer ondersoek ingestel na die plek wat die individu in daardie kategorie beklee nie. Dit word eerder ingevolge die prosedurele *due process*-waarborg beoordeel.²⁹⁵ Die diskriminerende onderskeid word gewoonlik óf eksplisiet in die teks van die toepaslike reghnorm, óf in die wyse waardeur 'n andersins neutrale reghnorm deur die owerheid geadministreer word, óf in die uitwerking en effek van die implementering van so 'n reghnorm, gevind.²⁹⁶

equal protection of the laws.

289 47 U.S. 497 (1954).

290 Vgl Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 374.

291 347 U.S. 483 (1954).

292 Brugger *Einführung* 116, 120.

293 Volgens Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 571-573 onderskei Tasmann en tenBroek in 1949 vyf soorte klassifikasies: (i) die perfekte klas waar soortgelyke mense eenders behandel word; (ii) die totaal foutiewe klas waar die verkeerde groep vir die doel gekies is terwyl die regte groep uitgesluit is; (iii) 'n onder-inklusiewe klas waar slegs 'n paar lede van die regte groep ingesluit is; (iv) die oor-inklusiewe klas waar te veel van die regte groep ingesluit is maar ook 'n bietjie van die foutiewe groep; en (v) 'n mengsel van oor- en onder-inklusiwiteit waar die klas nie geïdentifiseer kan word nie, omdat dit gemeng is..

294 Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 570.

295 Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 570.

296 Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 591-605. 'n Goeie voorbeeld van diskriminasie wat uit die toepassing van 'n reghnorm voortspruit is *Yick Wo v Hopkins* 118 U.S. 356 (1886) waar geweier is dat persone van Sjinese afkoms wassalonne in geboue van hout mag bedryf, terwyl wit inwoners ooglopend toegelaat is om dit wel te doen. Statistiek word gereeld as getuienis gebruik om diskriminerende onderskeid aan te toon, hoewel dit nie opsigself oor afdoende bewyswaarde beskik nie. 'n Uitsondering is gevalle waar die getuienis so oorweldigend is dat die uitsluitlike

Dit is voorts belangrik om kennis te neem van die oorvleueling tussen die leerstukke van substantiewe *due process* en *equal protection*. Sodra die *Supreme Court* bepaal het dat die saak oor 'n individuele reg handel wat fundamentele beskerming geniet, kan die grondwetlikheid van die beperkende wetgewing onder een van die twee leerstukke beoordeel word.²⁹⁷ Indien die persoonlike vryheid van individue beperk word, word die *due process*-bepaling gebruik, maar indien so 'n wet 'n onderskeid tussen individue tref of 'n groep van individue se vryheid beperk, word die grondwetlikheid van daardie onderskeid ooreenkomstig die *equal protection-waarborg* beoordeel.²⁹⁸ Die nou band tussen die twee leerstukke word ook bevestig deur die feit dat wanneer 'n wet teenstrydig met die gelykheidswaarborg is, dit by implikasie ook nie die vereiste substantiewe prosedurele beskerming aan die individu kan verskaf nie.²⁹⁹ Die tendens het egter ontwikkel dat die meerderheid gevalle van beskerming van fundamentele regte ingevolge die *equal protection*-leerstuk beskerm word, sodat dit beskryf kan word as die belangrikste beginsel in die Grondwet om individuele vryheid te beskerm.³⁰⁰

bedoeling om te diskrimineer noodwendig is. Dit bly egter steeds moeilik bewysbaar, soos die doodstrafsake van *McCleskey v Kemp* 481 U.S. 279, 297 (1987); en *Washington v Davis* 426 U.S. 229 (1976) illustreer. In *McCleskey ibid* is die stelling dat 'n groter waarskynlikheid in Georgia bestaan dat 'n swart beskuldigde wat skuldig is aan die moord op 'n wit persoon die doodstraf sal ontvang, as 'n wit beskuldigde wat 'n swart persoon vermoor het, met uitvoerige statistiese getuienis ondersteun. Tog het die Hof dit as *prima facie*-getuienis verwerp dat die doodstrafstelsel in Georgia teenoor swart beskuldigdes diskrimineer, omdat daar nie bewys is dat daar *in casu* gediskrimineer is of dat die wetgewer 'n diskriminerende toepassing van die wet voorsien het nie.

297 Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 370. Die wisselvallige aanwending van die twee leerstukke word paslik mbt die reg op toegang tot die howe geïllustreer. In *Griffin v Illinois* 351 U.S. 12 (1956) is beide die *due process*- en *equal protection*-leerstukke gebruik om die reg van gevangenes op kostelose transkripsies vir appèldoeleindes te begrond. Maar in *Douglas v California* 372 U.S. 353 (1963) is die reg van gevangenes op kostelose regsverteenvoording in appèlsake op die gelykheidsbeginsel begrond. Hierteenoor is die *due process*-beginsel weer gebruik in *Boddie v Connecticut* 410 U.S. 371 (1971) om toegang tot die howe te verseker ten einde 'n egskeiding aanhangig te maak. In *casu* het Douglas R *ibid* 483 egter in sy afsonderlike ondersteunende opinie op die gelykheidsbeginsel gegrond, terwyl Brennan R *ibid* 386 weer op beide die *due process*- en gelykheidswaarborge gesteun het.

298 Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 374.

299 Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 569.

300 Volgens Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 375-379, 568. Weens die sterk vermoede van die grondwetlikheid van ekonomiese en sosiale welsynsregulasies wat deur die rasoniele grondslagtoets verskaf word, is dit ongewoon dat sulke wetgewing (wat nie fundamentele regte beperk nie) ingevolge hetsy die *equal protection*-bepaling of die substantiewe *due process*-waarborg as ongrondwetlik bevind word. Vgl bv *Hodel v Indiana* 452 U.S. 314, 298-303 (1981); *Exxon Corporation v Governor of Maryland* 437 U.S. 117, 124-126 (1978); maar sien hierteenoor *Duke Power Company v Carolina Environmental Study Group, Inc.* 438 U.S. 59, 82-84, 93-94 (1978). Die gevalle waar dit wel ongrondwetlik bevind is, het dit gewoonlik onder die *equal protection*-leerstuk geskied waar 'n duidelike bedoeling om te diskrimineer (*suspect*

(ii) Gelykheidsbeskerming in rassekwessies

'n Studie van die *Supreme Court* se teenstrydige hantering van die gelykheidsbeginsels ten opsigte van rasediskriminasie is 'n sprekende voorbeeld van die effek wat verskillende interpretasiebenaderings telkens ten opsigte van die verwesenliking van individuele regte kan meebring.³⁰¹ 'n Groter kontras as tussen die genetiese konstruksie in die "berugte" *Dred Scott*-³⁰² en *Plessy*- beslissings³⁰³, teenoor die teleologiese interpretasie in die "beroemde" *Brown v Board of Education of Topeka*,³⁰⁴ is nouliks te vinde.³⁰⁵

Die *Supreme Court* het ene *Dredd Scott* wat na langere verblyf in twee "vrye" state sy status as vrygemaakte slaaf wou afdwing, nie as 'n burger van die staat Missouri erken nie.³⁰⁶ Die Hof argumenteer vanuit 'n streng *originalist* grondslag in die gees van die letterlike-*cum*-bedoelingsteorie (wat later so doeltreffend in die Suid-Afrikaanse konteks deur die regbank hier ter plaatse aangewend is), dat die oorspronklike bedoeling van die grondwetskrywers wat uit verskeie bepalings van die Grondwet na vore kom, impliseer het dat swartmense nie as deel van die soewereine staatsvolk, en daarom as Amerikaanse burgers, beskou kon word nie. Dit word nie as die Hof se taak gesien om die regverdigheid al dan nie van hierdie oorspronklike bedoeling vanuit 'n latere konteks te bevraagteken nie, maar dat die Hof slegs die oorspronklike

classifications) gevind was. Tans word die substantiewe *due process*- en *equal protection*-waarborg hoofsaaklik aangewend vir die beskerming van fundamentele individuele regte, en dan geld lg waarborg grootliks. Vgl bv *Brown v Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483, 495 (1954); asook op *Bolling v Sharpe* 347 U.S. 497, 499 (1954) per Warren HR: *But the concepts of equal protection and due process, both stemming from our American ideal of fairness, are not mutually exclusive. The 'equal protection of the laws' is a more explicit safeguard of prohibited unfairness than 'due process of law' and, therefore, we do not imply that the two are always interchangeable phrases ... [but] discrimination may be so unjustifiable as to be violative of due process.*

301 Vgl in die algemeen Kelly, Harbison en Belz *American Constitution* Vol II 581-611; en Tribe *Constitutional Law* 1436-1672.

302 *Dredd Scott v Sanford* 60 U.S. (19 Howard) 393 (1856).

303 *Plessy v Ferguson* 163 U.S. 537 (1896).

304 *Brown v Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954).

305 Vgl ook die ongrondwetlikheid van diskriminasie teenoor Swart Amerikaners in *Strauder v West Virginia* 100 U.S. 303 (1880); persone van Sjinese afkoms in *Yick Wo v Hopkins* 148 U.S. 356 (1886); immigrante van Oostenrykse afkoms in *Truax v Raich* 239 U.S. 33, 41 (1915); burgers van Japanese afkoms in *Korematsu v United States* 323 U.S. 214 (1944); en van Mexikaanse afkoms in *Hernandez v Texas* 347 U.S. 475 (1954).

306 *Dredd Scott v Sanford* 60 U.S. (19 Howard) 393, 405 (1856).

bedoeling van die Grondwet moet vertolk.³⁰⁷

In *Plessy* het die Hof die *separate but equal*-leerstuk gevestig toe dit weliswaar die onderdrukking van rasse verbied het, maar rassesseiding in 'n trein as versoenbaar met die Dertiende en Veertiende Amendamente gehandhaaf het mits dit gelykwaardig sou wees.³⁰⁸ Die Hof regverdig hierdie interpretasie deur die openbare belang as maatstaf te gebruik, wat weer met behulp van die regstradisie en oorgelewerde gebruike vasgestel word. Rassesseiding was nie ongewoon in die tradisies en gebruike van daardie tyd in die Verenigde State van Amerika se suidelike state nie.³⁰⁹

Hierteenoor het die Hof in die eerste saak van *Brown v Board of Education of Topeka*³¹⁰ in 1954 die heersende standpunt na aanleiding van *Plessy* van *separate but equal* openbare onderwys verwerp, deur dit as inherent ongelyk te bestempel.³¹¹ Die Hof beskou die oorgelewerde tradisie – die oorspronklike bedoeling van die grondwetskrywers met die Veertiende Amendament – en dus die genetiese kanon as onvanpas om kontemporêre rasseprobleme in openbare skole op te los.³¹² Met behulp van teleologiese konstruksie gebruik die Hof eerder die heersende behoeftes van die samelewing as maatstaf waarvolgens 'n aktivistiese en eietydse konkretisering van die Veertiende Amendament se gelykheidswaorborg in die onderwys bewerkstellig word.³¹³ Die Hof steun in die realismetradisie sterk op sosiologiese statistiek om die inherente ongelykheid en opvoedkundige skade aan te toon wat rasgeskeide skole vir die toekomstige sosiale integrasie en beroepslewe van kinders inhou.³¹⁴ Rassesseiding skep ook die persepsie dat swartmense minderwaardig is wat nadele vir die skolastiese vordering van swart skoolkinders inhou.³¹⁵ Gedurende daardie selfde dag het die *Supreme Court* in *Bolling v Sharpe*³¹⁶ ook die streng kontrolettoets as die

307 *Scott v Sanford* 60 U.S. (19 Howard) 393, 426 (1856) per Tamey HR wat beklemtoon dat die Hof die reël dat die betekenis van grondwetlike bepalings dieselfde bly as wat dit tydens oorspronklike aanname was, volg. Die Hof sal dit nie meer liberaal interpreteer as wat die oorspronklike bedoeling was nie.

308 *Plessy v Ferguson* 163 U.S. 537 (1896) per Brown R (meerderheidsbeslissing). Slegs Harlan R *ibid* 552 ev het verskil dat dit wel diskriminerend en daarom ongrondwetlik is.

309 *Plessy v Ferguson* 163 U.S. 537, 551 (1896) per Brown R.

310 347 U.S. 483 (1954).

311 *Brown v Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483, 495 (1954).

312 *Brown v Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483, 490 (1954).

313 *Brown v Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483, 492-493 (1954).

314 *Brown v Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483, 494 (1954).

315 *Brown v Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483, 494 (1954).

316 347 U.S. 497 (1954).

aangewese regterlike toets verklaar waaraan federale onderskeide op grond van ras moet voldoen.³¹⁷

(iii) Regstellende aksie

Die *Supreme Court* se aktivistiese uitbreiding van die *equal protection*-bepaling na 'n algemene gelykheidsbeginsel wat op sy beurt so omvattend is dat dit regstellende optrede³¹⁸ en selfs positiewe diskriminasie³¹⁹ teenoor onskuldige individue regverdig om historiese diskriminasie en sosiale ongeregtigheid aan te spreek, is die resultaat van die Hof se besondere interpretasie benadering.³²⁰ Die Hof het naamlik verby die tekstuele en genetiese argumente beweeg na primêr teleologiese konstruksie.³²¹

317 *Bolling v Sharpe* 347 U.S. 497, 499 (1954): *Classifications based solely upon race must be scrutinized with particular care, since they are contrary to our traditions and hence constitutionally suspect.*

318 Vgl in die algemeen mbt maatreëls om skole te integreer *Swann v Charlotte-Mecklenburg Board of Education* 402 U.S. 1 (1971) (vervoer van kinders uit ander areas met busse (*busing*), maar verwerping van rigiede rassekwotas in skole); en *Keyes v School District* 413 U.S. 189 (1973) (*busing* van skoolkinders). Sien egter hierteenoor *Pasadena City Board of Education v Spangler* 427 U.S. 424 (1976) (verwerp 'n rigiede integrasieplan vir skole); en *Dayton Board of Education v Brinkman* 443 U.S. 406 (1979) (aanvaar 'n busvervoerplan vir 15 000 kinders). Mbt die uitkakeling van diskriminasie in die arbeidsveld sien *Griggs v Duke Power Company* 401 U.S. 424 (1971) (die effek van hoërskoolpunte en intelligensietoetse as indiensnemingsmaatstawwe is diskriminerend, omdat swart studente se onderwys minderwaardig is en nie 'n betroubare en akkurate weergawe van die kandidate se vermoë vorm nie); *United Steelworkers of America v Weber* 443 U.S. 193 (1979) (vrywillige privaatregtelike regstellende kwotas is tsv die gelykheidsbeginsel van die *Civil Rights Act* toelaatbaar, nav die gees van daardie wet). Kwotas in die openbare sektor is in die middel tagtigerjare eweneens aanvaar weens deelstate se late om rassediskriminasie onder die *Civil Rights Act* uit te wis. Sien bv *United States v Paradise* 480 U.S. 149 (1987); *Fullilove v Klutznick* 448 U.S. 448 (1980) (voorkeur toekenning van 10% van federale kontrakte aan minderheidsfirmas). Later is eenvoudige kwotas egter verwerp, tensy dit gesteun is deur stawende getuienis van diskriminasie in bv *City of Richmond v J.A. Croson Company* 488 U.S. 469 (1989). Oor die bevoordeling van vrouens, vgl *Johnson v Transportation Agency of Santa Clara County* 480 U.S. 616 (1987) (geslag vorm soos ras slegs een van die kriteria in die seleksieproses); en vir diskriminasie teen vroue, vgl *Price Waterhouse v Hopkins* 490 U.S. 228 (1989). Regstellende optrede is veral belangrik by voorkeuroelating vir tersiêre onderwysinstellings soos in *Regents of the University of California v Bakke* 438 U.S. 265 (1978) (ras en etnisiteit vorm slegs een, maar nie die enigste, van 'n reeks geldige seleksiekriteria om 'n diverse studentegemeenskap te vorm). Vgl veral die gesag in die *Bakke*-saak oor regstellende aksie waarna Powell R *ibid* 288 vt 25 verwys; en sien ook Blackmun R se stelling: *In order to get beyond racism, we must first take account of race.* Vgl ook *United States v Fordice* 505 U.S. 201 (1992) L Ed 2d 575 ('n neutrale rassebeleid voldoen nog nie aan die behoeftes van regstellende aksie nie).

319 Vir die fyn onderskeid tussen regstellende optrede en positiewe diskriminasie, vgl die beskrywing in Levy, Karst en Mahoney (reds) *Encyclopedia of the American Constitution* Vol 1 35 waar geargumenteer word dat eg maar nie lg nie grondwetlik is.

320 Brugger *Einführung* 128.

321 Dit geld ook vir die uitleg van gewone menseregterwetgewing. Die Hof bevind in *United Steelworkers of America v Weber* 443 U.S. 193 (1979) dat hoewel 'n letterlike (dus grammatikale) konstruksie van art 703(a) en (d) van *Title VII* van die *Civil Rights Act*, 1964, vrywillige rassekwotas in die private arbeidspraktyk verbied, dit wel grondwetlik is indien die doel van

Tewens, die tekstuele en genetiese kanons sou onmoontlik tot hierdie aktivistiese konstruksie van die grondwetlike waarborg tot gelyke behandeling kon gelei het. Voorts is die maatreëls ten opsigte van rassediskriminasie deur middel van analogie na ander gronde vir groepsdiskriminering soos geslag, buite-egtelikheid en nasionale afkoms uitgebrei.³²²

Die maatstaf wat die Hof aanwend om die regverdigheid en grondwetlikheid van sulke regstellende programme te beoordeel, vorm die onderwerp van debat in die regs wetenskap te midde van die groter sosiaal-politieke polemieë.³²³ Die debat handel oor die legitimiteit en demokratiese versoenbaarheid van regstellende aksie weens die oënskynlike oorskryding van die historiese bedoeling en bewoording van die grondwetlike teks. In 1989 bevestig die *Supreme Court* in *City of Richmond v J.A. Croson Company*³²⁴ die streng kontroletoets³²⁵ as maatstaf waaraan rasseklassifikasies ooreenkomstig die Veertiende Amendement beoordeel word vir doeleindes van regstellende programme op plaaslike en deelstaatlike owerheidsvlakke.³²⁶ As 'n reël aanvaar die Hof regstellende programme as dit duidelik ontwerp is om 'n dwingende of noodsaaklike openbare belang, soos gemeenskapsdiversiteit in die onderwys, te bevorder. Die stigmatisering en stereotipering van individue op grond van ras, sowel as die aanwending van rigiede numeriese doelwitte, *numerus clausus*-kwotas en ander onbuigsame seleksiekriteria, word egter uit hoofde van die menswaardigheidsbeginsel en ander waardes onderliggend aan die Grondwet verbied.³²⁷

daardie wet (mbv teleologiese argumente) van nader beskou word.

322 Brugger *Einführung* 128.

323 Vgl algemeen Stone *Constitutional Law* 641.

324 448 U.S. 469 (1989).

325 Sien voorts *Regents of the University of California v Bakke* 438 U.S. 265, 287-305 (1978); asook *Wygant v Jackson Board of Education* 476 U.S. 267, 279-284 (1986).

326 *City of Richmond v J.A. Croson Company* 448 U.S. 469, 493-508 (1989). Vgl die sterk verskil in mening tussen die konserwatiewe meerderheid per O'Connor R ondersteun deur Rhenquist HR en White R, terwyl Scalia R en Kennedy R bloot met die belissing saamgestem het, en die liberale minderheid per Marshall R, Brennan R en Blackmun R, terwyl Stevens R deels verskil en deels met O'Connor R saamstem. *In casu* het die stad Richmond vereis dat die toekenning van munisipale konstruksiekontrakte aan private ondernemers, onderhewig is aan die vereiste dat mintens 30% van elke kontrak aan subkontraakteurs van bepaalde minderheidsgroepe toegeken moet word. Die Hof het hierdie klassifikasie met die streng kontroletoets beoordeel en as onversoenbaar met die *equal protection*-beginsel bevind. Sien ook die kritiek in Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 669-672; en Bork *Tempting of America* 106-108. Vgl hierteenoor *Fullilove v Klutznick* 448 U.S. 448 (1980) waar die Hof 'n federale wet se minimum kwota van 10% van kontrakte wat toegeken moet word aan konstruksie maatskappye wat aan minderhede behoort, goedgekeur het.

327 Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 688; en Levy, Karst en Mahoney (reds) *Encyclopedia of the American Constitution* Vol 1 35. In *Regents of the University of California v Bakke* 438 U.S.

In teenstelling met die konserwatiewe *Richmond*-meerderheid het die liberale Regter Brennan in 1990 tydens *Metro Broadcasting Inc. v Federal Communications Commission*³²⁸ namens 'n meerderheid van die *Supreme Court* die streng kontroletoets op rasseklassifikasie vir doeleindes van federale programme van regstellende optrede verslap, deur 'n intermediêre toets te gebruik.³²⁹ Die Hof bevind dat klassifikasie ooreenkomstig die Vyfde Amendament se *due process*-waarborg wel grondwetlik toelaatbaar is, mits dit 'n weselike verband met 'n belangrike openbare belang aantoon.³³⁰ Deurdat die *Metro*-saak 'n ligter maatstaf ten opsigte van federale optrede gestel het as wat *Crosby* vir plaaslike owerheidshandelinge vereis het, word die indruk geskep dat plaaslike en deelstaatlike regstellende programme aan 'n strengere kontrolemaatstaf as federale programme onderwerp word.³³¹

3.4 BEPERKING VAN INDIVIDUELE REGTE

3.4.1 Inleiding

Anders as die meeste moderne grondwette bevat die Amerikaanse Grondwet nie omvattende beperkingsvoorskrifte van individuele regte nie. Voorts is die grondwetlike teks ietwat verwarrend oor die toelaatbaarheid van beperkinge op individuele regte. Die Eerste Amendament se woorde skep byvoorbeeld die indruk dat dit 'n absolute verbod op beperkings stel, terwyl die Derde, Vierde en Vyfde

265, 288-289, 305-314 (1978) het Powel R kwotas aanvaar mits dit deel vorm van 'n groter geheel van seleksiekriteria wat ook gelyke gewig dra.

328 497 U.S. 547 (1990). Die minderheidsuitspraak is gesteun deur konserwatiewe regters soos O'Connor R, Scalia R, Kennedy R en Rhenquist HR.

329 Die Hof motiveer die beslissing op grond van sistematiese-genetiese en historiese argumente (*legislative scheme and its history*). Vgl *Metro Broadcasting Inc. v Federal Communications Commission* 497 U.S. 547, 564 vt 12 (1990). Dmv historiese konstruksie en presedente fokus die Hof *ibid* 552-553 op die ontwikkeling van federale pogings om minderheidsdeelname in die uitsaaibedryf sedert 1934 te bevorder. Op grond van hierdie inligting is dit moontlik om 'n onderskeid te tref tussen enersyds 'n aanvaarbare remediërende onderskeiding tussen mense ('*benign*' *race-conscious matters*), en andersyds 'n naakte rasgebaseerde diskriminerende onderskeid soos *apartheid* of die *separate but equal*-leerstuk wat onaanvaarbaar is.

330 *Metro Broadcasting Inc. v Federal Communications Commission* 497 U.S. 547, 564-565 (1990): *We hold that benign race-conscious measures mandated by Congress - even if those measures are not 'remedial' in the sense of being designed to compensate victims of past governmental or society discrimination - are constitutionally permissible to the extent that they serve important governmental objectives within the power of Congress and are substantially related to the achievement of those objectives.*

331 Sien Brugger *Einführung* 124. Vgl *Metro Broadcasting Inc. v Federal Communications Commission* 497 U.S. 547, 565 (1990).

Amendamente 'n duideliker onderskeid tussen die beskerming van regte en toelaatbare beperkings tref. Gevolglik het dit op die weg van die regbank gelê om 'n regsteoretiese raamwerk vir die beperking van individuele regte te ontwikkel.

3.4.2 Eenstap metodiek

Die tweestap konkretiseringsbenadering in die Duitse, Kanadese, Suid-Afrikaanse en Europese Menseregtekonvensie se regspraak wat eerstens die beskermingsveld van individuele en fundamentele regte konstrueer en tweedens beperkings daarop beoordeel, word nie in die Amerikaanse reg gevind nie. Die Amerikaanse reg volg die eenstap benadering waarvolgens die konstruksie sowel as die beperking van 'n individuele reg in een proses geskied.³³² Dit is 'n benadering wat heelwat bewegingsruimte vir die hermeneut oorlaat en waardeur 'n baie nou interaksie tussen die definiëring en beperking van 'n reg bestaan.³³³

3.4.3 *Bills of Attainder*

Een van die min uitdruklike beperkingsvereistes in die Amerikaanse Grondwet is die verbod in Artikels I, 9(3) en I,10(1) op *Bills of Attainder*, of te wel op benadelende wetgewing, wat op spesifieke individue of groepe individue gemik is.³³⁴ Die verbod het ten doel om 'n sogenaamde *trial by legislature* te verhoed.³³⁵ Dit is 'n verbod wat sterk herinner aan Artikel 19(2) GG in die Duitse reg, en die vereistes in die regstelsels van Kanada, Suid-Afrika, en die Europese Menseregtekonvensie, dat beperkings op fundamentele regte slegs uit hoofde van algemene wetgewing geskied.³³⁶

3.4.4 Beperkingsmaatstawwe

Weens die gebrek aan 'n omvattende grondwetlik-dogmatiese raamwerk oor die

332 Vgl die ondersoek tussen die een- en tweestap-benaderings in *Attorney-General of Hong Kong v Lee Kwong-kut* [1993] AC 951 (PC) ([1993] 3 All ER 939, 952b-953a) per Lord Woolf.

333 Vgl *S v Zuma and Others* 1995 (2) SA 642 (KH) 654G-I [21] per Kentridge WR.

334 Vgl in die algemeen Tribe *Constitutional Law* 641-663; en Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 375-576, 817 ev.

335 Tribe *Constitutional Law* 645.

336 Vgl Woolman *Limitation* 12-18 in Chaskalson ea (reds) *Constitutional Law*.

aangewese vereistes waaraan die beperking van individuele en fundamentele regte moet voldoen, het die Amerikaanse *Supreme Court* eenvoudige kontrolemaatstawwe tot dien effekte ontwikkel.³³⁷ Dit vorm egter nie 'n omvattende waterdigte dogmatiese raamwerk nie, maar het ooreenkomstig die besondere behoeftes van spesifieke regte oor die jare heen ontwikkel. Daar is aanvanklik volstaan met twee maatstawwe, die rasonele verhoudingtoets en die streng kontrolettoets. Later het 'n middelvlak-toets ontwikkel en tans word selfs 'n buigbare *sliding scale*-toets deur enkele eksponente voorgestaan.

a) Rasonele verhoudingtoets

Ingevolge hierdie maatstaf moet die *Supreme Court* vasstel of die klassifikasie of ander beperking van die individuele reg in 'n rasonele verhouding (*rational relationship* of *rational basis*) tot 'n legitieme, nie-arbitrêre openbare- of owerheidsbelang of -doelwit staan.³³⁸ 'n Sterk vermoede ten gunste van die grondwetlikheid van wetgewing bestaan, tensy dit duidelik is dat geen ander doel as om te diskrimineer of om individue te benadeel deur die klassifikasie of beperking bereik word nie.³³⁹ Hierdie toets is dus 'n ligte hersieningsmaatstaf wat blote willekeurigheid van owerheidshandelinge voorkom. Die toets geld veral by die beperking van individuele regte soos onderskeide wat tussen individue getref word in algemene ekonomiese en sosiale wetgewing, maar wat nie verdag voorkom nie.³⁴⁰

337 Brugger *Einführung* 90.

338 Sien in die algemeen Tribe *Constitutional Law* 343-344, 786, 900-901, 1306-1307, 1320-1321, 1329-1330, 1401-1402, 1439-1451 en 1569-1570.

339 Vgl *United States v Carolene Products Company* 304 U.S. 144, 152 (1938); en *McGowan v Maryland* 366 U.S. 420, 425 ev (1961) per Warren HR (namens die meerderheid). Die vermoede is bevestig in *Vance v Bradley* 440 U.S. 93, 97 (1979) per White R (namens die meerderheid), toe 'n wet goedgekeur is wat amptenare van die *Foreign Service* verplig het om op 60-jarige ouderdom af te tree terwyl die voorgeskrewe ouderdom vir die res van die staatsdiens 70 jaar was. In *Zobel v Williams* 457 U.S. 55 (1982) is dit weer as diskriminerend beskou om geld terugwerkend uit te deel onder inwoners van Alaska alleenlik op grond van die lengte van hul verblyf. Omdat die enigste doelwit was om inwoners vir hul verblyf te beloon, het dit teen nuwe inwoners gediskrimineer en was dit dus nie 'n legitieme staatsdoelwit nie.

340 Vgl *Railway Express Agency v New York* 336 U.S. 106, 110 (1949) waar padverkeersveiligheid as 'n legitieme doel aanvaar is ter regverdiging van 'n klasse-onderskeid. 'n Verbod is naamlik geplaas op advertensies aan die buitekant van voertuie, tensy dit vir die besigheid van die voertuigeienaar is. In *Pennell v City of San Jose* 485 U.S. 1, 11, 14 (1988) per Rhenquist HR (meerderheidsbeslissing) het die *Supreme Court* beslis dat die regulering van huurgeld toelaatbaar is onder die *substantive due process*-waarborg as dit nie *'arbitrary, discriminatory, or demonstrably irrelevant'* tot die wetgewer se beleidsoogmerk is nie. Die regulering is verder toelaatbaar ingevolge die *equal protection*-waarborg indien dit *'rationally related to a legitimate state interest'* is. Vgl voorts Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 374-377, 569, 574, 580-590;

Dit word byvoorbeeld toegepas in die onderskeide wat getref word vir die ontvangs van welsynsvoordele, die gebruik van eiendom of besigheidsregte, maar geld beslis nie in geval waar die onderskeid betrekking het op daardie individuele regte wat as fundamenteel vir 'n demokrasie beskou word nie.³⁴¹

b) Streng kontroletoets

In 'n geval waar 'n fundamentele reg soos die reg om te stem, of die reg op inter-staatlike beweging beperk word of indien die onderskeid daartussen op 'n twyfelagtige of verdagte (*suspect*) grondslag soos ras of nasionale afkoms berus, word 'n hoë sorgsaamheidsplig op die owerheid gelê om sodanige beperking te regverdig. Hierdie streng kontrole (*strict scrutiny*) van die grondwetlikheid van die beperkings op fundamentele regte, spruit voort uit die beroemde Vierde Voetnota van Regter Stone in 1938 in *United States v Carolene Products Company*.³⁴² Hierdie saak het die grondslag gelê vir die besondere beskerming wat die regbank aan kwesbare minderheidsgroepe ingevolge die substantiewe *due process*-waarborg verleen, omdat daardie groepe nie voldoende deur die gewone demokratiese prosesse beskerm word nie.

Ingevolge die streng kontroletoets moet die owerheid drie elemente bewys alvorens die beperking toelaatbaar is.³⁴³ Eerstens moet daar 'n dwingende en belangrike of oorheersende (*compelling* of *overriding*) openbare belang bestaan wat die owerheid

en Tribe *Constitutional Law* 581-584.

341 Vgl bv *Dandridge v Williams* 397 U.S. 471 (1970) (ligter belasting vir armes); *San Antonio Independent School District v Rodriguez* 411 U.S. 1 (1973) (verskil in onderwyskwaliteit weens die belastingstelsel); en *Dallas v Stanglin* 490 U.S. 19 (1989) ('n verbod op kinders by danslokale hoewel hulle by rolskaatsbane toegelaat word). Sien verder die groot verskil tussen die meerderheid- en minderheidsbeslissings in *Harris v McRae* 448 U.S. 297 (1980) oor die vraag of 'n strengere maatstaf as die rasonale verhoudingtoets moet geld by die beperking van fundamentele regte. Vgl algemeen Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 581, 753-757; en Tribe *Constitutional Law* 1653-1660, 1662-1670.

342 Vgl *United States v Carolene Products Company* 304 U.S. 144, 152 vt 4 (1938): *Prejudice against discreet and insular minorities may be a special condition which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.*

343 Vgl *Kramer v Union Free School District* 395 U.S. 621 (1969) (beperking van stemreg tydens plaaslike skoolraadsverkiezings); *Reynolds v Sims* 377 U.S. 533 (1964) (die beginsel van "een mens, een stem"); *Shapiro v Thompson* 394 U.S. 618 (1969) (beperking van die reg op bewegingsvryheid tussen state); en *City of Richmond v J.A. Croson Company* 488 U.S. 469 (1989) (rasseklassifikasie vir regstellende optrede). Vgl algemeen Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 375-576, 817 ev.

met die beperkende maatreël wil bevorder. Tweedens moet die beperking noodsaaklik, en derdens, toepaslik wees. Laasgenoemde twee elemente van noodsaaklikheid en toepaslikheid van die beperking herinner sterk aan twee van die drie elemente van die Duitse vereiste van proporsionaliteit in wye sin, naamlik dat die beperkende wet *erforderlich* en *geeignet* moet wees.³⁴⁴ Hierdie proporsionaliteitsbeginsel beteken dus dat daar 'n eng verhouding moet bestaan tussen die doel van die beperkende wet – wat 'n wesentliche openbare belang moet wees – en die wyse van beperking wat aangewend of beoog word.³⁴⁵ Die Hof onderneem hierdie streng kontroletoefts onafhanklik van die wetgewer of uitvoerende gesag. 'n Groeponderskeid wat te inklusief (*over-inclusion*) of te eksklusief (*under-inclusion*) is, is eweneens ongrondwetlik.³⁴⁶

c) Intermediêre toets

In *Metro Broadcasting Inc. v Federal Communications Commission* het die Hof 'n intermediêre toets geïdentifiseer wat tussen die streng kontroletoefts en die wye rasonale grondslagtoets val.³⁴⁷ Hiervolgens kan beperkings van fundamentele regte soos die gelykheidsbeginsel wel toelaatbaar wees as die beperking in 'n wesentliche verhouding tot 'n belangrike openbare belang staan.³⁴⁸ Hoewel die noodsaaklikheid en toepaslikheid van die beperking nie so streng beoordeel word soos by die streng kontroletoefts nie, word 'n nouer band met die oogmerk van die beperking vereis as die blote moontlikheid dat die oogmerk verwesentlik kan word.³⁴⁹ Die intermediêre toets word tans hoofsaaklik aangewend tydens beoordeling van die onderskeid tussen individue op grond van hul geslag en seksuele keuse, buite-egtelikheid of

344 Brugger *Einführung* 91.

345 Vgl by *Korematsu v United States* 323 U.S. 214, 216 (1944) waar die streng kontroletoefts tov *suspect classifications* vir die eerste keer eksplisiet erken is, maar die diskriminerende wetgewing teenoor Amerikaanse burgers van Japanese herkoms ter wille van nasionale veiligheidsredes tydens die Tweede Wêreldoorlog aanvaar is: *It should be noted ... that all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. That is not to say that all such restrictions are unconstitutional. It is to say that courts must subject them to the most rigid scrutiny. Pressing public necessity may sometimes justify the existence of such restrictions; racial antagonism never can.* Sien ook *Bolling v Sharpe* 347 U.S. 497, 499 (1954); en *McLaughlin v Florida* 379 U.S. 184, 191-192 (1964).

346 Vgl Tribe *Constitutional Law* 1446-1450 en die gesag daarin verwys.

347 *Metro Broadcasting Inc. v Federal Communications Commission* U.S. 494 U.S. 547 (1990). Vgl in die algemeen Tribe *Constitutional Law* 1553-1625.

348 Die intermediêre toets geld formeel sedert 1976 in *Craig v Boren* 429 U.S. 190, 197 (1976) waar beslis is dat die onderskeid op grond van geslag *must serve important governmental objectives and must be substantially related to the achievement of those objectives.*

gevangenisskap.³⁵⁰ Dit word as 'n reël nie ten opsigte van verdagte onderskeide op grond van ras of burgerskap aangewend nie, waar die strenger toets geld.³⁵¹ Omdat die intermediêre toets 'n wesenlike verhouding tussen die onderskeid en 'n belangrike openbare belang vereis, is dit dus makliker om te kwyt as die streng kontroletoes, hoewel dit steeds meer beskerming verskaf as die eenvoudige rasionaliteitstoets.

d) *Sliding scale*-toets

In die aborsieszaak van *Planned Parenthood of Southeastern California v Casey*³⁵² het drie regters van 'n buigbare *sliding scale*-toets gebruik gemaak wat hulle die *undue burden*-toets genoem het. Die toets beoog om die noodsaaklike gewig waaraan die openbare belang moet voldoen en die strengheid van die proporsionaliteitsbeginsel se middel-doel-toets, met mekaar te verbind ooreenkomstig die intensiteit van die beperkende handeling en die fundamentele aard van die toepaslike individuele reg wat in gedrang kom.³⁵³ 'n Groter grondwetlik gefundeerde beperkingsmaatstaf onderwerp word volg dus.³⁵⁴ Die toets, wat nog nie oor wyer steun as dié van enkele regters beskik nie, word hoofsaaklik op 'n *ad hoc*-wyse aangewend.³⁵⁵

Dit is duidelik dat daar tans nie eenvormigheid of duidelikheid bestaan oor die toepassing van die verskillende beperkingsmaatstawwe nie, omdat die Hof byvoorbeeld die intermediêre toets sonder opgaaf van redes toepas.³⁵⁶

349 Brugger *Einführung* 91.

350 Brugger *Einführung* 91. Sien egter Tribe *Constitutional Law* 1610-16218 vir 'n omvattende aanduiding van die indirekte aanwending van hierdie maatstaf in ander areas. Vgl *Craig v Boren* 429 U.S. 190, 197 (1976) (geslag). Sien ook *Clark v Jeter* 486 U.S. 456, 461 (1988) (buite-egtelikheid) per O'Connor R: *Between these extremes of rational basis review and strict scrutiny lies a level of intermediate scrutiny, which generally has been applied to discriminatory classifications based on sex or illegitimacy.*

351 Brugger *Einführung* 91.

352 505 U.S. 833 - 120 L Ed 2d 674, 714 per O'Connor R, Kennedy R en Souter R (gesamentlike uitspraak).

353 Brugger *Einführung* 92.

354 Brugger *Einführung* 92.

355 Vgl by *San Antonio School District v Roderiguez* 411 U.S. 1, 70, 98 ev (1973) per Marshall R (minderheidsbeslissing); en *Craig v Boren* 429 U.S. 190, 211 ev (1976) per Stevens R (ondersteunende opinie).

356 Nowak en Rotunda *Constitutional Law* 375, 577, 580.

3.5 GRONDWETLIK-HERMENEUTIESE TEORETISERING

3.5.1 Skrywers se kritiese invalshoek

Omdat die demokratiese prosesse nie daarin kon slaag om die onaanvaarbare beslissings van die *Supreme Court* te verander nie, het regs wetenskaplikes begin om na 'n oplossing vir die anti-demokratiese dilemma in die vorm van grondwetlike teorieë te soek.³⁵⁷ Juis daarom word 'n verskeidenheid van grondwetlik-hermeneutiese teorieë gevind wat onder andere die regterlike kontrolefunksie in 'n demokrasie verantwoord en toelig.

Verskeie klassifikasies van hierdie verskillende teorieë word onder die skrywers gevind.³⁵⁸ Daar word byvoorbeeld kritiek teen die beslissings van die *Supreme Court* uitgespreek wat dit sonder meer as liberaal of konserwatief brandmerk.³⁵⁹ 'n Ander benadering fokus op die drie sleutelprobleme in die staatsreg, naamlik wat is die Grondwet, wie interpreteer die Grondwet, en op welke wyse geskied dit.³⁶⁰ 'n Algemene benadering is die onderskeid tussen meganiese (letterlike), aktivistiese en intermediêre konstruksie.³⁶¹ Ely onderskei weer tussen sogenaamde interpreterende en nie-interpreterende regters.³⁶² Verder kan onderskei word tussen wye en streng interpretasie.³⁶³

Skrywers soos Dworkin³⁶⁴ en Kairys³⁶⁵ het egter - niteenstaande hul onderskeie

357 Davis ea *Constitutional Interpretation* 11.

358 So bv onderskei Davis ea *Constitutional Interpretation* 11-19 tussen vier teorieë wat elk op 'n ander gesagsbron steun ten einde vir regters objektiewe, konsekwente en regverdige grondwetlike beslissings te verseker, nl (i) op die oorspronklike teks of die bedoeling van die oorspronklike skrywers van die Grondwet; (ii) op tradisionele konsensus oor moraliteit; (iii) op besondere beskermingswaardige fundamentele regte; en (iv) op die politieke proses.

359 Soos President Nixon in sy kritiek teenoor die Warren-hof se uitsprake. Vgl Dworkin *Taking Rights Seriously* 140-141.

360 Vgl die benadering van Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation* 9 ev.

361 Vgl Van der Vyfer Vol 40 *Emory Law Journal* 1991 804 ev.

362 Ely *Democracy and Distrust* 1 ev. Vgl krities oor hierdie indeling Dworkin *Law's Empire* 360, omdat elke regter inderdaad die Grondwet interpreteer en regters inderwaarheid net verskil oor die vraag welke interpretasie gesaghebbend moet wees.

363 Vgl Levy, Karst en Mahoney (reds) *Encyclopedia of the American Constitution* Vol I 158. Hierdie onderskeid verwys nie (soos President Nixon foutiewelik gemeen het) na die aktivistiese interpretasie van individuele regte nie, maar is 'n politieke, eerder as 'n tegniese of regsbegrip wat spesifiek dui op 'n buigbare en wye konstruksie van die kompetensies van die Federale Regering.

364 Dworkin *Taking Rights Seriously* 131-133, 147-148; en Dworkin *Law's Empire* 357, 360, 378.

365 Kairys (red) *The Politics of Law* 4.

uiteenlopende regsbeskouings - hierdie algemene onderskeid in die regsteorie tussen sogenaamde liberale of nie-interpreterende regters se aktivistiese interpretasie, en sogenaamde konserwatiewe of interpreterende regters se beperkende konstruksie, heftig gekritiseer. Die twee skrywers beskou hierdie algemene onderskeid as 'n simplistiese en valse weergawe van die werklike geskilpunte in die staatsreg, omdat regsteoretici onvergelykbare elemente met mekaar vergelyk. Hierdie onwetenskaplike oorvereenvoudigde en gebrekkige vlak van regsteoretiese benaderings is volgens Dworkin en Kairys te wyte aan die afwesigheid van 'n gemeenskaplike beginselraamwerk in die Amerikaanse staatsreg waarvolgens prinsipiële kritiek teenoor die *Supreme Court* se grondwetlike hermeneutiek verwoord word.³⁶⁶

In die huidige ondersoek is die tradisionele kanons van konstruksie in die Duitse staatsreg as algemene sistematiseringsmaatstaf vir die grondwetlike hermeneutiek van die Amerikaanse *Supreme Court* gebruik. Na aanleiding van Dworkin en Kairys se kritiek hierbo, is dit regswetenskaplik sinvol om die kanons van konstruksie ook as sistematiseringsraamwerk van die regsteoretiese voorstelle en kommentaar in die Amerikaanse staatsreg oor die *Supreme Court* se grondwetlike hermeneutiek te gebruik. Brugger verskaf juis in hierdie verband 'n handige raamwerk wat as riglyn vir die verdere bespreking dien.³⁶⁷ Weens die geweldige volume wat die regswetenskaplike bydraes beslaan, word daar slegs vlugtig na die belangrikste eksponente se bydraes verwys.

366 Vgl Dworkin *Law's Empire* 358-359. Die gebrek aan 'n betroubare beoordelingskriterium maak dit byvoorbeeld onmoontlik om te onderskei of die kritiek handel oor die graad van 'n regter se getrouheid aan die oorspronklike outeurs van die Grondwet se bedoeling, of oor die klassifikasie van 'n regter se standpunt oor 'n substansiële aangeleentheid soos pornografie, ekonomiese vryheid, aborsie ens. Telkens vind oorvleueling tussen hierdie aspekte plaas. Dan bestaan daar nog boonop regters wat 'n ander benadering volg as wat aanvanklik gemeen is hulle verteenwoordig, soos Regter Felix Frankfurter wat as liberaal beskou is maar toe baie konserwatief blyk te wees. So ook regters wat verskillende standpunte oor verskillende aangeleenthede handhaaf, soos Hoofregter Earl Warren wat algemeen as 'n liberale regter beskou is oor sy gelykheidstrewes in die onderwys, maar 'n konserwatiewe standpunt ten opsigte van pornografie verteenwoordig het.

367 Vgl Brugger *Einführung* 160; Brugger 1994 *JÖR* Vol 42 580. Brugger argumenteer dat sy skema 'n handige hulpmiddel is om die *Supreme Court* en teoretici se interpretasie metode te bepaal: *Das Schema selbst kann analytisch oder präskriptiv verwendet werden: Mit seiner Hilfe läßt sich untersuchen, ob und bis zu welchem grad bestimmte Autoren, Richter, Richtermehrheiten, Gerichte, Entscheidungen oder Fallgruppen die eine und/oder die andere Methode benutzen; oder es ermöglicht, in seinem Rahmen die Methoden näher zu gewinnen.*

3.5.2 Tekstuele, kontekstuele en strukturele konstruksie

'n Verskeidenheid van denkrigtings beoog om elk op verskillende wyses (soms oorvleuelend) die diskresionêre en subjektiewe aard van regterlike interpretasie uit te skakel of te beperk, wat weens die vae en oop karakter van individuele regte in die Grondwet bestaan.

a) Meganiese interpretasie

'n Kontemporêre eksponent van die gemeenregtelike uitlegmetode van grammatikale konstruksie tydens grondwetlike interpretasie is Richard Epstein.³⁶⁸ Hy is 'n regspositivis wat die belang van die ideale reg vir grondwetlike interpretasie ontken, omdat dit 'n agterdeur vorm waardeur subjektiewe sosiaal-politieke sienings die regspraak infiltreer om die Grondwet hierdeur op 'n ondemokratiese wyse te herskryf.³⁶⁹ Juis daarom verwerp Epstein die moderne "eksotiese" interpretasieteorieë van regsgeleerdes soos Paul Brest,³⁷⁰ Mark Tushnet³⁷¹ en andere, wat volgens Epstein die regsekerheid van die grondwetlike teks as primêre kanon van konstruksie verwerp in ruil vir vae en algemene argumente wat op die hermeneut se subjektiewe waardeoordele oor sosiale geregtigheid gegrond is.³⁷² Epstein vind eerder aansluiting by Herbert Wechsler³⁷³ se beroemde kritiek in die vyftigerjare teen die relatiewiteit en gebrek aan rasonele metode wat die realisembeweging in grondwetlike interpretasie veroorsaak het, naamlik dat grondwetlike konstruksie op neutrale grondwetlike beginsels begrond kan word wat konsekwent in verskillende sake toegepas word.³⁷⁴

Epstein glo dat daar nie wesenlike verskille tussen algemene privaatregtelike en grondwetlike regsnorme se struktuur bestaan nie, omdat beide tekste algemeen

368 Vgl Epstein *Common Lawyer* 70-99.

369 Epstein *Common Lawyer* 72-73. Op ibid 73 vervolg hy: *The critical point is that theories of constitutional interpretation are not theories of substantial transformation. No one should be able to win through interpretation what was lost in the initial drafting.*

370 Sien Brest *Misconceived Quest for the Original Understanding* 227-262.

371 Tushnet 1983 *Harvard Law Review* Vol 96 781-827.

372 Epstein *Common Lawyer* 71-72.

373 Wechsler 1959 *Harvard Law Review* Vol 73 1-35.

374 Epstein *Common Lawyer* 71. Oor die blywende waarde van neutrale regsbeginsele vir kontemporêre grondwetlike interpretasie, vgl Greenwalt 1978 *Columbia Law Review* Vol 78 982-1021.

verwoord is in teenstelling met 'n gespesialiseerde statuut soos 'n belastingwet.³⁷⁵ Ten spyte van die hoër status waaroor die Grondwet beskik, word dieselfde metodes tydens grondwetlike interpretasie gevolg as wat in die privaatreë vir die uitleg van algemene statute en *common law* regsreëls geld.³⁷⁶ Dit is naamlik die gewone betekenisreël wat tydens die grammatikale kanon geld.³⁷⁷ Epstein verwerp ook die *originalist*-denke se naspeuring van die outeurs of ratifiseerders van die Grondwet se oorspronklike bedoeling.³⁷⁸

Die vraag bestaan egter hoe Epstein met behulp van tekstuele interpretasie die vae grondwetlike norme soos die Vierde Amendement se waarborg van privaatheid teen arbitrêre visitering en beslaglegging, interpreteer, of hoe daardie reg op nuwe gevalle soos elektroniese afluistering van toepassing gemaak kan word terwyl die hermeneut steeds lojaal aan die teks bly. Epstein volg hiertoe 'n tweestap analise wat hy aflei uit die klassieke uitlegmetode van die *Lex Aquilia* in die Romeinse Reg.³⁷⁹ Eers word die gewone betekenis van woorde van die grondwetlike teks vasgestel en deur analogie uitgebrei na nuwe gevalle. Daarna beslis die regter welke van die analogieë geregverdig is as 'n getroue weergawe van die grondwetlike teks.³⁸⁰ Hoewel Epstein hierdeur hoop om interpreteerders van verskillende politieke en intellektuele sienings met mekaar te verenig vir doeleindes van die grondwetlike interpretasie, betwyfel kritici of dit realisties haalbaar is.³⁸¹

b) *Originalism*

*Originalism*³⁸² vorm 'n belangrike denkstroom in die Amerikaanse grondwetlike

375 Epstein *Common Lawyer* 73.

376 Epstein *Common Lawyer* 73.

377 Epstein *Common Lawyer* 72, 74.

378 Vgl Brison en Sinnott-Armstrong (reds) *Constitutional Interpretation* 69.

379 Epstein *Common Lawyer* 74-93.

380 Dit is opmerklik dat Epstein *Common Lawyer* 85-86 se tweeledige proses van (i) die uitbreiding van die individuele reg se beskerming na nuwe gevalle, en (ii) die regverdiging van daardie uitbreiding of nie-uitbreiding, *prosesmatig* sterk herinner aan die tweestap interpretasieproses van fundamentele regte wat in die Kanadese-, Duitse-, EMRK- en Suid-Afrikaanse regspraak gevolg word.

381 Vgl bv Tribe en Dorf *On Reading the Constitution* 24, 28 wat op die foutiewe *unitary vision* van regsteoretici soos Epstein en andere wys.

382 *Originalism* word ook in die literatuur beskryf met terme soos *intentionalism* (Powell 1985 *Harvard Law Review* Vol 98 886), of *interpretivism* (Berger 1986 *George Washington Law Review* Vol 551-16). Vgl ook Ely *Democracy and Distrust* 1-2: *What distinguishes interpretivism from its opposite is its insistence that the work of the political branches is to be*

hermeneutiese debat wat veral gesaghebbend is omdat Hoofregter Marshall in *Marbury v Madison*³⁸³ die fundamentele belang van die Grondwet as geskrewe dokument en hoogste regsnorm beklemtoon het.³⁸⁴ Vervolgens word die meer buigbare teorie van Robert Bork toegelig wat inderdaad probeer om *originalism* vir die kontemporêre grondwetlike hermeneutiek aanvaarbaar te maak.³⁸⁵

Bork is skerp gekant teen die bedreiging van die tradisionele Amerikaanse grondwetlike beginsels en struktuur deur die wye en skeppende teleologiese interpretasie van die aktivistiese Warren-Hof wat ooreenkomstig regters se subjektiewe geregtighedsbeskouings of dominante politieke strominge, in plaas van die objektiewe politieke neutrale regsbeginne van die Grondwet, reg spreek.³⁸⁶ Omdat daar geen uitdruklike of geïmpliseerde aanduiding in die Grondwet te vinde is dat die onverkose regsprekende gesag ook met wetgewende of uitvoerende gesag beklee is nie, bestaan daar 'n gevaar dat die regbank legitimiteit sal verloor as dit die demokraties verkose wetgewer se taak oorneem deur telkens nuwe individuele regte te skep.³⁸⁷

invalidated only in accord with an inference whose starting point, whose underlying premise, is fairly discoverable in the Constitution. That the complete inference will not be found there - because the situation is not likely to have been foreseen - is generally common.

383 5 U.S. (1 Cranch) 137, 175-180 (1803).

384 Vgl Brest *Misconceived Quest for the Original Understanding* 227.

385 Daar moet egter daarop gelet word dat verskeie weergawes van *originalism* bestaan wat persone met uiteenlopende politieke en staatsregtelike opvattinge insluit. President Reagan se politieke omstrede *Supreme Court* kandidaat, Robert Bork, se teorie (*Tempting of America; Neutral Principles* 197-226; *Original Understanding* 48-67) word bv deur Davis ea *Constitutional Interpretation* 12-14 as gematig beskou. Bekende eksponente van die *original intent* op die regbank is Black R (*A Constitutional Faith*); Rhenquist HR (1976 *Texas Law Review* Vol 54 693-706; en Scalia R (*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v Casey* 505 U.S. 833 (1992), 120 L Ed 2d 674, 758 ev. In Scalia *A Matter of Interpretation* 16-47 beklemtoon Scalia R egter dat hy nie na die ongeskrewe bedoeling van die grondwetskrywers verwys nie, maar na die objektiewe wetgewersbedoeling wat inderdaad in die teks vervat is. Hy volg dus die tekstuele-cum-bedoelingsteorie. Sien ook die benaderings van Berger *Government by Judiciary*; Berger 1986 *George Washington Law Review* Vol 55 1-16; Meese *Interpreting the Constitution* 13-21; Monaghan 1981 *New York University Law Review* Vol 56 353-396. Vgl voorts die debat oor wie se oorspronklike bedoeling gesaghebbend is, die oorspronklike outeurs of ratifiseerders van grondwetlike norme in Powell 1985 *Harvard Law Review* Vol 98 885-948; Lofgren *The Original Understanding of Original Intent?* 117-150; Ravoke *Mr. Meese, Meet Mr. Madison* 179-194. Sien veral die versameling gesaghebbende bydraes in Ravoke *The Debate over the Original Intent* van bv Graglia *How the Constitution Disappeared* 35-50; Brennan *Contemporary Ratification* 23-34; Brest *Misconceived Quest for the Original Understanding* 227-262. Vgl ook krities Tushnet 1983 *Harvard Law Review* Vol 96 781-827.

386 Bork *Tempting of America* 4, 6, 7, 32, 112, 131, 134, 140. Hy onderskei *ibid* 187-240 sy teorie van die links-liberale grondwetlike aktivisme van Bickel, Ely, Tribe en Brennan R, asook van die konserwatief-grondwetlike aktivisme van Siegan, Epstein en Harlan R.

387 Bork *Tempting of America* 9. Dit is dan ook die kritiek wat Bork *ibid* 124-125 uitspreek teen Blackmun R se morele afkeuring van die kriminalisering van homoseksuele daede in sy

Bork se weergawe van die oorspronklike bedoeling van die Grondwet steun nie op die subjektiewe bedoeling van die Grondwet se skrywers nie, maar op die betekenis wat die algemene publiek daaraan sou heg.³⁸⁸ Hierdie openbare betekenis kan vasgestel word deur sekondêre grondwetlike bronne te raadpleeg, soos die debatte tydens die ratifiserende konvensies, openbare debatte en artikels in die pers, en woordeboeke van daardie tyd.³⁸⁹ Bork argumenteer dat dieselfde metode tans daagliks in die regspraktyk vir die uitleg van ander regsdokumente gebruik word.³⁹⁰

Bork aanvaar die konsep van die Grondwet as 'n lewende instrument.³⁹¹ Dit geskied syns insiens deurdadig regters juis blywende polities-neutrale regsbeginsels in die grondwetlike teks kan identifiseer wat telkens in nuwe omstandighede toegepas word.³⁹² Sodanige neutrale beginsels, wat nie te abstrak is om die oorspronklike grondwetlike bedoeling te vind nie, kan vasgestel word deur die woorde en struktuur van die teks en geskiedenis van die Grondwet te bestudeer.³⁹³ Gevolglik kan die integriteit van die Grondwet gehandhaaf word as daardie beginsels telkens legitiem in verskillende sake op dieselfde polities-neutrale wyse aangewend word, wat impliseer dat die hermeneut nie hoef te steun op onbegronde en subjektiewe waardes nie.³⁹⁴ Regters kan dus waarde-oordele fel, mits dit nie duidelik teenstrydig met die oorspronklike bedoeling van die Grondwet is nie.³⁹⁵

minderheidsuitspraak in *Bowers v Hardwick* 478 U.S. 186, 199 ev (1986).

388 Bork *Tempting of America* 144.

389 Bork *Tempting of America* 144.

390 Bork *Tempting of America* 144.

391 Bork *Tempting of America* 7, 161 ev, 167.

392 Die invloed van Herbet Wechsler 1959 *Harvard Law Review* Vol 73 10-35 is opmerklik. Hoewel Wechsler geen *originalist* is nie (*ibid* 19), het hy die konsep bekendgestel van die reg as neutrale objektiewe beginsels wat telkens in nuwe sake toegepas is.

393 Bork *Tempting of America* 145-153; en Bork *Neutral Principles* 197-224. Dit beteken vir die hermeneut dat *the text, structure, and history of the Constitution provide him not with a conclusion but with a major premise. That major premise is a principle or stated value that the ratifiers wanted to protect against hostile legislation or executive action. The judge must then see whether that principle or value is threatened by the statute or action challenged in the case before him. The answer to that question provides his minor premise, and the conclusion follows.* Vgl Bork *Tempting of America* 162-163.

394 *The answer can only be that judges must consider themselves bound by law that is independent of their own views of the desirable. They must not make or apply any policy not fairly to be found in the Constitution or a statute. ... It means that he is bound by the only thing called law, the principles of the text, whether Constitution or statute, as generally understood at the enactment.* Bork *Tempting of America* 5.

395 Davis ea *Constitutional Interpretation* 12.

c) Amerikaanse realisme

Die moderne Amerikaanse realismebeweging is 'n invloedryke beweging waaraan beroemde regsgeleerdes behoort het.³⁹⁶ Hoewel die beweging reeds in die vorige eeu na vore getree het, het dit veral tussen die twee wêreldoorloë 'n bloeitydperk beleef, en dien dit as kragtige inspuiting vir kontemporêre regsbeskouings.³⁹⁷ Die Amerikaanse realismebeweging het sterk onder die indruk van die metodologiese ontwikkeling op ander wetenskaplike velde soos die filosofie, ekonomie, psigologie, sosiologie en politieke wetenskap gestaan.³⁹⁸ Die realiste het probeer om die algemene en vae normatiewe karakter van die klassieke regsbeskouing en gepaardgaande regs metode van formele en meganiese deduksie vanuit abstrakte beginsels en regsreëls meer werklikheidsrelevant te maak deur te konsentreer op konkrete politieke, sosiale en institusionele analyses.³⁹⁹ Op staatsregtelike vlak het die

396 Die Amerikaanse realismebeweging bevat 'n verskeidenheid van standpunte wat, hoewel dit vanuit dieselfde grondslag vertek, selfs teenstrydig met mekaar is. Vgl Llewellyn 1931 *Harvard Law Review* Vol 44 1236-1238 vir nege gemeenskaplike kenmerke van die verskillende eksponente van die realismebeweging. Vgl verder die klassieke geskil oor die ware betekenis van realisme wat in die dertigerjare geheers het tussen Roscoe Pound (1931 *Harvard Law Review* Vol 44 697-711), 'n voorloper tot die realismebeweging, en Karl Llewellyn (1930 *Columbia Law Review* Vol 30 431-465; en 1931 *Harvard Law Review* Vol 44 1222-1264), 'n lid van die moderne skool. Die realismebeweging hang nou saam met die pragmatisme van Dewey en James. Die beroemde Regter Oliver Wendell Holmes is al as 'n voorloper van realisme beskou. Verdere Amerikaanse regsgeleerdes en ander teoretici wat hieronder gereken word, is Jerome Frank, Roscoe Pound, Benjamin Cardozo, John Grey, Wesley Hohfeld, Karl Llewellyn, Arthur Corbin, Nathan Isaacs, Robert Hale, Morris Cohen, Louis Jaffe, Harald Laski, Max Radin en Herman Oliphant. Persone soos Jerome Frank, William Douglas en Felix Frankfurter het ook tydens die *New Deal* in die Federale Regering gedien toe belangrike sosiale wetgewing die lig gesien het wat gekenmerk was deur die realismebeweging se idees. Die leesstof, veral sekondêre bronne, oor hierdie beweging is haas onoorskoubaar omvangryk. 'n Handige bibliografie van die belangrikste primêre bronne kan gevind word in 'n versameling van die belangrikste werke van realiste deur Fisher, Horwitz en Reed (reds) *American Legal Realism* 319-326. Vgl ook die verwysings in Llewellyn 1931 *Harvard Law Review* Vol 44 1257-1259 (Appendix I); en Singer 1988 *California Law Review* Vol 76 476 vt 40. Sien in die algemeen Christie en Martin *Jurisprudence* 725-746, 801-924; McCoubrey en White *Jurisprudence* 191-212; en Van Blerk *Jurisprudence* 55-81.

397 Vgl Singer 1988 *California Law Review* Vol 76 503: *To a great extent we really are all legal realists now.*

398 Vgl Pound 1909 *Yale Law Journal* Vol 18 464.

399 Volgens die realiste geskied meganiese interpretasie in die gees van die klassieke liberale Engelsregtelike individualisme wat meer waarde heg aan die beskerming van individuele eiendomsreg en kontrakvryheid as sosiale behoeftes en openbare belang. (Die realiste was in besonder gekant teen hierdie strenge skeiding tussen die privaat- en publiekreg wat die staat 'n fundamentele rol in hierdie privaatregtelike handelinge ontsê het.) Dit het daartoe gelei dat die *Supreme Court* 'n wye interpretasie van die Veertiende Amendament se ekonomiese *due process*-waarborg gevolg het wat die groot maatskappye en werkgewers beskerm het teen owerheidsbepערkinge in belang van verbruikers en werknemers. Meganiese regsuitleg skep dus weens 'n gebrek aan sosiale en ekonomiese betragting slegs juridiese geregtigheid. Sosiale geregtigheid ontbreek egter. Vgl in die algemeen Holmes 1897 *Harvard Law Review* Vol 10 457-478; Pound 1909 *Yale Law Journal* Vol 18 454-487; Pound 1910 *American Law Review* Vol 44 12-36; Frank *Law and the Modern Mind* 3 ev; Fisher, Horwitz en Reed (reds) *American Legal*

konvensionele grondwetlike hermeneutiek 'n verouderde standpunt gehandhaaf wat die Grondwet se besondere kwaliteit as lewende instelling ontken het. Die Grondwet is gereduseer tot bloot streng bewoorde historiese opdragte wat deur middel van meganiese en logiese deduksie en analogie vasgestel word.⁴⁰⁰

Ten einde die reg te bestudeer soos wat dit as 'n gegewe sosiale verskynsel manifesteer, het die juriste van die realisembeweging selfs die voorveronderstellings van die beslissende regters en ander invloede empiries en analities bestudeer.⁴⁰¹ Regsreëls is dus nie as abstrakte regsnorme beskou nie, maar as besondere veralgemenings en vooruitskouings van byvoorbeeld regterlike optrede.⁴⁰² Hoewel Regter Holmes die regsworklikheid van die ideale reg skei erken hy, ten spyte van hul relatiewiteit, die relevansie van etiese norme en godsdienstige beginsels vir die reg in sover dit deel van die regsworklikheid vorm wat die regter se beslissing kan beïnvloed.⁴⁰³

Karl Llewellyn beskou die Grondwet as 'n lewende instelling wat slegs bindend is en net legitimiteit geniet as die abstrakte grondwetlike beginsels daagliks deur die samelewing herbevestig word.⁴⁰⁴ Die uitoefening van regters se juridiese toetsingskompetensie van algemene regsnorme vorm 'n noodsaaklike deel van daardie lewende grondwet as werkende instelling.⁴⁰⁵ Daarom het Llewellyn nie beswaar as regters grondwetlike bepalinge wyer as die oorspronklike bedoeling of woordbetekenis konstrueer om aan te pas by die aard van moderne (regs-) instellings nie.⁴⁰⁶ Hierdie standpunt sluit aan by dié van Regter Benjamin Cardozo wat in 1921 die pragmatiese funksionalisme van die regsmetode beklemtoon het toe hy meen dat

Realism xi-xv; Singer 1988 California Law Review Vol 76 478-495; en Hommes History of Legal Philosophy 312.

400 Vgl Llewellyn 1934 *Columbia Law Review* Vol 34 3-4.

401 Lloyd en Freeman *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* 683. Vgl bv Llewellyn 1930 *Columbia Law Review* Vol 30 448.

402 Vgl Hommes *History of Legal Philosophy* 312; en Singer 1988 *California Law Review* Vol 76 471. Hierdie tendens is veral beïnvloed deur die beroemde *Bad-man*-voorspellingsteorie van Holmes in 1897 *Harvard Law Review* Vol 10 460-461, waarin hy regsnorme gereduseer het tot bloot 'n beskuldigde se akkurate vooruitskouing van die verloop van sy hofsak. Vgl krities Lloyd en Freeman *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* 718-724.

403 Vgl Holmes 1897 *Harvard Law Review* Vol 10 457-478. Sien voorts Lloyd en Freeman *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* 681. Sien bevestigend Llewellyn 1931 *Harvard Law Review* Vol 44 1236-1237.

404 Llewellyn 1934 *Columbia Law Review* Vol 34 3, 11, 15, 17-28.

405 Llewellyn 1934 *Columbia Law Review* Vol 34 23.

406 Llewellyn 1934 *Columbia Law Review* Vol 34 33. Hy vervolg *ibid* 34 in die tipiese

regters altyd bewus moet wees van die sosiale funksie of doel van die wetgewing wat hulle toepas.⁴⁰⁷ Jerome Frank het daarom in 1930 'n juridiese tegniek gesoek waarvolgens sake geïndividualiseer en vermenslik word deur middel van 'n sistematiese, doelbewuste en openlike ondersoek van die feite en sosiale werklikheid van 'n bepaalde saak.⁴⁰⁸ Die regs metodologiese oplossing vir hierdie probleem is reeds in 1897 deur Regter Holmes (en later deur Felix Frank) verskaf in die vorm van 'n pragmatiese harmonisering of balansering van die kompeterende belange wat in 'n gegewe geval teenwoordig is.⁴⁰⁹

Die realisme beweging se pragmatiese beklemtoning van die waarde van die sosiale realiteite in die regspraak word geïllustreer toe Regter Holmes in sy minderheidsuitspraak in *Lochner v New York*⁴¹⁰ ontken het dat die vrye markstelsel deur die Grondwet voorgeskryf is. Hierop het hy wetgewing goedgekeur wat die werksomstandighede van werkers in die bakkersbedryf gereguleer en verbeter het.⁴¹¹ In 'n ander voorbeeld het die *Supreme Court* in 1908 in *Muller v Oregon*⁴¹² die beroemde regsmening van die latere Regter Brandeis aanvaar waarin die nadelige invloed van lang arbeidsure in fabriek en wasserye op vrouens met behulp van uitvoerige statistiese en sosiaal-wetenskaplike getuienis aangedui is.⁴¹³ Tradisioneel is hierdie sosiale getuienis as eksentriese getuienis beskou wat nie deur die Hof in

realismetradisie: *The only guarantee of judicial wisdom will remain the judge.*

407 Cardozo *Nature of the Judicial Process* 102.

408 Frank *Law and the Modern Mind* 145-147.

409 Sien Holmes 1897 *Harvard Law Review* Vol 10 467-468; en Singer 1988 *California Law Review* Vol 76 502. So 'n belangbalanseringsproses behels volgens Singer (*ibid*) vyf stappe: (i) regters identifiseer 'n reeks van alternatiewe oplossings vir 'n regsprobleem; (ii) die implikasies van elke oplossing word voorgehou; (iii) die verskillende kompeterende waardes, belange en beleidsrigtings en hul onderlinge verhouding tot mekaar word geartikuleer; (iv) die relatiewe voordeel van bepaalde keuses (veral op die sosiale terrein) word met mekaar vergelyk; en (v) 'n keuse tot voordeel van die partye wat daardeur geraak word, volg.

410 198 U.S. 45 (1905).

411 *Lochner v New York* 198 U.S. 45, 75-76 (1905). Holmes R se standpunt herinner sterk aan die staatsbeskouing van die vroeë realis Thayer 1893 *Harvard Law Review* Vol 7 151-152, waarvolgens die toetsingkompetensie van die *Supreme Court* beperkend gedefinieer word om slegs daardie wetgewing ongrondwetlik te bevind wat bo redelike twyfel teenstrydig met die Grondwet blyk te wees. Dit is eerder die taak van die verkose wetgewer om te sorg dat grondwetlike wetgewing die lig sien, nie dié van die Hof nie. Roscoe Pound 1909 *Yale Law Journal* Vol 18 464 het hierdie standpunt van Holmes R as die mees treffende voorbeeld van die realisme beweging se regsbeskouing bestempel.

412 208 U.S. 412 (1908).

413 Soortgelyke sosiaal-wetenskaplike getuienis is ook in die regsmening van die applikant in *Brown v Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483 (1954) aangewend om die nadelige sielkundige effek van afsonderlike skole vir verskillende rasse op kinders te illustreer. So ook die getuienis in strafregtelike sake oor die prosessuele regte van gearresterdes in *Miranda v Arizona* 384 U.S. 436 (1965). Vgl Fisher, Horwitz en Reed (reds) *American Legal Realism* 237.

aggeneem is tydens interpretasie van regsnorme nie.⁴¹⁴

3.5.3 Teleologiese konstruksie

In navolging van die realisembeweging se invloed aanvaar die meeste regswetenskaplikes vandag dat regsprobleme nie opgelos kan word deur 'n formalisties-logiese konseptualisering van die inherente abstrakte natuur van kontrakte, eiendom of vryheid nie, maar dat 'n interpretasieproses van *interest balancing, line-drawing, policy analysis, purposive reasoning and process thoughts* nodig is.⁴¹⁵ Dit is tans gemeensaak dat regsreëls die sosiale doelstellings van regverdigheid en effektiwiteit nastreef. Die nadeel van die realisembeweging het egter gelê in die onvermoë van daardie juriste om hul kritiek in 'n werkbare normatiewe argument te verwoord.⁴¹⁶ Dit is juis dié taak wat die kontemporêre liberale en kritiese denkstrome nastreef met behulp van 'n verskeidenheid van teleologiese en waarde-georiënteerde argumente.⁴¹⁷

a) Regsprosesteorie

Die voorstanders van die regsprosesteorie verskuif die klem van substantiewe regsbeginsels na die demokratiese proses waarin juridiese instellings funksioneer ten einde die legitimiteit van die *Supreme Court* se kontrolekompetensie te verseker.⁴¹⁸ Met verwysing na die beroemde Vierde Voetnota in *United States v Carolene Products Company*⁴¹⁹ verduidelik Ely dat die taak van die regbank tydens

414 Vgl bv *Adkins v Childrens' Hospital* 261 U.S. 525, 559-560 (1923).

415 Singer 1988 *California Law Review* Vol 76 503-504.

416 Singer 1988 *California Law Review* Vol 76 503-504.

417 Die liberale stroom sluit bewegings in soos die regsprosesteorie, die regteorie, en die ekonomiese beskouing van die reg, wat almal beoog om normatief gefundeerde metodes vir juridiese argumentasie te vind. Hiernaas bestaan krities-skeptiese bewegings soos die *Critical Legal Studies, Critical Feminism, Critical Race Theory, Law and Society* en dekonstruksie, wat juis nie wil terugkeer na die gediskrediteerde formalistiese metodes nie, maar steeds na nuwe realistiese norme soek deur middel van kritiek op die reg en samelewing. Vgl Singer 1988 *California Law Review* Vol 76 504.

418 Die bekendste voorstander van regsprosesteorie is seker John Hart Ely *Democracy and Distrust*. Ander eksponente is oa Jesse Choper *Judicial Review*; Henry Hart en Albert Sacks, Lon Fuller en Henry Wellington. Hoewel Dworkin *Law's Empire* eintlik onder die skool van substantiewe geregtigheid val, ressorteer sy onderskeid tussen die wetgewende gesag wat op grond van algemene beleidsrigtings besluite neem en die regbank wat op grond van beginsels beslis, ook onder die regsprosesteorie. Vgl Singer 1988 *California Law Review* Vol 76 505-508.

419 304 U.S. 144, 152 vt 4 (1938).

grondwetlike regspraak tweeledig van aard is.⁴²⁰

Eerstens verseker dit die effektiewe verloop van die demokratiese verteenwoordigingsproses deurdat die Hof as onverkose instelling die meerderheidswil moet respekteer. Die Hof behoort dus nie nuwe fundamentele waardes te skep, of te beslis in kompetensiegeskille tussen die federale en staatlike regerings, of tussen die President en Kongres nie, maar die demokratiese proses moet sy gang ooreenkomstig die voorskrifte van die Grondwet loop.⁴²¹ Tweedens lê die plig van die regbank veral daarin om geregtelike beskerming van individuele regte en veral die regte van kwesbare minderhede te waarborg, wat juis nie tydens die normale demokratiese verteenwoordigingsproses geskied nie.⁴²² (Dit dui dus op die *counter majoritarian*-argument waarna vroeër verwys is.) Die Hof moet dus prosedurele geregtigheid verseker tydens individue of groepe individue se deelname aan die regeringsprosesse.

Die regsprosesteoretici aanvaar die standpunt van die realismebeweging dat spesifieke regsreëls nie deur deduksie vanaf abstrakte beginsels afgelei kan word nie.⁴²³ Daar word eerder op spesifieke feite gefokus sodat analogie tussen dieselfde tipe gevalle kan plaasvind.⁴²⁴ Die regspraak word gekenmerk deur teleologiese argumente (*purposive reasoning of reasoned elaboration*), deurdat regsreëls met inagneming van die onderliggende beleidsoogmerke en beginsels geïnterpreteer word.⁴²⁵ Dit beteken dat naas toepaslike presedente, die regbank ook die konteks van die politieke proses in die vorm van die onderliggende beleidsrigtings of beginsels wat wetgewing beoog om te vervul, tydens formulering van formele reëls of maatstawwe in ag neem. Indien die Hof dit dus nie kan verhoed om wel regskeppend te handel nie, moet die *common law* ontwikkel word. Dit moet egter nie op die tradisionele meganiese wyse geskied nie,

420 Ely *Democracy and Distrust* 76-104; en Choper *Judicial Review* 2, 171-379.

421 Vgl ook *International News Service v Associated Press* 248 U.S. 215, 264-267 (1918) per Brandeis R (minderheidsbeslissing), die wetgewer, en nie die howe nie, is die kompetente instelling om nuwe fundamentele regte te skep.

422 Vgl Choper *Judicial Review* 75.

423 Vgl Singer 1988 *California Law Review* Vol 76 505, 508.

424 Singer 1988 *California Law Review* Vol 76 507.

425 Vgl Singer 1988 *California Law Review* Vol 76 505-507. Singer wys daarop dat Fuller meen dat die regbank nie meervoudige en gekompliseerde substantiewe probleme waarby verskeie partye betrokke is moet probeer oplos nie. Regsmetodes is gewoonlik nie daarvoor geskik nie, terwyl die politieke proses wel meervoudige oplossings kan bied soos stemming, bestuurs- of beleidsbeslissings en ooreenkomste. Die regbank behoort hoogstens die aard van die proses te

maar in die lig van die onderliggende beleidsoogmerke van daardie regsnorme. Sodoende kan teenstrydige beginsels met mekaar versoen word deur 'n behoorlike balans tussen hulle verskillende sosiale belange te tref.⁴²⁶

b) Substantiewe geregtigheid en beginselende

'n Belangrike kontemporêre regsbeskouing is die "regteteorie" wat 'n normatiewe grondslag skep ingevolge waarvan omstrede gemeenskapsvraagstukke (sogenaamde *hard cases*) oor geregtigheid aangespreek kan word.⁴²⁷ Die "regteteorie" soek na 'n duidelike beginselgrondslag waarvolgens die hoewe kan bepaal op welke nuwe ongeskrewe morele regte, individue en minderheidsgroepe grondwetlik aanspraak kan maak. Voorts word die omvang van daardie fundamentele (morele) regte se beskermingsvelde ondersoek. In plaas van deduksie uit abstrakte beginsels, volg die "regteteorie" 'n besluitnemingsproses van rasonale konsensus om die minimum beginselgrondslag van regsreëls, en dus vir regterlike probleemoplossing, vas te stel.⁴²⁸ Tans word op die voorstelle van John Rawls en veral Ronald Dworkin gefokus.

John Rawls⁴²⁹ se geregtigheidsteorie skep 'n legitieme gemeenskaplike waarde-sisteem waarvolgens morele regte tydens moeilike regterlike keuses in 'n liberale welsynstaat geprioriseer kan word. Dit is naamlik die basiese beginsels van geregtigheid wat voortvloei uit 'n regverdigte en rasonale konsensusproses - 'n soort moderne sosiale kontrak - tussen vrye en gelyke mense in 'n oorspronklike hipotetiese

beoordeel waarvolgens sodanige oplossing verkry is.

426 Singer 1988 *California Law Review* Vol 76 508.

427 Vgl Singer 1988 *California Law Review* Vol 76 508-509; en Dworkin *Taking Rights Seriously* 184. 'n Verskeidenheid regsteoretici beklemtoon die belang van substantiewe geregtigheid, hoewel onderlinge verskille bestaan. Vgl bv die werke van Ronald Dworkin *Taking Rights Seriously, A Matter of Principle, Law's Empire*, en 1992 *University of Chicago Law Review* Vol 59 381-432; John Rawls *Theory of Justice*; Robert Nozick *Anarchy, State, and Utopia*; en Lawrence Tribe en Michael Dorf *On Reading the Constitution*. Hierdie soeke na substantiewe geregtigheid hang ten nouste saam met die sentrale vraag in die reg mbt die rol van moraliteit in die positiewe reg. Dit word treffend geïllustreer in die debat tussen Lon Fuller en Herbert Hart oor die rol van moraliteit in die Nazi-reg. Vgl Hart 1958 *Harvard Law Review* Vol 71 593-629; en Fuller 1958 *Harvard Law Review* Vol 71 630-672.

428 Singer 1988 *California Law Review* Vol 76 508, 509.

429 Vgl primêr Rawls *Theory of Justice*. Sien voorts Lloyd en Freeman *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* 413-420; Singer 1988 *California Law Review* Vol 76 508-513; Christie en Martin *Jurisprudence* 305-328; McCoubrey en White *Jurisprudence* 264-270; en Van Blerk *Jurisprudence* 128-135.

situasie.⁴³⁰ Die mees fundamentele regsbeginsel volgens hierdie regsbeskouing is die gelyke toekenning van individuele regte en pligte, waarna die regverdigte verdeling van sosiale en ekonomiese voordele aan individue ook prioriteit geniet.⁴³¹ Rawls het dus nie die reg op vryheid soos Locke en Mill verstaan en dit as die mees fundamentele reg onderliggend aan sy kontraktheorie se oorspronklike posisie beskou nie, maar wel die gelykheidsbeginsel.⁴³² Hiermee bedoel Rawls bloot dat elke mens ongeag sy of haar persoonlike kwaliteite, talente of afkoms, oor 'n natuurlike reg op *equal concern and respect* deur die politieke strukture beskik.⁴³³ Ongeregtigheid is syns insiens bloot ongelykhede wat nie tot almal se voordeel strek nie.⁴³⁴ 'n Beperking van die fundamentele reg op gelyke vryhede is slegs toelaatbaar indien dit die gemeenskaplike vryheid versterk, en nie bloot ter wille van groter individuele sosiale of ekonomiese voordele nie.⁴³⁵

Ronald Dworkin⁴³⁶ is al as die invloedrykste kontemporêre regsfilosoof in die Anglo-Noord-Amerikaanse reg bestempel weens sy bydrae oor die regterlike besluitnemingsmetode en die verhouding tussen reg en morele beginsels in hierdie verband.⁴³⁷ Sy regsïdee beklemtoon dat die reg 'n skema van juridiese regte en verpligtinge in 'n samelewing vorm wat ten doel het om die owerheid se gesag te kontroleer.⁴³⁸ Kortweg gestel, hy identifiseer die reg met die *rule of law*. Hieruit volg

430 Vgl Rawls *Theory of Justice* 11-13, 17-22, 136-140. Vgl ook Dworkin *Taking Rights Seriously* 151-182.

431 Vgl Rawls *Theory of Justice* 13, 60-65, 243-251, 293-303.

432 Rawls *Theory of Justice* 62, 303; en Dworkin *Taking Rights Seriously* 178.

433 Dworkin *Taking Rights Seriously* 179-182.

434 Rawls *Theory of Justice* 62.

435 Rawls *Theory of Justice* 62-63, 303-304. Vgl *ibid* 303: *All social primary goods - liberty and opportunity, income and wealth, and the bases of self-respect - are to be distributed equally unless an unequal distribution of any or all of these goods is to the advantage of the least favoured.*

436 Vgl primêr Dworkin *Taking Rights Seriously, A Matter of Principle, Law's Empire*, en 1992 *University of Chicago Law Review* Vol 59 381-432. Sien in die algemeen Guest *Ronald Dworkin*; Christie en Martin *Jurisprudence* 996-1020; McCoubrey en White *Jurisprudence* 146-166; en Van Blerk *Jurisprudence* 83-103.

437 Brison en Sinnott-Armstrong (reds) *Constitutional Interpretation* 119; Soper 1987 *Harvard Law Review* Vol 100 1166.

438 Vgl Dworkin *Law's Empire* 243, en voorts ook 225, 176-275, 240-254, 405-407. Die onderskeid tussen 'n abstrakte regsïdee (*concept of law*) en verskillende voortspruitende regsbeskouings (*conceptions of law*) vorm die sleutel om Dworkin se regsfilosofie en sy kritiek van ander regsbeskouings te verstaan. Voortspruitend uit die algemene basiese regsïdee identifiseer Dworkin drie verskillende regsbeskouings, waaronder sy eie siening van die reg as integriteit, die konvensionele regsbeskouing (waaronder die regspositivistiese semantiek), en die regspragmatisme (soos die realisembeweging en die ekonomiese teorie van die reg). Dworkin kritiseer die lg twee regsbeskouings se grondwetlike interpretasie. Vgl Dworkin *Law's Empire* 87, 90, 93-95, 114-175, 226. Die pragmatisme en konvensionele denkprosesse vereis nie van regters

sy regsbeskouing van die reg as *integrity*. Dit is 'n regsbeskouing wat gegrond is op beginsel. In aansluiting by Rawls streef hy na die politieke ideaal van 'n eenvormige gemeenskapsbeskouing van geregtigheid, regverdigheid en prosedurele *due process*, waaruit regters dan op 'n beginselgrondslag telkens juridiese regte en verpligtinge deur interpretasie identifiseer.⁴³⁹

Voortspruitend uit sy regsbeskouing beskou Dworkin die mees fundamentele reg as die abstrakte gelykheidsbeginsel wat bepaal dat burgers 'n reg op gelyke respek, aandag en behandeling deur die owerheid het, en nie slegs die meer beperkte reg op gelyke behandeling nie.⁴⁴⁰ Eersgenoemde wye gelykheidsbeginsel behoort die meeste moeilike samelewingsprobleme, soos regstellende aksie as 'n uitsondering op die diskriminasieverbod, op 'n beginselgrondslag te kan oplos.⁴⁴¹ Hoewel Dworkin 'n kontemporêre liberale regsfilosoof is, aanvaar hy nie die tradisionele liberale beskouing dat daar 'n algemene omvattende reg op vryheid bestaan wat die mees fundamentele reg vir individue is nie.⁴⁴² Hy onderskei twee klasse vryheidsregte. Enersyds bestaan daar sekere fundamentele vryheidsregte soos die vryheid van spraak, wat slegs uit hoofde van buitengewone redes beperk kan word.⁴⁴³ Andersyds word nie-fundamentele vryheidsregte gevind, soos om aan beide kante van 'n straat in teenoorgestelde rigtings te ry, wat op grond van doelmatigheidsredes soos die openbare belang, beperk kan word deur die straat slegs vir eenrigtingverkeer te reserveer.⁴⁴⁴

Die ideale regter (soos Dworkin se Regter Hercules) se grondwetlike hermeneutiek

om soos Dworkin self in moeilike sake 'n verdere, interpreterende studie van die toepaslike minimum aanvaarde regsbeginsele te onderneem en 'n beginselbegronde keuse te maak nie. Die konvensionele denke bepaal volgens Dworkin die regsposisie slegs vanuit die beperkte juridiese konvensies soos die statutêre teks en toepaslike presedente. Regsleemtes moet dan uit ekstra-konvensionele bronne, soos regterlike diskresie, gevul word. Die regspragmatisme beskerm weer slegs daardie regte wat hulle sosiale samelewingssoogmerke ten beste bevorder.

439 Dworkin *Law's Empire* 90.

440 Vgl Dworkin *Taking Rights Seriously* 179-182, 228, 272-278 waar hy aansluit by Rawls se gedagtes oor die abstrakte egalitêre beginsel. sien voorts Dworkin *Law's Empire* 381.

441 Vgl bv Dworkin *Law's Empire* 385-399 se regverdiging van regstellende aksie nav die beslissing van die *Supreme Court in Regents of the University of California v Bakke* 438 U.S. 265 (1978). Vgl ook Dworkin *Taking Rights Seriously* 223-239, 273.

442 Dworkin *Taking Rights Seriously* 267-272.

443 Dit is dus 'n anti-utilitêre of anti-pragmatiese beskouing van vryheidsregte. Vgl Dworkin *Taking Rights Seriously* 269-271.

444 Dworkin *Taking Rights Seriously* 269-272.

moet op 'n waarde-georiënteerde en beginsel begronde regsbeskouing berus.⁴⁴⁵ Dworkin gebruik slegs genetiese argumente om te bevestig dat regters moeilike sake op grond van beginsel, en nie politieke beleidsargumente nie, beslis.⁴⁴⁶ Hy stel nie belang in die rekonstruksie van die oorspronklike outeurs of ratifiseerders van die Grondwet se bedoeling nie. Hy fokus eerder op die identifikasie van die onderliggende skema van regsbeginnels aan grondwetlike norme, ten einde hom in staat te stel om kontemporêre regsprobleme beter te verstaan, te orden en te interpreteer.⁴⁴⁷ Dworkin kombineer dus die terugskouingselement van genetiese konstruksie met die toekomsgerigtheid van teleologiese argumente.⁴⁴⁸

Dworkin is van mening dat daar wel 'n "korrekte" interpretasiekeuse vir regsprobleme bestaan. Dit is naamlik daardie interpretasie wat op beginsel berus en wat die individu se fundamentele regte selfs in moeilike sake beskerm.⁴⁴⁹ Die regshermeneut hoef nie met die waarde-relativisme te vrede te wees wat voortspruit uit die beklemtoning van beleidsaspekte soos die algemene voordeel vir die samelewing nie. Tog word Dworkin gekritiseer⁴⁵⁰ dat hy nie hierdie oogmerk bereik nie, omdat die regters wat sy teorie van beginselkeuses toepas, op hul eie morele keuses terugval in moeilike sake waar geen konsensus bestaan oor welke morele waardes as beginsel geld nie. Voorts word gesê dat Dworkin se Regter Hercules demokratiese wetgewende gesag uitoefen, en nie meer bloot as regter reg spreek nie.

c) *Critical Legal Studies*

Die beweging van die *Critical Legal Studies* (CLS) het in die laat sewentigerjare op die voorgrond van Amerikaanse regsdenke verskyn.⁴⁵¹ Die CLS wou as't ware die

445 Vgl Dworkin *Taking Rights Seriously* 105-130; en Dworkin *Law's Empire* 379-399.

446 Dworkin *Law's Empire* 255.

447 Dworkin *Law's Empire* 227.

448 Dworkin *Law's Empire* 87-113, 225.

449 Dworkin *Taking Rights Seriously* 277; Soper 1987 *Harvard Law Review* Vol 100 1176.

450 Vgl uitvoerig Guest *Ronald Dworkin*; en Soper 1987 *Harvard Law Review* Vol 100 1166-1186.

451 Die belangrikste lede van die CLS was aanvanklik Roberto Unger, Duncan Kennedy, Robert Gordon, Morton Horwitz, Mark Tushnet, Rick Abel, Peter Gabel en Karl Klare. Vgl die handige maar ietwat verouderde bibliografie wat deur Duncan Kennedy en Karl Klare saamgestel is in 1984 *Yale Law Journal* Vol 94 461-490. Vgl voorts drie simposia oor die CLS in Verskeie 1987 *Buffalo Law Review* Vol 36 211-419; Verskeie 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 1-674; en Verskeie 1984 *Texas Law Review* Vol 62 1363-1599. Sien ook die versameling in Kairys (red) *The Politics of Law*; en individuele werke soos Unger *The Critical Legal Studies Movement*; Tushnet *Red, White and Blue*; Tushnet 1992 *Boston University Law Review* Vol 72 747-763; en

oorspronklike sosiologiese funksie van die reg wat deur die realismebeweging geïdentifiseer is, op 'n beter, wyer en meer kritiese grondslag voortsit.⁴⁵² Die CLS is egter nie bloot 'n liberale regsbeskouing soos die realisme nie,⁴⁵³ maar is meer radikaal deurdat dit as alternatief tot die simplistiese keuse tussen Marxisme, liberalisme en konserwatisme dien.⁴⁵⁴ Die CLS se radikalisme is so grondliggend dat dit die aard van waarheid self bevraagteken. Dit geskied deurdat die CLS die grondreëls herformuleer waarvolgens die regswetenskap oordeel.⁴⁵⁵

Hoewel die CLS 'n verskeidenheid van (selfs opponerende) standpunte akkommodeer, kan enkele gemeenskaplike kenmerke van hulle grondwetlike hermeneutiese beskouing geïdentifiseer word.⁴⁵⁶ Regsnorme is nie neutraal, objektief en waarde-vry nie, maar word beïnvloed deur die sosiale en ekonomiese verhoudings, politieke magte en kulturele invloede in die komplekse moderne samelewing waarin dit voorkom. Die bestaande regsnorme is juis vir die CLS onaanvaarbaar en inhoudsloos, omdat dit bloot die bestaande skeidings en hiërargiese strukture van die samelewing

krities Altman *Critical Legal Studies*. Sien in die algemeen Christie en Martin *Jurisprudence* 1051-1082; McCoubrey en White *Jurisprudence* 213-238; en Van Blerk *Jurisprudence* 147-170.

452 Vgl Tushnet 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 626-630. Juis daarom skemer die kritiek van bv Pound en Llewellyn oor die onderskeid tussen regsteorie en regspraktyk deur in CLS-geskrifte.

453 Tushnet 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 627.

454 Lloyd en Freeman *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* 709; en Brison en Sinnott-Armstrong (reds) *Constitutional Interpretation* 207. Deurdat die CLS die reg se funksionele reaksie op die sosiale behoeftes van die samelewing beskryf, het die beweging baie sterk klem gelê op die teorie en metode wat in die geskiedenis van die sosiologiese, ekonomiese en Amerikaanse regsdenke na vore kom. Hierdie funksioneel-sosiologiese beskouing van die regsgeskiedenis word teruggevoer na die invloed van uiteenlopende denke van verskillende filosowe soos Montesquieu, Adam Smith, Karl Marx, Max Weber, Rudolph von Jhering (en ander regsfilosowe in die laat negentiende eeu), en twintigste-eeuse regsfilosowe soos die Amerikaanse realiste Oliver Wendel Holmes, Roscoe Pound, Karl Llewellyn en die Frankfurte skool van neo-marxistiese en latere kritiese studies van Frans Neumann, Jürgen Habermas, Herbert Marcuse, Max Horkheimer en andersins ook Karl Mannheim, Antoni Gramsci en William Hurst. Sommige skrywers maak ook melding van die invloed van Foucault, die strukturalisme van Lévi-Strauss, die fenomenologie van Husserl, Heidegger, Merleau-Ponty en die hermeneutiek van Gadamer en Ricoeur. Oor die historiese ontwikkeling en invloede op die CLS, vgl voorts Gordon 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 57-125; Hutchinson en Monahan 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 202-215 (in besonder 203 vt 13); Johnson 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 249-252; en Kornhauser 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 367 vt 53.

455 Hutchinson en Monahan 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 200. Die radikalisme word bevestig deur bv die negatiewe toon van Mark Tushnet 1980 *Michigan Law Review* Vol 78 709-710 se kritiek in sy bespreking van die liberale Lawrance Tribe se gesaghebbende werk, *American Constitutional Law*. Vgl ook die fel reaksie van Posner 1981 *Yale Law Journal* Vol 90 1127 op hierdie negatiewe toon van Tushnet.

456 Vgl Kairys (red) *The Politics of Law* 3-6. Vgl eweneens Schwartz 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 422 ev. Sien ook die kritiese ontledings in bydraes in Verskeie 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 1-674; en Verskeie 1984 *Texas Law Review* 1363-1599.

beklemtoon.⁴⁵⁷

Volgens die CLS word die meeste sosiale en ekonomiese onreg in die samelewing in die privaatregtelike sfeer gevind. Die reg vervul 'n belangrike rol in die institutionalisering van hierdie ondemokratiese privaatregtelike samelewing.⁴⁵⁸ Die reg se geïnstitutionaliseerde geweldskompetensie teen politieke, ideologiese en fisiese verandering beskerm juis die heersende onregverdige sosiale orde en bestaande magsverhoudinge in die samelewing.⁴⁵⁹

Daar bestaan nie vir die CLS-beweging 'n spesifieke metode vir regterlike besluitneming wat tot 'n bepaalde "korrekte" beslissing lei nie. Daar word wel 'n oop sisteem vir "gespreksvoering" gevind met verskeie moontlike argumente waarin regters se persoonlike sosiale en politieke sienings en vooroordele oor 'n saak - bewustelik of onbewustelik - na vore kom.⁴⁶⁰ Daarom glo die CLS (soos die realisembeweging) dat 'n studie (deur wat hulle die *descriptive project* noem) van die individuele regters se persoonlikhede die aard van hul juridiese interpretasie sal aandui. Hierdie metode kyk dieper as die oppervlak van regters en regs wetenskaplikes se opinies en geskrifte. Die gemeenskaplike ongeskrewe voorveronderstellings van regters en regs wetenskaplikes word blootgelê, waarteen individuele regterlike beslissings dan beoordeel word.⁴⁶¹ Die *descriptive project* vorm die kern van die CLS se regs metode,⁴⁶² en word in hul kritiese beskouing van grondwetlike beslissings van die *Supreme Court* aangewend saam met tegnieke wat grens aan dekonstruksie.⁴⁶³

457 Duncan Kennedy *Legal Education as Training For Hierarchy* 40-61 argumenteer bv dat die aard van regsopleiding in Amerikaanse universiteite inderwaarheid hierdie hiërargie versterk.

458 Kairys (red) *The Politics of Law* 3-4.

459 Kairys (red) *The Politics of Law* 5-6.

460 Regters is soms die sterkste ondersteuners van, om Kairys (red) *The Politics of Law* 3 se beskrywing te gebruik, *the myth of legal reasoning: Decisions are predicated upon a complex mixture of social, political institutional, experiential, and personal factors; however, they are expressed and justified, and largely perceived by judges themselves, in terms of 'facts' that have been objectively determined and 'law' that has been objectively and rationally 'found' and 'applied.'* One result is a judicial schizophrenia that permeates decisions, arguments and banter among lawyers.

461 Tushnet 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 627.

462 Tushnet 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 630.

463 Vgl Tushnet 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 631-636. Hy meen dat die ware redes vir die *Supreme Court* se verwerping van 'n beskuldigde se *habeas corpus*-aansoek in *Engle v Isaac* 456 U.S. 107 (1982), nie bloot 'n konserwatiewe oorwinning van wet en orde oor 'n liberale vryheidsiening verteenwoordig nie. Dieperliggend dui dit eerder op die verandering van toepaslike presedente in 'n bepaalde rigting, ten einde regs ideologiese beheer oor die Hof te

Hoewel dit baie duidelik is waarteen die CLS gekant is, naamlik kapitalisme, liberalisme en onlegitieme hiërargiese strukture, word die CLS algemeen gekritiseer dat dit buiten kritiek weinig werkbare alternatiewe voorstel.⁴⁶⁴ 'n Kritikus soos Schwartz beskryf selfs sommige van die CLS se voorstelle as grotesk, onprakties en onverantwoordelik.⁴⁶⁵

d) *Critical Race Theory* en *Critical Women Studies*

Twee vertakkinge van die kritiese regsbeeweging wat veral in kontemporêre juridiese denke dominant is, is die *Critical Race Theory* (CRT) en *Critical Women Studies* (CWS). Soos die benaming aandui beklemtoon hierdie twee teoretiese strominge terreine van die samelewing waar die tradisionele regsbeskouing in besonder misluk het om diskriminasie op grond van ras en geslag konstruktief aan te spreek.⁴⁶⁶ Daar word veral klem gelê op die herstel van historiese diskriminasie deur regstellende aksie, en die herstel en erkenning van menswaardigheid en selfrespek van die gemarginaliseerde groepe in die samelewing. By gebrek aan sodanige veranderinge sou die regsprosesse maar net die stereotipe beeld herbevestig dat swartmense sleg en witmense goed is, en dat 'n suksesvolle swart persoon 'n uitsondering is.⁴⁶⁷

Die CRT en CWS wil uit die beklemmende kompartementering van legalistiese

verkry - selfs al word belangrike feite *in casu* geïgnoreer.

464 Kritiese denkers antwoord egter dat dit juis een van die kenmerke van die CLS is om nie oplossings te verskaf nie, maar om leiding te gee, verhelderend en bevrydend te werk en om mense se ware oogmerke te openbaar. Vgl Guess *The Idea of a Critical Theory* 1-2, 55-95. Vgl ook die kritiek in Johnson 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 281 ev; Lloyd en Freeman *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* 715; Kornhauser 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 379-387; en Altman *Critical Legal Studies*.

465 Schwartz 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 448-253.

466 Hoewel die lektuur oor beide bewegings omvangryk is, vgl bv Crenshaw ea (reds) *Critical Race Theory*; Bell *Race, Racism and American Law*; Bell *The Performance of Racism*; Bell *The Elusive Quest for Racial Justice*; Matsuda ea *Words that Wound*; Williams 1989 *Michigan Law Review* Vol 87 2128-2151; Williams *The Alchemy of Race and Rights*; Minow 1987 *Harvard Law Review* Vol 101 10-95; Minow *Making all the Difference*; MacKinnon *Feminism Unmodified*; MacKinnon *Toward a Feminist Theory of the State*; Bartlett en Kennedy (reds) *Feminist Legal Theory*; Fineman en Thomadsen (reds) *Feminism and Legal Theory*; Smith (red) *Feminist Jurisprudence*; Sunstein 1988 *Harvard Law Review* Vol 101 826-848; Williams 1991 *Duke Law Journal* 296-323; West 1988 *University of Chicago Law Review* Vol 55 1-72; Burns *Law and Race in America* 89-95; Freeman *Anti-Discrimination Law* 96-116; Taub en Schneider *Perspectives on Women's Subordination and the Role of Law* 117-139. Vgl in die algemeen Christie en Martin *Jurisprudence* 1082-1147; en Van Blerk *Jurisprudence* 171-192.

467 Williams 1989 *Michigan Law Review* Vol 87 2128-2151.

definiëring wegbreek wat so kenmerkend van die formalistiese juridiese denke is. Volgens Williams is dit 'n *challenge to contextualize, by empowering community standards and the democratization of interpretation*.⁴⁶⁸ Martha Minow beskryf dit weer as die poging om die grense van betekenis te ontdek vanuit die realiteitsperspektiewe van die ander kant.⁴⁶⁹ Ooreenkomstig haar standpunt word geregtigheid nie abstrak, universeel en neutraal beskou nie, maar eerder *as the quality of human engagement with multiple perspectives framed by, but not limited to the relations of power in which they are formed*.⁴⁷⁰ Groepe se uniekheid moet ook gerespekteer en erken word, sonder dat daardie uniekheid as andersheid vanaf die blanke manlike norm beoordeel word. Dit sou byvoorbeeld plaasvind as swangerskapsverlofvoordele as 'n "spesiale voordeel" beskou word, omdat die manlike prestasie en produktiwiteitsbeskouing die maatstaf vorm. 'n Nuwe beoordelingsnorm moet dus gevind word, en volgens die ekstremer voorstelle van MacKinnon moet 'n herordening van die samelewingsrealiteite plaasvind.⁴⁷¹

e) Dekonstruksie

'n Verdere voorbeeld van postmodernistiese filosofiese en letterkundige interpretasiekritiek wat in die kontemporêre staatsregtelike debat neerslag vind, is

468 Williams 1989 *Michigan Law Review* Vol 87 2132.

469 Minow 1987 *Harvard Law Review* Vol 101 16. Minow verwys *ibid* 17-60 na voorbeelde waar lede van die *Supreme Court*, soos Regters Brennan, White en O'Connor, Marshall, Stevens, Douglas en Harlan, in teenstelling met die Hof se oorwegend onsimpatieke standpunt, wel die perspektiewe van die ander kant (die swanger vrou, 'n lid van 'n minderheids- of bepaalde geloofsgroep, die Swartman wat moontlik die doodstraf kan ontvang, 'n gebrekkige persoon ens) se diskriminerende belewenis van die oënskynlik neutrale onderskeide ondersoek het. Sy kritiseer die onvermoë om die geskil vanuit die ander perspektief te beskou van beide Rawls en Dworkin se lofwaardige gelykheidsideale, terwyl Ely wel 'n mate vorder in sy erkenning dat die dominante standpunt die minderheidsperspektief kan verdring.

470 Minow 1987 *Harvard Law Review* Vol 101 16, 69-70.

471 Vgl MacKinnon *Feminism Unmodified* 33-36. Dit beteken bv vir Robin West 1988 *University of Chicago Law Review* Vol 55 58 dat die liberale regsteorie se beklemtoning van die *rule of law* moet verdwyn, omdat dit die resultaat van 'n manlike dominerende regsteorie is wat veral individuele outonomie as hoogste waarde ag. Volgens West beskerm die *rule of law* nie al die aspekte van die waarde van intimiteit, wat vir vrouens belangrik is nie. Patricia Williams 1989 *Michigan Law Review* Vol 87 2129 meen dat West se kritiek bevestig word deur die tradisionele uitlegbenadering in *City of Richmond v J.A. Croson Company* 488 U.S. 469 (1989) toe die stad se vasstelling van 'n 30%-kwota bevoorregte toekennings van munisipale konstruksiekontrakte aan minderheidskontraakteurs, as ongrondwetlik bevind is. Williams argumenteer dat die Hof, ten spyte van die Hof se eie waarskuwing teen die gevaar van arbitrêre waardetoekenning aan groepe se historiese sosiale benadeling weens gebrekkige getuienis, self tot daardie arbitrêre vlak verval het. Die Hof het naamlik eenvoudig die beskikbare, meetbare en betroubare statistiese getuienis van diskriminasie geïgnoreer, en hul standpunt ooreenkomstig 'n baie eng (tradisionele) interpretasie van die gelykheidsbegrip geregverdig.

dekonstruksie.⁴⁷² Dekonstruksie probeer om die verborge teenstrydighede in taal op te spoor.⁴⁷³ Juis daarom bestudeer Derrida die onderlinge verhouding tussen die gesproke en geskrewe taal, tussen die outeur se bedoeling en die taal se vervulling daarvan, en tussen menslike denke en menslike taal.⁴⁷⁴ Vir Derrida bestaan daar 'n vrye ruimte waarin woorde onafhanklik van die outeursbedoeling in verskillende kontekste 'n eie betekenis verkry.⁴⁷⁵ Dit gee aanleiding tot nuwe onvoorsiene en ongeskrewe verbindings met ander woorde, en gevolglik ander betekenisvelde van daardie woorde.⁴⁷⁶ Dekonstruksie bestudeer juis daardie nuwe insigte wat verkry word as die gesaghebbende betekeniswaarde wat aan 'n bevoorregte interpretasie verleen word, tydelik omgekeer word deur die teenoorgestelde waardes te beklemtoon.⁴⁷⁷

Balkin noem drie voordele wat dekonstruksie vir die interpretasie van regstekste inhou.⁴⁷⁸ (i) Dit verskaf 'n metode waarvolgens vasgestel kan word of bestaande regsreëls en beginsels inderdaad bevorder word deur die argumente wat ter ondersteuning daarvoor geopper word. Andersyds kan bepaal word of daardie argumente nie eerder ondermynend werk nie, omdat ander regsreëls in werklikheid daardeur ondersteun word. (ii) Daar kan voorts vasgestel word hoe bedekte ideologiese invloede inderdaad regsargumente beïnvloed en daardeur uitgedra word. (iii) Dekonstruksie bied ook 'n nuwe strategie en kritiek op die konvensionele

472 Hoewel dekonstruksie beïnvloed is deur onder andere die denke van Hegel, Husserl, Heidegger en Nietzsche, is dit as letterkundige interpretasiekritiek veral deur die Franse filosoof Derrida ontwikkel en uitgebou deur sy volgelinge. Tsv die feit dat dekonstruksie so populêr is dat dit as't ware inhoudsloos geword het, word vir huidige doeleindes volstaan met Derrida *Force of Law* 3-67 se weergawe vir die reg soos dit deur Balkin op die regshermeneutiek tydens grondwetlike konstruksie toegepas word. Vgl Balkin 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 743-786 en Balkin *Tradition, Betrayal and the Politics of Deconstruction*. Dekonstruksie-argumente word algemeen deur lede van die kritiese beweging soos in Balkin 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 763 toegepas om bv die idee van ekonomiese individualisme te kritiseer. Balkin *ibid* 765-766 self beskou dekonstruksie as 'n kritiese teorie omdat dit die hermeneut van konvensionele denkpatrone kan bevry. Sien in die algemeen Brison en Sinnott-Armstrong (reds) *Constitutional Interpretation* 189; die bydraes by 'n simposium in 1989 oor dekonstruksie onder redaksie van Cornell, Rosenfeld en Carlson *Deconstruction and the Politics of Justice*; asook Balkin 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 743 vt 2; Tushnet 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 623-647; Hoy 1985 *Southern California Law Review* Vol 58 136-176; Schlag 1991 *Texas Law Review* Vol 69 1627-1643; en Van Blerk *Jurisprudence* 225-230.

473 Balkin 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 744.

474 Balkin 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 744, 779.

475 Balkin 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 779-781.

476 Balkin 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 777-778.

477 Balkin 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 746-751, 755-760; en Brison en Sinnott-Armstrong (reds) *Constitutional Interpretation* 189.

478 Balkin 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 744.

interpretasie van regstekste.⁴⁷⁹

Kritiek word teen Derrida geopper dat dekonstruksie nihilisties is, omdat dit die bestaan van fundamentele beginsels soos die *rule of law* en die rasionaliteit van die reg self ontken as daardie beginsels in 'n oneindige proses omgekeer en gedekonstrueer moet word.⁴⁸⁰ Dit sou beteken dat die bestaan van objektiewe waarheid ontken word, omdat enige verskeidenheid van moontlikhede bestaan en veroorsaak dat geen spesifieke konstruksie meer gesaghebbend is nie.⁴⁸¹ Gevolglik dien dekonstruksie nie geregtigheid nie en is dit nie waardevol vir regsinterpretasie nie. Rekonstruksie eerder as dekonstruksie word as die oplossing voorgehou.⁴⁸² Balkin antwoord egter dat Derrida juis nie die bestaan van die objektiewe waarheid ontken nie, maar aantoon dat dit 'n onbereikbare ideaal is omdat bestaande waarheidsverklarings telkens bloot een interpretasie daarvan is.⁴⁸³ Ander waarheidsmoontlikhede bestaan wat altyd by 'n bestaande keuse gevoeg kan word.⁴⁸⁴ Dekonstruksie erken wel die bestaan van beginsels, regsreëls en morele waardes, maar beklemtoon die moontlikheid van ander waardekeuses tydens die interpretasie van die sosiale en regs werklikheid.⁴⁸⁵ Pragmatiese oorweginge dui dus aan wanneer dekonstruksie begin en eindig.⁴⁸⁶

479 Vgl by die diskreditering van Scalia R se interpretasie van die begrip tradisie in *Michael H v Gerald D* 491 U.S. 110, 122 vt 2 (1989). Vgl voorts Balkin *Tradition, Betrayal and the Politics of Deconstruction* 190-206. Scalia R beslis namens die meerderheid van die Hof dat die Amerikaanse vryheidstradisie ingevolge die Veertiende Amendement se *due process*-waarborg nie beskerming aan die vaderskapsregte van 'n ongehude biologiese vader verleen nie, maar slegs aan die tradisionele eenheidsfamilie. Dit blyk egter dat Scalia R die wit middelklas van die vyftigerjare se televisie-uitbeelding van die ideale familie as grondwetlike maatstaf gebruik, terwyl hy die realiteit in die VSA van buite-egtelikheid of homoseksualisme wat toe reeds bestaan het - die teentradisie - ontken. Deur dus 'n ander familiebeskouing as die tradisionele te dekonstrueer, word die ideologiese en segmentele bevooroordeeldheid, seksuele en kulturele onverdraagsaamheid en die onaanvaarbaarheid van Scalia R se argument na vore gebring. Dekonstruksie dien inderdaad as bevestiging van Scalia R se werklike verklaarde regspolitiese oogmerk, naamlik om die omvang van regterlike interpretasie vir toekomstige sake (oor seksuele vryheid) te beperk.

480 Balkin 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 760-761; 764, 766, 775; en Brison en Sinnott-Armstrong (reds) *Constitutional Interpretation* 190.

481 Balkin 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 760-761; Balkin *Tradition, Betrayal and the Politics of Deconstruction* 200.

482 Cornell, Rosenfeld en Carlson (reds) *Deconstruction and the Politics of Justice* ix.

483 Balkin 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 760-761.

484 Balkin 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 761.

485 Balkin 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 763.

486 Die einde van dekonstruksie is inderwaarheid die oomblik wanneer die interpreteerder 'n nuwe keuse gemaak het. Vgl Balkin 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 766; Balkin *Tradition, Betrayal and the Politics of Deconstruction* 201-202; en Brison en Sinnott-Armstrong (reds) *Constitutional*

f) Pragmatiese, ekonomiese en utilitaristiese regsbeskouings

Die belangrikste kontemporêre eksponent van toegepaste utilitarisme is die ekonomiese regsteorie van die regspragmatis Richard Posner.⁴⁸⁷ Posner beoordeel die graad van geregtigheid wat in samelewingstrukture teenwoordig is aan die hand van die sukses van regsreëls om sosiale welsyn te bevorder.⁴⁸⁸ Hy begrond sy geregtighedsbeskouing eties in die meetbare ekonomiese norm van rykdom- of waardevermeerdering.⁴⁸⁹ Hoe meer die persoon bereid is om vir 'n bepaalde aanspraak te betaal, hoe groter nut of waarde het daardie aanspraak vir hom of haar, en daarom kom die aanspraak hom of haar toe.⁴⁹⁰ Omdat die reg individuele belange beskerm, moet 'n botsing tussen kompeterende belange opgelos word deur dit behoorlik te balanseer met inagneming van die koste, voordele en invloed van alternatiewe keuses op die gemeenskap.⁴⁹¹

Posner se ekonomiese beskouing van die reg spruit voort uit sy ondersteuning van 'n pragmatiese beskouing van die reg.⁴⁹² Posner aanvaar dat regters mededeelnemers is

Interpretation 190.

487 Posner *Economics of Justice* 48. Utilitaristiese doelwitte is nie vreemd vir die moderne Amerikaanse regsdenke nie, deurdat die realisembeweging reeds funksionele regterlike keuses beklemtoon het deur die sosiale voordele van verskillende konstruksies teen mekaar op te weeg. Vgl Singer 1988 *California Law Review* Vol 76 513. sien oor die ekonomiese beskouing van die reg in algemeen ook Christie en Martin *Jurisprudence* 1147-1195; en McCoubrey en White *Jurisprudence* 240-260.

488 Posner *Economics of Justice* vii, 1-5, 49.

489 Posner *Economics of Justice* v, 6, 48-51. Deur sy teorie op 'n ekonomiese norm te begrond, onderskei Posner homself van die veel gekritiseerde klassieke utilitariste soos Bentham, Edgeworth en Mill, wat nie 'n betroubare maatstaf gehad het om die gemeenskaplike voordeel wat hul beoog het, te meet nie.

490 Posner *Economics of Justice* 88-103.

491 'n Goeie voorbeeld van Posner se teorie is sy kritiek teen *Erznoznik v City of Jacksonville* 422 U.S. 205 (1975). Die *Supreme Court* het 'n stadsordinansie ongrondwetlik verklaar wat vereis het dat openbare filmskerms wat sigbaar was vanaf openbare paaie nie naaktonele mag vertoon nie. Posner *Economics of Justice* 333-334 glo die Hof se beslissing ontken die reg op privaatheid van sodanige motoriste wat teen naaktonele gekant was. Volgens Posner was die ordonnansie aanvaarbaar deurdat dit 'n goeie balans gevind het tussen die reg op privaatheid van motoriste op openbare paaie om nie naaktonele te sien nie, openbare verkeersveiligheidsbelange om nie bestuurders se aandag af te trek nie, en die spraakvryheid van teaterienaars om andersins naaktonele in inryteaters te vertoon. Posner argumenteer dat die koste wat die wegdraai van filmskerms vanaf openbare paaie sou beloop - soos die ordonnansie se verbod impliseer het - relatief gesproke geringer sou wees as die ongerief en koste vir sensitiewe kykers wat weens die verdere vertoon van naaktonele nav die Hof se beslissing, alternatiewe roetes moet volg om hul gewenste bestemmings te bereik.

492 Vgl Posner *Problems of Jurisprudence* 247-309. Die pragmatiese benadering is 'n baie omvangryke filosofiese stroming wat vroeër met name soos Pierce, James en Dewey verbind is. Later het die moderne realisembeweging sterk daarop gesteun en tans word dit deur verskeie regswetenskaplikes met uiteenlopende politieke sienings verteenwoordig. Vgl voorts die

aan die politieke bestuur van die staat as 'n *living enterprise*.⁴⁹³ Daarom verwerp hy die argument dat die regterlike interpretasie van die grondwetlike teks 'n proses van logiese deduksie vanuit objektiewe regsbeginsels is.⁴⁹⁴ Hy kritiseer voorts die redusering van grondwetlike interpretasie tot die beginsels van statutêre uitleg, dit wil sê, tot streng tekstuele en genetiese konstruksie.⁴⁹⁵ Regters kan slegs aan die eise van die moderne tyd voldoen indien hulle met teleologiese argumente op die praktyk konsentreer, soos Posner se ekonomiese teorie vir die vermeerdering van rykdom inderdaad doen.⁴⁹⁶ Die leemtes wat die teks noodwendig vir die kontemporêre hermeneut openbaar, word deur toekomsgerigte, kreatiewe en skeppende konstruksie gevul.⁴⁹⁷ Vir die pragmatiese hermeneut beteken dit om die wenslikheid van die gevolge te bestudeer wat uit 'n bepaalde konstruksie voortspruit en die mees bruikbare keuse te maak.⁴⁹⁸ Hierdie benadering ignoreer nie die teks nie, maar gebruik dit steeds as inligtingsbron om die gevolge van verskillende moontlike interpretasies te meet.⁴⁹⁹

Kritiek teen Posner se ekonomiese regsbeskouing lui veral dat hierdie teorie eintlik op die vrye mark se beginsel van rykdomvermeerdering fokus.⁵⁰⁰ Die rykes verkry meer regte en word dus nog ryker, en terselfdertyd versterk dit hul posisie om nog verder rykdom te vermeerder wat eventueel tot nog groter ongelikheid lei. Dit beteken dus bloot 'n nuwe en meer wetenskaplik-gesofistikeerde vorm van juridiese formalisme waarteen die realisembeweging oorspronklik, en die kritiese teorieë meer onlangs, kopsie gemaak het.⁵⁰¹ Posner se teorie staan sterk in kontras met byvoorbeeld Dworkin se benadering wat regterlike interpretasie op grond van beginsels, en juis nie

versameling oor pragmatisme van Brint en Weaver (reds) *Pragmatism in Law and Society*; en Stanley Fish se liberale pragmatisme in *Doing What Comes Naturally*.

493 Posner *Problems of Jurisprudence* 270.

494 Posner *Problems of Jurisprudence* 262.

495 Posner *Problems of Jurisprudence* 279-285.

496 Vgl veral Posner *Problems of Jurisprudence* 262-270.

497 Vgl Posner *Problems of Jurisprudence* 273-278.

498 Posner *Problems of Jurisprudence* 299-300.

499 Posner *Problems of Jurisprudence* 300.

500 Vgl Lloyd en Freeman *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* 430. Posner *Economics of Justice* 107 vt 42 wys kortliks na die kritiek teen sy regsbeskouing. Dworkin het veral skerp teen Posner se teorie van vermeerdering van rykdom te velde getrek, deurdat hy meen dat rykdom nie 'n deel van die sosiale waardes vir die reg vorm nie, omdat dit nie op sigself waarde het nie. (Vgl ook Dworkin se kritiek teen die pragmatisme in *Law's Empire* 95, 151-175, 226.) Dit is 'n standpunt wat Posner *Economics of Justice* 107-115 saam met Dworkin se ander kritiek weerlê.

501 Lloyd en Freeman *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* 430.

op pragmatiese (beleids-) oogmerke nie, voorstaan.⁵⁰² Die mees algemene kritiek teen Posner lui juis dat regters hul persoonlike standpunte in plaas van die grondwetlike teks en toepaslike presedente volg. Voorts kan skeppende regterlike interpretasie veroorsaak dat die fyn bewoorde politieke kompromieë wat die wetgewer tussen verskillende groepe bereik het, geïgnoreer word.⁵⁰³

3.6 SAMEVATTING

Uit voorgaande bespreking blyk dit dat die aangewese interpretasiemetodiek wat regters van die *Supreme Court* tydens die konstruksie van grondwetlike norme soos individuele en burgerregte volg, sentraal tot die hele Amerikaanse politieke debat staan, deurdat dit as die finale verpersoonliking van die Amerikaanse vryheidsideaal beskou word.⁵⁰⁴ Weens bepaalde historiese redes het 'n unieke pragmatiese Amerikaanse regskultuur ontstaan wat, anders as die Duitse regskultuur, skepties staan teenoor rasionaliteit en owerheidstrukture en boonop gekenmerk word deur laer vlakke van abstraksie. Dit is 'n regskultuur wat eerder fokus op die regsproses - 'n proses waarin juriste na die beste argumente soek, waar houe regskeppend te werk gaan, en waar houe konsentreer op die oplossing van die spesifieke sake voor hulle.⁵⁰⁵

Hierdie besonderse regskultuur word boonop gekenmerk deur die afwesigheid van 'n algemeen aanvaarde metode van statutêre uitleg. Voorts is die Amerikaanse Grondwet 'n historiese tydsgebonde dokument waaroor min oorspronklike rekords bestaan, sodat die politieke teorie as voertuig gebruik word waardeur die leemte aan 'n gemeenskaplike grondwetlike interpretasiemetode gevul word. Die resultaat het, soos te wagte, gelei tot 'n dinamiese maar – veral vir ouer regsgeleerdes - onsekere konglomeraat van hermeneutiese beskouings oor die aangewese argumente wat regters vir die konstruksie van individuele en burgerregte regte volg of behoort te

502 Posner *Problems of Jurisprudence* 286-288.

503 Vgl Posner *Problems of Jurisprudence* 274-279 en 299-302.

504 Die mislukte regterskandidaat vir die *Supreme Court*, Robert Bork, is juis die aangewese persoon om die belang van die grondwetlike konstruksie van regters vir die breër politieke proses te beskryf, daar dit die oorsaak vir die verwerping van sy kandidatuur was: *Because the Constitution is the trump card in American politics, and judges decide what the Constitution means. When the Supreme Court invokes the Constitution, whether legitimately or not, as to that issue the democratic process is to an end.* Vgl Bork *Tempting of America* 3.

505 Vgl Herget *German Legal Philosophy* 120.

volg.⁵⁰⁶

Gegewe die eiesoortige aard van die Amerikaanse regskultuur word 'n groter mate van hermeneutiese sekerheid wel suksesvol met behulp van Brugger se kanons van grondwetlike konstruksie na analogie van die Duitse staatsreg bewerkstellig. Daar is duidelik aangetoon dat die oorheersende regterlike interpretasie-argumente in die Amerikaanse staatsreg weliswaar met die grondwetlike teks, oogmerk en geskiedenis begin, maar dan met minder klem op die sistematiese en regsvergelykende kanons as die Duitse reg, sterk op presedente en op teleologiese en waarde-georiënteerde konstruksie konsentreer. Tesame hiermee is daar 'n gebrek aan afsonderlike voorskrifte in die Grondwet oor die beperking van regte. Die voorafgaande lei tot 'n aktiewe, skeppende en evolusionêre interpretasie van individuele regte en burgerlike vryhede in die Amerikaanse staatsreg. Die invloed van toepaslike presedente tydens hierdie konstruksie van individuele regte is, in teenstelling met die Duitse reg, uit hoofde van die *stare decisis*-leerstuk, beduidend. Eweneens moet die invloed van spesifieke teoretiese leerstukke wat tydens hierdie eeue-oue gevalsgebonde regstradisie ontwikkel is, telkens verreken word. Vervolgens dra 'n groot verskeidenheid regsteorieë ook by tot die herstel van die legitimiteit van die reg as nuwe idees ondersoek word om die regterlike taak tydens grondwetlike regspraak te begrond.

Hoewel die regshermeneut wat geskool is in die tradisie van regsekerheid en abstrahering van die kontinentale regs metode aanvanklik ietwat verlore is in die oënskynlike regs metodologiese doolhof van die Amerikaanse staatsreg, bied die dinamiek van dekades se grondwetlike regspraak egter 'n vrugbare bron van

506 Die *originalist*, Robert Bork *Tempting of America* 134, beskryf hierdie uiteenlopende konglomeraat van regs metodes kleurryk soos volg: *The older constitutional commentators, secure in their common sense lawyers' view of the Constitution, wrote prose that remains clear, to the point, self-confident, and accessible to the non-professional reader. The modern theorists are different. Their concepts are abstruse, their sources philosophical, their arguments convoluted, and their prose necessarily complex. ... To understand the new constitutions being built in the law schools, it is necessary to be a philosopher. If the literature were to be taken seriously, it would be necessary for lawyers and judges to study the vast outpouring of words that comes from the law professors and to choose among their methodologies. ...to read widely in moral philosophy, hermeneutics, deconstructionism, Marxism and who-knows-what-will-come-next. The reader is supposed to be familiar with utilitarianism, contractarianism, Mill, Derrida, Habermas, positivism, formalism, Rawls, Nozick, and the literature of radical feminism. It turns out, though previously it had never been suspected, that in order to understand the American Constitution ratified in 1787, one must study not John Locke or even James Madison, but a modern German*

regsvergelyking om moeilike probleme in 'n moderne en veral heterogene samelewing aan te spreek. Die regsmetodologiese raamwerk wat Brugger voorstel en wat hierbo op die Amerikaanse staatsreg toegepas is, het inderdaad 'n gemeenskaplike raamwerk gevorm waarbinne – inaggenome die eiesoortige aard van die Amerikaanse regskultuur - sinvolle regsvergelyking onderneem is na die hermeneutiese aanslag van die *Supreme Court* ter konstruksie en konkretisering van individue se beskermde regte.

HOOFSTUK VIER

KANADA

There are many ways to describe the type of judgement called for in Charter interpretation; Professor Gibson has labelled it 'judicial statesmanship', and he describes it in the following way: By 'statesmanship' is meant an appreciation by the court of the effect each of its constitutional interpretations will have on the way life is lived in Canada, and a conscious attempt to favour those interpretations most likely to have beneficial impact. An understanding of the priorities Canadians have historically assigned to various social, political and economic values is imperative, but so is a willingness to abandon traditional solutions that have ceased to serve long-term needs. The task is political, in the best sense, but not partisan; each judge properly takes cognizance of the priority assigned to particular societal values by his or her political philosophy (they cannot realistically avoid doing so), but not of the tactical or strategic interests of political parties.¹

4.1 INLEIDING

Met die aanvaarding van die *Canadian Charter of Rights and Freedoms* op 17 April 1982 is 'n nuwe era in die Kanadese staatsreg ingelui.² Tot op daardie tydstip het

1 Soos aangehaal in Pentney *Interpreting the Charter* 27. Sien ook Gibson *The Law of the Charter: General Principles* 47 (Toronto, 1986). Vgl voorts Pentney *ibid* 21-22: *The skills needed to interpret the Canadian Charter of Rights and Freedoms have been expressed in a variety of metaphors: apparently one must be a poet, bartender, singer, historian and political diplomat in order to do justice to Charter interpretation.*

2 Die Kanadese Grondwet bestaan nie uit 'n enkele omvattende geskrewe dokument nie, maar uit 'n komplekse verskeidenheid van geskrewe en ongeskrewe bronne. Vgl in die algemeen Hogg *Constitutional Law* 3-26; Gall *Canada Legal System* 160-162. Die primêre geskrewe bronne van die Kanadese staatsreg word in Britse wette vervat, naamlik die *Constitution Act, 1876* (soos gewysig deur *Item I* van die *Schedule* tot die *Constitution Act, 1982*, *Schedule B* tot die *Canada Act, 1982*, (U.K.)), wat voortvloei uit die *British North America Act, 1867* (hierna verwys as die *B.N.A. Act*), wat opsigself weer as 'n skedule tot die *Canada Act* van 1982 bygevoeg is. Die *Constitution Act, 1982*, bevat as *Part I* weer die *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (hierna ook verwys as onderskeidelik die Grondwet en die *Charter*). Ander staatsregtelike bronne sluit noodwendig die *common law* in asook koloniale wette, Kanadese staatsregtelike wette, Kanadese kwasi-staatsregtelike wette, regspraak van die howe, koninklike prerogatiwewette en konvensies. (Vgl mbt die grondwetlikheid van koninklike prerogatiwewette *Air Canada v British*

geregtelike kontrole deur die howe hoofsaaklik gefokus op die toetsing van wetgewing met betrekking tot die implementering van die grondwetlike bepalings oor federalisme. Die verdeling van owerheidsgesag tussen die verskillende regeringsvlakke en wetgewing wat dienooreenkomstig aangeneem is, het die kern van die grondwetlike regspraak gevorm.³ Tot op daardie tydstip was menseregte slegs in 'n geringe mate deur die *Bill of Rights* teen ongrondwetlike owerheidsbeperkings beskerm. In teenstelling hiermee het die nuwe *Charter*, op enkele uitsonderings na, effektief met die Britse tradisie van parlementêre soewereiniteit gebreek en substantiewe geregtelike beskerming aan fundamentele regte en vryhede oor 'n breë samelewingsterrein verleen.⁴

Hierdie hoofstuk word primêr gewy aan die *Supreme Court* se metode van interpretasie en konstruksie van die fundamentele regte en vryhede wat in die *Canadian Charter of Rights and Freedoms* vervat is. Die eerste beslissing ingevolge die *Charter* was op 3 Mei 1984 in *Law Society of Upper Canada v Skapinker*⁵ waar beslis is dat die vereiste dat alle regspraktisyns in Ontario Kanadese burgers moet wees, nie teenstrydig met artikel 6 *Charter* se *mobility rights* was nie. Tydens die daaropvolgende jare het verskeie beslissinge oor belangrike sake soos kinderadvertensies, taalregte, vlugtelinge, asemtoetse vir dronkbestuur, Sondaghandelsure, stakings, godsdienstige skole, uitlewering, ensovoorts, gevolg.⁶

Columbia (Attorney General) [1986] 2 S.C.R. 539, 546, 548-549 per La Forest R; *Operation Dismantle v The Queen* [1985] 1 S.C.R. 441, 464 per Wilson R; m.b.t. konvensies *Reference re Resolution to Amend the Constitution* [1981] 1 S.C.R. 753, 905.

3 Strayer *The Canadian Constitution* 241.

4 Vgl Hogg *Comparison* 1-20 vir 'n vergelyking tussen die *Bill of Rights* en die *Charter of Rights and Freedoms*.

5 [1984] 1 S.C.R. 357.

6 Vgl Beatty *Talking Heads* 5, 11-12. In die eerste sake na *Skapinker* is gedeeltes van wetgewing ongrondwetlik bevind, soos in *Attorney General (Quebec) v Quebec Protestant Schoolboards* [1984] 2 S.C.R. 66 (voorskrifte oor Engelse taalonderrig in Quebec); *Hunter v Southam Inc.* [1984] 2 S.C.R. 145 (voorskrifte wat visentering en beslaglegging reël); *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295 ('n verbod op handeldryf op Sondag is teenstrydig met godsdiensvryheid in art 2 (a) *Charter*); *Singh et al v Minister of Employment and Immigration* [1985] 1 S.C.R. 177 (voorskrifte vir die bepaling van vlugtelingsstatus voldoen nie aan die reëls van fundamentele geregtigheid vir 'n regverdige verhoor nie); *Reference re s. 94(2) Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486 (skuldlose aanspreeklikheid vir die misdryf bestuur sonder geldige lisensie sonder dat skuld bewys hoef te word, is ontoelaatbaar); *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103 ('n statutêre vermoede van handel in dwelms by skuldigbevinding aan blote besit van dwelms is teenstrydig met art 11(d) *Charter* se onskuldvermoede). In ander sake het die hof egter die owerheidshandelinge as grondwetlik bevind soos *Operation Dismantle v The Queen* [1985] 1 S.C.R. 441 (toetsing van onbemande kruisermisiele in Kanada); *Krug v The Queen* [1985] 2 S.C.R. 255 (statutêre vonnisvoorskrifte vir die gebruik van wapens tydens 'n rooftog); *Valante v The Queen* [1985] 2 S.C.R. 673 ('n provinsiale regter en die provinsiale hof in die

4.2 STAATSREGTELIKE KONTEKS

4.2.1 Staatsvorm

Kanada is 'n federale staat waarin die regsprekende gesag op nasionale sowel as provinsiale vlakke uitgeoefen word.⁷ Federale howe en tribunale - waaronder die hoogste nasionale hof te wete die *Canadian Supreme Court*⁸ - word ingevolge artikel 101 van die *Constitution Act, 1867*, geskep, terwyl provinsiale howe weer ingevolge artikel 92(14) (gelees met artikel 91(27)) van die *Constitution Act, 1867*, gevorm word.⁹

Die *Supreme Court* beskik oor die finale jurisdiksie in appèl-, siviele en strafsake. Dit is ook kompetent om opinies te lewer oor enige saak rakende die interpretasie van die Grondwet (beide *Constitution Acts, 1867* en *1982*), die grondwetlikheid en konstruksie van federale of provinsiale wetgewing, die kompetensies van die federale en provinsiale wetgewers en uitvoerende gesag, asook opinies oor enige saak wat verder na die Hof verwys word deur die Federale Kabinet of die Federale Parlement.¹⁰

4.2.2 Grondwetlike verhewendheid

Artikel 52(1) van die *Constitution Act, 1982*, bepaal dat die *Constitution of Canada* (soos omskryf in artikel 52(2) *Constitution Act, 1982*, wat die *Charter* insluit) die hoogste regsnorm in Kanada is.¹¹ Enige wetgewing (ongegag die oorsprong daarvan, hetsy federaal, provinsiaal, voor-konfederaal, imperiaal, of *common law*) wat

strafafdeling waarin die regter sit, vorm 'n onafhanklike en onbevooroordeelde tribunaal); *R v Spencer* [1985] 2 S.C.R. 278 (die *Charter* het nie ekstra-territoriale regsrag nie, omdat 'n getuie inligting wat hy as bankbestuurder in die Bahammas bekom het in 'n Kanadese strafsak moet ontbloot al maak dit hom in die Bahammas strafbaar).

7 Vgl die voorrede, hoofstuk VI, en veral arts 91 en 92 *Constitution Act, 1876*.

8 Die *Canadian Supreme Court* (hierna die *Supreme Court*) is in 1875 gestig en word tans gereguleer deur die *Supreme Court Act, R.S., c. S-19* [soos gewysig in 1985, c. S-26.].

9 Vgl Hogg *Constitutional Law* 162-225; en Gall *Canada Legal System* 103-106, 147-164, mbt die organisasie en jurisdiksie van die verskillende howe in die Kanadese regstelsel.

10 Vgl *Supreme Court Act, R.S., c. S-19*, arts 35, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 55, 56, 61 [soos gewysig 1985, c. S-26. arts 35-43, 53-55].

11 *Hunter v Southam Inc* [1984] 2 S.C.R. 145, 148 per Dickson R.

teenstrydig met die Grondwet is, is vir die omvang van die teenstrydigheid kragteloos.¹² Artikel 52(1) verskaf dus die grondwetlike grondslag vir 'n geregtelike hersieningskompetensie.¹³

4.2.3 Artikel 33 van die *Charter*

Hoewel die *Charter* korte metten van die leerstuk van parlementêre soewereiniteit gemaak het, het laasgenoemde wel uitdruklik in een opsig bly voortbestaan. Artikel 33(1) van die *Charter* se sogenaamde *notwithstanding*-bepaling¹⁴ lui dat die wetgewende gesag statutêr uitdruklik kan bepaal dat dit nie aan die bepalings van artikels 2 (fundamentele vryhede), 7-14 (juridiese regte) en 15 (gelykheid) van die *Charter*, gebonde is nie. Hierdie bepaling tref dus nie die demokratiese regte (artikels 3-5), mobiliteitsregte (artikel 6), taalregte (artikels 16-23) en geslagsgelykheid (artikel 28) nie. Artikel 33(1) is egter 'n *sunset clause*, omdat so 'n verklaring ingevolge artikel 33(3) ná vyf jaar kragteloos word waarop dit ingevolge artikel 33(4) opnuut weer deur die wetgewer verorden moet word.¹⁵

Artikel 33(1) van die *Charter* word egter nie algemeen deur die wetgewende instellings aangewend nie, en is met uitsondering van een onsuksesvolle poging deur die provinsie Saskatchewan, veral deur die provinsie Quebec toegepas as deel van pogings ter beskerming van die Franse kultuur en hul eiesoortige posisie in die nasionale politieke konteks.¹⁶ Artikel 33, wat die laaste woord aan die wetgewende gesag toeken, is 'n poging om die effektiewe beskerming van fundamentele individuele regte en vryhede te versoen met die konsep van parlementêre

12 *Hunter v Southam Inc* [1984] 2 S.C.R. 145, 148 per Dickson R.

13 Vgl Hogg *Constitutional Law* 52 en op 117-118 vt 81 verwysend na die teorie van Wheare dat geregtelike kontrole nie op die beginsel van die verhewendheid van die Grondwet berus nie, maar eerder op die *ultra vires*-leerstuk. Vgl bevestigend van Wheare se standpunt, Fairley 1982 *Supreme Court Law Review* Vol 4 217-218.

14 Vgl in die algemeen die toepaslike bronneverwysings in Hogg *Constitutional Law* 891 vt 1.

15 Hogg *Constitutional Law* 894.

16 Vgl Hogg *Constitutional Law* 892-894; Gall *Canada Legal System* 78-79; Strayer *The Canadian Constitution* 62-63. Sien bv *Ford v Quebec (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 712, 767, 779-780. Die aspek van die Quebecaanse taalbeleid wat vereis het dat openbare tekens, handelsadvertensies en name van besighede slegs in Frans geskryf mag wees, is as teenstrydig met art 2(b) se vryheid van spraak in die *Charter* bevind. Voorts is deur middel van 'n liberale konstruksie van die *Charter* bevind dat vryheid van spraak ook in die handelsektor geld. Hierop het die provinsie Quebec egter sy gebondenheid aan art 2(b) van die *Charter* oërvord deur die wetgewing ingevolge art 33 van die *Charter* te herstel.

demokrasie.¹⁷ Dit was bedoel as antwoord op kritiek in veral die Amerikaanse staatsregdebat dat 'n onverkose regbank nie oor die nodige legitimiteit beskik om die grondwetlikheid van demokraties verkose meerderheidsbesluite te beoordeel of te wysig nie.¹⁸

4.2.4 Skeiding van gesag

Omdat die beginsel van skeiding van owerheidsgesag nie in die *Constitution Act, 1867*, voorkom nie, bestaan daar nie 'n waterdige skeiding tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag op sowel provinsiale as federale vlak nie.¹⁹ 'n Mate van skeiding word egter wel ingevolge die beginsel van verantwoordelike regering gehandhaaf.²⁰ Juis die afwesigheid van hierdie beginsel bring mee dat die Kanadese *Supreme Court* wel adviserende opinies verskaf wat nie 'n ware regterlike funksie is nie, maar 'n uitvoerende beleidmakende taak. Dit is inderdaad 'n funksie wat nie deur die Amerikaanse *Supreme Court* verrig word nie, omdat dit onversoenbaar met die grondwetlike beginsel van skeiding van owerheidsgesag is.²¹

4.2.5 Beperking van geregtelike kontrole

Verskeie maatreëls bestaan wat die omvang van die *Supreme Court* se kompetensie om die beperking van individue se fundamentele regte aan te hoor, inkort. Hieronder val spesifieke reëls met betrekking tot partye wat oor die nodige *standing* beskik om hul regsprobleme na die Hof te bring. Dit kan deur verskillende partye gedoen word, hetsy verwysing deur die Prokureur-Generaal of spesifieke individue as *common*

17 Strayer *The Canadian Constitution* 61.

18 Vgl in die algemeen oor die versoenbaarheid van geregtelike kontrole met demokrasie, oa Hogg *Constitutional Law* 797-801, 898-901; Strayer *The Canadian Constitution* 51-67.

19 Hogg *Constitutional Law* 185. Vgl *Reference re Residential Tenancies Act, 1979* [1981] 1 S.C.R. 714, 728 per Dickson R. Sien uitvoerig hiertoe Strayer *The Canadian Constitution* 137-143.

20 Hogg *Constitutional Law* 185.

21 Vgl Hogg *Constitutional Law* 185, 215-216; Strayer *The Canadian Constitution* 137. Die leidende beslissings wat die Kanadese posisie bepaal is *Attorneys-General (Provinces) v Attorney-General (Canada)* [1912] 3 D.L.R. 509 (P.C) per Lord Loredon; *Attorney-General (British Columbia) v Attorney-General (Canada)* [1913] 15 D.L.R. 308 (P.C.) 309 per Lord Chancellor; *Reference re Residential Tenancies Act 1979* [1981] 1 S.C.R. 714, 728 per Dickson R. Die teenoorstaande Amerikaanse posisie daarenteen in *Muskrat v United States* 219 U.S. 346, 361 (1911) het bevind dat die regsprekende funksie van federale howe ingevolge art III(1) van die Grondwet van die VSA beperk is tot die beregting van *cases en controversies*.

law-aksies in die openbare belang,²² of as aksies in die private belang uit hoofde van artikels 24(1)²³ en (2)²⁴ van die *Charter*, of verwysings deur die wetgewer om 'n regsmening van die Hof te verkry.²⁵ 'n Aansoek kan voorts by die toepaslike houe ingevolge artikel 52(1) van die *Constitution Act, 1982*, wat die verhewendheid van

- 22 Sien in die algemeen Hogg *Constitutional Law* 1264-1269; Strayer *The Canadian Constitution* 148-165; Gibson en Gibson *Enforcement* 786-794. Tradisioneel het slegs die Prokureur-Generaal en in uitsonderlike gevalle benadeelde individue *standing* gehad. 'n Groter diskresie aan die Hof om meer algemene toegang twv die openbare belang te verleen, is deur 'n triologie van beslissings geskep. Vgl *Thorson v Attorney General of Canada* [1975] 1 S.C.R. 138 per Laskin R (namens die meerderheid) (belastingbetalers in 'n klasaksie); *Novia Scotia Board of Censors v McNeil* [1976] 2 S.C.R. 265 per Laskin HR (namens die Hof) (namens lede van die publiek wat 'n verbode film wou sien); en *Minister of Justice (Canada) v Borowski* [1981] 2 S.C.R. 575 per Martland R (namens die meerderheid) (aansoek van 'n teenstander van wetgewing wat aborsie toelaat). Nav *Borowski* moet daar aan die verskeie vereistes voldoen word, nl (i) die aksie moet 'n ernstige regspraak stel, (ii) die klaer moet direk geraak word daardeur, of (iii) 'n werklike belang as burger in die antwoord van die vraag hê, en (iv) daar moet geen ander redelike en effektiewe wyse bestaan hoe om die vraag voor die hof te bring nie. Vgl voorts *Canadian Council of Churches v Canada* [1992] 1 S.C.R. 236 per Cory R ('n kerklike organisasie kon wel aan die eerste twee vereistes voldoen om namens vlugtelinge *standing* te verkry, maar kon nie die laaste vereiste kwyt nie).
- 23 Ingevolge art 24(1) *Charter* beskik enige persoon wie se regte en vryhede aangetas is oor 'n fundamentele reg om by 'n hof van gepaste jurisdiksie om regshulp aansoek te doen. Voorbeelde is bv 'n koerant wie se joernalis toegang tot 'n verhoor geweier is, 'n joernalis wat verbied is om getuienis uit 'n voorlopige verhoor te publiseer, en 'n regspraktisyn wat prosedurereëls betwis wat kostes teen prokureurs laat bereken. Vgl hieroor Gibson en Gibson *Enforcement* 787-790; Strayer *The Canadian Constitution* 185-187. In *R v Big M Drug Mart Ltd* [1985] 1 S.C.R. 295, 313-314 per Dickson HR is bevind dat beskuldigdes (individue of regspersone) in strafsake bloot uit hoofde van hul aangeklaagde status, dus afsonderlik van art 24(1), *standing* kan vestig om die regsgeldigheid van daardie wetgewing waaronder hulle aangekla word, ingevolge art 52(1) te bevraagteken. Art 52 verbied nl enige skuldigbevinding uit hoofde van 'n ongrondwetlike regsvoorskrif. Dit sluit buiten persoonlike aansoeke ook *standing* deur 'n kurator *ad litem*, trustee, of *habeas corpus* aansoeke (art 10(c) *Charter*) in.
- 24 'n Aansoek kan ook deur enige persoon ingevolge art 24(2) *Charter* tot die Hof gerig word om sodanige getuienis uit te sluit wat op so 'n wyse verkry is dat dit kan lei tot inbreukmaking op, of ontkenning van daardie persoon se regte of vryhede wat deur die *Charter* gewaarborg is. Vgl *Rothman v The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, 697 per R Lamer (afsonderlike opinie tot die meerderheidsuitspraak) (die toets is of insluiting van die getuienis van 'n polisieman wat hom as 'n priester voordoen ten einde 'n verdagte se bekentenis te verkry, die samelewing sal skok); *R v Collins* [1987] 1 S.C.R. 265, 283-286 (verkryging van die getuienis van die applikante heroïen op haar persoon gehad het deur haar aan die keel te gryp); *R v Therens* [1985] 1 S.C.R. 613, 620-621 per Estey R (die polisie neem 'n asemmonster van 'n motorbestuurder by die polisiestasie om sy bloedalkoholvlak te toets sonder om hom in te lig dat hy 'n reg op regsverteenvoordinging het). Vgl verder uitvoerig Hogg *Constitutional Law* 937-944.
- 25 'n Uitsonderlike kenmerk van die Kanadese grondwetlike regspraak is die groot aantal sake wat na die *Supreme Court* verwys word vir 'n regsmening oor die grondwetlikheid van daardie regsnorme. Tussen 1867-1986 is 352 grondwetlike sake deur die *Privy Council* en ná 1949 die *Canadian Supreme Court*, beslis. Hiervan was 91 grondwetlike verwysings vir 'n regsmening en 261 werklike grondwetlike regsgeskillen. Ongeveer 'n kwart van die leidinggewende beslissings deur die Hof was verwysings wat verreikende politieke, sosiale, en ekonomiese gevolge gehad het. Vgl Strayer *The Canadian Constitution* 311-330. In *Reference re Residential Tenancies Act, 1979* [1981] 1 S.C.R. 714, 723 beskryf Dickson R (namens die Hof) hierdie verwysingsprosedure soos volg: *A constitutional reference is not a barren exercise in statutory interpretation. What is involved is an attempt to determine and give effect to the broad objectives and purpose of the Constitution, viewed as a 'living tree'*. Hierdie verwysingstelsel word tans gereël deur die *Supreme Court Act*. R.S., c. S-19 arts 55 en 103 (1)(f) [soos gewysig in 1985, c. S-26 arts 53 en 97 (1) (f)].

die Kanadese Grondwet bepaal, gerig word om te beslis dat enige wetgewing wat daarmee onversoenbaar is, nietig is. Hoewel die artikel 24(1)-aansoeke hoofsaaklik beperk is tot persone wie se regte aangetas is, kan feitlik enige persoon *standing* ingevolge artikel 52(1) *Constitution Act, 1982*, verkry.²⁶ Verdere reëls rakende *mootness*,²⁷ *ripeness*²⁸ en alternatiewe keuses²⁹ bepaal ook welke sake deur die Hof aangehoor kan word en dien daarom as 'n verdere beperking op geregtelike kontrole.

4.2.6 Juridiese dimensies van die *Charter*

a) Regsubjekte

Hoewel die regssubjekte wat op die fundamentele regte in die *Charter* aanspraak kan maak met verskillende beskrywings, soos *everyone* en *any person*, in die Engelse teks aangedui word,³⁰ wys Hogg daarop dat beide die begrippe in die Franse teks met dieselfde begrip vertaal is³¹ wat impliseer dat die twee begrippe sinoniem verstaan moet word.³² Voorts kan 'n onderskeid getref word tussen individuele regte in

26 Gibson en Gibson *Enforcement* 805-806. In *R v Big M Drug Mart Ltd* [1985] 1 S.C.R. 295, 313-314 het Dickson R die aanwending van art 52(1) vir *standing* doeleindes verduidelik. Persone wat volgens ongrondwetlike wetgewing aangekla word kan benewens art 24(1) hulle ook op art 52(1) beroep om die aanklagte te betwis, omdat art 52 impliseer dat geen persoon op grond van sulke ongrondwetlike regsreëls skuldig bevind kan word nie. Dit geld naas natuurlike persone ook veral vir regspersone om die aantasting van hul *Charter*-regte as verweersgrond op te werp, selfs al kon hulle nie normaalweg die draers van daardie regte (soos op godsdienstige oortuigings) wees nie.

27 'n Saak is *moot* indien daar nie meer 'n geskil tussen die partye bestaan nie. In die algemeen sal die Hof nie oor so 'n saak beslis nie. Vgl *Borowski v Canada (Attorney General)* [1989] 1 S.C.R. 342, 353-365 per Sopinka R. Vgl die uitsondering van *Law Society of Upper Canada v Skapinker* [1984] 1 S.C.R. 1 357, 360 waar die respondent halfpad deur die saak wel tot die Ontario Balie toegelaat is sodat sy aansoek *moot* geword het. Hy het egter met toestemming van die ander partye en die Hof - omdat die saak 'n belangrike grondwetlike aangeleentheid aanspreek - 'n party tot die saak gebly. So-ook is in *Tremblay v Diagle* [1989] 2 S.C.R. 530 wel oor die toelaatbaarheid beslis van 'n man se aansoek om sy swanger vriendin te verbied om 'n aborsie te ondergaan al het sy dit wel intussen verkry, omdat dit regsekerheid aan ander swanger vrouens in soortgelyke situasies sou gee. Vgl Hogg *Constitutional Law* 1277; Strayer *The Canadian Constitution* 211-215.

28 'n Saak is nie ryp vir beslissing as dit van gebeure afhang wat nog moet plaasvind nie. Sulke hipotetiese, spekulatiewe en premature sake word nie algemeen deur die hof aangehoor nie. Vgl Hogg *Constitutional Law* 1277.

29 Indien 'n saak op 'n grondwetlike of nie-grondwetlike grond, 'n *Charter* of federale grond, of 'n wye of eng grondwetlike grondslag, beslis kan word, vereis die leerstuk van *judicial restraint* dat telkens slegs die noodsaaklike keuse respektiewelik gevolg word. Vgl Hogg *Constitutional Law* 1278; Strayer *The Canadian Constitution* 199-211.

30 Arts 2, 7, 8, 9, 10, 12, 17 verwys na *everyone*, arts 11, 19 na *any person*, art 20 na *any member of the public*, en art 24 na *anyone*.

31 Vgl arts 2, 8, 9, 10, 12, 17, 19.

32 Hogg *Constitutional Law* 829 vt 1.

artikels 2, 7 en 15, teenoor die kollektiewe regte van artikels 19 (Engelse of Franse taalregte), 23 (minderheidstaalregte vir opvoedkundige doeleindes), 25 (regte van oorspronklike bewoners van Kanada) en 27 (multi-kulturele karakter van Kanada).³³ Die meeste regte in die *Charter* geld egter vir enige persoon, selfs onwettige natuurlike persone, wat fisies in Kanada teenwoordig is.³⁴ Die uitsondering is egter daardie regte waarvoor burgerskap 'n vereiste is, soos stemreg (artikel 3), mobiliteitsregte (artikel 6 - buiten artikel 6(2) wat ook vir persone met permanente woonreg geld) en minderhede se taalregte vir opvoedkundige doeleindes (artikel 23).³⁵

In sekere gevalle kan regs persone ook regs subjekte wees,³⁶ soos koerante en ander kommunikasie-instellings wat ingevolge artikel 2(b) geregtig is op vryheid van die pers en kommunikasie,³⁷ of die prosessuele regte van regs persone onder artikel 11(b),³⁸ of die reg teen onredelike visentering en beslaglegging van 'n koerant se redaksionele kantore ingevolge artikel 8 van die *Charter*.³⁹ Die aard van ander regte daarenteen is egter sodanig dat regs persone nie draers daarvan kan wees nie, maar slegs natuurlike persone. So byvoorbeeld geld artikel 2(a) se vryheid van gewete en

33 Vgl die debat oor die vraag of hierdie onderskeid inderdaad tot 'n verskil in die konstruksie van die twee groepe regte lei. Beetz R (namens die meerderheid) het wel 'n verskil in *Société des Acadiens v Association of Parents* [1986] 1 S.C.R. 549, 578 gevind. Hy meen dat taalregte (art 19) konseptueel verskillend van *legal rights* (arts 7-14) is, tsv die feit dat hy beide groepe regte eventueel as fundamentele regte aanvaar: *Unlike language rights which are based on political compromise, legal rights tend to be seminal in nature because they are rooted in principle. ... This essential difference between the two types of rights dictates a distinct judicial approach with respect to each. ... the courts should approach [the language rights] with more restraint than they would in construing legal rights.* Pentney *Interpreting the Charter* 30-32 verwerp hierdie onderskeid oa omdat dit die doel van beide soorte regte, nl die fundamentele beskerming van regte en vryhede, ondermyn. Wilson R het eweneens in haar uitspraak in *Reference re Bill 30, an Act to amend the Education Act (Ontario)* [1987] 1 S.C.R. 1148, 1176 beslis dat Beetz R se onderskeid nie 'n bevestiging is van die heersende teleologiese benadering wat inderdaad vir alle fundamentele regte geld nie: *While due regard must be paid not to give a provision which reflects a political compromise too wide an interpretation, it must still be one to the Court to breathe life into a compromise that is clearly expressed. The contextual background of s. 93 is being reviewed in these reasons not for the purpose of enlarging upon the compromise but in order to confirm its precise content.*

34 In *Singh et al v Minister of Employment and Immigration* [1985] 1 S.C.R. 177, 202 beslis Wilson R dat art 7 se reg op fundamentele geregtigheid vir elke mens geld wat hom of haar fisies in Kanada bevind.

35 Vgl Hogg *Constitutional Law* 832-834.

36 Hogg *Constitutional Law* 830.

37 *Edmonton Journal v Alberta (Attorney General)* [1989] 2 S.C.R. 1326.

38 *R v CIP Inc.* [1992] 1 S.C.R. 843 (reg van 'n regspersoon om as 'n beskuldigde binne 'n redelike tyd verhoor te word).

39 *Hunter v Southam Inc* [1984] 2 S.C.R. 145.

godsdienst⁴⁰ of artikel 7 se reg op lewe, vryheid en persoonlike veiligheid net vir natuurlike persone, buiten in daardie gevalle waar regs persone ook aangekla word.⁴¹ Nogtans geld sekere prosessuele regte van 'n gearresterde in artikels 9 en 10 en die reg op borg (artikel 11(e)) ook nie vir regs persone nie, deurdat 'n regs persoon nie gearrester of aangehou kan word nie. Dieselfde argument geld ook vir die reg van 'n getuie om nie teen hom- of haarself te getuig nie (artikel 11(c)),⁴² of die reg teen selfinkriminasie (artikel 13), omdat 'n regs persoon nie 'n getuie kan wees nie.⁴³

Desnieteenstaande het die Hof in *R v Big M Drug Mart* aangetoon dat selfs al sou regs persone nie die draer van sekere regte kan wees nie, hulle steeds daardie regte prosedureel as verweer kan opwerp indien hulle strafregtelik vervolgt word ingevolge regsreëls wat teenstrydig met die *Charter* se regte en vryhede is.⁴⁴ In hierdie saak is 'n besigheid daarvan aangekla dat dit die verbod op handeldryf op Sondag oortree het, waarop die besigheid die onversoenbaarheid van die verbiedende voorskrif met artikel 2(a) van die *Charter* se reg op godsdienstvryheid, as verweer opgewerp het.

b) Inkorporasie van die *Bill of Rights*

Artikel 26 van die *Charter* maak daarvoor voorsiening dat die regs krag van die bestaande regte en vryhede wat nie deur die *Charter* beskerm word nie, onaangemas bly in sover dit met die *Charter* versoenbaar is. Op federale vlak dui dit op die graad van beskerming wat deur die *Charter* se voorganger, die *Canadian Bill of Rights, 1960*,⁴⁵ wat nooit herroep is nie, verleen word. Voorts word die menseregteaktes van die provinsies Alberta,⁴⁶ Quebec⁴⁷ en Saskatchewan⁴⁸ asook die federale en provinsiale anti-diskriminasiewetgewing hierby ingereken.⁴⁹

40 Vgl *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 314 waar Dickson R dit egter as irrelevant vir doeleindes van *standing* in daardie saak beskou of 'n regs persoon godsdienstvryheid kan uitoefen al dan nie.

41 *Irwin Toy Ltd. v Quebec (Attorney General)* [1989] 1 S.C.R. 927, 1004 per Dickson HR, Lamer R en Wilson R (meerderheidsuitspraak).

42 *R v Amway Corp.* [1989] 1 S.C.R. 21, 37-40 per Sopinka R.

43 Hogg *Constitutional Law* 830.

44 *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 313-314 per Dickson R. Vgl ook Hogg *Constitutional Law* 831.

45 *Canadian Bill of Rights S.C. 1960, c. 44.*

46 *The Alberta Bill of Rights, S.A. 1972, c. 1.*

47 *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms, S.Q. 1975, c. 6.*

48 *The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1.*

49 Vgl Gall *Canada Legal System* 80, 114; en Hogg *Comparison 2.*

Hoewel die *Bill of Rights* bepaalde regte en vryhede beskerm het, het dit nie fundamentele regte en vryhede as hoogste regsnorme gewaarborg nie.⁵⁰ Die *Bill of Rights* het verskeie belangrike gebreke geopenbaar wat die effektiewe afdwinging daarvan gekniehalter het.⁵¹ Eerstens het artikel 5(2) van die *Bill of Rights* bepaal dat dit slegs federale, maar nie provinsiale wette en owerheidshandeling nie, bind.⁵² Tweedens het dit slegs die status van 'n gewone federale wet gehad sonder dat dit verskans is.⁵³ Derdens het artikel 2 van die *Bill of Rights* bepaal dat die beskerming wat dit aan individuele regte verskaf het, wegval as federale wetgewing die regte deur middel van 'n uitdruklike *notwithstanding*-klousule uitsluit.⁵⁴ Vierdens het die *Bill of Rights* nie 'n uitdruklike beperkingsklousule soos artikel 1 van die *Charter* bevat nie.⁵⁵ Vyfdens is die regte in die *Bill of Rights* met die reëls van statutêre interpretasie uitgelê asof dit bloot net nog 'n gewone statuut is. Gevolglik het die regte in die *Bill of Rights* 'n statiese (*frozen*) beskermingsveld verkry wat beperk was tot die tyd toe dit aangeneem is.⁵⁶

50 Vir 'n beskrywing van die *Bill of Rights* wat die verskil met die *Charter* aantoon, sien Hogg *Comparison* 1-20.

51 Vir 'n volledige lys van verskille vgl Hogg *Comparison* 20.

52 Hogg *Constitutional Law* 781.

53 Hogg *Constitutional Law* 780.

54 Die gebrek aan sekerheid oor die normatiewe verhouding van die *Canadian Bill of Rights* was aanvanklik 'n probleem. Dit was naamlik onduidelik of art 2 daarvan 'n opdrag tot grondwetlik ooreenstemmende interpretasie bevat het van daardie teenstrydige federale regsnorme wat nie deur 'n uitdruklike *notwithstanding*-verklaring gedek is nie. Sou verdere regsnorme wat teenstrydig met die *Bill of Rights* is naas die *notwithstanding*-groep toelaatbaar wees? Twee moontlikhede het bestaan: (i) Art 2 bepaal dat daar wel 'n plig bestaan om teenstrydige wetgewing so ver as moontlik versoenend met die *Bill of Rights* uit te lê, sodat verdere teenstrydige regsnorme nie toelaatbaar is nie. (ii) Of daar kan argumenteer word dat art 2 slegs 'n gewone uitlegreël is wat ondergeskik is aan die duidelike woorde van 'n teenstrydige regsnorm. Die hof het in die algemeen bevind dat daar geen plig tot grondwetlikooreenstemmende uitleg bestaan nie, wat beteken dat verdere teenstrydige regsnorme toelaatbaar was. In teenstelling hiermee is egter in *R v Drybones* [1970] S.C.R. 282, 297 per Ritchie R (meerderheidsbeslissing) beslis dat 'n federale bepaling wat slegs Kanadese burgers van Indiaanse afkoms, maar nie ook burgers van ander etniese groepe nie, verbied het om buite die Indiaanse gebiede dronk te wees, diskriminerend is. Die Hof verwerp *in casu* dus die tweede standpunt en volg die eerste wat beteken dat 'n hoër normatiewe grondwetlike waarde aan die *Bill* toegeken is. Vgl ook Hogg *Constitutional Law* 782-783.

55 Hogg *Constitutional Law* 789.

56 *Beatty Talking Heads* 18. Vgl *Manitoba (Attorney General) v Metropolitan Stores Ltd.* [1978] 1 S.C.R. 110, 123-124 per Beetz R vir 'n verwerping van die *frozen content*-leerstuk tov *Charter*-regte en -vryhede en die aanvaarding van 'n evolusionêre beskermingsveld van *Charter*-regte. Vgl hierteenoor die vroeëre standpunt van Laskin R (minderheidsuitspraak) in *Hogan v The Queen* [1975] 2 S.C.R. 574, 597 wat die *Bill of Rights* tsv al die bogenoemde gebreke nie summier met 'n gewone federale wet gelyk wou stel nie, maar dit beskryf het as, *a half-way house between a purely common law regime and a constitutional one; it may aptly be described*

Bogenoemde gebrekkige manifestasie van die regterlike toetsingskompetensie het daartoe gelei dat die howe in teenstelling met die wye konstruksie van fundamentele regte en vryhede wat tans onder die *Charter* plaasvind, 'n beperkte uitleg van die beskermingswaarborg van die *Bill of Rights* gevolg het.⁵⁷ Slegs in 'n enkele geval, naamlik *R v Drybones*,⁵⁸ is beperkende wetgewing uitdruklik as teenstrydig met die *Bill of Rights* verklaar.⁵⁹ Die *Bill of Rights* is dus hoofsaaklik aangewend as maatstaf waaraan federale kwessies, oftewel die prosedurele regmatigheid van beperkende owerheidshandelinge, beoordeel word. Met ander woorde, die Hof het bloot bepaal dat daar uit hoofde van die leerstuk van skeiding van gesag nie *ultra vires* gehandel is nie. Die *Bill of Rights* het egter nie ingestaan vir die beoordeling van die substantiewe geregtigheid van owerheidshandelinge nie.⁶⁰ Gevolglik het die Kanadese *Supreme Court* op enkele uitsonderings na weinig waarde aan die *Canadian Bill of Rights* as interpretasiebron van die *Charter* se norme geheg.⁶¹

Feit is dat die *Bill of Rights* en die *Charter* twee afsonderlike en verskillende regsdokumente is wat elk oor 'n eie struktuur beskik en in 'n ander konteks staan. Die *Supreme Court* weier om die posisie van die *Bill* te volg wanneer 'n soortgelyke vraag onder die *Charter* bereg word.⁶² 'n Uitsondering hierop is daardie regte wat nie weer in die *Charter* vervat is nie, waar die beskerming wat deur die *Bill of Rights*

as a quasi-constitutional instrument.

- 57 Oor die teleurstellende regterlike rekord van beskerming van individuele regte en vryhede onder die *Bill of Rights*, vgl Fairley 1982 *Supreme Court Law Review* Vol 4 219 en die gesag verwys in vt 8.
- 58 *R v Drybones* [1970] S.C.R. 282.
- 59 Vgl Hogg *Comparison* 17.
- 60 Gall *Canada Legal System* 112; en Hogg *Constitutional Law* 797.
- 61 Vgl *Law Society of Upper Canada v Skapinker* [1984] 1 S.C.R. 357, 366 per Estey R wat bevind dat die *Canadian Bill of Rights* is, *somewhere between a statute and a constitutional instrument*. Sien voorts *Singh et al v Minister of Employment and Immigration* [1985] 1 S.C.R. 177, 209 per Wilson R; *R v Big M Drug Mart Ltd* [1985] 1 S.C.R. 295, 342-344; *R v Therens* [1985] 1 S.C.R. 613, 638-63 per Le Dain R (op dié punt was daar eenstemmigheid); *Reference re s. 94 (2) Motor Vehicle Act* [1985] 2 S.C.R. 486, 509-512; *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 122-125 per Dickson HR. Vgl ook Alexander 1990 *University of Toronto Law Journal* Vol 40 5-9.
- 62 Hogg *Constitutional Law* 789-790. In bv *Robertson and Rosetanni v The Queen* [1963] S.C.R. 651 is bevind dat die federale *Lord's Day Act* wat vereis het dat besighede op Sondae gesluit moet wees, nie teenstrydig met die waarborg van godsdienstvryheid onder die *Bill of Rights* is nie. In *R v Big M Drug Mart Ltd* [1985] 1 S.C.R. 295 daarenteen, is hierdie wet wel as teenstrydig met godsdienstvryheid in art 2(a) van die *Charter* bevind. In *Chromiak v The Queen* [1980] 1 S.C.R. 471 is bevind dat 'n persoon nie die reg op regsbystand onder die *Bill of Rights* geniet waar die polisie 'n asemmonster vir die toets van die alkoholvlak van 'n motorbestuurder langs die pad wil neem nie. 'n Soortgelyke geval onder die *Charter* is egter in *R v Therens* [1985] 1 S.C.R. 613 tot die teendeel beslis. Sien ook die verskil tussen die toelaatbaarheid onder die *Bill of Rights* en ontoelaatbaarheid onder die *Charter* van 'n weerleggingsglas op 'n beskuldigde in 'n strafsak nav die onskuldvermoede in onderskeidelik *R v Shelly* [1981] 2

verleen is dan geag word te bly voortbestaan.⁶³ Hieronder val die beskerming van eiendomsreg (artikel 1(a) van die *Bill of Rights*) en die gebrek aan die reg op 'n regverdigte verhoor (artikel 2(e) van die *Bill of Rights*), wanneer die individu se regte en verpligtinge (insluitende ekonomiese regte) bepaal word.⁶⁴

Die *Supreme Court* het voorts slegs by uitsondering op die *Canadian Bill of Rights* gesteun. Die bekendste voorbeeld is *Singh et al v Minister of Employment and Immigration*⁶⁵ waar die *Supreme Court* eenparig die prosedure vir die bepaling van vlugtelingsstatus wat nie aan die applikante geleentheid gebied het om persoonlik op besware van die immigrasiebeamptes te reageer nie, as ongrondwetlik bevind. Belangrik is egter die feit dat een groep regters hul bevinding op artikel 7 van die *Charter* se beginsels van fundamentele geregtigheid vir die beskerming van *life, liberty and security* gegrond het.⁶⁶ Hierteenoor het die ander groep regters glad nie op die *Charter* gesteun nie, maar op artikel 2(e) van die *Bill of Rights* wat 'n regverdigte verhoor waarborg as die federale owerheid die individu se regte en verpligtinge bepaal.⁶⁷

c) Artikel 32(1) van die *Charter*

Artikel 32(1) van die *Canadian Charter of Rights and Freedoms* bind die handelinge van die federale en provinsiale wetgewers sowel as hul uitvoerende owerhede aan die normatiewe standaard wat deur die *Charter* gestel word.⁶⁸ Teenstrydige vorme van wetgewing sowel as owerheidshandelinge wat uit daardie statutêre gesag voortspruit,

S.C.R. 196 en *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103.

63 Hogg *Constitutional Law* 788.

64 Hogg *Comparison* 14-16.

65 [1985] 1 S.C.R. 177.

66 *Singh et al v Minister of Employment and Immigration* [1985] 1 S.C.R. 177, 201-223 per Wilson R namens Dickson HR en Lamer R.

67 *Singh et al v Minister of Employment and Immigration* [1985] 1 S.C.R. 177, 223-239 per Beetz R namens Estey R en McIntyre R. Vgl Gall *Canada Legal System* 114 vt 81; en Hogg *Constitutional Law* 784-785.

68 Vgl *Retail Wholesale and Departmental Store Union v Dolphin Delivery Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 573, 598-599 per McIntyre R (namens die Hof): *It is my view that s. 32 of the Charter specifies the actors to whom the Charter will apply. They are the legislative, executive and administrative branches of government. It will apply to those branches of government whether or not their action is invoked in public or private litigation. It would seem that legislation is the only way in which a legislature may infringe a guaranteed right or freedom. Action by the executive or administrative branches of government will generally depend upon legislation, that is, statutory authority.*

sal dus *ultra vires* en ongeldig wees.⁶⁹ Enkele onduidelikhede spruit uit artikel 32(1) se bewoording voort, naamlik welke handeling vorm owerheidshandeling, en tot watter mate moet die regsprekende gesag se eie optrede, die *common law* en privaatregtelike regsverhoudinge in ooreenstemming met *Charter*-norme wees?

d) Regsprekende handeling

Hoewel artikel 32(1) van die *Charter* nie na die gebondenheid van die regsprekende gesag verwys nie, skep verskeie norme van die *Charter* wat op prosessuele geregtigheid betrekking het wel 'n konteks waarin die woord *government* in artikel 32 redelikerwys uitgelê kan word om ook op die regsprekende gesag te dui.⁷⁰ Voorts word die totstandkoming, kompetensies en funksionering van howe statutêr gereël, wat dit uit hoofde van die wetgewende handeling daaraan verbonde aan kontrole onderhewig stel.⁷¹ Tog blyk dit uit die regspraak dat die howe oënskynlik teenstrydige interpretasies van die regsprekende gesag se gebondenheid volg.

In *Retail, Wholesale and Department Store Union v Dolphin Delivery* het die *Supreme Court* bevind dat die *Charter* ingevolge artikel 32(1) slegs op die uitvoerende, wetgewende en administratiewe gesag van toepassing is, en nie op eenvoudige regsprekende funksies soos 'n hof se bevel in 'n suiwer privaatregtelike *common law*-geskil waar dit 'n verbod plaas op 'n vakbond om nie voor die respondent se perseel te staak nie.⁷²

Skaars vyf maande later bevind Regter La Forst egter in *R v Rahey* dat die howe wel

69 Hogg *Constitutional Law* 836 vt 41 argumenteer dat dit ingevolge art 32 selfs sonder art 52 van die *Constitution Act*, 1982, se beginsel van grondwetlike verhewendheid, *ultra vires* sal wees.

70 Vgl Hogg *Constitutional Law* 844. Sien bv die regte van beskuldigdes in strafsake onder art 11(b), (c), (d), (f) en (g). So-ook die reg om nie aan wrede en ongewone strawwe onderwerp te word nie (art 12), die reg teen selfinkriminasie (art 13), en die reg op 'n tolk (art 14).

71 Vgl Hogg *Constitutional Law* 844.

72 *Retail, Wholesale and Department Store Union v Dolphin Delivery* [1986] 2 S.C.R. 573, 600-601 per McIntyre R (namens Dickson HR, Estey R, Chouinard R en Le Dain R, en die afsonderlike ondersteunende opinies deur Beetz R en Wilson R): *[I] cannot equate for the purposes of Charter application the order of a court with an element of governmental action. This is not to say that the Courts are not bound by the Charter. The Courts are, of course, bound by the Charter as they are bound by all law. It is their duty to apply the law, but in doing so they act as neutral arbiters, not as contending parties involved in a dispute. To regard a court order as an element of governmental intervention necessary to invoke the Charter would, it seems to me, widen the scope of Charter application to virtually all private litigation. ... In my view, this approach will not provide the answer to the question.*

gebonde is aan die voorskrifte van die *Charter*.⁷³ *In casu* het die Hof bevind dat 'n regter van 'n verhoorhof wat sy beslissing oor 'n aansoek tot ontslag van die beskuldigde na sluiting van die Kroon se saak 19 keer in 11 maande uitgestel voordat hy dit uiteindelik van die hand gewys het, teenstrydig met die beskuldigde se reg op 'n spoedige verhoor ingevolge artikel 11 (b) van die *Charter* was.

Hierdie oënskynlige verskil in gebondenheid van die regsprekende gesag aan *Charter*-norme is verduidelik in *British Columbia Government Employees' Union v British Columbia (Attorney General)* toe Hoofregter Dickson in beginsel bevestig het dat 'n hofbevel ondergeskik is aan die regsnorme van die *Charter*.⁷⁴ Die onderskeid tussen die *British Columbia*-saak en die *Dolphin Delivery*-saak lê daarin dat laasgenoemde 'n hofbevel in 'n suiwer privaatregtelike dispuut onder die *common law* was waar geen owerheidsgesag by betrokke is nie. In die *British Columbia*-saak daarenteen, pas die regter die strafreg in sy hoedanigheid as draer van owerheidsgesag toe as hy die *picketing* van die provinsie se howe in 'n wettige staking verbied.⁷⁵

Samevattend is die regsposisie dus dat regsprekende handeling wat suiwer privaatregtelike geskille beoordeel wat slegs deur die *common law* gereël word, nie owerheidshandeling is wat onder die beskermingsveld van die *Charter* val nie.⁷⁶ Anders sou dit veroorsaak dat die *Charter* op juis daardie privaatregtelike terreine van toepassing is wat artikel 32(1) bedoel het om daarvan uit te sluit. Wanneer 'n hof egter op grond van die openbare belang, of in 'n geval waar die owerheid 'n party is, of in 'n suiwer privaatregtelike geskil wat statutêr gereël word, regspraak, geld die *Charter* se regsnorme vir daardie hofbevel.

73 *R v Rahey* [1987] 1 S.C.R. 588, 633 per La Forest R (vier afsonderlike ondersteunende menings is verskaf deur Lamer R (namens Dickson HR), Wilson R (namens Estey R), Le Dain R (namens Beetz R) en La Forest R (ondersteun deur McIntyre R): [*The Courts*] as custodians of the principles enshrined in the Charter, must themselves be subjected to Charter scrutiny in the administration of their duties.

74 *British Columbia Government Employees' Union v British Columbia (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 214, 244 per Dickson HR (namens Lamer R, Wilson R, La Forest R, en L'Heureux-Dube R. McIntyre R in 'n afsonderlike opinie steun die gelding van *Charter* maar nie dat die beperking geregverdig was nie.).

75 *British Columbia Government Employees' Union v British Columbia (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 214, 243-244 per Dickson HR. Vgl voorts Hogg *Constitutional Law* 844.

76 Vgl Hogg *Constitutional Law* 844-845.

e) *Common Law* en *Charter*

Die verhouding tussen die *common law* en *Charter* se beskerming is kompleks. Die volgende algemene beginsels kan afgelei word. Eerstens is in *Clarkson v The Queen* bevind dat waar die *common law* met die *Charter* oorvleuel en dieselfde regspraak met behulp van die *Charter* se norme opgelos kan word - al is dit op 'n ander grondslag - tree die *common law* terug en word die *Charter* se uitweg gevolg.⁷⁷ Tweedens, in teenstelling met die Amerikaanse reg waar die *common law* as deel van owerheidshandeling beskou word, geld die *Charter* nie vir die *common law* vir sover dit privaatregtelike regshandeling reël nie.⁷⁸ Hierteenoor beskik *common law*-regsreëls wat intussen statutêr gereël word (insluitende konvensies⁷⁹) of wat die grondslag vir 'n owerheidshandeling vorm, wel oor die vereiste owerheidskarakter sodat dit onder die *Charter* kontroleerbaar is.⁸⁰ Daarom is dit in die Kanadese reg noodsaaklik dat die bron waaruit 'n spesifieke regsreël voortspruit wat na bewering inbreuk maak op *Charter*-regte, eers bepaal moet word alvorens vasgestel kan word of die *Charter* daarvoor geld.⁸¹

Juis die *Dolphin Delivery*-saak illustreer bogenoemde onderskeid treffend.⁸² In die *Dolphin Delivery*-saak het dit naamlik oor 'n federale konflik gehandel waar *secondary picketing* deur die *common law* en nie federale reg nie gereël word, en

77 *Clarkson v The Queen* [1986] 1 S.C.R. 383, 393-396 per Wilson R (namens Estey R, Lamer R, Le Dain R, en La Forest R).

78 Hogg *Constitutional Law* 845-846. Vgl bevestigend *Retail Wholesale and Departmental Store Union v Dolphin Delivery Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 573, 603 per McIntyre R (namens 'n eenparige Hof op hierdie punt): *Where, however, private party 'A' sues private party 'B' relying on the common law, and where no act of government is relied upon to support the action, the Charter will not apply.*

79 Vgl *Osborne v Canada* [1991] 2 S.C.R. 69 (beperkings op die politieke aktiwiteite van staatsamptenare is as ongrondwetlik beskou).

80 Hogg *Constitutional Law* 846. Sien ook *Retail Wholesale and Departmental Store Union v Dolphin Delivery Ltd* [1986] 2 S.C.R. 573, 599 per McIntyre R: *Such action [by the executive or administrative branches of government] may also depend, however, on the common law, as in the case of prerogative. To the extent that it relies on statutory authority which constitutes or results in an infringement of a guaranteed right or freedom, the Charter will apply and it will be unconstitutional. The action will also be unconstitutional to the extent that it relies for authority or justification on a rule of common law which constitutes or creates an infringement of a Charter right or freedom. In this way the Charter will apply to the common law, whether in public or private litigation. It will apply to the common law, however, only in so far as the common law is the basis of some governmental act which, it is alleged, infringes a guaranteed right or freedom.*

81 Hogg *Constitutional Law* 846.

82 *Retail Wholesale and Departmental Store Union v Dolphin Delivery Ltd* [1986] 2 S.C.R. 573; gelees met Hogg *Constitutional Law* 846.

daarom van die regsrag van die *Charter* uitgesluit is. Indien die geskil egter op provinsiale vlak sou plaasvind sou die regsposisie verskil het, omdat *secondary picketing* wel ingevolge provinsiale arbeidswetgewing geregleer word wat dit onder die regsrag van die *Charter* sou bring. Uit voorgaande is dit dus duidelik dat die posisie van die *common law* nou saamhang met die regsrag van die *Charter* ten opsigte van die regsprekende gesag se handeling soos hierbo uitgewys, asook met die werking van die *Charter* se norme in privaatregtelike regsverhoudinge wat vervolgens bespreek word.

f) Privaatregtelike regsrag van fundamentele regte

Daar is reeds daarop gewys dat artikel 32(1) bepaal dat die *Charter* handeling van die federale sowel as die provinsiale owerhede se uitvoerende en wetgewende (en daarom somtyds regsprekende) bene van gesag bind.⁸³ Die vraag duik nou op welke handeling is met owerheidsgesag bekleed - of anders gestel, geld die norme van die *Charter* eweneens vir privaatregtelike handeling?⁸⁴

As uitgangspunt geld die standpunt hierbo genoem dat die *Charter* nie op *common law*-regshandeling in die privaatrek betrekking het nie.⁸⁵ Die moderne samelewing is egter kompleks met 'n noue vervlegtheid tussen privaatregtelike en publiekregtelike handeling, sodat owerheidsregulering in die privaatrek gevolglik toenemend voorkom.⁸⁶ Daarom blyk dit nie 'n geskikte oplossing te wees om hierdie

83 Vgl Hogg *Constitutional Law* 848; en Tassé *Application* 70.

84 Vgl Tassé *Application* 97-101 asook 69 vt 6 vir standpunte dat die *Charter* wel privaatregtelike handeling bind.

85 *Retail, Wholesale and Department Store Union v Dolphin Delivery* [1986] 2 S.C.R. 573, 598 en 603-604 per McIntyre R (namens Hof) (die *Charter* beskerm nie die *secondary picketing* deur 'n vakbond by 'n privaatrek nie, omdat dit deur die *common law* as kontrakbreuk verbied word); *Tremblay v Diagle* [1989] 2 S.C.R. 530 ('n toekomstige vader kan nie 'n beplande aborsie van sy kind mbv die *Charter* stop nie); *McKinney v University of Guelph* [1990] 3 S.C.R. 229, 261-275 per R La Forest (namens Dickson HR en Gonthier R (meerderheidsbeslissing), op daardie aspek het Sopinka R (444) en L'Heureux-Dubé R (418-420) saamgestem, terwyl Wilson R (320-379) (waarmee Cory R (446) saamstem) hiermee verskil het) (die *Charter* geld nie mbt die verpligte pensioenbeleid van 'n statutêre geskepte publieke universiteit nie); en *Stoffman v Vancouver General Hospital* [1990] 3 S.C.R. 483, 505-516 per La Forest R (namens Dickson HR, Gonthier R, en Sopinka R (566)), waarvan Wilson R (533-544), L'Heureux-Dubé R (558) en Cory R (566) verskil het) (die *Charter* geld nie vir die verpligte aftreebeleid van 65 jaar by 'n openbare hospitaal nie). Vgl krities tov hierdie publiekreg/privaatrek-onderskeid, Hutchinson en Peitter 1988 *University of Toronto Law Journal* Vol 38 278-297; Fudge 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25 485-554.

86 McIntyre R meld juis in *Retail, Wholesale and Department Store Union v Dolphin Delivery* [1986] 2 S.C.R. 573, 602: *It would also seem that the Charter would apply to many forms of*

vraag te beantwoord deur eenvoudig 'n onderskeid tussen die aard van die funksie wat verrig word, te tref nie. Dit is meer sinvol om tussen verskillende klasse handeling aan die hand van die aard van die gesag en die grondslag waarop daardie gesagshandeling berus, te onderskei ten einde *Charter*-gebondenheid te evalueer.⁸⁷ Dit is met ander woorde moontlik dat die *Charter* wel in sekere gevalle vir die *common law* geld, soos blyk uit die volgende gevalle wat deur Hogg geïdentifiseer is.⁸⁸

(i) Normale wetgewende of uitvoerende owerheidshandeling is as 'n reël gebonde aan die *Charter*-norme.⁸⁹ Wanneer 'n deel van die individu se privaatregtelike sfeer statutêr gereguleer word, word sodanige regulering aan die *Charter* beoordeel. Sou die wetgewer byvoorbeeld vrugafdrywing statutêr kriminaliseer, val daardie wet onder die *Charter* en kan die Hof ondersoek instel na die grondwetlikheid van daardie wet wat 'n vrou se keuse beperk.⁹⁰

(ii) By regs- of natuurlike persone wie se handeling uit hoofde van statutêre gesag geskied, is dit belangrik om die aard van die gesagskompetensie (*power of compulsion*) en dus mate van outonomie wat daardie instelling in besluitneming geniet, te bepaal.⁹¹ Gegewe hierdie maatstaf, het die *Supreme Court* byvoorbeeld handeling van regspersone soos hospitale of universiteite wat wel statutêr gevestig is, maar outonoom is en nie onder owerheidsbeheer staan nie, se verpligte aftreebeleid van die *Charter* se oordeel uitgesluit.⁹² Die teenoorgestelde is egter

delegated legislation, regulations, orders in council, possibly municipal by-laws, and by-laws and regulations of other creatures of Parliament and the Legislature. It is not suggested that this list is exhaustive.

87 *Retail, Wholesale and Department Store Union v Dolphin Delivery* [1986] 2 S.C.R. 573, 603 per McIntyre R (namens die Hof): *Where such exercise of, or reliance upon, governmental action is present and where one private party invokes or relies upon it to produce an infringement of the Charter rights of another, the Charter will be applicable. Where, however, private party 'A' sues private party 'B' relying on the common law and where no act of government is relied upon to support the action, the Charter will not apply.*

88 Hogg *Constitutional Law* 837 ev.

89 Vgl *Tassé Application* 70-79. Sien *Operation Dismantle v The Queen* [1985] 1 S.C.R. 441, 455 per Dickson HR (namens die meerderheid van die Hof).

90 *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30.

91 Hogg *Constitutional Law* 838.

92 Sien *McKinney v University of Guelph* [1990] 3 S.C.R. 229, 261-275 per La Forest R (namens Dickson HR en Gonthier R in die meerderheidsbeslissing, op daardie aspek het Sopinka R (444) en L'Heureux-Dubé R (418-420) saamgestem). Vgl ook *Stoffman v Vancouver General Hospital* [1990] 3 S.C.R. 483, 505-516 per La Forest R (namens Dickson HR, Gonthier R waarmee Sopinka R (566) saamstem).

beslis ten opsigte van gemeenskapskolleges wat inderwaarheid 'n agentskap van die uitvoerende owerheid was en dienooreenkomstig onder ministeriële beheer gestaan het sonder dat dit die tradisionele outonomie van universiteite geniet het.⁹³

(iii) Indien bogenoemde statutêre owerheidsgesagskompetensie na privaatpartye gedelegeer word, is die gedelegeerde steeds gebonde aan die *Charter*-norme. Dit geld byvoorbeeld vir 'n privaatarbiter se beslissings wat deel van die voorgeskrewe statutêre administratiefregtelike versoeningsproses by 'n arbeidsgeskil vorm.⁹⁴ Dit geld egter nie indien daardie private arbiter bloot uit hoofde van 'n ooreenkoms tussen die twee privaatpartye in 'n geskil aangestel word nie. Eweneens is die interne reëls van 'n organisasie wat deur die lede self met konsensus aanvaar is, nie kontroleerbaar nie,⁹⁵ maar wel die pogings van die regsvereniging van Alberta om regspraktyke wat van buite daardie provinsie afkomstig is, te verbied.⁹⁶

(iv) In gevalle waar regspersone of natuurlike persone sonder 'n statutêre grondslag steeds uitvoerende owerheidsgesag uitoefen, is hulle ook aan die *Charter* gebonde. In dié gevalle is die graad van institusionele of strukturele bande tussen die persoon en uitvoerende owerheid, en nie die funksie of aard van diens gelewer nie, deurslaggewend.⁹⁷ Dit is byvoorbeeld irrelevant of 'n hospitaal of kollege of openbare instelling 'n openbare of private diens verrig, solank hulle dit onafhanklik, dus outonoom, van owerheidskontrole uitvoer.⁹⁸ Hogg argumenteer dat daar geen beginsel is waarvolgens die onderskeid tussen openbare of private funksies onderskei

93 Vgl *Douglas/Kwantlen Faculty Association v Douglas College* [1990] 3 S.C.R. 570, 584 per Forest R (namens Dickson HR en Gonthier R) waarmee Sopinka R (616) saamgestem het, sien ook die afsonderlike mening van Wilson R tot dieselfde effek (607-612) (namens L'Heureux-Dubé R waarmee Cory R (617) saamgestem het); *Lavigne v Ontario Public Service Employees Union* [1991] 2 S.C.R. 211, 232-249 per R Wilson (namens L'Heureux-Dubé R); 308-316 per La Forest R (namens Sopinka R en Gonthier R, waarmee Cory R (342) en McLachlin R (342) saamgestem het).

94 *Slaight Communications Inc. v Davidson* [1989] 1 S.C.R. 1038, 1049 per Dickson HR (namens Wilson R, La Forest R, en L'Heureux-Dubé R), per Beetz R (1058), Lamer R (1077). Hogg *Constitutional Law* 837.

95 Hogg *Constitutional Law* 837.

96 *Black v Law Society of Alberta* [1989] 1 S.C.R. 591.

97 Hogg *Constitutional Law* 840.

98 *McKinney v University of Guelph* [1990] 3 S.C.R. 229, 269 per La Forest R (namens Dickson HR en Gonthier R), waarmee Sopinka R (444) en L'Heureux-Dubé R (418) saamgestem het; *Stoffman v Vancouver General Hospital* [1990] 3 S.C.R. 483, 511 per La Forest R (namens Dickson HR, Gonthier R waarmee Sopinka R (566) eens was); *Lavigne v Ontario Public Service Employees Union* [1991] 2 S.C.R. 211, 314 per La Forest R (namens Sopinka R en Gonthier R, waarmee Cory R (342) en McLachlin R (342) saamstem).

kan word sodat dit as maatstaf kan geld nie.⁹⁹ Voorbeelde van hierdie nie-statutêre uitvoerende handeling is byvoorbeeld uitvoerende prerogatiwe ingevolge die *common law* soos die uitreiking van paspoorte, toekenning van eerbewyse en die voer van buitelandse betrekkinge.¹⁰⁰ Andersyds ook *common law*-handelingsbevoegdhede wat enigeen besit, soos as die staat kontrakte sluit selfs al is dit deur sy agente in die vorm van 'n gemeenskapkollege.¹⁰¹

(v) Ander handeling van natuurlike en regspersone buite die sfeer van owerheidsgesag, soos kollektiewe arbeidsooreenkomste wat 'n verpligte *closed shop* vorm, sal slegs aan die *Charter* gebonde wees as dit uit hoofde van statutêre owerheidsgesag geskied. Indien dit egter nie uit statute voortspruit nie, word dit as normale privaatregtelike handeling ingevolge die *common law* beskou. Dit is byvoorbeeld die geval met 'n vrywillige *closed shop*-ooreenkoms waar slegs privaatregtelike reëls van die kontraktereg geld.¹⁰²

Samevattend is dit dus duidelik dat die grense van die *Charter* se beskermingsveld nie vooraf vasgestel word aan die hand van welke funksie eenvoudig as *privaat* en *publiek* beskou word nie, maar dat dit na gelang van die geval deur die howe self bepaal word aan die hand van die aan- of afwesigheid, en die omvang van statutêre of ander vorms van owerheidsgesag.¹⁰³

99 Hogg *Constitutional Law* 841.

100 *Operation Dismantle v The Queen* [1985] 1 S.C.R. 441 (die uitvoerende koninklike prerogatief in buitelandse betrekkinge bv sake van oorlog, nl dat die VSA kruisermisiele op Kanadese grondgebied kan toets, is wel onder die *Charter* kontroleerbaar).

101 *Douglas/Kwantlen Faculty Association v Douglas College* [1990] 3 S.C.R. 570, 585 per La Forest R (namens Dickson HR en Gonthier R); en *Lavigne v Ontario Public Service Employees Union* [1991] 2 S.C.R. 211, 313 per La Forest R (namens Sopinka R en Gonthier R, waarmee Cory R (342) en McLachlin R (342) saamstem) waar hy in beide gevalle bevind: *To permit government to pursue policies violating Charter rights by means of contracts and agreements with other persons or bodies cannot be tolerated.*

102 Hogg *Constitutional Law* 838- 839. Vgl *Lavigne v Ontario Public Service Employees Union* [1991] 2 S.C.R. 211, 308-316 per La Forest R (namens die meerderheid). Hier is byvoorbeeld beslis dat 'n *agency shop*-klousule (verpligte betaling van gelde van 'n vakbond hoewel werknemers nie verplig is om lid te wees daarvan nie) uit hoofde van 'n kollektiewe arbeidsooreenkoms wel onder die *Charter* val, omdat die werkgewer as agent vir die owerheid opgetree het. Die Hof stem egter *obiter* saam (311) dat indien die werkgewer nie 'n owerheidsagent was nie, sou dit 'n suiwer privaatregtelike kontrak wees wat nie onder die *Charter* val nie.

103 Hogg *Constitutional Law* 850.

g) *Political question*-leerstuk

In teenstelling met die regsposisie in die Amerikaanse reg word die beginsel van skeiding van gesag nie so streng in die Kanadese reg nagevolg nie, en word die *political question*-leerstuk nie in Kanada erken nie. In *Operation Dismantle v The Queen* het Regter Wilson uitdruklik beslis dat laasgenoemde leerstuk nie deel van die Kanadese staatsreg vorm nie.¹⁰⁴ Al is 'n saak ook polities hoe kontroversieel, sal die grondwetlikheid van wetgewende en uitvoerende handeling deur die *Supreme Court* beoordeel word. *In casu* het die Hof die applikante se klag dat die Kanadese Regering se toelating van die toetsing van Amerikaanse kruisermisiele op Kanadese grondgebied teenstrydig met artikel 7 se beskerming van *life, liberty* en *security* is, as ongegrond verwerp.

Die *political question*-geval moet egter onderskei word van 'n *purely political question*. Laasgenoemde sluit die jurisdiksie van die *Supreme Court* uit omdat dit suiwer 'n politieke aangeleentheid is wat nog nie vir juridiese beregting as 'n regspraak geskik is nie.¹⁰⁵ In *Reference re Canada Assistance Plan (British Columbia)*¹⁰⁶ was dit juis die verweer van die Federale Regering toe vier provinsies die grondwetlikheid van 'n federale wet bevraagteken het wat, in weerwil van 'n kosteverdelingsooreenkoms tussen die Federasie en provinsies, eensydig federale uitgawes beperk het. Die Hof het egter hierdie verweer verwerp en bevind dat hy wel jurisdiksie het, omdat die saak wel oor *a significant legal component* beskik en dus geskik vir beregting was.¹⁰⁷ Die Hof is naamlik nie gevra om uitsluitel oor die federale beleid van vermindering van staatskoste te gee nie, wat wel 'n suiwer politiese kwessie sou wees waaroor geen jurisdiksie bestaan nie. Voorts het die Hof in *Operation Dismantle v The Queen* erken dat hoewel dit politieke besluitneming aan die hand van die *Charter* beoordeel, die houe nie moet beslis of die militêre

104 *Operation Dismantle v The Queen* [1985] 1 S.C.R. 441, 472 per Wilson R (afsonderlike opinie, waarmee Dickson R namens die meerderheid (459) saamstem).

105 Hogg *Constitutional Law* 805.

106 [1991] 2 S.C.R. 525.

107 *Reference re Canada Assistance Plan (British Columbia)* [1991] 2 S.C.R. 525, 545-546 per Sopinka R. Vgl voorts *Reference re Resolution to Amend the Constitution* [1981] 1 S.C.R. 753 waar die Hof onderskei tussen die skep en afdwing van grondwetlike konvensies wat 'n politieke en nie 'n regterlike taak is nie, terwyl die definiëring van sodanige konvensies wel deur die houe beoordeel kan word soos *in casu* die geval was.

beleid van die uitvoerende gesag aanvaarbaar is of die beste beleidsopsie was nie.¹⁰⁸ Eweneens sal die Hof nie die wysheid van wetgewing met sy eie keuses kan vervang nie, hoewel die Hof nie sal skroom om sy toetsingskompetensie in die lig van artikels 1, 24 en 33 van die *Charter* en artikel 52 van die *Constitution Act*, 1982, uit te voer nie.¹⁰⁹

Strayer stel by gebrek aan vaste en objektiewe maatstawwe om te bepaal of die howe of die politieke proses die toelaatbaarheid van spesifieke handelingte moet beoordeel, die volgende kriteria voor:¹¹⁰ (i) Die aard van die belang wat deur die grondwetlike norm beskerm word. Dit beteken dat interne prosedurele aangeleenthede van die parlement nie as openbare belange deur die howe beregbaar is nie, maar wel ongrondwetlike verlenging van die termyn van die parlement of aantasting van die stemreg van bepaalde kiesers. (ii) Die potensiële politieke verleentheid wat 'n regterlike oordeel oor sodanige politieke handelingte sal veroorsaak. (iii) Die beskikbaarheid van juridies objektiewe kriteria.

4.2.7 Staatsregkultuur

Die Kanadese regstelsel is hoofsaaklik 'n *common law* regsisteem wat voortspruit uit die vroeëre koloniale mag, die Verenigde Koningryk, se regstelsel.¹¹¹ 'n Uitsondering hierop is egter die gesplete karakter van die provinsie Quebec se regstelsel. Die privaatreë van Quebec is naamlik 'n *civil law* stelsel wat gekenmerk word deur die kodifikasie in die koloniale Frans-Romaanse regstradisie van die Napoleontiese *Civil Code* deur die *Quebec Civil Code*, terwyl die straf- en publiekreg in daardie provinsie weer uit die Engelse *common law* voortspruit.¹¹²

108 *Operation Dismantle v The Queen* [1985] 1 S.C.R. 441, 472 per Wilson R.

109 Strayer *The Canadian Constitution* 219-220. Vgl bv *Reference re s 94 (2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 496-498 per Lamer R.

110 Strayer *The Canadian Constitution* 224-236.

111 Vgl in die algemeen Gall *Canada Legal System* 38-40 en 49-59; en Strayer *The Canadian Constitution* 5-50 oor die ontwikkeling en invloed van geregtelike kontrole via die Engelse *common law* regstradisie in die Kanadese reg.

112 Vgl Gall *Canada Legal System* 165-183. Die onderskeid tussen die *civil* en *common law* is opvallend en word deur Friedman as volg beskryf: *The contrast between the attitude of these groups or systems has often and vividly been portrayed, as one between logical and empirical methods, between deductive and inductive thinking, between rule of reason and rule of experience.* Soos aangehaal in Gall *Canada Legal System* 165.

Die voorrede van die *B.N.A Act. 1867*, het ook bekend gestaan as die *Implied Bill of Rights*, omdat die wens daarin uitgespreek is dat die Kanadese Grondwet in beginsel soortgelyk aan die grondwet van die Verenigde Koningryk moet wees.¹¹³ Gevolglik is verskeie stelreëls van die Engelse *common law* in die Kanadese staatsreg oorgeneem waaronder die leerstukke van *stare decisis*, verantwoordelike regering, *rule of law* en parlementêre soewereiniteit. Voorts is die beginsels van *fair play* en fundamentele vryhede van assosiasie, byeenkoms, pers en spraak, en ander *common law* beskerming van burgerlike vryhede soos deliktuele remedies teen *ultra vires* owerheidshandelinge, *prerogative writs* van *habeas corpus*, *mandamus*, *certiorari*, *prohibition*, *quo warranto* en ander prosessuele regte in die Kanadese staatsreg ingevoer.¹¹⁴ Die mate van geregtelike kontrole op grond van geregtighedsmaatstawwe soos *justice*, *liberty*, *freedom of due process*, soos wat in die Amerikaanse Grondwet en Amendamente gevind is, was egter afwesig in die *B.N.A Act. 1867*, omdat daardie wet die regspositivistiese tradisie van die Engelse reg van daardie tyd weerspieël het.¹¹⁵ Tot 1982 het geregtelike kontrole in Kanada dus hoofsaaklik gekonsentreer op die verdeling van owerheidsgesag tussen die federale en provinsiale owerheidsvlakke.¹¹⁶ Federale kwessies het die botoon gevoer terwyl die aantasting van fundamentele regte en vryhede eers met die inwerkingtreding van die *Constitution Act, 1982*, se *Canadian Charter of Rights and Freedoms* 'n realiteit geword het.

Bogenoemde invloed van die Engelse regtradisie word ook weerspieël in die algemene Kanadese beskouing van die reg en regsprosesse soos verwoord deur die

113 Die beskrywing *Implied Bill of Rights* verwys na grondliggende waardes in die Engelse staatsreg wat onder andere vervat is in die *Magna Carta*, *Bill of Rights*, en *Petition of Rights*. Sien Gall *Canada Legal System* 55. Vgl die onlangse herlewing van hierdie ietwat uitgediende konsep sedert die opbloeï daarvan in die dertiger- en vyftigerjare - weliswaar net as *obiter dictae* of geïmpliseerd - in *Fraser v Public Service Staff Relations Board* [1985] 2 S.C.R. 455, 462-463 per Dickson HR (vryheid van spraak); *Retail, Wholesale and Department Store Union v Dolphin Delivery Ltd* [1986] 2 S.C.R. 573, 584 per McIntyre R (vryheid van spraak en mening).

114 Vgl verder Gall *Canada Legal System* 55, 57, 89; Hogg *Constitutional Law* 766-770.

115 Strayer *The Canadian Constitution* 3-4. Strayer meen dat die beroemde uitspraak van Lord Coke in 1610 in *Dr Bonham's Case* oor geregtelike kontrole in die Engelse *common law*, in teenstelling met die Amerikaanse kolonies wat 'n vrugbare teelaarde vir daardie gedagtes gebied het, inderdaad weinig aanklank in die Kanadese kolonies met hul lojaliteit teenoor die Engelse Kroon gevind het. Die graad van beskerming van individuele regte en vryhede onder die *B.N.A Act* van 1876 was daarom gering.

116 Strayer *The Canadian Constitution* 4. Vir 'n oorsig oor die ontwikkeling van geregtelike kontrole in die voor en na Konfederale fases in Kanada tot 1982, vgl Strayer *ibid* 5-34.

daaglikse aktiwiteit in die howe.¹¹⁷ Die essensie van Kanadese howe se taak word beskou as die verwesenliking van geregtigheid deur middel van regverdige en onpartydige prosedures.¹¹⁸ Daarom kan die regsprosesse voor die Kanadese howe beskryf word as regsprekend, gesaghebbend, adversatief, sigbaar, verpligtend, amptelik en dat die regsprekende beampptes voorafbestaande objektiewe regsnorme rasioneel aanwend.¹¹⁹

4.3 ALGEMENE BEGINSELS VAN GRONDWETLIKE KONSTRUKSIE

4.3.1 *Sui generis* karakter van grondwetlike norme

Die standpunt *constitutions are different* is algemeen bekend.¹²⁰ Dit het enersyds as raak beskrywing gedien van die meer as honderd jaar se regspraak in Kanadese howe oor federale kwessies onder die *Constitution Act, 1867*; andersyds het dit die weg gebaan vir die toekomstige beregting van die *Charter*.¹²¹ Waaraan is hierdie andersheid van grondwette volgens die Kanadese siening toe te skryf? Die *Constitution Act, 1867* en *Constitution Act, 1982* is nie bloot gewone statute nie, maar die regsnorme wat daarin vervat is, veral die fundamentele regte en vryhede, beskik oor 'n *sui generis* karakter. Die *Charter of Rights and Freedoms* het naamlik 'n nuwe grondwetlike dimensie in die verhouding tussen die individu en samelewing in Kanada bygevoeg waaroor die howe moet toesig hou.¹²²

Die volgende eienskappe is kenmerkend van die aard van grondwetlike norme en meer bepaald fundamentele regte en vryhede in die *Charter* as *sui generis*

117 Die invloed van die Engelse regstradisie op die Kanadese reg en veral staatsreg (ten spyte van resente ontwikkeling na aanvaarding van die *Charter*) word treffend deur 'n voormalige Kanadese Hoofregter saamgevat: *More than two hundred years have passed since English law and English legal institutions were rooted in a yet unborn Canada. Sustained at first by remote control from Westminster and by domestic control of colonial governors, the English tradition has survived Canadian legislative and judicial independence, and remains a vital and omnipresent force in Canadian law.* Vgl Laskin HR tydens die 1969 *Hamlyn Trust Lectures* 1, aangehaal in Gall *Canada Legal System* 58.

118 Gall *Canada Legal System* 136-137.

119 Gall *Canada Legal System* 136-137.

120 Pentney *Interpreting the Charter* 22.

121 Pentney *Interpreting the Charter* 22.

122 Vgl *Law Society of Upper Canada v Skapinker* [1984] 1 S.C.R. 357, 366 per Estey R: *With the Constitution Act, 1982 comes a new dimension, a new yardstick of reconciliation between the individual and the community and their respective rights, a dimension which, like the balance of the Constitution, remains to be interpreted and applied by the Court.*

regsnorme.¹²³

- (i) Die Grondwet is 'n konstituerende en organiese statuut wat die grondslag vir die volle owerheids- en samelewingsterreine vorm.
- (ii) Die Grondwet is 'n onbuigbare dokument wat nie eenvoudig soos 'n gewone wet gewysig kan word nie. Daarom speel progressiewe konstruksie so 'n groot rol om te voorkom dat die Grondwet nie uitgedien raak nie.
- (iii) Die Grondwet sal na verwagting vir 'n lang tydperk geld.
- (iv) Die *Charter* bevat veral nuwe waarde-draende norme (wat selfs van bestaande Kanadese waardes kan verskil) waaraan die howe inhoud moet gee en waarmee hulle vertrouwd moet raak.¹²⁴ Omdat hierdie nuwe waardes onbekend is aan die regbank, verleen dit 'n onbekende en selfs onvoorspelbare dimensie aan grondwetlike interpretasie.
- (v) Struktureel gesproke is die meeste van die regsnorme wat in die *Charter* vervat is, vaag bewoord met 'n oop betekenis wat juis regterlike inhoudgewing verg.¹²⁵ Dit staan in teenstelling met die spesifieke en gedetailleerde struktuur van regsnorme in gewone wetgewing wat eenvoudig deur die regbank uitgelê en toegepas

123 Vgl *Law Society of Upper Canada v Skapinker* [1984] 1 S.C.R. 357, 365-368. In hierdie eerste beslissing oor die *Charter* meld die Hof: *We are engaged in a new task, the interpretation and application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. ... This is not a statute or even a statute of extraordinary nature. ... It is part of the constitution of a nation adopted by a constitutional process. ... This Court recognized the distinction between simple 'statutory interpretation' and 'a constitutional role' when the Court was called upon to determine the effect of the Canadian Bill of Rights ... [I]t attracted the principles of interpretation developed by the courts in the constitutional process of interpreting and applying the Constitution itself.* Die Hof verwys voorts regsvergelijkend na die eiesoortige karakter van die Amerikaanse *Bill of Rights* soos aangedui deur Marshall HR in *M'Culloch v Maryland* 17 U.S. (4 Wheaton) 316, 407 (1819). Vgl verder *Hunter v Southam Inc* [1984] 2 S.C.R. 145, 155; Hogg *Constitutional Law* 414, 797-798, 809; Beatty *Talking Heads* 15; Gall *Canada Legal System* 87 oor die verskil tussen statutêre en grondwetlike interpretasie.

124 Dit sluit begrippe en maatstawwe in soos *reasonable limits* en *demonstrably justified in a free and democratic society* (art 1); *principles of fundamental justice* (art 7); *unreasonable search and seizure* (art 8); *unreasonable delay* en *reasonable time* (art 11); *a court of competent jurisdiction* en *such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances* (art 24).

125 Naas die voorbeelde wat reeds genoem is, sien ook regsnorme soos: *thought, belief, opinion and expression* (art 2(b)); *peaceful assembly* (art 2(c)); *association* (art 2(d)); *life, liberty and security of the person* (art 7); *cruel and unusual punishment* (art 12) en *equal protection and equal benefit*

word.

(vi) Inhoudgewing aan die nuwe waarde-draende *Charter*-norme word verder bemoeilik deur 'n gebrekkige historiese, politieke en filosofiese konteks wat die oorspronklike betekenis van daardie fundamentele reg kan verklaar. So byvoorbeeld het die Kanadese geskiedenis nie 'n kleurryke tradisie van verzet teen owerheidsoormag ingevolge waarvan artikel 8 van die *Charter* se beskerming teen onredelike visentering en beslaglegging gekonstrueer kan word nie. Hierteenoor word die Amerikaanse Vierde Amendement benewens spesifieke strukturele vereistes, gekenmerk deur 'n duidelike geskiedenis van verzet teen die koloniale owerheid waarop die hermeneut tydens konstruksie van hierdie Amendement kan steun.¹²⁶

Die *sui generis* karakter van die fundamentele regte in die *Charter* stel buitengewone eise vir die konstruksie en interpretasie van daardie regte wat verskil van gewone statutêre uitleg. Die *Supreme Court* vereis juis in *Hunter v Southam Inc* 'n dinamiese en evolusionêre proses van inhoudgewing en verwesenliking van die fundamentele regte in die *Charter*.¹²⁷

Dit is selfs opvallend dat die *sui generis* aard van die *Charter*-norme tot 'n mate ook op gewone menseregterwetgewing (federaal of provinsiaal) van toepassing is wat bepaalde individuele regte soos taalregte beskerm. Hoewel hierdie gewone statute nie soos grondwetlike norme as die hoogste regsnorm verskans is nie, is dit wel tot so

of the law (art 15(1)).

126 *Hunter v Southam Inc* [1984] 2 S.C.R. 145, 154-155 per Dickson R.

127 *Hunter v Southam Inc* [1984] 2 S.C.R. 145, 155 per Dickson R: *It is clear that the meaning of 'unreasonable' cannot be determined by recourse to a dictionary, nor for that matter, by reference to the rules of statutory construction. The task of expounding a constitution is crucially different from that of construing a statute. A statute defines present rights and obligations. It is easily enacted and as easily repealed. A constitution, by contrast, is drafted with an eye to the future. Its function is to provide a continuing framework for the legitimate exercise of governmental power and, when joined by a Bill or Charter of Rights, for the unremitting protection of individual rights and liberties. Once enacted, its provisions cannot easily be repealed or amended. It must, therefore, be capable of growth and development over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers. The judiciary is the guardian of the constitution and must, in interpreting its provisions, bear these considerations in mind. Professor Paul Freund expressed this idea aptly when he admonished the American courts 'not to read the provisions of the Constitution like a last will and testament lest it become one'.*

'n mate fundamenteel van aard dat dit kwasi-grondwetlike status geniet.¹²⁸ Dit beteken dat hierdie individuele regte slegs gewysig of gerepudieer kan word indien dit vasstaan dat dit uitdruklik die bedoeling van die wetgewer was.¹²⁹

Dit is duidelik dat hierdie *sui generis* aard van grondwetlike norme ander interpretasiebeginsels as die erkende reëls van wetsuitleg vereis ten einde die fundamentele regte en vryhede in die *Charter* te verwesenlik. Hier onder word aangetoon dat die regspraktyk van die *Supreme Court* sedert 1984 'n *purposive* of doelsgebonde konstruksie van fundamentele regte volg. Dit is 'n progressiewe vorm van interpretasie wat die *Charter* as 'n lewende dokument konkretiseer in die lig van die heersende omstandighede in plaas van die oorspronklike woordbetekenis van 1867 toe die *Constitution Act* geskryf is.¹³⁰ Die tradisionele argument in die Kanadese staatsreg dat die grondwetlike struktuur oor waterdigte kompartemente van kompetensie-verdeling vir bepaalde owerheidsvlakke beskik, is vervang deur die siening dat die grondwet 'n *living tree capable of growth and expansion within its natural limits* is.¹³¹ Dit is voorts onafwendbaar dat die howe gevra sal word om beginsel- en beleidsvraagstukke op te los, selfs al is dit soms hoe moeilik vanuit die howe se tradisionele regsprekende oogpunt.¹³² Dit is dus duidelik dat die gewone reëls vir statutêre uitleg op die agtergrond geskuif word tydens die konstruksie en konkretisering van die fundamentele rege-norme wat in die *Charter* vervat is.¹³³

4.3.2 Geregtelike kontrole op grond van federale gesagsverdeling

By nadere ondersoek van artikel 52(1) van die *Constitution Act, 1982*, blyk dit dat

128 *R v Mercure* [1988] 1 S.C.R. 234, 267-268 per La Forest R (meerderheidsbeslissing).

129 Vgl die verwysings in *R v Mercure* [1988] 1 S.C.R. 234, 265-266 per La Forest R (meerderheidsbeslissing). Sien by *Winnipeg School Division No. 1 v Craton* [1985] 2 S.C.R. 150, 156 per McIntyre R: *Human rights legislation is of a special nature and declares public policy regarding matters of general concern. It is not constitutional in nature in the sense that it may not be altered, amended, or repealed by the Legislature. It is, however, of such a nature that it may not be altered, amended, or repealed, nor may exceptions be created to its provisions, save by clear legislative pronouncement. To adopt and apply any theory of implied repeal by later statutory enactment to legislation of this kind would be to rob it of its special nature and give scant protection to the rights it proclaims.*

130 Hogg *Constitutional Law* 413-415.

131 *Reference re Section 24 of the British North American Act* [1930] 1 D.L.R. 98, 106-107 (P.C.) per Lord Sankey (ook soms verwys as *Edwards v Attorney General (Canada)* [1930] A.C. 124, 136). Vgl bevestigend *Law Society of Upper Canada v Skapinker* [1984] 1 S.C.R. 357, 365.

132 Vgl Wilson R in haar afsonderlike ondersteunende opinie in *Operation Dismantle v The Queen* [1985] 1 S.C.R. 441, 465-466.

geregtelike kontrole deur die Kanadese *Supreme Court* inderwaarheid op twee pilare staan, naamlik die beoordeling van die grondwetlikheid van provinsiale of federale owerheidsgesagsuitoefening, en die beoordeling van die aantasting van individuele fundamentele regte en vryhede. Hoewel die huidige studie op die tweede kategorie konsentreer, is dit belangrik om vooraf sekerheid oor die verhouding tussen hierdie twee gronde van grondwetlike kontrole te verkry. Die algemene reël geld dat indien die grondwetlikheid van 'n regsnorm op grond van sowel federale as *Charter*-gronde betwis kan word, dan kry die federale grondslag voorkeur.¹³⁴ Slayer verduidelik dat daar in die eerste plek beoordeel word of die wet ooreenkomstig die beginsel van federalisme deur die korrekte owerheidsvlak aangeneem is. Indien nie, is sodanige wet *ultra vires* en nietig en is dit dus onnodig om die grondwetlikheid van die beperking van 'n fundamentele reg deur daardie wet onder artikel 1 van die *Charter* te beoordeel.¹³⁵

4.3.3 Interpretasiebeginsels van die *Charter*

a) Tweestap metodologie

Nadat vasgestel is dat die beperkende regsnorm aan die beginsel van federalisme voldoen en deur die korrekte wetgewende vlak aanvaar is, word die fundamentele regte in die *Charter* deur middel van 'n tweestap analitiese interpretasieproses gekonkretiseer.¹³⁶ Die eerste stap probeer vasstel of 'n regsnorm *prima facie* inbreuk maak op 'n fundamentele reg. Stap een bestaan weer uit twee fases: Eerstens word die beperkende wet geklassifiseer deur die doel (oogmerk) en gevolg (effek) van die wet te bepaal. Indien enige van beide onversoenbaar met die Grondwet is, is die regsnorm ongeldig. Tweedens word die betekenis en beskermingsveld van die fundamentele reg wat aangetas word deur die konstruksie van die *Charter* bepaal.

133 Beatty *Talking Heads* 15.

134 Hogg *Constitutional Law* 825.

135 Strayer *The Canadian Constitution* 248.

136 Tans word volstaan met Hogg *Constitutional Law* 805-806 se indeling. Vgl ook *Singh et al v Minister of Employment and Immigration* [1985] 1 S.C.R. 177, 185 per Wilson R (namens Dickson HR en Lamer R); *Ford v Quebec (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 712, 766; *R v Big M Drug Mart Ltd* [1985] 1 S.C.R. 295, 316, 336, 315 en 356 per Dickson R. Vgl ook Beatty *Talking Heads* 25-26; Strayer *The Canadian Constitution* 248; Pentney *Interpreting the Charter* 23, 28; Peck 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25 1-85. Hoewel verskillende skrywers en regters soms die twee fases in die eerste stap omruil, word die primêre volgorde en skeiding tussen stap een en stap twee as standaard aanvaar.

Die tweede stap behels dat indien daar tydens die eerste stap vasgestel is dat daar *prima facie* op 'n reg inbreuk gemaak word, word vasgestel of daardie inbreukmaking ingevolge die vereistes van artikel 1 van die *Charter* geregverdig is.

Hierdie tweestap skema word uitdruklik deur die *Supreme Court* in verskeie sake voorgeskryf vir die konkretisering van fundamentele regte en vryhede van die *Charter*.¹³⁷ Skrywers wys egter daarop dat hierdie skeiding tussen die twee stappe nie so absoluut is soos wat die regspraak op die oog af voorgee nie.¹³⁸ Die voordeel van die analitiese skeiding tussen die twee stappe is dat dit die hermeneut in staat stel om verskillende en verwarrende argumente en botsende belange sinvol van mekaar te onderskei en met mekaar te harmoniseer.¹³⁹ Die tweestap benadering verseker voorts die konkretisering van die fundamentele regte en vryhede in die *Charter*, wat nie so gereedelik tydens die metodiese verwarring van die Amerikaanse eenstap benadering geskied nie.¹⁴⁰

b) Uitlegkanons as hermeneutiese sistematiseringsraamwerk

In *R v Big M Drug Mart Ltd*¹⁴¹ beskryf Regter Dickson die aangewese konstruksiemetode van die fundamentele regte en vryhede wat in die *Charter* vervat is:

The meaning of a right or freedom guaranteed by the Charter was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the Charter was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a

137 Dickson HR het in *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 134 soos volg mbt art 11(d) van die *Charter* se onskuldsvemoede beslis: *At the Court of Appeal level in the present case, Martin J.A. sought to combine the analysis of s. 11(d) and s. 1 to overcome the limitations of the Canadian Bill of Rights jurisprudence. To my mind it is highly desirable to keep s. 1 and s. 11(d) analytically distinct. Separating the analysis into two components is consistent with the approach this Court has taken to the Charter to date.* Vgl ook *Attorney General (Quebec) v Quebec Protestant Schools Boards* [1984] 2 S.C.R. 66; *Singh et al. v Minister of Employment and Immigration* [1985] 1 S.C.R. 177, 185 per Wilson R; *Ford v Quebec (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 712, 766; *Andrews v Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143, 178 per McIntyre R.

138 Peck 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25 4-5.

139 Vgl egter Cachalia ea *Fundamental Rights* 107-108 mbt die probleme wat tydens hierdie Kanadese benadering voorkom.

140 Pentney *Interpreting the Charter* 29; Beatty *Talking Heads* 25 en Cachalia ea *Fundamental Rights* 108. Vgl *Reference re Public Service Employee Relations Act, Labour Relations Act and Police Officers Collective Bargaining Act* 16 D.L.R. (4 th) 365-366; *Re Soenen and Thomas* 3 D.L.R. (4 th) 666-667.

*guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect. In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the Charter itself, to the language chosen to articulate the specific rights and freedoms, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the Charter.*¹⁴²

Hierdie uiteensetting toon 'n verbasende sterk ooreenkoms met die klassieke uitlegkanons wat in die Duitse staatsreg toegepas word ter konkretisering van fundamentele regte. Die ooreenkoms is tewens so groot dat die beginsels van grondwetlike hermeneutiek wat deur die *BVerfG* in die Duitse reg gebruik word, eweneens as normatiewe raamwerk kan dien aan die hand waarvan die Kanadese *Supreme Court* se interpretasie van die fundamentele regte en vryhede in die *Charter* bestudeer en gesistematiseer kan word.¹⁴³ Daar moet egter gewaak word teen 'n slaafse en meganiese toepassing van die Duitse regsbeginnele op die Kanadese reg. Die eiesoortige kenmerke van die Kanadese *common law*-stelsel teenoor die meer dogmaties-georiënteerde Duitse benadering moet in ag geneem word tydens hierdie regsvergeljking. Daar moet met omsigtigheid te werk gegaan word sodat twee verskillende regstelsels nie kunsmatig in 'n bepaalde vergelykende raamwerk geforseer word nie.

c) Doelsgebode konstruksie¹⁴⁴

Deurdat die *Charter* 'n *purposive document* is, vorm doelsgebode (*purposive*) konstruksie die sentrale interpretasie-argument ter verwesenliking van fundamentele

141 [1985] 1 S.C.R. 295.

142 *R v Big M Drug Mart Ltd* [1985] 1 S.C.R. 295, 344 per Dickson R.

143 Hierdie standpunt word bv bevestig deur Beatty *Talking Heads* 16-17 wat veral op 18 soos volg vermeld: *In exploring the meaning of the rights and freedoms entrenched in the Charter over the first two years, it was these four sources - the values and principles which characterize free and democratic societies, the historical antecedents, the language by which they were described and the context in which they were located - which the judges turned to most consistently.*

144 Vgl in die algemeen Hogg *Constitutional Law* 806-807; Pentney *Interpreting the Charter* 22-28; Peck 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25 6- 21; Beatty *Talking Heads* 16-17.

regte in die Kanadese reg.¹⁴⁵ Doelsgebonde argumente word deurgaans gebruik tydens beide stappe ter konkretisering van die fundamentele regte en vryhede wat in die *Charter* vervat is. Hierdie interpretasiebenadering word dus gebruik vir die konstruksie van die *Charter* as 'n geheel, van spesifieke fundamentele regte asook van gewone regsnorme wat daarop inbreuk maak.¹⁴⁶

Die algemene doel en oogmerk van die *Charter* word in *Hunter v Southam Inc*¹⁴⁷ verduidelik:

*Its purpose is to guarantee and to protect, within the limits of reason, the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines. It is intended to constrain governmental action inconsistent with those rights and freedoms; it is not in itself an authorization for governmental action.*¹⁴⁸

Die beskerming van die individuele fundamentele regte en vryhede in die *Charter* word met ander woorde deur die *Supreme Court* met behulp van doelsgebonde argumente bewerkstellig.¹⁴⁹ Die doel van 'n fundamentele reg is sinoniem met die beskermingsveld van daardie reg. Dit beteken dat die konstruksie van die beskermingsveld deur middel van doelsgebonde argumente die aangewese manier is om fundamentele regte en vryhede in die *Charter* te konstrueer.¹⁵⁰

145 Vgl *Law Society of Upper Canada v Skapinker* [1984] 1 S.C.R. 357, 366-368; *Hunter v Southam Inc* [1984] 2 S.C.R. 145, 156-157; *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 334; *Reference re s. 94 (2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 499 per Lamer R; *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 119 per Dickson HR; *Société des Accadiens v Association of Parents* [1986] 1 S.C.R. 549, 560 per Dickson HR; *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, 52 per Dickson HR.

146 Sien *Hunter v Southam Inc* [1984] 2 S.C.R. 145, 156-157; *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 331 en 334; *R v Oakes* [1986] 1 SCR 103, 138, 140 per Dickson HR. Vgl Pentney *Interpreting the Charter* 23.

147 [1984] 2 S.C.R. 145.

148 *Hunter v Southam Inc* [1984] 2 S.C.R. 145, 156. Voorts is in *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 136 per Dickson HR bevestig dat die oorspronklike doel met die verskansing van die *Charter* was om 'n vrye en demokratiese samelewing in Kanada te waarborg. Vgl bevestigend *R v Big M Drug Mart Ltd.* [1985] 1 S.C.R. 295, 345 per Dickson R; *Reference re s. 94 (2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 499 per Lamer R; en *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30.

149 *This Court has already, ... set out the basic approach to be taken in interpreting the Charter. ... [T]he proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the Charter was a purposive one.* Vgl *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 344 per Dickson R. Sien ook *Attorney General (Quebec) v Quebec Protestant School Boards* [1984] 2 S.C.R. 66, 79-85; *Hunter v Southam Inc* [1984] 2 S.C.R. 145, 156-157 per Dickson R; en *Reference re s. 94 (2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 499-500 per Lamer R.

150 *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 344 per Dickson R. Vgl ook *Hunter v Southam Inc*

Aanvanklik het die Hof klem gelê op die konstruksie van die beskermingsveld van die regte weens die algemene en vae formuleringswyse daarvan in die *Charter*.¹⁵¹ Regter Dickson verskaf in *R v Big M Drug Mart* 'n omvattende uiteensetting van welke teleologiese argumente aangewend word om die beskermingsveld te konstrueer.¹⁵² Hy verwys na (i) die aard en oorhoofse doelwitte van die *Charter* (objektiewe doelsgebonde konstruksie), (ii) die woordgebruik van die betrokke reg of vryheid in die *Charter* (grammatikale konstruksie) (iii) die historiese oorsprong van die konsepte daarin vervat (genetiese en historiese konstruksie), (iv) sistematiese en kontekstuele konstruksie (betekenis en doel van die ander regte waarmee dit geassosieer word in die *Charter*), en (v) dat 'n wye, maar nie 'n legalistiese benadering nie, gevolg moet word. Hierop het Hoofregter Dickson in *R v Oakes* die onderliggende doel van die spesifieke fundamentele reg (artikel 11(d) se onskuldsvermoede) vasgestel deur die fundamentele waardes wat daardie reg verwoord, te ontleed.¹⁵³

In *R v Big M Drug Mart* word ook bevestig dat die doel en effek van 'n gewone regsnorm met doelsgebonde konstruksie ontleed moet word om te bepaal of dit die *Charter* se waarborge beperk.¹⁵⁴ *In casu* het die Kanadese *Supreme Court* bevind dat

[1984] 2 S.C.R. 145, 157 per Dickson R wat bevind dit is *first necessary to specify the purpose underlying s 8: in other words, to delineate the nature of the interests it is meant to protect*. Vgl Peck 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25 5-6.

151 Strayer *The Canadian Constitution* 249.

152 *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 344. Hierdie metode is voorts deur Lamer R in *Reference re s. 94 (2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 511-512 toegepas: *I have, in this judgement, undertaken a purposive analysis of the term 'principles of fundamental justice' in s. 7 of the Charter in accordance with the method established by this Court. ... Accordingly, the point of departure for the analysis has been a consideration of the general objectives of the Charter in light of the general principles of Charter interpretation. ... This was followed by a detailed analysis of the language and structure of the section as well as its immediate context within the Charter*. Sien ook *Ford v Quebec (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 712, 762; *Pentney Interpreting the Charter* 23; *Beatty Talking Heads* 16-17.

153 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 119 (namens Chouinard R, Lamer R, Wilson R, en Le Dain R).

154 *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 331-332 per Dickson R: *In my view, both purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation. All legislation is animated by an object the legislature intends to achieve. This object is realized through the impact produced by the operation and application of the legislation. Purpose and effect respectively, in the sense of the legislation's object and its ultimate impact, are clearly linked, if not indivisible. Intended and actual effects have often been looked to for guidance in assessing the legislation's object and thus its validity. Moreover, consideration of the object of legislation is vital if rights are to be fully protected. The assessment by the courts of legislative purpose focuses scrutiny upon the aims and objectives of the legislature and ensures they are consonant with the guarantees enshrined in the Charter. The declaration that certain objects lie outside the legislature's power*

'n federale statute wat handeldryf op Sondag verbied artikel 2(a) van die *Charter* se waarborg van godsdienstryheid aantast.¹⁵⁵ Die Hof het naamlik vasgestel dat die *Lord's Day Act* 'n godsdienstige oogmerk ten doel het, naamlik om mense te verplig om die Christelike Sondag te respekteer. Deurdar hierdie oogmerk teenstrydig met artikel 2(a) is, is dit onnodig om verder die gevolg of effek van so 'n ongrondwetlike reghnorm te ontleed, daar die ongeldigheid van eersgenoemde selfs nie deur laasgenoemde ophef kan word nie.¹⁵⁶ Hierdie standpunt van Regter Dickson skep die indruk asof die doel en oogmerk van 'n wet belangriker is as die gevolge en effek daarvan vir die bepaling van die regsgeldigheid van beperkende reghnorme.¹⁵⁷ Voorts is bevind dat hierdie reghnorm se beperkende doel ook nie met behulp van artikel 1 se beperkingsmaatstawwe gereghverdig kan word nie.¹⁵⁸

Hierteenoor het Regter Wilson in haar afsonderlike ondersteunende opinie tot die meerderheidsbeslissing in *R v Big M Drug Mart* 'n eiesoortige konstruksie gevolg.¹⁵⁹ Hoewel sy in beginsel beide die doel en effek van wetgewing as belangrik vir grondwetlike konstruksie ag, tref sy wel 'n onderskeid. Die wetgewersdoel van reghnorme word naamlik geraadpleeg by federale kwessies waar bepaal word of die verdeling van owerheidsghesag *ultra vires* gheskied het al dan nie. Hierteenoor word slegs die gevolg of effek, en nie ook die doel of oogmerk nie, nagespeur tydens die interpretasie van wetgewing om te bepaal of dit inbreuk op fundamentele regh maak. Die oogmerk en doel speel na haar mening eers 'n rol tydens die tweede stap van *Charter*-konstruksie, naamlik wanneer die regghverdigbaarheid van 'n gewone reghnorm se beperking van 'n fundamentele regh ingevolge artikel 1 se vereistes

checks governmental action at the first stage of unconstitutional conduct. Further, it will provide more ready and more vigorous protection of constitutional rights by obviating the individual litigant's need to prove effects violative of Charter rights. It will also allow courts to dispose of cases where the object is clearly improper, without inquiring into the legislation's actual impact. Vgl ook Peck 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25 32-40.

155 *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 331 per Dickson R.

156 *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 334 per Dickson R. Op 333 meld Dickson R soos volg: *If the acknowledged purpose of the Lord's Day Act, namely, the compulsion of sabbatical observance, offends freedom of religion, it is then unnecessary to consider the actual impact of Sunday closing upon religious freedom. Even if such effects were found inoffensive, as the Attorney General of Alberta urges, this could not save legislation whose purpose has been found to violate the Charter's guarantees. In any event, I would find it difficult to conceive of legislation with an unconstitutional purpose, where the effects would not also be unconstitutional.*

157 Strayer *The Canadian Constitution* 246.

158 *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 353 per Dickson R.

159 *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 360-362. Vgl ook Pentney *Interpreting the Charter* 33-34.

beoordeel word. Regter Wilson beskou hierdie onderskeid as noodsaaklik om die analitiese skeiding tussen die twee soorte grondwetlike toetsingsmoontlikhede te handhaaf. Voorts lei haar konstruksie tot 'n ligter bewyslas vir 'n applikant wat beweer dat sy of haar fundamentele regte aangetas is.

Hoewel hier duidelik 'n klemverskil tussen die regters bestaan oor die rol wat die doel of oogmerk en die gevolg of effek van beperkende regsnorme tydens interpretasie van die *Charter* speel, is die verskil waarskynlik nie wesenlik nie. Solank die algemene reël nagevolg word dat alle fasette van owerheidshandeling teenoor die *Charter*-maatstawwe beoordeel word ten einde maksimum beskerming van die fundamentele regte en vryhede te verseker.¹⁶⁰

In 1986 het die *Supreme Court* in *R v Edwards Books and Art Ltd*¹⁶¹ weer 'n geleentheid gekry om die verhouding tussen die doel en gevolg van wetgewing tydens die eerste uitlegstap van *Charter*-regte te verklaar. *In casu* het 'n provinsiale wet Sondag as rusdag vir werknemers in besighede voorgeskryf. Daar is egter 'n uitsondering gemaak vir bepaalde besighede wat van Vrydagmiddag tot middernag op 'n Saterdag (vir godsdienstige redes) gesluit is om wel op 'n Sondag handel te dryf mits daar nie meer as sewe werknemers en 5000 vierkante voet winkelruimte gebruik word nie. Die Hof bevind, met verwysing na die titel, teks, wetgewende debatte en die verslag van die provinsiale regshervormingskommissie dat die doel van hierdie regsnorm nie in die eerste plek godsdienstig was nie, maar wel die sekulêre oogmerk gehad het om Sondag as 'n eenvormige rusdag vir kleinhandelwerknemers voor te skryf. Hierdie doel - ingeslote die godsdienstige uitsondering - is as toelaatbaar bevind.¹⁶² Hierna word die gevolge van hierdie eenvormige rusdag beoordeel en bevind dat die wetgewing wel inbreuk maak op artikel 2(a) se godsdiensvryheid van handelaars en ander mense wat weens godsdienstige redes op Saterdag hul rusdag wil neem.¹⁶³ In effek beteken dit dat Saterdagaanbidders amper glad nie oor naweke

160 Vgl Pentney *Interpreting the Charter* 34.

161 [1986] 2 S.C.R. 713. Vgl voorts Hogg *Constitutional Law* 807; Pentney *Interpreting the Charter* 34.

162 *R v Edwards Books and Art Ltd* [1986] 2 S.C.R. 713, 744-752 per Dickson HR.

163 *R v Edwards Books and Art Ltd* [1986] 2 S.C.R. 713, 756; 762-766 per Dickson HR. Die verhouding tussen die doel en effek van wetgewing is ook ondersoek in *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, 62-63 en 65 per Dickson HR. Die Hof wat bevestig dat nie net die doel van aborsiewetgewing nie, maar ook die effek van die implementering daarvan in die praktyk ontleed word. Hier het die gebrek aan effektiwiteit in die administrasie van die voorgeskrewe prosedure

besigheid kan doen nie, wat besondere finansiële nadeel en persoonlike ongerief meebring, in vergelyking met die handelaars en mense wat op Sondag en godsdienste kan beoefen. (Die Hof het egter tydens die tweede stap weereens beide die doel en gevolg van die beperkende wetgewing ontleed, en na 'n balansering van belange bevind dat hierdie beperking wel ingevolge artikel 1 van die *Charter* geregverdig was.)

d) Grammatikale konstruksie

Die Hof vind as 'n beginpunt vir grondwetlike konstruksie aansluiting by die gewone *common law*-reëls van statutêre uitleg deur die geskrewe teks van die *Charter* ter aanvang te interpreteer.¹⁶⁴ Die spesifieke teks van sowel die beperkende wet as van die grondwetlike norm word dus bestudeer.¹⁶⁵ Weens die *sui generis* aard van die *Charter* se norme sal die teks waarskynlik nie voldoende wees om die beskermingsveld van 'n reg aan te dui nie, deurdat die teks soms bewustelik vaag en algemeen geformuleer is om by verskillende situasies met die verloop van tyd te kan aanpas.

Hoewel konkretisering van fundamentele regte meer as blote tekstuele interpretasie behels, kan die teks nie sonder meer geïgnoreer word om 'n spesifieke konstruksie te regverdig nie. Dit is byvoorbeeld nie toelaatbaar om die term fundamentele geregtigheid in artikel 7 van die *Charter* met die konsep van natuurlike geregtigheid te vervang nie. Die grondwetskrywers het daardie begrip juis bewustelik uitgelaat, en hul keuse moet gerespekteer word.¹⁶⁶ 'n Grammatikale konstruksie van die teks kan egter geïgnoreer word indien dit (i) die aard en doel van 'n bepaling sal negeer, of (ii) tot absurditeite lei, of (iii) die woorde in die teks *intractable* is, in welke geval 'n konstruksie gevolg moet word wat die onderlinge waardes van die *Charter* weerspieël.¹⁶⁷

om 'n abortus te bekom, die psigiese en fisiese veiligheid van swanger vroue aangetas.

164 Vgl Strayer *The Canadian Constitution* 255; Pentney *Interpreting the Charter* 24.

165 Vgl bv *Reference re Manitoba Language Rights* [1985] 1 S.C.R. 721, 737.

166 Sien *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 503 per Lamer R: *We must, as a general rule, be loath to exchange the terms actually used with terms so obviously avoided.*

167 *Dubois v The Queen* [1985] 2 S.C.R. 350, 363-364 per Lamer R (namens die meerderheid). Sien

Enkele sake illustreer vervolgens die *Supreme Court* se gebruik van grammatikale konstruksie. Die Hof is tydens die eerste twee sake van *Law Society of Upper Canada v Skapinker*¹⁶⁸ en *Attorney General (Quebec) v Quebec Protestant Schools Board*¹⁶⁹ gekonfronteer met gevalle waar onderskeidelik die reg op bewegingsvryheid en die reg op onderwys in die taal van eie keuse, minder tradisioneel maar terselfdertyd meer spesifiek bewoord was. Gevolglik het die Hof sterker op die grammatikale konstruksie gesteun deur in beide gevalle aan die teks gevolg te gee.¹⁷⁰

In *Reference re Manitoba Language Rights*¹⁷¹ het die Hof die erkende statutêre uitlegreëls (gewone betekenisreël en interpretasiewette) gevolg om die gewone grammatikale betekenis van die term *shall* uit te lê in die verpligte taalvoorskrifte van artikel 23 van die Provinsiale Grondwet van Manitoba (*Manitoba Act, 1870*), en artikel 133 van die Kanadese Nasionale Grondwet (*Constitution Act, 1867*). Beide bepalinge het vereis dat federale sowel as provinsiale wetgewing in beide die Franse en Engelse tale moet wees.

Voorts het die Hof in *Hunter v Southam*¹⁷² bevind dat daar geen aanduiding uit die bewoording van artikel 8 van die *Charter* (reg teen onredelike visentering en beslaglegging) te vinde was wat dit kon regverdig om die beskermingsveld van daardie reg tot die beskerming van eiendomsreg te reduceer nie. Artikel 8 se doel was juis om eerder 'n breë en algemene waarborg teen onredelike visentering en beslaglegging te bied.

e) Kontekstuele en sistematiese konstruksie

Regter Dickson het in *R v Big M Drug Mart* ook die bestudering van die *Charter* se konteks en struktuur waarin 'n bepaalde reg of vryheid vervat is, vereis ten einde

ook Pentney *Interpreting the Charter* 24.

168 [1984] 1 S.C.R. 357.

169 [1984] 2 S.C.R. 66.

170 Beatty *Talking Heads* 17.

171 [1985] 1 S.C.R. 721, 737-738. Die spesifieke konstruksie is daarna bevestig met verwysing na die historiese konteks en die Franse teks van beide bepalinge.

172 [1984] 2 S.C.R. 145, 158.

daardie norm se beskermingsveld te bepaal.¹⁷³ Hy het spesifiek verwys na die doel en oogmerk van die ander regte en vryhede *with which it is associated within the text of the Charter*. Dit is 'n duidelike verwysing na die geheel van die *Charter* as 'n eenheid.¹⁷⁴ Hierdie woorde van Regter Dickson beklemtoon voorts die belang van die strukturele konteks in enge sin, of te wel daardie ander regte en vryhede wat saam met die spesifieke reg wat geïnterpreteer moet word onder dieselfde opskrif in die *Charter* vervat word.¹⁷⁵ Hier word egter nie verwys na artikels 25-29 van die *Charter* se spesiale uitlegvoorskrifte nie, omdat hierdie norme nie beperk is tot enige spesifieke bepaling nie, maar na gelang van omstandighede op verskillende regte of vryhede van toepassing kan wees.¹⁷⁶

Twee voorbeelde illustreer die aanwending van kontekstuele konstruksie deur die *Supreme Court* tydens die regbank se konkretisering van die fundamentele regte en vryhede van die *Charter*.¹⁷⁷ In *Dubois v The Queen* het Regter Lamer sy konstruksie begrond op die kontekstuele verband wat hy gevind het tussen *closely related* prosedurele regte van (i) 'n getuie se reg teen die gebruik van inkriminerende getuienis wat uit ander regsproesse voortspruit (artikel 13), (ii) 'n beskuldigde se reg om nie teen homself te getuig nie (artikel 11(c)), en (iii) die onskuldsvermoede (artikel 11(d)).¹⁷⁸ Die applikant is voorheen skuldig bevind aan moord, maar op appèl is 'n nuwe verhoor weens 'n probleem met die jurie gelas. Tydens die tweede proses probeer die vervolging om sy vrywillige getuienis in die eerste verhoor as getuienis teen hom te gebruik. Hy maak beswaar op grond van artikel 13 se beskerming teen selfinkriminasie. Die Hof bevind dat die beginsel van *a case to meet* die gemeenskaplike onderliggende kenmerk van al drie prosedurele regte is, en dat die doel van artikel 13 ondermyn sou word as daardie onderliggende waarborg nie ook tydens hierdie tweede verhoor geld nie.¹⁷⁹

173 *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 344.

174 Pentney *Interpreting the Charter* 26.

175 Pentney *Interpreting the Charter* 26; Beatty *Talking Heads* 17.

176 Pentney *Interpreting the Charter* 26.

177 Vgl die uiteensetting in Pentney *Interpreting the Charter* 26-27.

178 *Dubois v The Queen* [1985] 2 S.C.R. 350, 356 per R Lamer (namens die meerderheid).

179 *Dubois v The Queen* [1985] 2 S.C.R. 350, 357-358 per Lamer R. Op 365 vervolg hy: *Our constitutional Charter must be construed as a system where 'Every component contributes to the meaning as a whole, and the whole gives meaning to its parts'. ... The courts must interpret each section of the Charter in relation to the others.*

Die algemene beginsel van noodsaaklikheid van kontekstuele uitleg word ook in *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)*¹⁸⁰ aangedui, hoewel die regters verskil oor welke ander regte van belang is. Regter Lamer het die kontekstuele verband tussen artikels 7 en 8-14 aangedui toe hy laasgenoemde as 'n meer spesifieke vergestaltung van die algemene beginsel in eersgenoemde reg bestempel het.¹⁸¹ Hierteenoor het Regter Wilson in haar afsonderlike beslissing tot die meerderheidsuitspraak beslis dat artikels 8-14 as nie van veel waarde vir die uitleg van artikel 7 se beginsels van fundamentele geregtigheid beskou kan word nie, omdat dit selfstandige bepaling is. Artikels 8-14 vorm vir haar hoogstens nuttige aanduidings van fasette van die reg op lewe, vryheid en persoonlike veiligheid.¹⁸²

Kontekstuele uitleg word egter nie beperk tot slegs die interpretasie van die *Charter*-norme nie, maar word ook tydens ontleding van die beperkende wetgewing, dus tydens gewone statutêre uitleg, aangewend. Regter Wilson het byvoorbeeld in *Singh et al v Minister of Employment and Immigration* bepaal dat die werking van die immigrasiebepalings slegs beoordeel kan word indien dit in die konteks van die betrokke immigrasiewet as 'n geheel beoordeel word.¹⁸³ Slegs deur die struktuur van hierdie wet te ontleed kan bepaal word of daar wel 'n gebrek aan prosedurele geregtigheid tydens oorweging van die appellante se vlugtelingsaansoeke was.

f) Historiese en genetiese konstruksie

Dit is opmerklik dat die Kanadese staatsreg nie soos in die Duitse staatsreg 'n dogmatiese onderskeid tussen historiese en genetiese argumente tref nie. Die Kanadese regbank verwys eenvoudig in algemene terme na die geskiedenis van 'n regsnorm tydens interpretasie daarvan. Regter Dickson het juis in *R v Big M Drug Mart* onder meer 'n studie na die historiese oorsprong van die fundamentele regte en

180 [1985] 2 S.C.R. 486.

181 *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 512 en 502: *Sections 8 to 14, ... address specific deprivations of the 'right' to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice, and as such, violations of s. 7. They are designed to protect, in a specific manner and setting, the right to life, liberty and security of the person in s. 7.*

182 *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 530 per Wilson R.

183 *Singh et al v Minister of Employment and Immigration* [1985] 1 S.C.R. 177, 188 per Wilson R (namens Dickson HR en Lamer R).

vryhede in die *Charter* onderneem ten einde die beskermingsveld van daardie betrokke fundamentele reg of vryheid te konstrueer.¹⁸⁴ Die historiese dimensie kom veral ter sprake by daardie regte en vryhede wat tradisioneel met 'n langer geskiedenis in die Kanadese reg bestaan, soos artikel 2(a) se godsdiensvryheid of artikel 11(d) se onskuldsvermoede en die reg op regterlike onpartydigheid. Dit is egter nie die geval by artikel 8 se waarborg teen onredelike visentering en beslaglegging wat nie oor 'n duidelike historiese aanloop in die Kanadese staatsreg beskik nie.¹⁸⁵ Hierdie historiese oorsprong van *Charter*-norme dui egter nie in die streng *originalist*-tradisie op die histories-stadiese betekenis tydens aanvaarding van die *Charter* nie, maar probeer eerder om inspirasie en leiding uit die onderliggende waardes aan die hele Kanadese regstradisie te put ten einde die gepaste beskermingsveld van daardie regte te konstrueer.¹⁸⁶ Dit beteken dat die Kanadese reg die klassieke kanons van historiese, genetiese en regsvergelijkende konstruksie in die Duitse reg deur 'n doelsgebonde interpretasiebril bestudeer.¹⁸⁷

Die dogmatiese onderskeid in die Duitse reg tussen historiese en genetiese kanons van konstruksie vorm wel 'n handige sistematiseringsmaatstaf vir verskillende argumente wat in die Kanadese konstitusionele hermeneutiek gebruik word. Hiervolgens is genetiese konstruksie sinoniem met die wetgewende geskiedenis (*travaux préparatoires*) van 'n statutêre regsnorm.¹⁸⁸ Hierdie gelykstelling is juis

184 *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 344.

185 Vgl *Beatty Talking Heads* 17. Sien *Hunter v Southam Inc* [1984] 2 S.C.R. 145, 155 per Dickson R (visentering en beslaglegging); *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 344-345 per Dickson R (godsdiensvryheid); *Valente v The Queen* [1985] 2 S.C.R. 673, 691-692 per Le Dain R (regterlike onpartydigheid); *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 120 en 122-125 per Dickson HR (onskuldsvermoede).

186 Pentney *Interpreting the Charter* 25.

187 *This does not require an analysis merely of specific enactments or judgements which are pertinent to a right or freedom; instead a purposive approach requires that the origins of a right or freedom in Canadian, British or (more broadly) western legal traditions be examined in order to provide an understanding of the concept embodied in the right or freedom. This is history writ large, and it may require an analysis of legal history and doctrinal antecedents, as well as an examination of broader social or political history.* Vgl Pentney *Interpreting the Charter* 25.

188 Die bergip wetgewende geskiedenis in die Kanadese reg verwys na die dokumentêre getuienis wat die gebeure bevestig wat tydens die opstel en aanname van wetgewing plaasgevind het. Hogg verstaan hieronder (i) die verslag van die koninklike of regshervormingskommissie of parlementêre komitee wat die statuut aanbeveel het, (ii) 'n regeringsbeleidskrif soos 'n witskrif, groenskrif, of begrotingsplan wat die aanvaarding van die wet aanbeveel, (iii) eksterne verslae waarop tydens die wetgewingsproses gesteun is, (iv) die weergawes van die statuut as 'n wetsontwerp, (v) standpunte van ministers en parlamentslede sowel as deskundiges wat voor die gekose komitee in die wetgewer vir die wet getuig het, en (vi) algemene toesprake in die parlement toe die wetsontwerp gedebatteer is. Die wetgewende geskiedenis sluit nie ekstrinsieke

belangrik as die toelaatbaarheid van ekstrinsieke getuienis oor die wetgewende geskiedenis van 'n statutêre reghnorm in die Kanadese reg beoordeel word. Genoemde onderskeid stel die leser in staat om te bepaal of die oorspronklike bedoeling van die wetgewende liggaam met behulp van ekstrinsieke getuienis vasgestel kan word. Die beantwoording van hierdie vraag word vergemaklik as die hermeneut op genetiese argumente fokus en dit nie verwar met die historiese kanon nie. Vervolgens word die invloed van die wetgewende ontstaansgeskiedenis (genetiese konstruksie) van die *Charter* (en Grondwet) sowel as van die statuut wat op daardie regte en vryhede inbreuk maak, ondersoek.

(i) Ontstaansgeskiedenis van beperkende wetgewing

Die ontstaansgeskiedenis van 'n reghnorm wat 'n fundamentele reg beperk word algemeen aangewend om die oogmerk en effek (gevolge) van daardie wet vas te stel.¹⁸⁹ In federalisme-geskille help dit met die klassifikasie van die saak sodat die wet onder die regte regeringsvlak se kompetensies ingedeel kan word.¹⁹⁰ By *Charter*-sake word die wetgewende geskiedenis geraadpleeg om te bepaal of dit die doel van daardie beperkende wet was om fundamentele regte of vryhede te beperk.¹⁹¹ Indien wel, word die wetgewende geskiedenis opnuut tydens die tweede konkretiseringstap bestudeer ten einde te bepaal of die beperking redelikerwys ingevolge artikel 1 van die *Charter* regverdigbaar is.¹⁹² Selfs Hoofregter Dickson raadpleeg gerapporteerde parlementêre debatte,¹⁹³ ten spyte van die feit dat hy vroeër

getuienis soos sosiale wetenskaplike inligting in wat nie reeds tydens die wetgewende proses in ag geneem is nie. Vgl Hogg *Constitutional Law* 1284.

189 Strayer *The Canadian Constitution* 266.

190 Vgl by *General Motors of Canada Ltd. v City National Leasing* [1989] 1 S.C.R. 641, 679-681 en 687-688 per Dickson HR ('n amptelike studie oor federalisme en ekonomiese integrasie in Kanada en 'n tussentydse verslag van die *Canadian Economic Council* oor mededingingsbeleid); *Re Upper Churchill Water Rights Reservation Act* [1984] 1 S.C.R. 297, 319 per McIntyre R ('n amptelike inligtingspamflet is toegelaat maar nie openbare en politieke toesprake nie, omdat dit te onbetroubaar is).

191 Vgl *R v Edwards Books and Art Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 713, 744-749 per Dickson HR (parlementêre debatte sowel as 'n verslag van die Regshervormingskommissie).

192 *R v Edwards Books and Art Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 713, 769-772, 777-778 per Dickson HR en 796-799 per Beetz R ('n verslag van die Regshervormingskommissie); *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, 57, 61, 62 en 65-69 per Dickson HR (verslae van amptelike ondersoek na die effek en funksionering van aborsiewetgewing); *R v Whyte* [1988] 2 S.C.R. 3, 24-25 per Dickson HR (parlementêre debatte); *R v Keegstra* [1990] 3 S.C.R. 697, 745-749 per Dickson HR (verslae van amptelike komitees oor rassistiese propaganda). Vgl in die algemeen Hogg *Constitutional Law* 1285; Strayer *The Canadian Constitution* 286; Alexander 1990 *University of Toronto Law Journal* Vol 40 19-22.

193 *R v Edwards Books and Art Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 713, 744-745 en 749; *R v Whyte* [1988] 2

die interpretasiewaarde van hierdie debatte bevraagteken het.¹⁹⁴ Daar het dus 'n verandering in die regsposisie oor die uitlegwaarde van genetiese argumente plaasgevind. Vroeër het die gewone reëls van statutêre uitleg verwysing na 'n statuut se ontstaansgeskiedenis verbied, terwyl dit tans wel as hulpmiddel tydens die konstruksie van statutêre reëls in *Charter*-sake gebruik word.¹⁹⁵ In laasgenoemde geval word die ontstaansgeskiedenis nie aangewend om die waarheid of korrektheid van die inligting te bewys nie, maar om die beweegredes vas te stel wat die wetgewende liggaam genoop het om die beperkende reëls aan te neem. Daarom het die Kanadese hof nie vereis dat die ontstaansgeskiedenis van gewone wetgewing soos normale getuie bewys word nie, maar neem hulle soms geregtelik daarvan kennis sonder dat dit formeel bewys hoef te word.¹⁹⁶

(ii) Wetgewende geskiedenis van die Grondwet en *Charter*

Daar bestaan weinig betroubare rekords waaruit die ontstaansgeskiedenis van die *Constitution Act, 1876*, gesaghebbend vasgestel kan word.¹⁹⁷ Daarom is hierdie rekords tydens vroeëre konstitusionele regspraak as van geringe interpretasiewaarde beskou.¹⁹⁸ Die wetgewende geskiedenis van die *Constitution Act, 1876*, is ooreenkomstig die tradisionele reëls van statutêre uitleg slegs bestudeer om die gewone woordeboekbetekenis van grondwetlike norme vas te stel. Die genetiese kanon is dus nie as direkte feitelike getuie geraadpleeg om die doel of gevolge van

S.C.R. 3, 24-25; *Irwin Toy Ltd v Quebec (Attorney General)* [1989] 1 S.C.R. 927, 984-985 per Dickson HR.

194 Vgl *Re Residential Tenancies Act, 1979* [1981] 1 S.C.R. 714, 721 per Dickson R: [G]enerally speaking, speeches made in the Legislature at the time of enactment of the measure are inadmissible as having little evidential weight. Sien ook *Re Upper Churchill Water Rights Reservation Act* [1984] 1 S.C.R. 297, 318 per McIntyre R (na bevestiging van Dickson R in *Reference re Residential Tenancies Act, 1979 supra*): I agree with the Court of Appeal in the present case that extrinsic evidence is admissible to show the background against which the legislation was enacted. I also agree that such evidence was not receivable as an aid to construction of the statute. However, I am also of the view that in constitutional cases, particularly where there are allegations of colourability, extrinsic evidence may be considered to ascertain not only the operation and effect of the impugned legislation but its true object and purpose as well. ... This view is subject, of course, to the limitation ... that only evidence which is not inherently unreliable or offending against public policy should be admissible.

195 Vgl Strayer *The Canadian Constitution* 276-281 vir verdere gesag. Oor die ontwikkeling van die toelaatbaarheid van ekstrinsieke getuie tydens statutêre uitleg, vgl Charles 1983 *Dalhousie Law Journal* Vol 7 7-41.

196 Hogg *Constitutional Law* 1286.

197 Strayer *The Canadian Constitution* 263-264.

198 Vgl bv *Reference re Section 24 of the British North American Act* [1930] 1 D.L.R. 98 (P.C.) (ook soms na verwys as *Edwards v Attorney General (Canada)* [1930] A.C. 124) en *Reference re*

daardie grondwetlike norm te bepaal nie. In meer kontemporêre regspraak word daar egter na die verskillende ontstaansbronne soos parlementêre debatte verwys.¹⁹⁹

In die geval van meer resente staatsregtelike dokumente word uitvoerig na die *travaux préparatoires* verwys.²⁰⁰ In geval van die *Constitution Act, 1982*, en die *Charter* bestaan daar byvoorbeeld volledige rekords van die wetgewende ontstaansgeskiedenis soos die debatte voor die verskillende wetgewende liggame in Kanada en Engeland, verskillende weergawes van die teks in die verskillende wetgewende fases, notules van 'n spesiale parlementêre grondwetlike komitee, regsopinies ensovoorts.²⁰¹ Hierdie wetgewende geskiedenis word as interpretasiebronne van die *Constitution Act, 1982*, geraadpleeg.²⁰² So byvoorbeeld het die Hof uitdruklik erken dat die besondere beskerming wat artikel 23 van die *Charter* aan minderhede se taalregte in die onderwys verleen, spesifiek as oplossing bedoel is vir die historiese taalprobleme wat in Kanada tussen die Franse en Engelse tale ondervind is.²⁰³ Daar moet egter beklemtoon word dat die *Supreme Court* steeds daarteen waarsku om nie te veel bewyswaarde aan die parlementêre debatte te heg nie, omdat dit nie as 'n betroubare bewys van die wetgewer as geheel se bedoeling

Eskimos [1939] 2 D.L.R. 417 (Can. S.C.).

199 Vgl *MacDonald v City of Montreal* [1986] 1 S.C.R. 460, 494 per Beetz R (historiese aanloop tot die taalgeskil wat in opeenvolgende wette, die ooreenkoms met *Quebec* en art 133 van die *Constitutional Act, 1867*, beslag vind – hier word genetiese en historiese kanons egter beide saam bestudeer; *Attorney General (Canada) v Canadian National Transportation, Ltd.* [1983] 2 S.C.R. 206, 226 per Dickson HR (Konfederale debatte vir algemene inligting oor die strafprosesreg). Vgl ook Hogg *Constitutional Law* 1287; Strayer *The Canadian Constitution* 281.

200 Strayer *The Canadian Constitution* 264-265.

201 Hogg *Constitutional Law* 1288.

202 *Dubois v The Queen* [1985] 2 S.C.R. 350, 360 per Lamer R (meerderheidsbeslissing) (vroeëre weergawe van art 13 van die *Charter*); *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 504-507 (opmerkings voor 'n parlementêre komitee in Hansard); *United States of America v Cotroni* [1989] 1 S.C.R. 1469, 1479-1480 per La Forest R (meerderheidsbeslissing) (getuienis voor 'n spesiale gesamentlike parlementêre komitee); *Mahe v Alberta* [1990] 1 S.C.R. 342, 369 per Dickson HR (parlementêre debatte in Hansard). Vgl ook Hogg *Constitutional Law* 1288.

203 *Attorney General (Quebec) v Quebec Protestant School Boards* [1984] 2 S.C.R. 66, 79: *This set of constitutional provisions was not enacted by the framers in a vacuum. When it was adopted, the framers knew, and clearly had in mind the regimes governing the Anglophone and Francophone linguistic minorities in various provinces in Canada as far as the language of instruction was concerned. They also had in mind the history of these regimes.* Hierop het die Hof (79-81) uitvoerig verwys na die voorafgaande taalwetgewing wat vir skole in Quebec aangeneem is om hierdie probleem aan te spreek. Hierdie opvolgende argument van die Hof is 'n goeie voorbeeld van hoe die regbank genetiese en historiese kanons saam raadpleeg. Dit dien as bevestiging van die vroeëre argument dat die dogmatiese onderskeid wat in die Duitse reg tussen genetiese en historiese kanons gevolg word, nie so klinies op die Kanadese reg oorgedra kan word nie.

beskou kan word nie.²⁰⁴

g) Regsvergelyking

Regsvergelykende konstruksie is 'n belangrike eksterne bron vir die konkretisering van die fundamentele regte en vryhede wat in die *Charter* vervat is. Regsvergelyking is juis moontlik omdat die *Charter* sterk ooreenkomste met ander vergelykbare menseregteverklarings in Wes-Europa, die Verenigde State van Amerika en in die volkereg toon.²⁰⁵ Die *Supreme Court* het byvoorbeeld in die saak van *Morgentaler*,²⁰⁶ met verwysing na beslissings van die *BVerfG*, die Europese Hof vir Menseregte en die Amerikaanse *Supreme Court*, aangedui dat dit nie moontlik is om al die emosionele en komplekse belangekonflikte tydens vrugafdrywing tot almal se bevrediging op te los nie.²⁰⁷

Kanadese howe steun veral op beslissings van die Amerikaanse *Supreme Court*, omdat die Amerikaanse *Bill of Rights* een van die ontstaansbronne van die *Charter* was.²⁰⁸ Kanadese howe vind selfs ondersteuning vir die wye, doelsgebonde konstruksie van die *Charter*-regte in Amerikaanse regspraak.²⁰⁹ Regsvergelyking na die Amerikaanse reg word juis vergemaklik deur ooreenkomste tussen die Kanadese

204 *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 504-509 en 512 per Lamer R; *United States of America v Cotroni* [1989] 1 S.C.R. 1469, 1480 per R La Forest (meerderheidsbeslissing); *Mahe v Alberta* [1990] 1 S.C.R. 342, 369 per Dickson HR (in casu is geen waarde aan parlementêre debatte geheg nie). Voorts onderskei Lamer R in die *Motor Vehicle Act*-saak (*ibid*) obiter tussen die toelaatbaarheid van verrigtinge voor parlementêre komitees wat oor 'n geringe bewyswaarde beskik, teenoor die ontoelaatbaarheid van algemene toesprake in die wetgewende liggaam omdat dit onbetroubaar is. Hy brei hierdie skeptisisme verder uit (*ibid* op 512) na historiese bronne van die *Charter* soos die *Canadian Bill of Rights*. (Dit is weereens 'n voorbeeld van genetiese-cum-historiese konstruksie (in negatiewe sin)). Vgl algemeen Strayer *The Canadian Constitution* 282.

205 Vgl in die algemeen Gall *Canada Legal System* 84; Pentney *Interpreting the Charter* 58-62; Mendes 1982 *Alberta Law Review* Vol XX 383-400; Claydon 1982 *Supreme Court Law Review* Vol 4 286-302; Hayward 1985 *University of Western Ontario Law Review* Vol 23 9-20; Alexander 1990 *University of Toronto Law Journal* Vol 40 22-27.

206 *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30.

207 *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, 46 per Dickson HR.

208 Vgl in die algemeen oor die verhouding tussen die Amerikaanse en Kanadese beskerming van individuele regte en vryhede Cameron 1990 *Osgoode Hall Law School* Vol 28 613-640; Bushnell 1986 *University of New-Brunswick Law Journal* Vol 35 157-181; Harvie en Foster 1990 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 28 729-788; Bender 1983 *McGill Law Journal* Vol 28 811-866.

209 Vgl *Hunter v Southam Inc* [1984] 2 S.C.R. 145, 156 per Dickson R: *Such a broad, purposive analysis, which interprets specific provisions of a constitutional document in the light of its larger objects is also consonant with the classical principles of American constitutional construction enunciated by Chief Justice Marshall in M'Culloch v Maryland ... It is, as well, the*

en Amerikaanse regstelsels soos die gemeenskaplike *common law*-tradisie en bekende sosiale en ekonomiese omstandighede, asook die voordeel van omvangryke en gevestigde regspraak oor die beskerming van individuele regte en vryhede in die Amerikaanse reg.²¹⁰ Nogtans het die Kanadese *Supreme Court* teen 'n slaafse navolging van die Amerikaanse reg gewaarsku:

*While it is natural and even desirable for Canadian courts to refer to American constitutional jurisprudence in seeking to elucidate the meaning of Charter guarantees that have counterparts in the United States Constitution, they should be wary of drawing too ready a parallel between constitutions born to different countries in different ages and in very different circumstances, particularly given the substantive implications of both s. 1 and s. 24(1) of the Charter. Canadian legal thought has at many points in the past deferred to that of the British; the Charter will be no sign of our national maturity if it simply becomes an excuse for adopting another intellectual mentor. American jurisprudence, like the British, must be viewed as a tool, not as a master.*²¹¹

Die ooglopende strukturele verskille tussen die Kanadese en Amerikaanse grondwette veroorsaak byvoorbeeld dat daar met groot omsigtigheid na die Amerikaanse debat oor die onderskeid tussen prosedurele en substantiewe geregtigheid in die Kanadese reg verwys word.²¹² Die *Charter* bevat naamlik 'n

approach I intend to take in the present case. Vgl ook Beatty Talking Heads 18-19.

210 Vgl *Law Society of Upper Canada v Skapinker* [1984] 1 S.C.R. 357, 367 per Estey R: *The courts in the United States have had almost two hundred years experience at this task and it is of more than passing interest to those concerned with these new developments in Canada to study the experience of the United States courts.*

211 *R v Rahey* [1987] 1 S.C.R. 598, 639 per La Forest R. Vgl ook Dickson R se waarskuwing in *Hunter v Southam Inc* [1984] 2 S.C.R. 145, 161: *The terms of the Fourth Amendment are not identical to those of s. 8 and American decisions can be transplanted to the Canadian context only with the greatest caution.* Sien verder die versigtige maar soms ook positiewe benadering in *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 498 per Lamer R; *R v Edwards Books and Art Ltd* [1986] 2 S.C.R. 714, 754, 755-757, 774-777 per Dickson HR en 798-800 per La Forest R; *R v Keegstra* [1990] 3 S.C.R. 697, 740 per Dickson HR (meerderheidsuitspraak); *R v Turpin* [1989] 1 S.C.R. 1296, 1317 per Wilson R; *Andrews v Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143, 177-1787 per McIntyre R (oor hierdie aspek was daar eenstemmigheid); *Singh et al v Minister of Employment and Immigration* [1985] 1 S.C.R. 177, 205, 210-212 per Wilson R; *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 129-131 per Dickson HR; *Pentney Interpreting the Charter* 59.

212 *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 498 per Lamer R.

uitdruklike beperkingsklousule in artikel 1 wat saam met die *notwithstanding*-klousule van artikel 33 daartoe lei dat die Kanadese *Supreme Court* 'n wye beskermingsveld aan *Charter*-regte toeken wat later redelikerwys beperk kan word.²¹³ Hierteenoor beskik die Amerikaanse *Bill of Rights* nie oor 'n waarborg vir die beskerming van die samelewing se multikulturele karakter, 'n spesifieke beperkingsklousule, 'n *overriding*-klousule of 'n uitdruklike mandaat vir geregtelike kontrole nie.²¹⁴ Gevolglik bly balansering en grondwetlike amendering die enigste twee moontlikhede in die Amerikaanse staatsreg om die inhoud van individuele en burgerregte te bepaal en te verander.²¹⁵ Die amenderingsproses is egter omslagtig en moeilik wat beteken dat die balanseringsproses die enigste alternatief vir Amerikaanse howe is om komplekse belangekonflikte aan te spreek. Die afwesigheid van 'n uitdruklike grondwetlike mandaat vir regterlike balansering het tot kritiek teen die Amerikaanse regbank gelei dat regters hulle hul op 'n ondemokratiese wyse op die wetgewende terrein begewe. Die Kanadese howe kon egter hierdie legitimeiteitskrisis tot 'n groot mate vermy weens die uitdruklike moontlikheid wat statutêr vir Kanadese regters geskep is om individuele regte en vryhede te kan beperk.²¹⁶

Hogg bevind dat daar geen konsekwente sistematiek bestaan waarvolgens die Kanadese howe regsvergelyking na Amerikaanse gesag onderneem nie.²¹⁷ Hierdie metodologiese leemte beklemtoon juis die uitdaging vir die hermeneut om die regsvergelykende waarde van vreemde presedente deur middel van 'n eerlike analise van die komplekse sosiale, politieke, ekonomiese en filosofiese konteks van oorsprong, te bepaal.²¹⁸ Cameron het hierop 'n doelsgebonde benadering van regsvergelyking na Amerikaanse presedente in die Kanadese reg voorgestel wat vier stappe behels:²¹⁹

213 Hogg *Constitutional Law* 821. Vgl *R v Keegstra* [1990] 3 S.C.R. 697, 743 per Dickson HR (meerderheidsuitspraak).

214 *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 496, 498 per Lamer R.

215 Hogg *Constitutional Law* 822.

216 *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 496-499 per Lamer R. Sien ook Hogg *Constitutional Law* 853.

217 Hogg *Constitutional Law* 821.

218 Pentney *Interpreting the Charter* 59.

219 Cameron J *The Motor Vehicle Refence and the Relevance of American Doctrine in Charter Adjudication* 69 in Sharpe RJ (red) *Charter Litigation* (Toronto 1987) soos aangehaal deur Pentney *Interpreting the Charter* 60.

- (i) bevestig die strukturele, tekstuele en kontekstuele verskille tussen die twee state se menseregte dokumente;
- (ii) evalueer die ontwikkeling van regsreëls in elke stelsel;
- (iii) bepaal die rasionaal agter die onderskeie regsreëls; en
- (iv) bestudeer die praktiese gevolge en effek in die Kanadese reg indien die Amerikaanse voorbeeld as oplossing gebruik sou word.

4.3.4 Ander elemente van grondwetlike interpretasie

a) Progressiewe (evolusionêre) konstruksie

Weens die *sui generis* karakter van fundamentele regte en vryheidsnorme in die *Charter* wat oor 'n lang tydperk by snel veranderende samelewingsomstandighede moet aanpas, word 'n besondere buigbare en progressiewe konstruksie van daardie regsnorme vereis:²²⁰

*The fine and constant adjustment process of these constitutional provisions is left by a tradition of necessity to the judicial branch. Flexibility must be balanced with certainty. The future must, to the extent foreseeable possible, be accommodated in the present. The Charter is designed and adopted to guide and serve the Canadian Community for a long time. Narrow and technical interpretation, if not modulated by a sense of the unknowns of the future, can stunt the growth of law and hence the community it serves. All this has long been with us in the process of developing the institutions of government under the B.N.A. Act, 1867.*²²¹

Hierdie woorde beklemtoon die feit dat daar nie in die gees van dinamiese progressiewe konstruksie ruimte bestaan vir die *originalist*-standpunt van *frozen concepts* wat die regte, vryhede en waardes in die *Charter* se betekenis beperk tot

²²⁰ Vgl Hogg *Constitutional Law* 809.

²²¹ *Law Society of Upper Canada v Skapinker* [1984] 1 S.C.R. 375, 366 per Estey R. Vgl voorts *Hunter v Southam Inc.* [1984] 2 S.C.R. 145, 155-156; *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 509; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Saskatchewan)* [1991] 2 S.C.R. 158, 180 per McLachlin R (meerderheidsbeslissing).

wat dit tydens aanname van die *Charter* was nie.²²² Die noodsaak vir beleidsbeslissings deur regters om in die gees van juridiese realisme gevolg te gee aan die voortdurende beskermingsfunksie van *Charter*-norme in 'n veranderende samelewing, spreek van self.²²³ Ten spyte van fel kritiek vanuit die geleedere van die *originalists* (*interpretivists*) dat progressiewe interpretasie daartoe lei dat regters hul eie waarde-oordele vir die oorspronklike wetgewer se waardes vervang, bly 'n progressiewe benadering wat aanpas by die behoeftes van die regswerklikheid onafwendbaar.

b) Wye konstruksie

Die Hof het by verskeie geleenthede aangedui dat 'n wye benadering gevolg word tydens teleologiese konstruksie as die beskermingsveld van regte en vryhede gekonstrueer word.²²⁴ Regter Dickson het juis aangetoon dat 'n legalistiese benadering nie die gewenste konkretisering van fundamentele regte en vryhede van die *Charter* vir individue kan verseker nie.²²⁵ Tog waarsku hy dat 'n wye interpretasie wat tot 'n oewerlose beskermingsveld van fundamentele regte lei, nie geduld sal word nie. Die beskermingsveld van 'n fundamentele reg of vryheid onder die *Charter* kan slegs in verhouding met die breë konteks van die regswerklikheid

222 Vgl *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 509 per Lamer R.

223 Strayer *The Canadian Constitution* 261.

224 Vgl *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 344 per Dickson R. Hierdie wye benadering van grondwetlike dokumente gaan reeds so ver terug as 1930 in Lord Sankey van die *Privy Council* se klassieke opmerking in *Reference re Section 24 of the British North American Act* [1930] 1 D.L.R. 98, 106-107 (P.C.) (ook soms na verwys as *Edwards v Attorney General (Canada)* [1930] A.C. 124, 136): *The B.N.A Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits. The object of the Act was to grant a Constitution to Canada ... Their Lordships do not conceive it to be the duty of this Board - it is certainly not their desire - to cut down the provisions of the Act by a narrow and technical construction, but rather to give it a large and liberal interpretation.* Die wye interpretasie van fundamentele regte is sedertdien in vele sake bevestig bv *Hunter v Southam Inc* [1984] 2 S.C.R. 145, 155-156; *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 509; *United States of America v Cotroni* [1989] 1 S.C.R. 1469, 1480 per La Forest R (meerderheidsbeslissing); *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Saskatchewan)* [1991] 2 S.C.R. 158, 179 per McLachlin R (meerderheidsbeslissing). Vgl in die algemeen Hogg *Constitutional Law* 812.

225 *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 344 per Dickson R: *The interpretation should be, ... a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the Charter's protection.* In *Ford v Quebec (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 712, 766-767 bevestig die Hof met verwysing na vryheid van spraak die gevestigde regsposisie dat, *the rights and freedoms guaranteed in the Canadian Charter should be given a large and liberal interpretation, therefore there is no sound basis on which commercial expression can be excluded from the protection of s 2(b) of the Charter.*

gekonstrueer word.²²⁶

Regter Wilson het in *R v Morgentaler*²²⁷ die beskermingsveld van fundamentele regte en vryhede in die *Charter* wyd gekonstrueer.²²⁸ Sy het naamlik die beskerming van die reg op individuele vryheid uitgebrei deur die beginsels van fundamentele geregtigheid in artikel 7 saam met die menswaardigheidsbeginsel te lees om vir swanger vrouens persoonlike outonomie in te ruim om self oor hul privaatleuens te besluit. Hierop het sy vir hulle 'n fundamentele reg geskep om self te besluit of hulle 'n aborsie wil ondergaan of nie.²²⁹

Hierteenoor het Regter McIntyre in sy minderheidsuitspraak sterk te velde getrek teen Regter Wilson se wye konstruksie en daarop gewys dat daar geen fundamentele reg op aborsie bestaan ingevolge die Kanadese *common law*, gewoontes, tradisie of *Charter* nie.²³⁰ Hy argumenteer dat dit nie die taak van die hof is om, soos in die huidige geval, onder die dekmantel van interpretasie inderwaarheid nuwe fundamentele regte te skep waarvoor daar nie 'n duidelike grondslag in die *Charter* bestaan nie.²³¹ Weliswaar beskik die hof oor 'n wye toetsingskompetensie onder die *Charter* en implementeer dit daarom doelsgebonde interpretasie ten einde 'n wye, regverdige en liberale inhoud aan die *Charter*-norme te verskaf, maar daardie kompetensie is sinsinsiens beperk tot slegs daardie demokratiese waardes (fundamentele regte en vryhede) wat duidelik in die *Charter* vervat en uitgedruk word. Regter McIntyre meen dit is belangrik in 'n grondwetlike demokrasie soos Kanada dat die Hof uit hoofde van die *rule of law*-beginsel in die voorrede wat perke aan die regsprekende kompetensie oplê, konsekwent die skeiding tussen wetgewende en regsprekende funksies handhaaf.²³² Hy glo nie dat hy as regter sy tradisionele regsprekende taak kan verruil vir 'n populêr beleidmakende funksie nie. Dit beteken

226 *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 344. per Dickson R: *At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the Charter was not enacted in a vacuum, and must therefore, ... be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts.*

227 [1988] 1 S.C.R. 30.

228 Vgl *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, 179 per Wilson R vir 'n wye interpretasie van art 2(a) se beskerming van godsdiens en gewetensvryheid waar sy beide as afsonderlike fundamentele regte, en nie bloot tautologies aan mekaar nie soos die eng benadering, beskou. Godsdienstige sowel as sekulêre gedagtes word dus afsonderlik beskerm.

229 *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, 164-166, 171, 172 per Wilson R.

230 *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, 136-141 per McIntyre R.

231 *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, 136.

egter nie dat alle beleidmakende keuses uitgesluit word nie. Tydens die beregting van moeilike belangekonflikte moet regters noodwendig beleidskeuses maak, die voorwaarde daaraan verbonde is egter steeds dat daardie regterlike konstruksie duidelik in die *Charter* begrend moet wees.²³³

Hogg maak voorts die leser daarop attent dat 'n wye interpretasie nie sinoniem met doelsgebonde konstruksie is nie, ten spyte van die feit dat die howe die twee benaderings in 'n nou verband aanwend.²³⁴ By sekere regte, soos artikel 8 se reg teen onredelike visentering en beslaglegging, sou so 'n sinoniem-konstruksie wel tot maksimum beskerming van die reg aanleiding gee.²³⁵ Daar bestaan egter 'n uitsondering waar die wye konstruksie met regterlike terughoudendheid vervang word, naamlik tydens die konstruksie van taalregte in artikel 133 van die *Constitution Act, 1867*, en artikels 16-22 van die *Charter*. Hierdie regte is juis die resultaat van 'n politieke kompromis om die unieke taalprobleme in Kanada tussen Frans en Engels aan te spreek. Dit is daarom meer spesifiek en duideliker geformuleer met 'n nouer beskermingsveld as die algemene en bekende *due process legal rights* onder artikels 7-14 wat die gemeenregtelike reg op 'n regverdige verhoor bevestig, en dit tot 'n wye konstruksie leen.²³⁶ Hogg argumenteer dat doelsgebonde interpretasie eerder die beskermingsveld van 'n reg sal verklein as vergroot (soos wat die tendens by wye uitleg is), deurdat dit daardie randbelange wat nie fundamenteel beskermingswaardig is nie, uitsluit.²³⁷ Dit is juis die *overshooting* waarteen soms gewaarsku word. Daarom sal 'n wye konstruksie volgens Hogg slegs nuttig wees as dit ondergeskik aan doelsgebonde konstruksie toegepas word.

c) Hiërargie van regte

Daar artikel 33 van die *Charter* dit moontlik maak dat die normatiewe krag van sekere regte deur die wetgewer met 'n *notwithstanding*-verklaring in 'n *overriding*-statuut genegeer kan word, het dit 'n hiërargie van regte en vryhede in die *Charter*

232 *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, 139.

233 *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, 141.

234 Hogg *Constitutional Law* 814-815.

235 Vgl bv *Hunter v Southam Inc* [1984] 2 S.C.R. 145, 157-158; *R v Duarte* [1990] 1 S.C.R. 30, 42-49, 56-57 per La Forest R.

236 Sien *MacDonald v City of Montreal* [1986] 1 S.C.R. 460, 499-501 per Beetz R; *Société des Acadiens v Association of Parents* [1986] 1 S.C.R. 549, 578 per Beetz R.

geskep.²³⁸ Die sogenaamde *common rights* is regte soos artikels 2 (vryheid van godsdienst, spraak, byeenkoms en assosiasie), 7-14 (juridiese regte) en 15 (gelykheid) wat wel ingevolge artikel 33 uitgesluit kan word. Daarteenoor bestaan daar sogenaamde *privileged rights*, synde daardie regte wat nie onder artikel 33 val nie, soos artikels 3-5 (demokratiese regte), 6 (mobiliteitsregte), 16-23 (taalregte) en 28 (geslagsgelykheid). Artikel 28 beskik weer oor die hoogste status deurdat dit ook nie ingevolge artikel 1 beperk mag word nie. Hoewel artikel 35, wat die regte van die inheemse inwoners waarborg, eweneens van artikels 1 en 33 se werking uitgesluit is, vorm dit nie deel van die *Charter* se regte en vryhede nie en bestaan daar geen remedie ingevolge artikel 24 wanneer die regte ingevolge artikel 35 aangetas word nie.

d) *Stare Decisis*-leerstuk

Een van die brandende vrae in die grondwetlike hermeneutiek is die vraag hoe die dissipline van die presedenteleer (gebondenheid aan vorige toepaslike feite) en die leerstuk van *stare decisis* (gebondenheid aan hoër howe se toepaslike beslissings) wat so kenmerkend van statutêre uitleg in die *common law*-regstelsels is, versoenbaar is met die metodologiese vryheid wat teleologiese konstruksie en die uitoefening van waarde-oordele tydens die konkretisering van fundamentele regte meebring. Met ander woorde, wat is die gebruikswaarde van hierdie leerstukke buite die tradisionele appèl-, siviele of strafjurisdiksies in die geval van regspraak oor die *Charter*-norme? Dit blyk dat die wyse waarop regters hierdie vraag in Kanada beantwoord 'n belangrike rol speel om die omvang van hul bereidwilligheid tot regskepping tydens die interpretasie van fundamentele regte te bepaal.²³⁹

Die voordele van die twee leerstukke vir die Kanadese reg is ooglopend. Dit bevorder 'n regstelsel met kenmerke soos regsekerheid, voorsienbaarheid, deurlopendheid, stabiliteit, konsekwentheid, akkommodasie van verandering, en gedetailleerde maar praktiese regspraak.²⁴⁰ Daar bestaan egter ook enkele nadele soos dat dit die reg rigied en onbuigsaam kan maak, dat onlogiese onderskeide volg,

237 Hogg *Constitutional Law* 814-815.

238 Vgl Hogg *Constitutional Law* 817.

239 Gall *Canada Legal System* 273.

en dat die reg te omvangryk, kompleks en tegnies raak sodat geregtigheid nie noodwendig in alle gevalle gedien word nie.²⁴¹ Kortom, bogenoemde verskille in die Kanadese *common law*-tradisie herinner aan die tradisionele spanningsverhouding tussen die fundamentele beginsels van regsekerheid en geregtigheid wat in Hoofstuk 2 met betrekking tot die Duitse regstaat aangetoon is.

Die Kanadese regspraak oor federalisme maak gebruik van die gevestigde regsreël dat die Kanadese *Supreme Court* gebonde is aan die Hof se vorige toepaslike beslissings, hoewel die Hof nie meganies aan die *stare decisis*-leer klou nie, soos die omverwerping van vorige beslissings per geleentheid bevestig.²⁴² Met die aanvang van *Charter*-regspraak in 1982 was daar noodwendig geen presedente waaraan die hof gebonde was nie.²⁴³ Die *Bill of Rights* is slegs tot 'n beperkte mate geraadpleeg in sover die taalgebruik ooreengestem het, hoewel dit uitdruklik as bindende presedent deur die Hof verwerp is weens die inherente strukturele en statusverskille tussen beide dokumente.²⁴⁴

Kanadese regters gebruik verskillende maniere om by onaanvaarbare presedente verby te kom.²⁴⁵ Regters kan daardie beslissings bloot ignoreer en meld die presedent was vals, of hulle meld dat dit per abuis foutief beslis is deurdat 'n belangrike presedent byvoorbeeld nie in ag geneem is nie, of hulle kan die huidige feite van die vermeende presedent onderskei (*distinguishing*), of die presedent kan geherinterpreteer word sodat die bestaande uitleg as 'n *obiter dictum* bestaan wat nie oor bindende nie maar slegs ooredende regsrag beskik, terwyl die nuwe weergawe as die bindende *ratio decidendi* vertolk word. Die mate waartoe regters bereid is om van *distinguishing* of ander metodes gebruik te maak, bepaal in hoe verre hulle 'n groter wetgewende kompetensie sal uitoefen in plaas van blote interpretasie.²⁴⁶

Hogg meen dat die *Supreme Court* in *Charter*-gevalle nie streng gebonde moet wees

240 Gall *Canada Legal System* 289.

241 Gall *Canada Legal System* 291.

242 Vgl Gall *Canada Legal System* 281-284 en veral die gesag verwys in vt 11.

243 Strayer *The Canadian Constitution* 259.

244 *R v Big M Drug Mart Ltd* [1985] 1 S.C.R. 295, 342-344; *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 122-125 per Dickson HR; *Singh et al v Minister of Employment and Immigration* [1985] 1 S.C.R. 177, 209 per Wilson R; *R v Therens* [1985] 1 S.C.R. 613, 638-639 per Le Dain R.

245 Gall *Canada Legal System* 291-293.

246 Gall *Canada Legal System* 294.

aan presedente nie, omdat grondwetlike beslissings slegs deur die wetgewer met die moeisame proses van grondwetlike amendament gewysig kan word en nie, soos met gewone beslissings, eenvoudig deur die wetgewer nie.²⁴⁷ Dit is voorts belangrik vir grondwetlike interpretasie om buigbaar te wees sodat die reg progressief by 'n snel veranderende samelewing kan aanpas sonder om deur argaïese presedente gebind te word.

e) Vermoedens

Hoewel verskeie vermoedens voor die inwerkingtreding van die *Charter* as hulpmiddels tydens grondwetlike interpretasie aangewend is, het dit op enkele uitsonderings na weinig waarde tydens die konkretisering van fundamentele regte en vryhede in die *Charter*.²⁴⁸ Pentney meen dat hoewel dit nie skade kan doen om soms na vermoedens te verwys nie, soos die vermoede *in dubio pro libertate*, is die vermoedens eenvoudig nie so effektief soos doelsgebonde konstruksie om die onderliggende waardes in die *Charter* na te speur en te waarborg nie.²⁴⁹

(i) Vermoede van grondwetlikheid en *judicial restraint*

Waarskynlik een van die belangrikste vermoedens tydens grondwetlike konstruksie wat reeds voor inwerkingtreding van die *Charter* gegeld het, was die vermoede van grondwetlikheid van wetgewing.²⁵⁰ Tydens federalismesake het die vermoede die bewyslas op die party geplaas wat die ongrondwetlikheid van sodanige wetgewing beweer het. Voorts het dit 'n belangrike vorm van *judicial restraint* gevorm, omdat dit die ruimte vir die uitoefening van die regterlike kontrolekompetensie aansienlik ingeperk het. Tans word die vermoede van grondwetlikheid in die Kanadese staatsreg in drie fasette van die beginsel van *judicial restraint* vergestalt.²⁵¹

Eerstens word regterlike terughoudendheid (*judicial restraint*) aangewend tydens

247 Hogg *Constitutional Law* 221.

248 Pentney *Interpreting the Charter* 35.

249 Pentney *Interpreting the Charter* 35, 37.

250 *Manitoba (Attorney General) v Metropolitan Stores Ltd* [1987] 1 S.C.R. 110, 122 per Beetz R. Vgl in die algemeen Pentney *Interpreting the Charter* 35-37; Gall *Canada Legal System* 84; Hogg *Constitutional Law* 122, 390-391, 859-860; Strayer *The Canadian Constitution* 251-254, 292-293, 306-337, 339.

geregtelike kontrole van sake wat op beginsels van federalisme berus. In daardie gevalle word die wetgewing slegs ongeldig verklaar indien dit duidelik teenstrydig is met die grondwetlike beperkings waaraan die betrokke federale of provinsiale wetgewende liggaam gebonde is.

Tweedens word daar slegs 'n rasonale grondslag (*rational basis*) as bewysmaatstaf vereis indien die owerheid die feitelike basis waarop wetgewing gegrond is, soos die bestaan van 'n noodtoestand, moet bewys.²⁵² Hierdie bewysmaatstaf geld weereens net vir sake waar die grondwetlikheid op grond van beginsels van federalisme betwis word.

Derdens pas die Hof die tegniek van *reading down* toe indien 'n regsnorm op 'n grondwetlike sowel as 'n ongrondwetlike wyse interpreteer kan word.²⁵³ Dit beteken dat die Hof daardie konstruksie volg wat versoenbaar met die eise van die *Charter* is.²⁵⁴ *Reading down* is net moontlik indien die taal van die regsnorm so algemeen is dat beide konstruksies moontlik is. *Reading down* is dus die Kanadese eweknie van *verfassungskonforme Interpretation* in die Duitse reg. Hierdie uitlegreël is egter ook onderhewig aan bepaalde beperkinge, deurdat die Hof nie wetgewend mag optree deur woorde in die wetgewing oor te skryf of te rekonstrueer nie, soos om byvoorbeeld die woord *may* met *shall* te vervang.²⁵⁵

Hierdie drie reëls van *judicial restraint* geld indien die grondwetlikheid van regsnorme op grond van federalisme betwis word. In so 'n geval beslis die Hof eventueel steeds ten gunste van die owerheid, hetsy federaal of provinsiaal - 'n

251 Hogg *Constitutional Law* 859.

252 In *Reference re Anti-Inflation Act* [1976] 2 S.C.R. 373 moes die Hof beslis of 'n hoë inflasiekoers as 'n noodgeval beskou kan word wat die Parlement se inwerkingstelling van federale noodmagte kon regverdig. Die Hof het eksentrieke getuienis aanvaar soos onbeëdigde sosiaal-wetenskaplike menings oor hierdie feite. Hierop meld Laskin HR (*ibid* 423) dat indien die buitengewone omstandighede nie so opsigtelik is dat die Hof self geregtelik daarvan kan kennis neem nie, kan dit dmv eksentrieke getuienis voor die Hof geplaas word. Eksentrieke getuienis bepaal egter nie die waarheid van die toestand nie, maar is slegs toelaatbaar *so far as to persuade the Court that there is a rational basis for the legislation which it is attributing to the head of power invoked in this case in support of its validity*. Vgl Hogg *Constitutional Law* 1297.

253 Vgl in die algemeen Hogg *Constitutional Law* 393-394; Strayer *The Canadian Constitution* 300-301; Tassé *Application* 115-116.

254 Vgl *Manitoba (Attorney General) v Metropolitan Stores Ltd.* [1987] 1 S.C.R. 110, 125 per Beetz R.

255 Sien by *Hunter v Southam Inc* [1984] 2 S.C.R. 145, 168-169 per Dickson R; *Manitoba (Attorney General) v Metropolitan Stores Ltd* [1987] 1 S.C.R. 110, 125 per Beetz R. Vgl Tassé

terughoudende houding van die regbank teenoor die wetgewende gesag se kompetensiesfeer word dus steeds vereis. Regters is juis onverkose en sonder voldoende demokratiese legitimiteit en verantwoordbaarheid om wetgewende funksies uit te oefen. Boonop is dit moeilik vir regters onder die Kanadese hofstelsel om werklik oor al die feite ingelig te word wat sulke wetgewende en uitvoerende keuses vir 'n regsnorm beïnvloed het.²⁵⁶

Daarenteen geld die vermoede van grondwetlikheid en regterlike terughouding, met uitsondering van die *reading down*-reël, nie vir gevalle waar die grondwetlikheid van owerheidshandeling of regsnorme op grond van die *Charter* getoets moet word nie.²⁵⁷ Daar behoort naamlik weens die skeppende en evolusionêre karakter van die *Charter* geen hindernis, soos 'n vermoede van grondwetlikheid, in die pad van individue geplaas te word om die aantasting van hul fundamentele regte te beweer nie.²⁵⁸

(ii) Vermoede van skeiding

'n Wet word in beginsel as 'n eenheid beskou wat 'n sentrale wetgewende tema in 'n plan bevorder. Gewoonlik word die grondwetlikheid van so 'n statuut as 'n geheel beoordeel. Soms is dit egter moontlik dat een deel van 'n statuut grondwetlik is en 'n ander ongrondwetlik kan wees en van mekaar geskei word.²⁵⁹ Die skeiding is slegs moontlik as die twee dele nie te veel met mekaar vervleg is nie en die geldige deel grondwetlik gesproke afsonderlik van die afgeskeide deel kan voortbestaan.²⁶⁰

Die *Supreme Court* gebruik nie as 'n reël die beginsel van skeiding by federalisme-

Application 115.

256 Hogg *Constitutional Law* 122-124.

257 *Manitoba (Attorney General) v Metropolitan Stores Ltd* [1987] 1 S.C.R. 110, 121-125 per Beetz R. sien ook Hogg *Constitutional Law* 391, 859-860; Strayer *The Canadian Constitution* 339.

258 *Manitoba (Attorney General) v Metropolitan Stores* [1987] 1 S.C.R. 110, 122 per Beetz R wat vervolg op 125: *[T]he innovative and evolutive character of the Canadian Charter of Rights and Freedoms conflicts with the idea that a legislative provision can be presumed to be consistent with the Charter.*

259 Vgl Hogg *Constitutional Law* 391-393; Strayer *The Canadian Constitution* 301-303.

260 *The real question is whether what remains is so inextricably bound up with the part declared invalid that what remains cannot independently survive or, as it has sometimes been put, whether on a fair review of the whole matter it can be assumed that the legislature would have enacted what survives without enacting the part that is ultra vires.* Vgl *Attorney-General for Alberta v Attorney-General for Canada* [1947] A.C. 503, 518 soos aangehaal deur Wilson R in *R v*

sake nie. By *Charter*-sake daarenteen, kom dit algemeen voor dat die *Supreme Court* wel die ongrondwetlike van die grondwetlike dele skei.²⁶¹ In laasgenoemde geval beoordeel die Hof slegs die doel en oogmerk van die statuut, en nie die aard van die owerheidsfunksie soos by federalisme-sake nie. Gevolglik is dit by *Charter*-sake meer waarskynlik dat slegs 'n deel van 'n statuut ongrondwetlik is maar nie die hele statuut soos by federalisme-sake nie. Die Hof het in die eerste twee jaar van regspraak tot voor die *Oakes*-beslissing in 1986 slegs in een saak, naamlik *R v Big M Drug Mart*,²⁶² 'n hele statuut ongrondwetlik bevind. Daarom identifiseer Hogg die vermoede van skeiding (*severence*) slegs by *Charter*-sake.²⁶³

(iii) Vermoede teen terugwerkendheid

Daar bestaan 'n vermoede in die Kanadese reg teen retroaktiewe of terugwerkende wetgewing wat individuele regte beperk. Hierdie vermoede word afgelei uit die *rule of law* se beginsel dat die individu regsekerheid oor sy of haar regte moet hê. In *Ford v Quebec (Attorney General)*²⁶⁴ het die *Supreme Court* die provinsie Quebec se algemene *override*-klousule vir alle wetgewing van daardie provinsie voor 1982 oor die federale *Charter* as grondwetlik verklaar, buiten in daardie gevalle waar dit retrospektiewe regsrag aan die *override*-bepaling toegeken het. Die Hof het bevind dat artikel 33(1) van die *Charter* oor twee moontlike betekenis beskik: een wat die wetgewer magtig om retrospektiewe *override*-bepalings aan te neem, en een wat slegs toekomstige afwyking van die *Charter* magtig. Uit hoofde van die algemene reël teen terugwerkende werking, tensy dit uitdruklik of by noodsaaklike implikasie uit die woorde van 'n statuut blyk, word die nouer konstruksie gevolg dat artikel 33(1) van die *Charter* slegs toekomstige *overriding* magtig.²⁶⁵

(iv) Vermoede van die oorspronklike betekenis

Edwards Books and Arts Ltd. [1986] 2 S.C.R. 714, 811.

261 Vgl *Hunter v Southam* [1984] 2 S.C.R. 145; *R v Edwards Books and Arts Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 714, 810-811 per Wilson R (minderheidsuitspraak); *R v Vaillancourt* [1987] 2 S.C.R. 636; *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, 80 per Dickson HR.

262 [1985] 1 S.C.R. 295.

263 Hogg *Constitutional Law* 392.

264 [1988] 2 S.C.R. 712.

265 *Ford v Quebec (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 712, 744-745.

In *R v Therens*²⁶⁶ het Regter Le Dain die vermoede verwerp dat die grondwetskrywers bedoel het dat die teks van die *Charter* tydens latere interpretasie dieselfde betekenis moes verkry as wat dit oorspronklik tydens die opstel van die *Charter* gehad het.²⁶⁷ Die Hof het bevind dat die vermoede dat die woorde van die *Charter frozen concepts* is, tesame met die tegniese voorskrifte oor die interpretasie van fundamentele regte wat daardeur geïmpliseer word, indruis teen die aanvaarde konstruksie wat vir die *Charter* gebruik word.²⁶⁸

f) Balansering

Die waarde-karakter van die fundamentele regte en vryhede wat in die *Charter* vervat is, lei noodwendig tot 'n onderlinge normekonflik òf met ander grondwetlike norme òf met gemeenskapswaardes en -belange. Dit is voor die hand liggend dat fundamentele regte nie absoluut kan geld nie, menende dat hierdie konflik slegs opgelos kan word deur 'n kompromis tussen die opponerende waardes te vind.²⁶⁹ Die Hof het byvoorbeeld bevind dat wettige stakings en *picketing* geduld word, omdat vryheid van spraak (artikel 2(b) van die *Charter*) 'n hoë waarde as 'n belangrike fundamentele reg in die moderne liberale demokrasie geniet.²⁷⁰ Die reg op spraakvryheid geld egter nie absoluut nie soos wanneer *picketing* by howe die hele provinsie se regspleging lam lê. Die openbare belang van die publiek se reg op vrye toegang tot howe weeg duidelik swaarder as die vryheid van spraak in daardie geval.

Die *Supreme Court* het in *R v Oakes*²⁷¹ bevind dat hierdie kompromis ingevolge artikel 1 van die *Charter* tydens die regverdigingsfase van die beperking op 'n fundamentele reg bereik moet word, aangesien dit dié stap in die konkretiseringsproses is waartydens 'n balans tussen die konflikterende samelewings- en individuele belange gevind moet word.²⁷² In besonder hoort die balansering of

266 [1985] 1 S.C.R. 613.

267 *R v Therens* [1985] 1 S.C.R. 613, 638.

268 *R v Therens* [1985] 1 S.C.R. 613, 638. Le Dain R verwys goedkeurend na Dworkin (*Taking Rights Seriously* 132-137) se onderskeid tussen *concepts* en *conceptions* oor waarom dit onaanvaarbaar sou wees om té gedetailleerde regsnorme in 'n grondwetlike dokument soos die *Charter* te vervat.

269 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 136 per Dickson HR; Hogg *Constitutional Law* 801.

270 Vgl *British Columbia Government Employees' Union v British Columbia (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 214, 247-248 per Dickson HR.

271 [1986] 1 S.C.R. 103.

272 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 139 per Dickson HR. Vgl *infra* par 4.3.6 b) mbt die howe se

afweging van konflikterende belange tuis onder die laaste toets van artikel 1 se regverdigingsfase, naamlik wanneer die proporsionaliteit (in enge sin) tussen die effek van die beperking en doel wat daarmee beoog word, vasgestel word.²⁷³ In daardie geval is die aangewese maatstaf vir die balanseringproses eerstens die bepaling van 'n rasonale verband tussen die beperking en doel wat daarmee beoog word, en tweedens die proporsionaliteit wat tussen die gevolge van die beperkende metode en die doel wat dit nastreef, bestaan.²⁷⁴

Deurdat die *Oakes*-saak voorts 'n duidelike analitiese skeiding tussen die eerste stap (die identifikasie van die beperking en die konstruksie van die fundamentele reg se beskermingsveld) en die tweede stap (artikel 1 se regverdigingsproses) tref, kan die balanseringsproses nie reeds tydens die eerste stap se identifiserings- en interpretasiefase geskied nie.²⁷⁵ Hierdie analitiese skeiding is egter in enkele sake geïgnoreer deurdat daar wel 'n afweging van belange tydens die eerste stap gevolg is wanneer die oogmerk en doel van die beperkende wet en beskermingsveld van die fundamentele regte bepaal is.²⁷⁶ Hierdie inkonsekwente toepassing van die Hof se

hantering van art 1 se beperking van die regte wat in die *Charter* vervat is.

273 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 139-140 per Dickson HR; *Beatty Talking Heads* 32.

274 *Ford v Quebec (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 712, 771.

275 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 134 per Dickson HR. Sien ook *Beatty Talking Heads* 32. Peck 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25 21, 26-31 identifiseer egter wel 'n vorm van balansering, *definitional balancing*, tydens die eerste stap as die verskillende waardes onderliggend aan die fundamentele regte en vryhede teenoor die opponerende waardes wat die wetgewer nastreef gebalanseer word om te bepaal of daar inderdaad 'n beperking van die regte of vryhede plaasvind. Hierdie vorm van balansering verskil egter van die *ad hoc*-balansering wat tydens die tweede stap onder artikel 1 voorkom. Terwyl definiërende balansering algemeen en abstrak is, is *ad hoc*-balansering meer spesifiek en gerig op die besondere saak se feite. Peck meen dat definiërende balansering nie 'n wye beskermingsveld moet konstrueer nie, omdat dit die *ad hoc*-balansering tydens die tweede stap onder artikel 1 sal vergemaklik. Voorts bestaan daar ook 'n standpunt wat 'n skerp onderskeid tussen die definiëring van die beskermingsveld en die balansering van opponerende belange tref. Daar word nl geargumenteer dat sg ongekwalifiseerde regte en die fundamentele vryhede in die *Charter* bloot tydens die eerste stap gedefinieer word sonder enige balansering. Balansering geskied dan slegs tydens artikel 1 se regverdigingsfase. Vgl Peck *ibid* 24-25.

276 Vgl bv *Hunter v Southam Inc* [1984] 2 S.C.R. 145, 160-169 waar die bepaling van die owerheid se belang om misdaad te voorkom en die individu se belang in die beskerming van sy persoonlike privaatheid teen onredelike visentering en beslaglegging, reeds grootliks tydens die eerste stap teenoor mekaar afgeweg is. Sien ook *Retail, Wholesale and Department Store Union v Dolphin Delivery Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 573, 604-605 per Wilson R (afsonderlike ondersteunende opinie tot die meerderheidsbeslissing). Sy meld dat McIntyre R in sy meerderheidsuitspraak nie die tweestap verdeling op *common law*-beperkings toepas soos op beperkende wetgewing nie. Daardeur word die objektiewe maatstaf van art 1 met 'n subjektiewe oordeel vervang. Voorts het Wilson R self ook in *Operation Dismantle v The Queen* [1985] 1 S.C.R. 441, 490-491 'n mate van belange-afweging buite art 1 onderneem. Vgl *Beatty Talking Heads* 33.

die metodiek is vatbaar vir kritiek.²⁷⁷

g) Taalvoorskrifte

Artikel 57 van die *Constitution Act, 1982*, bepaal uitdruklik dat die Engelse en Franse tekste van die grondwet ewe gesaghebbend is. Onduidelikhede in een teks kan dus maklik deur 'n studie van die ander taal opgeklar word sodat artikel 57 'n handige uitleghulpmiddel vorm.²⁷⁸ Die probleem is egter hoe aan artikel 57 se streng voorskrif gevolg gegee word as die twee tekste van mekaar verskil. Drie moontlike oplossings bestaan.²⁷⁹

Eerstens kan 'n keuse ten gunste van een teks gemaak word. Dit sou egter beteken dat artikel 57 se voorskrif verontagsaam word. Voorts lei dit inderwaarheid tot 'n ongrondwetlike vernouing of verbreding van die spesifieke woord se betekenis. 'n Waardevolle uitleghulpmiddel gaan dus verlore.

Tweedens kan probeer word om aan artikel 57 gehoor te gee deur die twee tekste versoenend tot mekaar uit te lê. Dit beteken dat die gemene deler gevolg word. Die resultaat is dus 'n streng konstruksie. Dit is die erkende oplossing in algemene wetsuitleg in Kanada en dit word selfs vir die konstruksie van die *Charter* gebruik. Die probleem is egter dat hierdie benadering die beskermingsveld van die betrokke fundamentele reg onnodig kan beperk en sodoende die doel van die onderliggende waardes van die *Charter* ondermyn.

Derdens bestaan die standpunt dat die gemeenskaplike wye of eng konstruksie nie nagevolg moet word nie, maar dat beide tekste so geïnterpreteer word dat dit die doel en oogmerk van die *Charter* se norme ten volle verwesenlik. Hierdie uitbreiding van doelsoekende konstruksie is die oplossing om die andersins onbuigbare meganiese uitlegreël wat 'n klein beskermingsveld aan fundamentele regte verleen, te vermy.²⁸⁰

277 Vgl Beatty *Talking Heads* 32.

278 Pentney *Interpreting the Charter* 37.

279 Vgl Pentney *Interpreting the Charter* 37-39.

280 Dit is juis hierdie konstruksie wat Lamer R in *R v Collins* [1987] 1 S.C.R. 265, 287 (meerderheidsbeslissing) gevolg het toe hy die verskil tussen die minder streng Franse teenoor die moeiliker bewysbare Engelse weergawes van art 24(2) van wanneer getuienis ontoelaatbaar is, moes oplos: *As one of the purposes of s. 24(2) is to protect the right to a fair trial, I would*

h) Opskrifte en kantnotas

Die *Charter* bevat 12 opskrifte wat 'n integrale deel van die bepalings in die *Charter* vorm. Daarom is dit van groter uitlegwaarde as wat kantskrifte en opskrifte tydens normale statutêre uitleg geniet.²⁸¹ Tog word die waarde van opskrifte en kantnotas as hulpmiddels vir die interpretasie van onduidelikhede in die teks van die *Charter* steeds beperk, deurdat dit nie die duidelike woorde van die teks kan weerspreek nie.²⁸² In die eerste beslissing van die *Charter* in *Law Society of Upper Canada v Skapinker*²⁸³ het die *Supreme Court* die opskrif van artikel 6, naamlik *Mobility Rights*, as hulpmiddel geraadpleeg om te help bepaal of artikel 6(2)(b) die reg op werk in die algemeen beskerm soos dit met die eerste oogopslag voorkom, of slegs met betrekking tot werkers wat van een provinsie na 'n ander beweeg. Na uitvoerige verwysing na die uitlegwaarde van die opskrif vir interpretasie van die *Charter*, het die Hof laasgenoemde beperkter konstruksie gekies.²⁸⁴

(i) Voorrede

In teenstelling met die lang voorredes van ander menseregteverklarings is die

favour the interpretation of s. 24(2) which better protects that right, the less onerous French text.

281 *Law Society of Upper Canada v Skapinker* [1984] 1 S.C.R. 357, 370 per Estey R.

282 Pentney *Interpreting the Charter* 52.

283 [1984] 1 S.C.R. 357.

284 *Law Society of Upper Canada v Skapinker* [1984] 1 S.C.R. 357, 370-380, 382. Estey R verskaf *ibid* 376-377 'n omvattende verduideliking van die hermeneutiese rol van opskrifte tydens *Charter*-interpretasie. Die belangrikste deel van sy standpunt is as volg: *It is clear that these headings were systematically and deliberately included as an integral part of the Charter for whatever purpose. At the very minimum, the Court must take them into consideration when engaged in the process of discerning the meaning and application of the provisions of the Charter. The extent of the influence of a heading in this process will depend upon many factors, including (but the list is not intended to be all-embracing) the degree of difficulty by reason of ambiguity or obscurity in construing the section; the length and complexity of the provision; the apparent homogeneity of the provision appearing under the heading; the use of generic terminology in the heading; the presence or absence of a system of headings which appear to segregate the component elements of the Charter, and the relationship of the terminology employed in the heading to the substance of the headlined provision. Heterogeneous rights will be less likely shepherded by a heading than a homogeneous group of rights. At a minimum the heading must be examined and some attempt made to discern the intent of the makers of the document from the language of the heading. It is at best one step in the constitutional interpretation process. It is difficult to foresee a situation where the heading will be of controlling importance. It is, on the other hand, almost as difficult to contemplate a situation where the heading could be cursorily rejected although, in some situations, such as, in the case of 'Legal Rights', which in the Charter is at the head of eight disparate sections, the heading will likely be seen as being only an announcement of the obvious.*

Canadian Charter of Rights and Freedoms se voorrede kort en kragtig sonder om 'n uitgebreide verklaring van voorneme te vorm.²⁸⁵ Hoewel konstruksie van die voorrede nie die duidelike woorde van die teks mag weerspreek nie, is dit tog 'n handige interne hulpmiddel vir beide statutêre en grondwetlike interpretasie om onduidelikhede in die teks op te klaar.²⁸⁶ Tewens, die beskouing van die *Charter* as 'n sistematiese eenheid verhoog die interpretasiewaarde van die voorrede tydens sistematies-doelsoekende konstruksie van die fundamentele regte wat in die *Charter* vervat is. Artikel 1 se beperkingsvereistes is byvoorbeeld al as die breë en algemene konkretisering van die voorrede se fundamentele waarborge beskou.²⁸⁷ Die verwysing na die erkenning van God se oppergesag in die voorrede kan egter nie gebruik word om artikel 2(a) se gewetens- en godsdienstvryheid te beperk nie.²⁸⁸ Voorts kan die verwysing na die *rule of law* in die voorrede wel bruikbaar wees as 'n interpretasiehulpmiddel.²⁸⁹

j) *Expressio unius, exclusio alterius*-reël

Hierdie *common law*-reël vind aanwending tydens gewone statutêre uitleg in die Kanadese reg. Regter Wilson het egter in *Thomson Newspapers Ltd. v Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*²⁹⁰ in 'n minderheidsbeslissing bevind dat hoewel hierdie stelreël tydens uitleg van die voormalige *Canadian Bill of Rights* toegepas is, dit weens die strukturele verskille tussen die *Bill* en *Charter* nie geskik vir die interpretasie van die *Charter* se norme is nie. Sy meen dat hierdie stelreël teenstrydig met die gevestigde teleologiese benadering is wat juis tydens die konkretisering van die fundamentele regte in die *Charter* gevolg word.²⁹¹

285 Dit lui: *Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law.*

286 Pentney *Interpreting the Charter* 53.

287 Vgl Wilson R in haar afsonderlike opinie tot die meerderheidsuitspraak in *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 531.

288 Pentney *Interpreting the Charter* 53.

289 Vgl *Reference re Manitoba Language Rights* [1985] 1 SCR 721, 747-768. Vgl voorts par 4.3.5.a) *infra*.

290 [1990] 1 S.C.R. 425.

291 *Thomson Newspapers Ltd. v Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)* [1990] 1 S.C.R. 425, 470 per Wilson R: *The principle of statutory construction, expressio unius, is ill suited to meet the needs of Charter interpretation. It is inconsistent with the purposive approach to Charter interpretation which has been endorsed by this Court and which focuses on the broad purposes for which the rights were designed and not*

Daar bestaan egter nog nie eenstemmigheid oor die interpretasierol van die tradisionele statutêre uitlegreëls tydens konstruksie van die *Charter* se norme nie. So byvoorbeeld weerspreek Regter L'Heureux-Dubé, Regter Wilson se uitsluiting van die *expressio unius*-reël. Hoewel hy met Regter Wilson saamstem dat die onderliggende waardes wat artikel 7 beskerm ten beste met doelsoekende konstruksie vasgestel word, glo hy tog dat dit nie met uitsluiting van die normale statutêre uitlegreëls gepaard gaan nie, wat steeds in die latere fases van die interpretasieproses van nut is.²⁹²

k) Interpretasiewette

In Kanada word verskeie interpretasiewette gevind wat op federale of provinsiale vlak uitlegvoorskrifte vir die betrokke wetgewing bevat.²⁹³ Hierdie voorskrifte bepaal onder meer die uitlegwaarde van voorredes en kantskrifte van wetgewing of dat verwysing van een geslag ook die ander insluit. Die Kanadese *Supreme Court* het egter in *Law Society of Upper Canada v Skapinker*²⁹⁴ beslis dat regters weens die omvattende kompetensie van die regsprekende gesag tydens die konkretisering van die *Charter* nie aan die federale *Interpretation Act* of provinsiale interpretasiewette gebonde is nie.²⁹⁵ Sodanige wette kan hoogstens van ooreedende en informatiewe waarde wees, anders sal die soewereiniteit van die Grondwet in gedrang gebring

on mechanical rules which have traditionally been employed in interpreting detailed provisions of ordinary statutes in order to discern legislative intent. I do not question Laskin J.'s approach to the interpretation of the Canadian Bill of Rights. The point, however, has repeatedly been made that interpretations appropriate to the Canadian Bill of Rights will not necessarily be appropriate for the Charter. ... It is true that in Therens Le Dain J. interpreted s. 24 of the Charter to allow for the exclusion of evidence only under s. 24(2). However this was not the result of the arbitrary application of the principle of exclusion unius but of careful review of the purpose of the two subsections of s. 24.

292 *Thomson Newspapers Ltd. v Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)* [1990] 1 S.C.R. 425, 570 per L'Heureux-Dubé R. (afsonderlike opinie tot die meerderheidsbeslissing): *I also agree that this fundamental requirement of Charter methodology should not be circumvented by the mechanical application of one of the traditional rules of statutory interpretation. However, once the values have been identified, these rules might still be available in later stages of the analysis. For example, ... this Court relied in part on the rule inclusio unius est exclusio alterius and in part on the literal meaning rule in interpreting the word 'person' in s. 7. ... In this sense, I do not think that the rules of interpretation which have guided the courts to this day of interpretation have been set aside and can no longer play any role in interpreting the Charter.*

293 Vgl by die federale *Interpretation Act*, R.S. 1970 c. I-123.

294 [1984] 1 S.C.R. 357.

295 *Law Society of Upper Canada v Skapinker* [1984] 1 S.C.R. 357, 370.

word. Gall stel hierop die eenvoudige pragmatiese oplossing voor dat die regbank *must perhaps proceed on its own instincts rather than be bound by one particular instrument in interpreting the Constitution.*²⁹⁶

4.3.5 Algemene fundamentele grondwetlike beginsels en regte

a) *Rule of Law*

Die voorrede tot die *Charter* verklaar dat die *rule of law* een van die twee fundamentele grondbeginsels onderliggend aan die Kanadese staatsbestel is. Die *rule of law* is ook een van die belangrikste grondbeginsels van die Engelse *common law* en vorm daarom deel van die voorredes van die *Constitution Acts* van 1867 en 1982.²⁹⁷ Voorts is die *rule of law* ook 'n inherente beginsel van die Kanadese Grondwet uit hoofde van die *sui generis* aard van die Grondwet as hoogste regsnorm in die Kanadese reg, sonder dat die *rule of law* by name in die Grondwet vermeld word.²⁹⁸ Hierdie afleiding van 'n ongeskrewe fundamentele beginsel implisiet aan die Grondwet is die resultaat van 'n wye histories-kontekstuele en doelsoekende konstruksie van die Grondwet.²⁹⁹

Die grondwetlike uitlegwaarde wat hierdie prinsipale posisionering vir die *rule of law* inhou, is treffend deur die *Supreme Court* in *Reference re Manitoba Language*

296 Gall *Canada Legal System* 85.

297 *Reference re Manitoba Language Rights* [1985] 1 S.C.R. 721, 750.

298 *Reference re Manitoba Language Rights* [1985] 1 S.C.R. 721, 750-751: *Additional to the inclusion of the rule of law in the preambles of the Constitution Acts of 1867 and 1982, the principle is clearly implicit in the very nature of a Constitution. The Constitution, as the Supreme Law, must be understood as a purposive ordering of social relations providing a basis upon which an actual order of positive laws can be brought into existence. The founders of this nation must have intended, as one of the basic principles of nation building, that Canada be a society of legal order and normative structure: one governed by rule of law. While this is not set out in a specific provision, the principle of the rule of law is clearly a principle of our Constitution.*

299 *This Court cannot take a narrow and literal approach to constitutional interpretation. The jurisprudence of the Court evidences a willingness to supplement textual analysis with historical, contextual and purposive interpretation in order to ascertain the intent of the makers of our Constitution. The Court has in the past inferred constitutional principles from the preambles to the Constitution Acts and the general object and purpose of the Constitution. ... In other words, in the process of Constitutional adjudication, the Court may have regard to unwritten postulates which form the very foundation of the Constitution of Canada. In the case ... this unwritten postulate was the principle of federalism. In the present case it is the rule of law. Vgl Reference re Manitoba Language Rights* [1985] 1 S.C.R. 721, 751, 752.

*Rights*³⁰⁰ aangetoon. *In casu* het die Hof die *rule of law* as grondslag gebruik om aan ongrondwetlike en daarom nietige wetgewing van die provinsie Manitoba tydelike regsrag te verleen. Die wetgewing is naamlik sedert 1890 slegs in Engels, en nie soos vereis ook in Frans nie, gepromulgeer. Die regverdiging vir hierdie stap was dat feitlik die hele wetboek van Manitoba nietig sou wees, wat tot 'n regsnormatiewe leemte en gevolglik chaos en regsonsekerheid sou lei.³⁰¹

Die betekenis van die *rule of law* vir grondwetlike hermeneutiek is tweeledig. Eerstens vorm dit die hoogste norm wat die owerheidsgesag bind. Hierdie norm is tewens deur artikel 52(1) van die *Constitution Act, 1982*, en een van die provinsiale grondwette gepositiveer. Juis uit hoofde van die beginsel van *rule of law* word ongrondwetlike wetgewing as *ab initio* nietig sonder enige regsrag beskou.³⁰² Tweedens vereis die *rule of law* 'n effektiewe sisteem van gepositiveerde regsreëls ter bevordering van die algemene beginsel van 'n normatiewe orde inherent aan die Westerse regsbeskouing.³⁰³ Die Hof is egter met die dilemma gekonfronteer dat konsekwente toepassing van die eerste element van die *rule of law* as alle ongrondwetlike regsvoorskrifte *ab initio* nietig en sonder regsgevolge verklaar word, *in casu* juis teenstrydig met die tweede element sou wees weens die regsonsekerheid en wanorde wat op die regsnormatiewe leemtes sou volg.³⁰⁴ Daarom het die Hof met behulp van die *doctrine of state emergency* beslis om uit hoofde van die *rule of law* (se tweede element) die regsrag van die ongrondwetlike wetgewing as 'n uitsondering vir 'n oorgangstyd te handhaaf.³⁰⁵

Regter Wilson het in *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (B.C.)*³⁰⁶ by die beginsel van *rule of law*, synde een van die grondbeginsels waarop die Kanadese samelewing gebou is, aangesluit as motivering waarom artikel 7 se verwysing na die beginsels van fundamentele geregtigheid nie beperk kan word tot slegs prosedurele

300 [1985] 1 S.C.R. 721.

301 *Reference re Manitoba Language Rights* [1985] 1 S.C.R. 721, 747-768.

302 *Reference re Manitoba Language Rights* [1985] 1 S.C.R. 721, 748-749.

303 *Reference re Manitoba Language Rights* [1985] 1 S.C.R. 721, 749: *Second, the rule of law requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws which preserves and embodies the more general principle of normative order.*

304 *Reference re Manitoba Language Rights* [1985] 1 S.C.R. 721, 752-753, 766-767.

305 *Reference re Manitoba Language Rights* [1985] 1 S.C.R. 721, 758 en 766-767.

306 [1985] 2 S.C.R. 486.

geregtigheid nie, maar dat dit ook substantiewe geregtigheid insluit.³⁰⁷ Voorts meld sy dat nie alle regsbeginsels deel van die beginsels van fundamentele geregtigheid in artikel 7 uitmaak nie, maar dat dit slegs na die grondbeginsels van die Kanadese regsisteem soos die *rule of law* verwys.³⁰⁸

b) Gelykheidsbeginsel

Weens die strukturele verskille tussen die Kanadese *Charter* en die Amerikaanse *Bill of Rights*, soos die afwesigheid van 'n algemene beperkingsklousule in die Amerikaanse reg en die eiesoortige wisselwerking tussen artikels 1, 15 en 28 van die *Charter*, is die Amerikaanse gelykheidspresedente van minder direkte waarde tydens die interpretasie van die *Charter* se gelykheidswaarborg.³⁰⁹ Artikel 15(1) van die *Charter* waarborg vier soorte gelykheid, naamlik gelykheid voor en onder die reg, gelyke beskerming deur die reg en gelyke voordeel van die reg.³¹⁰ Voorts word diskriminasie in die algemeen sowel as op spesifieke gronde verbied. Artikel 15(2) maak uitdruklik voorsiening vir die uitsondering op die gelykheidsbeginsel van regstellende aksie. Hiermee word die regsonsekerheid wat rondom die grondwetlikheid van regstellende aksie in die Amerikaanse reg heers waar die howe beide die doel van die regstellende program en die middelle waarmee dit bereik word, telkens beoordeel, in die Kanadese reg voorkom.³¹¹ Boonop waarborg artikel 28 gelykheid tussen mans en vrouens. Hoewel artikel 28 nie opsigself nuwe regte skep nie, is dit 'n interpretasiehulpmiddel om gelykheid tussen geslagte te verseker tydens die konkretisering van die ander regte en vryhede in die *Charter*.³¹²

Die Hof het in die *Andrews*-saak³¹³ erken dat artikel 15 nie alle vorme van ongeregtigheid of irrasionele onderskeid in die wetgewing wil bekamp nie, maar wel diskriminasie op grond van persoonlike eienskappe wat in die lys van artikel 15 of soortgelyke lysse vermeld word.³¹⁴ Die Hof verwerp met ander woorde ook in die

307 *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (B.C.)* [1985] 2 S.C.R. 486, 530-531.

308 *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (B.C.)* [1985] 2 S.C.R. 486, 531.

309 Hogg *Constitutional Law* 1152-1154. Sien algemeen Iacobucci *Judicial Review* 100-103.

310 *Andrews v Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143, 163 per McIntyre R (op hierdie punt was daar eenstemmigheid).

311 Iacobucci *Judicial Review* 100-101.

312 Iacobucci *Judicial Review* 101.

313 *Andrews v Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143.

314 *Andrews v Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143, 174-175 per McIntyre R (op

Andrews-saak die *similarly situated similarly treated*-toets wat vroeër onder die *Canadian Bill of Rights* se gelykheidsbeginsel aangewend is.³¹⁵ In *R v Turpin*³¹⁶ het die Hof *Andrews* se beslissing bevestig toe bevind is dat die gelykheidswaarborg in die *Charter* van die gelykheidsbeginsel in artikel 1(b) van die *Bill of Rights* verskil.³¹⁷

Hogg argumenteer dat die diskriminasieverbod inderwaarheid die sentrale maatstaf van artikel 15 se gelykheidswaarborg vorm.³¹⁸ Hy begrond hierdie stelling op verskeie redes. Hiervolgens moet (i) diskriminasie op grond van die vermelde of soortgelyke³¹⁹ gronde plaasvind voor dit aanvegbaar is; (ii) diskriminasie kan wel ingevolge artikel 1 geregverdig word;³²⁰ (iii) daar hoef nie bewys te word dat die

hierdie punt was daar eenstemmigheid): *I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.* Vgl ook Hogg *Constitutional Law* 1163.

315 *Andrews v Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143, 165-168 per McIntyre R. Hogg *Constitutional Law* 1160.

316 [1989] 1 S.C.R. 1296.

317 *R v Turpin* [1989] 1 S.C.R. 1296, 1325-1326, gelees met 1330-1331 per Wilson R: *In defining the scope of the four basic equality rights it is important to ensure that each right be given its full independent content, divorced from any factors applicable under s. 1 of the Charter. This is particularly important in the context of the right to equality before the law which was protected in a very different form in s. 1(b) of the Canadian Bill of Rights. ... Justifactory factors are, of course, relevant to the determination of whether a valid federal objective justifies a departure from the principle of equality before the law under the Canadian Bill of Rights. However, as in the case of the jurisprudence of other countries, great care must be taken not to import concepts and analytical processes derived from documents different in structure and content from the Charter. ... The guarantee of equality before the law must be interpreted in its Charter context which may involve entirely different considerations from the comparable provision in the Canadian Bill of Rights..* Vgl ook *Tétreault-Gadoury v Canada (Employment and Immigration Commission)* [1991] 2 S.C.R. 22, 39 per La Forest R (namens die Hof).

318 Hogg *Constitutional Law* 1163-1179.

319 Soos burgerskap in *Andrews v Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143.

320 In *Andrews v Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143 het die Hof aanvaar dat die redelikheid van die diskriminasie slegs onder art 1 beoordeel kan word en dat art 15 se enigste doel is om te bepaal of daar diskriminasie op een van die gronde bestaan. Dit was egter juis oor die toepassing van art 1 dat die regters verskil het: Wilson R (meerderheidsbeslissing) pas (op 153-157) die streng toets toe wat in *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103 ontwikkel is en beslis dat die burgerskapsvereiste ontoelaatbaar is veral in die geval waar dit 'n hele klas persone in terme van die samelewing se sosiale, politieke en ekonomiese konteks benadeel. Sy glo dat die *discreet and insular minorities* wat deur art 15 beskerm word (en tekenend van 'n sterk Amerikaanse invloed is) voortdurend uitbrei om nuwe kwesbare groepe in te sluit. Daarenteen het sowel McIntyre R (minderheidsuitspraak) (op 184-192) as La Forest R (afsonderlike uitspraak wat die minderheid se konstruksie, maar die meerderheid se toepassing, volg) (op 197-204), *Oakes* se maatstaf as te streng vir art 15 beskou en 'n minder streng toets toegepas. Die regters verskil

diskriminasie onredelik, irrasioneel, onregverdig of aanstootlik is nie, solank die nadelige behandeling net op een van die gronde in die lys of ander lyste berus, dan volg artikel 1 se regverdigingsproses;³²¹ (iv) soortgelyke gronde vir diskriminasie moet ook op onveranderlike eienskappe soos burgerskap betrekking hê,³²² (v) 'n spesifieke nadeel word vereis,³²³ (vi) groepsnadeel word egter nie naas individuele nadeel vereis nie,³²⁴ (vii) diskriminasie hoef nie opsetlik te wees nie,³²⁵ (viii) diskriminasie hoef nie direk te wees nie, maar kan ook sistematies uit die wet se toepassing of indirek uit die gevolge vloei; en (ix) daar kan ook vereis word dat wetgewing redelike akkommodering van byvoorbeeld ander gelowe of die gebreklikheid van 'n persoon tref om diskriminasie te vermy.³²⁶ Hoewel die hoewe se konkretisering van die gelykheidswaarborg 'n wesenlike invloed op die heterogene Kanadese samelewing uitoefen, geskied dit nie ingevolge 'n vaste algemene interpretasiemetodologie soos in die Duitse staatsreg nie. Gevolglik kan die gelykheidsbeginsel in die Kanadese *Charter* nie as 'n algemene grondwetlike interpretasiebeginsel, soos in die Duitse grondwetlike hermeneutiek, beskou word nie.

c) Artikel 7 en die beginsels van fundamentele geregtigheid

Artikel 7 waarborg die reg op lewe, vryheid en persoonlike veiligheid en verklaar dat

egter oor die gevolg van daardie toepassing, omdat McIntyre R die burgerskapsvereiste aanvaar terwyl La Forest R dit steeds in terme van die mindere toets as ongrondwetlike diskriminasie beskou.

321 Vgl in die algemeen *Andrews v Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143.

322 *Andrews v Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143, 195 per La Forest R; *Rudolf Wolff & Co v Canada* [1990] 1 S.C.R. 695, 702 per Cory R.

323 *Andrews v Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143, 174 per McIntyre R.

324 In *R v Hess* [1990] 2 S.C.R. 906, 941-944 bevind McLachlin R (minderheidsopinie) dat die individu teen wie gediskrimineer is, nie naas persoonlike nadeel ook groepsnadeel as lid van 'n *discrete and insular minority* hoef te bewys nie. Sy argumenteer dat so 'n interpretasie van Wilson R se konstruksie in *R v Turpin* [1989] 1 S.C.R. 1296, 1331-1333 foutief is, deurdat Wilson R 'n wyer kontekstuele benadering bepleit het as bloot die meganiese beskouing van die individuele nadeel self. Groepsnadeel kan wel as een van die analitiese hulpmiddels ingespan word om diskriminasie te bepaal. Boonop wys McLachlin R dat Wilson R in *Turpin* goedkeurend na die definisie van diskriminasie in *Andrews v Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143, 174-175 verwys het wat nog steeds gesaghebbend is. Hogg *Constitutional Law* 1174-1176 kritiseer die bykomende vereiste van groepsnadeel heftig, as sou dit tot ontkenning van individuele diskriminasie lei en dit boonop moeilik vir 'n hof is om in die praktyk groepsnadeel te bepaal as groepe voortdurend wissel. Hy meen dit reflekteer die Amerikaanse tradisie dat die *equal protection*-klousule veral *discrete and insular minorities* beskerm, 'n beskouing waarvolgens John Hart Ely sy prosesgeoriënteerde grondwetlike teorie ontwikkel het.

325 *Andrews v Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143, 174 per McIntyre R.

326 *Ontario Human Rights Commission v Simpsons-Sears* [1985] 2 S.C.R. 536.

dit net beperk kan word ooreenkomstig die beginsels van fundamentele geregtigheid. Enige persoon wat fisies in Kanada teenwoordig is soos vlugteling,³²⁷ maar nie 'n fetus³²⁸ of 'n regspersoon (buiten in sekere gevalle) nie, kan op hierdie reg aanspraak maak.³²⁹ Die ekwivalent van hierdie bepaling in die Amerikaanse reg is die *due process of law*-klousules van die Vyfde Amendement vir federale owerheidshandeling en die Veertiende Amendement vir provinsiale handeling, met die verskil dat *due process* wyer is deurdat eiendomsreg ook daardeur beskerm word.³³⁰ Artikel 7 sluit egter persoonlike veiligheid in wat nie die geval onder die *due process*-klousules is nie. In die Duitse staatsreg sal, hoewel eiesoortig en nie beperk daartoe nie, die menswaardigheidsbeginsel gelees met die regstaat- en algemene vryheidsbeginsels, 'n prosedurele sowel as 'n materiële geregtigheidsfunksie vervul.

Die wetgewende geskiedenis van artikel 7 toon duidelik dat die begrip fundamentele geregtigheid aanvanklik spesifiek gebruik is om te verwys na die reëls van natuurlike geregtigheid wat in die Anglo-Kanadese reg op 'n vaste betekenis van prosedurele geregtigheid gedui het.³³¹ Artikel 7 is dus histories gesproke hoofsaaklik bedoel om prosedurele geregtigheid te waarborg.³³² Dit is duidelik dat die begrip van substantiewe geregtigheid doelbewus vermy is, ten einde die negatiewe wedervaringe wat die Amerikaanse *Supreme Court* met substantiewe ekonomiese *due process* gehad het, uit te skakel.³³³

327 *Singh et al v Minister of Employment and Immigration* [1985] 1 S.C.R. 177, 202 per Wilson R.

328 Ingevolge die *common law of civil law* is 'n fetus nie 'n persoon nie en is daarom nie geregtig op die reg op lewe onder art 7 of enige ander regte onder die *Charter* nie. Vgl Hogg *Constitutional Law* 831 vt 13; *Tremblay v Diagle* [1989] 2 S.C.R. 530. Art 7 is juis in *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30 gebruik om beperkings op aborsie as teenstrydig met vrouens se reg op vryheid en veiligheid (ook persoonlike outonomie) te konstrueer. Die Hof het bewustelik besluit om nie die vraag te beantwoord of 'n fetus 'n aanspraak op die reg op lewe het nie.

329 *Irwin Toy Ltd. v Quebec (Attorney General)* [1989] 1 S.C.R. 927, 1004 per Dickson HR, Lamer R en Wilson R (meerderheidsuitspraak); maar sien hierteenoor *R v Wholesale Travel Group Inc.* [1991] 3 S.C.R. 154, 179-183 per Lamer HR (meerderheidsbeslissing).

330 Juis omdat die Kanadese grondwetskrywers bewus was van die probleme wat ekonomiese en sosiale vryheid tydens *Lochner v New York* 198 U.S. 45 (1905) in die Amerikaanse staatsreg veroorsaak het, is enige verwysing na eiendom, kontrakvryheid of ekonomiese vryheid vermy, terwyl ander vryhede elders beskerm is en art 7 gevolglik slegs persoonlike fisiese vryheid beskerm. Hogg *Constitutional Law* 1028, 1032.

331 *Duke v The Queen* [1972] S.C.R. 917, 923 per Fauteux HR (namens die Hof); en Hogg *Constitutional Law* 1032.

332 Strayer *The Canadian Constitution* 65.

333 Hogg *Constitutional Law* 1032.

Hierdie historiese bedoeling van artikel 7 is egter deur Regter Lamer in *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)*³³⁴ verwerp. Hy bevind dat die term fundamentele geregtigheid gekonstrueer moet word om nie slegs sinoniem met natuurlike geregtigheid in die administratiefreg te wees nie, maar om substantiewe sowel as prosedurele elemente van geregtigheid tydens doelsoekende konstruksie van artikel 7 in te sluit.³³⁵ Regter Wilson het juis reeds in *Singh et al v Minister of Employment and Immigration*³³⁶ bevind dat die verskillende elemente in artikel 7, naamlik lewe, vryheid en persoonlike veiligheid, telkens verskillende belange beskerm en daarom as onafhanklike fundamentele regte uitgelê en getoets word.³³⁷ Hierop het die Hof in die *Motor Vehicle Act*-saak³³⁸ die konsep van skuldlose aanspreeklikheid in 'n provinsiale wet, wat verpligte gevangenisstraf voorskryf by die blote bewys van die bestuur van 'n voertuig sonder 'n geldige lisensie, as teenstrydig met die beginsels van fundamentele geregtigheid bestempel.³³⁹

Daar bestaan geen vaste definisie van die begrip fundamentele geregtigheid nie.³⁴⁰

334 [1985] 2 S.C.R. 486.

335 *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 503-504 en 512-513. Op 498 waarsku hy egter teen die neiging om die Kanadese uitleg tot die Amerikaanse openbare debat se onderskeid tussen prosedure en substansie te reduceer, omdat die oplossing in die Kanadese aanwending van doelsoekende interpretasie lê. Vgl bevestigend *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, 53 per Dickson HR.

336 [1985] 1 S.C.R. 177.

337 *Singh et al v Minister of Employment and Immigration* [1985] 1 S.C.R. 177, 204. Dit is ook toegepas deur Lamer R in *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (B. C.)* [1985] 2 S.C.R. 486, 500; en bevestig deur Dickson HR in *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, 52.

338 *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486.

339 So ook die absolute aanspreeklikheid by statutêre verkragting ongeag of die beskuldigde bewys was dat die vrou jonger as 14 jaar is, in *R v Hess* [1990] 2 S.C.R. 906. In *R v Vaillancourt* [1987] 2 S.C.R. 636, 653-654 per Lamer R (meerderheidsbeslissing) is bevind dat daar ingevolge die beginsels van fundamentele geregtigheid minstens 'n graad van *mens rea* teenwoordig moet wees alvorens 'n beskuldigde aan moord skuldig bevind kan word.

340 Vgl die verskeie weergawes in *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 503 per Lamer R: *Thus, ss. 8 to 14 provide an invaluable key to the meaning of 'principles of fundamental justice'. Many have been developed over time as presumptions of the common law, others have found expression in international conventions on human rights. All have been recognized as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in 'the dignity and worth of the human person' (preamble to the Canadian Bill of Rights,...) and on the 'rule of law' (preamble to the Canadian Charter of Rights and Freedoms). In other words, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system. Such an approach to the interpretation of 'principles of fundamental justice' is consistent with the wording and structure of s. 7, the context of the section, i.e., ss 8 to 14, and the character and larger objects of the Charter itself. It provides meaningful content for the s. 7 guarantee all the while avoiding adjudication of policy matters.* Sien voorts in *casu* 512-513 per Lamer R, 521-522 per McIntyre R, 530 per Wilson R. Vgl ook *Thomson Newspapers Ltd. v Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)* [1990] 1 S.C.R. 425.

Die substantiewe inhoud van die beginsel van fundamentele geregtigheid word egter nie net uit artikels 8 tot 14 se norme van prosedurele regverdigheid afgelei nie, maar deur middel van kontekstuele interpretasie ook uit die ander bepalings van die *Charter* self,³⁴¹ omdat die eenheid van die *Charter* en nie 'n geïsoleerde uitleg van elke reg nie, nagestreef word.³⁴² Dit beteken dat die aantasting van artikel 7 se beginsels van fundamentele geregtigheid ook met die aantasting van 'n ander fundamentele reg in die *Charter* soos artikel 2(a) se reg op gewetensvryheid, kan oorvleuel.³⁴³

Ten slotte word kortliks stilgestaan by 'n argument van Regter Lamer wat van wesenlike belang vir die interpretasie van artikels 7 tot 14 se *legal rights* is. Hy argumenteer dat artikel 7 'n algemene samevatting is van al die *legal rights* wat daarop in artikels 8 tot 14 volg.³⁴⁴ Die regte in artikels 8 tot 14 is dus bloot spesifieke voorbeelde van die reg op lewe, vryheid en persoonlike veiligheid wat deur artikel 7 beskerm word. Daarom kan artikel 7 se beskermingsveld nie meer beperkend gekonstrueer word as die spesifieke vergestaltings daarvan in artikels 8 tot 14 nie. Regter Wilson stem saam dat artikel 7 nie 'n kleiner beskermingsveld as die ander juridiese regte in artikels 8 tot 14 het nie. Tog verskil sy met Regter Lamer in die sin dat sy nie artikels 8 tot 14 as van veel hulp tydens die konstruksie van artikel 7 beskou nie.³⁴⁵ Sy glo dat artikels 8 tot 14 selfstandige fundamentele regte vorm

341 Vgl *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, 175 per Wilson R (afsonderlike opinie tot die meerderheidsuitspraak). Wilson R se wye konstruksie van die beginsels van substantiewe geregtigheid buite arts 8-14 saam met die onderliggende waardes van die Kanadese reg (die ander regte in die *Charter*), sluit aan by die konstruksie van Lamer R in *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (B. C.)* [1985] 2 S.C.R. 486, 503.

342 *R v Lyons* [1987] 2 S.C.R. 309, 326 per La Forest R: *[T]he Charter protects a complex of interacting values, each more or less fundamental to the free and democratic society that is Canada ..., and the particularization of rights and freedoms contained in the Charter thus represents a somewhat artificial, if necessary and intrinsically worthwhile attempt to structure and focus the judicial exposition of such rights and freedoms. The necessity of structuring the discussion should not, however, lead us to overlook the importance of appreciating the manner in which the amplification of the content of each enunciated right and freedom imbues and informs our understanding of the value structure sought to be protected by the Charter as a whole and, in particular, of the content of the other specific rights and freedoms it embodies.*

343 Vgl *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, 175 per Wilson R (afsonderlike opinie). Wilson R volg 'n wye konstruksie van art 7 se vryheidsbegrip deur dit te koppel aan die menswaardigheidsbeginsel. Hierdie benadering herinner metodologies gesproke onwillekeurig aan die konstruksie in die Duitse staatsreg van 'n algemene persoonlikheidsreg wat saam met die menswaardigheidsbeginsel tot 'n omvangryke beskerming van individuele vryheid lei.

344 *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (B. C.)* [1985] 2 S.C.R. 486, 502-503 per Lamer R.

345 *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (B. C.)* [1985] 2 S.C.R. 486, 530 per Wilson R. Vgl voorts ook die skerp kritiek van Hogg *Constitutional Law* 1034-1035 tov Lamer R se

wat hoogstens fasette van die regte wat in artikel 7 beskerm word, beklemtoon.

In *Thompson Newspapers v Canada*³⁴⁶ het die Hof egter eenparig (insluitende Regter Wilson) bevind dat artikel 7 se beginsels van fundamentele geregtigheid steeds elemente van die reg teen selfinkriminasie kan besit wat nie reeds deur artikels 11(c) en 13, wat spesifiek daarvoor handel, beskerm word nie.³⁴⁷ Hogg meen hierdie benadering bevestig die *residuary*-argument van Regter Lamer wat impliseer dat die beskermingsveld van een van die *legal rights* nie meer vanaf die spesifieke woordgebruik van artikels 8 tot 14 gekonstrueer word nie, maar vanaf die wye en vae beginsels van fundamentele geregtigheid wat in artikel 7 verwoord word.³⁴⁸ Hogg se kritiek is dat die *residuary*-konstruksie tot regsonsekerheid oor die beskermingsveld van artikels 8 tot 11 lei, en dat die howe as't ware artikels 8 tot 14 self oorskryf en die wetgewer se rol oorneem.³⁴⁹

d) Artikels 25-29

Uit hoofde van die struktuur van die *Charter* kan artikels 25 tot 29 wat onder die gemeenskaplike opskrif *General* afsonderlik van die ander substantiewe regte vervat is, as uitdruklike intrinsieke interpretasiehulpmiddels beskou word.³⁵⁰ Intendeel, die woordgebruik *shall* in artikels 25 tot 27 en die imperatiewe vorm van artikels 28 en 29 kleur hierdie bepalinge in met die verpligtende karakter van interpretasievoorskrifte. Artikels 25 tot 29 vervul 'n duidelike interpretasiefunksie deurdat dit die unieke Kanadese karakter, tradisies en waardes tydens die konkretisering van die fundamentele regte en vryhede onder die *Charter* in konteks plaas.³⁵¹

konstruksie.

346 [1990] 1 S.C.R. 425.

347 *Thompson Newspapers v Canada* [1990] 1 S.C.R. 425, 442 per Lamer R (gedeeltelike minderheidsopinie), 470 per Wilson R (minderheidsopinie), 537-538 per La Forest R (afsonderlike opinie tot die meerderheidsuitspraak), 580 per L'Heureux-Dubé R (afsonderlike opinie tot die meerderheidsuitspraak), 601 per Sopinka R (gedeeltelike minderheidsstandpunt) - hoewel elke regter 'n afsonderlike opinie gelewer het, het hulle saamgestem oor die *residuary*-karakter van art 7.

348 Vgl Hogg *Constitutional Law* 1037.

349 Vgl Hogg *Constitutional Law* 1037.

350 Vgl algemeen die bespreking van Pentney *Interpreting the Charter* 39-51.

351 *These interpretive provisions operate, it is submitted as a prism. The scope, content and operation of the rights and freedoms guaranteed by the Charter will differ depending on whether the factual circumstances trigger an interpretive section.* Vgl Pentney *Interpreting the Charter*

Hierdie bykomende dimensie van die beskermingsveld van fundamentele regte wat deur artikels 25 tot 29 meegebring word, word algemeen deur die hof toegepas. So byvoorbeeld het Hoofregter Dickson in *R v Big M Drug Mart*³⁵² die verbod op Sondaghandel as teenstrydig met die reg op godsdienstvryheid in artikel 2(a) van die *Charter* gedeeltelik op artikel 27 begrond.³⁵³ Die Hof het hierop van bestaande Kanadese sowel as die Amerikaanse regspraak oor godsdienstvryheid afgewyk om onder andere gehoor te gee aan artikel 27 se voorskrif wat uniek aan die Kanadese *Charter* is.³⁵⁴ Eweneens het die Hof in die *Quebec Protestant School Boards*-saak tydens interpretasie van artikel 23 se besondere taalregte vir minderhede se onderwys, die appellant se regsvergelijkende verwysing na die minderheidsbeskerming in België, Switserland, die *Privy Council*, Indiese *Supreme Court*, Amerikaanse *Supreme Court* en *Canadian Bill of Rights*, verwerp weens die dwingende interpretasiewaarde wat artikel 23 se teks as unieke oplossing van Kanada se eiesoortige taalprobleme vir die Hof ingehou het.³⁵⁵ Die aanwending van die interpretasievoorskrifte van artikels 25 tot 29 deur die regbank illustreer dus dat dit verkieslik tydens die eerste stap van die interpretasieproses in ag geneem word wanneer die beskermingsveld van die fundamentele reg bepaal word.³⁵⁶

40, sien ook 39, 43. Hier word veral na godsdienstige onderwysregte (art 29), die multi-kulturele Kanadese oorsprong (art 27), bestaande regte (art 26), regte van inheemse inwoners (art 25), ander taalregte (art 16-23), geslagsgelykheid (art 28), *standing*-voorskrifte (art 24) en selfs die *notwithstanding*-beginsel (art 33) verwys.

352 [1985] 1 S.C.R. 295.

353 *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 337-338: *I agree with the submission of the respondent that to accept that Parliament retains the right to compel universal observance of the day of rest preferred by one religion is not consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians. To do so is contrary to the expressed provisions of s. 27.*

354 *R v Big M Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 338-351 per R Dickson. Sien ook Pentney *Interpreting the Charter* 41 wat Tarnapolsky R aanhaal in *R v Videoflicks* (1984) 48 O.R. (2d) 395, 426-427 (C.A.): *Finally, I draw support for my conclusions, both as to the meaning of freedom of religion under the Charter and as to the distinction between that freedom and its interpretation under the United States Bill of Rights from a provision which has no counterpart in the American Constitution, namely s. 27 of the Charter. ... It is not for the courts to express their opinion concerning the justification for its constitutional entrenchment of a policy of pluralistic cultural preservation and enhancement. Nor should the courts avoid giving it any significance. It is merely our duty to try to define how the Charter 'shall be interpreted' in light of this provision.*

355 Vgl *Attorney General (Quebec.) v Quebec Protestant School Boards* [1984] 2 S.C.R. 66, 78.

356 Pentney *Interpreting the Charter* 44.

4.3.6 Beperking van fundamentele regte en vryhede

a) Inherente beperkinge en artikel 1

Die bewoording van sommige fundamentele regte in die *Charter* skep reeds bepaalde inherente beperkinge wat die beskermingsveld van daardie regte verklein. Hierdie inherente beperkinge geld egter ook as bykomende vereistes waaraan die regsgeldige beperking van daardie regte moet voldoen. In hierdie opsig bepaal artikel 7 byvoorbeeld dat die reg op lewe, vryheid en veiligheid nie beperk mag word buiten in ooreenstemming met die beginsels van fundamentele geregtigheid nie. Artikel 8 laat weer deursoeking en beslaglegging toe mits dit redelikerwys geskied, en so ook maak artikel 11 die beperking van verskeie prosedurele regte afhanklik van die redelikeheidsvereiste. Die verhouding tussen hierdie inherente beperkinge en die algemene beperkingsvoorskrifte van artikel 1 moet vervolgens ondersoek word.

In *R v Morgentaler*³⁵⁷ het die meerderheid van die Hof bevind dat die kriminalisering van aborsie teenstrydig met die beperkings is wat ingevolge die beginsels van fundamentele geregtigheid ter beskerming van lewe, vryheid en persoonlike veiligheid in artikel 7 aangewend kan word.³⁵⁸ Hierna het die meerderheid egter bevind dat die beperkende wet nie onder artikel 1 geregverdig kan word nie.³⁵⁹ Regter Wilson het ook *obiter* in haar minderheidstandpunt in enkele ander sake gemeld dat 'n wet wat teenstrydig met die beginsels van fundamentele geregtigheid is, nooit ingevolge die vereistes van artikel 1 geregverdig kan word nie, omdat die twee beginsels wedersyds uitsluitend is.³⁶⁰ Daar bestaan egter wel enkele minderheidstandpunte waarin 'n ongrondwetlike beperking van artikel 7, onder artikel 1, geregverdig is.³⁶¹

357 [1988] 1 S.C.R. 30.

358 *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, 73 per Dickson HR (namens Lamer R), 81 en 121 per Beetz R (met Estey R), 180 per Wilson R.

359 Hogg meld egter dat Dickson HR (met Lamer R) en Beetz R (met Estey R) se argument oor art 1 bloot 'n herhaling van hul konstruksie van art 7 is. Hogg glo dat daar slegs by Wilson R 'n onderskeid tussen die konstruksies van art 7 en art 1 voorkom.

360 *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 523 en 529; soos bevestig in *Reference re ss. 193 and 195.1 (1)(c) of the Criminal Code (Manitoba)* [1990] 1 S.C.R. 1123, 1223; *R v Swain* [1991] 1 S.C.R. 933, 1034.

361 Vgl *R v Penno* [1990] 2 S.C.R. 864, 881-885 per Lamer HR (afsonderlike opinie); *R v Hess* [1990] 2 S.C.R. 906, 946-956 per McLachlin R (minderheidstandpunt). Sien ook Hogg *Constitutional Law* 886.

In *Hunter v Southam Inc.*³⁶² is bevind dat weens die besondere doel en oogmerk van artikel 8 die redelikhedsvereiste daarin vervat oor 'n besondere inhoud beskik wat 'n streng maatstaf stel.³⁶³ Hoewel die Hof besluit het om nie die verhouding tussen artikels 8 en 1 se redelikhedsvereistes te ontleed nie,³⁶⁴ argumenteer Hogg dat dit van mekaar moet verskil omdat die redelikhedsbegrip in beide artikels in 'n ander konteks (met 'n ander oogmerk) staan.³⁶⁵ Eweneens neem die redelikhedsbegrip in die konteks van artikel 11 'n strenger en meer spesifieke betekenis aan as die redelikhedsbegrip van artikel 1.³⁶⁶ Omdat hier twee verskillende toetse in verskillende konteks bestaan, argumenteer Hogg voorts dat indien 'n wet nie aan artikel 8 of 11 se redelikhedsmaatstaf voldoen nie, dit egter steeds ingevolge artikel 1 geregverdig kan word.³⁶⁷

b) Artikel 1

(i) Inleiding

Dit is opvallend dat die Kanadese *Charter* met 'n beperkingsklousule begin.³⁶⁸ Hierdie beperkingsklousule toon groot ooreenkoms met die onderskeie beperkingsklousules wat in die Europese Menseregtekonvensie vervat is en deur die Europese Hof vir Menseregte toegepas word.³⁶⁹ Daar word reeds in die heel eerste bepaling van die *Charter*, te wete artikel 1, daarvoor voorsiening gemaak dat alle regte en vryhede wat daarin vervat is in beginsel aan beperkings onderhewig is. Dit sluit, in teenstelling met die absolute beskerming in die internasionale menseregtesfeer, selfs die beperking van die reg teen wrede en onmenslike

362 [1984] 2 S.C.R. 145.

363 *Hunter v Southam Inc.* [1984] 2 S.C.R. 145, 154-159 per Dickson R.

364 *Hunter v Southam Inc.* [1984] 2 S.C.R. 145, 169.

365 Hogg *Constitutional Law* 887.

366 Hogg *Constitutional Law* 887.

367 Hogg *Constitutional Law* 887.

368 Vgl in die algemeen die omvattende bibliografiese verwysings in Meehan ea *The 1995 Annotated Charter* 17-58; sien voorts Gall *Canada Legal System* 68; Conklin 1982 *Supreme Court Law Review* Vol 4 75-87; Weinrib 1988 *Supreme Court Law Review* Vol 10 469-513; Hiebert 1990 *Osgoode Hall Law School* Vol 28 103-134; Alexander 1990 *University of Toronto Law Journal* Vol 40 31-37; Peck 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25 46-85.

369 Sien die vergelyking deur Hovius 1986 *Yb Eur L* Vol 6 1-54.

behandeling of strawwe in.³⁷⁰ Alvorens artikel 1 as regverdiging van beperkings ter sprake kan kom, waarborg dit eers die regte en vryhede wat in die *Charter* vervat is en beklee dit 'n sentrale posisie in die *Charter* se teks.³⁷¹ Daarom moet van die standpunt uitgegaan word dat beperkings die *Charter* se regte en vryhede aantas totdat dit ooreenkomstig artikel 1 se maatstawwe geregverdig word.³⁷² 'n Duidelike prioriteitsorde vir die hele konkretiseringsproses word hier gevestig - eers waarborg die *Charter* fundamentele regte en daarna word 'n moontlike beperking toegelaat.³⁷³

Artikel 1 waarborg die beskerming van die regte en vryhede in die Handves onderhewig aan slegs daardie *reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*. Die vae en oop wyse waarop hierdie beperkingsklousule verwoord is, het noodwendig tot aanvanklike onsekerheid en litigasie gelei, soos die debat oor die beweerde diskriminerende taalbeleid van openbare onderwysinstellings in Quebec paslik illustreer.³⁷⁴ By gebrek aan 'n algemene benadering deur die *Supreme Court* het kommentators en laerhowe na bestudering van buitelandse regspraak aangeneem dat die beperking van fundamentele regte en vryhede bloot gereduseer word tot die eenvoudige balansering van individuele belange teenoor samelewingsbelange op grond van wat as redelik in daardie omstandighede beskou word.³⁷⁵ Dit het egter algaande geblyk dat die *Supreme Court* 'n ander en strenger maatstaf navolg.³⁷⁶ Waarop die *Supreme Court*

370 Gall *Canada Legal System* 68.

371 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 135 per Dickson HR.

372 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 135 per Dickson HR.

373 Daarom beskryf Ledermann *Assessing Competing Values* 128 die waarde van art 1 as volg: *Understanding the significance of section 1 of the Charter requires a full analysis of the total process of interpretation whereby the applicability or non-applicability of the Charter to certain particular societal situations is determined. In effect, the terms of section 1 apply as if those very words of guarantee and reasonable limits were repeated in every subsequent Charter section, conferring rights or freedoms, even those with their own internal qualifying words.* Vgl Hogg 1990 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 28 817-838 oor die verhouding tussen die omvang van die beskermingsveld wat in die eerste stap gekonstrueer word teenoor die standaard van regverdiging van die beperking tydens die tweede stap. Hogg argumenteer dat die doelsoekende benadering op die lange duur 'n wye konstruksie van die beskermingsveld sal vervang met 'n meer beperkte maar meer effektiewe beskerming van regte.

374 Vgl bv *Attorney General (Quebec) v Quebec Protestant School Boards* [1984] 2 S.C.R. 66, 86. Sien verder *Law Society of Upper Canada v Skapinker* [1984] 1 S.C.R. 347, 383-384; *Hunter v Southam Inc.* [1984] 2 S.C.R. 145, 169-170; *Singh et al v Minister of Employment and Immigration* [1985] 1 S.C.R. 177, 217 per Wilson R; *R v Big M Drug Mart Ltd* [1985] 1 S.C.R. 295, 352 per Dickson R. Oor die verloop van hierdie onsekere ontwikkelingspad vgl Weinrib 1988 *Supreme Court Law Review* Vol 10 469-513; Elliot 1987 *Queen's Law Journal* Vol 12 303-313.

375 Weinrib 1988 *Supreme Court Law Review* Vol 10 470.

376 Weinrib 1988 *Supreme Court Law Review* Vol 10 470.

eventueel eers twee jaar na die eerste beslissing onder die *Charter*, in *R v Oakes*,³⁷⁷ 'n algemene benadering vir die toepassing van artikel 1 voorgelê het.³⁷⁸

To establish that a limit is reasonable and democratically justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a Charter right or freedom are designed to serve, must be 'of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom': ... The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain s. 1 protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relates to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterised as sufficiently important. Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves 'a form of proportionality test': ... Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair 'as little as possible' the right or freedom in question: ... Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right or freedom, and the objective which has been identified as of 'sufficient importance'.³⁷⁹

377 [1986] 1 S.C.R. 103.

378 Beatty *Talking Heads* 23.

379 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 138-139 per Dickson HR. Vgl bevestigend *R v Edwards Books and Art Ltd* [1986] 2 S.C.R. 714, 768 per Dickson HR: *Two requirements must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the legislative objective which the limitation is designed to promote must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. It must bear on a 'pressing and substantial concern'. Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects:*

Hierdie beslissing van Hoofregter Dickson is van wesenlike belang omdat dit die kern van die beperking van fundamentele regte en vryhede onder die Kanadese *Charter* klinkklaar raakvat en volledig weergee.³⁸⁰ Intendeel, weens die regsekerheid wat *Oakes* met betrekking tot artikel 1 verskaf het, is dit deur sommige kommentators as die belangrikste beslissing van die *Supreme Court* beskou.³⁸¹ Al hierdie individuele elemente en vier vereistes wat duidelik op 'n tendens van instandhouding van regte tydens die konkretisering van artikel 1 dui, word vervolgens van nader beskou.

(ii) Beperking *vis-à-vis* ontkenning van regte

Nie alle owerheidshandelinge of wetgewing wat inbreuk maak op dié fundamentele regte of vryhede in die *Charter* is beperkinge in die ware sin van die woord soos die *Oakes*-toets bedoel nie. Indien die effek van 'n regsvoorskrif is dat dit die uitoefening van 'n beperkte deel van die beskermingsveld van 'n gewaarborgde reg of vryheid verbied of onmoontlik maak, is dit nie 'n beperking wat moontlik ingevolge artikel 1 geregverdig kan word nie.³⁸² Hierdie is eerder 'n geval van 'n ontkenning of weiering (*denial*) van 'n reg.³⁸³ Regter Wilson het in *R v Morgentaler*³⁸⁴ tydens beoordeling van 'n voorskrif wat vrugafdrywing reguleer, die onderskeid tussen 'n beperking van regte en weiering van regte paslik verduidelik:

the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair on the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgement of rights. Vgl voorts ook oa *Ford v Quebec (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 712, 769; *Tétreault-Gadoury v Canada (Employment and Immigration Commission)* [1991] 2 S.C.R. 22, 41 per La Forest R.

380 Vgl die bespreking van Elliot 1987 *Queen's Law Journal* Vol 12 313-318.

381 Beatty *Talking Heads* 23; Elliot 1987 *Queen's Law Journal* Vol 12 313.

382 *Ford v Quebec (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 712, 773.

383 *Ford v Quebec (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 712, 773. Vgl algemeen Weinrib 1988 *Supreme Court Law Review* Vol 10 479-481. Hierdie weiering van regte moet onderskei word van die buitengewone verskynsel van 'n algehele ontkenning van regte wat in *Attorney General (Quebec) v Quebec Protestant School Boards* [1984] 2 S.C.R. 66 plaasgevind het. Hier het bepalings van *Bill 101* in Quebec wat die Engelse onderrigmoontlikhede in daardie provinsie reël die algehele beskerming wat art 23 (1)(b) en (2) van die *Charter* aan spesifiek minderheidsonderwysregte in Kanada verleen, uitgesluit vir wetgewing in Quebec. Hierdie wet was dus veel meer as bloot die weiering van 'n beperkte deel van die beskermingsveld, dit was 'n totale uitsluiting daarvan. Die Hof het bevind (*ibid* 86-88) dat dit 'n poging was om nog 'n uitsondering naas Art 33 se *overriding*-klousule te skep wat inderdaad op 'n ongrondwetlike amending van die *Charter* neergekom het.

384 [1988] 1 S.C.R. 30.

*Section 251 of the Criminal Code takes the decision away from the woman at all stages of her pregnancy. It is a complete denial of the woman's constitutionally protected right under s. 7, not merely a limitation on it. It cannot, in my opinion, meet the proportionality test in Oakes. It is not sufficiently tailored to the legislative objective and does not impair the woman's right 'as little as possible'. It cannot be saved under s. 1.*³⁸⁵

So 'n weiering van regte kom egter nie algemeen voor nie, andersins sou dit die hele noodsaak van artikel 1 se regverdigingsproses nutteloos maak.³⁸⁶ Die onderskeid tussen 'n weiering en beperking is boonop nie waterdig nie, omdat meeste beperkings tot 'n geringe mate die beskerming van 'n reg sal uitsluit.³⁸⁷ Omdat gevalle van weiering van regte soos in *Morgentaler* uitsonderlik is, het die Hof in *Ford v Quebec (Attorney General)* nie veel waarde aan daardie vereiste geheg nie.³⁸⁸

(iii) *Free and democratic society*

Hoofregter Dickson beslis in *R v Oakes* dat die waardes van 'n vrye en demokratiese samelewing die finale maatstaf in artikel 1 vorm waaraan die beperking van fundamentele regte beoordeel moet word.³⁸⁹ Boonop vorm hierdie waardes in die eerste plek ook die doel vir die verskansing van die regte en vryhede van die *Charter* in die Grondwet,³⁹⁰ naamlik om te verseker dat Kanada 'n vrye en demokratiese staat sal wees.³⁹¹ Dit is dus duidelik dat die Hof 'n beperkingsmaatstaf soos meerderheidswil of utilitêre kostevordele verwerp het.³⁹² Hoofregter Dickson

385 *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, 183 per Wilson R (afsonderlike opinie). Vgl ook *R v Big M Drug Mart Ltd.* [1985] 1 S.C.R. 295, 332-333 per Dickson R (namens die meerderheid) waar die statutêre verbod op die dryf van handel op Sondag teenoor die vryheid van gewete en godsdiens beskryf is as 'n *total negation of a right guaranteed by the Charter, and therefore one to which the limitation in s. 1 of the Charter could not apply.*

386 *Ford v Quebec (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 712, 773.

387 *Ford v Quebec (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 712, 773.

388 *Ford v Quebec (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 712, 773.

389 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 136.

390 Weinrib 1988 *Supreme Court Law Review* Vol 10 485.

391 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 136 per Dickson HR. Vgl ook *Slaight Communications Inc. v Davidson* [1989] 1 S.C.R. 1038, 1056 per Beetz R (minderheidsuitspraak) (daar is verskillende waardes wat in 'n vrye demokratiese samelewing beskerm word, waarvan net sommige uitdruklik in die *Charter* verwoord word); *R v Keegstra* [1990] 3 S.C.R. 697, 736 per Dickson HR (meerderheidsuitspraak).

392 Weinrib 1988 *Supreme Court Law Review* Vol 10 483.

verskaf hierop enkele voorbeelde van waardes wat eie aan 'n vrye en demokratiese samelewing is:

*The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society.*³⁹³

Later vat Hoofregter Dickson die belangrike rol van hierdie onderliggende waardes vir die konkretisering van fundamentele regte en vryhede treffend saam:

*The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the Charter and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.*³⁹⁴

Regter Wilson het (in haar afsonderlike opinie van die meerderheidsuitspraak) in *R v Morgentaler*³⁹⁵ beklemtoon dat artikel 7 se reg op individuele vryheid in die vrye en demokratiese samelewing waarvan in *R v Oakes*³⁹⁶ en *R Big M Drug Mart Ltd.*³⁹⁷ vermelding is, inderdaad 'n liberale grondwetlike waarde-sisteem verteenwoordig

393 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 136 per Dickson HR. Die fundamentele Kanadese waardesisteem is weens verskeie historiese faktore nie die individualistiese liberalisme van die VSA nie, maar konstateer 'n fyn balans tussen die owerheid se respek vir liberale waardes en die nakoming van hul sosiale verantwoordelikheid. Kortom, Kanada vorm 'n liberale sosiale demokratiese staat wat begrond is in die *rule of law*. Vgl Elliot 1987 *Queen's Law Journal* Vol 12 281-286; Monahan 1987 *University of British Columbia Law Review* Vol 21 152-159.

394 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 136 per Dickson HR.

395 [1988] 1 S.C.R. 30.

396 [1986] 1 S.C.R. 103, 136 per Dickson HR.

397 [1985] 1 S.C.R. 295, 346 per Dickson HR: *It should also be noted, however, that an emphasis on the individual conscience and individual judgement also lies at the hart of our democratic political tradition. The ability of each citizen to make free and formed decisions is the absolute prerequisite for the legitimacy, acceptability, and efficacy of our system of self-government. It is because of the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience both to basic beliefs about human worth and dignity and to a free and democratic political system that American jurisprudence has emphasized the primacy or 'firstness' of the First Amendment. It is this same centrality that in my view underlies their designation in the Canadian Charter of Rights and Freedoms as 'fundamental'. They are the sine qua non of the political tradition underlying the Charter.*

waarin die menswaardigheidsbeginsel inherent tot die konkretisering van daardie fundamentele reg staan.³⁹⁸ Tewens, sy bevind dat die menswaardigheidsbeginsel onderliggend aan feitlik elke fundamentele reg of vryheid in die *Charter* is.³⁹⁹ Uit hoofde van hierdie grondwetlike waardekonstruksie waarin die menswaardigheidsbeginsel sentraal staan, moet persoonlike vryheid in artikel 7 wyd geïnterpreteer word in die geval van 'n swanger vrou om vir haar 'n vryheid van keuse vir aborsie te erken.⁴⁰⁰

Dit is met ander woorde duidelik dat sowel die konstruksie as die beperking van die beskermingsveld van fundamentele regte en vryhede in die *Charter* geskied aan die hand van 'n spesifieke waarde-sisteem wat in die *Charter* aangedui word. Dit is naamlik die ongeskrewe waardes wat onderliggend aan daardie vrye en demokratiese samelewing is wat in die *Charter* geantisipeer word, soos die waarborg van menswaardigheid, individuele vryheid en sosiale gelykheid en geregtigheid.

(iv) *Prescribed by law*

Artikel 1 bepaal onder andere dat beperkings slegs toelaatbaar is as dit *prescribed by law* is, as dit dus uit hoofde van regsreëls, en nie arbitrêre nie, geskied het. Hierdie vereiste spruit voort uit die waardes onderliggend aan die *rule of law* soos die beginsel van *constitutionalism*. Dit beteken dat regsreëls toeganklik, duidelik en voorsienbaar moet wees ten einde regsekerheid te bevorder en om ongeregtheid deur arbitrêre en diskriminerende owerheidshandeling te voorkom.⁴⁰¹ Hoewel die Kanadese *Supreme Court* nog nie 'n omvattende uiteensetting van hierdie vereistes gegee het nie, val skrywers terug op die omvattende regspraak van die Europese Hof van Menseregte oor hierdie aangeleentheid.⁴⁰²

398 *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, 164-165 per Wilson R.

399 *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, 160 per Wilson R.

400 *R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, 171 per Wilson R. Op 172 vervolg sy: *Thus, women's needs and aspirations are only now being translated into protected rights. The right to reproduce or not to reproduce which is in issue in this case is one such right and is properly perceived as an integral part of modern woman's struggle to assert her dignity and worth as a human being.*

401 Vgl *R v Therens* [1985] 1 S.C.R. 613, 645 per Le Dain R; Hogg *Constitutional Law* 862. Sien algemeen Weinrib 1988 *Supreme Court Law Review* Vol 10 472-478.

402 Hogg *Constitutional Law* 862.

Hiervolgens is 'n beperkende statuut, regulasie, of reël van die *common law* al as toeganklik en bindend beskou,⁴⁰³ terwyl departementele of owerheidsdirektiewe en instruksies nie as bindend beskou is nie omdat dit ontoeganklik is.⁴⁰⁴ Voorts is dit 'n gevestigde reël van fundamentele geregtigheid dat 'n vae en onduidelike regsvoorskrif nie regsgeldig is nie.⁴⁰⁵ Hoewel die *Supreme Court* in *Irwin Toy v Quebec*⁴⁰⁶ bevind het dat dit nie moontlik is om absolute duidelikheid in die formulering van 'n regsvoorskrif te bereik nie, aanvaar die Hof dat 'n regsreël onvoldoende is as daar nie 'n *intelligible standard* teenwoordig is wat die regbank sal lei nie.⁴⁰⁷ *In casu* het 'n provinsiale wetgewer advertensies wat gemik was op kinders onder 13 jaar verbied, waarop die applikant dit betwis het op grond van die vaagheid van die wet ten spyte van drie kriteria wat daarin vervat is. Hoewel dit onduidelik is wat die *intelligible standard* behels, het die Hof bevind dat die drie maatstawwe in die wet wel daardie standaard nakom. In *Osborne v Canada* (Treasury Board)⁴⁰⁸ het die *Supreme Court* die *intelligible standard* verwoord as vaagheid wat 'n te algemene diskresie behels wat aan die uitvoerder van die owerheidsgesag toevertrou word, of dat 'n statuut so onduidelik is, *obscure as to be incapable of interpretation using the ordinary tools*.⁴⁰⁹

Die *Supreme Court* het beperkings aanvaar wat nie uitdruklik verwoord is nie, maar noodwendig deur die bewoording of uitvoering van 'n regsreël geïmpliseer is.⁴¹⁰ In hierdie opsig is byvoorbeeld beslis dat die vereiste dat 'n asemtoets onmiddellik op 'n

403 *R v Therens* [1985] 1 S.C.R. 613, 645 per Le Dain R (statuut, regulasie en *common law*): *The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements. The limit may also result from the application of a common law rule.* Vgl ook *Retail, Wholesale and Department Store Union v Dolphin Delivery Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 573, 592 per McIntyre R (namens die Hof), 604-605 per Wilson R (afsonderlike ondersteunende opinie); *British Columbia Government Employees' Union v British Columbia (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 214, 233-237, 248 (common law); *Irwin Toy Ltd. v Quebec (Attorney General)* [1989] 1 S.C.R. 927, 981 per Dickson HR, Lamer R en Wilson R (meerderheidsuitspraak) (regulasie); *R v Swain* [1991] 1 S.C.R. 933, 968 per Lamer HR (meerderheidsbeslissing) (*common law*); *R v Thomsen* [1988] 1 S.C.R. 640, 650-651 Le Dain R.

404 Vgl Hogg *Constitutional Law* 862-863 vt 54.

405 Hogg *Constitutional Law* 864.

406 *Irwin Toy Ltd. v Quebec (Attorney General)* [1989] 1 S.C.R. 927.

407 *Irwin Toy Ltd. v Quebec (Attorney General)* [1989] 1 S.C.R. 927, 983 per Dickson HR, Lamer R en Wilson R (meerderheidsuitspraak). Vgl bevestigend *R v Butler* [1992] 1 S.C.R. 452, 490 per Sopinka R.

408 [1991] 2 S.C.R. 69.

409 *Osborne v Canada* (Treasury Board) [1991] 2 S.C.R. 69, 94-97 per Sopinka R (meerderheidsuitspraak).

410 *R v Therens* [1985] 1 S.C.R. 613, 645 per Le Dain R.

motoris langs die pad uitgevoer word, impliseer dat daardie persoon nie dan reeds regsbystand kan verkry nie (dit sou wel vir die volgende amptelike toets moontlik wees).⁴¹¹ Hierdeur word die reg op regsverteenvoordinging volgens 'n regsvoorskrif beperk al staan dit nie uitdruklik geskryf nie.

Indien administratiewe beslissings ingevolge 'n diskresie uit hoofde van magtigende wetgewing voorspruit, moet daardie wetgewing ook aan bogenoemde voorsienbaarheids- en toeganklikheidsvereistes voldoen.⁴¹² Die *Supreme Court* het oor hierdie aangeleentheid beslis in twee sake waar die polisie 'n diskresie uitgeoefen het om motors te stop en sodoende die reg om nie arbitrêr aangehou te word nie, beperk het. In *R v Hufsky*⁴¹³ was hierdie steekproewe deel van 'n voorafbeplande program waarby verskeie polisielede betrokke was ter bekamping van dronkbestuur en ander verkeersmisdrywe. Die Hof het daarom die statuut wat die diskresie-uitoefening gemagtig het, wel as 'n beperking beskou wat deur die reg voorgeskryf is. In navolging hiervan het die meerderheid van die Hof in 'n ander geval ook die spontane willekeurige stop van voertuie vir roetine-inspeksies deur individuele lede wat nie deel van 'n misdadoperasie met vaste kontrolepunte was nie, as 'n toelaatbare beperking van artikel 9 se reg teen arbitrêre aanhouding beskou.⁴¹⁴ Die minderheid het egter gemeen dit moet net tot by gekontroleerde beplande kontrole van motors by vaste punte geld, en nie ook op spontane individuele bewegende opnames betrekking hê nie.⁴¹⁵

(v) *Reasonable and demonstrably justified*

Artikel 1 vereis dat beperkende wetgewing aan twee vereistes moet voldoen, naamlik dat dit sowel *reasonable* asook *demonstrably justified* moet wees. Die Hof het hierdie twee vereistes uitgelê asof dit dieselfde standaard stel en nie twee afsonderlike maatstawwe nie.⁴¹⁶ Soos reeds aangedui het Hoofregter Dickson in die

411 *R v Thomsen* [1988] 1 S.C.R. 640. Vgl voorts mbt arbitrêre roetineverkeersopnames (*spotchecks*) langs die pad *R v Hufsky* [1988] 1 S.C.R. 621; *R v Ladouceur* [1990] 1 S.C.R. 1257.

412 Vgl Hogg *Constitutional Law* 863-864.

413 [1988] 1 S.C.R. 621.

414 Vgl *R v Ladouceur* [1990] 1 S.C.R. 1257, 1274-1288 per Cory R (meerderheidsbeslissing).

415 *R v Ladouceur* [1990] 1 S.C.R. 1257, 1262-1268 per Sopinka R (minderheidsbeslissing).

416 Hogg *Constitutional Law* 866.

Oakes-saak⁴¹⁷ vier vereistes geïdentifiseer waaraan 'n beperkende wet moet voldoen ten einde redelik en aantoonbaar geregverdig te wees. Hierdie vereistes word vervolgens van nader beskou.

(vi) *Sufficiently important objective*

Die beperkende wet moet 'n bepaalde doel nastreef wat belangrik genoeg is dat dit 'n fundamentele reg kan beperk.⁴¹⁸ Die doel van hierdie vereiste is om triviale en minder belangrike beweegredes vir die beperking van fundamentele regte en vryhede uit te skakel, sodat slegs oogmerke en doelwitte wat bestaanbaar met die grondwetlike waarde-orde van 'n vrye en demokratiese samelewing is, toegelaat word.⁴¹⁹ Hierdie eerste aktiwiteit wat die hermeneut onderneem om die doel of oogmerk van die beperkende wet vas te stel, kan opsigself 'n moeilike taak wees. Soms word die wetgewer se oogmerk vasgestel deur historiese konstruksie en soms word die oogmerk eenvoudig in algemene terme uit die wetstek self afgelei.

Hogg meen dit is belangrik om te bepaal of die Hof die doel van die beperking abstrak in die algemeen, of meer spesifiek moet interpreteer.⁴²⁰ Hierdie keuse sou dan bepaal of daardie spesifieke doel makliker of moeiliker onder die proporsionaliteitstoets, en veral die vereiste daaronder dat dieselfde oogmerk nie op ander minder skadelike wyses bereik kon word nie, geregverdig kon word. Die verskil tussen die meerderheidsuitspraak en die minderheid se konstruksie in *Andrews v Law Society of British Columbia*⁴²¹ illustreer hierdie twee moontlike konstruksies. Die meerderheid⁴²² het 'n algemene konstruksie gevolg van 'n wet wat Kanadese burgerskap as vereiste stel vir regsgeleerdes om in *British Columbia* te praktiseer. Hulle beslis dat die doel van daardie regsvoorskrif was om toelating tot die regspraktyk tot gekwalifiseerde regsgeleerdes te beperk. Gevolglik was dit maklik om later te bevind dat hierdie metode nie proporsioneel tot die doel was nie. 'n Meer spesifieke konstruksie deur die minderheid van die Hof identifiseer die oogmerk van

417 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 138-139 per Dickson HR.

418 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 138 per Dickson HR.

419 Weinrib 1988 *Supreme Court Law Review* Vol 10 500.

420 Vgl Hogg *Constitutional Law* 868-869.

421 [1989] 1 S.C.R. 143. Vgl Hogg *Constitutional Law* 868.

422 *Andrews v Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143, 153-157 per Wilson R saam met Dickson HR en L'Heureux-Dubé R (meerderheidsbeslissing), terwyl *La Forest R* (97-204)

die wet om die regsberoep tot slegs Kanadese burgers te beperk wat wel onder die proporsionaliteitstoets regverdig kon word.⁴²³

Hoofregter Dickson het reeds in *Oakes*⁴²⁴ 'n hoë maatstaf vereis van welke doel van 'n wet so belangrik is dat dit 'n grondwetlik gewaarborgde reg of vryheid kan beperk. Hy vereis dat die oogmerk wat nagestreef word (i) *pressing* en (ii) *substantial* in 'n (iii) vrye en demokratiese samelewing moet wees. Dit is dus nie sommer enige triviale randprobleem of teenstrydigheid nie.⁴²⁵ Hoewel hierdie vereistes op 'n baie streng kontroletoeits deur die Hof dui, kon die wetgewer in die meeste gevalle in die praktyk die noodsaaklikheid van die beoogde doel aantoon.⁴²⁶ *In casu* bevind Hoofregter Dickson na bestudering van nasionale en internasionale getuienis (verslae van ondersoeke, verdrae en regsvoorskrifte) dat die oogmerk van bekamping van toenemende dwelmshandel weens die ernstige gevare wat dit inhou, belangrik genoeg is om in bepaalde gevalle die beperking van 'n fundamentele reg of vryheid te regverdig.⁴²⁷

'n Verdere voorbeeld van 'n belangrike wetgewersoogmerk wat die beperking van sekere fundamentele regte en vryhede in 'n vrye en demokratiese samelewing kon regverdig, is maatreëls wat getref word om die diversiteit in die Kanadese samelewing, soos die eiesoortige karakter van Quebec as 'n *distinct society*, te akkommodeer.⁴²⁸ Die spesiale taal-, onderwys- en kultuurreëlings wat in Quebec getref word om hul Franse karakter te beskerm, beperk noodwendig die Engelssprekende bevolking se regte en bring sodoende die versoenbaarheid van daardie reëlings met artikel 1 van die *Charter* na vore. In die *Charter* eerste saak rakende Quebec se eiesoortige karakter is die taalbeleid van skole in Quebec betwis wat bepaal het dat slegs kinders wat hul onderrig in Engels in Quebec ontvang, die provinsie se Engelssprekende openbare skole kon besoek.⁴²⁹ Die *Supreme Court* het

saam met die meerderheid gestem het maar die minderheid se konstruksie gevolg het.

423 *Andrews v Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143, 184-192 per McIntyre R saam met Lamer R (minderheidsbeslissing).

424 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 138-139 per Dickson HR.

425 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 138-139 per Dickson HR.

426 Vgl Hogg *Constitutional Law* 870.

427 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 140-141 per Dickson HR.

428 Vgl voorts Hogg *Constitutional Law* 870-872. Hierdie oogmerk is reeds in *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 136 per Dickson HR, as een van die onderliggende waardes van die *Charter* in die strewe na 'n vrye en demokratiese Kanadese samelewing geïdentifiseer.

429 *Attorney General (Quebec) v Quebec Protestant School Boards* [1984] 2 S.C.R. 66.

hierdie voorskrif in so 'n ernstige lig beskou dat dit as 'n algehele ontkenning van die minderheidsopvoedingsregte in artikel 23(1)(b) *Charter* beskou is en nie eens as 'n beperking wat met behulp van ondersteunende getuienis moontlik onder artikel 1 geregverdig kon word nie.⁴³⁰

'n Verdere bekende Quebecaanse geval was *Ford v Quebec (Attorney General)*⁴³¹ waar bepaal is dat wetgewing wat vereis dat openbare tekens, handelsname en advertensies slegs in Frans mag wees, en sodoende die gebruik van Engels in die gevalle verbied het, ongrondwetlik is. Die *Supreme Court* beskou die oogmerk van die wetgewing, naamlik beskerming van die Franse taal weens die kwesbaarheid daarvan in die Kanadese samelewing, as belangrik genoeg om die beperking van die Engelssprekendes se taalregte te regverdig.⁴³² Hierop is bevind dat hoewel die verpligte gebruik van Frans regsgeldig was, was die gelyktydige verbod op die gebruik van Engels onnodig en in elk geval disproporsioneel. Daar het ander minder skadelike wyses bestaan waarop die Franse taal in daardie geval beskerm kon word, sonder om op hierdie wyse op die Engelssprekendes se regte inbreuk te maak.⁴³³ (Hoewel hierdie regsvoorskrif as teenstrydig met die *Charter* bevind is, het Quebec geantwoord deur dieselfde voorskrif te handhaaf en die Hof se beslissing met die *notwithstanding*-bepaling van artikel 33(1) te omseil.⁴³⁴)

Daar bestaan in latere sake 'n verskil van mening oor of fundamentele regte beperk kan word weens administratiewe redes soos gerief en kostes, ten spyte van die feit dat dit reeds in *R v Big M Drug Mart Ltd.*⁴³⁵ in beginsel verwerp is.⁴³⁶ Regter Wilson het in die *Singh*-saak⁴³⁷ 'n uitvoerige begronding verskaf waarom dit teenstrydig met artikel 7 se beginsels van fundamentele geregtigheid in 'n vrye en demokratiese samelewing is om bloot weens administratiewe gronde van 'n te groot werkslading individuele regte te beperk.⁴³⁸ *In casu* het die aantasting van regte bestaan uit die

430 *Attorney General (Quebec) v Quebec Protestant School Boards* [1984] 2 S.C.R. 66, 88.

431 [1988] 2 S.C.R. 712.

432 *Ford v Quebec (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 712, 777-778.

433 *Ford v Quebec (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 712, 779-780.

434 Vgl Art 10 in *An Act to Amend the Charter of the French Language* S.Q. 1988 c. 54; Hogg *Constitutional Law* 871.

435 [1985] 1 S.C.R. 295, 352 per Dickson R (meerderheidsbeslissing).

436 Weinrib 1988 *Supreme Court Law Review* Vol 10 488.

437 *Singh et al v Minister of Employment and Immigration* [1985] 1 S.C.R. 177.

438 Vgl *Singh et al v Minister of Employment and Immigration* [1985] 1 S.C.R. 177, 218-219 per Wilson R: *Seen in this light I have considerable doubt that the type of utilitarian consideration*

owerheid se late om reeds tydens die eerste instansie van beoordeling van vlugteling se aansoeke om vlugtelingstatus voorsiening te maak vir 'n persoonlike verskyning ooreenkomstig erkende verhoorprosedures. In haar minderheidstandpunt in *R v Lee*⁴³⁹ en ook later in *R v Chaulk*⁴⁴⁰ bevestig Regter Wilson hierdie mening.

In *R v Lee*⁴⁴¹ het 'n beskuldigde wat sy reg op 'n jurieverhoor ingevolge artikel 11(f) van die *Charter* uitgeoefen het, sonder rede vir die verhoor weggebly. Tydens sy eventuele verhoor is hy nie weer die geleentheid tot 'n jurieverhoor aangebied nie, maar is deur 'n regter verhoor waarteen hy beswaar maak. Die meerderheid van die *Supreme Court* erken weliswaar 'n aantasting van die reg op 'n jurieverhoor, maar in teenstelling met Regter Wilson se standpunt, regverdig hulle hierdie verbeuring van die beskuldigde se fundamentele reg weens die las wat hy op die regsisteem geplaas het met sy afwesigheid terwyl sy regte reeds die eerste keer gewaarborg was.⁴⁴² Tydens *R v Chaulk*⁴⁴³ het die meerderheid van die Hof weereens bevind dat hoewel 'n statutêre vermoede van geestesgesondheid teenstrydig is met die vermoede van onskuld wat in artikel 11(d) gewaarborg word, dit weens die prosedurele en ander moeilikhede daaraan verbonde om geestesgesondheid te bewys, as 'n toelaatbare oogmerk vir beperking onder artikel 1 beskou kan word.⁴⁴⁴

Nieteenstaande bogenoemde meerderheidsbeslissings behoort die standpunt van Regter Wilson nagevolg te word, omdat sy deur sistematiese interpretasie gevolg gee aan die res van artikel 1 se struktuur waar 'n duidelike grondwetlike waarde-sisteem uiteengesit word. Daaruit blyk dit volgens Weinrib dat die fundamentele

brought forward ... can constitute a justification for a limitation on the rights set out in the Charter. Certainly the guarantees of the Charter would be illusory if they could be ignored because it was administratively convenient to do so. No doubt considerable time and money can be saved by adopting administrative procedures which ignore the principles of fundamental justice but such an argument, in my view, misses the point of the exercise under s. 1. The principles of natural justice and procedural fairness which have long been espoused by our courts, and the constitutional entrenchment of the principles of fundamental justice in s. 7, implicitly recognize that a balance of administrative convenience does not override the need to adhere to these principles. Whatever standard of review eventually emerges under s. 1, it must be more compelling than any advanced in these appeals. Vgl bevestigend Weinrib 1988 Supreme Court Law Review Vol 10 486-491.

439 [1989] 2 S.C.R. 1384, 1420: [R]educing administrative inconvenience and reducing expense are not ... sufficient objectives to override such a vital constitutional right.

440 [1990] 3 S.C.R. 1303, 1373-1375.

441 [1989] 2 S.C.R. 1384.

442 *R v Lee* [1989] 2 S.C.R. 1384, 1390-1391.

443 [1990] 3 S.C.R. 1303.

444 *R v Chaulk* [1990] 3 S.C.R. 1303, 1337-1339 per Lamer HR (meerderheidsbeslissing).

grondwetlike waardesisteem wat onderliggend aan 'n vrye en demokratiese samelewing is, eerder as die *'balance of convenience'* op administratiewe gronde, deurslaggewend is om die toelaatbaarheid van beperkings op fundamentele regte en vryhede te beoordeel.⁴⁴⁵

(vii) Proporsionaliteit in wye sin

Nadat die toelaatbaarheid van die doel van die beperking vasgestel is, moet bepaal word of die spesifieke beperkende maatreëls wat toegepas word proporsioneel is tot die beoogde doel. In *R v Edwards Books and Art*⁴⁴⁶ bepaal Hoofregter Dickson dat by vasstelling van die proporsionaliteitsmaatstaf die Hof rigiede en onbuigbare standaard moet vermy.⁴⁴⁷ Die proporsionaliteit in wye sin word met behulp van drie spesifieke toetse vasgestel, naamlik die *rational connection*-toets, die *least dramatic means*-toets en die proporsionele gevolg-toets.

(viii) *Rational connection*-toets

Die beperkende wet moet rasideel verbind wees tot die oogmerk wat dit nastreef om te bereik.⁴⁴⁸ Volgens *R v Edwards Books and Art Ltd.*⁴⁴⁹ beteken die *rational connection*-toets eenvoudig *an assessment of how well the legislative garment has been tailored to suit its purpose.*⁴⁵⁰ Met ander woorde, Hoofregter Dickson vereis in *R v Oakes*⁴⁵¹ dat die beperkende maatreëls wat voorgestel word om die wettige doel mee te bereik met omsigtigheid gekies word. Dit wil sê die metode van beperking mag nie arbitrêr of onregverdig wees, of uit irrasionele oorwegings voortspruit nie.⁴⁵²

Dit is juis hierdie toets wat die beperkende wet in die *Oakes*-saak nie kon slaag nie.⁴⁵³ Die wet het naamlik 'n weerlegbare vermoede geskep dat indien 'n

445 Weinrib 1988 *Supreme Court Law Review* Vol 10 486.

446 [1986] 2 S.C.R. 714.

447 *R v Edwards Books and Art* [1986] 2 S.C.R. 714, 768-769.

448 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 139 per Dickson HR.

449 [1986] 2 S.C.R. 714.

450 *R v Edwards Books and Art Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 714, 770 per Dickson HR.

451 [1986] 1 S.C.R. 103.

452 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 139 per Dickson HR.

453 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 142 per Dickson HR. Vgl algemeen Hogg *Constitutional Law* 876.

beskuldigde aan die besit van dwelmiddels skuldig bevind word, dit vermoed word dat hy of sy ook daarin handel gedryf het. Die bewyslas skuif dus nou vanaf die vervolging na die beskuldigde om hierdie vermoede te weerlê. Laasgenoemde weerleggingslas was teenstrydig met die onskuldsvermoede in artikel 11(d) van die *Charter*. Nadat die Hof die doel van die wet, naamlik om die samelewing teen die probleme van dwelmhandel te beskerm, aanvaar het, het dit bevind dat daar nie 'n rasonale verband tussen die spesifieke beperking (die verskuifde bewyslas) en die uitroei van die beoogde dwelmhandel bestaan nie.⁴⁵⁴ Daar bestaan geen feitelike grondslag om uit die besit van 'n geringe hoeveelheid dwelms 'n afleiding van dwelmhandel te regverdig nie. Daarom was hierdie bepaling ongrondwetlik sonder die toepassing van die ander twee proporsionaliteitstoetses.⁴⁵⁵ Hogg meen dat hierdie toets nie van veel nut in die praktyk is nie, deurdat dit tot 1992 slegs in die *Oakes*-saak deurslaggewend was, en selfs hier sou die beperking makliker onder die opvolgende toets veroordeel kon word.⁴⁵⁶

Dit is ook belangrik om daarop te let dat die owerheid nie na die tyd 'n oogmerk kan byvoeg om aan te toon dat die wetgewing 'n *pressing* en *substantive objective* nagestreef het as daardie oogmerk nie reeds aanvanklik deur die wetgewer beoog is nie.⁴⁵⁷ Die owerheid kan egter wel aantoon dat daardie oorspronklike oogmerk steeds *pressing* en *substantial* is deur die sterkste getuienis op daardie oomblik beskikbaar aan te bied.⁴⁵⁸ (Dit kan ook gedoen word as die proporsionaliteit tussen die wyse en oogmerk van beperking beoordeel word onder die laaste toets.⁴⁵⁹) Voorts is dit ook moontlik dat getuienis aangebied kan word om aan te toon dat 'n beperkende oogmerk wat nie aanvanklik tydens aanname van die wetgewing noodsaaklik en belangrik was nie, wel te dien effekte gegroei het met die verloop van tyd en veranderende omstandighede.⁴⁶⁰

454 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 141-142 per Dickson HR.

455 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 142 per Dickson HR.

456 Hogg *Constitutional Law* 877.

457 *Irwin Toy Ltd. v Quebec (Attorney General)* [1991] 1 S.C.R. 927, 984 per Dickson HR.

458 *Irwin Toy Ltd. v Quebec (Attorney General)* [1991] 1 S.C.R. 927, 984 per Dickson HR.

459 *Irwin Toy Ltd. v Quebec (Attorney General)* [1991] 1 S.C.R. 927, 984 per Dickson HR.

460 *Irwin Toy Ltd. v Quebec (Attorney General)* [1991] 1 S.C.R. 927, 984 per Dickson HR.

(ix) *Least drastic means-toets*

Hierdie toets behels dat die beperkende maatreël nie die reg meer moet beperk as wat noodsaaklik is om die oogmerk te bereik nie.⁴⁶¹ Die beperking moet dus die mins nadelige moontlikheid wees waarmee die wetgewer die bedoelde oogmerk kan bereik. Hoofregter Dickson meld dat hierdie toets die hart van artikel 1 se proporsionaliteitstoets is,⁴⁶² en volgens Hogg misluk die meeste sake hier.⁴⁶³ So byvoorbeeld het die Hof die vermoede by die misdryf van bestuur onder die invloed van alkohol dat die persoon wat in die bestuurder se sitplek sit, vermoed word die beheer en kontrole oor die voertuig uit te oefen, as 'n *restrained parliamentary response to a pressing social problem* beskou wat *a minimal interference with the presumption of innocence* aanneem en dus proporsioneel is.⁴⁶⁴

Daar bestaan egter 'n verskil in standpunt onder regters of die streng toets in die *Oakes-saak* ongekwalifiseerd in alle sake toegepas moet word en of dit na gelang van omstandighede verslap kan word. In byvoorbeeld *R v Edwards Books and Art Ltd.*⁴⁶⁵ is 'n meer buigbare benadering van die *Oakes*-maatstaf aanvaar.⁴⁶⁶ In *United States of America v Cotroni*⁴⁶⁷ is die uitlewering van 'n Kanadese burger aan die VSA op 'n aanklag van handel in heroïene se beperking van sy reg op bewegingsvryheid (artikel 6(1) van die *Charter*) as geregverdig beskou ten einde misdaadbekamping te bevorder. Regter La Forest bevind namens die meerderheid dat, omdat daar prosedurele en bewysregtelike redes (utilitaristiese oorwegings) bestaan het waarom die misdryf in die VSA vervolgt moet word, die uitlewering op grond van 'n buigbare aanwending van die *Oakes*-maatstaf van die mins beperkende keuse regverdigbaar is.⁴⁶⁸ Hierteenoor het Regters Wilson en Sopinka in hul minderheidsmenings bevind

461 Vgl *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 139 per Dickson HR.

462 In *R v Edwards Books and Arts Ltd* [1986] 2 S.C.R. 714, 772.

463 Vgl Hogg *Constitutional Law* 878 en voorbeelde wat hy verskaf. Sien bv *Tétreault-Gadoury v Canada (Employment and Immigration Commission)* [1991] 2 S.C.R. 22, 43 per La Forest R.

464 *R v Whyte* [1988] 2 S.C.R. 3, 26-27 per Dickson HR.

465 [1986] 2 S.C.R. 713.

466 Dickson HR: *R v Edwards Books and Arts Ltd* [1986] 2 S.C.R. 713, 768-769 per: *Both in articulating the standard of proof and in describing the criteria comprising the proportionality requirement the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards.*

467 [1989] 1 S.C.R. 1469.

468 *United States of America v Cotroni* [1989] 1 S.C.R. 1469, 1489-1490 per La Forest R: *The difficulty I have with this approach is that it seeks to apply the Oakes test in too rigid a fashion, without regard to the context in which it is to be applied. It must be remembered that the language of the Charter, which allows 'reasonable limits', invites a measure of flexibility. ... In*

dat die misdryf in Kanada gepleeg is en ook suksesvol in Kanada vervolg kon word wat impliseer dat uitlewering nie die mins skadelike beperkingsmoontlikheid van artikel 6(1) was nie.⁴⁶⁹

In *Reference re ss. 193 and 195.1. (1)(c) of the Criminal Code (Manitoba)*⁴⁷⁰ het die meerderheid van die Hof die wetgewer se keuse vir die beperking van prostitute se vryheid van spraak in die vorm van 'n verbod op kommunikasie met die oog op prostitusie aanvaar, omdat dit nie die taak van die Hof is nie *to second-guess the wisdom of policy choices made by our legislatures*.⁴⁷¹ Regter Wilson het egter in haar minderheidsmening die strenger toets toegepas en bevind dat die absolute verbod op alle vorme van kommunikasie tussen prostitute onderling asook met kliënte nie die mins nadelige of beste metode was om die verkeersprobleme, geraas of lastigheid wat uit sodanige kommunikasie voortvloei, hok te slaan nie.⁴⁷² Nie alle handeling van prostitute is op prostitusie gerig nie, soos om te wink vir 'n taxi, en boonop kan dit ook ander onskuldige persone tref wat hulle toevallig op dieselfde plek bevind.

(x) *Margin of appreciation*

Hogg argumenteer dat gegewe die kompleksiteit daarvan om samelewingsprobleme in 'n federasie wat oor 'n hoë mate van heterogeniteit beskik bevredigend aan te spreek, die wetgewer dit soms moeilik vind om die mins nadelige vorm van beperking van regte en vryhede te kies.⁴⁷³ Regters behoort syns insiens hierdie realiteite in gedagte te hou en daarom nie onverbiddelik die enkele streng regterlike maatstaf van

performance of the balancing task under s. 1, it seems to me, a mechanistic approach must be avoided. While the rights guaranteed by the Charter must be given priority in the equation, the underlying values must be sensitively weighed in a particular context against other values of a free and democratic society sought to be promoted by the legislature.

469 Vgl *United States of America v Cotroni* [1989] 1 S.C.R. 1469, 1509-1516 per Wilson R (sy verwys op 1515 uitvoerig na haar uitspraak in *Singh et al v Minister of Employment and Immigration* [1985] 1 S.C.R. 177, 218-219, waar sy reeds teen die utilitaristiese redes van administratiewe gerief en koste-effektiwiteit ter regverdiging van beperkings op fundamentele regte gewaarsku het), 1517-1520 per Sopinka R.

470 [1990] 2 S.C.R. 1123.

471 *Reference re ss. 193 and 195.1. (1)(c) of the Criminal Code (Manitoba)* [1990] 2 S.C.R. 1123, 1199 per Lamer R (afsonderlike opinie), 1138 per Dickson HR (meerderheidsbeslissing).

472 *Reference re ss. 193 and 195.1. (1)(c) of the Criminal Code (Manitoba)* [1990] 2 S.C.R. 1123, 1214-1215.

473 Hogg *Constitutional Law* 879.

die minste nadeel wat in die *Oakes*-saak⁴⁷⁴ voorgeskryf word eenvormig in die hele Kanada toe te pas nie. Hierdie streng maatstaf laat oënskynlik geen ruimte vir 'n graad van diskresie vir die verskillende provinsiale wetgewers toe om die probleme in hul onderskeie provinsies aan te spreek nie. Ten einde gevolg te gee aan die federale beginsels van *distinctiveness*, *diversity* en *experimentation*, moet regters soos in die Europese Hof van Menseregte 'n bepaalde *margin of appreciation* vir die verskillende provinsiale owerhede toelaat ten einde 'n diskresie in beleidskeuses te kan uitoefen.⁴⁷⁵

Die streng standaard van *Oakes* se saak is deur Regter Wilson gehandhaaf in haar minderheidsbeslissing in *R v Edwards Books and Art Ltd.*⁴⁷⁶ Hier het dit gehandel oor 'n provinsiale wet wat handeldryf op Sondag wat as gemeenskaplike rusdag geld, verbied. 'n Uitsondering is in die wet geskep vir slegs 'n aantal kleiner besighede wat Saterdag as hul Sabbat vier om op Sondag onder sekere voorwaardes handel te dryf. Regter Wilson pas die streng minste nadeel-standaard toe om te bevind dat, omdat die wet net aan sekere Saterdagerebiedigers die voordeel van 'n keuse gelaat het en nie aan alle besighede van daardie klas nie, dit 'n groepsreg net aan 'n gedeelte van die lede van daardie groep toegeken het. Daarom is hierdie been van die proporsionaliteitstoets nie gekwyt nie.⁴⁷⁷

Hierteenoor het Hoofregter Dickson *in casu* self sy streng standaard van die *Oakes*-saak versag. Hy bepaal naamlik of die Saterdagabbats-uitsondering wat die provinsiale wetgewer gekies het die fundamentele reg *as little as is reasonably possible* beperk het.⁴⁷⁸ Hy waarsku egter dat regters nie die wetgewende taak moet oorneem nie. Voorts argumenteer Hoofregter Dickson dat die wetgewer bewus was van die verskil in effek wat rusdagwetgewing op godsdienstige mense, individueel sowel as kollektief, sou uitoefen, sodat 'n balansering tussen hierdie individuele en

474 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 139 per Dickson HR.

475 Hogg *Constitutional Law* 879.

476 [1986] 2 S.C.R. 712, 808-811.

477 In *R v Edwards Books and Art Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 712, 809 meen Wilson R met verwysing na Ronald Dworkin se skema dat die wetgewer geregtigheid gekompromitteer het, omdat hul keuse nie op 'n konsekwente navolging van die strewe na beginsel gefundeer was nie. Daar behoort slegs een beginselkeuse te gegeld het, nl om of alle of geen Saterdagaanbidders toe te laat nie.

478 Vgl *R v Edwards Books and Art Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 712, 772-773, 781 per Dickson HR: *What must be decided, however, is whether there is some reasonable alternative scheme which would allow the province to achieve its objective with fewer detrimental effects on religious freedom.*

groepsbelange onvermydelik is. Gevolglik was die beleidskeuse van die provinsiale wetgewer 'n aanvaarbare oplossing om die Saterdag aanbidders van kleiner besighede te akkommodeer, al kon dit nie almal insluit nie.⁴⁷⁹ Regter La Forest het 'n nog duideliker diskresie aan die provinsiale wetgewer gelaat, omdat hy 'n keuse oor die akkommodering van Saterdag aanbidders as 'n aangeleentheid beskou waarvoor die provinsiale wetgewer die beste toegerus is om die mees redelike kompromis te bereik.⁴⁸⁰

Intussen het die *Supreme Court* ook in *Irwin Toy Ltd. v Quebec (Attorney General)*⁴⁸¹ 'n bepaalde handelingsdiskresie of *margin of appreciation* aan provinsiale wetgewers by name erken. Hiervolgens kan provinsiale probleme op eiesoortige wyse opgelos word, soos spesifieke maatreëls wat aangeneem word ter beskerming van kwesbare minderheidsgroepe. Dit hoef nie noodwendig die enigste of beste oplossing te wees nie, solank die oplossing steeds proporsioneel is en daar 'n gesaghebbende feitelike grondslag (soos sosiaal-wetenskaplike getuienis) vir daardie keuse in die spesifieke omstandighede bestaan.⁴⁸²

(xi) Proporsionele gevolg-toets

Nadat 'n rasionele grondslag tussen die middele van beperking en oogmerk bepaal is en ook gevind is dat dit deur die mins drastiese moontlikheid geskied, kom die proporsionaliteitstoets in enge sin ter sprake. Hoofregter Dickson het die laaste toets vir die toelaatbaarheid van die beperking in die *Oakes*-saak⁴⁸³ beskryf as dat die gevolg van die beperkende wet nie buite verhouding of disproporsioneel tot nadeel van die belanghebbende wie se reg beperk word, moet strek nie.⁴⁸⁴ Die gevolg moet dus nie tot so 'n mate op die reg inbreuk maak dat die belangrike wetgewende doel oorskadu word deur die nadelige effek nie.⁴⁸⁵ Hierdie invloed van die beperking word vasgestel deur eenvoudig die gevolge van hierdie beperking te balanseer met

479 *R v Edwards Books and Art Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 712, 781-782 per Dickson HR.

480 *R v Edwards Books and Art Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 712, 795-796 per La Forest R.

481 [1989] 1 S.C.R. 927.

482 *Irwin Toy Ltd. v Quebec (Attorney General)* [1989] 1 S.C.R. 927, 999 per Dickson HR (meerderheidsuitspraak).

483 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103.

484 *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 139 per Dickson HR.

485 *R v Edwards Books and Art Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 713, 768 per Dickson HR.

die bedoelde oogmerk daarvan.⁴⁸⁶ Hoewel die houe hierdie toets getrou aan die vereistes in *Oakes* aanwend, beskou Hogg hierdie stap as oorbodig sonder dat dit enige bykomende beskerming verleen, omdat die bepaling van die regverdigbaarheid van die doel van die beperking reeds die belange-afwegingsproses verreken.⁴⁸⁷ Hierdie tendens verskil duidelik van die Duitse reg waar, soos aangedui, hierdie laaste proporsionaliteitstoets in engere sin die belangrikste stap van die regverdigingsproses van beperkings vorm.

c) Beperking deur die *Common Law*

Omdat die *common law* ook as regsreëls vir doeleindes van artikel 1 se voorskrif van *prescribed by the law* beskou word, geld die toets wat deur Hoofregter Dickson in *Oakes* neergelê is ook vir beperkings van fundamentele regte deur die *common law*.⁴⁸⁸ In *R v Swain*⁴⁸⁹ het 'n *common law*-reël bepaal dat 'n aanklaer getuienis teen die beskuldigde se wil kan lei oor sy geestestoestand. Dit is teenstrydig met artikels 7 en 9 van die *Charter*, omdat sertifisering as 'n geestesongestelde persoon tot lewenslange vryheidsberowing kan lei. Die Hof bevind dat hierdie reël egter nie die mins benadelende moontlikheid onder die *Oakes*-toets is nie, en daarom kan dit nie ingevolge artikel 1 toelaatbaar wees nie.

Hier tree egter 'n belangrike onderskeid tussen die statutêre en *common law*-reëls wat teenstrydig is met die *Charter* na vore. Terwyl eersgenoemde as nietig verwerp word, kan 'n teenstrydige reël van die *common law* eenvoudig deur die houe self gewysig word om aan artikel 1 te voldoen.⁴⁹⁰ Dit beteken dat 'n afsonderlike volwaardige verhoor oor die geestestoestand van die beskuldigde na afloop van 'n skuldigbevinding in die strafsak gehou sal moet word.

486 Hogg *Constitutional Law* 883; Beatty *Talking Heads* 32.

487 Hogg *Constitutional Law* 883.

488 Vgl Hogg *Constitutional Law* 888.

489 [1991] 1 S.C.R. 933.

490 *R v Swain* [1991] 1 S.C.R. 933, 978 per Lamer HR (meerderheidsbeslissing): *If a new common law rule could be enunciated which would not interfere with an accused person's right to have control over the conduct of his or her defence, I can see no conceptual problem with the Court simply enunciating such a rule to take the place of the old rule.* Wilson R kwalifiseer egter in haar minderheidsuitspraak (op 1034) hierdie kompetensie deur te vereis dat die Hof se wysiging van die *common law*-reël steeds aan al *Oakes* se vereistes vir grondwetlikheid moet voldoen.

4.3.7 Konflikte tussen fundamentele regte

Die *Charter* erken en reël wel 'n konflik tussen fundamentele regte in twee gevalle. Eerstens voorsien artikel 25 dat die regte en verdragsregte van inheemse inwoners wat volgens hul ras geklassifiseer is met ander *Charter*-regte soos die gelykheidsbeginsel kan bots. Artikel 25 bepaal dan dat die inheemse regte in so 'n geval voorkeur geniet. Tweedens maak artikel 93 van die *Constitution Act, 1982*, voorsiening vir bepaalde godsdienstige opvoedingsregte wat teenstrydig is met artikel 15 se verbod op diskriminasie op grond van godsdien. Artikel 29 verleen egter voorkeur aan die opvoedingsregte in geval van konflik.

Daar bestaan geen algemene voorskrif in die *Charter* hoe om ander konflikte tussen fundamentele regte op te los nie. Die *Supreme Court* is wel met so 'n konflik tussen regte gekonfronteer in byvoorbeeld *British Columbia Government Employees' Union v British Columbia (Attorney General)*⁴⁹¹ In hierdie saak het 'n provinsiale hoofregter 'n vakbond van staatsamptenare verbied om voor die howe te *picket* omdat dit die publiek se geïmpliseerde reg op toegang tot die howe sou aantas en die provinsie se regstelsel sou lamlê. Hoofregter Dickson erken dat hier sprake was van 'n belangekonflik tussen die samelewing se reg op toegang tot, en funksionering van die howe teenoor die individu (vakbond) se reg op meningsvryheid waartussen hy 'n balans moet probeer bereik. Hierop volg Hoofregter Dickson 'n metodologiese benadering deur eersgenoemde bloot as 'n normale beperking van laasgenoemde te beoordeel aan die hand van artikel 1 se vereistes. Hiervolgens is die regter se verbod op *picketing* voor die provinsie se howe as 'n toelaatbare beperking in die openbare belang geregverdig.⁴⁹²

Die Hof pas volgens Hogg dus die interpretasietegniek van *ad hoc balancing* toe.⁴⁹³ Die regters het naamlik nie die gevalle as 'n konflik tussen twee fundamentele regte hanteer nie, maar as 'n gewone beperking van regte deur die owerheid se handeling ingevolge artikel 1 waar die belang van 'n effektiewe regstelsel swaarder geweeg het. Volgens hierdie benadering het die howe slegs die beskermingsveld van een reg

491 [1988] 2 S.C.R. 214 per Dickson HR (namens die Hof).

492 *British Columbia Government Employees' Union v British Columbia (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 214, 247-249 per Dickson HR (namens die Hof).

ontleed en het dit nie beide regte se beskermingsvelde gekonstrueer, geprioritiseer en teenoor mekaar afgeweg nie. Laasgenoemde moontlikheid sou tydens *definitional balancing* geskied wat Hogg byvoorbeeld voorstaan⁴⁹⁴ en word juis deur die Duitse strewe na 'n praktiese *Konkordanz* verteenwoordig.

Slegs Regter McIntyre se individuele ondersteunende mening in die *British Columbia*-saak gebruik die metode van *definitional balancing* deur die *picketing* van die howe nie as 'n gewone artikel 1-beperking te beskou nie, maar as 'n konflik tussen twee fundamentele regte.⁴⁹⁵ Hogg argumenteer egter dat Regter McIntyre by implikasie voorkeur verleen het aan die spesifieke reg (toegang tot howe) bo die algemene reg (meningsvryheid).⁴⁹⁶

4.4 REGSTEORETIESE KOMMENTAAR EN BENADERINGS

4.4.1 Kanadese regsteoretiese kommentaar

Die volgende algemene kommentaar en kritiek deur Kanadese regsrywers rakende die *Supreme Court* se konkretiseringsmetodiek van fundamentele regte en vryhede in die Kanadese staatsreg kan bykomend tot die bespreking hierbo bestudeer word.⁴⁹⁷

a) Vir die sake wat in die eerste twee jaar van die *Charter* se bestaan deur die *Supreme Court* aangehoor is, was daar aanvanklik weinig presedente waarop die Hof kon steun. Daarom is dit opvallend dat die regters moeite gedoen het om hul uitsprake uitvoerig te begrond.⁴⁹⁸

b) Die Hof het enersyds met slegs 15 beslissings in die eerste twee jaar kwantitatief gesproke, en andersyds weens die geringe aantal van slegs twee minderheidsuitsprake substantief gesproke, 'n versigtige en terughoudende posisie

493 Hogg *Constitutional Law* 819.

494 Hogg *Constitutional Law* 819.

495 *British Columbia Government Employees' Union v British Columbia (Attorney General)* [1988] 2 S.C.R. 214, 252.

496 Vgl Hogg *Constitutional Law* 819.

497 Vgl verder die kritiek wat vervat is in die bronne soos verwys deur Iacobucci *Judicial Review* 94 vt 2.

498 *Beatty Talking Heads 5: First principles, and the logic that each of them saw in the Charter, were all that any of the judges had.*

ingeneem.⁴⁹⁹

c) Die Hof het in hierdie eerste twee jaar daarin geslaag om 'n kollegiale harmonie te vorm wat deur drie eienskappe gekenmerk is.⁵⁰⁰ (i) Die Hof het baie tyd daaraan gewy om konsensus te vorm oor die struktuur en metode waarbinne hulle grondwetlike konstruksie sou volg. (ii) Daar is 'n bewustelike keuse gemaak om omstrede vraagstukke so lank as moontlik uit te stel. (iii) Indien die Hof dan wel 'n regsnorm of owerheidshandeling ongrondwetlik moes bevind, is 'n beperkende konstruksie gevolg.⁵⁰¹

d) Aan die einde van die tweede jaar is die Hof se interpretasiemetode gekonsolideer in die beroemde uitspraak op 28 Februarie 1986 van *R v Oakes*⁵⁰² wat voortaan rigtinggewend vir die toekomstige konstruksie van die *Canadian Charter of Rights and Freedoms* sou wees.⁵⁰³ *In casu* is die eerste omvattende uiteensetting verskaf van die metodologie wat die Hof voortaan tydens artikel 1 se regverdigingsproses van beperkinge op *Charter*-regte en -vryhede sou volg. Tot dan was daar 'n totale afwesigheid van enige substantiewe maatstawwe waarvolgens die Hof in die eerste sake artikel 1 se beperkingsklousule kon interpreteer het.⁵⁰⁴

e) Aanvanklike hofuitsprake bevestig dat die *Supreme Court* deur die aanvaarding van 'n evolusionêre en doelsoekende interpretasiemetode doelbewus probeer wegbreek het van die tradisioneel beperkte en tegniese uitlegbenadering wat die konstruksie van die *Bill of Rights* gekenmerk het. So het die *Supreme Court* aktief in ongeveer twee-derdes van die sake wat in die eerste drie jaar aangehoor is,

499 Beatty *Talking Heads* 12-13.

500 Beatty *Talking Heads* 13-14, 26-27.

501 Estey R het reeds in *Law Society of Upper Canada v Skapinker* [1984] 1 S.C.R. 357, 383 die versigtige benadering verwoord: *The development of the Charter, as it takes its place in our constitutional law, must necessarily be a careful process. Where issues do not compel commentary on these new Charter provisions, none should be undertaken. There will be occasion when guidance by obiter or anticipation of issues will serve the Canadian community, particularly the evolving constitutional process. On such occasions, the Court might well enlarge its reasons for judgement beyond that required to dispose of the issues raised. Such an instant might, in a small way, arise here.*

502 [1986] 1 S.C.R. 103.

503 Vgl Beatty *Talking Heads* 11 ev vir 'n uitvoerige studie van die ontwikkeling van die regterlike begronding van *Charter*-uitsprake sedert 1984.

504 Monahan 1987 *University of British Columbia Law Review* Vol 21 106-107.

regshulp aan die benadeelde party gegee.⁵⁰⁵

f) Terselfdertyd ontken die Hof egter die inherente politieke aard van die konkretiseringsproses van fundamentele regte en vryhede in die *Charter* as die Hof bevestig dat 'n wye en liberale interpretasie nie beteken dat die wysheid van beleidskeuses beoordeel moet word nie. Tog argumenteer regswetenskaplikes dat dit onvermydelik is dat die regbank sodanige politieke besluite moet beoordeel, omdat dit eerstens inherent aan die konstruksie van regte se beskermingsveld is en tweedens onvermydelik is as die Hof teenstrydige belange met mekaar moet balanseer.⁵⁰⁶

g) Die balanseringsproses wat die regters telkens toepas om keuses tussen konflikterende belange te neem, word deur sommige eksponente as 'n taak beskou wat beter deur die wetgewer verrig kan word, omdat dit ten diepste fokus op die koste vir die openbare welvaart om 'n bepaalde besluit te neem - 'n taak waarvoor regters nie opgelei is nie.⁵⁰⁷

h) Die beginsels van vryheid en demokrasie wat artikel 1 as maatstaf vir die Hof se waarde-oordele tydens die beoordeling van die beperkings op fundamentele regte en vryhede gebruik, is self omstrede begrippe sonder 'n vaste inhoud wat ruimte laat vir die regbank om 'n eie teoretiese beskouing daaromheen as interpretasiemaatstaf te gebruik.⁵⁰⁸

4.4.2 Voorstelle deur Kanadese regsrywers

Die intense openbare debat wat in die Verenigde State van Amerika gewoed het oor regterlike aktivisme en die aard, omvang en legitimiteit van geregtelike kontrole in 'n demokrasie as skans teen meerderheidstirannie, het nie soos te wagte in dieselfde felheid oorgespoel na Kanada nie.⁵⁰⁹ Ten spyte van die noodwendige invloed wat die

505 Monahan 1987 *University of British Columbia Law Review* Vol 21 96.

506 Monahan 1987 *University of British Columbia Law Review* Vol 21 96-97.

507 Monahan 1987 *University of British Columbia Law Review* Vol 21 97-98.

508 Monahan 1987 *University of British Columbia Law Review* Vol 21 99.

509 Hogg *Constitutional Law* 801. Sien bv die ontkenning van enige legitimiteitsprobleme tov die *Charter* nav die geregtelike kontrolerol van onverkose regters in *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* [1985] 2 S.C.R. 486, 492 per Lamer R. Vgl wel mbt die debat oor die anti-demokratiese aard en gebrekkige legitimiteit van geregtelike kontrole Strayer *The Canadian Constitution* 51-67; Fairley 1982 *Supreme Court Law Review* Vol 4 231-232;

Amerikaanse ervaring met geregtelike kontrole van die *American Bill of Rights* op die Kanadese *Supreme Court* se benadering sou hê,⁵¹⁰ het laasgenoemde juis probeer om die foute van hul Amerikaanse kollegas te vermy deur nie dieselfde teoretiese konstruksies slaafs na te volg nie.⁵¹¹ Nogtans het sommige van die belangrikste regsteoretiese denkstrome wat in die Amerikaanse staatsreg in Hoofstuk 3 geïdentifiseer is, wel weerklank in segmente van die Kanadese staatsregteorie gevind.⁵¹²

Daar heers byvoorbeeld 'n debat tussen regswetenskaplikes oor die interpretasiewaarde wat aan die oorspronklike bedoeling (*originalism* of *interpretivism*) van die grondwetskrywers oor bepaalde fundamentele regte en vryhede verleen moet word.⁵¹³ Die *Supreme Court* het die *originalist*-benadering verwerp met verwysing na twee probleme.⁵¹⁴ Eerstens bestaan daar soms geen oorspronklike bedoeling ten opsigte van 'n spesifieke saak nie, omdat die grondwetskrywers nie alle toekomstige situasies kon voorsien nie. Tweedens, al sou dit selfs prakties moontlik wees om 'n gemeenskaplike oorspronklike bedoeling vas te stel, sou dit juis metodologies teenstrydig met die liberale doelsoekende interpretasie wees wat die Hof as die aangewese metode geïdentifiseer het om die beskerming van fundamentele regte en vryhede te konkretiseer. Die oorspronklike bedoeling in Amerikaanse sin sou dus die progressiewe (dinamiese en evolusionêre) beskerming wat die *Charter* in 'n moderne veranderende samelewing verskaf, ongedaan maak deur die uitgediende en stagnante (*frozen*) inhoud van die *Bill of*

Monahan 1987 *University of British Columbia Law Review* Vol 21 87-88, 93; Petter en Hutchinson 1989 *University of British Columbia Law Review* Vol 23 531-548; Alexander 1990 *University of Toronto Law Journal* Vol 40 1-3; Elliot 1987 *Queen's Law Journal* Vol 12 287-288, 297 vt 70.

510 Elliot 1987 *Queen's Law Journal* Vol 12 293.

511 Vgl bv die verwerping van die Amerikaanse *interpretivism-noninterpretivism*-debat en ander grondwetlike interpretasieteorieë wat in Hoofstuk 3 onderskei is vir gebruik in Kanada deur Hogg 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25 87-113. Op 91 vervolg hy: [I] will argue that *noninterpretivism* is nonsense; that *interpretivism* is a concept that is useful only in contrast to *noninterpretivism*; and that both terms can safely be banished from Canadian constitutional theory.

512 Vgl Devlin 1994 *Alberta Law Review* Vol XXXII 602-621 vir 'n algemene oorsig oor die verskillende regsfilosofiese hoofstrome in Kanada.

513 Vgl Beatty *Talking Heads* 19 vt 49 vir verwysings oor die debat. Vgl *contra originalism (interpretivism)* Hogg *Constitutional Law* 1289; Hogg 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25 94-97, 112-113. Sien egter hierteenoor Monahan 1987 *University of British Columbia Law Review* Vol 21 91-92, 115-126 wat wel 'n rol aan die oorspronklike bedoeling as deel van teleologiese konstruksie verleen.

514: Vgl Beatty *Talking Heads* 20-22.

Rights of Charter op die oomblik van promulgasie as gesaghebbend te beskou.⁵¹⁵

In aansluiting by Amerikaanse regsteoretici soos Laswell en McDougal wat alle vergestaltings van die reg as beleidsake ervaar het, konstrueer Lyon die fundamentele vryhede in artikel 2 van die *Charter* vanuit 'n teorie wat fokus op die reg in aksie.⁵¹⁶ Hiervolgens kan die beskermende regsrag van fundamentele vryhede op byvoorbeeld die kunste, kulture, tale of gelowe nie net deur middel van die geskrewe juridiese taal vir regters verduidelik word nie, maar moet 'n interdisiplinêre benadering van byvoorbeeld statistiek en studies gevolg word ten einde die gevolge van die beperking teenoor die waarborg van daardie regte in 'n oop en demokratiese samelewing aan te dui.⁵¹⁷

Ely se regsprosesteorie in die Amerikaanse staatsreg aanvaar dat die Amerikaanse *Supreme Court* die gewone demokratiese besluitnemingsprosesse moet respekteer en dat die regbank slegs mag inmeng om die regte van minderheidsgroepe te beskerm wat nie in die normale demokratiese proses geskied nie. Ely se teorie word deur enkele skrywers vir die besondere plurale aard van die Kanadese samelewing voorgestel.⁵¹⁸ Hiervolgens behoort geregtelike kontrole van die *Charter* se norme beperk te wees tot die beoordeling van die prosedurele geregtigheid van owerheidshandeling en nie die substantiewe meriete van beleidskeuses uit hoofde van 'n bepaalde normatiewe teorie nie - buiten in die geval waar die regte van minderhede in gedrang is.⁵¹⁹

Hogg kritiseer egter hierdie Kanadese variasie van Ely se teorie as onversoenbaar met die Kanadese *Charter*.⁵²⁰ Hogg meen dat anders as Ely wat een gemeenskaplike

515 In hierdie opsig steun Amerikaanse teoretici 'n meer beperkende interpretasieteorie as wat deur Kanadese teoretici aanvaar word. In teenstelling met die Amerikaanse reg is beide die beginsels van progressiewe interpretasie en beperkte aanwending van grondwetlike geskiedenis (genetiese konstruksie) sterk gevestig in die Kanadese reg. Hierdie erkende verskille tussen die twee regstelsels moet dus gerespekteer word. Vgl Hogg 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25 96-99, 113.

516 Lyon 1982 *Supreme Court Law Review* Vol 4 57-73.

517 Vgl Hogg *Constitutional Law* 1294-1296 mbt tot die bewysregrol van sosiaal-wetenskaplike statistiek.

518 Vgl Fairley 1982 *Supreme Court Law Review* Vol 4 234-254; Monahan 1987 *University of British Columbia Law Review* Vol 21 89-97, 138-163.

519 *To put the matter simply, constitutional adjudication should be in the name of democracy, rather than right answers.* Vgl Monahan 1987 *University of British Columbia Law Review* Vol 21 89.

520 Hogg *Constitutional Law* 815-816.

funksie in die Amerikaanse reg vir individuele regte identifiseer, naamlik om die demokratiese politieke proses te versterk, kan geen eenvormige funksie of doel vir die Kanadese fundamentele regte en vryhede gevind word nie, omdat die *Charter* 'n besondere doel met elkeen het.⁵²¹ So bestaan daar bepaalde regte en vryhede wat spesifiek substantief van aard en teenstrydig met Ely se teorie is, soos geloofsvryheid (artikel 2(a)), vryheid van mening (artikel 2(b)), bewegingsregte (artikel 6) en die waarborg van lewe, vryheid en veiligheid in ooreenstemming met die reëls van fundamentele geregtigheid (artikel 7).⁵²² Voorts is 'n beskuldigde se prosedurele regte nie primêr gerig op die politieke proses nie, maar op die beskerming van daardie individu se inherente menswaardigheid.⁵²³ Eweneens beskerm die gelykheidsbeginsel nie die integriteit van die politieke proses nie, maar die substantiewe waarde van individuele gelykheid.⁵²⁴

Sommige teoretici ondersteun Dworkin se geloof in die substantiewe integriteit van die reg en verwerp die kritiese beweging se standpunt dat die reg so radikaal en relatief is dat daar geen korrekte antwoord is of beginselkeuses tydens interpretasie van die *Charter* moontlik is nie.⁵²⁵ Die reg, en in besonder die staatsreg, bestaan wel vir sekere teoretici uit korrekte, objektiewe substantiewe norme en beginsels wat 'n bepaalde interpretasie korrek en dwingend maak.⁵²⁶ Die kritiese denkskool staan weer lynreg teenoor daardie juriste wat in die integriteit van die liberale konstruksie van die reg glo.⁵²⁷ Die skeptici glo daar bestaan geen enkele korrekte antwoord van regsinding tydens *Charter*-uitleg nie.⁵²⁸ Die kritiese denkers argumenteer dat die regters se bevinding die resultaat van hul eie keuses is, omdat nieteenstaande die regsbeginnels wat hulle ookal kies daar altyd 'n alternatiewe beginsel bestaan

521 Vgl Hogg 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25 113.

522 Hogg 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25 107.

523 Hogg 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25 108.

524 Vgl Hogg 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25 108-111.

525 Beatty *Talking Heads* 8.

526 Beatty *Talking Heads* 8. Vgl bv *Operation Dismantle v The Queen* [1985] 1 S.C.R. 441, 488-490 per Wilson R.

527 Beatty *Talking Heads* 7. Kritiese skrywers is onder andere Michael Mandel, Joel Bakan, Andrew Petter en Tery Ison, vgl Beatty *ibid* 5 vt 6 vir bronverwysings. Sien bv die kritiek teen die kunsmatige skeiding tussen privaat- en publiekreg wat die *Charter* se regsrag neutraliseer in Hutchinson en Petter 1988 *University of Toronto Law Journal* Vol 38 278-297. Vgl ook die reaksie van die kritiese vrouestudies hieroor in Fudge 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25 485-554.

528 Beatty *Talking Heads* 7.

waarvolgens hulle 'n keuse kon maak.⁵²⁹

4.5 SAMEVATTING

Die Kanadese ervaring van die beskerming van fundamentele regte en vryhede is uniek in die sin dat dit 'n klassieke voorbeeld is van die moeilike en tydsame oorgangsproses wat 'n stelsel van parlementêre soewereiniteit ondergaan na 'n bestel waar regsnorme die *Grundnorm* van die samelewing vorm.⁵³⁰ Die Kanadese reg het die luuksheid van 'n tydsame en vreedsame oorgangsproses gehad vanaf die beperkte beskerming wat aanvanklik in die *Bill of Rights* gebied is, tot die *Charter of Rights and Freedoms* in 1982 fundamentele regte en vryhede ten volle begin konkretiseer het. Nógans het die erfenis van parlementêre soewereiniteit in 'n geringe mate bewaar gebly in die vorm van die *notwithstanding*-bepaling.

Voorts kon die Kanadese inisiatief deel in die ervaring van die kleurrike Amerikaanse regsgeskiedenis, sowel as in die moderne ontwikkelings wat in Europa en in die volkereg plaasgevind het. Gevolglik erken die *Charter* die unieke karakter van die Kanadese samelewing as 'n *distinct society*, en deur middel van 'n enkele beperkingsklousule word die onvermydelike konflikte tussen die openbare en individuele belange op 'n gespesialiseerde en gestruktureerde wyse met mekaar gebalanseer.

529 Beatty *Talking Heads* 7-8. Verdere kritiek teen Dworkin, Rawls, Nozick en andere se substantiewe benadering tot die reg is die volgende. Die blote teenwoordigheid van 'n beperkingsklousule in die Kanadese *Charter* weerlê Dworkin se standpunt dat fundamentele regte '*trumps*' is teenoor owerheidsgesag. Vgl Elliot 1987 *Queen's Law Journal* Vol 12 298. Ely se ondersteuners meen weer dat hierdie substantiewe teorieë demokrasie verkeerdlik gelykstel met die verkryging van die korrekte substantiewe waardes van 'n élite se geregtighedsbeskouing, in plaas van om dit te vergelyk met kollektiewe debat en besluitneming. Voorts is die individualistiese siening waarop die substantiewe teorieë berus weliswaar kenmerkend van die Amerikaanse samelewing, maar is dit teenstrydig met die unieke heterogene aard van die Kanadese samelewing. Vgl Monahan 1987 *University of British Columbia Law Review* Vol 21 92, 126-132. Hierteenoor verwerp Hogg die *sg noninterpretivism* se gebruik van ekstra-tekstuele waardes as bronne vir regterlike begroning, omdat daar geen konsensus bestaan oor die inhoud en gesaghebbendheid van eksterne grondwetlike waardes wat in subjektiewe teorieë oor samelewingsmoraliteit, geregtigheid of die natuureg gevind word nie. Hogg glo dit is ondemokraties vir onverkose regters om verkose wetgewersbesluite met onsekere ongeskrewe ekstra-grondwetlike waardes te vervang. Vgl Hogg 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25 89-93, 112.

530 Vgl bv die beskrywing van die aanvanklike fase van hierdie oorgangsproses deur Lyon 1982 *Supreme Court Law Review* Vol 4 57: *After all, the general response to the Canadian Bill of Rights was one of near-disbelief from a Canadian judiciary whose education in public law was rooted in the conviction that the doctrine of the supremacy of Parliament provides the ultimate*

Op regs metodologiese gebied het daar eweneens 'n renaissance in die Kanadese staatsregteorie plaasgevind wat tradisioneel in die Engelse *common law* geanker was. Weens die *sui generis* karakter van fundamentele regte en vryheidsnorme in die *Charter* is 'n verandering in die regsmetode aangewese. Die oorspronklike reëls van statutêre uitleg in die *common law* is verruil vir 'n kontekstueel-sistematiese en 'n doelsoekende proses van evolusionêre inhoudgewing, realisering en konkretisering van die fundamentele waardes en beginsels wat in die *Charter* beskerm is. Die Kanadese ervaring illustreer dat moeilike keuses tussen konflikterende fundamentele belange nie deur middel van die meganiese uitleg van die wetgewer se bedoeling opgelos kan word nie. Tewens, die kontemporêre grondwetlike hermeneutiek benader hierdie konflikte deur belange-afweging en die fel van waarde-oordele. In teenstelling met die voormalige regspositivistiese tradisie het hoër waardes die regsproses begin beïnvloed. Terselfdertyd egter laat dit 'n agterdeur oop vir die invloed van die hermeneut se persoonlike subjektiewe waarde-oordele.

Die Kanadese regstradisie is nie so dogmaties en abstrak soos die Duitse reg nie, maar wel meer sistematies en abstrak as die Amerikaanse staatsreg. Nogtans is aangetoon dat die kanons van grondwetlike konstruksie van die Duitse staatsreg, net soos in die Amerikaanse reg, in die Kanadese reg as sistematiseringsbron van die argumente ter interpretasie en konstruksie van fundamentele regte en vryhede aangewend kan word. Dit is egter opvallend dat die sterk doelsoekende fokus in die Kanadese grondwetlike hermeneutiek, in die algemeen gestel, meestal nie tegelyk die mees fundamentele grondwetlike waardes op 'n sistematiese wyse inkorporeer nie. Die sistematiese integrasie van die menswaardigheidsbeginsel as die mees fundamentele waarde by teleologiese konstruksie in die Duitse staatsreg is byna afwesig in die Kanadese reg. Daar is soms 'n byna kliniese, legalisties-liberale benadering in die *Supreme Court* se interpretasie van fundamentele regte en vryhede te bespeur. Die waarde-georiënteerde benadering van Regter Wilson is egter 'n duidelike en 'n verfrissende uitsondering hierop en getuig van ware regterlike konkretisering van fundamentele regte.

Voorts ontvang die analitiese onderskeid wat tydens die tweestap metodologie getref word tussen die konstruksie van 'n fundamentele reg se beskermingsveld en die regverdigingsproses van so 'n beperking, heelwat meer uitdruklike steun van die Kanadese regbank as in die Duitse reg. Hoewel hierdie tweestap metode wesenlik belangrik is vir die behoorlike konkretisering van fundamentele regte, gaan die Kanadese reg mank aan gevorderde en omvattende regsteoretiese bydraes soos in die Duitse en Amerikaanse reg oor die aangewese staatsregtelike metode. Desnieteenstaande het die Kanadese staatsreg die konkretiseringstaak van fundamentele regte en vryhede uitmuntend vervul, sodat dit 'n navolgingswaardige voorbeeld vir ander regstelsels skeep.

HOOFSTUK VYF

EUROPESE MENSEREGTEKONVENSIË

It is the essence of the interpretation of legal texts that the interpreters are bound by legal principles which are, on the other hand, broadly phrased leaving some margin for the expression of personal convictions and for divergent conclusions.¹

5.1 INLEIDING

Die Europese Menseregtekonvensie² is 'n volkeregtelike verdrag.³ Daarom word die Europese Hof vir Menseregte⁴ se interpretasie en vertolking van die verdragsbepalings eerstens bestudeer aan die hand van die algemene beginsels en reëls van verdragsuitleg wat in die volkereg geld. Tweedens word egter aangetoon dat die Europese Konvensie 'n *sui generis* verdrag is.⁵ Hierdie *sui generis* karakter lei daartoe dat die EHMR besondere interpretasiebeginsels gebruik wat afwyk van die algemene reëls vir verdragsuitleg om die EMRK te interpreteer.⁶

1 Bernhardt *EPIL* 320.

2 *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (hierna Europese Menseregtekonvensie of EMRK), onderteken op 4 November 1950 te Rome en in werking getree op 3 September 1953, gelees met opsionele Protokolle Nr 1 tot Nr 11. Die lidmaatskap van die Raad van Europa het in die afgelope paar jaar geweldig uitgebrei met die insluiting van Oos-Europese state. Die volgende lidstate van die Raad van Europa het tot 31 Oktober 1998 die EMRK onderteken en geratifiseer: Albanië, Andorra, Oostenryk, België, Bulgarye, Kroasië, Siprus, Tjeggiese Republiek, Denemarke, Estland, Finland, Frankryk, Duitsland, Griekeland, Hongarye, Ysland, Ierland, Italië, Letland, Liechtenstein, Litaue, Luxemburg, Malta, Moldawa, Nederland, Noorweë, Pole, Portugal, Romenië, Rusland, San Marino, Slowakye, Slowenië, Spanje, Swede, Switserland, Masedonië, Turkye, Oekraïne en die Verenigde Koninkryk.

3 Frowein en Peukert *EMRK-Kommentar* 2 Rdnr 4. Oor die verhouding tussen die EMRK en die volkereg, vgl Salcedo *Place of the European Convention in International Law* 15-24. Vir 'n historiese terugblik op die EMRK se ontstaan vgl Teitgen *Introduction* 3-14; Partsch 1953/54 *ZaöRV* Vol 15 631-660.

4 *European Court for Human Rights* (hierna Europese Hof vir Menseregte, EHMR of die Hof) tot stand gebring itv art 19(2) EMRK.

5 Ost *Canons of Interpretation* 288.

6 Merrills *Development* 63.

5.2 VOLKEREGTELIKE KONTEKS

5.2.1 Algemene uitlegreëls in die volkereg

Die interpretasie en konstruksie van dokumente in die volkereg geskied ooreenkomstig die algemene beginsels en reëls van verdragsuitleg.⁷ Hierdie uitlegreëls word hoofsaaklik vervat in artikels 31 tot 33 van die Weense Konvensie vir Verdragsreg.⁸ Verdere uitlegbeginsels is ook deur internasionale howe en tribunale neergelê.⁹

5.2.2 Bepalings van die Weense Konvensie vir Verdragsreg

Artikel 31(1) van die Weense Konvensie vir Verdragsreg verwoord die algemene beginsel van internasionale verdragsuitleg soos volg:

A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

Artikel 31(2) van die Weense Konvensie vir Verdragsreg benader die konteks van 'n verdragsbepaling omvattend deur die voorrede, aanhangsels en ander bykomende ooreenkomste tot die verdrag by die konteks in te sluit.¹⁰ Die interpreteerder van die

7 Bernhardt *Thoughts* 65. Vgl in die algemeen Bernhardt *EPIL* 318-327 (veral vir handige bibliografiese besonderhede); Ress *Charter* 25-44; Sinclair *Vienna Convention on the Law of Treaties* 114-158; Reuter *Law of Treaties* 73-76; Shaw *International Law* 583-588; Brownlie *Principles of Public International Law* 623-630; Verdross en Simma *Universelles Völkerrecht* 389-397; Bernhardt *Auslegung völkerrechtlicher Verträge*.

8 *Vienna Convention on the Law of Treaties* van 23 Mei 1969.

9 Verdross en Simma *Universelles Völkerrecht* 393-396 identifiseer enkele verdere reëls wat nie in die Weense Konvensie vir Verdragsreg opgeneem is nie, omdat dit nie altyd algemeen geld nie. (i) Onduidelike formulerings moet ten laste van diegene wat dit voorgestel het, uitgelê word (*contra proferentem*). (ii) In 'n geval van twyfel word die beperking van staatlke soewereiniteit versigtig benader (*in dubio mitus*). (iii) Die interpretasie mag nie 'n verdrag of dele daarvan se volle regskrag ontnem nie (*ut res magis valeat quam pereat*). (iv) In 'n geval van twyfel moet verdrae in ooreenstemming met die volkereg uitgelê word. (v) Teleologiese uitleg word by verdrae wat die grondwetgewende dokumente van internasionale organisasies vorm, toegepas.

10 *The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.*

verdrag moet voorts ingevolge artikel 31(3) kennis neem van verdere interpretasie-ooreenkomste en uitleggewoontes tussen die verdragspartye, asook van toepaslike volkeregtelike reëls.¹¹ Artikel 31(4) vereis weer dat 'n besondere betekenis aan 'n term gegee moet word as dit blyk dat dit juis die bedoeling van die verdragspartye weerspieël. Hierop maak artikel 32 voorsiening vir aanvullende uitleghulpmiddels soos die voorbereidende werksaamhede tot die verdrag en die historiese omstandighede waartydens die verdrag gesluit is ter bevestiging van artikel 31 se konstruksie, of ter vervanging van onduidelike, absurde of onredelike uitlegresultate.¹² Ten slotte bepaal artikel 33 van die Weense Konvensie vir Verdragsreg dat verdragstekste in verskillende amptelike tale so ver as moontlik aanvullend tot mekaar uitgelê moet word.¹³

5.2.3 Verskil tussen internasionale menseregteverdrae en ander internasionale verdrae

Die oogmerk en doel van 'n verdrag is deurslaggewend vir die konstruksie daarvan. Die doel en oogmerk, en daarom die aard en karakter, van internasionale menseregteverdrae verskil wesenlik van gewone internasionale verdrae. Hieruit word afgelei dat die gewone uitlegbeginsels van verdragsreg wat vir alle internasionale verdrae geld, nie ongekwalfiseerd vir internasionale menseregteverdrae geld nie.¹⁴ Die EMRK is 'n organisatoriese verdrag en nie bloot 'n samewerkingsooreenkoms nie,

-
- 11 *There shall be taken into account, together with the context: (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.* Vgl voorts Bernhardt *EPIL* 323.
- 12 *Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.*
- 13 *(1) When a treaty has been authenticated in two or more languages, the text is equally authoritative in each language, unless the treaty provides or the parties agree that, in case of divergence, a particular text shall prevail. (2) A version of the treaty in a language other than one of those in which the text was authenticated shall be considered an authentic text if the treaty so provides or the parties so agree. (3) The terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text. (4) Except where a particular text prevails in accordance with paragraph 1, when a comparison of the authentic text discloses a difference of meaning which the application of articles 31 and 32 does not remove, the meaning which best reconciles the text, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted.* Vgl in die algemeen Hilf *Die Auslegung mehrsprachiger Verträge*; Kuner 1991 *Intl Comp L Q* Vol 40 953-964.

en skep daarom 'n institusionele gemeenskap met kompetente organe soos die Europese Menseregtekommissie¹⁵ en die EHMR om die beskerming van menseregte deur verdragstate af te dwing.¹⁶ Verder is die EMRK na aanleiding van die doel en oogmerk, soos uit die voorrede en artikel 1 blyk, 'n wetgewende en nie bloot 'n kontrakturele verdrag nie.¹⁷ Dit beteken dat verdragstate verplig is om die regte en vryhede in die Konvensie vir elke persoon onder hul jurisdiksie te verseker.¹⁸ Die Hof verwoord hierdie *sui generis* karakter van die EMRK soos volg:

Unlike international treaties of the classical kind, the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between contracting states. It creates over and above a network of mutual, bilateral undertakings, objective obligations which, in the words of the Preamble, benefit from a 'collective enforcement'.¹⁹

Gewone internasionale verdrae is primêr gemoeid met die bevordering van interstaatlike belange. Dit beteken dat die volkeregtelike soewereiniteit van die verskillende kontrakterende state tot daardie verdrae so ver moontlik wedersyds gerespekteer word.²⁰ Internasionale menseregteverdrae is egter uniek in die sin dat die universele strewe na die effektiewe beskerming van menseregte²¹ juis weselik inbreuk op 'n verdragstaat se soewereiniteit maak as daardie staat se interne owerheidshandeling in 'n internasionale forum beoordeel word.²² Die stand van 'n staat se interne huishouding op politieke, sosiale, ekonomiese en maatskaplike terreine word dus deur die internasionale gemeenskap beoordeel.

14 Vgl Bernhardt *Thoughts* 65 ev; Drzemczewski 1980 *Intl Comp L Q* Vol 29 54 ev.

15 *European Commission of Human Rights* itv art 19(1) EMRK (hierna die Europese Menseregtekommissie of Kommissie).

16 *Ost Canons of Interpretation* 288. Die struktuur van die EHMR het onlangs omvangryk verander met die totstandkoming van 'n nuwe voltydse EHMR op 1 November 1998. Vgl Council of Europe *Human Rights Information Bulletin* No 44 28.

17 Vgl *Wemhoff* 27 Junie 1968 A/7 par 3; *Matcher Interpretation* 66; Frowein en Peukert *EMRK-Kommentar* 2-3 Rdnr 4.

18 Art 1 EMRK.

19 *The Republic of Ireland v The United Kingdom* A/25 29 April 1976 par 239.

20 Bernhardt *Thoughts* 66.

21 Vgl bv die voorrede van die Verenigde Nasies se Universele Verklaring van Menseregte van 10 Desember 1948 asook die voorrede van die EMRK. Sien ook die *Belgiese Taal*-saak A/6 23 Julie 1968 par 5.

22 Bernhardt *Thoughts* 66.

5.2.4 Verskil tussen universele en regionale menseregteverdrae

Bernhardt glo dat dieselfde uitlegreëls wat vir universele internasionale menseregteverdrae geld nie noodwendig vir regionale menseregteverdrae geld nie.²³ Hy voer aan dat ten spyte van die feit dat die twee soorte verdrae dieselfde doelwit nastreef en oënskylik dieselfde terminologie gebruik, daar steeds twee wesenlike verskille bestaan wat selfs 'n verskil in interpretasie tot gevolg kan hê.²⁴

Eerstens stem die bewoording en onderliggende denkstrominge van regionale menseregte-dokumente meer met mekaar ooreen as met dié van internasionale menseregte-dokumente, omdat eersgenoemde verteenwoordigend is van streeksgebonde en meer homogene belange.²⁵ Die internasionale dokumente het egter ontstaan teen 'n agtergrond van uiteenlopende en selfs teenstrydige menseregtebeskouings vanweë die dikwels uiteenlopende politieke, ekonomiese en sosiale tradisies en omstandighede wat in verskillende verdragstate geheers het.²⁶

Tweedens oefen regionale menseregteverdrae weens die streng bindingsmeganismes wat in die verdrae opgeneem is om nakoming van staatlike verantwoordelikheid te verseker, 'n groter invloed uit op die binnelandse posisie van verdragstate as die universele konvensies.²⁷ Die EMRK gebruik byvoorbeeld terminologie wat nie tradisioneel uit die volkereg afkomstig is nie, maar op die interne regsordes van die state gerig is en daaruit afkomstig is.²⁸

23 Bernhardt *Thoughts* 66.

24 Bernhardt *Thoughts* 66.

25 Die voorrede van die EMRK: Vgl die *European Countries which are like minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law*.

26 Bernhardt *Thoughts* 66.

27 Bernhardt *Thoughts* 66. Die status van die EMRK in sommige van die verskillende lidstate se regstelsels is soos volg: (i) Oostenryk - grondwetlike status; (ii) Switserland - status net onder die grondwet; (iii) België, Luxemburg, Nederland en Frankryk - hoër status as gewone wetgewing; (iv) Federale Republiek van Duitsland, Italië, Griekeland, Turkye en Ciprus - status van gewone wetgewing; (v) Groot Brittanje, Ierland, Swede, Noorweë, Denemarke, Malta (lg vertoon meer onlangse tendense van inkorporasie van die Konvensie in die munisipale reg); en Ysland - nie deel van die munisipale reg nie maar geld soos 'n gewone verdrag. Die Britse en Noorweegse howe lê egter hul munisipale reg in ooreenstemming met die Konvensie uit. Vgl Frowein en Peukert *EMRK-Kommentar* 3 Rdnr 6; en Bernhardt *Convention and Domestic Law* 25-40 (vir uitvoerige bronverwysings). Sien voorts Delmas-Marty *European Convention* 101-278 vir 'n bespreking van verskeie verdragstate se weerstand teen die verpligte beskerming van die regte en vryhede in die EMRK in hul munisipale regstelsels.

28 Bernhardt *Thoughts* 67. Vgl bv arts 5 en 6 EMRK wat vir prosedurale geregtigheid tydens regsgedinge voorsiening maak.

Uit die voorgaande argumente is dit dus duidelik dat die EMRK, soos Andrew Drzemczewski tereg opmerk, oor 'n *sui generis* juridiese karakter beskik:

The Convention has thus created a new form of law. It is a treaty in form rather than a treaty in substance. This instrument is not a simple contract based on reciprocity: it is a treaty of a normative character, developing an evolving notion of 'Convention law' which interpenetrates and transcends both the international and domestic legal structures. Its organs have the rather delicate and difficult task of interpreting this 'common law'.²⁹

5.3 ALGEMENE INTERPRETASIEBEGINSELS VAN DIE KONVENSIE

5.3.1 Regskrag van die Konvensie

Daar is reeds aangedui dat die Konvensie 'n *sui generis* volkeregtelike verdrag is wat in die supra-nasionale publiekreg regskrag het. Die vraag ontstaan egter hoe hierdie supra-nasionale publiekregtelike norme die privaatregtelike verhoudinge in die verdragstate beïnvloed in die lig van artikel 1 van die EMRK se verpligting op verdragstate om die regte en vryhede in die Konvensie vir elkeen binne daardie staat se jurisdiksie te verseker. 'n Antwoord op die derdewerkingsvraag sal voorts tot 'n beter begrip van die konkretisering van die regte en vryhede in die EMRK bydra.

Die Konvensie maak in beginsel nie voorsiening vir derdewerking, of te wel die beskerming van die regte en vryhede van die Konvensie in privaatregtelike verhoudinge in verdragstate nie, omdat artikels 19, 24, 25, 31, 32 en 50 van die Konvensie bepaal dat 'n individu slegs teen die handeling van owerheidsinstellings van verdragstate kan kla.³⁰ Voorts is die onderskeid wat in die Duitse staatsreg tussen direkte en indirekte derdewerking van fundamentele regte getref word, 'n komplekse

29 Drzemczewski 1980 *Intl Comp L Q* Vol 29 61.

30 Vgl bevestigend die Europese Menseregtekommissie se standpunt dat klagtes *ratione personae* itv art 27(2) EMRK nie deur die EMRK-organe beregbaar is nie. Vgl Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 15, 76-77; Clapham *Drittwirkung* 166.

probleem wat in die nasionale reg van verskeie Europese state sowel as in die regionale EMRK-reg voorkom en tot groot meningsverskil lei.³¹ Hoewel dit duidelik is dat die historiese bedoeling van die Konvensie nie derdewerking aanvaar het nie, het die behoefte tot een of ander vorm van privaatregtelike regsrag van die Konvensie se norme dringender geword namate groter eise aan die beskerming van individuele regte in 'n veranderende samelewing gestel word.³²

Juis daarom het 'n spesifieke vorm van indirekte derdewerking in veral die beslissings van die Europese Menseregtekommissie met betrekking tot bepaalde individuele regte begin ontwikkel.³³ Aksies word naamlik teen verdragstate voor die Europese Menseregtekommissie ingestel weens verdragstate se versuim om positiewe stappe te neem om die privaatregtelike aantasting van individuele regte en vryhede van die Konvensie te voorkom.³⁴ In hierdie gevalle beoordeel die EMRK-organe nie die beperkende privaatregtelike handeling nie, maar is hulle ondersoek beperk tot die aanspreeklikheid van die verdragstaat om deur toepaslike wetgewing, hofbeslissings of administratiewe handeling die individuele regte en vryhede in die Konvensie te beskerm.³⁵ Die Hof het hierdie benadering gevolg tydens klagtes oor marteling en onmenslike of vernederende behandeling of strawwe (artikel 3),³⁶ die bedreiging van

31 Vgl Clapham *Drittwirkung* 165-166; Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 15 vt 47; Mosler *Problems of Interpretation* 166; Verhey *Horizontale Werking* 21 ev; Alkema "*Drittwirkung*" 33 ev.

32 Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 18; Clapham *Drittwirkung* 201.

33 Vgl Alkema "*Drittwirkung*" 38; Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 18. Die Kommissie het egter meeste van hierdie beslissings oor klagtes teen privaatregtelike aantasting van individuele regte op grond van die beginsel van *ratione personae* verwerp.

34 Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 16 en 20; Alkema "*Drittwirkung*" 37 vt 19, 38 vt 20. Daar moet egter onderskei word tussen twee groepe regstelsels in die verdragstate van die EMRK. (i) State waar die regte en vryhede van die EMRK outomaties interne werking in die munisipale reg van die staat geniet en deur munisipale houe in privaatregtelike geskille aangewend word soos in Nederland en België. Vgl Verhey *Horizontale werking* 31 ev vir 'n oorsig oor die horisontale aanwending van arts 8, 9, 10, 11 EMRK, art 2 Protokol Nr 1, art 2 Protokol Nr 4 in die Nederlandse reg. Foutiewe aanwending van die EMRK se regte en vryhede deur die munisipale houe kan tot 'n aksie teen die betrokke staat voor die EMRK-organe lei. (ii) In die ander groep state is die regte en verpligtinge van die EMRK nie direk afdwingbaar in die munisipale reg van daardie state nie. Hierdie owerhede is egter nie onthef van hul verpligting ingevolge art 1 EMRK nie om die regte en vryhede in die Konvensie vir elke persoon wat in die state se jurisdiksie is, te verseker.

35 Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 16; Alkema "*Drittwirkung*" 38.

36 Vgl die verskil tussen die Hof se benadering in *Soering* 7 Julie 1989 A/161 par 91, par 111 (ontoelaatbaarheid van uitlewering na die VSA waar die doodstraf 'n moontlike straf was) wat staatsaanspreeklikheid beperk het tot owerheidshandeling, teenoor die Kommissie se verkenning van staatsaanspreeklikheid vir privaatregtelike handeling in *Altun v Federal Republic of Germany* 3 Mei 1983 1984 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 36 231-232 par 4 (uitlewering van 'n Turkse burger na 'n mislukte aansoek om politieke asiel): A

iemand se lewe (artikel 2),³⁷ die skending van die individu se privaatheid en familielewe (artikel 8),³⁸ die aantasting van die vryheid van spraak (artikel 10),³⁹ en die vryheid van assosiasie (artikel 11).⁴⁰

person's extradition may, in certain exceptional circumstances, be contrary to the Convention, notably Article 3, where there are serious reasons to believe that the individual will be subjected, in the receiving State, to treatment proscribed by this Article. This may be so even if the danger does not emanate from public authorities for whom the receiving State is responsible. Die Hof het mbt die toediening van lyfstraf in private skole bevestig dat verdragstate nie hul verpligtinge kan ontduik deur dit na private instellings of individue te deleger nie. Omdat skoordisipline deel van die owerheidsverpligting onder die Konvensie vorm, word die toediening van lyfstraf deur die skoolhoof van 'n private skool aan arts 3 en 8 se standarde beoordeel. Vgl *Van der Mussele* 23 November 1983 A/70 par 28-30. Vgl Clapham *Drittwirkung* 174-175. Lyfstraf is reeds verbied in staatskole in Brittanje in *Campbell and Cosans* 25 Februarie 1982 A/48.

- 37 Hoewel die meeste klagtes wat voortspruit uit terroriseraanvalle *ratione personae* as ontoelaatbaar bevind is, geld die beginsel dat verdragstate algemene voorkomende stappe moet neem om menslike lewens te beskerm. Sien *Mrs W v United Kingdom* 28 Februarie 1983 1983 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 32 190 (geen plig tot individuele persoonlike beskerming nie); *Mrs W v Ireland* 28 Februarie 1983 1983 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 32 211. 'n Soortgelyke plig om 'n menslike lewe te beskerm rus egter nie op privaat persone nie. Vgl *Anna Hughes v United Kingdom* 18 Julie 1986 1986 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 48 260 (geen verpligting op onopgeleide skoolpersoneel om gevorderde kardiovaskulêre noodbehandeling op 'n persoon toe te pas wat 'n ernstige hartaanval by die skool gekry het nie). Vgl Clapham *Drittwirkung* 176 ev.
- 38 Vgl *Airey* 9 Oktober 1979 A/32 (staat is gebind deur die aanranding van 'n man op sy vrou, omdat sy nie toegang tot regshulp kon kry om 'n egskeiding aanhangig te maak nie); *X and Y v Netherlands* 1985 A/91 par 23, 24, 27, 30 (weens die regsleemte wat verhoed dat 'n verkrachter vervolgd kon word, moet die staat art 8 se regte ook in privaatregtelike verhoudinge beskerm): *These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves* (in par 23). Vgl ook Clapham *Drittwirkung* 182 ev.
- 39 Vgl *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann* 20 November 1989 A/165 par 33-38 (handelaars moet op 'n verantwoordelike wyse inligting oor mededingers versprei sonder om wanvoorstelling te pleeg). Vgl ook Clapham *Drittwirkung* 188. Sien *De Geïllustreerde Pers N.V. v The Netherlands* 6 Julie 1976 1977 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 8 14 (moontlikheid dat die late van 'n verdragstaat om voldoende stappe teen monopolievorming in die perswese te neem, die reg op die vrye vloei van inligting aantas). Vgl Clapham *Drittwirkung* 190.
- 40 Vgl *National Union of Belgian Police* 27 Oktober 1975 A/19 par 39: *What the Convention requires is that under national law trade unions should be enabled, in conditions not at variance with Article 11, to strive for the protection of their members' interests.* Vgl bevestigend *Swedish Engine Drivers' Union* 6 Februarie 1976 A/20 par 40; *Schmidt and Dahlström* 6 Februarie 1976 A/21 par 36. Vakbonde self mag egter nie individue se reg om nie aan 'n vakbond te behoort nie, aantas nie. Vgl hieroor *Young, James and Webster v United Kingdom* 13 Augustus 1981 A/44 par 49: *Under Article 1 of the Constitution, each Contracting State 'shall secure to everyone within its jurisdiction the rights and freedoms defined in ... (the) Convention'; hence, if a violation of one of those rights and freedoms is the result of non-observance of that obligation in the enactment of domestic legislation, the responsibility of the State for that violation is engaged.'* Vgl ook die beslissing van die Europese Menseregtekommissie in *Young, James and Webster v United Kingdom* soos aangehaal in Clapham *Drittwirkung* 194: *It is well established by now that apart from protecting the individual against state action, there are Articles of the Convention which oblige the State to protect individual rights even against the action of others ... The Commission is of the opinion that Article 11 is such a provision as far as dismissal on the basis of union activity or as a sanction for not joining a specific union is concerned.* Vgl ook die Hof se uitspraak in *Platform "Ärtze für das Leben"* 21 Junie 1988 A/139 par 32 (verdragstaat is verplig om te verhoed dat 'n organisasie se vergadering nie ontwig word nie): *Genuine effective freedom*

Uit voorgaande blyk dit duidelik dat daar 'n neiging in die EMRK-reg ontwikkel het om die beslissings van verdragstate se nasionale howe en owerhede tydens privaatregtelike geskille aan die hand van die beginsels en waardes van die Konvensie te beoordeel.⁴¹ Clapham beskou juis hierdie vorm van indirekte derdewerking van die Konvensie se norme as 'n moontlike grondslag vir direkte derdewerking van die EMRK-regsnorme in die toekoms.⁴² Die Europese Hof vir Menseregte het voorstanders van direkte derdewerking van EMRK-regsnorme egter gewaarsku dat dit nie die taak van die verdragstate se nasionale howe tydens die beregting van privaatregtelike geskille sal oorneem nie.⁴³ 'n Redelike *margin of appreciation*⁴⁴ sal dus wel aan nasionale howe oorgelaat word om self die privaatregtelike geskille in verdragstate te beoordeel.⁴⁵

5.3.2 Aard en styl van interpretasie

Die Europese Hof vir Menseregte is ingevolge artikel 45 van die EMRK die primêre instansie belas met die interpretasie van die Konvensie.⁴⁶ Voorts bepaal Reël 51 van die Hof dat 'n kamer van die Hof 'n saak na die volbank van die Hof kan verwys in daardie gevalle waar sake ernstige interpretasievrae met betrekking tot die Konvensie oplewer. Teoreties kan van die Hof ook vereis word om 'n adviserende mening te gee ingevolge Protokol Nr 2, hoewel dit nog nie gebeur het nie.⁴⁷ Die Europese

of peaceful assembly cannot, therefore, be reduced to a mere duty on the part of the State not to interfere: a purely negative conception would not be compatible with the object and purpose of Article 11. Like Article 8, Article 11 sometimes requires positive measures to be taken, even in the sphere of relations between individuals.

41 Vgl by *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beerermann* 20 November 1989 A/165 par 27-30.

42 Clapham *Drittwirkung* 199. Hy meen dat die beslissing van die Hof in *Deweer* 27 Februarie 1980 A/35 par 49 juis hierdie standpunt bevestig, omdat die Belgiese howe reeds arts 6 en 8 EMRK tydens die beregting van privaatregtelike geskille aanwend.

43 *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beerermann* 20 November 1989 A/165 par 37: *However, the European Court for Human Rights should not substitute its own evaluation for that of national courts in the instant case, where those courts, on reasonable grounds, had considered the restrictions to be necessary.*

44 Die leerstuk van *margin of appreciation* dui op die kompetensieruimte wat in die EMRK-reg aan 'n verdragstaat gelaat word om van die gemeenskaplike standaard vir die beskerming van 'n fundamentele reg wat in die EMRK-reg ontwikkel het, af te wyk. Vgl verder oor die gemeenskaplike outonome Europese standaard par 5.3.5 a) *infra*; en oor die *margin of appreciation* par 5.4.9 *infra*.

45 Clapham *Drittwirkung* 198.

46 Vgl *Matcher Interpretation* 63; *Mosler Problems of Interpretation* 153.

47 *Matcher Interpretation* 63.

Menseregtekommissie is in 'n mindere mate ook gemoeid met die interpretasie van die Konvensie tydens oorweging van die toelaatbaarheid van klagtes (artikel 27), en by die opstel van 'n verslag indien die geskil tussen die strydende partye nie opgelos kan word nie (artikel 31).⁴⁸

Hoewel die Hof sedert die eerste beslissing in die *Lawless*-saak⁴⁹ telkens te staan gekom het voor vraagstukke wat belangrike interpretasieprobleme te berde gebring het, het die Hof nie dadelik 'n duidelike en omvattende metodologiese raamwerk vir die interpretasie en konstruksie van die Konvensie verskaf nie.⁵⁰ Die Hof het egter wel substantiewe inhoud verleen aan sommige van die Konvensie se bepalings wat algemeen en abstrak geformuleer is.⁵¹

Die heterogene karakter van die EMRK-reg is 'n belangrike faktor wat die aard en omvang van die Hof se interpretasie en konkretisering van die regte en vryhede wat in die Konvensie gewaarborg word, beïnvloed. Die Hof word met 'n verskeidenheid regstelsels gekonfronteer – toenemend met die toelating van Oos-Europese state tot die EMRK - wat oor eiesoortige strukture en eienskappe beskik. Selfs die regters van die Hof wat elk 'n spesifieke verdragstaat verteenwoordig, is in verskillende regs- en denkskole in Europa opgelei. Gevolglik volg die Hof 'n meer terughoudende benadering ('n vorm van *judicial self-restraint*) as verdragstate in spesifieke gevalle 'n bepaalde *margin of appreciation* toegelaat word om van die eenvormige Europese standaard af te wyk.⁵² Die Hof volg dus die kasuïstiese benadering van die *common law* as dit sake telkens in die lig van die toepaslike presedente wat die EMRK-reg ten opsigte van 'n spesifieke probleem opgebou het, oplos.⁵³ Daar word heelwat minder op algemene regswetenskaplike reëls gesteun as dit waaraan die kontinentale staatsregtradisie in die Wes-Europese state gewoond is. Die uitsondering hierop is daardie gedeeltes van die EMRK-reg waar gemeenskaplike beginsels uit die

48 *Matcher Interpretation* 63.

49 *Lawless (1)* 14 November 1960 A/1 en *Lawless (2)* 1 Julie 1961 A/3.

50 Vgl voorts Jacobs *Convention* 15; *Matcher Interpretation* 63.

51 Soos bv art 3 se verwysing na *inhuman and degrading treatment, of freedom*. Vgl Frowein en Peukert *EMRK-Kommentar* 4, 5 Rdnr 8, 10; *Ost Canons of Interpretation* 285; *Matcher Interpretation* 63.

52 *Matcher Interpretation* 63; Mahoney 1990 *Hum R L J* Vol 11 76 ev.

53 Vgl *Matcher Interpretation* 63-64.

oorweldigende hoeveelheid regspraak van die Hof ontwikkel is.⁵⁴ Selfs dan is daar nie sprake van 'n algemene regswetenskaplike struktuur nie.⁵⁵

5.3.3. Oogmerk van interpretasie

Die Hof streef drie algemene oogmerke tydens die interpretasie en konstruksie van die Konvensie na.⁵⁶ Eerstens moet die regte en vryhede in die Konvensie konkreet en effektief verwesenlik word om te voorkom dat dit nie net beperk word tot teoretiese skynwaarborges nie.⁵⁷ Tweedens word 'n balans tussen die beskerming van individuele regte teenoor gemeenskapsbelange nagestreef.⁵⁸ 'n Proporsionaliteitsverhouding moet tussen die teenstrydige belange verkry word. Die maatstaf vir proporsionaliteit is juis geleë in die beginsel van demokrasie soos dit telkens in die Hof se regspraak omskryf word.⁵⁹ Dit impliseer dat die verwesenliking van demokrasie as derde oogmerk nagestreef word.⁶⁰ Laasgenoemde is waarskynlik die mees omstrede oogmerk van die Konvensie se interpretasie, omdat die demokratiese ideaal moeilik definieerbaar is en tot heelwat meningsverskil lei.⁶¹ Vervolgens word aangetoon hoe die Hof bogenoemde oogmerke met behulp van 'n eiesoortige, dinamiese en evolusionêre interpretasie-metodiek verwesenlik.

54 Sien *Matcher Interpretation* 64 vt 5 vir voorbeelde. Vgl bv mbt die begrip *criminal charge* van art 6(1) *Engel and Others* 8 Junie 1976 A/22 par 81, 82; mbt persvryheid *The Observer and Guardian v The United Kingdom* 26 November 1991 A/216 par 59, 60; *The Sunday Times v The United Kingdom (2)* 26 November 1991 A/217 par 50, 51.

55 *Matcher Interpretation* 64.

56 Vgl *Ost Canons of Interpretation* 294 ev.

57 Vgl *Airey* 9 Oktober 1979 A/32 par 24; *Artico* 13 Mei 1980 A/37 par 33; *Sporrong and Lönnroth* 23 September 1982 A/52 par 63.

58 Vgl die *Belgiese Taal*-saak 23 Julie 1968 A/6 par 32. Sien voorts *Klass* 6 September 1978 A/28 par 59; *Dudgeon* 22 Oktober 1981 A/45 par 60; *The Sunday Times (1)* 26 April 1979 A/30 par 66; *Barthold* 25 Maart 1985 A/90 par 26, 58; *Lingens* 8 Julie 1986 A/103 par 41, 42; *Rees* 17 Oktober 1986 A/106 par 36; *Agosi* 24 Oktober 1986 A/108 par 52; *Gillow* 24 November 1986 A/109 par 55; *Sporrong and Lönnroth* 23 September 1982 A/52 par 69.

59 *Ost Canons of Interpretation* 295. Vgl voorts oor die proporsionaliteitsbeginsel par 5.4.8 c) iii) *infra*.

60 Vgl die voorrede en die beperkingsklousules van arts 8(2), 9(2), 10(2), 11(2) EMRK; art 2(3) en (4) van Protokol Nr 4. Die demokratiese doelwit tree veral op die voorgrond as die Hof bepaal of die beperking van regte in ooreenstemming met demokratiese standarde geskied het.

61 Vgl *Ost Canons of Interpretation* 295-302 vir 'n omvattende beskrywing van die aanwending van die demokratiese beginsel. Sien ook verder par 5.4.8 c) i) *infra*.

5.3.4 Interpretasie ooreenkomstig die Weense Konvensie vir Verdragsreg

a) Algemene reël

Die Hof se eerste beslissings het bloot die Hof se gebondenheid aan die uitlegreëls van die internasionale verdragsreg beklemtoon sonder om dit nader toe te lig.⁶² Eers in 1975 tydens die *Golder*-saak het die Hof die aanwendbaarheid van die algemene reëls van die Weense Konvensie vir Verdragsreg uitvoerig bevestig.⁶³ Hierin verskaf die Hof 'n klassieke omskrywing van die toepassing van artikel 31 van die Weense Konvensie vir Verdragsreg as vertrekpunt:

*In the way in which it is presented in the 'general rule' in Article 31 of the Vienna Convention, the process of interpretation of a treaty is a unity, a single combined operation; this rule, closely integrated, places on the same footing the various elements enumerated in the four paragraphs of this Article.*⁶⁴

In die *Golder*-saak word die beginsel dus grondliggend gevestig dat die volkeregtelike uitlegbronne as uitgangspunt vir die Hof se toekomstige interpretasiemetodiek sal geld.⁶⁵ Sedertdien bevestig die Hof voortdurend die interpretasiewaarde van die verskillende uitlegreëls wat in artikels 31-33 van die Weense Konvensie vir Verdragsreg vervat is.⁶⁶

62 Vgl bv *Lawless* (2) 1 Julie 1961 A/3 par 11, 14.

63 *Golder* 21 Februarie 1975 A/18 par 29: *The Court is prepared to consider ... that it should be guided by Articles 31 to 33 of the Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law of Treaties. That Convention has not yet entered into force and it specifies, at Article 4, that it will not be retroactive, but its Articles 31 to 33 enunciate in essence generally accepted principles of international law to which the Court has already referred on occasion.*

64 *Golder* 21 Februarie 1975 A/18 par 30.

65 *Ost Canons of Interpretation* 286.

66 *Ost Canons of Interpretation* 288. Vgl sake soos *The Sunday Times* (1) 26 April 1979 A/30 par 48; *James* 21 Februarie 1986 A/98 par 42, 64; *Feldbrugge* 29 Mei 1986 A/99 gesamentlike minderheidsuitspraak par 12; *Deumeland* 29 Mei 1986 A/100 par 12.

b) Kanons van konstruksie

Die klassieke kanons van interpretasie wat in die Duitse staatsreg geïdentifiseer is, word duidelik in die uitlegvoorskrifte van die Weense Konvensie vir Verdragsreg (en veral die vertolking van artikel 31 in die *Golders*-saak) weerspieël. Dit is opvallend dat die algemene reël van verdragsuitleg inderwaarheid 'n wisselwerking tussen tekstuele, kontekstuele en teleologiese kanons vereis, terwyl die geneties-historiese kanons as uitleghulpmiddels geraadpleeg word.⁶⁷ Die Hof verwerp dus uitdruklik die opvatting dat daar 'n vasgestelde rangorde vir die interpretasieproses in artikel 31 van die Weense Konvensie vir Verdragsreg vervat is.⁶⁸ Die kanons van konstruksie of interpretasie wat in artikel 31 gekodifiseer word, word sonder enige hiërargiese orde aangewend, hoewel die teks logieserwys altyd die begin vorm.⁶⁹ Voorts sal aangedui word dat die Hof ook regsvergelijkende argumente as 'n verdere interpretasiemetode gebruik tydens EMRK-konstruksie. Daarom vorm die verskillende kanons van konstruksie weereens 'n geskikte sistematiseringsraamwerk vir bestudering van die Hof se interpretasiemetodiek van die EMRK. Die eise wat die Weense Konvensie vir Verdragsreg stel, sowel as die EMRK se *sui generis* karakter self, sal noodwendig in hierdie sistematiseringsraamwerk gereflekteer word.

Die regters in Strasbourg volg nie 'n rigiede en onbuigsame benadering nie as hulle die verskillende kanons van konstruksie of interpretasie in wisselwerking met mekaar aanwend.⁷⁰ 'n Bepaalde interpretasiemetode word juis na behoefte gekies, en vestig nie noodwendig 'n bepaalde logiese volgorde om vanaf een metode na 'n ander oor te gaan nie.⁷¹

'n Sprekende voorbeeld van die wisselwerking tussen die verskillende kanons van konstruksie en die bepalinge van die Weense Konvensie vir Verdragsreg word in die

67 Bernhardt *Thoughts* 65.

68 Mosler *Problems of Interpretation* 154.

69 Mosler *Problems of Interpretation* 154; Matscher *Vertragsauslegung* 565.

70 Ost *Canons of Interpretation* 285.

71 Charles de Visscher meen juis in die verband: *Canons of interpretation are working hypotheses for the judge; they are provisional and always tested afterwards. The judge reviews them and confronts them so as to discover the points which, strengthened or weakened when applied to the facts, suggest the theme of alternate conjecture and evaluation. ... In short, the principal utility of the canons of interpretation is to render the interpreter conscious of the options before him. Soos aangehaal deur Ost Canons of Interpretation 285.*

Luedicke-beslissing⁷² van 28 November 1978 gevind. Die Hof bevestig dat dit deur artikels 31-33 van die Weense Konvensie vir Verdragsreg tydens interpretasie van die EMRK gelei word. *In casu* het die Hof bepaal dat die verdragstaat se weiering om gratis vertalers aan beskuldigdes in 'n strafsak te verskaf, onversoenbaar met artikel 6(3)(e) van die EMRK is. Hierdie artikel bepaal dat individue geregtig is op 'n gratis vertaler as hulle nie die taal wat in die hof gebruik word, kan praat of verstaan nie. Die Hof het die betekenis van artikel 6(3)(e) van die EMRK gekonstrueer na aanleiding van die woordeboekbetekenis daarvan, die konteks waarin dit in die Konvensie staan, en in die lig van die oogmerk en doel van daardie bepaling.

c) Grammatikale konstruksie

Ooreenkomstig artikel 31(1) van die Weense Konvensie vir Verdragsreg word prioriteit aan die teks van die EMRK verleen en dien dit as beginpunt van die interpretasieproses.⁷³ Die Hof begin gewoonlik by die gewone betekenis van die teks.⁷⁴ Dit is egter duidelik dat die Hof nie soseer op semantiese verskille konsentreer nie, maar dat dit 'n konstruksie van die grammatikale betekenis volg wat in die finale instansie versoenbaar moet wees met die konteks, doel, oogmerk en gees van die EMRK.⁷⁵ Grammatikale interpretasie word dus gekomplementeer deur sistematiese en teleologiese konstruksie. Hierdie benadering word aan die hand van enkele beslissings van die Hof geïllustreer.

Reeds in die eerste beslissing van die Hof, naamlik die *Lawless*-saak, raadpleeg die Hof aanvanklik die gewone grammatikale betekenis van artikel 5(1)(c) van die EMRK in 'n geval waar die regsgeldigheid van *Lawless* se arres en aanhouding sonder verhoor tydens 'n noodtoestand in Ierland in geskil was.⁷⁶ Hierop volg die Hof 'n wye kontekstuele konstruksie deur die verband tussen artikel 5(1)(c) en ander prosedurele

72 *Luedicke, Belkacem and Koc* 28 November 1978 A/29 par 39.

73 *Matcher Interpretation* 65.

74 *Merrills Development* 65.

75 *The Court therefore does not feel bound to adopt a literal interpretation [of the requirement in Article 6(1) that 'judgement shall be pronounced publicly'. It considers that in each case the form of publicity given to the 'judgement' under the domestic law of the respondent State must be assessed in the light of the special features of the proceedings in question and by reference to the object and purpose of Article 6 § 1.* Sien *Matcher Interpretation* 65. Vgl ook *Sutter* A/74 22 Februarie 1984 par 33; *Pretto and Others* 8 Desember 1983 A/71 par 26.

76 *Lawless* (2) 1 Julie 1961 A/3 par 14.

regte soos artikel 5(3) van die EMRK se waarborg van 'n spoedige hofverskyning na arrres, aan te dui. Vervolgens bevind die Hof dat die gewone betekenis van artikel 5(1)(c) versoenbaar is met die gemeenskaplike oogmerk en doel van artikels 5(1)(c) en 5(3) om die individu teen arbitrêre arrres te beskerm. Voorts het die Hof die *natural and customary meaning* van die woorde, '*other public emergency threatening the life of the nation*' (in artikel 15(1)) gevolg toe dit beslis het dat Ierland geregtig was om in die lig van die Ierse Republikeinse Leër se onwettige gewelddadige dade noodmaatreëls af te kondig ingevolge waarvan individue se arrres en aanhouding sonder verhoor geregverdig was.⁷⁷

In die *Johnston*-saak het die Hof bevestig dat dit die gewone betekenis van die reg op huweliksluiting in artikel 12 konstrueer, *in their context and in the light of its object and purpose*.⁷⁸ Hiervolgens kan daar nie 'n reg op egskeiding uit die gewone betekenis van die reg op 'n huwelik afgelei word nie.⁷⁹

Alhoewel die Hof meestal die gewone betekenis van die teks as vanselfsprekend aanvaar, verklaar dit soms uitvoerig hoe daardie interpretasie bereik is. So byvoorbeeld word in die *Luedicke*-saak aangetoon hoe erkende woordeboeke geraadpleeg is om die gewone betekenis van die woord *gratuitement/free*⁸⁰ in albei die amptelike tale van die Hof (Frans en Engels) te bepaal.⁸¹

Die bepaling van die gewone betekenis van die Konvensie se teks is egter nie altyd voldoende of deurslaggewend om effektiewe konkretisering van die Konvensie se regte en vryhede te verseker nie. Dit is hoogstens 'n beginpunt vir die interpretasieproses. Die Hof huiwer daarom nie om van die gewone betekenis af te wyk ten einde aan die gees eerder as aan die teks van die Konvensie gevolg te gee nie.⁸² So byvoorbeeld het die Hof in die *Wemhoff*-saak beslis dat daar eerstens na die *purely grammatical interpretation* gekyk word om die woord *reasonable* in artikel 5(3) van die EMRK se reg op 'n verhoor binne 'n redelike tyd na arrres of aanhouding

77 *Lawless* (2) 1 Julie 1961 A/3 par 28.

78 *Johnston and Others* 18 Desember 1986 A/112 par 51.

79 *Johnston and Others* 18 Desember 1986 A/112 par 52. Vgl ook *Merrills Development* 65.

80 Art 6(3)(e) EMRK.

81 *Luedicke, Belkacem and Kog* 28 November 1978 par 40.

82 *Ost Canons of Interpretation* 288-289.

te konstrueer.⁸³ In hierdie geval sou dit egter tot 'n interpretasie lei wat *contra* die bedoeling van die verdragstate (genetiese konstruksie) en ander bepalings van die Konvensie (sistematiese konstruksie) sou wees. Gevolglik bevind die Hof dat artikel 5(3) se korrekte betekenis deur kontekstuele interpretasie bepaal word. Hiervolgens verbied artikel 5(3) dat 'n persoon vir 'n onredelike lang tydperk in afwagting van 'n geregshof se uitspraak, aangehou word.⁸⁴

'n Verdere voorbeeld van waar die konteks in stede van die gewone betekenis deurslaggewend was, is die *Golder-saak*.⁸⁵ Die Hof het naamlik 'n algemene en substantiewe reg op toegang tot die howe, en daarmee 'n nuwe reg op 'n siviele verhoor uit die konteks van artikel 6(1) in die Konvensie afgelei.⁸⁶ Die regters van die Hof se meerderheidsuitspraak bevestig hierop hulle skeppende kontekstuele interpretasie deur na die gewone woordeboekbetekenis van artikel 6(1) in Frans sowel as in Engels te verwys. In teenstelling met die dwingende invloed van die konteks bo die teks wat hierbo beskryf is, het die Hof in 'n meer resente beslissing juis die eise van die teks bo kontekstuele konstruksie gestel. In die *Lithgow-saak* het die Hof die frase *general principles of international law* beperkend geïnterpreteer ten einde juis aan die gewone betekenis van daardie frase gevolg te gee, nieteenstaande die feit dat die konteks waarin dit vervat is 'n wye konstruksie geregverdig het.⁸⁷

d) Kontekstuele en sistematiese konstruksie

(i) Inleiding

Kontekstuele interpretasie word in artikel 31(2) van die Weense Konvensie vir Verdragsreg voorgeskryf. Dit word deur die Hof toegepas ten einde aan die gees van die Konvensie gevolg te gee, selfs al beteken dit dat 'n eiesoortige inhoud aan

83 *Wemhoff* 27 Junie 1968 A/7 par 4.

84 *Wemhoff* 27 Junie 1968 A/7 par 5.

85 *Golder* 21 Februarie 1975 A/18.

86 *Golder* 21 Februarie 1975 A/18 par 31-32.

87 Die Hof vervolg: *[T]he words of a treaty should be understood to have their ordinary meaning ... and to interpret the phrase in question as extending the general principles of international law beyond their normal sphere of applicability is less consistent with the ordinary meaning of the terms used, notwithstanding their context.* Vgl *Lithgow and Others* 8 Julie 1986 A/102 par 114. Vgl ook Merrills *Development* 65.

bepalings van die Europese Konvensie verleen moet word.⁸⁸ Reeds in die *Lawless*-saak is die toepaslikheid van die konteks bevestig om die juistheid van die gewone betekenis van bepalings te bepaal.⁸⁹

Kontekstuele interpretasie van die Konvensie is belangrik omdat die norme in die Konvensie meestal deurslaggewend met sistematiese en teleologiese argumente gekonstrueer word.⁹⁰ Die artikels wat in die Konvensie vervat is, word in 'n logiese struktuur met mekaar verbind wat op hul beurt weer die oogmerk en doel van die Konvensie beklemtoon.⁹¹ Die konteks waarna die Hof verwys, is egter wisselvallig. Soms word slegs die verskillende subartikels van die toepaslike bepaling van die Konvensie bestudeer, ander tye word na die hele Konvensie sowel as die Opsionele Protokolle gekyk, en by geleentheid word daar na ander verdrae of selfs ander howe se uitsprake verwys.⁹² Die afsnypunt wissel van geval tot geval. Dit word bepaal deur die Hof se strewe om enersyds 'n eenvormige maatstaf vir al die verdragstate voor te skryf. Andersyds probeer die Hof om die uniekheid van die verdragstate te erken deur in sommige gevalle 'n *margin of appreciation* toe te laat waarbinne 'n verdragstaat van die eenvormige Europese standaard vir beskerming van die regte en vryhede onder die Konvensie kan afwyk.⁹³

(ii) Eenheidsbeginsel

'n Belangrike kenmerk van kontekstuele konstruksie behels die beginsel dat die Konvensie 'n eenheid vorm. Dit beteken dat die norme in die Konvensie nie teenstrydig gekonstrueer kan word nie, maar aanvullend en in wisselwerking met mekaar.⁹⁴ In die *Belgiese Taal*-saak word die algemene reël bevestig dat die bepalings van die Konvensie en meegaande Protokolle as 'n geheel gelees moet word in die geval waar meer as een bepaling van die Konvensie ter sake is.⁹⁵ So

88 Vgl Merrills *Development* 66-67; en Ost *Canons of Interpretation* 290.

89 *Lawless* (2) 1 Julie 1961 A/3 par 14.

90 Ost *Canons of Interpretation* 290.

91 Ost *Canons of Interpretation* 290.

92 Ost *Canons of Interpretation* 290.

93 Ost *Canons of Interpretation* 290.

94 Vgl die goue reël soos beskryf in *Golder* 21 Februarie 1975 A/18 par 30.

95 *Belgiese Taal*-saak 23 Julie 1968 A/6 par 1, 7. In *De Wilde, Ooms and Versyp* 18 Junie 1971 A/12 par 78 is juis bevind dat die betekenis van die woord hof in art 5(4) aan die hand van

byvoorbeeld word die reg op onderwys in artikel 2 van Protokol Nr 1 gekonstrueer in samehang met artikel 8 se reg op respek vir privaatheid, familielewe, tuiste en korrespondensie, ten einde die diskriminasieverbod in artikel 14 van die Konvensie te verstaan. Volgens die individuele opinie van Regter Maridakis kan die ware betekenis van artikel 14 gevind word as dit saam met artikel 1 van die Konvensie geles word - dit wil sê in 'n breë konteks.⁹⁶ Hy bevestig weereens die reël dat 'n enkele bepaling nie teenstrydig met ander bepalings van die Konvensie geïnterpreteer word nie, maar eerder ooreenkomstig die oorhoofse doel van die Konvensie.

Soms sal die kontekstuele interpretasie selfs 'n liberale en evolusionêre konstruksie oorskadu. In die *Johnston*-saak was dit byvoorbeeld uit grammatikale en genetiese konstruksie duidelik dat die Konvensie nie 'n spesifieke reg tot egskedding in artikel 12 se reg op huweliksluiting ingesluit het nie.⁹⁷ Desnieteenstaande het die applikante by die Hof aangedring om 'n reg op egskedding deur middel van evolusionêre konstruksie by die Konvensie in te lees. Die Hof wys die versoek van die hand nadat die toepaslike bepaling met kontekstuele argumente gekonstrueer is.⁹⁸

Weens die feit dat die Konvensie as 'n geheel geles word, sal die Hof nie toelaat dat een bepaling so geïnterpreteer word dat dit 'n ander neutraliseer of ondermyn nie.⁹⁹ Merrills wys ten slotte daarop dat kontekstuele of sistematiese konstruksie nie te ver gevoer moet word sodat 'n applikant se regte daardeur verswak of beperk word nie.¹⁰⁰

(iii) Voorrede

In die *Golder*-saak word in ooreenstemming met artikel 31(2) van die Weense Konvensie vir Verdragsreg aangedui dat die voorrede van die Konvensie 'n integrale deel vorm van die konteks van die Konvensie wat tydens interpretasie bestudeer moet

dieselfde woord se gebruik in arts 2(1), 5(1)(a) en (b) en 6(1) elders in die Konvensie, bepaal word.

96 *Belgiese Taal*-saak 23 Julie 1968 A/6 par 7 per Maridakis R.

97 *Johnston and Others* 18 Desember 1986 A/112.

98 *Johnston and Others* 18 Desember 1986 A/112 26 par 57. Vgl ook *Ost Canons of Interpretation* 292; *Merrills Development* 69.

99 Vgl bv *Leander* 26 Maart A/116 par 78; *Klass and Others* 6 September 1978 A/28 par 68. Sien verder *Merrills Development* 69 en 87 vt 15.

100 *Merrills Development* 70.

word.¹⁰¹ Voorts is bevind dat die voorrede waardevol is tydens teleologiese konstruksie om die oogmerk en doel van die Konvensie mee te bepaal.¹⁰² Dit is veral die laaste paragraaf van die voorrede waar na die gemeenskaplike Europese erfenis van onder meer die *rule of law* verwys word, wat van belang is vir die interpretasie van die Konvensie.¹⁰³

Die Hof bevind dat die *rule of law* nie inhoudsloos en bloot kosmeties sonder enige hermeneutiese waarde is nie, omdat dit later in 'n substantiewe bepaling soos artikel 3 se verbod op marteling en onmenslike straf manifesteer.¹⁰⁴ Die *rule of law* kan dus inderdaad in oorweging geneem word tydens vasstelling van die doel en oogmerk van die Konvensie.¹⁰⁵ In teenstelling hiermee staan die kritiese minderheidstandpunt van Regter Sir Gerald Fitzmaurice wat nie dieselfde hoë interpretasiewaarde aan die voorrede, en by noodwendige implikasie die *rule of law*, as interpretasie-middel as die meerderheidstandpunt heg nie.¹⁰⁶

e) Teleologiese konstruksie

Artikel 33(1) van die Weense Konvensie vir Verdragsreg beklemtoon reeds in die algemene uitlegreël die primêre belang van die bepaling van die oogmerk en doel van 'n verdragsbepaling tydens interpretasie van die EMRK. Hoewel teleologiese konstruksie steeds met omsigtigheid in die algemene volkereg benader word weens

101 *Golder* 21 Februaire 1975 A/18 par 34. Vgl ook *Matcher Interpretation* 66.

102 *Golder* 21 Februaire 1975 A/18 par 34.

103 *Golder* 21 Februaire 1975 A/18 par 34. Hierdie paragraaf lui: *Being resolved, as the Governments of European Countries which are likeminded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law, to take the first steps for the collective enforcement of certain of the Rights stated in the Universal Declaration.*

104 *Golder* 21 Februaire 1975 A/18 par 34.

105 *Golder* 21 Februaire 1975 A/18 par 34: *The Court however considers, ... that it would be a mistake to see in this reference [to the rule of law in the Preamble] a merely 'more or less rhetorical reference', devoid of relevance for those interpreting the Convention. One reason why the signatory Governments decided to 'take the first steps for the collective enforcement of certain of the Rights stated in the Universal Declaration' was their profound belief in the rule of law. It seems both natural and in conformity with the principle of good faith (Article 31 § 1 of the Vienna Convention) to bear in mind this widely proclaimed consideration when interpreting the terms of Article 6(1) according to their context and in the light of the object and purpose of the Convention.*

106 *Golder* 21 Februarie 1975 A/18 par 35 vt 20 per Fitzmaurice R: *The importance attributed to the factor of the 'rule of law' ... is much exaggerated. That element, weighty though it is, is mentioned only incidentally in the Preamble to the Convention. What chiefly actuated the Contracting States was not concern for the rule of law but humanitarian considerations.*

die gevaar van subjektiewe invloede tydens die interpretasieproses, gebruik die Hof teleologiese argumente om gevolg te gee aan die dinamiese en waarde-karakter van die EMRK.¹⁰⁷ Juis daarom argumenteer die skrywer Ost dat teleologiese konstruksie *goes to the heart of the Court's reasoning*.¹⁰⁸ Die Hof se regspraak bevestig dat teleologiese argumente benewens die oogmerk en doel, ook die gevolg en invloed van die *sui generis* norme van die Konvensie ondersoek, sodat teleologiese konstruksie ondermeer gekenmerk word deur waardegerigte, skeppende, evolusionêre en dinamiese interpretasie van die EMRK se norme.¹⁰⁹

Een van die tergendste probleme tydens teleologiese konstruksie is om vas te stel op welke wyse die doel en oogmerk van die Konvensie se norme bepaal word. Enersyds fokus 'n minderheid van die Hof op die verlede deur die doel en oogmerk van 'n norm in die Konvensie met behulp van genetiese konstruksie uit die historiese oogmerk van die verdragspartye af te lei.¹¹⁰ Andersyds volg die meerderheid van die Hof se regters weer 'n abstrakte en toekomsgerigte beskouing as hulle argumenteer dat hoewel daardie norme in die verlede geskep is, dit in die toekoms gekonkretiseer, uitgebou en verfyn word deur middel van evolusionêre konstruksie.¹¹¹ 'n Studie van die regspraak van die Hof toon egter dat die doel en oogmerk van spesifieke norme in die Konvensie sowel as van die hele Konvensie deur middel van 'n wisselwerking tussen die verskillende kanons van konstruksie vasgestel word.¹¹²

Die primêre klem wat die Hof op teleologiese konstruksie, pleks van die tradisionele grammatikale en genetiese kanons lê, word deur 'n minderheid van die Hof se regters afgekeur. So byvoorbeeld het Regter Sir Fitzmaurice per geleentheid die meerderheid van die Hof se gebruik van teleologiese argumente gekritiseer, omdat dit nie die

107 Vgl *Ost Canons of Interpretation* 292 vir toepaslike gesag.

108 *Ost Canons of Interpretation* 292.

109 Vgl voorts par 5.3.5 b) *infra*.

110 Vgl *National Union of Belgian Police* 27 Oktober 1975 A/19 par 9(i) per Sir Fitzmaurice R: *The object and purpose of a treaty are not something that exist in abstracto: they follow from and are closely bound up with the intentions of the parties, as expressed in the text of the treaty, or as properly to be inferred from it, these intentions being the sole sources of those objects and purposes. ... [The intentions of the parties may certainly not be subsequently imported under the guise of objects and purposes not thought of at the time. From these considerations it is therefore clear that the Vienna Convention implicitly recognizes the element of intentions though it does not in terms mention it.*

111 *Ost Canons of Interpretation* 292-293.

oorspronklike bedoeling van die Konvensie weerspieël nie en boonop 'n wyer betekenis aan die betrokke bepaling van die Konvensie (artikel 19) gegee het as wat die teks na sy mening sou toelaat.¹¹³ Dit is met ander woorde duidelik dat ten spyte daarvan dat die EMRK 'n *sui generis* volkeregtelike verdrag is, daar in beginsel dieselfde metodologiese konflik tussen voorstanders van 'n meer beperkte grammatikaal-genetiese konstruksie teenoor die ondersteuners van 'n wyer kontekstueel-teleologiese en waardegerigte interpretasie van fundamentele regte in die EMRK-reg gevind word as wat in die voorafgaande hoofstukke in die Duitse, Amerikaanse, en Kanadese konkretiseringservaring van grondwetlik beskermde regte en vryhede geïdentifiseer is.

f) Genetiese konstruksie

Hoewel daar nie in die EMRK-regspraak 'n onderskeid getref word tussen genetiese en historiese konstruksie soos in die Duitse staatsreg in Hoofstuk 2 verduidelik is nie, dui die Hof se verwysings na die historiese bedoeling tydens verdragsluiting, of te wel na die *travaux préparatoires*, inderwaarheid op genetiese interpretasie. Vervolgens word op die interpretasiewaarde van genetiese konstruksie gefokus.

In die tradisionele volkereg, voor die inwerkingtreding van die Weense Konvensie vir Verdragsreg, was die subjektiewe bedoeling van partye tydens verdragsluiting deurslaggewend vir die interpretasie van daardie verdrag.¹¹⁴ In hierdie proses het die voorbereidende handeling tot verdragsluiting 'n belangrike rol gespeel. Sedert die Weense Konvensie vir Verdragsreg gesluit is, het die bewyswaarde van die voorbereidende handeling geweldig afgeneem en word dit vandag slegs as ondersteunende bron in gevalle van twyfel tydens verdragsuitleg gebruik.¹¹⁵

112 Vgl die *Belgiese Taal*-saak 23 Julie 1968 A/6 par 3-4; *De Wilde, Ooms and Versyp* 18 Junie 1971 A/12 par 76.

113 *The Republic of Ireland v The United Kingdom* 18 January 1978 A/25 par 6 per Fitzmaurice R (minderheidsmening): *This however, is not only to attribute to the Court a teleological role which, in my view, it was not originally intended to have, but also to place upon Article 19 of the Convention a weight greater than its language warrants.*

114 Bernhardt *Thoughts* 68.

115 Vgl art 32 van die Weense Konvensie vir Verdragsreg; Bernhardt *Thoughts* 68; Ost *Canons of Interpretation* 289-290.

In die moderne internasionale menseregtepraktyk van byvoorbeeld die Inter-Amerikaanse en Europese Hofe vir Menseregte word eweneens 'n beperkte interpretasierol aan die subjektiewe bedoeling van die partye tydens verdragsluiting verleen.¹¹⁶ In die saak van *Young, James and Webster* het die Hof byvoorbeeld beslis dat indien die gewone betekenis van bepalinge van die EMRK deur die *travaux préparatoires* weerspreek word, sal die Hof laasgenoemde ignoreer al sou dit 'n duidelike weerspieëling van die subjektiewe bedoeling van die verdragspartye wees.¹¹⁷

Alhoewel die dinamiese karakter van die EMRK voorkeur aan die gemeenskaplike Europese inhoud van norme bo die subjektiewe bedoeling van verdragspartye tydens die voorbereidende handeling verleen,¹¹⁸ steun die Hof wel in spesifieke gevalle op die *travaux préparatoires* as bevestiging van die historiese bedoeling van die opstellers.¹¹⁹ In die saak van *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen* - waar beswaar aangeteken is teen verpligte sekonderrig in primêre openbare skole - het die Hof aanvanklik die individuele reg met behulp van tekstuele, kontekstuele en teleologiese konstruksie geïnterpreteer waarna die Hof ondersteunend na die voorbereidende dokumente verwys het.¹²⁰

'n Uitsondering op die algemene benadering is te vinde in die *James*-saak waar die Hof die betekenis van 'n bepaling wat kontroversieel en onduidelik was, met behulp van die voorbereidende tekste bepaal het.¹²¹ Dit is ook treffend dat regters wat 'n meer beperkte konstruksie van die regte in die Konvensie se beskermingsveld verleen deur groter ruimte aan verdragstate se *margin of appreciation* ter beperking van daardie regte toe te ken, sterker op genetiese konstruksie steun.¹²²

116 Vgl Bernhardt *Thoughts* 68; Merrills *Development* 72-73; Matscher *Interpretation* 66.

117 *Young, James and Webster* 13 Augustus 1981 A/44 21-22 par 51-52. Vgl ook Ost *Canons of Interpretation* 289.

118 Bernhardt *Thoughts* 69. Vgl par 5.3.5 *infra*.

119 Ost *Canons of Interpretation* 289-290.

120 *Kjeldsen, Busk, Madsen and Pedersen* 7 Desember 1976 A/23 par 50: *The 'travaux préparatoires', which are without doubt of particular consequence in the case of a clause that gave rise to such lengthy and impassioned discussions, confirm the interpretation appearing from a first reading of Article 2.*

121 *James and Others* 21 Februarie 1986 A/98 par 64. Ost *Canons of Interpretation* 289-299.

g) Meerdere amptelike tale

Artikel 33(1) van die Weense Konvensie vir Verdragsreg reël voorts die situasie waar die EMRK in die twee amptelike tale van Engels en Frans geskryf is wat beide gelyke status en outentiekheid geniet. Artikel 33(3) van die Weense Konvensie bepaal verder dat die inhoud van die tekste wat in amptelike tale verwoord is, vermoed word om dieselfde betekenis te hê. Hiervolgens bestaan daar dus geen onderskeid tussen die Franse en Engelse tekste van die EMRK nie. Artikel 33(4) van die Weense Konvensie bepaal hierop dat in geval van 'n teenstrydigheid tussen die Franse en Engelse tekste, die uitlegmetodes wat in artikels 31 en 32 verskaf word, eers gevolg moet word ten einde die verskil te probeer bylê. Indien dit nie suksesvol is nie, sal daardie betekenis gevolg word wat beide weergawes ten beste met mekaar versoen indien dit gemeet word aan die oogmerk en doel van die EMRK.

Hierdie uitlegvoorskrifte vir outentieke tale is in 1968 in die *Wemhoff*-saak bevestig waar die Engelse teks, wat tot 'n beperkende konstruksie van die lidstaat se verpligting lei, opsy geskuif is ten gunste van die Franse teks wat nie alleen duideliker was nie, maar ook net een betekenis bevat het wat die staat se verpligting wyd omskryf het om groter beskerming aan die individu se regte te verleen.¹²³ Hierteenoor is in die *Belgiese Taal*-saak bevind dat die wye en algemene Franse teks tot absurditeite lei, waarop dit vervang is met die meer beperkte Engelse teks wat tot 'n meer realistiese konstruksie sou lei.¹²⁴ In die *James*-saak het die Hof weer die term *public interest* in artikel 1 van Protokol 1 wyd uitgelê, omdat dit die mees verteenwoordigende konstruksie van artikel 1 se oogmerk en doelwit in beide die Franse en Engelse tekste was.¹²⁵ In die *Engel*-beslissing verkies die Hof, in 'n geval waar die Franse teks die woord *et* en die Engelse teks *or* in artikel 10(2) gebruik, die Engelse teks aangesien dit met die konteks en struktuur van daardie regsnorm versoenbaar is.¹²⁶

122 Vgl bv *Golder* 21 Februarie 1975 A/18 par 45 Sir Fitzmaurice R. Vgl ook *Ost Canons of Interpretation* 290 vt 31.

123 *Wemhoff* 27 Junie 1968 A/7 par 7-8.

124 *Belgiese Taal*-saak 23 Julie 1968 A/6 par 10. Sien voorts *Ringeisen* 16 Julie 1971 A/13 par 94; *Pakelli* 25 April 1983 A/64 par 31.

125 *James and Others* 21 Februarie 1986 A/98 par 42. Vgl ook *Merrills Development* 72.

5.3.5 Interpretasie buite die Weense Konvensie vir Verdragsreg

a) Gemeenskaplike Europese standaard en outonome konstruksie

Deurdat die EMRK 'n institusionele gemeenskap met verskillende organe en kompetensies geskep het, het daar 'n nuwe supra-nasionale regsorde in Europa ontwikkel wat tot die *sui generis* karakter van die EMRK-reg in die internasionale verdragsreg lei.¹²⁷ Die EMRK het naamlik tot 'n nuwe gemeenskaplike Europese publiekregorde (*ordre public*) gelei.¹²⁸ Logieserwys moes die Europese Hof vir Menseregte by die uitlegvoorskrifte van die Weense Konvensie vir Verdragsreg verbybeweeg en nuwe juridiese maatstawwe vind ten einde die EMRK se eiesoortige probleme sinvol op te los.

Die Hof het veral met die probleem geworstel hoe om 'n eenvormige demokratiese waardemaatstaf te formuleer waaraan die verdragstate se nakoming van hul verpligtinge ingevolge die Konvensie gemeet kon word. Die EMRK kon nie soos in die onderskeie verdragstate se munisipale regstelsels op 'n eenvormige grondwetlike orde met 'n uitgewerkte sisteem van grondwetlik beskermde regte en grondwetlike waardes steun nie.¹²⁹ Daar het te veel verskillende staatlke regsordes met verskillende grondwetlike opvattinge bestaan wat telkens as algemene waardemaatstaf kon dien.¹³⁰ Dit was voorts duidelik dat die interpretasie van die bepalinge van die EMRK nie bloot aan die diskresie van elke verdragstaat oorgelaat kon word nie, omdat dit juis die doel en oogmerk van die Konvensie as 'n wetgewende verdrag, naamlik om 'n minimum gemeenskaplike supra-nasionale menseregtestandaard vir Europa te skep,¹³¹ sou verydel het.¹³² Dit sou teenstrydig

126 *Engel and Others* 8 Junie 1976 A/22 par 98.

127 *Ost Canons of Interpretation* 288.

128 Die gedagte dat die EMRK in die rigting van 'n eenvormige Europese staatsregtelike orde, en op die lange duur moontlik tot 'n Europese Grondwet ontwikkel, kom toenemend voor. Vgl in die algemeen bv *The Republic of Ireland v The United Kingdom* 18 Januarie 1978 A/25 par 239; *Marckx* 13 Junie 1979 A/31 par 58; Frowein en Peukert *EMRK-Kommentar* 2 Rdnr 4; *Drzemczewski* 1980 *Intl Comp L Q* Vol 29 54 ev; *Alkema Een Europese Constitutie* 339 ev.

129 *Hailbronner Einschränkung* 360.

130 *Hailbronner Einschränkung* 360.

131 Die minderheidsuitpraak van *Zekia R in Wemhoff* 27 Junie 1968 A/7 38 verwys na hierdie oogmerk van die EMRK as, *setting a common standard as to the right to liberty and safety of persons for the people living in the territories of the member States of the Council of Europe. The difference of standards therefore in such countries cannot be substantially a great one.*

met die gees van die Konvensie wees om klagtes onder die Konvensie, buiten in die geval van formele voorbehoude deur verdragstate, ongelyk te behandel op grond van die eiesoortige standarde van elke staat se regstelsel.¹³³ Voorts sou dit onmoontlik wees om die verskillende teenstrydige interpretasies van lidstate met mekaar te versoen in een gemeenskaplike maatstaf wat voldoen aan die normatiewe eise van die EMRK.¹³⁴

Die Europese Hof vir Menseregte het hierdie probleme oorkom deur 'n eiesoortige Europese menseregtemaatstaf, die gemeenskaplike of outonome Europese standaard, vir die EMRK te ontwikkel deur middel van die outonome konstruksie van die norme wat in die Konvensie vervat is.¹³⁵ Outonome konstruksie is die interpretasieproses ingevolge waarvan 'n nuwe minimum gemeenskaplike inhoud aan die individuele regte en vryhede wat in die Konvensie vervat is, verleen word ten einde eenvormige konkretisering van daardie regte en vryhede in die verskillende verdragstate te verseker. Hierdie hermeneutiese proses van outonome konstruksie word byvoorbeeld aangewend vir die eenvormige interpretasie van die prosedurele regte in artikels 5, 6 en 7, en van die verdragstate se voorbehoude en interpreterende verklarings ingevolge artikel 64 van die Konvensie.¹³⁶ Die outonome konstruksie van spesifieke norme in die Konvensie het intussen 'n gevestigde maatstaf in die regspraak van die Hof geword.¹³⁷

132 Vgl Bernhardt *Thoughts* 66; Mosler *Problems of Interpretation* 161. Vgl Mattznetter 10 November 1969 A/10 46-47 per Cremona R (minderheidsmening) vir die belang van 'n gemeenskaplike Europese standaard om die begrip *reasonable time* in art 5(3) EMRK se vereiste van 'n verhoor binne redelike tyd na aanhouding te konstrueer. By gebrek aan 'n gemeenskaplike standaard sal 'n ander regsposie in elke verdragstaat heers wat duidelik teenstrydig met die letter en gees van die Konvensie is.

133 Mosler *Problems of Interpretation* 161.

134 Ost *Canons of Interpretation* 305.

135 Bernhardt *Thoughts* 67.

136 Matscher *Interpretation* 70, 73.

137 Matscher *Interpretation* 70. Vgl bv *De Weer* 27 Februarie 1980 A/35 par 42 waar die Franse teks se begrippe van *accusation* en *matière pénale* in art 6(1) 'n outonome betekenis ooreenkomstig die doel en oogmerk van die Konvensie moes verkry het sodat dit soos die Engelse teks wyd uitgelê kon word om wel 'n kriminele klag (*charge*) in te sluit, wat nie moontlik was onder die gewone betekenis nie. Sien voorts *Weber* 22 Mei 1990 A/177 par 47 (hoewel lidstate 'n bepaalde *margin of appreciation* geniet tydens die beperking van fundamentele regte, is hulle steeds gebonde aan 'n gemeenskaplike Europese standaard); *Van der Leer* 21 Februarie 1990 A/170-A par 27, 28 (outonome konstruksie van art 5(2) EMRK mbt gevalle van nie-strafregtelike vryheidsberowing soos die gedwonge psigiatriese behandeling van 'n persoon).

In die *Engel*-saak het die Hof bepaal dat die begrip *criminal charge* in artikel 6(1) van die EMRK 'n outonome betekenis het wat naas gewone strafregtelike aanklagte ook die dissiplinêre oortredings insluit ingevolge waarvan die lede van die Nederlandse Leër aangekla was.¹³⁸ (In die Nederlandse reg is daar 'n onderskeid tussen strafregtelike aanklagte en dissiplinêre aanklagte in die militêre reg getref, ingevolge waarvan laasgenoemde nie aan dieselfde prosedurele regte as eersgenoemde gebonde was nie.) Dit impliseer dat die Hof dissiplinêre handeling van die Nederlandse Leër met betrekking tot die arres en regsverteenvoording van dissiplinêre oortreders ooreenkomstig dieselfde prosedurele regte beoordeel as wat die EMRK as maatstaf vir gewone strafregtelike aanklagte stel.¹³⁹

In die *König*-saak het die meerderheid van die Hof ook 'n outonome inhoud aan die woorde *civil rights and obligations* in artikel 6(1) van die Konvensie gegee en beslis dat dit die reg van die applikant om 'n privaatklinik te bedryf en as mediese dokter te praktiseer, insluit.¹⁴⁰ Die Hof bevind dat die reg op 'n regverdige verhoor in beginsel ook op administratiefregtelike prosedures van toepassing is. Dit beteken dat daar binne 'n redelike tyd uitsluitel gegee moes word oor die geldigheid van 'n dokter se lisensie om as mediese dokter te praktiseer. Die Hof bevestig die staande outonome konstruksie van artikel 6(1) in vorige beslissings en meld dat enige ander konstruksie as die outonome betekenis teenstrydig met die doel en oogmerk van die Konvensie sou wees. (Die Hof het egter in die finale instansie regshulp onder die Konvensie geweier omdat bevind is dat ten spyte van die feit dat lisensiëringsprosedures in beginsel administratiefregtelik van aard is en onder die publiekreg val, die spesifieke geval 'n privaatregtelike aangeleentheid is wat kontraktueel gereël word. Hierdie

138 *Engel and Others* 8 Junie 1976 A/22 par 80-82. Sien ook *Merrills Development* 65 ev. Vgl mbt art 6 EMRK se outonome interpretasie van die term *criminal* in *criminal charge*, *Öztürk* 21 Februarie 1984 A/73 par 48-50; *Campbell and Fell* 28 Junie 1984 A/80 par 68, 69. Sien ook mbt tot die begrip *charge*, *Neumeister* 27 Junie 1968 A/8 par 18 gelees met par 13, 28; *Wemhoff* 27 Junie 1968 A/7 par 19; *Ringeisen* 16 Julie 1971 A/13 par 110; *Deweer* 27 Februarie 1980 A/35 par 42; en *Adolf* 26 Maart 1982 A/49 par 30.

139 *Engel and Others* 8 Junie 1976 A/22 par 81: *If the Contracting States were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal, or to prosecute the author of a 'mixed' offence on the disciplinary rather than on the criminal plane, the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the purpose and object of the Convention. The court therefore has jurisdiction, under Article 6 and even without reference to Articles 17 and 18, to satisfy itself that the disciplinary does not improperly encroach upon the criminal. In short, the 'autonomy' of the concept of 'criminal' operates, as it were, one way only.*

140 *König* 28 Junie 1978 A/27 par 88-89.

siening is egter teenstrydig met die betrokke verdragstaat se regsposisie (Duitse reg) wat die dokter se reg as 'n publiekregtelike, en nie privaatregtelike reg nie, beskou.¹⁴¹

b) Interpretasietegnieke ter verwesenliking van die outonome Europese standaard

Spesifieke interpretasiebeginsels, tegnieke en argumente word deur die Europese Hof vir Menseregte gebruik ter verwesenliking van die outonome Europese of internasionale standaard van norme wat in die EMRK vervat is, naamlik regsvergelyking, die *margin of appreciation*-leerstuk, waardegerigte interpretasie in die gees van die Konvensie, skeppende, evolusionêre en dinamiese konstruksie.

(i) Regsvergelykende konstruksie

Regsvergelykende konstruksie vervul 'n sleutelrol tydens konkretisering van die bepaling van die EMRK. Regsvergelyking is die metode waarmee die gemeenskaplike Europese demokratiese standaard uit die munisipale regstelsels van verskeie verdragstate gekonstrueer word, ten einde 'n algemene beperkingsmaatstaf vir die EMRK-reg te vind.¹⁴² Hoewel dit algemeen aanvaar word dat outonome konstruksie geneig is om van die gewone betekenis van die Konvensie se norme af te wyk, vergelyk regsvergelykende konstruksie juis die gewone betekenis van die verdragsnorme in die verskillende verdragstate se regstelsels met mekaar ten einde die gemeenskaplike outonome standaard vas te stel.¹⁴³ Regsvergelyking vervul egter 'n sekondêre interpretasierol deurdat die primêre oorweging steeds die verwesenliking van die doel en oogmerk van die Konvensie (artikel 31(1) van die Weense Konvensie vir Verdragsreg) se teks is.¹⁴⁴ Regsvergelyking kan dus slegs komplementêrend tot teleologiese konstruksie geskied. Dit beteken dat vergelykende regsbronne waarvan

141 *König* 28 Junie 1978 A/27 46 ev per Matscher R (afsonderlike opinie).

142 Vgl Bernhard *Thoughts* 67; Hailbronner *Einschränkung* 374 ev; Matscher *Vertragsauslegung* 544. Oor die aanwending van regsvergelyking deur internasionale howe in die volkereg, sien byvoorbeeld Mosler *Rechtsvergleichung* 381-411; Hailbronner 1976 *ZaöRV* Vol 36 190-226; Bothe 1976 *ZaöRV* Vol 36 280-299; Steinberger *Rechtsvergleichung* 273-283.

143 Matscher *Interpretation* 74.

144 Matscher *Interpretation* 75.

die doel en oogmerk teenstrydig met die Konvensie se eiesoortige en outonome doel en oogmerk is, waardeloos vir die konstruksie van die Konvensie se norme is.¹⁴⁵

Daar bestaan volgens Hailbronner 'n gebrek aan 'n eenvormige regsvergelykende metodiek in sowel die bydraes van skrywers as die beslissings van die EMRK-organe.¹⁴⁶ Soms word 'n numeriese maatstaf gevolg as bloot gekyk word of daardie vorm van owerheidsbeperkinge in 'n meerderheid of wel verskeie verdragstate toegepas word.¹⁴⁷ Dan word 'n negatiewe toets toegepas. Daar word vasgestel of die beperkende maatreeël ook in ander state se regstelsels gevind word, by gebrek waarvan afgelei word dat daardie wyse van beperking nie noodsaaklik ingevolge die Konvensie se maatstawwe is nie.¹⁴⁸ Soms word die voorskrifte van ander state wel ontleed.¹⁴⁹ Hailbronner volg egter nie die numeries-matematiese maatstaf nie, maar verkies dat die Hof 'n waarde-oordeel na aanleiding van elke feitelike toestand moet uitoefen of daardie beperking in beginsel 'n heersende tendens verteenwoordig al dan nie.¹⁵⁰

Alhoewel dit seldsaam is dat uitvoerige regsvergelyking tydens die beregting van 'n saak voor die Europese Hof vir Menseregte geskied,¹⁵¹ vind daar vanweë die inherente samestelling van die Hof uit regters van die verskillende lidstate outomaties 'n mate van regsvergelyking plaas.¹⁵² Regsvergelyking fokus in die eerste plek juis op die verskillende verdragstate se munisipale regstelsels. In hierdie verband het Regter Zeka in sy minderheidsuitspraak in die *Wemhoff*-saak die meer tydrowende inkwisoriese strafprosesstelsel in die Duitse reg met die vinniger akkusatoriese stelsel in die Britse reg vergelyk, waarna hy bevind het dat die outonome Europese standaard die vinnige beregting van strafprobleme navolg.¹⁵³ In die *Belgiese Taal*-saak het die Hof weer net in die algemeen na die regspraktyk van 'n groot aantal

145 Matscher *Interpretation* 75; Jacobs *Convention* 19. Vgl bv *Öztürk* 21 Februarie 1984 A/73 par 50-56.

146 Hailbronner *Einschränkung* 374.

147 Hailbronner *Einschränkung* 374.

148 Hailbronner *Einschränkung* 374.

149 Hailbronner *Einschränkung* 374.

150 Hailbronner *Einschränkung* 375-381.

151 Ost *Canons of Interpretation* 305. Dit is 'n tendens wat Bothe 1976 *ZaöRV* Vol 36 283 ook tydens regsvergelyking in ander volkeregtelike howe opmerk.

152 Bernhardt *Thoughts* 67. Dieselfde vind ook by die regspraak van die Europese Geregshof in Luxemburg plaas. Vgl Bothe 1976 *ZaöRV* Vol 36 287.

demokratiese state verwys sonder om dit nader te beskryf toe die onderskeid tussen toelaatbare differensiasie en ontoelaatbare diskriminasie onder die Konvensie ontleed is.¹⁵⁴ Die Hof het by geleentheid ook met goedkeuring verwys na verskeie tekste of beslissings van instellings buite die EMRK-reg.¹⁵⁵

Regter Matscher lewer veral kritiek op die wyse waarop die Hof regsvergelyking tydens die konstruksie van 'n outonome Europese standaard onderneem, omdat die Hof na sy mening die komplekse hermeneutiese tegniek van outonome interpretasie oorvereenvoudig.¹⁵⁶ Regter Matscher meen dat die hermeneut uitvoerige regsvergelyking moet toepas ten einde die *objectives and systematics of the agreement and the general principles of law which followed from the totality of national legal systems*, te kan bepaal.¹⁵⁷ Hierdie uitvoerige regsvergelyking het hy in sy afsonderlike opinie in die *König*-saak gedoen, toe hy nie artikel 6(1) van die Konvensie se betekenis met die gewone reëls van verdragsuitleg kon bepaal nie.¹⁵⁸ Hierop het hy die oogmerke en struktuur van die Konvensie, die algemene beginsels van die *corpus of natural legal systems*, en die eienskappe van die betrokke regstelsel wat betwis word, bestudeer.¹⁵⁹ Regter Matscher argumenteer dus dat as daar nie 'n duidelike betekenis uit die Konvensie se teks self vasgestel kan word nie, die 'common denominator' in die verdragsnorm vasgestel moet word deur middel van

153 *Wemhoff* 27 Junie 1968 A/7 op 36-38.

154 *Belgiese Taal*-saak 23 Julie 1968 A/6 par 10. Vgl ook *Weber* 22 Mei 1990 A/177 par 33, waar die Hof bloot verwys het na die regsposisies in 'n meerderheid van die verdragstate om 'n algemene Europese standaard tov art 6 EMRK te konstrueer, waarteen die vervolging van 'n joernalis wat vertroulike inligting vanuit 'n verhoor op 'n perskonferensie openbaar het, beoordeel kon word.

155 Vir 'n oorsig vgl Matscher *Vertragsauslegung* 554-559. Vgl bv *Golder* 21 Februarie 1975 A/18 par 35 (art 38(1)(c) van die Statuut van die Internasionale Geregshof); *National Union of Belgian Police* 27 Oktober 1975 A/19 par 38 (*European Social Charter*); *Van der Mussele* 23 November 1983 A/70 par 32 (Konvensies van die Internasionale Arbeidsorganisasie); *Marckx* 13 Junie 1979 A/31 par 41 (Multilaterale konvensies oor buite-egtelike kinders as bevestiging van nuwe ontwikkelinge in die lidstate); *The Republic of Ireland v The United Kingdom* 18 Januarie 1978 A/25 98, 167 per Zekia R (afsonderlike opinie) (*Universal Declaration of Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights* en 'n Resolusie van die Algemene Vergadering van die Verenigde Nasies); *Marckx* 13 Junie 1979 A/31 par 58 (Europese Hof); *James and Others* 21 Februarie 1986 A/98 par 40 (Amerikaanse *Supreme Court*); *Imbrioscia* 24 November 1993 A/275 19 per De Meyer R (minderheidsuitspraak) (Amerikaanse *Supreme Court*); *Brannigan and McBride* 26 Mei 1993 A/258 par 42 (regsmening van Amnestie Internasionaal).

156 Matscher *Interpretation* 73.

157 Matscher *Interpretation* 73.

158 *König* 28 Junie 1978 A/27 45-50 per Matscher R (afsonderlike opinie).

159 *König* 28 Junie 1978 A/27 46.

uitvoerige regsvergeelyking van die verskillende state se regstelsels.¹⁶⁰ Hy waarsku egter dat hierdie outonome standaard minstens 'n verband moet toon met die betrokke lidstaat se regstelsel. Sy kritiek is juis dat die Hof ten spyte van hul mededeling tot die teendeel, nie werklik die Duitse reg in die *König*-saak in ag geneem het nie. Hy argumenteer dat die Hof se konstruksie van die dokter se reg om te praktiseer as bloot 'n privaatregtelike reg, ten spyte van die outonome Europese inhoud wat daaraan verleen is, teenstrydig met die Duitse reg was waar die dokter se reg as 'n publieke subjektiewe reg beskou word.¹⁶¹

Benewens die gevaar van ongefundeerde outonome konstruksie weens swak en onvolledige regsvergeelyking, word outonome interpretasie verder gekritiseer as sou dit die regbank in die versoeking stel om die fyn skeidslyn van regsprekende na wetgewende of beleidmakende handeling te oorskry.¹⁶²

(ii) Dinamiese en evolusionêre konstruksie

'n Verdere tegniek wat die Europese Hof van Menseregte aanwend om die outonome Europese konstruksie van individuele regte en vryhede meer as 40 jaar na die ondertekening van die EMRK te verseker, is die dinamiese en evolusionêre interpretasie van daardie regte en vryhede.¹⁶³ Dit wil sê, die Hof neem objektiewe kriteria soos die geldende gemeenskapsnorme,¹⁶⁴ moderne ontwikkelinge en heersende omstandighede¹⁶⁵ in ag tydens teleologiese konstruksie. Die prominente rol van teleologiese argumentasie in die proses om hierdie outonome en dinamies-evolusionêre inhoud van die EMRK te ontsluit, is duidelik speurbaar. Die Hof vermy dus 'n statiese en historiese interpretasie en probeer om deur middel van dinamiese

160 *König* 28 Junie 1978 A/27 46.

161 *König* 28 Junie 1978 A/27 46 ev.

162 Matscher *Interpretation* 73. Vgl *König* 28 Junie 1978 A/27 45 ev per Matscher R (afsonderlike opinie) vir 'n soortgelyke waarskuwing teen ongefundeerde teleologiese konstruksie. Hy vervolg: *[O]ne must above all demonstrate that a right which the Convention was intended to guarantee in a certain way is involved - otherwise, there is a danger of going beyond teleological interpretation and venturing into the field of legislative policy.*

163 *Ost Canons of Interpretation* 292, 302 ev.

164 Bernhardt *Thoughts* 69.

165 Vgl *Airey* 9 Oktober 1979 A/32 par 26 (moderne ontwikkelinge vereis byvoorbeeld dat die owerheid voldoende regshulp vir 'n vrou beskikbaar moet stel, sodat sy 'n egskeiding aanhangig te maak).

konstruksie die Konvensie as 'n kontemporêre, evolusionêre en lewende dokument daar te stel.¹⁶⁶

Die noodsaaklikheid van dinamiese en evolusionêre konstruksie word deur 'n verskeidenheid van argumente ondersteun. Daar is al beweer dat die oogmerk in die voorrede van die Konvensie om menseregte en fundamentele vryhede te realiseer, net soos die Amerikaanse en Kanadese (en inderdaad die Duitse) grondwetlike bevordering en beskerming van fundamentele regte, slegs deur evolusionêre konstruksie verwesenlik kan word.¹⁶⁷ Soms word die evolusionêre konstruksie weer op die demokratiese beginsel in artikels 8 tot 11 se beperkingsmaatstawwe begrond, as geargumenteer word dat 'n demokrasie voortdurend aan veranderinge onderworpe is wat tydens die hermeneutiese proses gereflekteer moet word.¹⁶⁸ Evolusionêre konstruksie word voorts ingevolge artikel 31(1) van die Weense Konvensie vir Verdragsreg as deel van die moderne volkeregtelike hermeneutiek beskou wat op die EMRK van toepassing is.¹⁶⁹ Die onderliggende tema van al hierdie argumente ten gunste van 'n evolusionêre konstruksie is naamlik die waarborg van die legitimiteit van die Konvensie in 'n veranderende regsworklikheid.¹⁷⁰

Gevolgtik het die Hof in die *Tyrer*-saak beslis dat 'n vonnis van lyfstraf wat opgelê is aan 'n seun wat skuldig bevind is aan aanranding, teenstrydig met artikel 3 van die Konvensie se verbod op vernederende strawwe is.¹⁷¹ Die Hof het met behulp van

166 *Tyrer* A/26 par 36. Vgl ook Merrills *Development* 73; Matscher *Interpretation* 68; Bernhardt *Thoughts* 69.

167 Matscher *Interpretation* 69; Mahoney 1990 *Hum R L J* Vol 11 65.

168 Vgl Mahoney 1990 *Hum R L J* Vol 11 64.

169 Vgl Sørensen *Proceedings of the Fourth International Colloquy about the European Convention on Human Rights* 88. Vgl ook Mosler *Problems of Interpretation* 159. Regter Sørensen steun veral op die volgende aanhaling van die Internasionale Geregshof in die Namibië-saak in *ICJ Reports* 1971 31: *Mindful as it is of the primary necessity of interpreting an instrument in accordance with the intentions of the parties at the time of its conclusion, the Court is bound to take into account the fact that the concepts embodied in Article 22 of the Covenant [of the League of Nations] – 'the strenuous conditions of the modern world' and 'the well-being and development' of the peoples concerned – were not static, but were by definition evolutionary, as also, therefore, was the concept of the 'sacred trust'. The parties to the Covenant must consequently be deemed to have accepted them as such. That is why, viewing the institutions of 1919, the Court must take into consideration the changes which have occurred in the supervening half-century, and its interpretation cannot remain unaffected by the subsequent development of law, through the Charter of the United Nations and by way of customary law. Moreover, an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation.*

170 Vgl Mahoney 1990 *Hum R.L.J.* Vol 11 65 wat tereg argumenteer dat, *the special nature of the European Convention of Human Rights compels a flexible and evolutive interpretation of its open-textured terms if the Convention is not to become progressively ineffective with time.*

171 *Tyrer* 25 April 1978 A/26.

dinamiese konstruksie die responderende staat se verweer verwerp dat lyfstraf binne die gemeenskap van die Isle of Man waar die misdryf gepleeg is, as 'n geskikte vonnis aanvaar word, omdat dit uit voeling met die heersende siening in ander verdragstate is.¹⁷² Dinamiese konstruksie word dus gebruik om 'n outonome Europese standaard ten opsigte van die verwerping van lyfstraf te verseker.

In die *Marckx*-saak is beswaar gemaak teen Belgiese wetgewing wat die intestate erfenis of skenkings deur of tot voordeel van 'n buite-egtelike kind verbied het.¹⁷³ Die Hof het bevind dat die diskriminasie teen buite-egtelike kinders nie objektief en redelikerwys regverdigbaar was nie.¹⁷⁴ Weliswaar is dit tydens die opstel van die Konvensie in 1950 as onaanvaarbaar beskou om binne- en buite-egtelike kinders eenders te hanteer. Die Hof bevestig egter deur middel van regsvergeelyking dat die kontemporêre munisipale reg van die grootste aantal verdragstate sedert 1950 diskriminasie teenoor buite-egtelike kinders verbied het.¹⁷⁵

Die aktivistiese aard van dinamiese en evolusionêre konstruksie,¹⁷⁶ tesame met die feit dat dit nou saamhang met die skep van nuwe ongeskrewe regte deur die regbank, stel die hermeneutiese taak van die regters in die Europese Hof vir Menseregte aan bepaalde gevare bloot. Hierdie gevare word soos volg deur regsrywers uitgewys:

(i) Deurdat die Hof 'n waarde-oordeel moet uitoefen indien 'n kontemporêre betekenis aan 'n norm van die Konvensie verleen word, kan die gevaar ontstaan dat regters arbitrêre beslissings maak, of dat regters se subjektiewe beskouings in plaas van kontemporêre ontwikkelinge in die samelewing die Hof se regspraak

172 *The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. [T]he Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member states of the Council of Europe in this field.* Vgl *Tyrer* 25 April 1978 A/26 par 31.

173 *Marckx* 13 Junie 1979 A/31.

174 *Marckx* 13 Junie 1979 A/31 par 36.

175 *Marckx* 13 Junie 1979 A/31 par 41-42. Vgl bevestigend *Inze* 28 Oktober 1987 A/126 par 41 (veranderende gemeenskapsverhouding teenoor buite-egtelike kinders se reg op intestate erflating); *F v Switzerland* 18 Desember 1987 A/128 par 32-40 (die veranderende beskouings in die huweliksreg verwerp 'n afkoelperiode van drie jaar voordat 'n persoon na die derde egskeiding weer mag trou); *Winterwerp* 24 Oktober 1979 A/33 par 37 (veranderende samelewings- en mediese houding oor die gevangesetting van geestesongestelde persone).

176 Vgl *Mahoney* 1990 *Hum R L J* Vol 11 60 ev.

beïnvloed.¹⁷⁷ Mahoney argumenteer dat die Hof slegs mag steun op daardie onderliggende waardes wat eksplisiet of implisiet uit die teks as geheel afgelei word, omdat daardie waardes - hoewel dit nie noodwendig neutraal mag wees nie - wel objektief en rationeel bepaalbaar is.¹⁷⁸ Hoewel 'n mate van subjektiwiteit altyd by regters sal voorkom, bestaan daar nie 'n algemene kompetensie vir die regters om hul persoonlike beskouings op die Hof af te dwing nie.¹⁷⁹ Empiriese bewyse in die vorm van regsvergelyking word deur die Hof gebruik om 'n algemene maatstaf te vestig wat vir demokratiese Europese gemeenskappe geld.¹⁸⁰

(ii) Die Hof kan ook die gevaar loop om beskuldig te word van wetgewende motiewe tydens 'n ooraktivistiese rol. Dit is veral die geval waar die Hof in antisipasie van spesifieke wetgewende ontwikkeling, weens die moeilike en tydsame amenderingsprosedure van die Konvensie, 'n ekstensiewe konstruksie volg wat die verwagte ontwikkeling bevorder of vooruitloop en as't ware die terrein vir daardie latere ontwikkeling voorberei.¹⁸¹ Die skeidslyn tussen regterlike interpretasie en regterlike beleidmaking ten opsigte van 'n veranderlike regsnorm, of die vul van normatiewe leemtes, is soms baie fyn en moet met omsigtigheid benader word.¹⁸² In hierdie verband het Regter Sir Fitzmaurice in sy kritiese minderheidsuitspraak in die *Marckx*-saak, die meerderheid se evolusionêre en aktivistiese konstruksie *as virtually an abuse of the powers given to the Court*, bestempel.¹⁸³ Die skrywer Mahoney erken die noodsaaklikheid van evolusionêre konstruksie om regsnorme te ontwikkel wat

177 Bernhardt *Thoughts* 70; Merrills *Development* 74.

178 Mahoney 1990 *Hum R L J* Vol 11 71-73. In *Kjeslden, Busk Madsen and Pedersen* 7 Desember 1976 A/23 par 53 beskryf die Hof die maatstaf naas die spesifieke voorskrif in die Konvensie as *the general spirit of the Convention itself, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society*. In *Klass and Others* 6 September 1978 A/28 par 55 steun die Hof weer op die waardes van 'n demokratiese samelewing en in besonder die *rule of law*, om veiligheidswetgewing ter bekamping van terrorisme te beoordeel.

179 Mahoney 1990 *Hum R L J* Vol 11 71-73.

180 Mahoney 1990 *Hum R L J* Vol 11 76.

181 Sien Merrills *Development* 74; Mahoney 1990 *Hum R L J* Vol 11 75. Vgl bv *Rees* 17 Oktober 1986 A/106 par 47 waarin aanduidings van moontlike ontwikkelings tov die posisie van transseksuele persone gegee is. Hierdie ontwikkeling het in *B v France* 25 Maart 1992 A/232-C par 48, 63 gevolg, toe die weiering om 'n persoon se nuwe geslagsidentiteit na 'n transseksuele operasie formeel te erken, as 'n aantasting van art 8(1) EMRK beskou is.

182 Mosler *Problems of Interpretation* 160. Matscher *Interpretation* 70 verwys na 'n standpunt in die verband: *It cannot be the task of the interpreter to change the content of a norm; but if the content of a norm has undergone a change in social reality, the interpreter must take account of this*.

183 *Marckx* 13 Junie 1979 A/31 par 31 per Sir Fitzmaurice R.

reeds eksplisiet of implisiet in die bewoording van die Konvensie vervat is.¹⁸⁴ Dit magtig egter syns insiens nie regters om nuwe regte of vryhede te skep wat nie deur die teks beskerm word nie.¹⁸⁵ Die Hof het juis die volgende motivering verskaf toe dit in die *Johnston*-saak geweier het om wetgewend te handel en 'n reg op egskeiding in die Konvensie te skep:

*It is true that the Convention and its Protocols must be interpreted in the light of present-day conditions ... However, the Court cannot, by means of an evolutive interpretation, derive from these instruments a right that was not included therein at the outset. This is particularly so here, where the omission was deliberate.*¹⁸⁶

(iii) Die teenoorgestelde probleem kan egter ook voorkom, naamlik dat die Hof nie tred hou met kontemporêre ontwikkeling nie. 'n Goeie voorbeeld is die Hof se late in die *Öztürk*-saak om weens die dekriminalisering van verkeersoortredings in Duitsland, te beslis dat 'n klage oor daardie aangeleentheid buite die jurisdiksie van die Konvensie val wat op strafregtelike sake betrekking het.¹⁸⁷

(iii) Skeppende konstruksie

Die Hof het egter by geleentheid dinamiese en evolusionêre konstruksie aktivisties toegepas deur die grens tussen regterlike regsinding en regterlike regskepping oor te steek en inderdaad nuwe individuele regte vir die Konvensie te skep. In die saak van *Mathieu-Mohin and Clerfayt* het die Hof die institusionele reg om vrye verkiesings ingevolge artikel 3 van Protokol Nr 1 te kan hou, uitgebrei na 'n subjektiewe reg om te kan stem en om verkies te kan word tot die wetgewende strukture.¹⁸⁸

184 Mahoney 1990 *Hum R L J* Vol 11 66.

185 Mahoney 1990 *Hum R L J* Vol 11 66. Vgl *Feldbrugge* 29 Mei 1986 A/99 par 24 (gesamentlike minderheidsopinie van sewe regters): *An evolutive interpretation allows variable and changing concepts already contained in the Convention to be construed in light of modern-day conditions, but it does not allow entirely new concepts or spheres of application to be introduced into the Convention: that is a legislative function that belongs to the Member States of the Council of Europe.*

186 *Johnston and Others* 18 Desember 1986 A/112 par 53.

187 *Öztürk* 21 Februarie 1984 A/73 35-37 per Bernhardt R (minderheidsuitspraak).

188 *Mathieu-Mohin and Clerfayt* 2 Maart 1987 A/113 par 51.

Die Hof het reeds in *The Republic of Ireland v The United Kingdom*¹⁸⁹ die grondslag vir hierdie vorm van regterlike aktivisme deur die regbank geskep toe dit regters beveel het om deur middel van skeppende konstruksie nuwe regte te ontwikkel:

*The Court's judgements in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop¹⁹⁰ the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties.*¹⁹¹

Soos te wagte is die regbank se skeppende interpretasie weens die wetgewende karakter daaraan verbonde met teenstand begroet. Dit was juis die kern van Regter Sir Fitzmaurice se fel kritiek teen die Hof se interpretasiemetodiek in die *Golder*-saak¹⁹² waar die meerderheid 'n nuwe algemene en substantiewe reg op toegang tot die howe in artikel 6(1) EMRK geskep het. In *The Republic of Ireland v The United Kingdom*¹⁹³ bevestig Regter Sir Fitzmaurice hierdie kritiek as hy weliswaar die noodwendigheid van die natuurlike ontwikkeling van die reg tydens gewone regterlike interpretasie aanvaar, maar dit duidelik onderskei van die ontoelaatbare ontwikkeling van die reg as 'n doelbewuste oogmerk (*development as a conscious aim*) wat syns insiens niks anders as *a quasi-legislative operation exceeding the normal judicial function*, is nie.¹⁹⁴ Hy argumenteer die Hof *is acting out the consequences of a doctrine which it has itself propounded and decided to abide by, but which is neither propounded nor imposed upon it by the Convention as such.*¹⁹⁵

(iv) Buigbaarheid

Hoewel dit nie 'n formele interpretasiebeginsel is nie, het die Hof soms 'n buigbare en nie-formele konstruksie aan sekere norme van die Konvensie verleen ter verwesenliking van die Konvensie se primêre oogmerk van effektiewe beskerming

189 *The Republic of Ireland v The United Kingdom* 18 January 1978 A/25.

190 Eie beklemtoning.

191 *The Republic of Ireland v The United Kingdom* 18 January 1978 A/25 par 154.

192 *Golder* 21 Februarie 1975 A/18 par 38-46 per Fitzmaurice R (minderheidsmening).

193 *The Republic of Ireland v The United Kingdom* 18 January 1978 A/25.

194 *The Republic of Ireland v The United Kingdom* 18 January 1978 A/25 par 6 per Fitzmaurice R.

van individuele regte.¹⁹⁶ In hierdie gevalle het die gees en nie die letter nie van die teks geseëvier deurdat die Hof nie agter formele argumente skuil nie, maar 'n realistiese benadering volg wat die fundamentele regte optimaal konkretiseer.¹⁹⁷ So byvoorbeeld het die Hof nie slegs 'n formele konstruksie van die begrippe *criminal charge* in artikel 6(1) gevolg nie, maar in die *Deweer*-saak bevind dit moet in 'n materiële sin verstaan word deur die regverdigheid van die verhoor na aanleiding van die realiteite van die spesifieke geval vas te stel.¹⁹⁸

In die *Bodén*- en *Pudas*-beslissings bevind die Hof eweneens dat 'n konstruksie in ooreenstemming met die gees van die Konvensie vereis dat indien bepaal moet word of 'n dispuut oor die aantasting van privaatregtelike regte ingevolge artikel 6(1) van die Konvensie handel, 'n substantiewe eerder as 'n tegniese en formele beskouing van daardie dispuut gevolg moet word.¹⁹⁹ Die strewe na die werklike konkretisering van individue se fundamentele regte ingevolge die Konvensie word dus bevorder deur 'n substantiewe nie-formalistiese konstruksie in die gees van die fundamentele waardes en beginsels wat deur die Konvensie beskerm word.²⁰⁰

(v) Vermy absurde en onredelike gevolge

'n Algemene beginsel geld tydens die interpretasie van die Konvensie, naamlik dat daar so ver as moontlik probeer word om onredelike en absurde resultate te vermy. Hierdie maatstaf word gewoonlik aangewend om konstruksies wat individue se fundamentele regte ondermyn deur 'n te wye *margin of appreciation* aan verdragstate toe te ken, te verwerp.²⁰¹ Die regters van die Hof gebruik somtyds hierdie argument om ander interpretasies van die Konvensie se norme te kritiseer. So byvoorbeeld is

195 *The Republic of Ireland v The United Kingdom* 18 January 1978 A/25 par 7 per Fitzmaurice R.

196 *Ost Canons of Interpretation* 303.

197 *Ost Canons of Interpretation* 303.

198 *Deweer* 27 Februarie 1980 A/35 par 44. *Ost Canons of Interpretation* 303

199 Vgl *Bodén* 27 Oktober 1987 A/125 par 30(a) (aansoek om tersydestelling van die onteiening van privaateiendom, omdat daar nie aan art 6(1) EMRK se vereistes vir die beregting van siviele regte voldoen is nie); *Pudas* 27 Oktober 1987 A/125 par 31(a) (beswaar van 'n taxi-eienaar omdat sy handelslisensie eensydig deur 'n administratiewe liggaam teruggetrek is sonder dat hy ooreenkomstig art 6(1) aangehoor is toe oor sy siviele regte beslis is).

200 Vgl *Le Comte, Van Leuven and De Meyere* 23 Junie 1981 A/43 par 45: *Conformity with the spirit of the Convention requires that this word should not be constructed too technically and that it should be given a substantive rather than a formal meaning.* Vgl ook *Ost Canons of Interpretation* 303.

die uitsluiting van die kassasie-prosedure uit artikel 6(1) se beskermingsveld skerp in die *Delcourt*-saak gekritiseer.²⁰² Voorts het Regter Vilhjalmson die meerderheid in die *Airey*-beslissing gekritiseer, omdat dit onvoorsienbare probleme sou veroorsaak om armoede deur middel van 'n wye interpretasie van die Konvensie te probeer bekamp, terwyl die Konvensie eintlik nie daarvoor geskik is nie.²⁰³ Regter Sir Fitzmaurice het weer die meerderheid van die Hof se toekenning van skadevergoeding weens onregmatige aanhouding van 'n Italiaanse *mafioso* wat onder meer betrokke was by terrorisme, beskryf as *a serious and avoidable miscarriage of justice*, wat die Hof laat beweeg na 'n werklikheidsvreemde ideaal – na 'n absurde '*cloud-cuckoo land*'.²⁰⁴

(vi) Balansering

Die gevestigde posisie in die internasionale verdragsreg dat in geval van twyfel die voordeel van die twyfel ten gunste van die soewereiniteit van die verdragstaat verleen moet word.²⁰⁵ Indien hierdie reël op internasionale menseregteverdrae toegepas moes word, sou dit juis die beoogde internasionale beskerming van menseregte verydel het as dieselfde state wat inbreuk maak op hul inwoners se menseregte, die voordeel van die twyfel ontvang. 'n Oplossing sou wees om in navolging van die stelreël *in dubio pro libertate* die voordeel van die twyfel aan die individu, en nie aan die verdragstaat nie, te gee.²⁰⁶ Hierteenoor kan egter geargumenteer word dat so 'n konstruksie die belange van die individu oorbeklemtoon ten koste van die samelewing se belange wat ook deur die staat beskerm moet word. Daar word juis geargumenteer dat die samelewing geregtig is om deur die owerheid teen die misbruik van fundamentele regte deur individue beskerm te word.²⁰⁷

201 *Ost Canons of Interpretation* 304.

202 *Delcourt* 17 Januarie 1970 A/11 par 25.

203 *Airey* 9 Oktober 1979 A/32 26 per Vilhjalmson R (minderheidsopinie): *The ideas underlying the Convention, as well its wording, make it clear that it is concerned with problems other than the one facing us in this case. The war on poverty cannot be won through broad interpretation of the Convention.*

204 *Guzzardi* 6 November 1980 A/39 par 13 per Sir Fitzmaurice R (minderheidsopinie).

205 Bernhardt *Thoughts* 70.

206 Hierdie reël is by implikasie reeds bevestig in *Neumeister* 27 Junie 1968 A/8 48 per Zekia R (minderheidsbeslissing).

207 Bernhardt *Thoughts* 70.

Regter Bernhardt stel hierop 'n middeweg tussen bogenoemde twee standpunte voor wat telkens een van die twee belange ten koste van die ander beklemtoon. Hy streef daarna om 'n *fair balance* tussen staatlike soewereiniteit en onbeperkte individuele vryheid te bewerkstellig.²⁰⁸ Die strewe na 'n *fair balance* van botsende belange vorm inderwaarheid 'n integrale deel van die Europese Hof vir Menseregte se metodologie ter verwesenliking van individuele regte en vryhede.²⁰⁹ Daar bestaan naamlik 'n inherente verband tussen die balansering van botsende belange en die proporsionaliteitsbeginsel wat tydens die beperking van individuele regte en vryhede aangewend word.²¹⁰

*Essentially this [proportionality] is but another facet of the concept of balance, and balance is very much at the centre of the whole subject of the protection of human rights, there being a sort of inbuilt balancing mechanism in the whole structure of the Convention.*²¹¹

Reeds in die *Belgiese Taal*-saak in 1968 het die Hof bevind dat die EMRK 'n geïmpliseerde *just balance* tussen die beskerming van die openbare en individuele belange nastreef - met besondere klem op die beskerming van die individu se belange.²¹² Die vraag hoe en waar so 'n balans gevind word, word deur die Hof self beantwoord. Die balans is naamlik *inherent in the whole of the Convention and is also reflected in the structure of Article 1.*²¹³

208 Bernhardt *Thoughts* 70.

209 Cremona *Proportionality* 323.

210 Cremona *Proportionality* 323. Vgl voorts *infra* par 5.4.8 c) iii).

211 Cremona *Proportionality* 323.

212 *Belgiese Taal*-saak 23 Julie 1968 A/6 par 5. In *Klass and Others* 6 September 1978 A/28 par 48-59 moes die Hof beslis of veiligheidswetgewing wat die afluister van telefoongesprekke en onderskepping van korrespondensie weens die gevaar wat spioenasie en terroriste aktiwiteite vir die demokratiese orde inhou, versoenbaar met art 8(1) se reg op privaatheid is. Die Hof argumenteer dat die Konvensie 'n inherente harmonie tussen die beskerming van individuele belange en beskerming van die demokrasie voorstaan. Die Hof probeer 'n balans tussen hierdie botsende belange vind deur 'n oplossing voor te stel wat onder andere aan demokratiese waardes soos die *rule of law* gemeet word. Dit impliseer dat sekere beperkende veiligheidsmaatreëls noodsaaklik is maar in ideale omstandighede aan geregtelike kontrole onderwerp moet word. *In casu* is eksterne parlementêre kontrole egter as voldoende beskou. Voorts het Cremona R in sy minderheidsuitpraak in *Matznetter* 10 November 1969 A/10 46-47 beklemtoon dat daar 'n *proper balance* nagestreef word tussen die openbare belang van effektiewe regsadministrasie by gekompliseerde strafsake, teenoor art 5(3) se respek vir die individuele vryheid van verhoorafwagtinges wat lang tye in aanhouding is.

213 *Sporrong and Lönnroth* 23 September 1982 A/52 par 69.

Skrywers het enkele punte van kritiek teen die Hof se metode van balansering uitgespreek. Hailbronner kritiseer byvoorbeeld die *Sunday Times*-beslissing²¹⁴ omdat die Hof syns insiens die opponerende belange (regte) bloot meganies teenoor mekaar afgeweeg het met behulp van die reël-uitsonderingsbenadering (*Regel-Ausnahmemethode*).²¹⁵ Die skrywer meen dat die vergelykende waarde wat elkeen van die opponerende belange in die nasionale reg van die verdragstaat verkry, nie behoorlik beklemtoon is nie.²¹⁶

Die vind van 'n billike balans tussen die individuele en openbare belange word in die finale instansie veral bepaal deur die Hof se konstruksie van 'n outonome gemeenskaplike Europese standaard van beskerming van 'n spesifieke fundamentele reg, by gebrek waaraan die omvang van die *margin of appreciation* wat die Hof aan die verdragstaat toelaat, deurslaggewend sal wees. Die balans wat die Hof in 'n gegewe saak tussen die outonome standaard en die *margin of appreciation* tref – dit wil sê die Hof se waarde-oordeel - is die resultaat van die Hof se spesifieke keuse van 'n wisselwerking tussen die verskillende kanons en elemente van konstruksie wat in 'n gegewe saak aangewend word.²¹⁷

5.4 BEPERKING VAN DIE KONVENSIE SE REGTE EN VRYHEDE

5.4.1 Inleiding

Hoewel die verdragstate ingevolge artikel 1 tot die Konvensie onderneem het om die verwesenliking van die individuele regte en vryhede wat in die Konvensie vervat is in hulle onderskeie jurisdiksies te waarborg, is daar verskeie bepalings in die Konvensie wat die omvang van die beskermingsruimte van daardie regte uitdruklik of by implikasie beperk of op 'n ander wyse beïnvloed. Hierdie veelheid van beperkende

214 *The Sunday Times* (1) 26 April 1979 A/30 par 65.

215 Hailbronner *Einschränkung* 372-373.

216 Hailbronner *Einschränkung* 372-373.

217 Vgl bv die aanwending van die verskillende kanons van konstruksie in wisselwerking met mekaar in *Groppera Radio AG and Others* 28 Maart 1990 A/173.

bepalings staan in teenstelling met byvoorbeeld die Kanadese *Charter of Rights and Freedoms* waar net een algemene beperkingsbepaling voorkom.²¹⁸

Nogtans is dit opmerklik dat dieselfde tweestap metodologie wat die Duitse BverfG en die Kanadese *Supreme Court* aanwend ter konkretisering van die regte en vryhede wat in die GG en Kanadese *Charter* vervat is, ook deur die Europese Hof vir Menseregte gebruik word. Voorts het die ryk tradisie van regterlike konkretisering van fundamentele regte deur die Europese Hof vir Menseregte sedert die Hof se eerste beslissing in 1960, mettertyd 'n teksboekvoorbeeld vir die Kanadese *Supreme Court* verskaf, hoewel dit nie noodwendig altyd uitdruklik erken is nie. Meer as twintig jaar later het die Kanadese *Supreme Court* dieselfde analitiese onderskeid tussen die konstruksie van 'n fundamentele reg se beskermingsveld en die regverdiging van die beperking van daardie reg as die Europese Hof vir Menseregte toegepas.²¹⁹ Die regsvergelende waarde van die EMRK-regspraak vir die Kanadese reg is juis versterk deur die ooreenkomste tussen die spesifieke beperkingsklousules wat in artikel 1 van die Kanadese *Charter* en artikels 8 tot 11 van die Konvensie verwoord is.²²⁰

Alvorens hierdie beperkingsvereistes van die Konvensie bestudeer word, word kortliks stilgestaan by enkele van die algemene bepalinge in die Konvensie wat op die opskorting, beperking of misbruik van regte konsentreer.

5.4.2 Artikel 15

Artikel 15(1) van die Konvensie maak voorsiening vir die opskorting van die Konvensie se regte en vryhede in tye van oorlog of noodtoestand vir sover as wat die omstandighede dit vereis en dit in ooreenstemming met die volkereg is.²²¹ Artikel 15(2) van die Konvensie bepaal egter dat geen opskorting van artikel 2 se reg op lewe (buiten in tye van oorlog), artikel 3 se verbod op marteling en onmenslike

218 Vgl art 1 van die Kanadese *Charter of Rights and Freedoms*. Vgl ook Hovius 1986 *Yb Eur L Vol* 6 8-9.

219 Vgl par 4.3.3 a) *supra*.

220 Vgl uitvoerig Hovius 1986 *Yb Eur L Vol* 6 1 ev. Vgl ook par 4.3.6 *supra* en par 5.4.8 *infra*.

221 Vgl in die algemeen die uitsprake van die Hof en Kommissie tussen 1955-1982 oor die inhoud en omvang van art 15 in Council of Europe *Digest Vol* 4 193-235.

behandeling, artikel 4(1) se verbod op slawerny, en artikel 7 se verbod op terugwerkende misdrywe, toelaatbaar is nie.²²² Voorts word die beperking van artikel 6(2) se onskuldsvermoede, artikel 1 se verbod op vryheidsberowing weens kontraktuele verpligtinge, artikel 3 se verbod op die uitsetting of terugkoms van burgers uit of na hul land van herkoms, en artikel 4 se verbod op kollektiewe uitsetting van vreemdelinge ingevolge Protokol Nr 4, verbied.²²³ Die regspraktyk toon dat artikel 15 nie deur die EMRK-organe self uit eie beweging aangewend word nie, maar dat vereis word dat 'n verdragstaat eers daarop aanspraak moet maak deur middel van 'n formele noodtoestandsverklaring as regverdiging vir die owerheidsinbreuk op hierdie beskermde regte.²²⁴

5.4.3 Artikel 16

Artikel 16 van die Konvensie magtig verdragstate uitdruklik om die politieke handelingsvryheid (die vryheid van spraak, assosiasie en gelykheid) van vreemdelinge wat hul wettig in daardie staat bevind, te beperk. Hoewel hierdie bepaling 'n uitsondering op die gelykeheidsbeginsel van artikel 14 is, word die Hof min met vrae oor die meriete van artikel 16 gekonfronteer.²²⁵

5.4.4 Artikel 17

Artikel 17 verbied mense om hul regte en vryhede in die Konvensie te misbruik deur op ander individue se regte inbreuk te maak.²²⁶ Hierdie verbod herinner aan die

222 Vgl hierby die verbod op die doodstraf onder art 1 van Protokol Nr 6, en die verweer van vorige veroordeling of ontslag op dieselfde aanklag onder art 4 van Protokol Nr 7. Hierdie regte kan dus as absolute regte beskou word. Vgl Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 574. Bellekom *Beperkingsklousules* 60 verdeel weer die absolute regte in *tweevoudig-absolute* en *enkelvoudig-absolute aanspraken*, waarvolgens eg daardie regte is wat hoegenaamd nie in tye van vrede of oorlog of noodtoestand beperk mag word nie en dus *notstandsfest* is.

223 Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 574; Loucaides *Fin Y B Int L* 338 ev.

224 Vgl Loucaides *Fin Y B Int L* 364 Vgl voorts *Lawless* 1 Julie 1961 A/3 par 21-48; *The Republic of Ireland v The United Kingdom* 18 Januarie 1978 A/25 par 202-224; *Brannigan and McBride* 26 Mei 1993 A/258 par 39-66 vir enkele sake waarin die Hof met Art 15 gekonfronteer was.

225 Loucaides *Fin Y B Int L* 371.

226 Vgl *Lawless* (2) 1 Julie 1961 A/3 par 6, 7. Sien ook Loucaides *Fin Y B Int L* 373. Vgl mbt die Kommissie, *Reitmag AG v Federal Republic of Germany* 1962 *Yearbook of the European Convention on Human Rights* Vol 4 392-394 (mislukte klagte teen die konfiskasie van applikant se private eiendom, omdat dit 'n Switserse frontmaatskappy van die onwettige Kommunistiese Party in die Federale Republiek van Duitsland was); *J Glimmerveen and J Hagenbeek v The Netherlands* 1980 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 18 194-

Duitse konsep van 'n *streitbare Demokrasie* wat in artikel 88 GG vervat is en beteken dat die grondwet ondemokratiese optrede verbied.²²⁷ Artikel 17 verbied die owerheid voorts om die weselike aard van fundamentele regte te vernietig of dit meer te beperk as wat die Konvensie toelaat.²²⁸ Artikel 17 kan dus aangewend word as een van die maatstawwe waarvolgens twee konflikterende fundamentele regte teenoor mekaar gebalanseer word, of as 'n argument deur 'n individu teen die beperking van sy of haar regte, of saam met ander bepalinge van die Konvensie as 'n regverdigingsgrond vir die owerheid se beperking van fundamentele regte.²²⁹ Die Hof het egter die beskikbaarheid van artikel 17 as regverdigingsgrond vir state se beperkende handeling ingeperk toe dit bevind het dat verdragstate slegs daardie spesifieke regte wat individue misbruik het toe hulle op ander individue se regte inbreuk gemaak het, en nie al hul fundamentele regte nie, mag beperk om die misbruik hok te slaan.²³⁰

In die praktyk word artikel 17 subsidiêr aangewend. Dit beteken dat die Hof eerste aan die spesifieke beperkingsvereistes van 'n bepaalde fundamentele reg voldoen.²³¹ Indien die Konvensie egter vae of nie-spesifieke vereistes vir die beperking van 'n bepaalde fundamentele reg stel, geld artikel 17 se vereistes.²³²

196 (verwerpte klage van 'n rassitiese groep in Nederland teen 'n verbod dat hulle nie aan plaaslike verkiesings kan deelneem nie of dat hulle verdere rassities-opruierende pamflette mag versprei nie); *Kühnen v Federal Republic of Germany* 1989 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 56 205. Vgl in die algemeen die uitsprake van die Hof en Kommissie oor die beskermingsveld van art 17 in *Council of Europe Digest* Vol 4 237-252.

227 Hailbronner *Einschränkung* 373.

228 Vgl Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 562-567; en Loucaides *Fin Y B Int L* 374. 'n Soortgelyke bepaling kom feitelik woordeliks voor in art 5(1) van die *International Covenant on Civil and Political Rights* van 16 Desember 1966. Vgl Nowak *CCPR Commentary* 94-100.

229 Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 563.

230 Vgl *Lawless* (2) 1 Julie 1961 A/3 par 7 (applikant se terroriste aktiwiteit was nie gemik teen die prosedurele regte van arts 5 en 6 EMRK nie en hy kan dus steeds daarop aanspraak maak). Die invloed van hierdie reël is veral belangrik vir terroriste in gevangnisse, deurdat hul verlede nie voldoende grond verskaf om hulle van alle individuele regte te stroop nie. Vgl ook Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 565 ev.

231 *Having found that there was a breach of Article 1 of Protocol No. 1, the Court does not consider it necessary also to examine the case under Article 17 and 18 of the Convention.* Vgl *Sporrong and Lönnroth* 23 September 1982 A/52 par 76. Vgl ook Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 566 ev.

232 Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 567.

5.4.5 Artikel 18

Artikel 18 beperk die omvang van die regsrag van beperkinge wat onder die Konvensie toelaatbaar is, omdat dit vereis dat daardie beperkinge vir geen ander doel aangewend mag word as wat in die Konvensie voorgeskryf is nie.²³³ Hierdie bepaling vertoon eweneens 'n subsidiêre karakter deurdat dit slegs saam met 'n ander bepaling van die Konvensie aangewend kan word, hoewel dit glad nie geld as 'n ontoelaatbare beperking wat reeds met behulp van 'n ander bepaling in die Konvensie aangedui is nie.²³⁴ Dit is hoofsaaklik daarop gemik om die werklike beweegredes agter 'n aantasting van regte vas te stel, ten einde die misbruik van gesag te voorkom.²³⁵

5.4.6 Voorbehoude

Verdragstate beskik ingevolge artikel 64 oor die kompetensie om bepaalde voorbehoude te stel vir die gelding van die EMRK in daardie staat. Hierdie voorbehoude beperk in effek die regsrag van fundamentele regte na gelang van die omvang van die voorbehoud. 'n Voorbehoud vorm ook 'n grond vir diskwalifikasie van 'n klagte wat juis betrekking het op so 'n voorbehoud. Enkele beginsels geld ten opsigte van die konstruksie van voorbehoude:²³⁶ (i) Voorbehoude moet geïnterpreteer word in die taal waarin dit gemaak is en nie vertaal word in Frans of Engels nie. (ii) Voorbehoude geld vir alle administratiewe handeling en wetgewing wat binne die omvang van daardie voorbehoude val. (iii) Hoewel 'n voorbehoud gewoonlik uitdruklik beperk is tot 'n spesifieke norm in die Konvensie, kan dit ook ander norme in die Konvensie raak as dit blyk dat die voorbehoud beoog het om die volle regsrag van daardie deel van die staat se munisipale reg van die geldingsrag van die Konvensie uit te sluit. Daar word slegs enkele voorbehoude en sake wat daaroor handel in die EMRK-reg gevind.²³⁷

233 Vgl in die algemeen toepassing deur die Hof en Kommissie in Council of Europe *Digest* Vol 4 253-263.

234 Vgl Loucaides 1993 *Fin Y B Int L* Vol IV 377; *Bozano* 18 Desember 1986 A/111 par 61; en *Sporrong and Lönnroth* 23 September 1982 A/52 par 76.

235 Loucaides 1993 *Fin Y B Int L* Vol IV 377.

236 Vgl Loucaides 1993 *Fin Y B Int L* Vol IV 379; *Jacobs Convention* 212-214; en Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 606-613.

237 Loucaides 1993 *Fin Y B Int L* Vol IV 379-380. Vgl *Jacobs Convention* 213-214 vir voorbeelde.

5.4.7 Ongeskrewe beperkinge

Sommige regte en vryhede in die EMRK is onderworpe aan ongeskrewe beperkinge uit hoofde van die aard van daardie regte en vryhede of die wyse waarop dit geformuleer is.²³⁸ Die Hof het 'n eerste kategorie ongeskrewe beperkinge erken in gevalle waar beperkinge nie *expressis verbis* in die Konvensie verwoord is nie, maar wel geïmpliseer word.²³⁹ In die *Golder*-saak het die Hof byvoorbeeld 'n algemene substantiewe reg van toegang tot die howe in artikel 6(1) ingelees hoewel dit nie uitdruklik daarin vervat is nie.²⁴⁰ Hierop het die Hof na 'n kort regsvergelende studie bevind dat hierdie reg nie absoluut vir alle individue geld nie en beperkinge vir die regte van persone soos gevangenes kan geld.²⁴¹ *In casu* is egter bevind dat die weiering van die Britse owerhede dat die applikant met sy regsvertegenwoordiger kon korrespondeer om 'n lastereis teen 'n tronkbewaarder in te stel, die perke van die geïmpliseerde beperkinge oorskry het.²⁴²

Die Hof het 'n tweede kategorie van ongeskrewe beperkinge erken, naamlik beperkinge inherent aan sekere duidelik omskrewe regte wat sonder uitdruklike beperkings geformuleer is, soos die reg op onderwys.²⁴³ In die *Belgiese Taal*-saak het die Hof juis die onvermydelikheid van inherente regulering van die reg op onderwys beklemtoon.²⁴⁴

238 Vgl *Engel and Others* 8 Junie 1976 A/22 par 57: [A] *system of military discipline ... by its very nature implied the possibility of placing on certain of the rights and freedoms of the members of these forces limitations incapable of being imposed on civilians*. Sien verder arts 2, 4 (2 en 3), 5, 6 en 12 EMRK; arts 1, 2 en 3 Protokol Nr 1; en arts 1(1), 2(1), 3 en 5 Protokol Nr 5. Vgl ook Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 575.

239 Bellekom *Beperkingsklousules* 64.

240 *Golder* 21 Februarie 1975 A/18 par 36.

241 *Golder* 21 Februarie 1975 A/18 par 38-39.

242 *Golder* 21 Februarie 1975 A/18 par 41-45.

243 Art 2 Protokol Nr 1. Vgl Merrills *Development* 79-80. In hierdie opsig blyk Bellekom *Beperkingsklousules* 64 te fouteer in die volgende stelling: [D]at laat de conclusie toe dat het hof de leer van de inherente beperkingen ook alleen bereid is toe te passen ten aanzien van dit soort impliciete rechten en vrijheden, en niet ten aanzien van de meer concreet omschreven verdragsrechtelijke vrijheden.

244 *Belgiese Taal*-saak 23 Julie 1968 A/6 par 5: *The right to education ... by its very nature calls for regulation by the State, regulation which may vary in time and place according to the needs and resources of the community and of individuals. It goes without saying that such regulation must never injure the substance of the right to education nor conflict with other rights enshrined in the Convention*. Vgl ook *Mathieu-Mohin and Clerfayt* 2 Maart 1987 A/113 par 52 (inherente

Die toelaatbaarheid van inherente en geïmpliseerde beperkinge word gewoonlik aan die hand van die *margin of appreciation*-leerstuk beoordeel. Dit beteken dat hoewel die Hof steeds die finale seggenskap het,²⁴⁵ die verdragstate 'n redelike wye besluitnemingskompetensie verkry aangesien die beperkings meestal handel oor vormvoorskrifte, prosedures, termyne en formaliteite.²⁴⁶ Die toelaatbaarheid van geïmpliseerde of inherente beperkinge word ooreenkomstig drie vereistes beoordeel wat min of meer ooreenstem met die algemene vereistes wat geld vir die uitdruklike beperkings wat in artikels 8 tot 11 vervat is. Hierdie vereistes is dat (i) die wesenlike kern van 'n reg of vryheid nie aangetas mag word nie, (ii) 'n legitieme oogmerk nagestreef word, en (iii) daar 'n redelike proporsionele verhouding tussen die omvang van die beperking en die oogmerk van die beperking moet bestaan.²⁴⁷

Daar moet egter 'n duidelike onderskeid getref word tussen daardie groep individuele regte waarvan die beperkingsvereistes uitdruklik vermeld word, soos artikels 8 tot 11 van die Konvensie, en daardie regte waar dit ontbreek en ongeskrewe beperkinge geld. Die Hof het juis in die *Golder*-saak die argument van die Britse Regering verwerp dat daar benewens die uitdruklike beperkings in artikel 8(2), verdere geïmpliseerde of inherente beperkings in artikel 8(1) vervat is. Die Hof beslis dat die bewoording van subartikel (2) sulke ongeskrewe beperkinge duidelik uitsluit.²⁴⁸ Hierdie onderskeid is belangrik om die disproporsionele beperking van individue se fundamentele regte te voorkom.

Die gevaar van disproporsionele belasting van fundamentele regte is veral belangrik as in ag geneem word dat daar vroeër by die Europese Menseregtekommissie 'n neiging bestaan het om inherente beperkinge te konstrueer ten opsigte van spesifieke klasse persone wat in 'n besondere verhouding tot die owerheid staan, soos gevangenes en aangehoudenenes, psigiatriese pasiënte, soldate en staatsamptenare.²⁴⁹

beperkinge aan die reg om te stem en om verkies te word tot verteenwoordigende strukture itv art 3 van Protokol Nr 1).

245 *Ashingdane* 28 Mei 1985 A/93 par 57; *Lithgow* 8 Julie 1986 A/102 par 194.

246 Bellekom *Beperkingsklousules* 64

247 Vgl *Ashingdane* 28 Mei 1985 A/93 par 57; bevestig in *Lithgow* 8 Julie 1986 A/102 par 194. Sien ook *Golder* 21 Februarie 1975 A/18 par 38; Bellekom *Beperkingsklousules* 64.

248 *Golder* 21 Februarie 1975 A/18 21 par 44. Art 8(2) bepaal voorts duidelik: *There shall be no interference ... except such as...*

249 Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 576; *Jacobs Convention* 198; Bellekom *Beperkingsklousules* 63.

Die Kommissie het dit nie as beperkinge in die ware sin van die woord beskou nie, maar bloot as 'n nouer konstruksie van die beskermingsveld van daardie regte of vryhede.²⁵⁰ Daarom het die Kommissie byvoorbeeld beslis dat hoewel beperkinge op gevangenes se korrespondensie in stryd met artikel 8 is, dit 'n noodwendigheid inherent aan die wese van aanhouding is.²⁵¹

Die konstruksie van inherente beperkinge lok die volgende punte van kritiek by skrywers uit.²⁵² (i) Inherente beperkinge skep ongelyke beskerming van fundamentele regte wat indruis teen die bedoeling van die verdragspartye in artikel 1. (ii) Die struktuur van die Konvensie maak slegs voorsiening vir uitdruklike en nie vir vae inherente beperkings nie. (iii) Dit staan lynreg teenoor die Kommissie se eie standpunt in ander sake. So byvoorbeeld het die Kommissie geweier om 'n voormalige kommandant van die *Buchenwald*-konsentrasiekamp wat 'n vonnis uitdien weens *crimes against the most elementary rights of men*, van haar fundamentele regte in die Konvensie te ontnem.²⁵³ (iv) Uitdruklike beperkings bevorder regsekerheid en geregtigheid, omdat dit die EMRK-organe in staat stel om fundamentele regte proporsioneel en kontroleerbaar te beperk. Dit is egter nie die geval by vae ongeskrewe beperkings nie. (v) Boonop loop regters die gevaar om wetgewend te werk te gaan, indien hulle self ongeskrewe beperkings moet konstrueer.

5.4.8 Uitdruklike beperkings

Artikels 8 tot 11 van die Konvensie, artikel 2 van Protokol Nr 4, en artikel 1 van Protokol Nr 7, maak uitdruklik voorsiening dat die regte daarin beperk kan word. Dit sluit die beperking van die belangrikste individuele regte en vryhede in, soos die reg op privaatheid, vryheid van spraak, gewetens- en godsdiensvryheid, die reg op vreedsame versameling en vryheid van assosiasie, bewegingsvryheid en die regte van wettige vreemdelinge. Op enkele uitsonderings na word dieselfde vereistes vir die

250 Vgl veral die uiteensetting van die Kommissie voor die Hof op 26 Julie 1974 in *Golder* 1973-1975 B/16 (*Pleadings, Oral Arguments and Documents*) par 30-33.

251 Vgl bv die Kommissie in die *De Courcy*-saak: [*The limitation of a right of a detained person to conduct correspondence is a necessary part of his deprivation of liberty which is inherent in the punishment of imprisonment.* Aangehaal in *Jacobs Convention* 199.

252 Vgl veral die uitgesproke mening van *Jacobs Convention* 196, 198-201. Sien verder Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 576 ev.

253 Soos verwys in *Jacobs Convention* 198.

beperkinge van hierdie regte gestel. Die beperkinge moet naamlik ingevolge die verdragstaat se regsvoorskrifte geskied en dit moet noodsaaklik in 'n demokratiese samelewing wees ten einde een van die verskeie doelstellings te bevorder.²⁵⁴ Alvorens die spesifieke vereistes van beperkings bespreek word, moet kennis geneem word dat die algemene reël deurgaans geld dat beperkings beperkend uitgelê word, omdat beperkings 'n uitsondering op die algemene beskermende regsrag van fundamentele regte vorm.²⁵⁵

a) Regsvoorskrifte

Die Konvensie vereis dat die beperking van fundamentele regte slegs uit hoofde van regsvoorskrifte (*in accordance with the law*²⁵⁶ of *prescribed by law*²⁵⁷) mag geskied.²⁵⁸ Volgens die Hof beteken dit dat 'n beperkende regsvoorskrif oor 'n bepaalde graad van regsekerheid moet beskik wat voldoen aan die vereistes van die *rule of law* soos vermeld in die voorrede van die Konvensie.²⁵⁹ Die spesifieke graad of kwaliteit van regsekerheid behels vier vereistes waarvan die toeganklikheid en voorsienbaarheid van die beperkende regsnorm die belangrikste is.

(i) Die beperking moet geskied ingevolge die munisipale reg van 'n verdragstaat.²⁶⁰ Hierby word die volkeregtelike reëls gereken wat in 'n bepaalde geval deel van die munisipale reg van die verdragstaat vorm, soos 'n verbod op

254 Vgl in die algemeen Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 584-585.

255 *Silver* 25 Maart 1983 A/61 par 97; *The Sunday Times (1)* 26 April 1979 A/30 par 65; *Barthold* 25 Maart 1985 A/90 par 43; *Klass and Others* 6 September 1978 par 42.

256 Vgl art 8(2) EMRK; arts 2(3) en (4) Protokol Nr 4; art 1(1) Protokol Nr 7.

257 Vgl arts 9(2), 10(2), 11(2) EMRK.

258 Vgl *The Sunday Times (1)* 26 April 1979 A/30 par 48; *Silver and Others* 25 Maart 1983 A/61 par 85; *Malone* 2 Augustus 1984 A/82 par 66. In hierdie sake het die Hof met verwysing na art 33(4) van die Weense Konvensie vir Verdragsreg, bevind dat die verskillende Engelse bepalings (*in accordance with the law* en *prescribed by law*) dieselfde betekenis het. Die Franse teks tref ook nie so 'n onderskeid nie, maar beskryf die vereiste bloot as *prévue par la loi*. Vgl ook Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 579; Hovius 1986 *Y B Eur L* Vol 6 11.

259 *Malone* 2 Augustus 1984 A/82 32 par 67: *The Court would reiterate its opinion that the phrase 'in accordance with the law' does not merely refer back to domestic law but also relates to the quality of law, requiring it to be compatible with the rule of law, which is expressly mentioned in the preamble of the Convention. ... The phrase thus implies ... that there must be a measure of legal protection in domestic law against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by paragraph 1. ... Especially where a power of the executive is exercised in secret, the risks of arbitrariness are evident.*

260 Vgl *Engel and Others* 8 Junie 1976 A/22 par 96; *Handyside* 7 Desember 1976 A/24 par 44; *Malone* 2 Augustus 1984 A/82 par 66.

oorlogsugtige propaganda of rassistiese opruiery.²⁶¹ Dit sluit naas die geskrewe regsreëls ook ongeskrewe regsreëls soos die algemene reëls van die *common law* in.²⁶²

(ii) Die regsreëls moet deur 'n demokratiese instelling gepositiveer wees.²⁶³

(iii) Die beperkende regsreël moet toeganklik wees vir die publiek.²⁶⁴ In die *Sunday Times*-saak het die Hof voorts bevind dat dit voldoende is as die *common law* met behulp van 'n regsadviseur vasgestel kan word.²⁶⁵ In die *Groppera*-beslissing is ongepubliseerde regulasies wat vir radiostasies geld, steeds as toeganklik beskou.²⁶⁶ Die Hof het bevind dat die regulasies vir spesialiste bedoel was wat sou geweet het hoe om daardie regulasies op te spoor, selfs al moes hulle adviseurs raadpleeg. Die toeganklikheidsvereiste is oor die algemeen onomstrede, omdat die meeste aansoeke in die Hof teen gepubliseerde statutêre beperkings gerig is.²⁶⁷

(iv) Die gevolge van die beperkende reëls moet redelikerwys voorsienbaar wees vir die individu, selfs al moet toepaslike advies ingewin word om dit te verstaan.²⁶⁸

261 Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 578.

262 *The Sunday Times* (1) 26 April 1979 A/30 par 47.

263 Loucaides 1993 *Fin Y B Intl L* Vol IV 347. Hoewel dit moeilik is om vas te stel of reëls altyd deur 'n verteenwoordigende liggaam ingestel is, is daar al aan gedelegeerde wetgewing, koninklike dekrete, noodmaatreëls en interne reëls van 'n professionele vereniging so 'n demokratiese kwaliteit toegeken. Vgl Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 579 vt 248, 580; *Barthold* 25 Maart 1985 A/90 par 45.

264 *The Sunday Times* (1) 26 April 1979 A/30 31 par 49: *Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that this is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case.*

265 *The Sunday Times* (1) 26 April 1979 A/30 par 52. Vgl bevestigend *Silver and Others* 25 Maart 1983 A/61 par 88. In *Gay News Ltd and Lemon v United Kingdom* Vol 5 EHRR 128-129 par 9 beskryf die Kommissie die toeganklikheidskwaliteit waaraan die *common law* moet voldoen soos volg: *While this branch of the law presents certain particularities for the very reason that it is by definition law developed by the courts, it is nevertheless subject to the rule that the law-making function of the courts must remain within reasonable limits. ... This implies that constituent elements of an offence such as, e.g. the particular form of culpability required for its completion may not be essentially changed, at least not to the detriment of the accused, by the case law of the courts. On the other hand it is not objectionable that the existing elements of the offence are clarified and adapted to new circumstances which can reasonably be brought under the original concept of the offence.* Vgl ook Hovius *Y.B. Eur L* Vol 6 1986 14-15.

266 *Groppera Radio AG and Others* 28 Maart 1990 A/173 par 68.

267 Hovius 1986 *Y B Eur L* Vol 6 14-15.

268 Vgl *The Sunday Times* (1) 26 April 1979 A/30 par 49: *Secondly, a norm cannot be regarded as a 'law' unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.*

Die voorsienbaarheidsvereiste beteken ook dat regsreëls nie absoluut duidelik hoef te wees sonder enige vorm van vaagheid of 'n diskresionêre karakter wat sou verhoed dat die regsreël vir veranderende omstandighede sou kon geld nie.²⁶⁹ In die *Silver*-saak is gevangenes mondelings ingelig oor die beperkings wat vir korrespondensie geld, maar wat in ongepubliseerde interne administratiewe opdragte en instruksies van die gevangenisowerhede vervat was. Die Hof het beslis dat hierdie voorskrifte wel vir die gevangenes voorsienbaar was, ten spyte van die feit dat dit nie toeganklik was nie.²⁷⁰

Die toepassing van die voorsienbaarheidsvereiste by veiligheidswetgewing is problematies, omdat onsekerheid bestaan oor hoe duidelik regsreëls moet wees wat die geheime waarneming van 'n persoon reguleer. Dit is voor die hand liggend dat die doel van sodanige voorskrifte en optrede verydeld sal word indien die individu vooraf of tydens sy of haar waarneming daarvan in kennis gestel word. Aan die ander kant bestaan die gevaar dat ongekontroleerde owerheidshandelinge tot die arbitrêre aantasting van die individu se fundamentele regte kan lei. Die Hof is in die *Malone*-saak met so 'n feitstel gekonfronteer toe die applikant se telefoon sonder sy medewete afgeluister is tydens 'n kriminele ondersoek.²⁷¹ Die Hof het bevind dat die voorsienbaarheidstoets steeds in hierdie gevalle geld. Dit beteken dat die wetgewing wat geheime waarneming van individue se kommunikasie magtig, voldoende inligting moet bevat om die individu in te lig oor die omstandighede waarin, en die gronde waarop, die owerheid sy of haar privaatheid kan skend deur sy of haar telefoongesprekke af te luister.²⁷²

269 *The Sunday Times (1)* 26 April 1979 A/30 par 49: *Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent are vague and whose interpretation and application are questions of practise.*

270 *Silver and Others* 25 Maart 1983 A/61 par 88-89.

271 *Malone* 2 Augustus 1984 A/82.

272 *Malone* 2 Augustus 1984 A/82 par 67: *In particular, the requirements of foreseeability cannot mean that an individual should be enabled to foresee when the authorities are likely to intercept his communications so that he can adapt his conduct accordingly. Nevertheless, the law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to this secret and potentially dangerous interference with the right to respect for private life and correspondence. Die Hof vervolg verder in par 68: *Since the implementation in practice of measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for legal discretion granted to the executive to be**

Dit is duidelik dat die *ratio* vir die verskillende vereistes hierbo in die finale instansie is om regsekerheid aan die individu te verskaf oor die omstandighede waarin, en die mate waartoe, sy of haar fundamentele regte deur regsvoorskrifte aangetas kan word.²⁷³

b) Oogmerke van beperking

Die Handves vereis dat die beperking van fundamentele regte slegs geregverdig is as die beperkende regsvoorskrif een van die volgende oogmerke nastreef: (i) nasionale veiligheid,²⁷⁴ (ii) openbare veiligheid,²⁷⁵ (iii) openbare orde (en die bekamping van wanorde),²⁷⁶ (iv) voorkoming van misdaad,²⁷⁷ (v) beskerming van gesondheid,²⁷⁸ (vi) beskerming van sedes,²⁷⁹ (vii) beskerming van ander se regte en vryhede,²⁸⁰ (viii) bevordering van ekonomiese belange,²⁸¹ (ix) nie openbaarmaking van inligting wat in

expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope and the manner of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference.

273 *Silver and Others* 25 Maart 1983 A/61 par 88: *The citizen must be able ... to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.* Vgl *Hovius* 1986 YB Eur L Vol 6 18.

274 Vgl *Klass and Others* 6 September 1978 A/28.

275 Vgl *Silver and Others* 25 Maart 1983 A/61.

276 Vir die verskil tussen die begrippe openbare orde en die wyer begrip van wanorde wat ook die orde in 'n bepaalde groep soos in die militêre omgewing insluit, vgl *Engel and Others* 6 Junie 1976 A/22 par 98 (beperking van die vryheid van spraak ter versterking van die moreel en dissipline van soldate).

277 Vgl *X v Austria* 1979 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 16 152-153 par 25-28 (die insameling van persoonlike inligting deur die polisie vir gebruik in strafregtelike prosesse is 'n toelaatbare beperking van die reg op privaatheid).

278 Vgl *Peter Sutter v Switzerland* 1979 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 16 173 (die reël dat deelydse soldate se hare nie aan hul hemde se krae mag raak nie, is weens gesondheidsredes aanvaarbaar).

279 Vgl *Handyside* 7 Desember 1976 A/24; *Dudgeon* 22 Oktober 1981 A/45; *Müller and Others* 24 Mei 1988 A/133.

280 Vgl *X v the Netherlands* 1979 *European Commission for Human Rights Decisions and Reports* Vol 18 189 (toelaatbaarheid van verpligte bloedskenkings twv die beskerming van die lewe van ander padgebruikers); *Barthold* 25 Maart 1985 A/90 par 51: [T]o prevent the applicant from acquiring a commercial advantage over professional colleagues prepared to conduct themselves in compliance with the rule of professional conduct that requires veterinary surgeons to refrain from advertising. (Eventueel is bevind dat hierdie verbod teenstrydig met art 10 EMRK is wat vryheid van spraak ook in die handelswêreld beskerm).

281 Vgl *Paul Henry Wiggins v United Kingdom* 1979 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 13 45-46 (die huislisensie wat die applikant benodig om na sy egskeiding verder in sy huis in Guernsey te woon, is weens die woningstekort op die eiland 'n aanvaarbare beperking van sy reg op privaatheid).

'n vertrouensverhouding oorgedra is²⁸² en (x) beskerming van die onafhanklikheid van die regbank.²⁸³ Die nakoming van hierdie vereiste het geen noemenswaardige struikelblokke vir verdragstate opgelewer nie, omdat die EMRK-organe hierdie bepaling so wyd uitgelê het dat meeste owerheidsdoelwitte wat in 'n demokratiese samelewing nagestreef word, hieronder ingesluit is.²⁸⁴

Die EMRK-organe raadpleeg verskeie bronne om die spesifieke oogmerk van 'n beperkende regsvoorskrif te bepaal, soos die wetgewing waarop die beperking steun, die onderwerp van die wetgewing, kommissieverslae, verklarings deur regerings wanneer wetgewing voorgestel word, die redes wat howe of administratiewe liggame verskaf as hulle 'n beperking gelas of regverdig, asook die gevolge wat uit die beperking self voortspruit.²⁸⁵

c) *Necessary in a democratic society*

Dit is duidelik dat die bewoording van die derde vereiste, naamlik dat die verdragstaat se beperkende handeling noodsaaklik in 'n demokratiese samelewing moet wees, 'n vae en oop karakter vertoon wat daartoe kan lei dat die beskermingsveld van so 'n individuele reg maklik deur 'n wye konstruksie ondermyn kan word.²⁸⁶ Daarom het die Europese Hof vir Menseregte hierdie vereiste spesifiek uitgebou deur sterker op die noodsaaklikheidsvereiste in wye sin te konsentreer, as op die spesifieke oogmerk wat met die beperking nagestreef word.²⁸⁷ Hierdie vereiste is as't ware 'n beperking van die beperkingsmoontlikhede waaroor die verdragstaat beskik en kan paslik met die Duitse regsterminologie *Schrankenschranken* beskryf word. Dit het ten doel om

282 Vgl *X v Federal Republic of Germany* 1970 *Yearbook of the European Convention on Human Rights* Vol 13 890-892 (dissiplinêre stappe teen 'n staatsamptenaar wat vertroulike departementele sake in die pers wou openbaar, is 'n aanvaarbare beperking van sy vryheid van spraak).

283 *The Sunday Times* (1) 26 April 1979 A/30 par 63-68.

284 Hovius 1986 *Y B Eur L* Vol 6 26. Vir 'n uitvoerige ontleding van die Hof se interpretasie van die ordeningsdoelwitte vgl Engel 1989 *Sch Jb I R* Vol XLVI 41-91.

285 Hovius 1986 *Y B Eur L* Vol 6 26-27. Vgl *The Sunday Times* (1) 26 April 1979 A/30 par 36-37 (verslag van 'n interdepartementele kommissie en 'n Groenskrif wat in die Parlement versprei is); *Klass and Others* 6 September 1978 A/28 par 44-45 gelees met par 17-25 (oogmerk en gevolge van wetgewing).

286 Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 583.

287 Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 584.

'n eenvormige Europese minimumstandaard vir die beperking van fundamentele regte te skep.²⁸⁸

Die antwoord op die vraag wanneer 'n beperking wat een van hierdie legitieme oogmerke nastreef noodsaaklik in 'n demokratiese samelewing is, vorm deel van 'n komplekse samevloei van argumente wat fokus op die noodsaaklikheid in enge sin van die beperking, bepaling van wat 'n demokratiese samelewing is, beoordeling van die proporsionaliteit van daardie beperkende handeling, balansering van die konflikerende belange en die omvang van die toelaatbare *margin of appreciation* wat 'n verdragstaat in weerwil van 'n gemeenskaplike outonome Europese standaard in die spesifieke geval geniet.²⁸⁹ Deurdat hierdie verskillende elemente nie eenvormig ten opsigte van alle beskermde regte en vryhede aangewend word nie, kan geen algemene maatstaf gevind word nie.²⁹⁰ Die verskille wat voorkom, vloei veral voort uit die bestaan al dan nie van 'n gemeenskaplike outonome Europese standaard en gevolglik 'n eng of 'n wye *margin of appreciation* vir 'n verdragstaat wat die beperking nastreef.²⁹¹

(i) Demokratiese samelewing

Die Hof het geen omvattende filosofiese uiteensetting verskaf van wat 'n demokrasie is nie, maar het dit by gedagte aan Nazisme en Fascisme in verskeie sake bloot as die teensy van 'n totalitêre staat bestempel.²⁹² In die saak van *Young, James and Webster*

288 Hailbronner *Einschränkung* 360.

289 *Cremona Proportionality* 328. Vgl bv *Mathieu-Mohin and Clerfayt* 2 Maart 1987 A/113 par 52: [T]he Contracting States have a wide margin of appreciation in this sphere, but it is for the Court to determine in the last resort whether the requirements of Protocol No. 1 have been complied with; it has to satisfy itself that the conditions do not curtail the rights in question to such an extent as to impair their very essence and deprive them of their effectiveness; that they are imposed in pursuit of a legitimate aim; and that the means employed are not disproportionate.

290 Die komplekse vervlegtheid van hierdie elemente word duidelik geïllustreer deur die verskil in benaderingswyse wat verskeie skrywers volg om hierdie beperkingsvereiste aan die leser bekend te stel. Vgl bv Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 583-606; Hovius 1986 *Y B Eur L Vol* 6 31-53; Macdonald *Margin of Appreciation* 83-124; Eissen *Proportionality* 125-146; *Cremona Proportionality* 323-330; Loucaides 1993 *Fin Y B Int L Vol IV* 349-362; Engel 1989 *Sch Jb I R Vol XLVI* 43 vt 3 en 44 vt 4 (vir toepaslike bronverwysings tot 1989); Merrils *Development* 136-159; Hailbronner *Einschränkung* 362-385; Schokkenbroek *Margin of Appreciation-doctrine* 47-54.

291 *The Sunday Times (I)* 26 April 1979 A/30 par 59.

292 Hovius 1986 *Y B Eur L Vol* 6 35 ev. Vgl bv *Le Compte, Van Leuven and De Meyere* 23 Julie 1981 A/43 par 65: *Totalitarian régimes have resorted - and resort - to the compulsory regimentation of the professions by means of closed and exclusive organisations taking the place*

het die Hof bepaal dat die afdanking van twee werknemers wat in weerwil van 'n *closed shop*-ooreenkoms geweier het om by 'n spesifieke vakbond aan te sluit, nie versoenbaar met hul vryheid van assosiasie in 'n demokratiese samelewing is nie.²⁹³

Die Hof gee by geleentheid die volgende omskrywing van demokrasie:

*[P]luralism, tolerance and broadmindedness are the hallmarks of a 'democratic society'. Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of minorities and avoids any abuse of a dominant position.*²⁹⁴

Na bestudering van die regspraak van die Europese Hof vir Menseregte is dit duidelik dat die demokratiese maatstaf wat die Hof vir elke saak aanwend nie 'n vaste en duidelik omskrewe inhoud het nie. Die wisselende inhoud van demokrasie is juis die resultaat van die verhouding wat die Hof in elke saak tussen die voorkoms van 'n outonome Europese standaard van beskerming van daardie spesifieke reg teenoor die *margin of appreciation* vir die verdragstaat konstrueer.

(ii) Noodsaaklikheid

Die vereiste dat 'n beperking noodsaaklik in 'n demokratiese samelewing moet wees, is gesaghebbend in die *Silver*-saak gedefinieer:

of professional associations and the traditional trade unions. The authors of the Convention intended to prevent such abuses. Klass and others 6 September 1978 A/28 par 42 verwys weer na 'n polisiestaat, vgl ook par 47.

293 *Young, James and Webster* 13 Augustus 1981 A/44.

294 *Young, James and Webster* 13 Augustus 1981 A/44 par 63. Vgl voorts *Dudgeon* 22 Oktober 1981 A/45 par 53 (die demokratiese toets by die toelaatbaarheid van homoseksuele handeling in teenstelling met die meerderheid van die gemeenskap se verwerping daarvan). In *Handyside* 7 Desember 1976 A/24 par 49 is vryheid van assosiasie en vryheid van spraak as die *essential foundations* van 'n demokratiese samelewing beskou. Dit beteken dat die samelewing juis skokkende minderheidstandpunte moet duld. Oor die wesenlike belang in 'n demokrasie van die media se reg om informasie bekend te maak en die reg van die publiek om dit te kan ontvang, sien die onaanvaarbaarheid van beperkinge hierop in *The Sunday Times (I)* 26 April 1979 A/30 par 64 (aanklag van minagting van die hof by publikasie); *Lingens* 8 Julie 1986 A/103 par 41 (strafregtelike lasteraksies teen joernaliste); *Barthold* 25 Maart 1985 A/90 par 58 (advertensieverbod vir veeartse). Sien voorts die voordragte in Council of Europe *Freedom of Expression and Information* 178-528. Vir die demokratiese waarde-maatstaf in die Konvensie, vgl Hailbronner *Einschränkung* 362 ev; en Ost *Canons of Interpretation* 301-302.

*[T]he phrase 'necessary in a democratic society' means that, to be compatible with the Convention, the interference must, inter alia, correspond to a 'pressing social need' and be 'proportionate to the legitimate aim pursued.'*²⁹⁵

Die noodsaaklikheidsvereiste het dus 'n tweeledige betekenis. Eerstens moet die noodsaaklikheid in engere sin, of te wel die noodsaaklikheid van die beperking as sodanig, bepaal word. Tweedens moet noodsaaklikheid in die breër verband tot 'n demokratiese samelewing beoordeel word. Dit moet volgens die Hof ingevolge die proporsionaliteitstoets geskied.

Die betekenis van die noodsaaklikheidsvereiste in enger sin is tans van belang. Die *Silver*-saak hierbo het juis bevind dat 'n beperking slegs noodsaaklik is as dit bestem is om 'n dwingende sosiale behoefte ('n *pressing social need*) aan te spreek. In die *Sunday Times*-saak is bevind dat 'n Britse hof se verbod op die koerant *The Sunday Times* om oor 'n hofsak berig te lewer, wel die wettige oogmerk van respek vir die regsproses nagestreef het. Desnieteenstaande het die Hof beslis dat daardie gemeenregtelike beperking nie noodsaaklik was nie, omdat dit nie as 'n *social need sufficiently pressing to outweigh the public interest in the freedom of expression* bestempel kon word nie.²⁹⁶

Die beslissings in die *Sunday Times*-²⁹⁷ en *Silver*-sake²⁹⁸ moet ook gesien word in die lig van daardie sake se bevestiging van aanvanklike pogings in die *Handyside*-beslissing²⁹⁹ om die betekenis van die noodsaaklikheidsvereiste in die lig van ander waardes van die Konvensie vas te stel. Die Hof het naamlik bevind dat die woord *necessary* nie 'n absolute waarde soos die begrippe *indispensable*, *absolutely necessary*, en *strictly necessary* uitdruk nie, hoewel dit sterker is as die begrippe *admissible*, *ordinary*, *useful*, *reasonable* en *desirable*.³⁰⁰

295 *Silver and others* 25 Maart 1983 A/61 par 97. Vgl ook *Dudgeon* 22 Oktober 1981 A/45 par 51.

296 *The Sunday Times (1)* 26 April 1979 A/30 par 67.

297 *The Sunday Times (1)* 26 April 1979 A/30 par 59.

298 *Silver and others* 25 Maart 1983 A/61 par 97.

299 *Handyside* 7 Desember 1976 A/24

300 *Handyside* 7 Desember 1976 A/24 par 48.

(iii) Proporsionaliteitsbeginsel

Die Hof het in die *Silver*-saak bepaal dat die beperking van 'n fundamentele reg proporsioneel tot daardie reg moet wees tydens die verwesenliking van 'n wettige oogmerk, alvorens dit as noodsaaklik in 'n demokratiese samelewing beskou kan word.³⁰¹ Tog is dit opvallend dat die proporsionaliteitsbeginsel nêrens uitdruklik in die Konvensie verwoord is nie.³⁰² Regter Mosler lei daarom die proporsionaliteitsbeginsel af uit die *rule of law*.³⁰³ Die Hof het die proporsionaliteitsvereiste vir die eerste maal uitdruklik in 1968 tydens die *Belgiese Taal*-saak aangewend as deel van die beginsels wat tydens die beperking van artikel 14 van die Konvensie se gelykheidswaarborg geld.³⁰⁴ Dit is opvallend dat die Hof die proporsionaliteitsbeginsel in hierdie saak buite die omvang van artikels 8 tot 11 EMRK se uitdruklike beperkingsvereistes toegepas het.

In 1976 het die Hof in die *Handyside*-saak daarop gewys dat die proporsionaliteitsbeginsel nie 'n selfstandige vereiste is nie, maar 'n uitvloeisel van die vereiste dat die beperking noodsaaklik in 'n demokratiese samelewing moet wees.³⁰⁵ Die proporsionaliteitsbeginsel is egter toenemend in die regspraak van die Hof gebruik sodat hierdie regsfiguur van krag tot krag gaan en by geleentheid as selfstandige beperkingsvereiste beskou is.³⁰⁶ In meer resente sake het die Hof selfs beslis dat as die beperking nie proporsioneel tot die wettige oogmerk is wat nagestreef

301 *Silver and others* 25 Maart 1983 A/61 38 par 97. Vgl ook Olsson 24 Maart 1988 A/134 par 67: [T]he notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued. Sien veral die uitvoerige verwysings in Eissen *Proportionality* 127 vt 8. Eissen *ibid* vervolg reeds op 126 soos volg: From 'necessity' to proportionality is but a small step, since for a measure to be necessary it must surely correspond to a 'pressing social need' both as a matter of principle and regarding its impact, its scale and its compass.

302 Eissen *Proportionality* 125; Cremona *Proportionality* 323-324. Onlangs het die Hof egter wel in *Brannigan and McBride* 26 Mei 1993 A/258 par 54 die proporsionaliteitsbeginsel tekstueel met art 15 EMRK verbind waar vereis word dat noodmaatreëls fundamentele regte slegs sover mag opskort as wat *strictly required* is.

303 Mosler *Problems of Interpretation* 164. Synde 'n Duitse regsgeleerde wat vertrou is met die Duitse staatsreg se begroting van die proporsionaliteitsbeginsel in regstaatlikheid, is dit nie onwaarskynlik nie dat Mosler R waarskynlik die *Rechtsstaatsprinzip* in gedagte gehad het toe hy na die *rule of law* verwys.

304 *Belgiese Taal*-saak 23 Julie 1968 A/6 par 10.

305 *Handyside* 7 Desember 1976 A/24 par 49.

306 Vgl Eissen *Proportionality* 127 en 146; Cremona *Proportionality* 329-330.

word nie, die beperking nie as noodsaaklik in 'n demokratiese samelewing beskou word nie.³⁰⁷ Die proporsionaliteitstoets word ook as 'n korrektief en 'n beperking op die *margin of appreciation*-leerstuk gebruik.³⁰⁸ Die proporsionaliteitsbeginsel is dus 'n kragtige beoordelingsmaatstaf wat tans wyer as die uitdruklike beperkingsklousules van artikels 8 tot 11 vir die beperking van ander fundamentele regte in die Konvensie aangewend word.³⁰⁹

Die Hof het met verloop van tyd enkele riglyne verskaf wat van hulp kan wees by beoordeling van die proporsionaliteit van beperkende maatreëls. As agtergrondsgiglyn meld die Hof dat die proporsionaliteit van die beperking van die fundamentele reg in die konteks van die hele saak en al die feite beoordeel moet word.³¹⁰ Die Hof het by implikasie die vereiste van proporsionaliteit in enge sin toegepas wat in die Duitse reg gevind word, toe dit vereis het dat 'n redelike verhouding van proporsionaliteit tussen die metode van beperking en die oogmerke wat met die beperking nagestreef word, moet bestaan.³¹¹ Voorts vereis die Hof dat die redes wat 'n verdragstaat as motivering vir 'n beperking aanvoer, nie alleen relevant nie, maar ook voldoende moet wees om daardie oogmerk te bereik.³¹² In 1993 het die Hof egter die maatstaf *strictly proportionate* gebruik om die deursoeking en beslaglegging van huise deur Franse doeane-amptenare te beoordeel.³¹³ Cremona meld dat hoewel dit met die eerste oogopslag lyk na 'n verfyning van die proporsionaliteitsvereiste, dit nie die geval is nie omdat hierdie konstruksie nie gereeld voorkom nie.³¹⁴

307 Vgl bv *Berrehab* 21 Junie 1988 A/138 par 29; *Margareta and Roger Andersson* 25 Februarie 1992 A/226 A par 97; *Thorgeir Thorgeirson* 25 Junie 1992 A/239 par 69. Sien Cremona *Proportionality* 329.

308 Matscher *Interpretation* 79.

309 Vgl Eissen *Proportionality* 125 ev; Cremona *Proportionality* 323 ev; en Loucaides 1993 *Fin Y Intl L Vol IV* 339 mbt die Hof se toepassing van die proporsionaliteitsbeginsel naas arts 8-11, op arts 2, 4, 5(1)(c), 5(1)(e), 6(1), 12, 14 en 15 EMRK; en op arts 1, 2 en 3 van Protokol Nr 1.

310 *Handyside* 7 Desember 1976 A/24 par 50; *Lingens* 8 Julie 1986 A/103 par 40.

311 Hierdie vereiste is by uitstek toegepas in sake waar art 14 EMRK se gelykheidsbeginsel aangetas is. Vgl bv die *Belgiese Taal*-saak 23 Julie 1968 par 10; *Marckx* 13 Junie 1979 A/31 par 33; *Rasmussen* 28 November 1984 A/87 par 38; *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* 28 Mei 1985 par 72; *James and Others* 21 Februarie 1986 par 75; *Gillow* 24 November 1986 par 64.

312 Vgl *Lingens* 8 Julie 1986 A/103 par 40; *Handyside* 7 Desember 1976 A/24 par 50; *The Sunday Times (1)* 26 April 1979 A/30 par 62; *Barthold* 25 Maart A/90 par 55; *Dudgeon* 22 Oktober 1981 A/45 par 54.

313 Vgl *Funke* par 57; *Cremieux* par 40; *Mialthe* par 38, almal 25 Januarie 1993 A/256.

314 Cremona *Proportionality* 329.

Tydens aanwending van die proporsionaliteitsvereiste moet die samelewing se belange teenoor die beskerming van die individuele fundamentele reg afgeweg word. Hierdie belange-afwegingsproses streef egter nie bloot enige balans of die mees effektiewe keuse na nie, maar wel 'n *fair balance* van die konflikterende belange.³¹⁵ Voorts het die Hof ook die argument gebruik dat 'n beperkende voorskrif nie die wesenlike inhoud of essensie van 'n reg mag aantas wat die bestaan van die reg in daardie geval sou ophef nie.³¹⁶ Eissen meld dat die omvang van die verband tussen die proporsionaliteitsbeginsel, die vereiste van die wesenlike kerninhoud en die strewe na 'n *fair balance* onbekend is.³¹⁷ Dit is naamlik onseker of hierdie elemente afsonderlike beperkingsvereistes bykomend tot die proporsionaliteitsbeginsel is, of vorm hulle deel van die proporsionaliteitsbeginsel.³¹⁸ Dit is egter belangrik om daarop te let dat ten spyte van toevallige ooreenkomste tussen sekere beperkingsvereistes in die EMRK-reg en die Duitse reg, onderneem die Europese Hof vir Menseregte nie 'n dogmatiese sistematiesing van die beperkingsvereistes van die Konvensie soos byvoorbeeld die Duitse *BVerfG* nie. Die Europese Hof vir Menseregte volg eerder 'n dinamiese en 'n pragmatiese benadering deur telkens op die behoeftes van die besondere geval wat voor die Hof dien, te konsentreer.³¹⁹

Die Hof se toepassing van hierdie riglyne met betrekking tot die proporsionaliteitsbeginsel word aan die hand van enkele voorbeelde geïllustreer. Hierdie voorbeelde bevestig telkens die feit dat hoewel die oogmerk van die beperkende regsvoorskrif aanvaar word, die beperking misluk omdat die metode van

315 Vgl die *Belgiese Taal*-saak 23 Julie 1968 A/6 par 5; *Klass and Others* 6 September 1978 A/28 par 59; *Barthold* 25 Maart 1995 A/90 par 58; *Sporrong and Lönnroth* 23 September 1982 A/52 par 69; *James and Others* 21 Februarie 1986 par 50; *Lithgow and Others* 8 Julie 1986 A/102 par 120; *Rees* 17 Oktober 1986 A/106 par 37; *Gillow* 24 November 1986 A/109 par 55; *Johnston and Others* 18 Desember 1986 A/112 par 72, 77; *Leander* 26 Maart 1987 A/116 par 59; en *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beerman* 20 November 1989 A/165 par 34.

316 *Belgiese Taal*-saak 23 Julie 1968 par 5. Die waarborg van die wesenlike kerninhoud is veral (maar nie uitsluitlik nie) tov die beperking van prosedurele regte in arts 5 en 6 EMRK aangewend. Vgl bv *Golder* 21 Februarie 1975 A/18 par 38 (art 6(1)); *Fox, Campbell and Hartley* 30 Augustus 1990 A/182 par 32, 34 (art 5 (1)(c)); *Brogan and Others* 29 November 1988 A/145-B par 59, 62 (art 5(3)); *Winterwerp* 24 Oktober 1979 A/33 par 60 (art 5(4)), par 75 (art 6(1)); *Müller and Others* 24 Mei 1988 A/133 par 31 (art 10); *Young, James and Webster* 13 Augustus 1981 A/44 par 52, 55, 57 (art 11); *Bodén* A/125 27 Oktober 1987 par 32 (art 1 van Protkol Nr 1).

317 Eissen *Proportionality* 144.

318 Vgl *Ezelin* 26 April 1991 A/202 par 52 vir die tweede moontlikheid.

319 Vgl *Golder* 21 Februarie 1975 A/18 par 39: *It is not the function of the Court to elaborate a general theory of the limitations admissible in the case of convicted prisoners, nor even to rule in abstracto.* Vgl ook Mosler *Problems of Interpretation* 163.

beperking buite verhouding is tot die oogmerk wat met die beperking nagestreef word. In die *Sunday Times*-saak is bevind dat dit onnodig vir 'n Britse hof was om 'n absolute verbod te stel op die publikasie van inligting oor 'n hofsak voordat uitspraak daarin gelewer is. Hierdie reël was disproporsioneel tot die wettige doel wat nagestreef is, omdat dit die vryheid van spraak meer beperk het as wat nodig was om die gesag van die hof in 'n demokratiese samelewing te beskerm.³²⁰ Voorts is in die *Dudgeon*-saak bepaal dat hoewel 'n mate van regulering van private homoseksuele gedrag noodsaaklik in 'n demokrasie is om kwesbare groepe soos kinders te beskerm, was 'n totale verbod op alle vorme van private vrywillige homoseksuele handeling buite verhouding tot hierdie oogmerk.³²¹ In die beslissings van *Young, James and Webster* het die Hof weer bevind dat die doel van 'n *closed shop* bereik kon word sonder dat dit nodig was om werknemers wat geweier het om aan die vakbond te behoort, te ontslaan.³²² Die nadeel van ontslag was egter groter as wat nodig was om 'n behoorlike balans tussen die konflikterende belange te bereik. Daarom was die ontslag disproporsioneel met betrekking tot die oogmerk wat die beperkende reël nagestreef het.

Samevattend is dit duidelik dat die proporsionaliteitstoets in 'n toenemende mate 'n belangrike rol in die regspraak van die Europese Hof vir Menseregte speel.³²³ Die effektiwiteit van die proporsionaliteitsbeginsel, en daarmee saam die aard van die balanseringsproses, word in die praktyk egter veral bepaal deur die omvang van die *margin of appreciation* wat in elke saak vir 'n verdragstaat toegeken word.³²⁴ 'n Wye konstruksie van die *margin of appreciation* laat die beoordeling van die proporsionaliteit van die beperking oor aan die diskresie van die verdragstate se owerheidsorgane ooreenkomstig die staat se interne juridiese maatstawwe, terwyl 'n kleiner *margin of appreciation* beteken dat die EMRK-organe die outonome en gemeenskaplike Europese standaard van die Konvensie toepas. 'n Kort oorsig oor die leerstuk van die *margin of appreciation* werp dus vervolgens meer lig op die toepassing van die proporsionaliteitsbeginsel en die konkretisering van fundamentele regte deur die Hof.

320 *The Sunday Times* (1) 26 April 1979 A/30 par 67.

321 *Dudgeon* 22 Oktober 1981 A/45 par 60-61.

322 *Young, James and Webster* 13 Augustus 1981 A/44 par 65.

323 Eissen *Proportionality* 145.

5.4.9 *Margin of appreciation*³²⁵

Indien daar na 'n ondersoek deur die Hof geen gemeenskaplike en outonome Europese standaard gevind word waarteen 'n verdragstaat se beperking van fundamentele regte in die Konvensie gemeet kan word nie, kan die Hof ingevolge die *margin of appreciation*-leerstuk 'n bepaalde kompetensieruimte vir die gelding van die verdragstaat se eie rege-norme onder die Konvensie toelaat.³²⁶ In die *Handyside*-saak is die grondslag van hierdie leerstuk vir die eerste keer omvattend uiteengesit toe die Hof bevind het dat die EMRK se beskermingsmeganismes van fundamentele regte subsidiêr tot die lidstate se interne beskermingsmaatreëls van menseregte geld.³²⁷ Dit is in die eerste plek die verantwoordelikheid van die verdragstate self om daardie fundamentele regte wat hulle in die Konvensie erken het, binne hul soewereiniteitsgebied te beskerm. Verdragstate is voorts ook in 'n beter posisie om self te oordeel oor die spesifieke stappe wat geneem moet word ter beskerming van byvoorbeeld die openbare sedes.

Die wyse waarop die Hof die leerstuk toepas, is 'n goeie aanduiding van die algemene benadering wat die Hof volg om die soewereiniteit van verdragstate met hul verpligtinge onder die Konvensie te balanseer.³²⁸ Hierdie taak van die Hof moet beoordeel word teen die agtergrond van die primêre doel van die Konvensie om 'n effektiewe en eenvormige standaard van beskerming van menseregte in Europa te verseker.³²⁹ Die leerstuk kan andersyds ook as 'n vorm van regterlike selfkontrole

324 Eissen *Proportionality* 145; Cremona *Proportionality* 328.

325 Daar word volstaan met die Engelse term hoewel dit al in Nederlands vertaal is met *beoordelingsvrijheid* of *beoordelingsmarge* (Schokkenbroek *Margin of Appreciation-doctrine* 42 vt 3) en die Afrikaanse term staatlike beoordelingsruimte of beoordelingskompetensie, nie onvanpas sou wees nie.

326 Bernhard *Thoughts* 67. In *The Sunday Times* (1) 26 April 1979 A/30 par 59 bevind die Hof egter die teendeel: *The domestic law and practice of the Contracting States reveal a fairly substantial measure of common ground in this area. ... Accordingly, here a more extensive European supervision corresponds to a less discretionary power of appreciation.* Vgl voorts *Handyside* 7 Desember 1976 A/24 par 48-52.

327 *Handyside* 7 Desember 1976 A/24 par 48. Vgl ook Macdonald *Margin of Appreciation* 84.

328 Macdonald *Margin of Appreciation* 83. 'n Voormalige President van beide die EKMR en EHMR, Sir Humphrey Waldock, het hierdie leerstuk per geleentheid beskryf as *one of the more important safeguards developed by the Commission and the Court to reconcile the effective operation of the Convention with the sovereign powers and responsibilities of governments in a democracy.* Aangehaal in Hovius 1986 *Y B Eur L* Vol 6 47.

329 Merrills *Development* 136.

deur die Hof beskou word, as die regters van die Europese Hof vir Menseregte in sekere gevalle as't ware terugstaan ten gunste van die beslissings van die nasionale howe en wetgewers van die verdragstate.

Die *margin of appreciation*-leerstuk word nie in die teks van die Konvensie gevind nie,³³⁰ maar is afkomstig uit die *Conseil d'Etat* in die Franse reg se benadering ten opsigte van regterlike kontrole van administratiewe handeling.³³¹ Die leerstuk is aanvanklik deur die Europese Menseregtekommissie in die *Lawless*-saak gedefinieer toe die noodmaatreëls wat die Republiek van Ierland teen die Ierse Republikeinse Leër ingestel het, in terme van artikel 15 van die Konvensie beoordeel is.³³² Jare later is die regverdiging van noodmaatreëls wat Brittanje teen lede van terroristegroepe in Noord-Ierland gebruik het, weereens deur die Hof ingevolge artikel 15 van die Konvensie in die saak van *The Republic of Ireland v The United Kingdom* beoordeel.³³³ Die Hof bevind dat elke lidstaat oor 'n wye, hoewel nie onbeperkte, *domestic margin of appreciation* beskik om self te bepaal of die staat se nasionale veiligheid (*the life of the nation*) bedreig word deur 'n noodtoestand en welke noodmaatreëls geregverdig is.³³⁴ Hierdie kompetensie van verdragstate is egter nie onbeperk nie, omdat die Hof steeds in die finale instansie bepaal of die noodmaatreëls die fundamentele regte meer beperk het as wat in die situasie geregverdig was.³³⁵ Dit

330 *Merrills Development* 136.

331 *Jacobs Convention* 210. Matscher *Interpretation* 76 meen egter dit kom meer universeel voor en is in meeste administratiefregtelike stelsels van Wes-Europa te vinde. Schokkenbroek *Margin of Appreciation-doctrine* 41 meld dat dit in die Nederlandse administratiefreg bekend staan onder die term van *marginale toetsing* wat veral aangewend word in gevalle waar *voor de overheid een zekere handelings- en/of beoordelingsvrijheid aanwezig wordt geacht*.

332 *The concept of the margin of appreciation is that a government's discharge of these responsibilities is essentially a delicate problem of appreciating complex factors and of balancing conflicting considerations of the public interest; and that, once the Commission or the Court is satisfied that the Government's appreciation is at least on the margin of the powers conferred by Article 15, then the order justifies and requires a decision in favour of the legality of the Government's appreciation.* Vgl die mondelingse verrigtinge voor die Kommissie soos aangehaal deur *Merrills Development* 138. Sien ook Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 586; Macdonald *Margin of Appreciation* 85.

333 *The Republic of Ireland v The United Kingdom* 18 Januarie 1978 A/25 par 212-214.

334 *The Republic of Ireland v The United Kingdom* 18 Januarie 1978 A/25 par 207: *By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter, Article 15 (1) leaves those authorities a wide margin of appreciation.*

335 *The Republic of Ireland v The United Kingdom* 18 Januarie 1978 A/25 par 207. Dit is tans die gevestigde regsposisie in die EMRK-reg: Vgl by *Silver and Others* 25 Maart 1983 A/61 par 97: *[T]he Contracting States enjoy a certain but not unlimited margin of appreciation in the matter of*

is met ander woorde duidelik dat die Hof die proporsionaliteit van die beperkende noodmaatreëls met die *margin of appreciation*-leerstuk beoordeel.³³⁶

Die regspraak van die Hof het intussen tot die mate ontwikkel dat die *margin of appreciation*-leerstuk nie meer beperk is tot artikel 15 se noodmaatreëls nie, maar vir die meeste beperkings van fundamentele regte en vryhede in die Konvensie geld.³³⁷ Regter Macdonald beskryf juis die kontemporêre belang van hierdie leerstuk in die regspraak van die Europese Hof vir Menseregte op 'n treffende wyse:

*The margin of appreciation is at the heart of virtually all major cases that come before the Court, whether the judgement refer to it explicitly or not.*³³⁸

Weens hierdie voortdurende ontwikkeling van die *margin of appreciation*-leerstuk beskik die leerstuk tans nie oor 'n vaste inhoud nie en is dus uiters plooibaar.³³⁹ Dit kan dus gebeur dat een verdragstaat se beperkende handeling wat strenger is as soortgelyke beperkinge in ander verdragstate en afwyk van die demokratiese standaard, steeds aanvaarbaar sal wees indien daardie verdragstaat oortuigende redes kan verskaf om die spesifieke maatreëls te regverdig.³⁴⁰ In elke saak word die omvang van die leerstuk veral beïnvloed deur die spesifieke omstandighede van daardie saak tesame met die feit of 'n gemeenskaplike outonome Europese standaard vir die beskerming van daardie fundamentele reg bestaan.³⁴¹

the imposition of restrictions, but it is for the Court to give the final ruling on whether they are compatible with the Convention.

336 Eissen *Proportionality* 126.

337 Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 585-587; Hovius 1986 *Y B Eur L* Vol 647; Macdonald *Margin of Appreciation* 83-84. Die leerstuk vorm tans die primêre metode ter konkretisering van arts 5, 8-11, 14, 15 EMRk, en art 1 Protokol Nr 1, en om positiewe verpligtinge op verdragstate te regverdig. Dit regverdig ook quasi-noodtoestande of nuwe buitengewone omstandighede buite die omvang van art 15 soos spesiale anti-terrorisme wetgewing in Brittanje. Vgl bv *Brogan and others* 29 November 1988 A/145-B par 48, 60-62.

338 Macdonald *Essays in Honour of Robert Ago* 208.

339 Hovius 1986 *Y B Eur L* Vol 6 48.

340 *The Sunday Times* (1) 26 April 1979 A/30 par 61; *Dudgeon* 22 Oktober 1981 A/45 par 49, 60-62.

341 Macdonald *Margin of Appreciation* 85 ev; Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 592 ev; Hovius 1986 *Y B Eur L* Vol 6 49. Vgl *Rasmussen* 28 November 1984 A/87 par 44: *[T]he scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject-matter and its background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non existence of common ground between the laws of the Contracting States.*

Verdragstate beskik tans oor 'n wye *margin of appreciation* ten opsigte van abstrakte sake waarvoor weinig gemeenskaplike standaarde bestaan, soos die beskerming van ekonomiese belange,³⁴² en die beskerming van morele waardes en sedes wat tot die beperking van die vryheid van spraak³⁴³ of die vryheid van kuns³⁴⁴ lei. Hierteenoor bestaan 'n geringer *margin of appreciation* vir state in gevalle waar meer konkrete fundamentele beskermende belange waarvoor groter gemeenskaplike eenheid bestaan, beperk word. Dit is veral die geval tydens die beperking van die reg op respek van mense se intieme privaat- of familielewes in artikel 8(1),³⁴⁵ of die vryheid van spraak in artikel 10(1)³⁴⁶ van die Konvensie.

342 Vgl *Sporrong and Lönnroth* 23 September 1982 A/52 par 69, 73 (langtermyn onteieningspermitte se beperking van die reg op vreedsame benutting van eiendom is disproportioneel); *James and others* 21 Februarie 1986 A/98 par 77 (vervreemding van onroerende goedere teen vasgestelde prysmaatstawwe is aanvaarbaar ter bekamping van sosiale onreg); *Lithgow and others* 8 Julie 1986 A/102 par 122 (berekening van die omvang van kompensasie na onteiening van onroerende eiendom val binne die verdragstaat se diskresie).

343 Vgl *Handyside* 7 Desember 1976 A/24 (Britse howe se verbod op 'n obscene boek wat in ander verdragstate versprei is, is toelaatbaar).

344 Vgl *Müller and Others* A/133 24 Mei 1988 par 32-37 (toelaatbaarheid van beperkinge op 'n kunsuitstalling, omdat ongekontroleerde toegang deur minderjariges teenstrydig met die plaaslike morele, sosiale, godsdienstige en kulturele waardes van die stad Fribourg is wat verskil van elders in Switserland waar die uitstalling wel ongehinderd kon plaasvind).

345 Vgl *Dudgeon* 1981 22 Oktober 1981 A/45 par 52 (kriminalisering van 'n private homoseksuele daad tussen twee instemmende volwasse mans is, tsv sterk plaaslike gemeenskapsgevoelens teen homoseksualisme, deur die Hof as teenstrydig met die veranderende Europese standpunt bevind); *Jonhston and Others* A/112 18 Desember 1986 par 75 (verbod op diskriminasie teen buiteregte kinders in Ierland); *F v Switzerland* 18 Desember 1987 A/128 par 30-40 (disproporsionaliteit van 'n tydelike verbod op huweliksluiting na 'n persoon se derde egskeiding); *Erikson* 22 Junie 1989 A/156 par 69-72 (disproporsionaliteit van 'n Sweedse verbod op 'n moeder om haar kind in pleegsorg te besoek); *Gillow* 24 November 1986 A/109 par 55-58 (disproporsionaliteit van administratiewe handeling tydens die implementering van behuisingwetgewing).

346 Vgl *Lingens* 8 Julie 1986 A/103 par 40-47 (wye ruimte vir joernalistieke kommentaar oor politici); *Castells* 23 April 1992 A/236 par 42-48 (groot mate van vryheid vir 'n opposisie politikus om die Regering in die pers te kritiseer); *Barthold* 25 Maart 1985 A/90 par 58-59 ('n hofbevel wat 'n veearts verbied om bepaalde feite in die openbare pers te herhaal ten einde die kommersiële belange van ander veeartse te beskerm teen ontoelaatbare advertensie, is *contra* die vryheid van spraak); *Weber* 22 Mei 1990 A/177 (die beskerming van die regbank deur hofsake vertroulik te behandel is nie noodsaaklik as dit reeds openbare kennis is nie); *Thorgeir Thorgeirson* 25 Junie 1992 A/239 par 63-70 ('n lasterklag teen 'n skrywer na sy kritiek oor polisiebrutaliteit is *contra* die vryheid van spraak in 'n demokrasie). Die omvang van artikel 10 se vryheid van spraak en verspreiding van informasie en idees in die gekompliseerde terrein van die handelswêreld openbaar egter heelwat onderlinge verskille. Vgl *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beerman* 20 November 1989 A/165 par 33-38 ('n verbod op kritiese verbruikersinligting wat die handelsreputasie van 'n besigheid skaad, is gehandhaaf); *Groppera Radio AG and Others* 28 Maart 1990 A/173 ('n wye *margin of appreciation* regverdig die verbod op 'n kabelmaatskappy om programme vanuit Italië te herlei vir uitsending in Switserland); *Autronic AG* 22 Mei 1990 A/178 par 60-63 (die verbod op 'n elektroniese maatskappy om openbare Soviet televisieprogramme in Switserland vir advertensie doeleindes op te vang, is onaanvaarbaar in 'n demokrasie); en *Informationsverein Lentia and Others* 24 November 1993 A/276 par 34-43 ('n staatsmonopolie op die elektroniese uitsaaiwese in Oostenryk is disproportioneel en vorm nie 'n noodsaaklike beperking van persvryheid in 'n demokratiese samelewing nie).

Uit voorgaande bespreking is dit duidelik dat die Hof nie 'n eenvormige en algemene metode gebruik om die leerstuk van *margin of appreciation* toe te pas nie, maar dat die leerstuk veral deur die spesifieke konteks waarin dit aangewend word, beïnvloed word. Hiermee pas die Hof 'n graad van buigsaamheid toe wat deel vorm van 'n pragmatiese benadering in die strewe om geleidelik uit die mengelmoes van menseregtebeskouings en verskeidenheid van kultuur-historiese tradisies, sosiale, ekonomiese en politieke omstandighede van die verskillende verdragstate, 'n effektiewe en redelik eenvormige Europese standaard van menseregtebeskerming te skep.³⁴⁷

5.4.10 Oorvleueling en botsing van regte

a) Oorvleueling van fundamentele regte

Dieselfde regs metode wat in die Duitse staatsreg geld wanneer twee fundamentele regte oorvleuel, word ook in die EMRK-reg gebruik, naamlik dat 'n *lex specialis* voorkeur geniet bo 'n *lex generalis*. In die saak van *Ezelin* is dissiplinêre stappe teen 'n regspraktisyn geneem omdat hy hom nie gedistansieer het nie van 'n aggressiewe openbare betoging waartydens die regters en polisie beledig of gedreig is, asook weens sy weiering om voor die ondersoekende regter getuie af te lê oor gebeure tydens hierdie optog.³⁴⁸ Die applikant het ook vreedsaam deelgeneem aan die protesoptog en het as juris teen die veiligheidswetgewing betoog. Die vraag voor die Hof was of die dissiplinêre stappe teen die applikant sy vryheid van spraak (artikel 10), of sy reg op vryheid van vreedsame byeenkoms en assosiasie (artikel 11) aantast. Die Europese Hof vir Menseregte bevind dat die vryheid van spraak in artikel 10 die *lex generalis* vorm, wat terug moet tree vir artikel 11 as *lex specialis*.³⁴⁹ Tog voeg die

347 Macdonald *Margin of Appreciation* 122-123. Hoewel die leerstuk van 'n *margin of appreciation* noodsaaklik is ten einde internasionale menseregtekonvensies suksesvol te implementeer, bly dit steeds omstrede. Vgl die bronne in Bernhardt *Internationaler Menschenrechtsschutz* 81 vt 9; Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice* 586-587 en 603; Ost *Canons of Interpretation* 305; Macdonald *Margin of Appreciation* 84.

348 *Ezelin* 26 April 1991 A/202.

349 *Ezelin* 26 April 1991 A/202 par 35. In *Brannigan and McBride* 26 Mei 1993 A/258 par 39-66 het noodmaatreëls wat teen terrorisme in Noord-Ierland gegeld het, verhoed dat die applikante binne die voorgeskrewe tydperk na hulle arres en aanhouding voor 'n hof gebring is. Die applikante begrond hul aansoek om regshulp op beide arts 13 en 5(4) van die Konvensie. Die Hof bevind

Hof by dat ten spyte van die outonome rol en spesifieke beskermingsveld van artikel 11 se reg op vryheid van byeenkoms en assosiasie, moet dit in die lig van artikel 10 beoordeel word, omdat laasgenoemde se beskerming van persoonlike standpunte een van die oogmerke van artikel 11 is.³⁵⁰ Dus, die *lex specialis* moet met inagneming van die beskermingsveld van die *lex generalis* gekonstrueer word.

b) Konflik tussen verskillende regte

Die Hof se hantering van die klassieke probleem van 'n botsing of konflik wat tussen verskillende fundamentele regte se beskermingsvelde ontstaan, word treffend geïllustreer deur die onlangse beslissing in *Otto-Preminger-Institut*³⁵¹ In hierdie saak het daar 'n botsing ontstaan tussen die reg op kunsvryheid in artikel 10 en die reg op godsdienstvryheid in artikel 9 van die Konvensie. Die onderwerp in geskil was die openbare vertoning van 'n film gebaseer op 'n boek deur Oskar Panizza wat God, Christus, die Moeder Maria en die Duiwel gekarakteriseer het in 'n satiriese tragedie, maar wat deur sommige mense as godslasterlik beskou is.³⁵² Die film is aanvanklik sonder probleme in verskeie Europese stede, waaronder ook Weenen in Oostenryk, vertoon. Toe dit egter in die Tioolse provinsiale hoofstad, Innsbruck, met 'n ouderdomsbepanking onder streng kontrole vertoon sou word, het die plaaslike Rooms Katolieke Kerk beswaar aangeteken waarop die openbare vertonings van die film verbied is en later op die film beslaggelê is.³⁵³

Die saak is na die Europese Menseregtekommissie verwys wat bevind het dat die spesifieke beperkende maatreëls wat die organiseerders vir die vertoning getref het, reeds 'n beperking van kunsvryheid meegebring het. Daarom was die totale verbod op die vertoning en die beslaglegging en verbeurdverklaring van die film, onnodig en

(op par 75-76) dat die meer algemene en minder streng vereiste van art 13 wat aan enige een wie se regte in die Konvensie benadeel is, 'n effektiewe remedie voor die verdragstaat se owerhede waarborg, terug moet tree ten gunste van art 5(4) se meer spesifieke en strenger voorskrif wat vereis dat elkeen wie se vryheid deur arres of aanhouding ontnem is, geregtig is om die regsgeldigheid van die aanhouding in 'n vinnige prosedure voor 'n hof (soos 'n *habeas corpus*-aansoek) te toets.

350 *Ezelin v France* 26 April 1991 A/202 par 37.

351 *Otto-Preminger-Institut* 20 September 1994 A/295 (ook bekend as die *Liebeskonzil*-saak). Vgl ook die vonnisbespreking in Anon 1995 *ÖJZ* Vol 4 154-158; Grabenwarter 1995 *ZaöRV* Vol 55 128-165.

352 *Otto-Preminger-Institut* 20 September 1994 A/295 par 10, 20-22.

buite verhouding.³⁵⁴ Die Europese Hof vir Menseregte daarenteen het aanvaar dat die verbod op die vertoning en die beslaglegging van die film, na afweging van die botsende belange van artikels 9 en 10 van die Konvensie, geregverdig was.³⁵⁵

Dit is metodologies veral opvallend dat die Hof die twee konflikterende regte nie eenvoudig in abstraksie naas mekaar ontleed en teenoor mekaar afgeweg het nie, maar dat die Hof die konflik tussen die twee regte met behulp van die struktuur van die tweestap konkretiseringsproses opgelos het.

(i) Dit beteken dat die Hof eers vasgestel het of die reg op kunsvryheid wat in die reg op vryheid van spraak en meningsvorming in artikel 10 vervat word deur die vertoningsverbod en die beslaglegging van die film beperk is.³⁵⁶

(ii) Daarna het die Hof die regverdiging van die beperking ingevolge die vereistes van artikel 10(2) van die Konvensie beoordeel. Hiervolgens is bevind dat die beperking van kunsvryheid voortspruit uit regsvoorskrifte.³⁵⁷

(iii) Daar is ook bevestig dat die beperking die legitieme oogmerk nastreef om ander persone se regte, naamlik lede van die Rooms Katolieke Kerk in Innsbruck se godsdienstige gevoelens, te beskerm en terselfdertyd om wanorde te voorkom.³⁵⁸ Gedurende hierdie stap is die beskermingsveld van die reg op godsdienstvryheid binne 'n tolerante demokratiese samelewing bepaal.³⁵⁹ Hiervoor het die Hof onder meer die verhouding wat die Konvensie tussen godsdienstvryheid en vryheid van spraak in 'n demokrasie voorstaan, met behulp van sistematiese konstruksie uit die geheel van die

353 *Otto-Preminger-Institut* 20 September 1994 A/295 par 15-16.

354 Vgl Grabenwarter 1995 *ZaöRV* Vol 55 138.

355 *Otto-Preminger-Institut* 20 September 1994 A/295 par 42-57. In hul minderheidsmening, verskil Palm R, Pekkannen R, en Makarczyk R (23-25) van die meerderheid en bevind dat die verbod op die vertoning van en die beslaglegging op die film, buitensporige en disproporsionele maatreëls was as dit gemeet word aan die fundamentele posisie wat die vryheid van spraak en meningsvorming in 'n tolerante demokratiese samelewing beklee.

356 *Otto-Preminger-Institut* 20 September 1994 A/295 par 43.

357 *Otto-Preminger-Institut* 20 September 1994 A/295 par 44-45.

358 *Otto-Preminger-Institut* 20 September 1994 A/295 par 46.

359 *Otto-Preminger-Institut* 20 September 1994 A/295 par 47. Dit word duidelik gestel dat die beskermingsveld van godsdienstvryheid nie 'n absolute reg vry van enige kritiek op daardie godsdien is nie, deurdat opponerende denke, kritiek en verwerping van 'n bepaalde geloof se standpunte verdra moet word. Sodanige kritiek of teenoorstaande denke moet egter van so aard

Konvensie vasgestel.³⁶⁰ Die Hof verwys hierop na die owerheid se algemene beskermingsplig van individue se godsdienstige gevoelens teen die krenking daarvan deur ander persone.³⁶¹ Derhalwe kan die owerheid dit as 'n legitieme oogmerk beskou om bepaalde handeling - selfs die verspreiding van informasie en idees - wat nie versoenbaar met die betoning van respek teenoor godsdiensvryheid is nie, te verbied.³⁶²

(iv) Ten slotte het die Hof die proporsionaliteit van die beperking van kunsvryheid en vrye meningsvorming in 'n demokratiese gemeenskap beoordeel.³⁶³ Dit het onder meer behels dat die Hof die beskermingsveld van die reg op vrye meningsvorming en kunsvryheid in 'n demokratiese samelewing bepaal het.³⁶⁴ Die Hof bevind ook dat daar, soos in die geval van moraliteitskwessies, nie 'n eenvormige Europese maatstaf gevind kan word wat die waarde van vryheid van godsdien in 'n samelewing aandui nie, en dat verdragstate daarom oor 'n *margin of appreciation* beskik.³⁶⁵ Ten einde die praktiese proporsionaliteit van die beslaglegging van die film te beoordeel, het die Hof die botsende regte op kunsvryheid en godsdiensvryheid teenoor mekaar afgeweg.³⁶⁶ Dit beteken dat die Hof in die lig van die spesifieke feite van die saak en met inagneming van die *margin of appreciation* wat aan die Tiroolse owerhede oorgelaat word, 'n spesifieke waarde-oordeel gefel het.

Dit is belangrik dat die Hof hierdie botsing tussen die twee fundamentele regte veral met behulp van sistematiese en teleologiese argumente opgelos het. Dit is argumente wat die eenheid van die Konvensie, die waarde-stelsel van die Konvensie, die aard, omvang en gevolge van die beskermingsvelde van die botsende regte, en die *margin*

wees en op so 'n wyse geskied dat dit nie die uitoefening van die reg op godsdiensvryheid ondermyn en inhibeer nie.

360 *Otto-Preminger-Instituut* 20 September 1994 A/295 par 47: *The Convention is to be read as a whole and therefore the interpretation and application of Article 10 in the present case must be in harmony with the logic of the Convention.*

361 *Otto-Preminger-Instituut* 20 September 1994 A/295 par 47. Vgl krities Grabenwarter 1995 *ZaöRV* Vol 55 143 ev. Sien ook bv *Kokkinakis* 25 Mei 1993 A/260 par 31-33, 42, 48 (skuldigbevinding van 'n *Jehovah*-getuie weens opdringerige bekeringsywer of proselitering). Die Hof bevind dat die beskerming van een geloofsbeskouing teenoor 'n ander impliseer dat matige en respekvolle teengetuie van ander geloofsbeskouinge verdra moet word, mits daar nie van misleidende metodes gebruik gemaak word nie.

362 *Otto-Preminger-Instituut* 20 September 1994 A/295 par 47.

363 *Otto-Preminger-Instituut* 20 September 1994 A/295 par 49-57.

364 *Otto-Preminger-Instituut* 20 September 1994 A/295 par 49.

365 *Otto-Preminger-Instituut* 20 September 1994 A/295 par 50.

of appreciation wat vir verdragstate geld, beklemtoon het. Dit is voorts treffend dat die Hof, net soos tydens die Duitse grondwetlike konstruksie, 'n praktiese harmonie tussen die twee konflikterende regte probeer tref het al het die Hof dit vanuit die struktuur van gewone beperkings benader. Die Hof het naamlik juis die beskermingsvelde van beide regte afsonderlik gekonstrueer ten einde elke reg se waarde in 'n demokratiese samelewing te bepaal, alvorens enige belangafwegingsproses plaasgevind het. Dit beteken dat die Hof nie in 'n geykte reël-uitsondering-redenasie of arbitrêre waarde-oordeel verval het nie, maar probeer het om die wesentliche beskermingsveld van beide regte so ver moontlik met mekaar te versoen. Die Hof se gevolglike waarde-oordeel was in die finale instansie gegrond op die regters se indrukke van die eise van die spesifieke saak soos wat hulle dit beoordeel het in die lig van die Konvensie se waarde-stelsel.

5.5. SAMEVATTING

Alkema merk tereg op dat hoewel dit weens die heterogene karakter van die EMRK-reg moeilik is om die regspraak van die Europese Hof vir Menseregte in enkele woorde te beskryf, daar wel 'n tweevoudige dinamiek uit die Hof se konkretisering van die EMRK geïdentifiseer kan word.³⁶⁷ Enersyds is die regspraak omvangryk met die gevolg dat 'n groot aantal norme van die Konvensie verder deur die Hof verfyn en uitgebou is. Dit het plaasgevind nieteenstaande die feit dat die Hof meestal algemene dogmatiese uitsprake vermy en eerder op die eise van spesifieke gevalle fokus. Andersyds het die Hof met behulp van dinamies-evolutionêre konstruksie die regte en vryhede in die Konvensie by die heersende omstandighede aangepas, sodat die Konvensie waarlik 'n lewende dokument geword het.

Die *sui generis* volkeregtelike karakter van die EMRK bring mee dat die Hof nie soos ander internasionale verdrae aan die uitlegvoorskrifte van die Weense Konvensie vir Verdragsreg gebonde is nie. Inteendeel, die Hof gebruik juis 'n wisselwerking van interpretasiebeginsels van binne sowel as buite die Weense Konvensie vir Verdragsreg om die konkretisering van die Konvensie se regte en vryhede in elke

366 *Otto-Preminger-Institut* 20 September 1994 A/295 par 51-57.

367 *Alkema Een Europese Constitutie* 339-240, 242.

geval te verseker. Aanvanklik word die Konvensie se teks geraadpleeg, waarna die Hof hoofsaaklik op sistematies-kontekstuele argumente saam met teleologiese waardegerigte konstruksie steun. Genetiese konstruksie word slegs sekondêr gebruik om 'n bestaande interpretasie te bevestig. 'n Gemeenskaplike Europese standaard van beskerming van die Konvensie se regte en vryhede word deur outonome interpretasie verseker as die Hof bykomende interpretasiebeginsels soos aktiewe regsvergeelyking en dinamiese, evolusionêre en skeppende konstruksie gebruik. Die Hof waarborg dus die legitimiteit van die Konvensie deur middel van aktiewe teleologies-evolusionêre interpretasie van die Konvensie as 'n lewende instrument.

Die Hof balanseer egter hierdie aktiewe konkretisering van individuele regte en vryhede met die eise van staatlike soewereiniteit in die volkereg, deur aan verdragstate 'n spesifieke *margin of appreciation* toe te ken vir die beperking van bepaalde regte. Die Hof se toepassing van die *margin of appreciation*-leerstuk dien inderwaarheid as 'n vorm van *judicial self-restraint* op die Hof se evolusionêr-skeppende benadering. Hierdie metodologiese dualisme van die Hof is vatbaar vir kritiek dat die Hof 'n verwagting van substantiewe geregtigheid met behulp van dinamiese konstruksie skep, maar dit daarna verydel deur die toekenning van 'n *margin of appreciation* aan die verdragstaat wat die beperking regverdig.³⁶⁸ Mahoney argumenteer egter dat hierdie wisselende regterlike aktivisme en regterlike selfbeperking bloot verskillende kante van dieselfde munt vorm en onvermydelik is uit hoofde van die *sui generis* aard van die Konvensie as volkeregtelike verdrag wat die eenvormige beskerming van menseregte in soewereine state nastreef.³⁶⁹

Die Europese Hof vir Menseregte volg eweneens die tweestap metodiek wat in die Duitse en Kanadese konkretisering van fundamentele regte gevolg word. Voorts stem die uitdruklike beperkingsmaatstawwe waaraan die regte en vryhede in artikels 8 tot 11 van die Konvensie onderhewig is,³⁷⁰ grootliks ooreen met die maatstawwe wat later in die Kanadese reg vir die beperking van die *Charter of Rights and Freedoms*

368 Vgl Gearty 1993 *Cambr L J* Vol 52 889 ev wat argumenteer dat die EHMR weens die leerstuk van *margin of appreciation*, inderwaarheid net verskillende vergestaltinge van *due process*-beskerming volg en nie ware substantiewe beskerming aan individuele burgerlike regte en vryhede verleen nie.

369 Mahoney 1990 *Hum R L J* Vol 11 59.

370 Vgl Bellekom *Beperkingsklousules* 69.

ontwikkel is. Hiervolgens bepaal die Hof tydens die eerste stap of daar 'n beperking op een van die omskrewe regte of vryhede voorkom. Dit geskied deur die beskermingsveld van die fundamentele reg sowel as die betekenis van die beperkende regsnorm te konstrueer. Indien daar wel 'n beperking gevind word, word bepaal of die beperking ooreenkomstig regsvoorskrifte van die verdragstaat geskied wat toeganklik en voorsienbaar moet wees. Daarna word bepaal of die oogmerk van die beperking 'n dwingende openbare probleem moet oplos. Hierna word bepaal of daar 'n redelike of proporsionele verhouding tussen die omvang van die beperking en die aard van die oogmerk wat dit nastreef, bestaan. Tydens die laaste twee elemente kan die Hof 'n bepaalde *margin of appreciation* aan die verdragstaat verleen as daar nie 'n gemeenskaplike Europese standaard van beskerming van die betrokke fundamentele reg bestaan nie. Indien die antwoord dan steeds positief is, het daar geen ontoelaatbare beperking van of inbreuk op die individuele reg of vryheid plaasgevind nie.

Daar is ook gevind dat 'n konflik tussen twee individuele regte in die Konvensie op dieselfde wyse hierbo as 'n normale beperking van 'n individuele reg benader word, met die voorbehoud dat die beskermingsvelde van albei regte bepaal moet word en so ver as moontlik teenoor mekaar verwesenlik moet word alvorens 'n finale waardeoordeel ten gunste van die een of die ander reg gemaak word.

Dit is duidelik uit die voorgaande hoofstuk dat die Europese Hof vir Menseregte se konkretisering van die fundamentele regte wat in die Konvensie vervat is, as 'n suksesvolle voorbeeld van volkeregtelike beskerming van menseregte as afdwingbare subjektiewe regte beskou kan word. Die Hof se metodologie stem, nieteenstaande die eiesoortige eise van die volkeregtelike dimensie van die EMRK, grootliks ooreen met die metodologie wat regters in toonaangewende nasionale jurisdiksies soos die Duitse *BVerfG* en die Kanadese *Supreme Court* volg ter realisering van fundamentele regte. So veel so, dat die Europese Hof vir Menseregte 'n navolgingswaardige hermeneutiese standaard vir die regterlike konkretisering van fundamentele regte op die Afrika kontinent stel.

HOOFSTUK SES

REPUBLIEK VAN SUID AFRIKA

[I] regard the question of interpretation to be one to which there can never be an absolute and definitive answer and that, in particular, the search of where to locate ourselves on the literal/purposive continuum or how to balance out competing provisions, will always take the form of a principled judicial dialogue, in the first place between members of this Court, then between our Court and other Courts, the legal profession, law schools, Parliament, and indirectly, with the public at large.¹

6.1 INLEIDING

Sedert die invoering van 'n demokratiese regstaat in Suid-Afrika op 27 April 1994 het die regsbeskouing en regterlike taak in die Suid-Afrikaanse reg radikaal verander. Voorheen was die Suid-Afrikaanse staatsreg gekenmerk deur 'n stelsel van parlementêre soewereiniteit, die afwesigheid van regterlike kontrole van owerheidsgesag en van substantiewe geregtigheid, en die toepassing van 'n letterlike-*cum*-bevelsteorie tydens wetsuitleg.² Die nuwe grondwetlike orde word gekenmerk deur 'n onderneming om daardie menseregte te beskerm wat in 'n verskanste handves van fundamentele regte in 'n verhewe grondwet vervat is en wat in die finale instansie deur 'n spesiale Konstitusionele Hof bereg word.³ Voorts word die aangewese

1 *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 918B-C [129] per Sachs R (afsonderlike opinie).

2 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 498E-G [301] per Mokgoro R (afsonderlike opinie).

3 Vgl die voorrede, art 4, hoofstukke 3 en 7 van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 200 van 1993 (hierna die 1993 Grondwet); die voorrede, art 1 en hoofstukke 2 en 8 van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 108 van 1996 (hierna die 1996 Grondwet); die Reëls van die Konstitusionele Hof (ooreenkomstig art 100 gelees met art 102(11) van die 1993 Grondwet) mbt aspekte soos *locus standi*, die geskiktheid van sake vir beregting (*mootness* en *ripeness*), die funksies, jurisdiksie, strukture, prosedures en bevele van die Konstitusionele Hof in vergelyking met die ander houe in die Suid-Afrikaanse reg. Vgl ook Loots en Chaskalson *Court Rules* 7-1; Loots *Access to the Courts and Justiciability* 8-1 – 8-19; Klaaren *Judicial Remedies* 9-1 – 9-32; Claassen 1994 *THRHR* Vol 57 412-439; Loots 1994 *SAJHR* Vol 10 49-59; Pretorius 1994 *SAPR* Vol 9 269-272; Cachalia ea (reds) *Fundamental Rights* 13-16. Nieteenstaande die verskille tussen die 1993 Grondwet en die 1996 Grondwet, vorm lg 'n voortsetting van dieselfde grondwetlike orde en grondwetlike verbintenis tot die beskerming van fundamentele regte as eg. Vgl *Minister of Justice v Ntuli* 1997 3 SA 772 (KH) 782E-F [32] per Chaskalson P; *Fose v Minister of Safety and*

regterlike beslissingstyl in hierdie nuwe grondwetlike bestel gekenmerk deur die balansering van konflikterende fundamentele regte en vryhede teenoor mekaar en deur die uitoefening van waarde-oordele.⁴

6.2 STAATSREGTELIKE STRUKTUUR

Die interpretasie en konkretisering van fundamentele regte in die Suid-Afrikaanse reg geskied teen die agtergrond van die volgende staatsregtelike raamwerk.

6.2.1 Staatsvorm

Die Suid-Afrikaanse staatsvorm in die 1993 Grondwet sowel as in die 1996 Grondwet word gekenmerk deur 'n sentrale regering in 'n unitêre staat met spesifieke federale kenmerke soos die besondere aard van die provinsiale regeringstelsel en spesifieke strukturele maatreëls ter beskerming van minderheidsbelange.⁵ Hierdie staatstruktuur vorm dus 'n saamgestelde staat. Die nuwe Suid-Afrikaanse staat sedert 27 April 1994 kan naas die saamgestelde aard daarvan, ook as 'n republikeinse, demokratiese, en sosiale regstaat bestempel word.⁶ Vervolgens word laasgenoemde twee eienskappe

Security 1997 3 SA 786 (KH) 832H-I [89] per Kriegler R (afsonderlike opinie). Hierdie grondwetlike kontinuïteit is die resultaat van die grondwetlike beginsels in bylae 4 van die 1993 Grondwet se bindende regsrag (ingevolge art 71 van die 1993 Grondwet) op die Grondwetlike Vergadering se formulering van die 1996 Grondwet. Vgl *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); Venter 1997 *ZaöRV* Vol 57 59. Die huidige ondersoek verwys afwissellend na beide Grondwette, hoewel die 1993 Grondwet beklemtoon word omdat die Konstitusionele Hof tot dusver met heelwat probleme rakende die 1993 Grondwet gekonfronteer is.

4 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 498G-H [302], 499B [304] per Mokgoro R (afsonderlike opinie) waar sy kort en onomwonde hierdie aangewese regterlike styl bevestig: *This is the nature of constitutional interpretation*. Vgl ook Cachalia ea (reds) *Fundamental Rights* 3 waar die eerste sin van die boek lui: *Constitutionalism is about balancing the principles of liberty and equality against power*.

5 Vgl Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 20 mbt die 1993 Grondwet. Skrywers beskryf die staatsvorm in die 1993 Grondwet en 1993 Grondwet op verskillende wyses. Erasmus 1994 *SAPR* Vol 9 407-429 bestempel dit as 'n gedesentraliseerde provinsiale regering; Davis 1994 *SAJHR* Vol 10 104 beskryf dit weer as 'n federale struktuur; Klaaren *Federalism* 5-1 beskou dit weer as 'n federale stelsel met unitêre kenmerke; terwyl Venter 1994 *SAPR* Vol 9 219-221 en 1997 *ZaöRV* Vol 57 53, 60 ev juis die unitêr-federale slagyster vermy as hy die RSA (soos Indië) as 'n saamgestelde (*composite*) staat bestempel. Die sterk outonome gesag wat die provinsies in hierdie saamgestelde staat beklee, word geïllustreer deur die feit dat twee provinsies elk reeds oor 'n eie provinsiale grondwet beskik wat deur die Konstitusionele Hof goedgekeur is. Vgl *Ex Parte Speaker of the KwaZulu-Natal Provincial Legislature: In Re Certification of the Constitution of the Province of KwaZulu-Natal*, 1996 1996 4 SA 1098 (KH); *In Re Certification of the Constitution of the Western Cape*, 1997 1997 9 BCLR 1167 (KH).

6 Vgl die aanhef, gelees met arts 1(1), 4 en 6 en hoofstuk 3 van die 1993 Grondwet; en die aanhef,

van nader beskou.

6.2.2 Regstaatlikheid

Die aanhef, spesifieke bepalings en die gees van beide die 1993 Grondwet en die 1996 Grondwet bevestig die regstaatlike karakter van die nuwe grondwetlike orde.⁷ Hoewel daar soms ietwat ongenuanseerd in dieselfde asem na die *rule of law* verwys word,⁸ beklemtoon die Konstitusionele Hof die fundamentele belang van hierdie nuwe regstaatlike karakter van die Grondwet en die implikasies wat dit vir die reg as geheel inhou.⁹ Die wesenlike formele elemente van 'n materiële regstaat wat sedert 1994 in

arts 1 en 2, hoofstuk 2 van die 1996 Grondwet.

- 7 Vgl die aanhef, arts 1(1), 4, 6, hoofstuk 3, arts 62(1), 96(2), 112(1), en die grondwetlike beginsels in bylae 4 van die 1993 Grondwet. Sien ook die aanhef, arts 1, 2, 7(1) en (2), 30(1), 39(1), die res van hoofstuk 2, arts 44(4), 83(b), 165(2) van die 1996 Grondwet. Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 453I [155] per Ackermann R; *De Lange v Smuts NO and Others* 1998 7 BCLR 779 (KH) 798 [25] ev per Ackermann R (meerderheidsbeslissing). Vgl algemeen Venter 1994 SAPR Vol 9 217 en 1997 ZaöRV Vol 57 77-79; De Ville 1994 SAPR Vol 9 363-364; De Waal 1995 SAJHR Vol 11 3-9. Die regstaatidee is reeds sedert die laat sestigerjare deur regsteoretici as 'n grondbeginsel van 'n nuwe demokratiese grondwetlike bestel vir die RSA gevisualiseer. Vgl bv die verwysings in Venter 1997 ZaöRV Vol 57 73 vt 85. Dit is opmerklik dat die 1996 Grondwet wegskram om die term regstaat te gebruik. Art 1(c) van die amptelike Engelse teks van die 1996 Grondwet verwys na [*s*]upremacy of the constitution and the rule of law, terwyl die Afrikaanse weergawe na [*d*]ie oppergesag van die grondwet en die heerskappy van die reg verwys. Hierdie direkte verwysing na die *rule of law* diskwalifiseer volgens die mening van die huidige skrywer egter nie die voortbestaan van die regstaatlike karakter van die 1996 Grondwet nie, omdat die wesenlike elemente van 'n regstaat wel in die Grondwet vervat is en die Konstitusionele Hof daaraan gevolg gee. Buitendien, na analogie van die Duitse staatsreg meld die GG nêrens uitdruklik dat die Federale Republiek van Duitsland 'n regstaat is nie. Art 28(1) GG se verwysing na regstaatlikheid geld slegs vir die *Länder*. Nogtans het die *BVerfG* die regstaatlike karakter van die *Bund* as 'n ongeskrewe fundamentele grondwetlike grondbeginsel beskou waarvan spesifieke elemente wel in die GG vervat is.
- 8 Vgl bv *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 2 SA 751 (KH) op 804D [105] per Ackermann R waar die begrippe *the rule of law*, *the constitutional State*, en *the 'regstaatidee'* in die konteks van 'n onafhanklike regbank as sinoniem met mekaar gebruik word. Sien ook Cachalia ea (reds) *Fundamental Rights* 9.
- 9 Ackermann R artikuleer byvoorbeeld in sy afsonderlike opinie in *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 454B-E [156] hierdie nuwe regstaatlike grondwetlike karakter treffend: *In reaction to our past, the concept and values of the constitutional State, of the 'regstaat', and the constitutional right to equality before the law are deeply foundational to the creation of the 'new order' referred to in the preamble. The detailed enumeration and description in s 33(1) of the criteria which must be met before the Legislature can limit a right entrenched in chap 3 of the Constitution emphasise the importance, in our new constitutional State, of reason and justification when rights are sought to be curtailed. We have moved from a past characterised by much that was arbitrary and unequal in the operation of the law to a present and a future in a constitutional State where State action must be such that it is capable of being analysed and justified rationally. The idea of the constitutional State presupposes a system whose operation can be rationally tested against or in terms of the law. Arbitrariness, by its very nature, is dissonant with these core concepts of our new constitutional order.* Vgl voorts *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 450B [140] per Chaskalson P, 502D [311] per Mokgoro R (afsonderlike opinie); *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) 821B-D [153] (by implikasie); *Fose v*

die nuwe Suid-Afrikaanse grondwetlike bestel geïnkorporeer is, word reeds deur die Konstitusionele Hof aangewend tydens konkretisering van die fundamentele regte.

a) Normatiewe verhewendheid

Artikel 4(1) van die 1993 Grondwet en artikels 1(c) en 2 van die 1996 Grondwet bevestig die oppergesag van die grondwetlike norme as die hoogste regsnorme in die Suid-Afrikaanse regstaat.¹⁰ Dit lui dus 'n nuwe grondwetlike orde in waarin menseregte en demokrasie verskans word in die Grondwet en deur die regbank afgedwing en beskerm word, selfs in weerwil van die heersende meerderheidswil.¹¹ Ooreenkomstig artikel 4(2) van die 1993 Grondwet en artikels 1(c) en 2 van die 1996 Grondwet vorm die Grondwet die *Grundnorm* van die Suid-Afrikaanse reg. Hiermee word afstand gedoen van die tradisionele norm van parlementêre soewereiniteit wat in die grondwetlike bedelings voor 27 April 1994 geheers het, deurdat die wetgewende, uitvoerende en regsprekende owerheidsgesag onderhewig aan die oppergesag van die

Minister of Safety and Security 1997 3 SA 786 (KH) 827D [70] per Ackermann R (meerderheidsbeslissing). Die 1996 Grondwet se direkte verwysing na die *rule of law*, noodsaak Ackermann R (meerderheidsbeslissing) egter om die *rule of law* te verken sonder om direk te verwys na die regstaatlike karakter van die 1996 Grondwet in *De Lange v Smuts NO and Others* 1998 7 BCLR 779 (KH) 798-800 [44]-[48].

10 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 453I-J [153] per Ackermann R (afsonderlike opinie), 476C-D [207] per Kriegler R (afsonderlike opinie); *Fose v Minister of Safety and Security* 1997 3 SA 786 (KH) 799C [18] per Ackermann R (meerderheidsuitspraak); *De Lange v Smuts NO and Others* 1998 7 BCLR 779 (KH) 799 [44] per Ackermann R (meerderheidsbeslissing). Hoewel die 1993 Grondwet bedoel was om tydelik van aard te wees ten einde slegs vir die oorgangsfase te geld tot die onderhandelinge oor die 1996 Grondwet afgehandel is, het dit nie die oppergesag van die 1993 Grondwet verminder nie. Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 402F-403A [7] per Chaskalson P. Hoewel die 1993 Grondwet dus die historiese brug met die verlede gevorm het maar terselfdertyd ook fundamenteel daarmee gebreek het, was dit nooit bedoel om finaal te wees nie. Die 1993 Grondwet het eerder die beginselraamwerk gevorm waarin die 1996 Grondwet geformuleer moes word om van die hede na die toekoms uit te reik. Vgl *Executive Council Western Cape Legislature, and Others v President of the Republic of South Africa and Others* 1995 4 SA 877 (KH) 895B, D-F [35], [37] per Chaskalson P (meerderheidsbeslissing). Hieruit volg die beginsels van 'n ordelike grondwetlike oorgangsproses, dat grondwetlike kontinuïteit betreffende leemtes in die reg heers, asook dat teenstrydighede in die reg tydelik voortbestaan totdat dit gewysig word. Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 412 C-D [31] per Chaskalson P; *Zantsi v Council of State, Ciskei, and Others* 1995 4 SA 615 (KH) 626D [35] per Trengove WR; Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 18-19. Dit is volgens die huidige skrywer se mening duidelik dat die 1993 Grondwet en die 1996 Grondwet 'n beginselraamwerk vorm waarin grondwetlike norme in beginsel neergelê is om in die toekoms geïnterpreteer en gekonkretiseer te word. Hierdie kenmerk bevestig dus die *Rahmenkarakter*-eienskap wat in die Duitse staatsreg aan die GG toegedig word.

11 Sien *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 480B [220] per Langa R (afsonderlike opinie). Vgl in die algemeen Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-16 - 11-17.

Grondwet gestel word.¹²

b) Skeiding van owerheidsgesag en gesagskontrole

Artikel 96(2) van die 1993 Grondwet en artikel 165(2)-(4) van die 1996 Grondwet waarborg die onafhanklikheid en onpartydigheid van die regbank in navolging van die skeiding van magte-leerstuk.¹³ Die onafhanklike aard van die regbank vorm 'n steunpilaar van die regstaatidee en dit voorkom dat 'n wetgewende instelling die rol van die regsprekende gesag oorneem soos tydens die *Harris*-sage in die vyftigerjare gebeur het.¹⁴ Voorts moet die onafhanklike openbare beskermer korrupsie in die owerheidssektor, administratiewe onreg, en gebrek aan effektiwiteit in die owerheidsadministrasie oopvlek en bekamp.¹⁵

c) Regsgebondenheid en regsekerheid

Alle uitvoerende, wetgewende en regsprekende owerheidsorgane op alle owerheidsvlakke is aan die Grondwet gebonde ingevolge artikel 4(2) gelees met

-
- 12 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 (3) SA 391 (KH) 480A-B [220] per Langa R (afsonderlike opinie); *Executive Council Western Cape Legislature, and Others v President of the Republic of South Africa and Others* 1995 4 SA 877 (KH) 904A-F [61]-[62], veral 904D [62] per Chaskalson P (meerderheidsuitspraak) (*The new Constitution establishes a fundamentally different order to that which previously existed. Parliament can no longer claim supreme power subject to limitations imposed by the Constitution; it is subject in all respects to the provisions of the Constitution and has only the powers vested in it by the Constitution expressly or by necessary implication*) en 918H-I [100] (*Constitutional cases cannot be decided on the basis that Parliament or the President acted in good faith or on the basis that there was no objection to action taken at the time that it was carried out. It is of crucial importance at this early stage of the development of our new constitutional order to establish respect for the principle that the Constitution is supreme.*); *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH) 9B-C [11], 17F [28] per Goldstone R (meerderheidsuitspraak) (gebondenheid van die President as Regerings- sowel as Staatshoof aan die Grondwet en daarmee word die moontlikheid van uitvoerende soewereiniteit verwerp).
- 13 Vgl *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 2 SA 751 (KH) 804C-D [105] per Ackermann R; *De Lange v Smuts NO and Others* 1998 7 BCLR 779 (KH) 800 [48], 803 [57] - 805 [63] per Ackermann R (meerderheidsbeslissing). Vgl voorts die strukturele skeiding tussen die drie pilare van owerheidsgesag wat telkens in drie afsonderlike hoofstukke 4, 6 en 7 van die 1993 Grondwet en 4, 5 en 8 van die 1996 Grondwet, vervat is. Daar bestaan nie 'n vierde been van owerheidsgesag nie, omdat geen onderskeid tussen die President se handelinge as Regeringshoof teenoor die as Staatshoof, erken word nie. Vgl *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH) 9B-C [11] per Goldstone R (meerderheidsuitspraak).
- 14 *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 2 SA 751 (KH) 804D-E [105] per Ackermann R. Vgl *Minister of the Interior and Another v Harris and Others* 1952 4 SA 769 (A). Sien ook Cachalia ea (reds) *Fundamental Rights* 3.
- 15 Vgl art 112(1) van die 1993 Grondwet en art 182(1) van die 1996 Grondwet.

artikels 37, 75 en 96(2) van die 1993 Grondwet, en artikel 2 gelees met artikels 44(4), 83(b) en 165(2) van die 1996 Grondwet.¹⁶ Hierdie manifestasie van die legaliteitsbeginsel (*Gesetzmäßigkeit*)¹⁷ beteken ook dat alle owerheidsorgane net soos natuurlike en regs persone aan die heersende regsreëls gebonde is sodat regsekerheid en regsgelykheid heers.¹⁸ Regsekerheid word eweneens versterk deur grondwetlike rigiditeit uit hoofde van die verhoogde steun in die Parlement wat benodig word alvorens die Grondwet gewysig kan word.¹⁹ Wesenlike beperkings van fundamentele regte sal ingevolge artikel 33(1) van die 1993 Grondwet en artikel 36(1) van die 1996 Grondwet slegs deur die wetgewer ingevolge algemeengeldende wette onderneem word, en nie blanko na die administratiewe owerhede gedelegeer word vir inhoudgewing nie.²⁰ Omdat owerheidshandeling dus rationeel beoordeelbaar is, is arbitrêre handeling ongrondwetlik en verbode.²¹ Regsekerheid is voorts tydens die oorgangsproses na die gelding van beide die 1993 Grondwet en die 1996 Grondwet gewaarborg, deurdat die heersende regs norme geld totdat dit herroep of gewysig word.²² Dit beteken dat 'n *sui generis* regstaat in Suid-Afrika mettertyd in 'n stabiele regsnormraamwerk ooreenkomstig die eiesoortige behoeftes van die Suid-Afrikaanse samelewing sal ontwikkel. Hier ter plaatse is dus nie sprake van 'n volle resepsie van die Duitse regstaatidee nie, maar wel dat die tradisionele *common law*-familie en veral Kanadese, Indiese, Amerikaanse en tot 'n mindere mate Britse staatsregsnorme bykomend tot regsnorme uit Afrika en die kontinentale regstaatidee bestudeer word.²³

d) Gesagsoormaatverbod

Artikel 33(1) van die 1993 Grondwet en artikel 36(1) van die 1996 Grondwet se vereistes ter regverdiging van die beperking van fundamentele regte, vorm 'n rasionele

16 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 453J-454A [153] per Ackermann R (afsonderlike opinie).

17 De Ville 1993 *SAPR* Vol 8 69 en 1994 *SAPR* Vol 9 364.

18 Vgl *Minister of Justice v Ntuli* 1997 3 SA 772 (KH) waar die Hof weier om uitstel vir 'n wetswysiging te gee nadat die Departement van Justisie versuim het om die wysiging binne die sperdatum wat die Hof gegee het, aan te bring.

19 Vgl art 62 van die 1993 Grondwet; art 74(1)-(3) van die 1996 Grondwet.

20 De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 364-371; De Waal 1995 *SAJHR* Vol 11 5 vt 10.

21 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 454D-E [156] per Ackermann R (afsonderlike opinie): *The idea of the constitutional State presupposes a system whose operation can be rationally tested against or in terms of the law. Arbitrariness, by its very nature, is dissonant with these core concepts of our new constitutional order.*

22 Vgl art 229 van die 1993 Grondwet; item 2 in bylae 6 van die 1996 Grondwet.

23 Venter 1997 *ZaöRV* Vol 57 74.

kontroleproses teen 'n oormaat van owerheidsgesag.²⁴ Die regstaatlike legaliteitsbeginsel vereis dus dat die uitoefening van diskresionêre owerheidsgesag deur 'n rasonale proses geanaliseer en geregverdig kan word ooreenkomstig algemeen geldende grondwetlike maatstawwe en regsbeginsels soos die proporsionaliteitsbeginsel.²⁵ Dit illustreer 'n duidelike verwerping van arbitrêre, willekeurige en ongelyke owerheidshandelinge wat die vorige nie-regstaatlike grondwetlike orde voor 1994 gekenmerk het.

e) Materiële geregtigheid

Die Grondwet is waarde-gefundeerd, welke waardes materiële geregtigheid op alle lewensterreine nastreef.²⁶ Die mees sentrale waardes in die 1996 Grondwet is juis die respek en beskerming van menswaardigheid, die bevordering van gelykheid en bekamping van diskriminasie, en die verwesenliking van vryheid. Hierdie menswaardighedsbeskouing in wye sin is begronde op universeel aanvaarde demokratiese waardes, en nie op subjektiewe maatstawwe soos ras, kleur, politieke oortuiging of ekonomiese of sosiale klas nie.²⁷ Dit setel voorts in die 1993 Grondwet se strewe na *ubuntu*, die beginsel in die inheemse reg waarvolgens menswaardigheid en menslike lewe die mees fundamentele regsbelange in die samelewing vorm.²⁸ Die materiële kenmerk van die regstaat word veral verwoord in die verskanste katalogus van fundamentele regte wat in die Grondwet ingesluit is.²⁹

f) Legitimiteit

Die 1993 Grondwet beskik oor 'n besondere demokratiese legitimiteit. Dit is die

24 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 454C-F [156] per Ackermann R (afsonderlike opinie). Vgl voorts Mureinik 1994 *SAJHR* Vol 10 32, 38.

25 Vgl De Ville 1993 *SAPR* Vol 8 68-88 oor die rol van die legaliteitsbeginsel in bekamping van 'n oormaat owerheidsgesag. Sien ook De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 364-371 wat naas art 33(1), die proporsionaliteitsbeginsel voorts in arts 24(d) en 34(1) en (4) van die 1993 Grondwet vind. Sien ook De Waal 1995 *SAJHR* Vol 11 6.

26 Vgl die aanhef en art 35(1) gelees met art 33(1) en hoofstuk 3 van die 1993 Grondwet, sowel as die aanhef, arts 1 en 39(1) gelees met arts 7(1), 36(1) en hoofstuk 2 van die 1996 Grondwet.

27 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 502I-503A [313] per Mokgoro R (afsonderlike opinie).

28 Vgl die naskrif van die 1993 Grondwet. Sien ook *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 502D-G [311] per Mokgoro R (afsonderlike opinie).

29 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 502D [311] per Mokgoro R (afsonderlike opinie).

eerste openbare dokument met regsrag in die Suid-Afrikaanse geskiedenis wat voortspruit uit 'n inklusiewe demokratiese proses waaraan die meerderheid van die land se bevolking deel gehad het.³⁰ Die 1996 Grondwet is voorts die eerste grondwetlike dokument in die Suid-Afrikaanse geskiedenis wat deur algemeen verkose afgevaardigdes opgestel is, en is dus die eerste legitieme en demokratiese regsdocument in die Suid-Afrikaanse staatsregsgeskiedenis.

6.2.3 Sosiaalstaatlikheid

Die 1993 grondwetlike regsorde is nie slegs beperk tot 'n liberale regstaat nie, maar is ook 'n sosiale demokrasie hoewel die beginsel van sosiaalstaatlikheid nie uitdruklik in die 1993 Grondwet verskyn nie.³¹ De Wet is egter korrek as sy argumenteer dat artikel 26(2) van die 1993 Grondwet se beklemtoning van maatreëls ter bevordering van sosiale geregtigheid, inderwaarheid die Suid-Afrikaanse ekwivalent van die Duitse sosiaalstaatbeginsel vorm.³² Tewens, een van die belangrikste kenmerke van die 1993 Grondwet soos ook die 1996 Grondwet is juis om in die lig van die besondere Suid-Afrikaanse geskiedenis, groter sosiale geregtigheid te bewerkstellig deur gelykheid in die Suid-Afrikaanse samelewing te bevorder.³³ Die 1993 Grondwet het, anders as die 1996 Grondwet wat omvattende sosiale en ekonomiese fundamentele regte waarborg, sosiale fundamentele regte beperk tot werkersregte, kinderregte en die reg op basiese onderwys.³⁴ Indien die 1996 Grondwet dus nie sosiale, ekonomiese en kulturele belange uitvoerig as fundamentele regte gewaarborg het nie, sou die sosiaalstaatbeginsel in artikel 26(2) bykomend tot die enkele werker-kinder- en onderwysregte in die 1993 Grondwet, as beleidsdirektief vir die owerheid kon geld om sosiale geregtigheid te bevorder.

30 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 514D [362] per Sachs R (afsonderlike opinie); *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH) 19A [30] per Goldstone R (meerderheidsuitspraak).

31 Vgl Devenish 1995 *SAPR* Vol 10 134; Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 252.

32 Vgl De Wet 1995 *SAJHR* Vol 11 30-49.

33 *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH) 34H-35A [74] per Goldstone R (meerderheidsuitspraak); *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1997 12 BCLR 1696 (KH) 1700-1701 [8]-[10] per Chaskalson P.

34 Vgl arts 27, 30, 32 van die 1993 Grondwet; De Wet 1995 *SAPR* Vol 10 73. Sien mbt die 1996 Grondwet, arts 23 (werkersregte), 24 (omgewingsregte), 25(5)-(9) (grondregte), 26 (behuising), 27 (gesondheidsorg, voedsel, water en maatskaplike sekerheid), 28 (kinderregte), 29 (onderwysregte), 30 en 31 (taal, kultuur en godsdienstrege). Vgl ook *Soobramoney v Minister of*

Die 1996 Grondwet is egter vaag oor die omvang waartoe die owerheid se verpligting om sosiale en ekonomiese fundamentele regte te verwesenlik, deur regssubjekte afgedwing kan word.³⁵ Die konkretisering van 'n regs subjek se aanspraak op byvoorbeeld behuising, voedsel, water en maatskaplike sorg word juis deur die Grondwet onderhewig gestel aan die staat se beskikbare middele wat deur middel van redelike maatreëls toegeken moet word.³⁶ 'n Individuele het dus nie 'n absolute aanspraak op hierdie sosiale fundamentele regte nie.

Dit is duidelik dat die mate of late waartoe die howe werklike substantiewe inhoud aan veral hierdie sosiale regte verleen in 'n werklikheidskonteks wat gekenmerk word deur armoede en ellende te midde van 'n bankrot staatskas, tesame met die vraag hoe die howe die spanningsveld tussen die gelykheidswaarborg en individuele vryheid in die strewe na sosiale geregtigheid gaan benader, van die belangrikste faktore sal wees wat die langtermyn legimiteit van die handves van fundamentele regte in Suid-Afrika sal bepaal. Die Konstitusionele Hof is onlangs met hierdie moeilike dilemma gekonfronteer toe dit in *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal*³⁷ moes bepaal of die owerheid in terme van die reg op gesondheidsorg (artikel 27(1) en (3)) en die reg op lewe (artikel 11) in die 1996 Grondwet, verplig kan word om te midde van begrotingstekorte en beperkte middele, duur dialise behandeling op staatsonkoste aan 'n terminale nierpatiënt te verskaf. Die Hof het eenparig beslis dat die owerheid nie verplig is om die verlangde mediese behandeling aan die appellant te verskaf nie, omdat hy nie binne die teikengroep val wat dokters vir sodanige behandeling met die beperkte middele tot hulle beskikking geïdentifiseer het nie. Hoewel die appellant 'n terminale pasiënt is, is hy nie 'n noodgeval wat kwalifiseer om noodbehandeling te ontvang ingevolge artikel 27(3) van die 1996 Grondwet nie.

Health, KwaZulu-Natal 1997 12 BCLR 1696 (KH) 1701 [9] per Chaskalson P.

35 Vir die debat tydens die grondwetlike ontwikkelingsproses in die RSA of sosiale, ekonomiese en omgewingsregte as fundamentele regte of slegs as beleidsdirektiewe in die grondwet vervat moet word, vgl Mureinik 1992 *SAJHR* Vol 8 464-474; Haysom 1992 *SAJHR* Vol 8 451-463; Davis 1992 *SAJHR* Vol 8 475-490; De Villiers *Social and Economic Rights* 599-628; De Vos 1995 *SAPR* Vol 10 233-259; De Wet *The Constitutional Enforceability of Economic and Social Rights* 91-146. Oor die ontwikkeling van sosiale en ekonomiese regte in 'n staat wat verander vanaf 'n liberale na 'n sosiale regstaat, vgl Basson 1993 *SAPR* Vol 8 218-299; Basson 1994 *SAPR* Vol 9 94-112.

36 Vgl bv arts 26(2), 27(2) van die 1996 Grondwet, soos bevestig in *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1997 12 BCLR 1696 (KH) 1701 [11] per Chaskalson P.

37 *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1997 12 BCLR 1696 (KH).

Die *Soobramoney*-beslissing van die Hof laat die juris met meer vrae as antwoorde. (i) Die onvermoë van die Hof om inderdaad die fundamentele regte van 'n kwesbare en gemarginaliseerde lid van die samelewing te verwesenlik, is kommerwekkend. Wat is die waarde van 'n fundamentele reg as dit objektief vir ander regsobjekte bestaan maar as fundamentele subjektiewe reg vir die benadeelde individu geweier word? Watter toekomstige voorspel dit vir die fundamentele normatiewe regsraamwerk van fundamentele regte? (ii) Die Hof het verkies om die mediese owerheid se priorisering en toekenning van finansiële middele te aanvaar sonder om te bepaal of daardie keuse redelik is soos artikel 27(2) van die 1996 Grondwet vereis. (iii) Voorts het die Hof die letterlike en gewone betekenis van die woord "noodbehandeling" met die beperkte mate van beskerming wat dit meebring, verkies, in plaas van om 'n teleologies-waardegerigte konstruksie te volg (al beweer die Hof so) in die lig van die Grondwet se grondwaardes. (iv) Die Hof, in teenstelling met die omvangryke begroning van die reg op lewe en menswaardigheid deur verskillende regters in die *Makwanyane*-saak,³⁸ het nagelaat om die onderlinge verband aan te dui tussen die belangrike grondwetlike beginsels en waardes wat hier ter sprake was soos die reg op lewe, noodsaaklike mediese behandeling vir terminale pasiënte, die menswaardigheidswaarborg en die verwesenliking van sosiale geregtigheid in 'n materiële regstaat. Hoe ver strek die plig van die verantwoordelike owerheid in 'n arm sosiale regstaat om belangrike mediese dienste te verskaf? Wat is die omvang van die beskermingsveld van sosiale fundamentele regte en hoe word dit bepaal? Hoe ver strek die plig van die regbank in die lig van die skeiding van magte-leerstuk, die menswaardigheidsbeginsel en die reg op lewe, om die fundamentele karakter van sosiale regte, soos tevens ander fundamentele regte, te konkretiseer? Die huidige skrywer is van mening dat die Hof in hierdie saak 'n gulde geleentheid laat verby gaan het om meer lig te werp op hierdie en ander tergende vrae oor die Hof se beskermingstaak van sosiale fundamentele regte in die Suid-Afrikaanse staatsreg.

38 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH).

6.2.4 Juridiese dimensies van fundamentele regte

a) Die wesenlike aard van fundamentele regte

'n Fundamentele reg kan beskryf word as 'n regsverhouding wat tussen 'n regs subjek, 'n adressant en 'n regsobjek bestaan in terme waarvan die regs subjek 'n fundamentele reg teenoor die adressant op iets - die regsobjek - het.³⁹ Hierdie regsobjek behels 'n spesifieke negatiewe of positiewe handeling deur die adressant, soos byvoorbeeld die reg op lewe impliseer dat die staat nie 'n individu mag doodmaak nie, maar dat die owerheid ook moet verhinder dat ander derdes dit doen.⁴⁰ Ingevolge die 1993 Grondwet is die adressant die staatsowerheid, omdat die fundamentele regte as direk afdwingbare subjektiewe regte tot die publiekreg beperk was en dus nie in privaatregtelike verhoudinge gegeld het nie. Die 1996 Grondwet se aanvaarding van direkte derdewerking van fundamentele in so verre dit in sekere privaatregtelike regsverhoudinge moontlik is, het egter verskeie onduidelikhede geskep wat nie deur die Grondwet beantwoord word nie.⁴¹ Dit is onduidelik in hoe 'n mate die adressant van hierdie subjektiewe regsverhouding wyer as die staatsowerheid omskryf sal word, of hoe daardie subjektiewe regsverhouding sal uitsien, of hoe dit teenoor die bestaande subjektiewe regte in die privaatrek sal geld. Hierdie regsteoretiese onsekerheid is kommerwekkend, omdat die regstaatbeginsel vereis dat die essensiële inhoud van 'n fundamentele reg, dit is die normatiewe inhoud van die fundamentele reg en die handeling van die adressant, ingevolge die Grondwet bepaalbaar moet wees, anders sou dit onduidelik wees hoe die toelaatbaarheid van beperkings beoordeel moet word.⁴²

b) Objektiewe sy van fundamentele regte

Dit blyk uit die Konstitusionele Hof se regspraak dat die eerste stappe reeds geneem is om, soos in die Duitse reg, 'n objektiewe sy naas die subjektiewe sy van fundamentele regte te konstrueer waardeur die beskermingsveld van 'n fundamentele reg wesenlik

39 Vgl Alexy *Grundrechte* (Suhrkamp) 171-181. Sien ook De Wet 1995 SAPR Vol 10 75.

40 Vgl Alexy *Grundrechte* (Suhrkamp) 174-181; De Wet 1995 SAPR Vol 10 75.

41 Art 8(2) van die 1996 Grondwet lui: '*n Bepaling van die handves van regte bind 'n natuurlike of 'n regspersoon indien, en in die mate waarin, dit toepasbaar is met in agneming van die aard van die reg en die aard van enige plig deur die reg opgelê.*

uitgebrei word.⁴³ 'n Eerste voorbeeld van sulke nuwe fundamentele regte wat die Hof regs wetenskaplik skep, is die reg van 'n regs subjek om in 'n regstaat van die owerheid te kan vereis om binne perke positiewe stappe te neem om 'n fundamentele reg te beskerm teen aantasting daarvan deur derdes.⁴⁴ In die *Makwanyane*-saak word die reg op lewe juis wyd gekonstrueer om ingevolge die regstaatidee 'n grondwetlike plig op die owerheid te plaas om so ver as moontlik individue te beskerm teen die dreigende aantasting van hul regte deur misdadigers.⁴⁵ Hierdie positiewe handelingsplig is egter nie beperk tot die beskerming teen misdaad nie, maar die owerheid het ook 'n sosiale verantwoordelikheid om op die sosiale en ekonomiese terreine by te dra tot die verwesenliking van fundamentele regte in die moderne industriestaat.⁴⁶

Die Hof plaas egter uitdruklik twee beperkinge op sodanige objektiewe

42 De Wet 1995 SAPR Vol 10 75.

43 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 512C [353] per Sachs R (afsonderlike opinie) verwysend na 'n *objective approach* en 'n *subjective enjoyment of the right*. Voorts stel art 35(1) gelees met art 33(1) en die aanhef en naskrif van die 1993 Grondwet, asook art 39(1)(a) gelees met arts 1, 7(1) en 36(1) van die 1996 Grondwet, 'n belangrike aspek van die objektiewe sy van fundamentele regte wat in die Duitse reg bestaan, formeel bekend in die Suid-Afrikaanse reg. Dit is nl die teorie dat die handves van fundamentele regte 'n objektiewe waarde-sisteem vorm.

44 Vgl *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1110B-C [250], 1111B-C [251] per Sachs R (afsonderlike opinie gedeeltelik ondersteuend tot meerderheidsuitspraak): *The rechtsstaat, as I understand it, is not simply a state in which government is regulated by law and forbidden to encroach on a constitutionally protected private realm. It is one where government is required to establish a lawfully regulated regime outside of itself in which people can go about their business, develop their personalities, and pursue individual and collective destinies with a reasonable degree of confidence and security. ... The reality is that meaningful personal interventions and abstinences in modern society depend not only on the State refraining from interfering with individual choice, but on the State helping to create conditions within which individuals can effectively make such choices. Freedom and personal security are thus achieved both by protecting human autonomy on the one hand, and by acknowledging human interdependence on the other. The interdependence is not a limitation on freedom, but an element of it.* Vgl ook De Vos 1995 SAPR Vol 10 240-244 vir voorbeelde van positiewe handelinge ter beskerming van negatiewe afweersregte soos prosedurele regverdigheid, lewe, vryheid en veiligheid van die persoon, privaatheid en die familie. Hierdeur weerlê hy die klassieke onderskeid tussen individuele regte en sosiale en ekonomiese regte. De Vos *ibid* 245-249 ken eweneens drie dimensies aan alle fundamentele regte toe wat nie deur hierdie tradisionele onderskeid verreken word nie. Alle regte moet gerespekteer, beskerm en vervul word deur positiewe handelinge.

45 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 442 [117] per Chaskalson P, 459A-D [168], 460F-G [171] per Ackermann R, 469I [193] per Kentridge WR, 495G-496A [290]-[291] per Mahomed R (praktiese voorstelle oor hoe die owerheid positief kan handel om hierdie beskermingsplig na te kom), 503E [315] per Mokgoro R, 512C [353] per Sachs R.

46 *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1022G [65] per Ackermann R (minderheidsbeslissing). Hy brei egter nie meer uit oor hierdie plig tot positiewe sosiale optrede deur die staat nie, en verwys slegs kursories na die Duitse sosiaalstaatkonsep. Vgl ook *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 2 SA 751 (KH) 817D-E [151] per O'Regan R (afsonderlike opinie). Vir 'n moontlike uitbreiding van die 1993 Grondwet na positiewe sosiale en ekonomiese fundamentele regte analoog aan die Duitse konsep van *Teilhaberechte*, vgl De Wet 1995 SAPR Vol 10 73-106.

verwesenliking van 'n fundamentele reg. Eerstens, dat dit gebonde is aan die perke van uitvoerbaarheid deur die owerheid.⁴⁷ Tweedens sal sodanige wye beskermingsveld noodwendig tot 'n konflik tussen verskillende individue se fundamentele regte lei. Dit impliseer dat die owerheid geen regssubjek se regte absoluut ten koste van die vernietiging van die wesenlike inhoud van die ander se reg op lewe, naamlik die lewe self, sal konstrueer nie.⁴⁸ Moordenaars kan dus nie tereggestel word ter uitvoering van 'n owerheidsplig om ander burgers se lewens te beskerm nie, omdat die moordenaars ook oor die reg beskik op beskerming van hul lewens deur die owerheid. Regter Sachs merk tereg op dat regstaatlikheid fokus op die beskerming en ontwikkeling van fundamentele regte, nie hul vernietiging nie.⁴⁹

Deurdat uitbreiding van die objektiewe sy van fundamentele regte nog in 'n aanvangsfase staan, is dit onseker of die owerheid se beskermingsplig van fundamentele regte teen aantasting daarvan deur misdaad, as 'n fundamentele reg teen die owerheid afgedwing kan word. Laasgenoemde denkrigting is egter bevorder deur die 1996 Grondwet se invoering van fundamentele regte op die verrigting van positiewe handeling deur die owerheid in die strewe na sosiale geregtigheid op sosiale en ekonomiese terreine.⁵⁰ Melding moet egter gemaak word van die inherente gevaar wat teenwoordig is by die toekenning van 'n fundamentele reg op 'n positiewe handeling vanaf owerheidsweë - naamlik die late om betyds of voldoende positief te presteer op dieselfde vlak as die verwagting wat fundamentele regte in die handves van regte skep.⁵¹ Juis daarom waarsku Regter Didcott dat die swak regshulpsisteem in Suid-Afrika die reg op regsverteenvoerdiging in artikel 25(3)(e) van die 1993

47 Vgl bv *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 469I per Kentridge WR (afsonderlike opinie); soos by implikasie bevestig in *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1997 12 BCLR 1696 (KH) 1701 [11] per Chaskalson P.

48 Vgl veral *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 512C-E [353] per Sachs R (afsonderlike opinie): *[T]he objective approach can be used to qualify the subjective enjoyment of life, but not to eliminate it completely, and certainly not to eliminate the subject.*

49 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 513E [357] per Sachs R: *At its core, constitutionalism is about the protection and development of rights, not their extinction.*

50 Vgl art 24(b) wat die reg op beskerming van die omgewing dmv redelike wetgewende en ander maatreëls vereis, of dat die owerheid ingevolge art 25(5) redelike wetgewende en ander stappe moet neem om op 'n billike grondslag binne die beskikbare middele van die staat, toegang tot grond te bewerkstellig. Vgl voorts arts 26(2); 27(2); 28(1); 29(1) en (2); 32(2) en 33(3), 35(2)(c), (e) en (3)(g) van die 1996 Grondwet.

51 Juis daarom het die Hof in *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1997 12 BCLR 1696 (KH) 1701 [11] per Chaskalson P hoë verwagtings van positiewe regshulp vanaf die staat ontmoedig. Die Hof het geweier om die staat te beveel om duur mediese behandeling aan die appellant te verskaf, waar die Hof bewus was dat die staat dit nie kan bekostig nie.

Grondwet en legitmiteit van die Grondwet self, kan ondermyn.⁵²

6.2.5 Regskrag van fundamentele regte

a) Regsubjekte

Alle natuurlike persone,⁵³ asook regsperone vir sover die aard van regte dit toelaat,⁵⁴ is ongeag hul status die draers van fundamentele regte. Hierdie regssubjekte se fundamentele regte is egter onderhewig aan sekere vorme van beperking, asook die opskorting van regte ten tyde van 'n noodtoestand.⁵⁵ Enkele fundamentele regte in die Grondwet is burgerregte wat slegs tot beskikking van Suid-Afrikaanse burgers is.⁵⁶ Daar moet spesifiek daarop gelet word dat alle natuurlike persone ongeag hul status of statuur in beginsel regssubjekte vorm wat draers is van fundamentele regte. Dit sluit ook die kwesbare lede van die samelewing in soos kinders en vrouens, asook randfigure en uitgeworpenes soos aangehoudenenes, kriminele en gevangenes wat skuldig bevind is aan ernstige en veragtelike misdade.⁵⁷ Daarom kan 'n konstruksie

52 *We are mindful of the multifarious demands on the public purse and the machinery of government that flow from the urgent need for economic and social reform. But the Constitution does not envisage, and will surely not brook, an undue delay in the fulfilment of any promise made by it about a fundamental right.* Vgl *S v Vermaas, S v Du Plessis* 1995 3 SA 292 (KH) 300A-B [16] per Didcott R.

53 Vgl arts 8(1); 9; 10; 11; 12; 13; 14(1); 15(1); 16; 17; 18; 19; 22; 23; 24; 25; 26(1); 27(1); 28(1); 29(1); 31; 32 van die 1993 Grondwet; en arts 9(1); 10; 11; 12; 13; 14; 15(1); 16; 17; 18; 19; 20; 21; 22; 23; 24; 25(1); 26(1); 27(1); 28(1); 29; 30; 31(1); 32(1); 33(1) en (2); 34, 35 van die 1996 Grondwet. Let egter op dat ingevolge arts 30(3) van die 1993 Grondwet en 28(3) van die 1996 Grondwet, slegs kinders - persone onder 18-jarige ouderdom - draers van daardie regte kan wees. Hoewel die Konstitusionele Hof nog nie oor die posisie van 'n foetus beslis het nie, is in *Van Heerden and Another v Joubert NO and Others* 1994 4 793 (A) beslis dat 'n foetus nie as natuurlike persoon beskou word nie. Vgl in die algemeen *Woolman Application* 10-5 – 10-8.

54 Vgl art 7(3) van die 1993 Grondwet; art 8(4) van die 1996 Grondwet. Sien *Woolman Application* 10-8 – 10-10; *Du Plessis en Corder South Africa's Transitional Bill of Rights* 111, 116-117; *Cachalia ea (reds) Fundamental Rights* 21-23.

55 Vgl onderskeidelik arts 33(1) en 34 van die 1993 Grondwet; arts 36(1), 37 van die 1996 Grondwet.

56 Vgl arts 20 (burgerskap en binnekoms en vertrek uit die staatsgrense), 21 (politieke regte) van die 1993 Grondwet; arts 19 (politieke regte), 20 (burgerskap), 21(3) en (4) (binnekoms, verblyfsreg en burgerskap in Suid-Afrika), 22 (vryheid van bedryf, beroep en profesie) van die 1996 Grondwet. Vgl bv *Xu v Minister van Binnelandse Sake, Tsang v Minister van Binnelandse Sake* 1995 1 SA 185 (T) (vreemdelinge kan nie aanspraak maak om ingevolge art 20 van die 1993 Grondwet die landsgrense binne te kom nie), maar sien ook *Larbi-Odam and Others v Member of the Executive Council for Education (North-West Province) and Another* 1997 12 BCLR 1655 (KH) (afdanking van vreemdelinge uit onderwysposte op grond van 'n gebrek aan Suid-Afrikaanse burgerskap is diskriminerend).

57 Vgl bv *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 448F-G [137], 450F-451A [141]-[143] per Chaskalson P, 482D-E [229]-[230] per Langa R, 507G-508A [331]-[332] per O'Regan R; *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 647B-C [47], 654F [76] per Langa R.

van 'n grondwetlike norm soos die letterlike uitleg van artikel 241(8) van die 1993 Grondwet wat die terugwerkende regsrag van fundamentele regte uitsluit vir sake wat op 27 April 1994 hangend was, nie gevolg word as dit arbitrêr sekere individue uitsluit nie.⁵⁸ Dit sou naamlik slegs tot irrasionele diskriminasie en ongelyke beskerming deur die handves lei wat teenstrydig met die gees en oogmerke van die Grondwet is.

b) **Derdewerking van fundamentele regte**

Artikel 7(1) geles met artikel 4(1) van die 1993 Grondwet omskryf die regsrag van fundamentele regte as direk bindende regsnorme ten opsigte van bepaalde regssubjekte, regshandeling en regsnorme. 'n Tekstuele konstruksie van artikel 7(1) geles met artikel 4(2) van die 1993 Grondwet, skep aanvanklik die indruk dat die handves slegs in die burger-owerheidsverhouding (sogenaamde vertikale verhouding) regsrag het, en nie ook onderling tussen twee regssubjekte in 'n privaatregtelike regsverhouding (sogenaamde horisontale verhouding) nie. Veral die ooglopende uitsluiting van die regsrag van die handves op die regsprekende gesag in artikel 7(1), het die argument teen die derdewerking van fundamentele regte in gemeenregtelike verhouding in die privaatrek versterk.⁵⁹

Die posisie in die 1993 Grondwet is egter meer kompleks as 'n simplistiese verwerping van derdewerking van fundamentele regte in die privaatrek, soos wat die diepgrondige debat tussen die voor- en teenstanders van derdewerking tereg illustreer.⁶⁰ Daar bestaan konsensus tussen die verskillende benaderings dat die handves uit hoofde van artikel 7(1) geles met subartikel (2) van die 1993 Grondwet minstens geld vir regsverhouding waarin óf die owerheidsgesag in die

58 *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 873H-874D [8] per Mahomed R (meerderheidsuitspraak).

59 Vgl Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 112; Woolman *Application* 10-11; De Waal 1995 *SAJHR* Vol 11 10-14; De Wet 1995 *SAJHR* Vol 11 610-619; Lourens en Frantzen 1994 *CILSA* Vol XXVII 340-356; Strydom 1995 *SAPR* Vol 10 52-72; Van der Vyver 1994 *THRHR* Vol 57 378-395. Hierdie slagyster is egter in die 1996 Grondwet vermy waar art 8(1) uitdruklik bepaal dat die handves van regte die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag sowel as alle staatsorgane bind.

60 Vgl die verwarrende uitsprake wat in verskeie beslissings van die voormalige Suid-Afrikaanse Hooggeregshof oor derdewerking gegee is in bv *De Klerk v Du Plessis* 1995 2 SA 40 (T) 46F-50G per Van Dijkhorst R; teenoor *Mandela v Falati* 1995 1 SA 251 (W) 257I-J, 258E per Van Schalkwyk R; *Gardener v Whitaker* 1995 2 SA 672 (OK) 684H-685C, 686B per Froneman R.

publiekregtelike verhouding, óf private partye in hul privaatregtelike verhoudinge, op wetgewing steun.⁶¹ Voorts geld die handves ook as die uitoefening van owerheidsgesag op die gemenerereg sou steun.⁶² Die kern van die derdewerkingsdebat in die 1993 Grondwet het egter gewoed oor die vraag of die handves ook geld ten opsigte van privaatregtelike regsverhoudinge wat op die gemenerereg steun.⁶³ Twee belangrike denkskole bestaan hieroor, naamlik die voorstanders van indirekte en van direkte derdewerking.⁶⁴

Sommige skrywers verkies om op die indirekte derdewerking van fundamentele regte in die privaatregtelike gemeenregtelike regsverhouding te wys.⁶⁵ So byvoorbeeld begrond Du Plessis en Corder hul keuse vir indirekte derdewerking op 'n sistematies-teleologiese konstruksie van artikel 7(2) gelees met artikels 7(1), 35(3) en 33(4) van die 1993 Grondwet.⁶⁶ Hierdie skrywers vereis dat daardie konstruksie van 'n fundamentele reg gevolg moet word wat die waardes, omvang en oogmerk van die handves van fundamentele regte maksimaal bevorder, selfs al sou dit privaatregtelike verhoudinge beïnvloed.⁶⁷

'n Ernstige en omvattende pleidooi ten gunste van direkte derdewerking of horisontale werking van fundamentele regte in gemeenregtelike verhoudinge in die privaatre

Sien ook die besperking van De Bruyn 1995 *SAPR* Vol 10 521-522.

61 Vgl Woolman *Application* 10-1.

62 Woolman *Application* 10-1.

63 Woolman *Application* 10-1, 10-10 – 10-53.

64 Soms word ook die ongenuanseerde beskrywing van vertikaliste en horisontaliste (vgl by Woolman *Application* 10-1, 10-1 ev) by implikasie gebruik om onderskeidelik die standpunte van voorstanders van indirekte en direkte derdewerking te beskryf. Die spesifieke gelykstelling is egter teoreties ongenuanseerd omdat die onderskeid in die regspraktyk tussen indirekte en direkte derdewerking inderwaarheid gering kan wees. Voorts behoort die vertikaliste eerder gelyk gestel te word (indien die vorm van klassifikasie hoegenaamd gebruik word) aan die totale teenstanders van enige vorm van derdewerking, en horisontaliste gereserveer te word vir beide indirekte as direkte derdewerking. Boonop is die volle regskrag van die uitstralingskarakter van fundamentele regte na die privaatrege waarop indirekte derdewerking steun, dinamies en evolusionêr. Veral as dit in 'n sistematies-teleologiese konstruksie saam met ander fundamentele grondwetlike beginsels soos sosiale geregtigheid gekonstrueer word. Voorts word die gemenerereg voortdurend gepositieer. Daarteenoor predik horisontaliste ook nie noodwendig direkte derdewerking vir die volle spektrum van gemeenregtelike regsverhouding in die privaatrege nie, maar laat 'n graad van suiwer privaatregtelike regsverhoudings toe waarbinne die handves geen rol speel nie.

65 Vir die invloed van die handves op ander regsgebiede soos die delikte- en kontraktereg, eiendomsreg, arbeidsreg, familiereg, strafprosesreg ens, vgl Van Aswegen 1994 *THRHR* Vol 57 448-460 en 1995 *SAJHR* Vol 11 50-69; Hawthorne 1995 *THRHR* Vol 58 157-176; Kroeze 1994 *SAPR* Vol 9 322-331; Van der Walt 1995 *SAJHR* Vol 11 169-206; Rudolph 1994 *SALJ* Vol 111 497-513; Carpenter en Botha 1996 *THRHR* Vol 59 127; Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 35-37.

66 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 113, 116.

67 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 113.

word deur Woolman verskaf.⁶⁸ Hy meen dat as 'n holistiese konstruksie van artikels 7(1) en (2), 33(4) en 35(3) van die 1993 Grondwet in die groter konteks van die handves en Grondwet gevolg word, daardie tekstuele oorwegings net so gesaghebbend vir direkte derdewerking van fundamentele regte aangewend kan word as wat dit vir indirekte derdewerking geld. Die 1993 Grondwet gee syns insiens geen voorkeur oor die graad van derdewerking wat vereis word nie. Daarom bestaan daar regsteoretiese, beleids- en logiese oorwegings wat 'n keuse ten gunste van direkte derdewerking dwingend maak en 'n vertikale benadering diskrediteer. Woolman vereis egter nie volle direkte derdewerking nie, deurdat hy steeds in die finale instansie ruimte laat vir 'n spesifieke beperkte persoonlike privaatruimte waar privaatregtelike verhoudinge sonder die invloed van die handves geld.

Die Konstitusionele Hof het in *Du Plessis v De Klerk* uitsluitel oor die regsrag van die handves van fundamentele regte in die 1993 Grondwet in privaatregtelike verhoudinge verskaf, toe dit ten gunste van indirekte derdewerking van fundamentele regte beslis het.⁶⁹ Hierdie Hofsaak dui egter reeds daarop dat die laaste woord allermins in hierdie debat gesprek is. Die wesenlike verskille in die verskillende regters se opinies is eerder tekenend van die diepgaande verskille en fundamentele aard wat hierdie debat ten gronde lê.⁷⁰ Dit spreek fundamentele aspekte van die Suid-Afrikaanse reg aan soos onder andere die tradisionele skeiding tussen die publiekreg en privaatreg⁷¹ en die voortbestaansreg van die gemenerreg. Dit verteenwoordig die basiese Suid-Afrikaanse samelewingsvraagstukke van die stryd om 'n voortdurende balans tussen individuele vryheid en sosiale geregtigheid te skep - 'n ewewig tussen die verlede, hede en toekoms. 'n Keuse dus, oor die aard van die Suid-Afrikaanse sosiale demokratiese regstaat in 'n ontwikkelende land. Dit maak 'n appèl op die regs-

68 Woolman *Application* 10-1 – 10-3, 10-10 – 10-53.

69 Vgl *Du Plessis v De Klerk* 1996 3 SA 850 (KH) 877B-887D [45]-[62] per Kentridge WR (meerderheidsbeslissing).

70 Die regters het verskillende standpunte ingeneem oor die regsrag van die handves. Kentridge WR se argument en bevel tgv indirekte derdewerking is ondersteun deur Chaskalson P, Langa R en O'Regan R. Die bevel is ook ondersteun op 898C-906G [89]-[112] per Ackermann R, 930F-935F [175]-[190] per Sachs R, 891E-897G [72]-[86] per Mahomed AP, 928A-930E [166]-[174] per Mokgoro R, maar op grond van hul eie argumente. Afwysende minderheidstandpunte oor hierdie regsvraag is egter ingeneem op 908E-919G [118]-[147] per Kriegler R, ondersteun deur Didcott R, 921H-927B en H [152]-[163] en [165] per Madala R, wat direkte derdewerking verkies het. Vgl voorts die kommentaar van Woolman *Application* 10-3 - 10-5; 10-10 – 10-53; Woolman en Davis 1996 *SAJHR* Vol 12 361-404.

71 Vir die futiliteit om 'n duidelike skeiding tussen die privaatreg en publiekreg te tref, vgl die uiteenlopende skrywerstandpunte oor hierdie skeiding soos verwys in *Fose v Minister of Safety*

en staatsbeskouings en in die finale instansie die spesifieke *Weltanschauung* van die hermeneut.

Hierdie debat is oorgedra in die 1996 Grondwet wat in artikel 8(1), (2) en (3) die derdewerking van fundamentele regte in privaatregtelike verhoudinge voorskryf vir so ver dit haalbaar is. Indirekte derdewerking van die handves word verder in artikel 39(2) van die 1996 Grondwet voorgeskryf.⁷² Artikel 8(2) en (3) verskaf egter slegs 'n baie vae maatstaf van die omvang van derdewerking, deurdat dit in subartikel (2) onderhewig gestel word aan die aard van die fundamentele reg wat in gedrang is. Dit blyk voorts asof subartikel (3) derdewerking beperk tot slegs privaatregtelike verhoudinge wat deur die gemenereg en wetgewing beheer word. Dit is dus onduidelik of die derdewerking van fundamentele regte in die 1996 Grondwet ook vir privaatregtelike handeling *inter se* geld wat buite die regsrag van die gemenereg of statutereg geskied, soos dié van kerkgroepe.⁷³ Wolhuter meen dat kerke se interne regshandeling buite die regsrag van artikel 8 val, maar dat sodanige privaatregtelike regsverhoudinge wel in terme van artikel 39(2) van die 1996 Grondwet, indirek deur die handves gebind word.⁷⁴

c) Gemenerereg en die handves

Gemeenregtelike reëls in die burger-owerheidsverhouding is uit hoofde van artikel 7(2) van die 1993 Grondwet ondergeskik aan die handves van fundamentele regte.⁷⁵ Voorts impliseer artikels 8(1)-(3) van die 1996 Grondwet dat die volle omvang van die gemenerereg, in sowel privaatregtelike as publiekregtelike verband, direk aan die fundamentele regte in die Grondwet gebonde is. Daarom vorm 'n gemeenregtelike reël soos die algemene geprivilegieerde karakter van 'n polisie-dossier tydens strafsake, inderdaad 'n konstitusionele kwessie wat deur die Konstitusionele Hof beslis moet word.⁷⁶ Daar rus egter in elke geval 'n verantwoordelikheid op alle howe, tribunale of

and Security 1997 3 SA 788 (KH) 819 vt 154 [57] per Ackermann R (meerderheidsuitspraak).

72 Vir 'n vergelyking tussen die 1993 Grondwet en die 1996 Grondwet se regsrag in privaatregtelike verhoudinge, vgl Wolhuter 1996 *SAPR* Vol 11 512-527.

73 Wolhuter 1996 *SAPR* Vol 11 522-523.

74 Wolhuter 1996 *SAPR* Vol 11 522-525.

75 Vgl art 33(2) en by implikasie art 181(1) van die 1993 Grondwet. Vgl ook Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 114-115.

76 *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 734A-B [9] per Mahomed R.

regspreekende forums in die publiekreg sowel as privaatreë om die gemenerereg ooreenkomstig die gees, omvang en oogmerke van die toepaslike grondwetlike waardes en norme te ontwikkel.⁷⁷ In *Fose v Minister of Safety and Security* is bevestig dat die Suid-Afrikaanse gemenerereg buigbaar genoeg is om by die nuwe grondwetlike eise aan te pas.⁷⁸ Hierdie grondwetlike positivering van indirekte derdewerking is die logiese resultaat van die uitstralingswerking en dus die *sui generis* karakter van fundamentele regte, wat hiermee formeel in die Suid-Afrikaanse reg ingevoer word.

Daar moet egter versigtig te werk gegaan word om die uitleg van gemeenregtelike regsreëls van die privaatreë onveranderd op die konstruksie van fundamentele regte oor te dra, omdat verskille voorkom.⁷⁹ So byvoorbeeld geskied die ondersoek na 'n inbreuk op 'n individu se privaatheid in die gemenerereg in slegs een stap as die onregmatigheid van die handeling bepaal word. Hierteenoor word die aantasting van die reg op privaatheid in die Grondwet ooreenkomstig die tweestap konkretiseringsproses, wat vir fundamentele regte geld, beoordeel.

d) Owerheidsorgane

Artikel 7(1) van die 1993 Grondwet bepaal dat die handves alle uitvoerende en wetgewende owerheidsorgane (staatsorgane) bind. Laasgenoemde dui ingevolge artikel 233(1)(ix) van die 1993 Grondwet op enige statutêre liggaam of funksionaris. Weens die 1993 Grondwet se verwerping van direkte derdewerking van fundamentele regte, was dit noodsaaklik om die betekenis van die begrip *staatsorgaan* te bepaal, alvorens duidelikheid oor die regskrag van die handves kon bestaan. Regsekerheid was veral noodsaaklik weens die komplekse en geïntegreerde aard van die moderne staat wat die onderskeid tussen owerheids- en privaatinstellings moeilik maak. Verskeie skrywers het na aanleiding van hul standpunt oor derdewerking van die 1993 Grondwet, standpunt ingeneem oor die kriteria waarvolgens staatsorgane onderskei

77 Vgl art 35(3) van die 1993 Grondwet; art 8(2) gelees met art 39(2) van die 1996 Grondwet. Vgl ook *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 734B [8] per Mahomed R.

78 *Fose v Minister of Safety and Security* 1997 3 SA 786 (KH) 820A-C [58(b)] per Ackermann R (meerderheidsuitspraak).

79 *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 2 SA 751 (KH) 790D-E [71], 795D [79] per Ackermann R.

word.⁸⁰ Die 1996 Grondwet het hierdie regsonsekerheid tot 'n groot mate opgelos deur eerstens 'n in beginsel verbintenis tot derdewerking in artikel 8(2)-(3) te gee, en tweedens deur 'n meer omvangryke woordskrywing van die begrip staatsorgaan in artikel 239 in te voeg. Hiervolgens is enige funksionaris of instelling wat ingevolge wetgewing 'n openbare kompetensie uitoefen of sodanige funksie verrig, of sodanige kompetensie of funksie uit hoofde van die nasionale of 'n provinsiale grondwet verkry, direk aan die handves se regsrag as 'n staatsorgaan gebonde.

6.2.6 Aard van die nuwe staatsregkultuur

Die 1993 Grondwet word gekenmerk deur drie aspekte wat die interpretasie van die handves van fundamentele regte beïnvloed.⁸¹ (i) Gedwonge magsdeling op uitvoerende vlak in plaas van die Westminster-model se wenner-kry-alles-beginsel, en grondwetlike in plaas van parlementêre soewereiniteit. (ii) Holistiese aanduidings in die aanhef, naskrif en verskeie plekke in die handves van 'n nuwe, oop en demokratiese staatsorde wat gekenmerk word deur 'n harmonie tussen vryheid en gelykheid. (iii) Die onderhandelde aard van die Grondwet as die produk van 'n kompromie tussen verskillende ideologiese belange, veral tussen liberale en egalitêre ideale. Van hierdie drie kenmerke is dit waarskynlik veral die bewerkstelling van 'n harmonie tussen vryheid en gelykheid, wat vir die hermeneut van die handves van fundamentele regte problematies sal wees en die grootste uitdaging inhou.⁸² Hierdie waardes is in die 1996 Grondwet aangepas deur gelykheid voor vryheid te stel, maar terselfdertyd beide te kwalifiseer deur dit teenoor die verwesenliking van menswaardigheid as die hoogste grondwetlike waarde te stel. Die harmonie tydens enige konflik tussen die fundamentele waardes van gelykheid en vryheid in 'n spesifieke geval, soos byvoorbeeld die regstellende bevordering van een kandidaat bo 'n ander, sal dus slegs bewerkstellig word as daardie konstruksie versoenbaar is met die menswaardigheidsideaal.

Die aard van die ou en nuwe grondwetlike kulture word treffend deur die 1993 Grondwet se aanhef, handves van fundamentele regte, en naskrif beskryf, en is as

80 Vgl bv Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 110; Cachalia ea (reds) *Fundamental Rights* 19; Woolman *Application* 10-35 - 10-39.

81 Du Plessis en Corder *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* 86-88.

sodanig deur die Konstitusionele Hof bevestig.⁸³ Die 1993 Grondwet was 'n oorgangsinstrument wat tydens die oorgangstydperk gegeld het as 'n brug tussen die verlede en hede, terwyl die 1996 Grondwet geskryf is ooreenkomstig die grondwetlike beginsels wat op hul beurt weer gedien het as 'n toekomsgerigte raamwerk waarvolgens die kloof van die hede na die toekoms oorbrug word.⁸⁴ Dit is 'n geskiedkundige brug tussen 'n diep verdeelde samelewing met 'n stormagtige apartheidsverlede wat gekenmerk is deur verwerping, haat, nyd, geweld en onreg,⁸⁵ en 'n toekoms wat begrend is op aanvaarding, naasteliefde en geregtigheid.⁸⁶ Daarom kan die onderliggende filosofie van die 1993 Grondwet asook die 1996 Grondwet onder meer as altruïsties en humanitêr bestempel word.⁸⁷ Die nuwe grondwetlike kultuur word waarskynlik ten beste opgesom deur Mureinik se beskrywing van 'n kultuur van die starre afdwinging van owerheidsgesag wat verander na 'n kultuur van die regverdiging van die uitoefening van daardie gesag deur oorreding in terme van die handves van fundamentele regte.⁸⁸ Dit is die verandering van 'n formele en reëlgebonde regsbeskouing na 'n substantiewe regsbeskouing wat gekenmerk word

82 Du Plessis en Corder *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* 87-88.

83 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 402E-403A [7] per Chaskalson P, 453I-454F [155]-[156] per Ackermann R (verandering van 'n samelewing van arbitrêre en ongelyke aantasting van fundamentele regte na 'n nuwe regstaatlike orde van rasonale en analitiese regverdiging van sodanige beperkings), 480B-482A [220]-[227] per Langa R (van 'n ondemokratiese, gewelddadige en wraaksugtige samelewing van onreg na 'n volwasser regstaatlike samelewing waarin *ubuntu*, waardigheid en lewe sentraal staan), 487I-488H [262]-[263] per Mahomed R (waarskynlik een van die mees omvattende en treffendste stellings van die verskil tussen die ou en nuwe grondwetlike ordes). Sien ook Kentridge en Sptiz *Interpretation* 11-1.

84 *Executive Council, Western Cape Legislature, and Others v President of the Republic of South Africa and Others* 1995 4 SA 877 (KH) 895B, D-F [35], [37] per Chaskalson P (meerderheidsbeslissing).

85 Verskeie regters lig hierdie swart verlede nader toe: *The history of the past decades has been such that the value of life and human dignity have been demeaned. Political, social and other factors created a climate of violence, resulting in a culture of retaliation and vengeance. In the process, respect for life and for the inherent dignity of every person became the main casualties. The state has been part of this degeneration, not only because of its role in the conflicts of the past, but also by retaining punishments which did not testify to a high regard for the dignity of the person and the value of every human life.* Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 479G-H [218] per Langa R (afsonderlike opinie). *Our history is one of repression not freedom, oligarchy not democracy, apartheid and prejudice not equality, clandestine not open government.* Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 505A [322] per O'Regan R (afsonderlike opinie). Vgl ook *in casu* op 487I-488E [262] Mahomed R (afsonderlike opinie) se uitvoerige beskrywing van hierdie apartheidsverlede.

86 Vgl Mureinik 1994 *SAJHR* Vol 10 31-48.

87 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 462H-I [177] per Didcott R (afsonderlike opinie).

88 Mureinik 1994 *SAJHR* Vol 10 32. Vgl ook die verwysing daarna deur Ackermann R in *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 454E vt 171 [156].

deur 'n morele en politieke waarde-inhoud.⁸⁹ Inteendeel, die nuwe grondwetlike orde verwoord uit reaksie teenoor die apartheidswaardes van die verlede, nuwe morele en etiese norme in die tradisie van die natuurreg. Dit herinner sterk aan die Duitse staatsreg wat na afloop van die Tweede Wêreldoorlog en in reaksie op die gruweldade en waardes van Nazisme, aanklank gevind het by Gustav Radbruch se herontdekking van die natuurregnorme.⁹⁰

Hoewel grondwette gewoonlik die formalisering van 'n historiese konsensus van die gedeelde waardes en toekomsideale in 'n staat verwoord wat mettertyd ontwikkel het in eendragtigheid en stabiliteit, was dit nie die geval in Suid-Afrika nie.

*The South African Constitution is different: it retains from the past only what is defensible and represents a decisive break from, and a ringing rejection of, that part of the past which is disgracefully racist, authoritarian, insular, and repressive, and a vigorous identification of and commitment to a democratic, universalistic, caring and aspirationally egalitarian ethos expressly articulated in the Constitution.*⁹¹

Hierdie toekomsgerigtheid op 'n nuwe fundamentele raamwerk van norme en waardes impliseer nie dat daar afstand van ons ryke gemeenregtelike erfenis gedoen moet word nie.⁹² Erkende beginsels van byvoorbeeld die strafreg word deur artikel 25 van die 1993 Grondwet verwoord en bly as riglyne voortbestaan. Inteendeel, een van die uitdagings in die vestiging van 'n nuwe *sui generis* Suid-Afrikaanse regstaat is juis dat hierdie *Grundnorm* ontwikkel sal word in die lig van die delikate harmonie wat moeisaam oor jare heen opgebou is tussen gevalle en kodes, presedente en statute. Hierdie harmonie verwoord juis die unieke hibriede karakter van die Suid-Afrikaanse reg van 'n wisselwerking tussen die Romaans-Germaanse teenoor die Engelse *common law*-families van oorsprong.⁹³

89 Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 3-10.

90 Vgl Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 251; Müller 1985 *TRW* Vol 10 152-165.

91 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 487I-J [262] per Mahomed R; bevestig in *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 740C-F [26] per Mahomed R.

92 *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 652H [17] per Kentridge WR; *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 505C-D [323] per O'Regan R; *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 740D [26] per Mahomed AP.

93 Mbt die historiese ontstaan, ontwikkeling, bronne, aard en sistematisering van die Suid-

6.3 ALGEMENE BEGINSELS VAN GRONDWETLIKE KONSTRUKSIE

6.3.1 *Sui generis* aard van grondwette

Grondwette wêreldwyd, en so ook die Grondwetlike bestel in Suid-Afrika, word in die woorde van Regter Mahomed veral deur ses weselike eienskappe gekenmerk:⁹⁴

- (i) *the shared aspirations of a nation;*
- (ii) *the values which bind its people, and which discipline its government and its national institutions;*
- (iii) *the basic premises upon which judicial, legislative and executive power is to be wielded;*
- (iv) *the constitutional limits and the conditions upon which that power is to be exercised;*
- (v) *the national ethos which defines and regulates that exercise; and*
- (vi) *the moral and ethical direction which that nation has identified for its future.*

Die bespreking van die Duitse, Amerikaanse en Kanadese staatsreg in onderskeidelik Hoofstukke 2, 3 en 4, het aangetoon dat *Grundnorm*-tipe grondwette soos ook dié van Suid-Afrika deur besondere opvallende eienskappe gekenmerk word wat eventueel tot 'n eiesoortige interpretasiebenadering lei.⁹⁵

a) Die Grondwet vorm die hoogste normatiewe maatstaf wat die uitvoerende, wetgewende en regterlike gesag bind en deur 'n grondwetlik onafhanklike regbank beoordeel word.⁹⁶

Afrikaanse reg in die algemeen vgl Hahlo en Kahn *South African Legal System* 139 ev; Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding* 166-236, 272-368; Du Plessis en Du Plessis *Inleiding* 16-79, 182-208; Du Plessis *Interpretation* 1-6.

94 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 487F-G [262] per Mahomed R (numering bygevoeg).

95 Vgl hoofstuk 2 par 2.2.2; hoofstuk 3 par 3.3.1 en hoofstuk 4 par 4.3.1 oor die *sui generis* aard van grondwette en fundamentele regte in die Suid-Afrikaanse konteks wat hier aangedui word, vgl veral Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 2-5. Enkele afwykings van Kruger se bespreking is egter deur die huidige skrywer aangebring met verwysing na ander bronne. Sien voorts Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-10 - 11-14.

96 Vgl arts 4, 98(2) en 101(3) van die 1993 Grondwet; arts 1(c), 2, 165(2) en (5) van die 1996

- b) Die Grondwet vorm die permanente normatiewe waarde-raamwerk waarin 'n nuwe demokratiese menseregtekultuur wortel skiet en die Suid-Afrikaanse reg ontwikkel moet word.⁹⁷ Hierdie waarderaamwerk geld nie alleen staties gesaghebbend tydens staatsvorming nie, maar dit bevat ook 'n dinamiese karakter wat daardie fundamentele statiese elemente van die Grondwet in staat stel om steeds gesaghebbend tydens 'n veranderende regsworklikheid te geld. Juis daarom is die Grondwet rigied en moeilik amendeerbaar.⁹⁸ Die raamwerkarakter beteken voorts dat fundamentele grondwetlike norme, soos fundamentele regte in die handves van fundamentele regte, voortdurend deur die uitvoerende, wetgewende en regsprekende gesag gerespekteer en gekonkretiseer (*eerbiedig, beskerm, bevorder en verwesenlik*⁹⁹) moet word.
- c) Die Grondwet is die resultaat van politieke en grondwetlike kompromieë wat tydens 'n omvangryke en unieke onderhandelingsproses aangegaan is. Dit beteken dat daar onder meer vaste fundamentele beginsels in die Grondwet vervat is wat die steunpilare van die nuwe eiesoortige Suid-Afrikaanse grondwetlike orde vorm soos die saamgestelde en republikeinse staatsvorm, demokrasie, regstaatlikheid (waaronder die beginsel van skeiding van gesag en 'n handves van fundamentele regte), besondere vorm van sosiaalstaatlikheid en minderheidsbeskerming.
- d) Die Grondwet vorm 'n inherente strukturele eenheid, welke eienskap veral 'n noemenswaardige invloed tydens inhoudgewing aan grondwetlike norme uitoefen.
- e) Die Grondwet beskik oor 'n inherente stel waardes waarna soms verwys word as die gees van die Grondwet.¹⁰⁰ Hierdie inherente grondwetlike waardes word

Grondwet.

97 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 480C [221] per Langa R (afsonderlike opinie); *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 654E [76] per Langa R; Labuschagne 1993 *SAPR* Vol 8 128. Dit herinner sterk aan die *Rahmenkarakter*-beskrywing van die GG in die Duitse reg.

98 Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 250. Vgl arts 62, 74 van die 1993 Grondwet; art 74 van die 1996 Grondwet.

99 Art 7(2) van die 1996 Grondwet.

100 Art 1 van die 1996 Grondwet. Hoewel skrywers algemeen na 'n grondwetlike waarde-sisteem verwys (vgl Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 4), word daar slegs aanvaar dat dit 'n sisteem van waardes vorm sonder dat 'n diepgaande debat gevoer word soos in die Duitse reg of dit 'n geslote en vaste sisteem is al dan nie. Kruger *ibid* vt 16 merk wel op dat dit daar verkieslik nie na 'n

gekomplimenteer deur die besondere waardes wat deur die handves van fundamentele regte verwoord word.¹⁰¹

6.3.2 *Sui generis* karakter van fundamentele regte

Hierdie wesenlike eienskappe wat die 1993 Grondwet en die 1996 Grondwet as *sui generis* regsdokumente kenmerk, beïnvloed noodwendig ook die aard van veral die fundamentele regte wat daarin vervat is. Dit beteken dat die fundamentele regte in beide grondwette oor die volgende *sui generis* eienskappe beskik.¹⁰²

a) Die regstaatlike karakter van die Grondwet word op die handves van fundamentele regte oorgedra, sodat die handves die mees fundamentele regsnorme in die Suid-Afrikaanse reg bevat wat die geldende reg, alle vorme van owerheidsgesag, en in die geval van die 1996 Grondwet, ook sekere privaatregtelike handeling direk bind.¹⁰³

b) Die handves beskik oor 'n eie normatiewe karakter as onmiddellik afdwingbare regsreëls deur die howe.¹⁰⁴ Dit word bevestig, soos in die Duitse staasreg, deur eerstens die feit dat daardie norme afdwingbare fundamentele publieke subjektiewe regte is,¹⁰⁵ tweedens dat elke fundamentele reg oor 'n eie objektiewe waarde-karakter beskik, en dertens dat die onderskeie regte se objektiewe waarde-karakter saam 'n objektiewe waarde-sisteem vorm waaruit algemene breë waardemaatstawwe afgelei

waarde-orde ('*order of values*') verwys moet word nie, anders skep dit verkeerdlik die skyn van 'n hiërargie van waardes wat nie noodwendig die geval is nie. Dieselfde geld eweneens vir beskrywings soos waardes onderliggend ('*underpinning*') aan die Grondwet of waardes waarop die Grondwet begroond of gebou ('*based or built*' of '*embedded*') is. Art 1 van die 1996 Grondwet verwys eweneens slegs na waardes en nie na 'n waarde-sisteem of waarde-orde nie.

101 Vgl arts 33(1)(a), 35(1) en (3) van die 1993 Grondwet; arts 7(1) 36(1), 39(1) en (2) van die 1996 Grondwet.

102 Vgl veral Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 5-8. Sien voorts Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 77-78 en (2) 1993 *Stell LR* Vol 4 358-359; Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-14, 11-16.

103 Vgl arts 7 en 62(1) van die 1993 Grondwet; arts 7, 8, 74(2) van die 1996 Grondwet.

104 Vgl arts 7(2) en (4), 35(1) en (3) van die 1993 Grondwet; arts 8(1), (2) en (3), 38, 39(1) en (2) van die 1996 Grondwet.

105 Hoewel die publiekregtelike dimensie van fundamentele regte algemeen aanvaar word, bestaan daar onsekerheid oor die privaatregtelike dimensie van hierdie fundamentele subjektiewe regte nadat die 1996 Grondwet direkte derdewerking van fundamentele regte in sekere gevalle moontlik maak. Die verhouding van so 'n uitgebreide publieke subjektiewe regte teorie met die gevestigde subjektiewe regte leerstuk in die privaatreë, is eweneens in onsekerheid gehul.

word wat voorskriftelik geld.¹⁰⁶

c) Artikel 33(1) van die 1993 Grondwet skep 'n hiërargiese orde tydens die beperking van fundamentele regte. Hierdie rangorde is egter onwetenskaplik omdat alle fundamentele regte in beginsel gelyk is, anders is so 'n reg eenvoudig nie fundamenteel van aard nie. Hierdie onderskeid is gelukkig in die 1996 Grondwet reggestel deurdat alle fundamentele regte ingevolge artikel 36 aan dieselfde beperkingsmaatstawwe onderhewig is.

d) Fundamentele regte geld indirek in alle privaatregtelike regsverhoudinge, en sedert die 1996 Grondwet in sekere privaatregtelike regsverhoudinge.¹⁰⁷

e) Spesifieke interpretasievoorskrifte vir die interpretasie van fundamentele regte word in die Grondwet gepositieer.¹⁰⁸

f) Algemene beperkings- en opskortingsklousules sal noodwendig die aard van fundamentele regte bepaal.¹⁰⁹

g) Die *sui generis* aard van fundamentele regte word voorts deur bepaalde strukturele eienskappe bepaal uit hoofde van die wyse waarop daardie regte in die Grondwet verwoord is. Deurdat die fundamentele regte, in teenstelling met statutêre norme, as langtermyn regsnorme bedoel is (selfs ten spyte van die feit dat die 1993 Grondwet 'n oorgangsdokument was), is dit meestal doelbewus oop, ietwat vaag, algemeengeldend, en inklusief in eenvoudige taal verwoord met verskeie interpretasiemoontlikhede.¹¹⁰ Uitvoerige en gedetailleerde lysste van voorwaardes en

106 Vgl Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 5-6. Daar word dus nie met die waarskuwing van Woolman 1994 *SAJHR* Vol 10 72-73 saamgestem dat hierdie tweeledige karakter van fundamentele regte slegs geskik is vir die kontinentale burgerlike regstelsels en nie vir stelsels soos die Suid-Afrikaanse reg waar die presedenteleer en die leerstuk van *stare decisis* geld nie. Vgl ook Kruger *ibid* vt 24.

107 Vgl arts 7(1)-(3), 33(4), 35(3) van die 1993 Grondwet; arts 8(1)-(3), 39(2) van die 1996 Grondwet.

108 Vgl art 35(1)-(3) van die 1993 Grondwet; art 39 (1)-(3) 1996 Grondwet.

109 Vgl arts 33(1), 34 van die 1993 Grondwet; arts 36(1), 37 van die 1996 Grondwet.

110 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 504H [321] per O'Regan R (afsonderlike opinie). Vgl ook Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 48-49, 75; Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 365; Labuschagne 1993 *SAPR* Vol 8 128; Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 250, 253. Volgens Du Plessis en Corder *ibid* 75, twee van die lede van die Tegnieuse Komitee wat die handves in die 1993 Grondwet geformuleer het, was daar vier redes vir

waarborg is liefers vermy, omdat dit daartoe lei dat die statutêre uitlegreëls van beperkende en ekstensiewe konstruksie verkeerdelik toegepas word en gevolglik die beperking in plaas van die beskerming van fundamentele regte veroorsaak.¹¹¹ Die outeurs van die handves van fundamentele regte het in die verband juis kennis geneem van veral die voortreflike kort en bondige formuleringstyl van die katalogus van fundamentele regte in die Duitse *Grundgesetz*.¹¹²

Uitsonderings op die algemene styl word wel gevind, soos die 1993 Grondwet se detailpositivering van prosedurele regte in artikel 225 na aanleiding van voorstelle van die Suid-Afrikaanse Regskommissie.¹¹³ Spesifieke fundamentele regte wat voorts soos 'n gedetailleerde en gespesifiseerde kontrak of 'n gewone statuut voorkom, dui op omstredende kwessies waarvoor die onderhandelingspartye uiteindelik konsensus verkry het deur op 'n spesifieke formulering ooreen te kom.¹¹⁴ Die toepassing van oormatige legalisme in hierdie gevalle het juis ten doel gehad om die diepliggende wantroue tussen verskillende onderhandelingspartye se vrees vir toekomstige gesagsmisbruik te oorkom, deur die toekomstige handelingsruimte van politieke opponente so ver moontlik grondwetlik te reguleer.¹¹⁵

Die Konstitusionele Hof, soos tewens die meeste skrywers,¹¹⁶ aanvaar die internasionale erkenning van die *sui generis* karakter van grondwetlike norme, en veral die fundamentele regte wat daarin beskerm word, as 'n sentrale vertrekpunt ter regverdiging van 'n eiesoortige grondwetlike hermeneutiek wat verskil van die

so 'n wye formuleringstyl: (i) Eenvoudige en gewone taal is twv toeganklikheid gekies omdat dit maklik vir gewone burgers verstaanbaar is sonder dat regshulp benodig word. (ii) Dit skep geleentheid vir die ontwikkeling van die handves om by veranderende omstandighede aan te pas. (iii) Die tegniese bewoording van die handves sou tot die beklemtoning van die ware betekenis van die woorde en die bedoeling van die wetgewer lei ipv om op die vraag te fokus of 'n fundamentele reg aangetas is. Lg vorm juis die kern van die interpretasie van fundamentele regte. (iv) Gedetailleerde formulering van fundamentele regte sou voorts daartoe lei dat daardie regte se beskermingsveld beperk word as dit met die bestaande reëls van wetsuitleg deur die houe geïnterpreteer word.

111 Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 365.

112 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 48.

113 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 49.

114 Vgl bv arts 26(2), 28(2), 32(b) en (c) van die 1993 Grondwet. Sien Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 76; Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 253.

115 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 19, 49.

116 Vir 'n uitsondering wat die *sui generis* uitlegbenadering van fundamentele regte betwis en aandring dat dit soos gewone statute ekstensief uitgelê word dmv gemeenregtelike uitlegreëls waarin die unieke gees van die Grondwet vervat word, vgl Van der Vyver 1994 *SALJ* Vol 111 22-25.

tradisionele reëls van wetsuitleg.¹¹⁷ Lord Wilberforce het juis in sy (nou reeds bekende) beslissing in *Minister of Home Affairs (Bermuda) v Fisher*, aangedring op 'n gekwalifiseerd-eiesoortige interpretasie van grondwette in die *common law* weens hul *sui generis* karakter.¹¹⁸ In *S v Makwanyane and Another* begrond Regter Chaskalson sy afwyking van die tradisionele reëls van wetsuitleg tydens die interpretasie van fundamentele regte ook op hierdie *sui generis* aard van grondwetlike norme.¹¹⁹

6.3.3 *Sui generis* interpretasie van fundamentele regte

Weens die *sui generis* karakter van grondwetlike norme en veral van die fundamentele regte wat daarin vervat is, word 'n besondere regshermeneutiese benadering tot die interpretasie van fundamentele regte vereis wat verskil van tradisionele statutêre uitleg.¹²⁰ Waar statutêre uitleg tradisioneel die letterlike-*cum*-bedoelingsteorie volg en daardeur die meerderheidswil van die wetgewer vasstel, fokus grondwetlike konstruksie juis op die realisering van die mees fundamentele demokratiese waardes as rigsnoer vir staatsbestuur en ter beskerming van individuele regte teenoor meerderheidsbelange.¹²¹ Daarom behels grondwetlike konstruksie altyd drie elemente, naamlik dat die spesifieke grondwetlike norm gekonstrueer, verstaan

117 Vgl *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 650H-J [13] per Kentridge WR; *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 874D-E [8] per Mahomed R (meerderheidsuitspraak). Vir beslissings voordat die Konstitusionele Hof hierdie beginsel bevestig het, vgl bv *Khala v Minister of Safety and Security* 1994 4 SA 218 (W) 222C-224C per Myburgh R; *Qozeleni v Minister of Law and Order and Another* 1994 3 SA 625 (OK) 632A per Froneman R. Hoewel daar reeds in 1982 in *S v Marwane* 1982 3 SA 717 (A) 748H-749C per Miller AR; *Smith v Attorney-General, Bophuthatswana* 1984 1 SA 196 (B) 199E-201C per Hiemstra R; *Nyamakazi v President of Bophuthatswana* 1992 4 SA 540 (B) 548G-567J per Friedman R; *African National Congress (Border Branch) and Another v Chairman, Council of State of the Republic of Ciskei and Another* 1992 4 SA 434 (CK) 444H-455I volbank per Claasens R, Heath R, Claasens WR, melding gemaak word van die *sui generis* karakter van fundamentele regte, was dit nogtans 'n uitsondering op die gevestigde regsposivistiese benadering van Suid-Afrikaanse howe wat die letterlike-*cum*-wetgewersbedoeling nagevolg het. Vgl uitvoerig hiertoe hoofstuk 1 par 1.2, 1.4 en 1.5 *supra*.

118 *Minister of Home Affairs (Bermuda) and another v Fisher and another* [1980] AC 319 (PC) ([1979] 3 All ER 21, 26b-e) per Lord Wilberforce. Vgl ook *Kentridge en Spitz Interpretation* 11-10.

119 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 405 E-F [15] per Chaskalson P: *A constitution is no ordinary statute. It is the source of legislative and executive authority. It determines how the country is to be governed and how legislation is to be enacted. It defines the powers of the different organs of State, including Parliament, the executive, and the courts, as well as the fundamental rights of every person which must be respected in exercising such powers.*

120 Vgl ook die beskrywing van Froneman R oor die onderskeid tussen statutêre uitleg in 'n era van parlementêre soewereiniteit teenoor grondwetlike interpretasie onder die *Grundnorm* Grondwet in *Matiso v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Another* 1994 4 SA 592 (SOK) 597B-H.

121 *Kentridge en Spitz Interpretation* 11-12, 11-13.

en effektief toegepas moet word in 'n werklike of 'n hipotetiese situasie.¹²² Hierdie hermeneutiese benadering kan in die finale instansie as die realisering, verwesenliking en konkretisering van daardie grondwetlike norme beskryf word. Veral grondwetlike norme met 'n oop en algemene waarde-karakter soos die meeste fundamentele regte en fundamentele grondwetlike beginsels, moet gekonkretiseer word alvorens dit ten volle verstaan en geïnterpreteer is. Die konkretisering van fundamentele regte vorm dus die wese van die interpretasie, konstruksie en verstaan van daardie regte.¹²³

Die aard van die regsnorme in 'n grondwetlike teks bepaal voorts die graad van konkretisering en uitbreiding waarvoor dit vatbaar is.¹²⁴ Die 1993 Grondwet en die 1996 Grondwet bevat struktureel gesproke twee soorte norme.¹²⁵ Hoe meer spesifiek, konkreet, en formeel 'n bepaling verwoord is, soos die tydsbeperkinge by prosedures of norme van die staasorganisasierig, hoe minder bestaan die behoefte vir die uitbreiding en konkretisering van daardie norme. Daarteenoor kan waardedraende norme soos fundamentele regte wat meer oop en algemeen verwoord is, slegs geïnterpreteer word deur daardie norme ten volle te konkretiseer. Hierdie strukturele verskil impliseer dat die duidelike opdragte van die grondwetlike teks by eersgenoemde groep norme 'n groter rol sal speel as by laasgenoemde groep regte. Nogtans word die konstruksie van die eersgenoemde tegniese en roetinematige norme nie beperk tot die uitgediende letterlike-*cum*-bedoelingsteorie soos in *Kalla and Another v The Master and Others*¹²⁶ die geval is nie, maar word daardie norme soos die tweede groep norme steeds met behulp van die ander kanons van konstruksie in die lig van die grondwetlike waardes gekonstrueer.¹²⁷

Die konkretisering van die grondwetlike norme is egter nie opsioneel of beperk tot slegs die regbank nie. Uit hoofde van die fundamentele waarde-karakter van grondwetlike norme (en veral van fundamentele regte) in die Suid-Afrikaanse regstaat, rus daar 'n konkretiseringsplig op al drie bene van owerheidsgesag en alle

122 Du Plessis *Open Community* 9; Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 378.

123 *Constitutional Interpretation as statutory interpretation, by its very nature involves concretisation*. Vgl Du Plessis *Open Community* 9.

124 Du Plessis *Open Community* 11.

125 Du Plessis *Open Community* 11.

126 *Kalla and Another v The Master and Others* 1995 1 SA 261 (T) 269B-H per Van Dijkhorst R.

127 Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-14, 11-15.

staatsorgane ooreenkomstig elkeen se eie kompetensiesfeer.¹²⁸ Hoewel die huidige ondersoek op die konkretiseringstaak van die Konstitusionele Hof konsentreer, het die regbank in wye sin 'n besondere rol om te vervul in die beskerming, bevordering en ontwikkeling van fundamentele regte en die vestiging van 'n menseregtekultuur in Suid-Afrika.¹²⁹ Dit word bevestig deur die regterlike eed waartydens lede van die regbank hul verbind tot die handhawing en beskerming van fundamentele regte.¹³⁰ Voorts moet die regbank fundamentele regte indirek in die hele reg toepas as hul ingevolge artikel 35(3) van die 1993 Grondwet en artikel 39(2) van die 1996 Grondwet die gemene- en gewoontereg in ooreenstemming met die gees, strekking en oogmerke van die handves moet interpreteer en ontwikkel.¹³¹ Die gees van die Grondwet vereis dus van die regbank om die fundamentele waardes wat in hierdie *Grundnorm* verwoord is aktief te beskerm en te bevorder, en nie om dit slegs in 'n regspositivistiese styl waardevry en tegnies soos 'n belastingwet te verklaar nie.¹³²

'n Grondwet verwoord nie slegs abstrakte polities-filosofiese ideale nie, maar is 'n kragtige juridiese instrument waardeur die regbank die owerheidsgesag effektief kan kontroleer ter beskerming van die individuele fundamentele regte.¹³³ Hierdie regterlike konkretiseringsplig geskied dus midde in die politieke dinamika, omdat die *Grundnorm* Grondwet juis politieke geskille binne die juridiese terrein besleg met behulp van onpartydige (skeids-) regters. Die regbank word as't ware "verpolitiseer" terwyl die politieke omgewing "verjuridiseer" word.¹³⁴ Regters kan dus nie soos in die verlede 'n vae beskouing van beleidsaangeleenthede as verskoning gebruik

128 Vgl art 8(1) van die 1996 Grondwet. Inteendeel, art 7(2) van die 1996 Grondwet positieer hierdie konkretiseringsplig van fundamentele regte, deur die staat te verplig om die fundamentele regte in die handves te *eerbiedig*, te *beskerm*, te *bevorder* en te *verweselik*.

129 *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 635G [8] per Langa R; *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 913B-C [110] per Sachs R (afsonderlike opinie); *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 2 SA 751 (KH) 759H-760A [2] per Ackermann R.

130 Vgl bylae 3 tot die 1993 Grondwet; item 6 van bylae 2 van die 1996 Grondwet.

131 *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 734B [9] per Mahomed R. Vgl ook *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) op 636A-B [8] per Langa R: *It is a role which demands that a court should be particularly sensitive to the impact which the exercise of judicial functions may have on the rights of individuals who appear before them; vigilance is an integral component of this role, for it is incumbent on structures set up to administer justice to ensure that, as far as possible, these rights, particularly of the weakest and the most vulnerable, are defended and not ignored. One of the implications of the new order is that old rules and practices can no longer be taken for granted; they must be subjected to constant reassessment to bring them into line with the provisions of the Constitution.*

132 *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 913F-G [111] per Sachs R (afsonderlike opinie).

133 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 70.

134 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 67; 70-71. Vgl ook Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 77-78; Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 259.

waarom die wetgewende en uitvoerende vergrype van menseregte nie regtens veroordeel moet word nie.¹³⁵ Die regterlike konkretiseringsplig stel dus ook nuwe eise aan regters soos politieke vaardighede en sensitiwiteite¹³⁶ ten einde, soos Dworkin se ideale Regter Hercules, 'n balans tussen demokrasie en regterlike beskerming van individuele regte te vind.¹³⁷ Hierdie vaardighede is veral noodsaaklik by omstrede en moeilike kwessies waarvoor geen konsensus tydens onderhandelinge bereik kon word nie, soos die doodstraf, aborsie, genadedood, prostitusie, en die gelding van sosiale en ekonomiese fundamentele regte.¹³⁸ Daar moet egter gelet word op die waarskuwing wat meermale bevestig is, naamlik dat die regbank se aktiewe beskermingsrol van fundamentele regte nie so ver strek as die beoordeling van die wysheid van 'n bepaalde politieke beleid nie.¹³⁹

6.3.4 Tweestap konkretiseringsmetode

Die Hof het sedert die *Zuma*-saak die tweestap konkretiseringsmetode gevolg wat kenmerkend is van die konkretisering van fundamentele regte in buitelandse regstelsels soos Kanada (waarop *in casu* sterk gesteun is weens die groot ooreenkomste tussen die beperkingsklousules van die twee state se handveste¹⁴⁰), Duitsland en die Europese Hof vir Menseregte.¹⁴¹ Die huidige skrywer verkies om die hele tweestap interpretasieproses van fundamentele regte as die konkretisering van

135 Vgl Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 69; Kruger *Wordingsproses* 219-224. Vir 'n kritiese ontleding van regters se houding teenoor politieke beleidsaspekte tot voor die invoering van die 1993 Grondwet, sien Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 82-85. Vgl voorts hoofstuk 1 par 1.3 *supra*.

136 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 67. Vgl ook Kriele *Rechtsgewinnung* 60 (hoofstuk 2 par 2.2.2 *supra*) vir 'n soortgelyke posisie in die Duitse reg.

137 Vgl Davis 1995 *SALJ* Vol 112 104 ev.

138 Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 259.

139 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 71; Corder 1992 *SALJ* Vol 109 224.

140 Vgl Cachalia ea (reds) *Fundamental Rights* 106.

141 Vgl *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 654F-I [21] per Kentridge WR; *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 428F [78], 434B-D [95]-[96], 435C-436A [100]-[102], 467E [208], 477B [209], en veral op 435 C-D [100] per Chaskalson P (*Our Constitution deals with the limitation of rights through a general limitation clause. ... this calls for a 'two-stage' approach, in which a broad rather than a narrow interpretation is given to the fundamental rights enshrined in chap. 3, and limitations have to be justified through the application of s 33.*); *S v Mbatha, S v Prinsloo* 1996 2 SA 464(KH) 472B [9] per Langa R; *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 649B-F [54] per Langa R; *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 641G-H [9] per Kriegler; *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1012B [44] per Ackermann R (minderheidsuitspraak).

fundamentele regte te beskou, en nie net die tweede stap soos sekere skrywers nie.¹⁴² Dit beteken dat die individu tydens die eerste stap 'n *prima facie* saak moet uitmaak dat sy of haar fundamentele regte inderdaad in 'n gegewe geval aangetas is.¹⁴³ Indien wel, moet die staatsowerheid tydens die tweede stap op 'n oorwig van waarskynlikhede aantoon dat die beperking regverdigbaar is ingevolge artikel 33 van die 1993 Grondwet of artikel 36(1) van die 1996 Grondwet se vereistes.¹⁴⁴ Die Konstitusionele Hof het hierdie tweestap benadering verkies bo die eenstap benadering wat in die Verenigde State van Amerika en Hong Kong gevolg word - waar die beperking op 'n reg reeds tydens die definiëring van daardie reg se beskermingsveld verreken word - nieëntoende die feit dat beide benaderings spesifieke voordele bo die ander inhou.¹⁴⁵ Die eenstap proses laat groter buigbaarheid toe. Die tweestap proses lei weer tot effektiewer beskerming van die fundamentele reg, omdat dit in die eerste stap ruimte laat vir 'n wye konstruksie van die reg se beskermingsveld wat dan in die daaropvolgende stap gekwalifiseer kan word aan die hand van duidelike beperkingsvereistes.¹⁴⁶

Beide stappe bestaan telkens weer uit verskillende aspekte. Tydens die eerste stap

142 Sien bv Kruger *Wordingsproses* 253 se voorgestelde 5-stap metodiek ter interpretasie van fundamentele regte. Hy beskou die laaste stap waar die noodsaaklikheid van beleidsoorwegings ter regverdiging van die beperking beoordeel word, as die werklike konkretiseringsfase van fundamentele regte deur die regbank. Du Plessis en De Ville (2) 1993 *Stell LR* Vol 4 205 glo egter dat Kruger se konkretiseringsproses reeds begin tydens die voorafgaande Stap 4 as die proporsionaliteit en wisselwerkingsteorie toegepas word op die beperkende wet.

143 Vgl in die algemeen mbt die belang van die eerste stap Cachalia ea (reds) *Fundamental Rights* 107-109. Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 72 definieer juis grondwetlike interpretasie van fundamentele regte aan die hand van 'n verdere verfyning van veral die eerste van hierdie twee stappe: *1 defining the rights or entitlements entrenched in the Constitution and determining their scope; 2 understanding the law in force (which includes legislation as well as common law and customary law) or the administrative action subordinate to the Constitution, and this includes - 2 1 construing 'ordinary' legislation and interpreting applicable common and customary law so as to determine their scope and effect, and/or 2 2 comprehending the effects of administrative action; 3 determining whether law in force or administrative action prima facie limits rights or entitlements entrenched in the Constitution; and 4 adjudicating the constitutionality (i e the constitutional tenability or justifiability) of any limitation in 3.*

144 Vgl Woolman *Limitation* 12-15, 12-17.

145 Vgl *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 654F-I [21] per Kentridge WR wat veral steun op die ondersoek van Lord Woolf oor die onderskeid tussen hierdie twee benaderings in *Attorney-General of Hong Kong v Lee Kwong-kut* [1993] AC 951 (PC) ([1993] 3 All ER 939, 952c). Cachalia ea (reds) *Fundamental Rights* 108 verklaar weer dat die VSA se eenstap-benadering is vir RSA, *of limited usefulness because the US Constitution does not have a general limitation clause. Its guarantees are textually absolute and the US courts have had to employ judicially imposed criteria to limit the scope of the rights.*

146 Vgl egter die probleme wat die tweestap-benadering in Kanada ondervind het in Cachalia ea (reds) *Fundamental Rights* 107-108.

moet die beskermingsveld van die fundamentele reg eers gekonstrueer word alvorens bepaal word wat die effek van die regsvoorskrif daarop is. Dit wil sê die applikant moet die toepaslike fundamentele waarde aantoon wat die handves abstrak vir daardie situasie beskerm.¹⁴⁷ Dit is 'n normatiewe regsvraag wat deur middel van logiese argumentasie in die lig van artikel 35(1) van die 1993 Grondwet en artikel 39(1)(a) van die 1996 Grondwet se opdrag tot 'n waardegerigte konstruksie aangetoon moet word.¹⁴⁸ Hierna kom die tweede stap aan die beurt waartydens die beperking geregverdig word. Dan moet die respondent wat op die beperking steun, eers die regsvraag met behulp van logiese argumentasie antwoord dat die handhawing van daardie beperking normatief gesproke redelik en geregverdig is ingevolge die beperkingsvereistes.¹⁴⁹ Daarna moet die respondent op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys dat daardie beperking feitelik gesproke inderdaad ingevolge die beperkingsvereistes geregverdig is.¹⁵⁰

Dit is belangrik om kennis te neem van die verskillende rolle wat grondwetlike waardes tydens die twee stappe vervul. Terwyl 'n spesifieke grondwetlik beskermde waarde tydens die eerste stap gebruik word om die omvang van 'n bepaalde reg se beskermingsveld te bepaal, word daardie fundamentele waarde juis tydens die tweede stap gebalanseer teenoor die groter sosiale en politieke waardes of die kompeterende fundamentele reg wat die beperkende wet bevorder.¹⁵¹ Die betrokke waarde-oordeel wat in die finale instansie tydens die balanseringsproses getref word, moet egter versoenbaar wees met die waardes van 'n oop en demokratiese samelewing wat begronde is op vryheid en gelykheid (1993 Grondwet) of menswaardigheid, gelykheid en vryheid (1996 Grondwet), sonder dat daardie keuse laasgenoemde algemene waardes self mag aantas.¹⁵²

Regter Sachs het intussen gewaarsku teen 'n rigiede en meganiese benadering van hierdie analitiese onderskeid tussen die twee opeenvolgende konkretiseringstappe wat

147 Woolman *Limitations* 12-2.

148 Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-32, 11-34.

149 Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-33, 11-34.

150 Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-34, 11-35.

151 Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-34 verwysend na *Holomisa v Argus Newspapers Ltd* 1996 2 SA 588 (W) 607B-608B per Cameron R.

152 Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-34.

die gemeenskaplikhede tussen die stappe onderskat.¹⁵³ Inteendeel, daar bestaan in verskeie opsigte 'n sterk band tussen hierdie twee stappe:

[F]irstly, by overt proportionality with regard to means, secondly by underlying philosophy relating to values, and, thirdly, by a general contextual sensitivity in respect of the circumstances in which the legal issues present themselves. ...[F]aithfulness to the Constitution is best achieved by locating the two-stage balancing process within a holistic, value-based and case-orientated framework.¹⁵⁴

Regter Sachs se beklemtoning van die eenheid van die konkretiseringsproses moet nie gereduseer word tot 'n minderheidsneiging in die Hof weg van die tweestap proses na die Amerikaanse eenstap benadering waar die balanseringsproses reeds tydens die konstruksie van die beskermingsveld geskied nie.¹⁵⁵ Dit is meer waarskynlik dat Regter Sachs juis 'n sensitiwiteit openbaar vir die dinamika en universaliteit wat kenmerkend is van die normatiewe waarde-karakter van fundamentele regte. Dit maak 'n stilistiese en simplisties-meganiese skeiding tussen enersyds die konstruksie van die beskermingsveld van 'n fundamentele reg en andersyds die beoordeling van 'n beperking daarop in die tweestap benadering, onvanpas ter verwesenliking van die Hof se geregtigheidstrewes.¹⁵⁶ Daar moet egter kennis geneem word van skrywers se waarskuwing dat hoewel waarde-oordele noodwendig ook tydens die eerste stap ter sprake kom as die beskermingsveld van 'n fundamentele reg gekonstrueer word, dit nie impliseer dat 'n beperking van daardie waardes deur middel van konflikterende samelewings- of ander individuele belange dan reeds verreken word nie, omdat dit tydens die tweede stap geskied.¹⁵⁷ Die balansering of afweging van konflikterende belange en waardes teenoor mekaar vind hoofsaaklik tydens die tweede stap plaas en

153 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 655C-657C [45]-[46] per Sachs R (afsonderlike opinie). Vgl ook Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights 72; Woolman Limitations* 12-19 ev.

154 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 655H-656A [45], 656B-C [46] per Sachs R.

155 Vgl die kritek van Woolman *Limitations* 12-20, 12-21.

156 Hierdie sensitiwiteit word juis gereflekteer deur die regsposisie in Kanada, Duitsland en die Europese Hof vir Menseregte wat die beginsel van grondwetlike eenheid vooropstel tydens die konstruksie van fundamentele regte.

157 Woolman *Limitations* 12-20 - 12-21.

nie reeds tydens die eerste stap as die reg se beskermingsveld gekonstrueer word nie.

Hoewel geargumenteer sal word dat die hermeneut hoofsaaklik 'n sistematies-teleologiese (laasgenoemde impliseer ook 'n waardegerigte) benadering tydens beide konkretiseringstappe volg, is die metode wat tydens die eerste stap gevolg word om die beskermingsveld af te baken van deurslaggewende belang, omdat dit die grondslag vorm waarop die finale konkretisering van daardie fundamentele reg tydens die tweede stap se proses van belange-afweging geskied. Die eerste stap is die fase van die konkretiseringsproses waartydens die keuse van 'n spesifieke grondwetlike konstruksieteorie, 'n bepaalde regshermeneutiese voorkeur, en ten diepste die hermeneut se regs-, staats- en samelewingsbeskouing bepaal hoe wyd die omvang van beskerming is wat deur daardie fundamentele reg verleen word, en of daar hoegenaamd in die spesifieke geval op daardie reg inbreuk gemaak word. Juis omdat die handves nie alle individuele belange en regte grondwetlik fundamenteel beskerm nie,¹⁵⁸ verkies die huidige skrywer om die term fundamentele regte te gebruik om daardie regte in die handves te onderskei van ander menseregte, en publiekregtelike en privaatregtelike subjektiewe regte wat elders in die reg buite die handves voorkom.

As regsteoretiese uitgangspunt aanvaar die huidige skrywer die beginselbenadering wat in 'n liberale demokrasie gevolg word met besondere klem op kritiese insette ten einde te verseker dat die reg se sosiale en samelewingsverantwoordelikhede nagekom word. Op suiwer regs metodologiese vlak is dit juis tydens die eerste stap waar die benadering van die kontemporêre Duitse staatsregsfilosof, Friedrich Müller (nieteenstaande sy kritiek jeens waardes tydens grondwetlike konkretisering wat nie deur die huidige skrywer gedeel word nie), besonder behulpsaam is om spesifiek die konstruksie van die beskermingsveld van 'n fundamentele reg te struktureer. Hierdie benadering lei die huidige skrywer (soos tewens in die slothoofstuk aangedui word) na 'n sistematies-teleologiese en 'n holisties-waardegerigte benadering om die fundamentele norme wat in die Grondwet gewaarborg word, te konkretiseer.

Weens die mite van objektiewe regterlike waarde-oordele, behoort daar voorts kennis geneem te word van ander inisiatiewe in die regshermeneutiek soos dekonstruksie om

158 Vgl Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-33.

die regsrag van fundamentele grondwetlike norme te realiseer. 'n Bewuste kritiese ingesteldheid sal die hermeneut juis bedag maak op byvoorbeeld die gevestigde vooroordele wat in samelewingstrukture teenwoordig is, of die invloed wat die vooroordele van sy of haar subjektiewe ervaringswêreld op sy of haar waarde-oordele uitoefen. Hierdie bewusmaking van die hermeneut se subjektiewe vooroordele kan minstens ingeligte regterlike hermeneutiese keuses verseker. Dit sal reeds 'n groot bydrae lewer in die strewe van die juridiese denkproses na die (onbereikbare) ideaal van rasionaliteit, logika en objektiwiteit tydens die uitoefening van regterlike waarde-oordele tydens die konkretisering van fundamentele regte.

6.3.5 Uitlegkanons as hermeneutiese sistematiseringsraamwerk

Elke element van hierdie tweestap konkretiseringsproses word bewerkstellig deur die verstaan van 'n bepaalde regs werklikheid.¹⁵⁹ Hierdie werklikheid sluit aspekte in soos die gesaghebbende grondwetlike teks waarin die fundamentele reg gewaarborg word, die teks van die inbreukmakende regsvoorskrif of die beperkende administratiewe handeling, en die spesifieke omstandighede waarin op die individu se fundamentele reg inbreuk gemaak word sowel as die individu se belange. Hierna word die grondwetlike regverdiging van die beperkende regsvoorskrif tydens die tweede stap beoordeel. Hierdie proses van verstaan word voorafgegaan deur interpretasie wat weer bewerkstellig word deur die aanwending van spesifieke hermeneutiese prosesse en tegnieke.¹⁶⁰ Hierdie tweestap proses van werklikheidskonkretisering impliseer egter dat daar nie slegs een korrekte, vaste en voorgeskrewe metode van grondwetlike konstruksie en interpretasie bestaan nie.¹⁶¹ Du Plessis verduidelik hierdie stelling op die volgende wyse:

*Constitutional (and, indeed, statutory) interpretation is a disciplined art which actuates well-trying guidelines of understanding and application to concretise a reality modelled on the exigencies of an authoritative text as programmatic point of departure.*¹⁶²

159 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 72-73.

160 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 72-73.

161 Du Plessis *Open Community* 9.

Gevolglik kan 'n verskeidenheid moontlike kombinasies van hermeneutiese tegnieke en reëls soos byvoorbeeld die Duitse kanons van konstruksie, waarde-oordele en waarde-afweging, vir die konkretisering van 'n fundamentele reg in verskillende gevalle gebruik word.¹⁶³

Artikels 35(1) en (3) van die 1993 Grondwet en artikels 39(1) en (2) van die 1996 Grondwet bevat self duidelike aanwysings waarvolgens die fundamentele regte in die Grondwet geïnterpreteer moet word. Hiervolgens word 'n teleologies-waardegerigte, 'n logies-sistematiese en regsvergelijkende interpretasie vereis. Reeds in *S v Zuma and Others* word 'n toepaslike interpretasiebenadering voorgestel wat naas die teks, sterk klem lê op die regsgeeskiedenis, tradisies en gebruike van die samelewing ten einde die oogmerke van die Grondwet behoorlik te verstaan.¹⁶⁴ In die daaropvolgende beslissing van *Makwanyane* beskryf Regter Chaskalson hierdie benadering namens 'n eenparige Hof as, *an approach which, whilst paying due regard to the language that has been used, is 'generous' and 'purposive' and gives expression to the underlying values of the Constitution.*¹⁶⁵ Dit het beteken dat Regter Chaskalson artikel 11(2) van die 1993 Grondwet se verbod op onmenslike, wrede of vernederende behandeling of straf met betrekking tot die grondwetlikheid van die doodstraf nie in isolasie beoordeel nie, maar, *in its context, which includes the history and background to the adoption of the Constitution, other provisions of the Constitution itself and, in*

162 Du Plessis *Open Community* 9.

163 Du Plessis *Open Community* 13.

164 Vgl *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 651H [15] per Kentridge WR wat veral steun op die benadering in *Minister of Home Affairs (Bermuda) and another v Fisher and another* [1980] AC 319 (PC) ([1979] 3 All ER 21 26c-e) per Lord Wilberforce: *This is in no way to say that there are no rules of law which should apply to the interpretation of a constitution. A constitution is a legal instrument giving rise, amongst other things, to individual rights capable of enforcement in a court of law. Respect must be paid to the language which has been used and to the traditions and the usages which have given meaning to that language. It is quite consistent with this, and with the recognition that rules of interpretations may apply, to take as a point of departure for the process of interpretation a recognition of the character of origin of the instrument, and to be guided by the principle of giving full recognition and effect to those fundamental rights and freedoms with a statement of which the Constitution commences.* Kentridge WR *ibid* steun ook op die Kanadese posisie in *R v Big M Drug Mart Ltd* [1985] 1 S.C.R. 295, 344 per Dickson R (eie verwysingstyl).

165 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 403C-D [9] per Chaskalson P. Vgl ook *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 874D-E [8] per Mahomed R (meerderheidsbeslissing) verwysend na *Government of the Republic of Namibia and Another v Cultura* 2000 and *Another* 1994 1 SA 407 (Nm) 418F-G per Mahomed HR: *It must broadly, liberally and purposively be interpreted so as to avoid 'the austerity of tabulated legalism' and so as to enable it to continue to play a creative and dynamic role in the expression and the achievement of the ideals and aspirations of the nation, in the articulation of the values bounding its people and in disciplining its Government.*

*particular, the provisions of chap 3 of which it is part. It must also be construed in a way which secures for 'individuals the full measure' of its protection.*¹⁶⁶

Bogenoemde interpretasie-argumente toon 'n duidelike ooreenkoms met die kanons van konstruksie wat in die Duitse staatsreg gebruik word. Laasgenoemde kan dus as sistematiseringsmaatstaf gebruik word van die argumente, metodes en tegnieke waarvolgens die Konstitusionele Hof en skrywers fundamentele regte in die handves verstaan, interpreteer en konkretiseer.¹⁶⁷ Hoewel die Hof 'n duidelike voorkeur vir sistematies-teleologies-waardegerigte konstruksie toon, vind dit altyd in wisselwerking met die teks, historiese agtergrond, grondwetlike konteks, internasionale tendense en spesifieke regswetenskaplike stelreëls plaas.¹⁶⁸ Daar bestaan egter geen vaste gesaghebbende voorkeurorde waarin hierdie kanons van konstruksie bestudeer word nie, buiten dat die teks steeds die beginpunt van die

166 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 403G-404A [10] Chaskalson P. Vgl bevestigend *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1086B [172] per Chaskalson P (meerderheidsbeslissing).

167 *Sien Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1001G-1002A [15] per Ackermann R wat verwys na tekstuele, kontekstuele, genetiese en doelsoekende argumente. Vgl bevestigend Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 73 (verwysend egter slegs na vyf en nie ses metodes nie omdat die skrywers nie tussen genetiese en historiese konstruksie onderskei nie); Du Plessis *Open Community* 13; Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 357 ev; Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 8-9. Du Plessis *Interpretation* 54-60 en Du Plessis 1987 *SAPR* Vol 2 186-191 het vroeër hierdie kanons in 'n eiesoortige metodiek geïnkorporeer, wat hy normatiewe transponering noem. Devenish *Interpretation* 53 stel weer 'n algemene statutêre uitlegmetodiek uit aspekte van die verskillende uitlegteorieë saam, wat hy 'n teleologiese uitlegbenadering noem. Dit toon sterk ooreenkoms met die verskillende kanons van konstruksie. Hy begin by die gewone of grammatikale betekenis van woorde (letterlike teorie), daarna word die bedoeling van die wetgewer (subjektiewe teorie) vasgestel ten einde die wetsoogmerk te bepaal (doelmatige teorie), woorde moet egter by 'n veranderende konteks aangepas word (objektiewe teorie), en dit moet ten slotte die inherente waardes en moraliteit van die gemene reg in ag neem (teleologiese metodiek). Cowen 1976 *TSAR* 159-160 vt 200 beklemtoon weer die belang van die letterlike teks, die onderwerp van die wet, die algemene historiese konteks, die wetgewende geskiedenis van die wet, die doel en *mischief* van die wet, die praktiese gevolge van die wet, en die rol van die gemene reg se vermoedens tydens statutêre interpretasie.

168 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 489D-F [266] per Mahomed R: *What the Constitutional Court is required to do in order to resolve an issue is to examine the relevant provisions of the Constitution, their text and their context; the interplay between the different provisions; legal precedent relevant to the resolution of the problem both in South Africa and abroad; the domestic common law and public international law impacting on its possible solution; factual and historical considerations bearing on the problem; the significance and meaning of the language used in the relevant provisions; the content and the sweep of the ethos expressed in the structure of the Constitution; the balance to be struck between different and sometimes potentially conflicting considerations reflected in its text; and by a judicious interpretation and assessment of all these factors to determine what the Constitution permits and what it prohibits.* Vgl *ibid* 498G-I [301], 499F-G [304] per Mokgoro R vir die inheemse waardes van Afrika.

interpretasieproses vorm.¹⁶⁹ Die veelvoud van interpretasiemoontlikhede en die gebrek aan 'n vaste voorgeskrewe interpretasiemetode tydens die konkretisering van fundamentele regte, kan in teenstelling met die tradisionele reëls van statutêre uitleg, inderdaad as 'n uitstaande kenmerk van grondwetlike hermeneutiek bestempel word.¹⁷⁰

a) Teleologiese konstruksie

(i) Inhoud

Teleologiese konstruksie beteken dat wanneer die betekenis van 'n fundamentele reg gekonstrueer word, die objektiewe doel waarvoor daardie fundamentele regsnorm in die handves vir die huidige omstandighede vervat is, tesame met die doel van die Grondwet vasgestel moet word.¹⁷¹ Die Konstitusionele Hof het reeds in die *Zuma*-saak by die Kanadese *Supreme Court* se konstruksie van die Kanadese *Charter of Rights and Freedoms* aangesluit, deur 'n doelsoekende (*purposive*) en waardegerigte benadering tydens die interpretasie van die Grondwet en veral die handves van fundamentele regte te volg.¹⁷² Die uitoefening van waarde-oordele wat 'n inherente deel van grondwetlike hermeneutiek vorm, impliseer voorts dat 'n teleologiese benadering noodwendig vir die interpretasie van die Grondwet en handves van fundamentele regte gevolg moet word.¹⁷³ Teleologiese konstruksie is dus deel van die groter grondwetlike konteks wat bestudeer word saam met die ander kanons van konstruksie ten einde die *ratio legis* van die fundamentele reg vas te stel.¹⁷⁴

169 Vgl Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 366-367; Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 9-10; en Du Plessis *Open Community* 13.

170 Du Plessis *Open Community* 11, 13.

171 *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 650H-652J [13]-[17] per Kentridge WR; *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 403 [9], 487-488 [262] per Mahomed R, 505 [323] per O'Regan R, 514 [362] per Sachs R; *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 648E [51] per Langa R; *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 874D-F [8] per Mahomed R; *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 740F [26] per Mahomed AP; *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1086A [172] per Chaskalson P (meerderheidsuitspraak); *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1997 12 BCLR 1696 (KH) 1702 [16] per Chaskalson P.

172 *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 651E-G [15] per Kentridge WR. Vgl ook Labuschagne 1989 *SAPR* Vol 4 211; Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 74, 85; Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-25 – 11-27.

173 Botha 1995 *THRHR* Vol 58 527.

Boonop skryf die Grondwet 'n teleologies-waardegerigte benadering op verskeie plekke voor. Eerstens vermeld artikel 35(1) van die 1993 Grondwet en artikel 39(1)(a) van die 1996 Grondwet die opdrag aan die Hof om die waardes wat onderliggend aan 'n oop en demokratiese samelewing is, te bevorder.¹⁷⁵ Hiermee word veronderstel dat die waardes van vryheid en gelykheid in die 1993 Grondwet, of menswaardigheid, gelykheid en vryheid in die 1996 Grondwet, die wil van 'n hipoteties-permanente grondwetskrywer verwoord.¹⁷⁶ Tweedens word dieselfde opdrag tot 'n waarde-koherente ('n teleologiese) benadering in artikel 33(1) van die 1993 Grondwet en artikel 36(1) van die 1996 Grondwet vir die beoordeling van die beperking van 'n fundamentele reg tydens die tweede konkretiseringstap voorgeskryf.¹⁷⁷ Derdens skryf artikel 35(3) van die 1993 Grondwet en artikel 39(2) van die 1996 Grondwet ook 'n teleologiese-waardegerigte benadering voor.¹⁷⁸ Indirekte derdewerking van fundamentele regte tydens die uitleg van statute, die gemenerereg en gewoonterereg deur ander howe, geskied dus met behulp van teleologiese konstruksie.¹⁷⁹ Vierdens dui die verpligting in die regterlike eed op regters om fundamentele regte te handhaaf, te beskerm en om geregtigheid te laat geskied, op die belang van teleologiese interpretasie.¹⁸⁰

Die gevaar bestaan dat die teleologiese konstruksie soms sonder meer gelykgestel word aan doelsoekende interpretasie, terwyl daar 'n duidelike verskil tussen die twee benaderings bestaan deurdat eersgenoemde meer omvattend is as laasgenoemde.¹⁸¹ Teleologiese konstruksie dui op doelsoekende interpretasie ooreenkomstig die fundamentele grondwetlike en etiese waardes en beginsels, terwyl doelsoekende konstruksie nie noodwendig waardegerig is nie.¹⁸² Juis daarom beskou Devenish die

174 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 85.

175 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 77; Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-6.

176 Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 389; Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 9 vt 38.

177 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 77; Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-7.

178 Vgl Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-9.

179 Vgl *Du Plessis v De Klerk* 1996 3 SA 850 (KH) 885D-886B [60], 887F-H [63] per Kentridge WR, 897C-G [86] per Mahomed AP, 917C-918C [141]-[143] per Kriegler R; *Gardener v Whitaker* 1996 4 SA 337 (KH) 347D-H [16] per Kentridge WR; *Nel v Le Roux No and Others* 1996 3 SA 562 (KH) 570E-F [8] per Ackermann R.

180 Vgl Devenish *Interpretation* 44. Vgl bylae 3 van die 1993 Grondwet; item 6 (1) van bylae 2 van die 1996 Grondwet.

181 Devenish *Interpretation* 44-45.

182 Vgl Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 251, 261. Vgl voorts Devenish *Interpretation* 35-48 se omvattende verduideliking van die verskil tussen objektief-doelsoekende en teleologiese

aangewese metode vir konstruksie van die handves en inderdaad alle regsreëls as 'n waarde-koherente of teleologiese konstruksie.¹⁸³ Botha bevestig weer dat 'n *waarde-aktiverende grondwetuitleg*, wat 'n noodsaaklikheid is vir die konkretisering van die fundamentele grondwetlike waardes en die verwesenliking van die materiële Suid-Afrikaanse regstaat, onlosmaaklik gebonde is aan 'n *teleologiese (waarde-samehangende of value-coherent) uitlegmetodiek*.¹⁸⁴ Die grondwetlike positivering van die uitstralingswerking van fundamentele regte se waarde-karakter en die direkte en indirekte derdewerking van daardie regte in die privaatreë, impliseer dat alle vorme van statutêre uitleg in die Suid-Afrikaanse reg noodwendig deur middel van teleologiese konstruksie moet geskied. Verwysings na doelsoekende (*purposive*) interpretasie in die Suid-Afrikaanse staatreghermeneutiek word, tensy die teendeel duidelik blyk, deur die huidige skrywer geag waardegerig te wees en inderwaarheid op teleologiese interpretasie te dui.¹⁸⁵ Teleologiese konstruksie as 'n waardegerigte hermeneutiese benadering word in elke geval algemeen in verskeie regstelsels gebruik wat elk oor 'n eiesoortige geskiedenis, grondwet en handves van fundamentele regte beskik, ten einde die *'austerity of tabulated legalism'* tydens grondwetlike interpretasie te vermy.¹⁸⁶

Teleologiese argumente word dus ingespan om (i) die doel en oogmerk van die

interpretasie met uitvoerige verwysings na gesag.

183 Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 270 en 272. Sien veral Devenish *Interpretation* 39-48, 52-55 mbt die ontwikkeling van teleologiese uitleg sedert Aristoteles via die klassieke Engelse *common law equity*-begrip en die Romeins-Hollandse regsgeleerdes se natuurregwaardes. Hy vervolg op *ibid* 54 en 55: *In essence this is a value-coherent or teleological approach, reflecting a weighing up of competing interests and an ultimate decision in favorem libertatis. ... According to teleological evaluation the interpretation of statutes should involve, an unqualified contextual weighing-up of linguistic, legal and jurisprudential considerations. Such an evaluation is intrinsic to the phenomenon of statutory interpretation. ... Teleological evaluation is also compatible with contemporary hermeneutics as expounded by Gadamer, according to whom, interpretation is a search for common ground between the interpreter and the text. Through a proces of evaluation, this must of necessity occur.*

184 Botha *Waarde-Aktiverende Grondwetuitleg* ii, 268

185 In die Suid-Afrikaanse grondwetlike konteks gebruik die huidige skrywer vervolgens teleologiese konstruksie in die genoemde waardegerigte konteks, hoewel beide begrippe (teleologie en waardegerigtheid) soms afsonderlik of soms as 'n dubbelstelling naas mekaar aangewend word.

186 Vgl *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 740F-G [27] per Mahomed AP (vt 44 en 45 verwysend na Namibië, Bophuthatswana; Bermuda, Gambië, Kanada, VSA en Botswana); *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 874D-E [8] per Mahomed R (meerderheidsbeslissing), 916C-917C [122]-[124] per Sachs R (afsonderlike opinie) (die Engelse statutêre uitlegmetodiek verander weens Britanje se lidmaatskap van die EG vanaf die tradisionele eng letterlike tekstuele benadering na 'n wyer sistematies-teleologiese konstruksie). Sien voorts Labuschagne 1993 *SAPR* Vol 8 128-130 vir verdere internasionale voorbeelde.

beperkende regsnorm,¹⁸⁷ (ii) die doel en oogmerk van die betrokke fundamentele reg self (dus die beskermingsveld van daardie reg), en (iii) die invloed of gevolge van die beperking op die fundamentele reg vas te stel.¹⁸⁸ Teleologiese argumente kan met ander woorde tydens beide konkretiseringstappe gebruik word.¹⁸⁹ 'n Goeie voorbeeld waar onderskeidelik al drie bogenoemde funksies van teleologiese konstruksie te vinde is, is die belangwekkende doodstrafsaak van *Makwanyane*. (i) Hierin het Regter O'Regan met betrekking tot die beperkende regsvoorskrif bevind dat die doel van die doodstraf was om die moordenaar self dood te maak.¹⁹⁰ (ii) Regter Sachs het weer met betrekking tot die beskermingsveld van die fundamentele reg kortliks na die eiesoortige aard van menslike lewe verwys.¹⁹¹ Die menslike lewe kan nooit tydelik opgeskort word nie, anders lei dit tot die vernietiging van daardie fundamentele reg. Bloot die genot van die lewe self kan gekwalifiseer word. (iii) Regter Chaskalson analiseer op sy beurt weer die aard, omvang en gevolge wat voortspruit uit die oplegging van die doodstraf as vonnis op moord met behulp van teleologiese uitlegargumente.¹⁹² Hiervolgens blyk dit dat die doodstraf die mees ekstreme vorm

187 Vgl *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH) 1016E-G [1] per Ackermann R, O'Regan R, Sachs R (namens die Hof); *Harksen v Lane NO and Others* 1997 11 BCLR 1489 (KH) 1504-1505 [35]-[37] per Goldstone R (meerderheidsbeslissing); *Mistry v Interim National Medical and Dental Council of South Africa and Others* 1998 7 BCLR 880 (KH) 887-888 [10]-[11] per Sachs R. Dit beteken dat alle regsnorme, en nie slegs grondwetlike norme nie, 'n bepaalde oogmerk het wat vasgestel word. Dit is egter meer waarskynlik dat belangrike grondwetlike norme soos fundamentele regte die sterkste met 'n spesifieke doel geformuleer is. Vgl Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 367 vt 62.

188 Vgl *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 659G-H [33] per Kentridge WR; *S v Bhulwana, S v Gwadiso* 1996 1 SA 388 (KH) 392E-F [6], 393C-D [8], 394H-I [15] per O'Regan R; *S v Mbatha*; *S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH) 472C-G [9]-[10] per Langa R; *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 636G-637A [11], 642C [30], 642H-643C [32]-[33], 646C-H [44]-[45] per Langa R; *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 641D-G [8] per Kriegler R; *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 737C-739A [18]-[22], 743D-745D [37]-[41] per Mahomed AP; *De Lange v Smuts NO and Others* 1998 7 BCLR 779 (KH) 792 [25] per Ackermann R (meerderheidsbeslissing); *Mistry v Interim National Medical and Dental Council of South Africa and Others* 1998 7 BCLR 880 (KH) 890 [16] per Sachs R. Teleologiese konstruksie word ook vir ander grondwetlike norme as fundamentele regte toegepas. Vgl bv *Zantsi v Council of State, Ciskei, and Others* 1995 4 SA 615 (KH) 628D [38] per Trengove WR (mbt art 98(2)(c) van die 1993 Grondwet se jurisdiksie van die Konstitusionele Hof); *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 872G-874G [3]-[9] per Mahomed R (meerderheidsbeslissing) (mbt die gevolge wat art 241(8) van die 1993 Grondwet se letterlike uitleg sal veroorsaak).

189 Vgl bv *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 754E-F [56] per Mahomed AP; *S v Coetzee and Others* 1997 3 SA 527 (KH) 535G-H [12] per Langa R.

190 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 508 E [334] per O'Regan R.

191 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 511H [351], 512C-H [353]-[354] per Sachs R.

192 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 409C-410B [26], 415F-434C [40]-[95] per Chaskalson P. Vgl bevestigend in *casu* 490D-493 [270]-[281], 513C-F [356]-[357] per Sachs R.

van straf vir 'n veroordeelde misdadiger is waaruit ernstige regsgevolge voortvloei.¹⁹³ Dit vernietig die menslike lewe as sodanig wat ongekwalifiseerd deur artikel 9 van die 1993-Grondwet beskerm word.¹⁹⁴ Dit vernietig voorts die menswaardigheid van beide die samelewing en veroordeelde persone wat in Artikel 10 van die 1993 Grondwet beskerm word, deurdat dit 'n veroordeelde persoon reduceer tot 'n elimineerbare objek as deel van 'n misdaadvoorkomingsprogram.¹⁹⁵ Die arbitrêre en ongelyke elemente wat teenwoordig is in die regsproses waar die doodstraf eventueel opgelê word, lei tot diskriminasie op verskeie gronde.¹⁹⁶ Boonop is die gevolge van die doodsvonnis finaal en onherroepbaar sodat foute nie ongedaan gemaak kan word nie.¹⁹⁷ Die doodstraf is dus teenstrydig met artikel 11(2) van die 1993 Grondwet, omdat dit as strafvorm wreed, onmenslik, en vernederend is.¹⁹⁸

(ii) Konstruksie van die beskermingsveld

Dit is opmerklik dat die Konstitusionele Hof nie telkens die volle beskermingsveld van die tersaaklike fundamentele reg konstrueer nie, maar slegs daardie gedeelte vir so ver dit noodsaaklik is om die regspraak voor die Hof te beantwoord. Dit bly egter steeds die prerogatief van die Konstitusionele Hof om die beskermingsveld van regte uit te brei, hoewel so 'n proses slegs met die tyd sal geskied.¹⁹⁹ Daar is 'n opmerklike huiwering by die Hof om nie toekomstige sake vooruit te loop en die Hof daarmee onnodig te bind nie. So byvoorbeeld het meeste regters verkies om nie die reg op lewe in artikel 9 van die 1993 Grondwet volledig te definieer in die *Makwanyane*-saak nie.²⁰⁰ Regter Langa het voorts ook nie die geïmpliseerde reg teen selfinkriminasie uit

193 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 409C [26] per Chaskalson P, 483F-H [236] per Madala R, 488I-489A [265] per Mahomed R.

194 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 429B-430I [80]-[86] per Chaskalson P, 490D-490F [270] per Mahomed R.

195 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 422E-423F [57]-[61] per Chaskalson P, 490G-491B [271]-[272] per Mahomed R.

196 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 417 B-421B [43]-[54], 422A-D [55]-[56] per Chaskalson P, 453E-458E [153]-[166] per Ackermann R, 491C-492C [273]-[274] per Mahomed R.

197 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 421B-D [54] per Chaskalson P, 490F [270], 490H [271] per Mahomed R.

198 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 409C-410B [26], 421E-422A [55], 432D-434C [90]-[95] per Chaskalson P, 492G [277] per Mahomed R.

199 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 506B-C [325] per O'Regan R.

200 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 462A [176] per Didcott R, 469H [193] per Kentridge WR, 476F [208] per Kriegler R, 479C [216] per Langa R, 489J-490A [269] per Mahomed R, 512H [355] per Sachs R (nogtans verken hy kortliks die aard van die reg op lewe op 511H [351], 512C-H [353]-[354]).

artikel 25(3) van die 1993 Grondwet se reg op 'n regverdige verhoor, verder verken nie.²⁰¹ Regter Kriegler het ook nie die reg op vryheid in artikel 11(1) van die 1993 Grondwet se buitenste grense, filosofiese grondslag of spesifieke inhoud ondersoek nie.²⁰² 'n Uitsondering hierop is Regter Ackermann se minderheidsuitspraak in *Ferreira v Levin* wat, hoewel hy in beginsel erken het dat die beskermingsveld van artikel 11 se vryheidsreg mettertyd vasgestel word, tot skerp kritiek van Regter Chaskalson, juis van daardie beginsel afgewyk het deur die volledigste konstruksie tot datum van artikel 11(1) as 'n algemene residuele vryheidswaarborg te gee.²⁰³

Die howe het wel enkele algemene beginsels vir die konstruksie van die beskermingsveld van 'n fundamentele reg geïdentifiseer.²⁰⁴ (i) Dit geskied deur middel van die uitoefening van 'n waarde-oordeel en nie ingevolge 'n legalistiese of positivistiese benadering nie. (ii) Daar moet gevolg gegee word aan die gees en oogmerke van die Grondwet en veral van die handves van fundamentele regte. (iii) 'n Wye benadering moet met die konstruksie van die *Grundnorm* Grondwet gevolg word. (iv) Die konstruksie van die beskermingsveld word nie beperk tot die teleologiese argumente nie, maar ander uitlegkanons soos historiese konstruksie word ook gebruik.²⁰⁵

Die implikasie van hierdie beginsels is dus dat nie alle individuele belange fundamenteel beskermingswaardig is onder die handves nie, maar slegs daardie belange wat uit hoofde van 'n waarde-georiënteerde konstruksie ingevolge artikel 35 van die 1993 Grondwet en artikel 39 van die 1996 Grondwet se voorskrifte binne die beskermingsveld van 'n fundamentele reg ressorteer. Daar heers tans egter onsekerheid oor hoe wyd die beskermingsveld van regte in die lig van hierdie waarde-

201 *S v Mbata, S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH) 473A [11] per Langa R.

202 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 642C [10] per Kriegler, 655A [44] per Sachs R. Vgl bevestigend *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1084G-1085B [169] per Chaskalson P (meerderheidsuitspraak).

203 *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1012E-F [45] per Ackermann R (minderheidsuitspraak). Sien ook *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 2 SA 751 (KH) 787G-H [64], 787-795 [65]-[79] per Ackermann R wat weereens die reël bevestig dat die reg op privaatheid slegs per geval ontwikkel word, maar dan wel voortgaan om 'n voorlopige wye ondersoek van die beskermingsveld van die reg op privaatheid te onderneem.

204 Vgl *Matinkinca and Another v Council of State, Republic of Ciskei* 1994 4 SA 472 (Ck) 490A-B per Heath R.

205 *S v Mbata, S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH) 471D-E [7] per Langa R.

beskouing gekonstrueer moet word en welke individuele belange wel fundamenteel deur die Grondwet beskerm behoort te word.²⁰⁶ Die Konstitusionele Hof het nietemin beslis dat die beskermingsvelde van die sewe regte wat in 'n fundamentele reg soos artikel 11(2) in die 1993 Grondwet verwoord is, niteenstaande die interpretasiebeginsel van grondwetlike eenheid, afsonderlik gekonstrueer moet word ten einde elkeen behoorlik te konkretiseer.²⁰⁷ Dit sou die grondslag lê vir die ontwikkeling van elkeen van hierdie regte as 'n selfstandige fundamentele reg. Voorts is dit minstens duidelik dat ander toepaslike fundamentele regte²⁰⁸ en (soos in die Duitse staatsreg) fundamentele grondwetlike beginsels soos reg- en sosiaalstaatlikheid, demokrasie en menswaardigheid, wat die beskermingsveld van 'n fundamentele reg komplementeer of daarmee oorvleuel, ook tydens stap een oorweeg moet word. Dit is egter nie die tydstip waartydens konflikte of botsings tussen verskillende fundamentele regte wat die beskermingsveld verklein, opgelos word nie.²⁰⁹ 'n Harmonie word juis tussen konflikterende fundamentele regte of fundamentele grondwetlike beginsels bewerkstellig, as dit tydens die tweede stap as deel van die inperking van die beskermingsveld van fundamentele regte, teenoor

206 Vgl Woolman *Limitations* 12-17 – 12-18 oor die voordele van 'n kleiner, in plaas van 'n omvattende en algemene beskermingsveld wat fundamentele beskerming vir slegs daardie belange waarborg wat streng binne die waardes van art 35 van die 1993 Grondwet val. So bv sal dit 'n afname in grondwetlike litigasie meebring en die legitimiteit van die handves beskerm deur dit te reserveer vir werklike ongrondwetlike beperkings en nie alle verontregte individue nie. Woolman *ibid* 12-21 – 12-23 kritiseer juis die wye konstruksie van Ackermann R van art 11(1) se vryheidsgedagte in *Ferreira v Levin* as sou dit te wye en grenslose beskerming aan haas alle individuele vryheidshandelinge verleen. Hierdeur, so argumenteer Woolman, word die belangrike siftingsproses wat reeds tydens stap een moes geskied het, deur Ackermann R afgeskuif na die vae maatstawwe van die beperkingsproses in die tweede stap. Die huidige skrywer deel die standpunt dat die handves nie alle individuele belange beskerm nie, anders kan 'n Weimar-situasie ontstaan van 'n allesomvattende maar nuttelose handves. Hierdie kritiek geld egter nie vir Ackermann R se metodiek in *Ferreira v Levin* nie, omdat hy juis die logiese gevolge van die *sui generis* regsraad van fundamentele regte ondersoek deur gehoor te gee aan die grondwetlike opdrag ter konkretisering van daardie regte se fundamentele beskermingsveld in die lig van die handves se eie waardes tydens die eerste stap. Hy het dus die beginselbenadering gevolg wat die Grondwet beveel. Enige hermeneut se metodologiese keuse word ten diepste bepaal deur sy of haar grondwetlike waarde-beskouing. 'n Beginselbenadering soos die van Ackermann R wat waarskynlik die verwesenliking van menswaardigheid in die tradisie van die Duitse staatsregtelike hermeneutiese tradisie beklemtoon, individuele vryheid in *Verbindung mit* benadering sal noodwendig verskil van eksponente wat 'n meer pragmatiese benadering volg. Juis daarom verdien 'n gebalanseerde grondwetlike konkretiseringsmetodologie soos bv deur Friedrich Müller vir die Duitse sosiale regstaat ontwikkel is, 'n aantreklike aanknopingspunt vir die ontwikkeling van die staatsregtelike metode ter verwesenliking van die *sui generis* Suid-Afrikaanse sosiale regstaat. Vgl verder hoofstuk 7 *infra*.

207 Vgl *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 639C-D [20] vt 23 (en die gesag daar aangehaal) per Langa R.

208 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 403 [10], 434 [95] per Chaskalson P; Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-33.

209 Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-33.

mekaar gebalanseer word.²¹⁰ Ten slotte moet die applikant tydens die eerste stap daarop let om op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys dat die pas geïdentifiseerde en gekonstrueerde fundamentele reg se beskermingsveld, inderdaad deur die wetsbepaling se oogmerk of gevolge aangetas word.²¹¹

(iii) Geïmpliseerde regte

Die omvang van die konstruksie van die beskermingsveld van fundamentele regte hang te nouste saam met die erkenning wat die hermeneut aan geïmpliseerde regte verleen. Die gevestigde regsposisie in die Suid-Afrikaanse reg was vir jare dat woorde nie by implikasie by statute ingelees word nie, tensy die implikasie noodsaaklik is (waarmee bedoel word dat die statuut of bedoeling van die wetgewer nie daarsonder uitgevoer kan word nie).²¹² Dieselfde reël geld eweneens tydens grondwetlike konstruksie. Dan word beoordeel of die Grondwet as geheel en die spesifieke fundamentele reg self uitvoerbaar is en of die oënskynlike wetgewersbedoeling gerealiseer kan word met die in- of uitsluiting van die geïmpliseerde fundamentele reg.²¹³ Dit is ook belangrik om in ag te neem dat die Grondwet relatief jonk is, en dus 'n geringer noodsaak vir geïmpliseerde regte sal toon as 'n eeue oue dokument.²¹⁴ Voorts kan 'n bepaling nie by die handves ingelees word nie as dit duidelik uit die omringende omstandighede blyk dat dit doelbewus deur die outeurs van die Grondwet uitgelaat is.²¹⁵

'n Uitbreiding van die beskermingsveld van spesifieke fundamentele regte ten einde nuwe geïmpliseerde regte te erken, het reeds onder die 1993 Grondwet deur middel van wye en kreatiewe uitleg voorgekom. Veral artikel 25(3) se reg op 'n regverdigde verhoor is wyd geïnterpreteer om 'n nuwe kwaliteit van substantiewe geregtigheid

210 Kentridge en Spitz *Intepretation* 11-33.

211 Vgl Kentridge en Spitz *Intepretation* 11-34, 11-35; en Woolman *Limitations* 12-2. Sien ook *Matinkinca and Another v Council of State, Republic of Ciskei* 1994 4 SA 472 (CK) 489H-I, 490F per Heath R.

212 Vgl *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 2 SA 751 (KH) 804A [105] per Ackermann R.

213 *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 2 SA 751 (KH) 804B-C [105] per Ackermann R.

214 *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 2 SA 751 (KH) 804B [105] per Ackermann R.

215 *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 2 SA 751 (KH) 804F-805A [105] per Ackermann R.

('basic fairness and justice') in die Suid-Afrikaanse strafreg in te voer, wat 'n fundamentele verandering is van die beperkte gemeenregtelike prosedurele geregtigheid wat onder die vorige grondwetlike bedeling gegeld het.²¹⁶ Hierdie aandrang op substantiewe geregtigheid impliseer dat die reg op 'n regverdigte verhoor oor 'n wye residuele karakter beskik wat wyer strek as die regte wat daarin gelys is, waaruit nuwe regte dan afgelei word soos byvoorbeeld die gemeenregtelike reg teen selfinkriminasie,²¹⁷ en 'n fundamentele reg tot insae in polisie-dossiere in bepaalde gevalle.²¹⁸ Eweneens het 'n minderheid van die Hof deur 'n wye interpretasie van artikel 11(1) van die 1993 Grondwet se reg op persoonlike vryheid, 'n wye en algemene residuele vryheidswaorborg vir individue afgelei vir daardie gevalle waar die spesifieke vryheidsregte in die handves nie beskerming verleen nie.²¹⁹

b) Grammatikale konstruksie

Grammatikale konstruksie maak gebruik van filologiese of taalkundige reëls om die verskillende betekenisdraende dimensies van die grondwetlike teks se betekenis vas te stel.²²⁰ Taal is nie alleen die middel waardeur sowel gewone statutêre as grondwetlike tekste verstaan word nie, maar is ook die beginpunt van die verstaanproses of interpretasie van daardie tekste.²²¹ Intendeel, taal vorm die eerste punt van toegang tot die verstaan van die grondwetlike sisteem en struktuur asook van die groter konteks waarin die Grondwet staan.²²² Dit moet egter weereens beklemtoon word dat taal nie sinoniem met betekenis is nie, maar dat taal wel een van die belangrikste, hoewel nie enigste nie, strukturele elemente is om die betekenis van 'n wetstek te verstaan.²²³

216 *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 651I-652D [15]-[16] per Kentridge WR; *S v Ntuli* 1996 1 SA 1207 (KH) 1208F-1209C [1] per Didcott R; *S v Rens* 1996 (1) SA 1218 (KH) 1223B-C [18] per Madala R.

217 *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1031C-D [79] per Ackermann R (minderheidsopinie), 1080B-D [159] per Chaskalson P (meerderheidsbeslissing).

218 *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 744G-I [39], 748F-G [50], 751H [55] per Mahomed AP.

219 *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1019F [57], 1024C [69] per Ackermann R (minderheidsuitspraak).

220 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights 73*.

221 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights 93*; Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 364.

222 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights 93*; Du Plessis *Interpretation* 103.

Daar is reeds aangedui dat die *sui generis* karakter van die Grondwet onder meer gekenmerk word deur die feit dat dit finaal is en in teenstelling met gewone statute wat maklik verander kan word, moeilik amendeerbaar is.²²⁴ Daar is ook gewys op die *sui generis* karakter van fundamentele regte wat oop, inklusief en self nie finaal geformuleer is nie, maar vatbaar is vir uitbreiding en verandering deur interpretasie.²²⁵ Die grondwetlike teks kan daarom slegs as die beginpunt en nie die einde nie van grondwetlike interpretasie beskou word.²²⁶ Die teks word hierop tereg deur Du Plessis as die normatiewe model of programmatiese vertrekpunt vir die konkretisering en verwesenliking van fundamentele regte beskou.²²⁷ Terselfdertyd verhoed die teks egter dat die hermeneut se eie idees daaronder ingelees word.²²⁸ Dit is veral die geval as die woorde van die teks duidelik is.²²⁹

Hoewel die 1993 Grondwet 'n teleologies-waardegerigte interpretasie van fundamentele regte voorskryf, waarsku Waarnemende Regter Kentridge juis in *Zuma* se saak dat die teks as buitenste grens van juridiese interpretasie nie geïgnoreer moet word nie.²³⁰ Die Grondwet is steeds 'n geskrewe regsdocument waaruit regsgevolge voortspuit, daarom moet die grense van die teks gerespekteer word en nie bloot verruil word vir enige subjektiewe waarde-beskouing nie.²³¹ Tewens, hy is deeglik bewus van die gevaar dat regters subjektief deur persoonlike, intellektuele of morele vooroordele beïnvloed kan word tydens inhoudgewing aan so 'n fundamentele waarde-draende dokument soos die Grondwet.²³² 'n Wye konstruksie van fundamentele regte word dus volgens Waarnemende Regter Kentridge slegs gevolg in

223 Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 364.

224 Du Plessis *Open Community* 11.

225 Du Plessis *Open Community* 11.

226 Du Plessis *Open Community* 11; Devenish *Interpretation* 53.

227 Du Plessis *Open Community* 11.

228 Du Plessis *Open Community* 11.

229 Devenish *Interpretation* 54 meen juis dat as die teks duidelik is, sal daar minder op kontekstuele argumente gesteun word as wanneer die woorde vaag en verwarrend is. Die uitsondering hierop is natuurlik wanneer die konteks so dwingend is dat dit selfs die duidelike woorde oorskry: *The relationship between clarity of language and the influence of the context of language is therefore one of inverse proportionality.*

230 Sien *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 652I-J [17]; *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1086C [172] per Chaskalson P (meerderheidsbeslissing). Vgl ook *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 902A-D [78] per Kentridge WR (minderheidsmening), 879J-880A [24] per Mahomed R (meerderheidsuitspraak); *Zantsi v Council of State, Ciskei, and Others* 1995 4 SA 615 (KH) 627D-G [37] per Trengove WR. Sien Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-28.

231 *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 653A [18] per Kentridge WR.

232 *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 652I [17] per Kentridge WR.

soverre as wat die teks dit toelaat.²³³ Grammatikale konstruksie word in elke geval steeds tydens die interpretasie van die beweerde beperkende wet gevolg.²³⁴

Die aanwending van die taalkundige reëls tydens grammatikale konstruksie moet geskied teen die agtergrond van die kritiek wat teen die tradisionele letterlike-*cum*-bedoelingsteorie uitgespreek word. Dit is daarom verblydend dat Waarnemende Regter Kentridge kennis neem van die kritiek in regsteoretiese kringe teen die fiksie in statutêre uitleg dat die gewone betekenis van woorde oor 'n enkele objektiewe betekenis beskik.²³⁵ Tog wil dit hierteenoor voorkom asof Waarnemende Regter Kentridge se bogenoemde standpunt, nieteenstaande sy aanvaarding van die *sui generis* aard van grondwetlike interpretasie,²³⁶ nie kan ontkom van die spook van die letterlike-*cum*-bedoelingsteorie nie. Hy beperk die interpretasie van fundamentele regte (of ander grondwetlike norme) steeds tot die grense van die wetgewergestelde taal of duidelike teks van die Grondwet.²³⁷ Hy ignoreer die ryke verskeidenheid van

233 *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 653A-B [18] per Kentridge WR. Hierdie beginsel pas hy konsekwent toe in *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 902A-F [78] (minderheidsmening) waar hy 'n beperkte interpretasie gee aan die oogmerk van art 241(8) van die 1993 Grondwet weens die dwingende aard van die teks. Hiervolgens geld die 1993 Grondwet nie vir sake wat reeds op 27 April 1994 hangend was nie. Vgl ook Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-29.

234 *S v Bhulwana, S v Gwadiso* 1996 1 SA 388 (KH) 392H-I [7] per O'Regan R.

235 Vgl *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 652I [17] per Kentridge WR; *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 904H [84] per Kentridge WR (minderheidsmening). Vgl in die verband bv die kritiek van Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 86 dat die objektiewe en duidelike betekenis inderwaarheid slegs geld solank as wat die hermeneut dieselfde subjektiewe ideologiese konteks as die regter deel in 'n stelsel wat op parlementêre soewereiniteit gegrond is. In die ideologiese konteks van 'n demokratiese regstaat sou 'n regter egter nie daardie betekenis noodwendig as duidelik beskou nie.

236 Vgl *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 650H-652J [13]-[17].

237 In *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 652I-653-B [17]-[18] meld Kentridge WR: *We must heed Lord Wilberforce's reminder that even a constitution is a legal instrument, the language of which must be respected. If the language used by the lawgiver is ignored in favour of a general resort to 'values' the result is not interpretation but divination. ... [A] constitution 'embodying fundamental rights should as far as its language permits be given a broad construction'*. Hierdie tendens word veral duidelik bevestig in sy onderskeid tussen die interpretasie van fundamentele regte en ander grondwetlike norme soos oorgangsmatreëls in *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 902A-F [78], 903H-905B [84] per Kentridge WR (minderheidsmening). Vgl hierteenoor die meerderheidsbeslissing van Mahomed R in *casu* 872G-874J [3]-[9] vir 'n gesaghebbende verwerping van Kentridge WR se letterlike konstruksie. Die skrywers Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-30 argumenteer egter dat die verskil tussen Kentridge WR se letterlike en Mahomed R se wye interpretasies, eerder 'n klem- as 'n beginselverskil is. Hierdie skrywers glo dat beide regters sensitief is vir die eise van die teks en van die substantiewe waardes van die Grondwet. Waar Mahomed R meer klem lê op die historiese konteks in Suid-Afrika en die Grondwet in die lig daarvan interpreteer, meen Kentridge WR dat demokratiese waardes in Suid-Afrika die beste gedien word deur langtermyn stabiliteit in die vestiging van die *rule of law* en respek vir die grondwetlike teks. Volgens die huidige skrywer kom dit nogtans voor asof Kentridge WR meer klem op die eise van 'n formele regstaat plaas, terwyl Mahomed R uitvoering gee aan die eise van materiële regstaatlikheid. Voorts, in teenstelling met die algemene

alternatiewe konstruksiemoontlikhede wat byvoorbeeld met behulp van sistematiese, teleologiese, historiese en regsvergeljende konstruksie verkry kan word.²³⁸

In die algemeen beskou blyk dit egter duidelik dat grammatikale of tekstuele interpretasie slegs die beginpunt van die konstruksieproses van fundamentele regte vorm, waarna dit verder met behulp van die ander kanons en elemente van grondwetlike interpretasie gekonstrueer word.²³⁹ Weens die wesenlike belang wat taal vir hermeneutiese verstaan inhou, speel die volgende taalkundige reëls nieteenstaande die kritiek teen die tradisionele statutêre uitlegreëls en die *sui generis* aard van die Grondwet, steeds 'n rol tydens die aanvangsfase van grondwetlike interpretasie.²⁴⁰

(i) As vertrekpunt word die uitlegreël gevolg dat woorde volgens hul gewone of algemene betekenis verstaan word.²⁴¹ Soos dit die gebruik tydens gewone statutêre uitleg is, word woordeboeke en toepaslike presedente van die Suid-Afrikaanse reg wel deur die Konstitusionele Hof geraadpleeg om die gewone betekenis van grondwetlike begrippe soos artikel 11(2) in die 1993 Grondwet se verbod op wrede, onmenslike en vernederende strawwe te bepaal.²⁴² Dit beteken voorts dat die heersende gemenerereg en bestaande reëls van interpretasie nie sondermeer verval het sodat 'n regsvakuum gevorm het nie, maar dat dit steeds geld so lank as wat dit met die Grondwet versoenbaar is.²⁴³

aanvaarding van die belang van teleologiese konstruksie tydens grondwetlike interpretasie, beperk slegs enkele skrywers soos Van der Vyfer 1995 *SALJ* Vol 112 575, Fagan 1995 *SAJHR* Vol 11 548 grondwetlike konstruksie tot primêr grammatikale interpretasie van die teks. Fagan argumenteer dat die grondwetlike teks reeds die onderliggende waardes van die Grondwet verwoord, sodat dit onnodig is om buite die teks te beweeg. Vgl egter die kritiek van Du Plessis *Open Community* 7-8 oor hierdie benadering.

238 Vgl Du Plessis *Open Community* 8.

239 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 73; Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 364.

240 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 93; Du Plessis *Open Community* 9.

241 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 93; Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 364-365; Devenish *Interpretation* 26.

242 Vgl *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 640B-C [8] per Langa R. Sien ook *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 901H [77] per Kentridge WR (minderheidsmening), 881B-E [26] per Mahomed R (meerderheidsuitspraak); *S v Rens* 1996 (1) SA 1218 (KH) 1223I [21] per Madala R; *S v Lawrence, S v Negal, Sv Solberg* 1997 10 BCLR 1348 (KH) [40] per Chaskalson P; *De Lange v Smuts NO and Others* 1998 7 BCLR 779 (KH) 810-811 [77]-[78] per Ackermann R (meerderheidsbeslissing). Sien voorts Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 73; Devenish *Interpretation* 26.

243 *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 652H [17] per Kentridge WR. Sien ook Kentridge en

(ii) Soms gebruik die handves tegniese begrippe wat oor 'n spesifieke tegniese betekenis beskik en dienooreenkomstig verstaan moet word in die plek van die gewone betekenis.²⁴⁴ 'n Interessante verskil kom in die beklemtoning van die letterlike en tegniese betekenis voor tydens die *Makwanyane*-saak. Regter Sachs bevind dat die waarborg van die reg op lewe in artikel 9 se bewoording ongekwalifiseerd is, en sondermeer die doodstraf verbied.²⁴⁵ Hy steun dus op die gewone letterlike betekenis van die woorde. Regter Chaskalson verruil weer die gewone betekenis van artikel 11(2) van die 1993 Grondwet vir 'n tegniese (grondwetlike) betekenis.²⁴⁶ Hy meen dat die vraag voor die Hof nie is of die doodstraf ingevolge die gewone betekenis van daardie begrip, 'n wrede, onmenslike of vernederende straf is nie. Die Hof moet eerder bepaal of die doodstraf ingevolge die tegniese betekenis van artikel 11(2) van die 1993 Grondwet, 'n wrede, onmenslike of vernederende straf is.

(iii) Omdat die regsnorme in die handves in 'n breë oop en algemene styl verwoord is, kan geargumenteer word dat die uitlegreël gevolg word dat algemene woorde algemeen verstaan word.²⁴⁷

(iv) Soms word nie aan die statutêre uitlegreël voldoen dat aan elke woord in die grondwetlike teks 'n betekenis toegeken is wat nagevolg moet word nie.²⁴⁸ Gegewe die onderhandelde aard van die 1993 sowel as die 1996 Grondwet, is dit dus moontlik dat woorde *ex abundanti cautela* voorkom. Hierdie stelreël moet egter gesien word in die lig van die sterk aanwesigheid van woordekonomie wat by die handves van fundamentele regte voorkom. Dit kan daartoe lei dat die vermoede dat woorde wat meermale in die teks voorkom oor dieselfde betekenis beskik, nie geredelik

Sptiz Interpretation 11-15.

244 Vgl bv Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 93; Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 365-366; *African National Congress (Border Branch) and Another v Chairman, Council of State of the Republic of Ciskei and Another* 1992 4 SA 434 (Ck) 445E-446J. Oor die rol van tegniese betekenis tydens gewone statutêre uitleg sien Du Plessis *Interpretation* 110-112.

245 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 511G [350] per Sachs R (afsonderlike opinie).

246 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 409C-410B [26] per Chaskalson P.

247 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 93.

248 Vgl *Premier, Kwazulu-Natal, and Others v President of the Republic of South Africa and Others* 1996 1 SA 769 (KH) 777C-D [22] per Mahomed R wat die gebruik van die woord *borders* in art

aanwendbaar is tydens die interpretasie van die handves van fundamentele regte nie.²⁴⁹ 'n Uitsondering hierop word natuurlik gevind as dit duidelik uit die grondwetlike konteks blyk dat dieselfde betekenis telkens bedoel word om te geld.²⁵⁰

c) Sistematiese, strukturele en kontekstuele konstruksie

(i) Agtergrond

Gewoonlik het die Suid-Afrikaanse howe meestal tydens wetsuitleg volstaan met die konstruksie van die woorde van die teks in terme van grammatikale uitleg, sonder om voldoende erkenning te gee aan die noodwendige invloed wat strukturele dimensies van woorde soos sintaksis vir die hermeneut inhou.²⁵¹ Meestal is die konteks binne en buite die teks waarin 'n regnorm staan ook geïgnoreer, en indien daar wel as uitsondering daarop ag geslaan is, is dit in die letterknegtige tradisie steeds ondergeskik gestel aan die duidelike en ondubbelsinnige woorde van die teks.²⁵² Kontekstuele, sistematiese en strukturele interpretasie van 'n fundamentele reg tydens grondwetlike konstruksie behels egter veel meer as beklemtoning van die grammatikale betekenis in die tradisionele regspositivistiese tradisie, maar lei in die finale instansie na 'n teleologies-waardegerigte interpretasie.²⁵³ Die Duitse benadering dat die konteks wyer as die gekrewe teks strek om ook die fundamentele grondwetlike beginsels en die onderliggende waarde-sisteem van die Grondwet in te

62(2) van die 1993 Grondwet se voorwaarde, as oorbodig beskou.

249 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 98. Vgl die tradisionele benadering tot woordekonomie en die toepaslike vermoede tydens statutêre uitleg in Du Plessis *Interpretation* 128-129.

250 Vgl die herhaling van die demokratiese waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid in arts 7(1), 36(1) en 39(1) van die 1996 Grondwet. Daar kan nouliks betoog word dat verskillende waarde-maatstawwe op verskillende plekke in die handves geld.

251 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 73.

252 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 94. Vgl as uitsondering bv die verwysing na die belang van die konteks in *Jaga v Dönges NO and Another, Bhana v Dönges NO and Another* 1950 4 SA 653 (A) 662G-664H per Schreiner AR. Hy het egter steeds bevind dat die duidelike woorde van die teks deurslaggewend kan wees. Dit is juis lg rol van die teks wat gekritiseer word deur Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 366; Du Plessis *Interpretation* 107-108. Tsv hierdie kritiek, verwys Chaskalson P steeds goedkeurend na *Jaga v Dönges ibid* in *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 403G-404A [10]. Boonop bestempel Devenish *Interpretation* 54 Schreiner AR se benadering goedkeurend as 'n *value-coherent or teleological approach, reflecting a weighing up of competing interests and an ultimate decision in favorem libertates*.

253 Vgl *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 916A-917C [119]-[124] per Sachs R (afsonderlike opinie) vir omvattende verwysings na soortgelyke tendense in Kanada, Duitsland, Indië, die volkereg, en die Engelse statutêre reg (weens die invloed van die Europese reg), asook

sluit, verklaar die ondersteunende waarde wat kontekstuele interpretasie vir teleologiese konstruksie inhou.²⁵⁴ Sistematiese en kontekstuele interpretasie kan in hierdie sin en in die lig van die strewe na grondwetlike eenheid, as 'n voorvereiste vir teleologiese konstruksie beskou word.²⁵⁵

(ii) Grondwetlike eenheid

Die ondersoek in veral die Duitse reg het aangetoon dat een van die primêre reëls vir die konstruksie van fundamentele regte, juis die beginsel van grondwetlike eenheid is.²⁵⁶ Hiervolgens moet die betekenis van 'n spesifieke grondwetlike norm nie in isolasie nie, maar in die lig van ander grondwetlike norme en in die konteks van die Grondwet as 'n geheel gekonstrueer word.²⁵⁷ Dit wil sê fundamentele regte moet ook in die lig van die fundamentele grondwetlike beginsels soos regstaatlikheid, sosiaalstaatlikheid, demokrasie en die ander waardes inherent aan die Grondwet, geïnterpreteer word.²⁵⁸ Sodoende kan die onderlinge verband tussen fundamentele regte en fundamentele grondwetlike beginsels aangetoon word. Terselfdertyd kan die foutiewe konstruksie van die beskermingsveld van 'n fundamentele reg wat enersyds tot onnodige oorvleueling of andersyds tot gebrekkige beskerming in 'n spesifieke geval lei, uitgeskakel word.²⁵⁹ As meer as een grondwetlike norm gekonstrueer moet word, moet daardie norme dus saamgelees word as deel van die totale grondwetlike struktuur en nie afsonderlik as alleenstaande bepalings nie.²⁶⁰ In die lig van voorgaande word gevind dat 'n holistiese benadering van die grondwetlike teks - 'n sensitiwiteit dus vir die konteks van die grondwetlike teks - wenslik is tydens die konstruksie van grondwetlike norme soos die fundamentele regte wat in die handves

na gevestigde standpunte van verskeie Suid-Afrikaanse skrywers.

254 Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 368-369.

255 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 77.

256 Vgl ook Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 73; Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 376-368; Carpenter en Botha 1996 *THRHR* Vol 59 131.

257 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 441E [115] per Chaskalson P; *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 876E [15] per Mahomed R (meerderheidsuitspraak); *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 743B [35] per Mahomed R; *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1016B [52] per Ackermann R (minderheidsuitspraak); *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1997 12 BCLR 1696 (KH) 1702 [16] per Chaskalson P; *De Lange v Smuts NO and Others* 1998 7 BCLR 779 (KH) 792 [25] per Ackermann R (meerderheidsbeslissing).

258 Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 368.

259 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 76.

260 Vgl *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 912A-B [107] per Sachs R (afsonderlike

vervat is.²⁶¹

(iii) Toekomstige grondwetlike beginsels

Nieteenstaande die beginsel van grondwetlike eenheid het die Hof nie die Grondwetlike Beginsels wat in die Vierde Bylae van die 1993 Grondwet vervat is, as deel van die Grondwet aanvaar vir doeleindes van die substantiewe interpretasie van die 1993 Grondwet se norme nie.²⁶² Die Hof het juis met behulp van sistematiese interpretasie bevind dat dit duidelik uit verskeie dele van die 1993 Grondwet blyk dat die doel van Bylae Vier se Grondwetlike Beginsels was om slegs as die fundamentele barometer te dien vir die skryf van die toekomstige 1996 Grondwet en van die provinsiale grondwette.²⁶³ Artikel 232(4) van die 1993 Grondwet wat bepaal dat die Grondwetlike Beginsels deel van die substansie van die 1993 Grondwet vorm, is deur die Hof geïnterpreteer as om slegs op die status, en nie die funksie of regsrag van die Grondwetlike Beginsels nie, van toepassing te wees.²⁶⁴

(iv) Aanhef, opskrifte, langtitel, bylaes, kantnota's en naskrif

Tydens gewone wetsuitleg is die aanhef en opskrifte as deel van 'n wet se struktuur beskou, maar is dit slegs as uitleghulpmiddels aangewend as die woorde van die wet onduidelik of vaag is.²⁶⁵ Die langtitel en bylaes daarenteen is van die begin af deurgaans as deel van die wetsteks beskou en is daarom tydens gewone wetsuitleg

opinie); Cachalia ea (reds) *Fundamental Rights* 5.

261 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 49, 73, 94. Vgl by *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 876E [15] per Mahomed R (meerderheidsbeslissing): *The relevant context would be s 241(8) itself, s 241 as a whole and the larger context of the Constitution regarded as a holistic and integrated document with critical and important objectives.*

262 *Premier, Kwazulu-Natal, and Others v President of the Republic of South Africa and Others* 1996 1 SA 769 (KH) 773H-774A [12] per Mahomed R; *Executive Council, Western Cape Legislature, and Others v President of the Republic of South Africa and Others* 1995 4 SA 877 (KH) 893H-896H [29]-[41] per Chaskalson P (meerderheidsbeslissing). Vgl ook art 160(3) van die 1993 Grondwet.

263 *Premier, Kwazulu-Natal, and Others v President of the Republic of South Africa and Others* 1996 1 SA 769 (KH) 773H-774A [12] per Mahomed R; *Executive Council Western Cape Legislature, and Others v President of the Republic of South Africa and Others* 1995 4 SA 877 (KH) 893H-896H [29]-[41] per Chaskalson (meerderheidsbeslissing). Vgl in die algemeen Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 13-15; Venter 1995 *SALJ* Vol 112 32-44.

264 *Executive Council Western Cape Legislature, and Others v President of the Republic of South Africa and Others* 1995 4 SA 877 (KH) 896G [41] per Chaskalson P (meerderheidsbeslissing).

265 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 96; Du Plessis *Interpretation* 123-124, 126-127; Devenish *Interpretation* 102-105, 107-109.

geraadpleeg.²⁶⁶ Hoewel die korttitel as deel van die konteks van 'n wetsbepaling beskou is, is dit nie van veel waarde nie en is daarom weinig deur die houe geraadpleeg.²⁶⁷ Al hierdie genoemde strukturele elemente word egter tydens grondwetlike konstruksie uit hoofde van die beginsel van grondwetlike eenheid telkens met sistematiese en teleologiese argumente bestudeer as deel van die algemene interpretasieproses.²⁶⁸ Dit word dus nie soos by gewone wetsuitleg beperk om onduidelike of vae klousules te verklaar nie.

Die aanhef is van besondere belang vir grondwetlike konstruksie en moet nie afgemaak word as blote idealisme nie.²⁶⁹ Dit sluit aan by die naskrif en beskik oor dieselfde uitlegwaarde as 'n behoorlik oorweegde positivering van die oogmerke en onderliggende waarde-sisteem van die Grondwet.²⁷⁰ Hierteenoor beperk sommige skrywers die interpretasiewaarde van beginsels in die aanhef tot dié van beleidsdirektiewe wat help om 'n koherente konstruksie aan die geheel van die 1993 Grondwet te verleen ter versterking van demokrasie gedurende die grondwetlike oorgangstydperk na die 1996 Grondwet.²⁷¹ Die aanhef kan nietemin nie gebruik word om 'n fundamentele reg te beperk nie.²⁷² Kantnota's was en is nog nooit in die Suid-Afrikaanse reg as deel van die teks se struktuur beskou nie, en geen kantnota's word buitendien in die Grondwet vervat nie.²⁷³ Gevolglik word kantnota's nie tydens sistematiese en teleologiese grondwetlike konstruksie geraadpleeg nie.

266 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 96-97. Sien voorts Du Plessis *Interpretation* 125-126; Devenish *Interpretation* 105-106, 111-113, Kentridge en Sptiz *Interpretation* 11-2.

267 Devenish *Interpretation* 106-107; Du Plessis *Interpretation* 125.

268 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 97; De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 363. Sien die deurslaggewende rol van die opskrifte van art 83(1) en (2) tydens die konstruksie van art 82(1) van die 1993 Grondwet in *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH) 9D-10B [12] per Goldstone R (meerderheidsuitspraak).

269 *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 913G-H [112] per Sachs R (afsonderlike opinie). Vgl Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 370-371 wat verwys na die Kanadese reg vir die rol van die beginsel van *rule of law* in die voorrede tydens grondwetlike interpretasie.

270 *It connects up, reinforces and underlies all of the text that follows. It helps to establish the basic design of the Constitution and indicate its fundamental purposes.* Vgl *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 913G-H [112] per Sachs R (afsonderlike opinie); en Kentridge en Sptiz *Interpretation* 11-1.

271 Vgl Cachalia ea (reds) *Fundamental Rights* 10; De Waal 1995 *SAJHR* Vol 11 4. Dit is egter die huidige skrywer se submitisie dat die aanhef in die lig van art 232(4) van die 1993 Grondwet oor 'n groter interpretasiewaarde beskik asof dit deel van die grondwetlike teks is.

272 Vgl *In re: Certification of the Constitution of the Western Cape* 1997 9 BCLR 1167 (KH) 1178I-179A [28]. Die verwysing na die 'Almighty God' in die aanhef van die Wes-Kaapse Grondwet is blote 'ceremonial deism' sonder enige *operative constitutional effect*, sodat dit nie die reg op godsdiensvryheid beperk nie.

273 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 98 nav die gemeenregtelike reël

Die 1993 Grondwet sluit af met die unieke verskynsel van 'n naskrif in die vorm van 'n plegtige verbintenis tot nasionale eenheid en rekonsiliasie ten einde 'n nuwe hoofstuk in die geskiedenis van Suid-Afrika te begin. Dit verskaf 'n uitvoerige uiteensetting van die fundamentele beginsels en waardes wat die 1993 Grondwet onderlê, en is 'n beskrywing van die nuwe Suid-Afrikaanse nasionale etos.²⁷⁴ Artikel 232(4) van die 1993 Grondwet bepaal die interpretasiewaarde van hierdie naskrif en bylaes. Vir doeleindes van grondwetlike konstruksie sal dit geag word deel van die substantiewe inhoud van die Grondwet te vorm en sal dit nie 'n geringer status as enige ander grondwetlike bepaling dra nie.²⁷⁵ Soos alle grondwetlike norme moet die regsnorme wat in die bylae vervat is, in konteks uitgelê word. Waar toepaslik, vorm dit self deel van die groter grondwetlike konteks en kan daarom ook in ag geneem word tydens die konstruksie van ander grondwetlike norme.²⁷⁶

(v) Gewoontes

Tydens gewone statutêre uitleg is gewoontes of gebruike van die samelewing aangewend om die deurslag te gee in 'n geval waar 'n statuut vir meerdere uitlegmoontlikhede vatbaar is.²⁷⁷ Du Plessis en De Ville argumenteer dat daar geen beswaar bestaan waarom die reël nie eweneens tydens grondwetlike konstruksie aangewend kan word nie.²⁷⁸ Samelewingsgewoontes en -gebruike sal waarskynlik as deel van die omringende konteks beskou word waaruit die onderliggende waarde-sisteem van die Grondwet vasgestel word, as 'n waarde-oordeel deur die Hof uitgeoefen word. In hierdie opsig sal gewoontereg wyer as bloot die genetiese kanon wees om deel te vorm van kontekstueel-teleologiese konstruksie. Indien gewoontereg egter gebruik word om die ontwikkeling van 'n tendens oor tyd heen aan te dui, kan

rubrica non est lex. Vgl voorts Du Plessis *Interpretation* 127; Devenish *Interpretation* 109-111.

274 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 488F [263] per Mahomed R (afsonderlike opinie).

275 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 402E [7] vt 4 per Chaskalson P; *Executive Council, Western Cape Legislature, and Others v President of the Republic of South Africa and Others* 1995 4 SA 877 (KH) 894D-E [33] per Chaskalson P (meerderheidsbeslissing).

276 *Executive Council Western Cape Legislature, and Others v President of the Republic of South Africa and Others* 1995 4 SA 877 (KH) op 894J-895A [34] per Chaskalson P (meerderheidsbeslissing).

277 Vir die hantering van *subsecuta observatio* en *contemporanea expositio* vgl Du Plessis *Interpretation* 134-136; Devenish *Interpretation* 136-139.

278 Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 377.

dit selfs onder historiese konstruksie ingedeel word.

(vi) *Contra legem* interpretasie

Hoewel Waarnemende Regter Kentridge die algemene reël in *Zuma* se saak duidelik gestel het dat die grondwetlike teks gerespekteer moet word as die buitenste grense van grondwetlike konstruksie, kan die teks wel geïgnoreer word om die ongrondwetlike gevolge van starre legalisme te vermy indien die teks redelik moontlik vatbaar vir 'n ander konstruksie is.²⁷⁹ So 'n alternatiewe interpretasie moet egter naas die letterlike betekenis van die teks ook begroot wees op die onmiddellike grondwetlike konteks van daardie spesifieke teks, asook op die groter konteks van die Grondwet as 'n holistiese eenheid.²⁸⁰ Regter Mahomed regverdig egter hierdie magtiging tot *contra legem* grondwetlike konstruksie as die vermyding van die letterlike konstruksie se ongrondwetlike gevolge soos die arbitrêre weiering om grondwetlike beskerming vir bepaalde individue te verleen.²⁸¹ *Contra legem* interpretasie verseker dus dat die mees voordelige konstruksie ter konkretisering van individue se fundamentele regte gevolg word. *Contra legem* interpretasie is egter riskant en kan selfs as ongrondwetlik beskou word. Daar moet naamlik gewaak word dat die onverkose regbank nie die rol van die demokraties verkose wetgewer oorneem en hierdeur die regstaatlike skeiding van magte negeer en die beginsel van demokrasie self verwater nie.²⁸²

(vii) Du Plessis se klassifikasie

Du Plessis en ander skrywers verdeel die grondwetlike konteks in twee dele, die intra-tekstuele konteks en die ekstra-tekstuele konteks.²⁸³ Die intra-tekstuele holisme dui op die grondwetlike sisteem of struktuur en sluit naas die beginsel van grondwetlike

279 Vgl *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 867D [15], 874D-F [8] per Mohammed R (meederheidsuitspraak). Sien mbt *contra legem* uitleg *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 412A-G [31]-[32] per Chaskalson P, 472E [198] per Kentridge WR (vir voorbeelde in die VSA en Indië).

280 Vgl *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 867D-F [15] per Mohammed R (meederheidsuitspraak).

281 *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 872G-874J [3]-[9] per Mohammed R (meederheidsuitspraak).

282 Vgl juis die waarskuwing van Du Plessis *Interpretation* 142-143.

283 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 73-74, 94-103; Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 367-378.

eenheid, verskillende statutêre uitlegreëls in rakende die verskillende amptelike taalweergawes van die Grondwet, asook die aanhef, naskrif, bylaes en lang titel.²⁸⁴ In die metodiek van die huidige skrywer se ondersoek val die intra-tekstuele konteks onder die sistematiese en kontekstuele kanons van konstruksie terwyl die grondwetlike waardes ook deur die teleologiese kanon aangespreek word.

Tweedens onderskei Du Plessis die ekstra-tekstuele konteks wat die historiese konteks, die *travaux préparatoires*, die sosiale en politieke realiteit waarin die Grondwet staan, asook die plek wat die Grondwet in die regsisteem as geheel inneem, insluit. Hierdie kontekstuele elemente word egter in die huidige ondersoek deur die kontekstuele, historiese, genetiese, regsvergelykende en teleologiese kanons verwoord, sodat dit nie nodig is om dit tans as 'n afsonderlike kanon te onderskei nie. Daar moet egter toegegee word dat die skeiding tussen, en selfs die inhoud van sommige van die verskillende kanons van konstruksie, nog onseker is in die Suid-Afrikaanse konteks. Daarom kan Du Plessis se byvoeging van die ekstra-tekstuele kontekstuele dimensie, ten spyte daarvan dat dit met die ander kanons oorvleuel, in beginsel waardevol wees om 'n meer genuanseerde klassifikasie te verskaf van die andersins ongesistematiseerde en verwarrende gebruik van sistematiese, strukturele en kontekstuele argumente deur die Konstitusionele Hof.²⁸⁵

284 Skrywers beskou dit as 'n kontekstueel sensitiewer weergawe van die gekwalifiseerde hantering van die gemeenregtelike reël *ex visceribus actus* in die Engelse reg. Vgl Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 95; Du Plessis *Interpretation* 127-128; Devenish *Interpretation* 101 vir volle, ongekwalifiseerde kontekstualiteit. Die Duitse benadering van intra-tekstuele holisme (of konteks) eindig nie soos die Engelse weergawe by die geskrewe teks nie, maar sluit ook die ongeskrewe inherente waarde in waarop die teks van die Grondwet steun naas die fundamentele grondwetlike beginsels wat daarin vervat is, sonder dat dit as ekstra-tekstueel beskou word. Daarom vorm kontekstuele interpretasie in hierdie omvattende sin 'n belangrike aspek van 'n teleologies-waardegerigte konstruksie in die Duitse reg. Vgl Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 367-369. Dit stel juis die Duitse regspositivis Herdegen 1990 *Stell LR* Vol 1 336-347, in staat om aanspraak daarop te maak dat hy ook 'n waardegerigte grondwetlike hermeneutiek steun. Die skrywer se voorbehoud is egter dat dit beperk is tot slegs daardie waardes wat inherent aan die Grondwet se teks is.

285 Vgl die volgende voorbeelde as bevestiging van die gebrek aan 'n konsekwente toepassing van die kanons. (i) Die Hof bevind nav die konteks van die geheel van die Grondwet, dat 'n verwysing na die begrip *Act of Parliament* in arts 98(2)(c) en 101(3)(c) in die 1993 Grondwet, eintlik 'n verwyding na 'n nasionale wet van die Parlement in Kaapstad is. Vgl *Zantsi v Council of State, Ciskei, and Others* 1995 4 SA 615 (KH) 626G [35], 627D-G [37] per Trengove WR. Hier word dus verwys na die intra-tekstuele konteks of na sistematiese konstruksie. Vgl voorts *De Lange v Smuts NO and Others* 1998 7 BCLR 779 (KH) 787-788 [13]-[14] per Ackermann R (meerderheidsbeslissing). (ii) Hierteenoor word 'n wyer benadering wat aspekte van beide intra- en ekstra-tekstuele elemente (en selfs ander kanons) insluit, in die volgende voorbeeld gebruik. Volgens *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 404 A-B [10] per Chaskalson P bestaan die konteks van art 11(2) van die 1993 Grondwet se reg teen wrede, onmenslike of vernederende straf uit die ontstaansgeskiedenis en agtergrond van die Grondwet, die geheel van

d) Historiese en genetiese konstruksie

(i) Agtergrond

Die onderskeid tussen historiese en genetiese konstruksie word nie algemeen in die Suid-Afrikaanse staatsreg aangetref nie en daar word meestal na die historiese agtergrond of die wetgewende geskiedenis van 'n wet of van die handves verwys wat geïnterpreteer moet word.²⁸⁶ Skrywers soos Du Plessis en andere identifiseer weer die Grondwet se histories-eksistensiële konteks met behulp van bykomende uitlegkanons en beginsels wat wyer as bloot die genetiese of historiese kanons strek.²⁸⁷ Hulle verwys na (i) die Grondwet as 'n historiese feit (historiese en teleologiese kanons), (ii) die historiese bronne van die Grondwet in die internasionale menseregtereg (regsvergelijkende kanon),²⁸⁸ (iii) vorige grondwette in Suid-Afrika (historiese kanon), (iv) omringende omstandighede en vooraf beraadslaginge of die *travaux préparatoires* by die skryf van die Grondwet (genetiese kanon), (v) heersende sosiale, politieke en ekonomiese omstandighede (kontekstuele kanon), (vi) gewoontereg en inheemse reg (kontekstuele kanon), en (vii) die fundamentele normatiewe regsrag van die Grondwet (sistematies-teleologiese kanons). Hoewel ietwat geforseerd, word vervolgens so ver as moontlik telkens 'n onderskeid tussen genetiese en historiese konstruksie van die Grondwet en gewone wetgewing in die Suid-Afrikaanse staatsreg getref.

die Grondwet en die handves, en spesifiek arts 8, 9 en 10 wat sterk verbandhou met art 11(2) se straftoemtingsvereistes. (iii) 'n Voorbeeld van waar die konteks klaarblyklik dui op die ekstra-tekstuele sosiale en politieke konteks van die Grondwet, is die argument dat die doel van die handves se verbod op die toediening van lyftraf vir jeugdige misdadigers, in die sosiale en historiese konteks van die Suid-Afrikaanse samelewing sedert die middel tagtigerjare gevind moet word. Dit was gekenmerk deur endemiese geweld wat juis deur die nuwe grondwetlike waardes verbied word. Vgl *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 648F-H [51]-[52] per Langa R (namens die Hof). Sien ook *City Council of Pretoria v Walker* 1998 3 BCLR 257 (KH) 269-270 [17]-[21] per Langa R oor die sosiale en politieke konteks en agtergrond vir die instel van verskillende betalingsmaatstawwe vir munisipale dienste tussen wit en swart inwoners van Pretoria.

286 Devenish *Interpretation* 122, 130, 133 tref wel tydens statutêre uitleg 'n onderskeid tussen die *travaux préparatoires* of omringende omstandighede (wat hy as historiese agtergrond beskryf maar wat inderdaad die genetiese kanon is) en voorafgaande (*im pari materia*) en opvolgende wette (wat in werklikheid die historiese kanon is).

287 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 99-102; Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 372-378.

288 Hierdie volkeregtelike norme vorm die ekwivalent vir grondwetlike konstruksie wat die Romeins-Hollandse en Engelse gemene reg tradisioneel vir die Suid-Afrikaanse statutêre uitleg vervul het. Vgl Du Plessis *Interpretation* 131-132.

(ii) Wetgewende geskiedenis van gewone wetgewing

Met verwysing na genetiese konstruksie kon howe tradisioneel die omringende omstandighede tydens aanname van die wet, of te wel die historiese konteks van 'n wetsteks (dit is die doel en agtergrond van die betrokke wetgewing) tydens gewone wetsuitleg bestudeer ten einde die letterlike of gewone betekenis van daardie wetsteks te bepaal.²⁸⁹ Die wetsagtergrond of genetiese materiaal sluit egter nie *travaux préparatoires* soos parlementêre debatte, standpunte deur ministers wat verantwoordelik is vir wetgewing, of verduidelikende nota's by wetsontwerpe in nie. As 'n uitsondering bevat dit wel die verslae van regterlike kommissies van ondersoek ten einde die *mischief* te identifiseer wat die wet bedoel om te bekamp.²⁹⁰ Laasgenoemde sluit egter nie die betekenis in wat die kommissie aan die wetsontwerp heg nie. Hierdie streng reëls van wetsuitleg is onlangs in die Engelse reg verslap om ingevolge die *mischief*-teorie parlementêre materiaal toe te laat ten einde die vae of onduidelike letterlike betekenis van 'n wetsteks te verklaar.²⁹¹

Die Konstitusionele Hof gebruik wel die historiese kanon as dit na die historiese ontwikkeling van beperkende statutêre norme verwys.²⁹² In *S v Mbata, S v Prinsloo* waar die grondwetlikheid van 'n vermoede oor die besit en handel in vuurwapens beoordeel is, is byvoorbeeld na die historiese ontwikkeling van wetgewing wat die besit en handel in wapens en ammunisie sedert 1907 gereguleer het, verwys.²⁹³ Historiese argumente word eweneens gebruik tydens die interpretasie van gemeenregtelike regsreëls wat fundamentele regte kan beperk.²⁹⁴ In die Suid-

289 Vgl *Jaga v Dönges NO and Another, Bhana v Dönges NO and Another* 1950 4 SA 653 (A) 662G-H per Schreiner AR; *Harris v Minister of the Interior* 1952 2 SA 428 (A) 457B per Centlivres HR. Vgl ook Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 100-101; Du Plessis *Interpretation* 133-134; *Devenish Interpretation* 130-133.

290 Vgl *Attorney-General, Eastern Cape v Blom and Others* 1988 4 SA 645 (A) 668H-669F; bevestigend *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 405B vt 13 [14] per Chaskalson P. Vgl algemeen Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 101; Du Plessis *Interpretation* 134; *Devenish Interpretation* 122-129.

291 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 405B-D [14] per Chaskalson P.

292 Vir historiese uitleg *in pari materia* na toepaslike voorafgaande wetgewing tydens statutêre uitleg vgl *Devenish Interpretation* 133-136; Du Plessis *Interpretation* 132-133.

293 *S v Mbata, S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH) 470D-H [5] per Langa R. Vgl voorts *S v Bhulwana, S v Gwadiso* 1996 1 SA 388 (KH) 392D [6] per O'Regan R; *S v Coetzee and Others* 1997 3 SA 527 (KH) 535G [12] per Langa R.

294 Vgl *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 735C-737H [13]-[18] per Mahomed R oor die historiese ontwikkeling van die gemeenregtelike

Afrikaanse reg sal die historiese ontwikkeling van die gemenerereg egter telkens teenoor die vergelykende internasionale voorbeelde opgeweeg word, ten einde aan die vereistes van die Grondwet te voldoen.²⁹⁵ Hierdie analises van die historiese ontwikkeling van gemeenregtelike regreëls in Suid-Afrika dien voorts as bevestiging dat die presedenteleer algemeen tydens die konstruksie van fundamentele regte geld om die heersende regsposisie ten opsigte van spesifieke regs vrae voor die Hof te beantwoord.

(iii) Wetgewende geskiedenis van die Grondwet en handves

Die onderskeid tussen historiese en genetiese kanons tydens die konstruksie van die Grondwet se betekenis is in beginsel moeilik haalbaar. Die probleem lê daarin dat historiese konstruksie se verwysing na vorige weergawes van die Grondwet waaruit onduidelike en vae bepalinge *in pari materia* verklaar kan word, onwaarskynlik is in die Suid-Afrikaanse konteks.²⁹⁶ Die 1993 Grondwet se *sui generis* karakter maak dit onvergelykbaar met vorige grondwette wat nie deur normatiewe verhewendheid, algemene demokrasie, 'n handves van fundamentele regte, en 'n substantiewe regterlike toetsingskompetensie gekenmerk word nie. Historiese konstruksie sal meer waarskynlik by die interpretasie van die 1996 Grondwet voorkom, omdat dit oor dieselfde fundamentele grondwetlike beginsels as die 1993 Grondwet beskik.²⁹⁷ Indien historiese konstruksie wel in die 1993 Grondwet geskied het, kon dit meer waarskynlik in 'n negatiewe sin wees om juis die verskille tussen die ou en nuwe grondwetlike bedelings aan te dui.²⁹⁸ In hierdie opsig beklemtoon Regter Mahomed dat die algemene staatsregtelike geskiedenis van Suid-Afrika gekenmerk word deur 'n historiese konteks van rassisme, onderdrukking en geweld wat deur die nuwe grondwetlike etos opgehef is, en daarom juis deel van die waarde-agtergrond vorm

reël dat die inhoud van polisiedossiere in strafsake in geheel gepreviligeerd is; *Fose v Minister of Safety and Security* 1997 3 SA 786 (KH) 822B-824A [62]-[63] per Ackermann R (meerderheidsuitspraak) oor die ontwikkeling en wenslikheid van bestraffende skadevergoeding in die Suid-Afrikaanse gemenerereg.

295 Vgl arts 39(1)(b)-(c) en (2) van die 1996 Grondwet. Sien voorts die wisselwerking tussen die historiese en regsvergelijkende kanons in *Fose v Minister of Safety and Security* 1997 3 SA 786 (KH) 822B-825G [62]-[65] per Ackermann R (meerderheidsuitspraak).

296 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 100; Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 374. Vgl algemeen Du Plessis *Interpretation* 70.

297 Vgl *De Lange v Smuts NO and Others* 1998 7 BCLR 779 (KH) 788-789 15]-[16] per Ackermann R (meerderheidsbeslissing).

298 Vgl Kruger 1991 *SAPR* Vol 6 236.

waarteen die grondwetlikheid van die doodstraf beoordeel moet word.²⁹⁹

Du Plessis en Corder verkies om met betrekking tot genetiese konstruksie van die 1993 Grondwet eerder op die breë omringende omstandighede tydens die ontstaan en aanname van die Grondwet te konsentreer, as slegs op die meer beperkte voorbereidende onderhandelinge (die *travaux préparatoires*) wat iedergeval deel van eersgenoemde vorm.³⁰⁰ Gedagtig aan die probleme wat die *original intent*-benadering in die VSA meebring het met die naspeuring van die oorspronklike en subjektiewe bedoeling uit die *travaux préparatoires*, argumenteer Du Plessis en Corder tereg dat genetiese getuienis in daardie sin gewoonlik hoogstens as sekondêre bron gebruik behoort te word ter bevestiging van die objektiewe bedoeling van grondwetlike norme wat reeds met behulp van die ander objektiewe argumente bepaal is.³⁰¹ Dit is ook 'n bevestiging van 'n soortgelyke tendens in die Duitse en Kanadese staatsreg en die EMRK-reg om objektiewe eerder as subjektiewe interpretasiebronne te raadpleeg.³⁰² Juis daarom behoort gekonsentreer te word op die algemene omringende historiese omstandighede of objektiewe konteks wat maklik bepaalbaar is, in plaas van die oorspronklike subjektiewe bedoeling wat moeilik bepaal word.³⁰³

Tydens konstruksie van spesifieke fundamentele regte in die handves, moet weereens onderskei word tussen die historiese ontwikkeling van 'n bepaalde fundamentele reg oor die jare heen, en die genetiese ontwikkelingsproses daarvan tydens grondwetskrywing. Eersgenoemde historiese kanon word byvoorbeeld gebruik as

299 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 488H [264] per Mahomed R. Vgl ook *De Lange v Smuts NO and Others* 1998 7 BCLR 779 (KH) 792 [26] per Ackermann R (meerderheidsbeslissing) vir 'n negatiewe historiese konstruksie van die 1996 Grondwet. Vir 'n positiewe voorbeeld van historiese konstruksie vgl *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 882E-883G [28]-[31] per Mahomed R (meerderheidsuitspraak).

300 Sien Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 101, 22-57; Du Plessis 1994 *TSAR* 706-733. Intendeel, die skrywers verstaan onder die uitlegmateriaal wat deel vorm van die historiese feite van die handves, (i) die ideologiese konteks waarbinne die handves aanvaar is, (ii) die funksie en dinamiek van die Veel-Party-Konferensie en (iii) die fisiese totstandkomingsproses en formulering van die handves self te midde van al die politieke dinamika. Die ideologiese konteks waarbinne die handves aanvaar is, word weer gekenmerk deur die konflikterende eise wat deur verskillende onderliggende strominge aan die handves gestel is, nl (i) die klassieke liberaal-demokratiese beklemtoning van individuele vryheid teenoor die gelykheidsgesindes wat naas individuele vryheid ook sosiale, ekonomiese en omgewingsregte wou insluit, (ii) die tradisionele klem op inheemse Afrika-waardes teenoor progressiewe en moderne denke en (iii) feministiese teenoor patriargale denke.

301 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 74, 84.

302 Vgl hoofstuk 2 par 2.2.5 b); hoofstuk 4 par 4.3.3 f); hoofstuk 5 par 5.3.4 f). Sien ook Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 375-376 vt 110-113 vir verdere gesag.

303 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 101.

verwys word na die oorsprong en ontwikkeling van die onskuldvermoede in strafsake en bewyslas van bo redelike twyfel wat op die staat rus, as synde 'n ou regsreël uit die Engelse reg wat in artikel 25(3)(c) en (d) van die 1993 Grondwet gepositiveer word vir gevalle waar statutêre vermoedens se grondwetlikheid betwis word.³⁰⁴

Die toelaatbaarheid van laasgenoemde genetiese kanon vir die interpretasie van 'n spesifieke fundamentele reg, word na uitvoerige regsvergeelyking deur Regter Chaskalson in *Makwanyane* se saak beslis.³⁰⁵ Hy het bevind dat die openbare debat wat gewoed het rondom die doodstraf tydens die grondwetlike onderhandelingsproses wel as toelaatbare agtergrondsgeskiedenis bestudeer kan word tydens die interpretasie van artikel 11(2) van die 1993 Grondwet se verbod op wrede en onmenslike strawwe. Hy benadruk egter die feit dat hierdie uitgebreide toelaatbaarheid van agtergrondsmateriaal uit hoofde van die *sui generis* aard van grondwetlike norme geskied, en daarom slegs beperk is tot grondwetlike konstruksie. Dit gaan nie outomaties oor na gewone statutêre uitleg om die bestaande reëls oor die toelaatbaarheid van oorspronklike getuienis tydens statutêre uitleg te wysig nie.³⁰⁶ Regter Chaskalson aanvaar dat die verslae van die tegniese advieskomitees wat die Veelparty Onderhandelingsproses oor die 1993 Grondwet adviseer het, die ekwivalent van die 1993 Grondwet se *travaux préparatoires* is.³⁰⁷ Hy bevestig voorts die waarskuwing van die Kanadese en Duitse howe dat daar nie te veel waarde aan individuele standpunte tydens die bestudering van die ontstaansgeskiedenis van fundamentele regte in die handves geheg moet word nie.³⁰⁸

304 Vgl *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 656H-I [25] 659H-I [33] per Kentridge WR (vermoede van vrywillige bekentenis deur 'n beskuldigde); *S v Bhulwana, S v Gwadiso* 1996 1 SA 388 (KH) 393E-394A [9]-[11] per O'Regan R (vermoede van handel in dagga); *S v Mbata, S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH) 471C-D [7] per Langa R (vermoede van besit en handel in wapens en ammunisie).

305 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 404G-406D [13]-[16] waar verwys word na die verslapping van die tradisionele streng statutêre uitlegreëls in die Engelse, Australiese en Nieu-Seelandse reg, asook die gevestigde praktyk in die VSA, Duitsland, Kanada en Indië, en die hantering van *travaux préparatoires* in die internasionale regspraak van die Europese Hof vir Menseregte en die VN se Menseregtekomitee. Vgl ook Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-5.

306 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 405D-F [15] per Chaskalson P. Vgl ook Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 84-85.

307 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 406E-407A [17].

308 *Our Constitution is also the product of a multiplicity of persons, some of whom took part in the negotiations, and others who as members of Parliament enacted the final draft. The same caution is called for in respect of the comments of individual actors in the process, no matter how prominent a role they might have played.* Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 407C-D [18] per Chaskalson P. Sien ook Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 375-376.

Samevattend bevind Regter Chaskalson (sonder om algemene toelaatbaarheidsreëls te formuleer) dat genetiese argumente of agtergrondsmateriaal tydens grondwetlike konstruksie geraadpleeg kan word, indien dit duidelik is, nie in dispuut is nie, en relevant is om aan te dui waarom spesifieke bepalings wel, of glad nie, in die grondwet opgeneem is nie.³⁰⁹ Die genetiese kanon word dus as't ware as die omringende konteks van die Grondwet gebruik. So byvoorbeeld blyk dit duidelik uit die toelaatbare agtergrondsgeskiedenis voor en tydens die grondwetlike onderhandelingsproses van die 1993 Grondwet, dat die kwessie van die doodstraf doelbewus daaruit gelaat is weens 'n gebrek aan konsensus.³¹⁰

e) Regsvergelykende konstruksie³¹¹

Die 1993 Grondwet bevat 'n verskeidenheid verwysings na die volkereg soos artikels 35(1), 82(1)(i), 116(2) en 231, so ook artikels 39(1)(b) en 321-233 van die 1996 Grondwet.³¹² Vir interpretasie doeleindes is artikel 35(1) van die 1993 Grondwet en Artikel 39(1)(b) van die 1996 Grondwet veral van belang. Artikel 35(1) van die 1993 handves bepaal enersyds dat die internasionale publiekregreëls met betrekking tot die beskerming van menseregte in ag geneem moet word tydens interpretasie van die fundamentele regte in die 1993 Grondwet, terwyl artikel 39(1)(b) van die 1996 Grondwet nog wyer strek en na die volkereg in die geheel verwys. Andersyds maak beide artikels 35(1) van die 1993 Grondwet en 39(1)(c) van die 1996 Grondwet daarvoor voorsiening dat onderskeidelik toepaslike buitelandse regspraak en buitelandse reg in die algemeen geraadpleeg kan word.³¹³ Regter Sachs interpreteer artikel 35(1) van die 1993 Grondwet as om te dui op die toepaslike algemene

309 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 407E-409B [19]-[25] per Chaskalson P. Vgl bevestigend vir die rol van die *travaux préparatoires* in die 1993 Grondwet, Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 84-85.

310 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 407F-409B [19]-[25] per Chaskalson P. Hy verwys bv na 'n parlementêre toespraak deur die vorige Staatspresident, 'n verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie, en 'n persverklaring deur die Minister van Justisie.

311 Vgl mbt regsvergelyking tydens tradisionele statutêre uitleg en die vermoede teen wysiging van die volkereg Devenish *Interpretation* 118-122, 212-215; Du Plessis *Interpretation* 81-82.

312 Vgl in die algemeen Dugard *Public International Law* 13-9 – 13-12; Dugard *International Human Rights* 171-195; Dugard 1995 *SAJHR* Vol 11 241-251; Dugard 1994 *SAJHR* Vol 10 208-215; Botha 1994 *SAPR* Vol 9 245-256.

313 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 413D-E [34] per Chaskalson P, 472A-B [198] per Kentridge WR.

beginsels, eerder as spesifieke formules en reëls wat ondersoek word.³¹⁴

Artikel 35(1) van die 1993 Grondwet sluit bindende sowel as nie-bindende volkeregtelike reëls vir die interpretasie van fundamentele regte in.³¹⁵ Professor Dugard, wat goedkeurend deur Regter Chaskalson aangehaal word,³¹⁶ meen dat artikel 35(1) gelees met artikel 116(2) van die 1993 Grondwet na alle volkeregtelike bronne verwys wat deur artikel 38(1) van die Statuut van die Internasionale Geregshof beskryf word.³¹⁷ Artikel 39(1)(b) in die 1996 Grondwet se algemene verwysing na die volkereg sonder enige kwalifikasie, kan dus as 'n bevestiging van hierdie wye siening van Dugard beskou word. Juis daarom gebruik die Konstitusionele Hof die beslissings van internasionale tribunale wat volkeregtelike menseregteverdrae interpreteer, soos die Verenigde Nasies se Menseregtekomitee, die Inter-Amerikaanse Menseregtekommissie, die Inter-Amerikaanse Hof vir Menseregte, die Europese Menseregtekommissie, en die Europese Hof vir Menseregte en, waar van toepassing, die verslae van spesialisorgane soos die Internasionale Arbeidsorganisasie, as riglyn tydens die konstruksie van fundamentele regte.³¹⁸

Die grondwetlike opdrag tot die omarming van die *ubuntu*-waarde-begrip,³¹⁹ het voorts tot toenemende klem op toepaslike Afrika perspektiewe oor menseregte gelei.³²⁰ Daar is buitendien reeds tydens die formulering van die 1993 Grondwet sterk gesteun op die klassieke internasionale menseregte-dokumente soos die *Universal Declaration of Human Rights* (1948), *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (1966), *International Covenant on Civil and Political Rights*

314 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) op 663C [57] per Sachs R (afsonderlike opinie).

315 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 413F-414A [35] per Chaskalson P.

316 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 413G [35] vt 46.

317 Dit is primêr die volkeregtelike konvensies, volkeregtelike gewoontereg en die algemene regsbeginnele wat deur beskaafde volkere aanvaar word, en sekondêr regterlike beslissings en die standpunte van erkende deskundiges. Vgl Dugard *International Human Rights* 192-195; Dugard 1994 *SAJHR* Vol 212-213; Dugard 1995 *SAJHR* Vol 11 242-243; Botha 1994 *SAPR* Vol 9 247-252.

318 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 414A-B [35] per Chaskalson P.

319 Vgl die naskrif van die 1993 Grondwet.

320 Vgl bv *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 402D vt 3 [6] (Zimbabwe), 414D vt 52 [36] (Afrika Handves van Menseregte), 440I-441F [114-115] (Tanzanië) per Chaskalson P, 472B [198] (Namibië, Angola en Mosambiek) per Kentridge WR, 481A-I [224]-[227] (*ubuntu* en Tanzanië) per Langa R, 483I-484A [237], 484F-486D [241]-[252] (*ubuntu*, Afrika en Zimbabwe) per Madala R, 519D-E [386] (Suid-Afrika se buurstate) per Sachs R. Sien ook Du Plessis en De Ville (2) 1993 *Stell LR* Vol 4 211-217 (Zimbabwe en Namibië).

(1966), die Europese Menseregtekonvensie (1950), en op moderne handveste in die regstelsels van Kanada, Duitsland en Namibië.³²¹ Boonop meld artikel 35(1) van die 1993 Grondwet en artikel 39(1)(a) van die 1996 Grondwet dat daardie waardes bevorder moet word wat kenmerkend is van 'n oop en demokratiese samelewing wat geskoei is op onderskeidelik vryheid en gelykheid of menswaardigheid, gelykheid en vryheid. Uitstekende voorbeelde van sulke samelewings kan juis met behulp van regsvergeljking in die volkereg en buitelandse publiekreg verkry word.

Daar sal veral tydens die aanvanklike periode van die nuwe demokratiese grondwetlike orde sterk gesteun word op regsvergeljkende materiaal, totdat 'n inheemse *corpus* van regspraak ontwikkel is waarop howe kan steun.³²² Sodanige regsvergeljkende materiaal is egter nie noodwendig 'n onfeilbare riglyn vir die konkretisering van fundamentele regte hier ter plaatse nie.³²³ Daar rus dus in die finale instansie geen grondwetlike verpligting op howe om hierdie buitelandse regsposisie na te volg nie.³²⁴ Veral in gevalle waar die Suid-Afrikaanse teks se bewoording verskil van die ooreenstemmende norm in ander stelsels, of waar daar verskille in die stelsels bestaan, sal die vergeljkende waarde afneem.³²⁵ Direkte analogie na vreemde regstelsels word dus ontmoedig, en regsvergeljking moet met omsigtigheid aangewend word as die onderliggende begroning van toepaslike buitelandse argumente bestudeer word om daardie norme te identifiseer wat in ander oop en demokratiese samelewings toegepas word.³²⁶ Die Konstitusionele Hof maak

321 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 47.

322 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 414E [37] per Chaskalson P. Vir die invloed van spesifieke internasionale menseregteverdrae op die Suid-Afrikaanse reg vgl Barrie 1995 *TSAR* 66-80; Liebenberg 1995 *SAJHR* Vol 11 359-378; Keightley 1995 *SAJHR* Vol 11 379-400; Sloth-Nielson 1995 *SAJHR* Vol 11 401-420; Kathree 1995 *SAJHR* Vol 11 421-437; Sisk en Pronto 1995 *SAJHR* Vol 11 438-456.

323 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 415A-B [37], veral 415D-E [39] per Chaskalson P: *In dealing with comparative law we must bear in mind that we are required to construe the South African Constitution, and not an international instrument or the constitution of some foreign country, and that this has to be done with due regard to our legal system, our history and circumstances, and the structure and language of our own Constitution. We can derive assistance from public international law and foreign case law, but we are in no way bound to follow it.*

324 Vgl De Bruyn 1995 *SAPR* Vol 10 506-507 vir regsvergeljkende regspraak deur die Hooggeregshof voor die Konstitusionele Hof hierdie riglyne neergelê het.

325 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 505F-506A [324] per O'Regan R; *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1025B-E [72] per Ackermann R (minderheidsuitspraak), 1087D-E [175] per Chaskalson P (meerderheidsbeslissing).

326 *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1025B-E [72] per Ackermann R (minderheidsuitspraak); *Bernstein and Others v Bester and*

teen die agtergrond van bogenoemde riglyne, uitvoerig maar op inkonsekwente wyse van regsvergeelyking gebruik.³²⁷ Dit is duidelik dat die Konstitusionele Hof se regspraak ten spyte van die Hof se eie waarskuwings, die leemte aan 'n eenvormige substantiewe metode vir grondwetlike regsvergeelyking in die Suid-Afrikaanse staatsreg bevestig.

Malan bevestig die Suid-Afrikaanse howe se late om 'n eenvormige metode vir regsvergeelyking tydens grondwetlike regspraak te volg, waarop hy 'n wetenskaplike model voorstel vir "funksionele" grondwetlike regsvergeelyking tydens die konkretisering van fundamentele regte.³²⁸ Hy is tereg veral bekommerd oor die gevaar van die slaafse en onkritiese verwysing na regsvergeelykende bronne sonder dat die hermeneut duidelikheid het oor die doel en metode van die vergelyking en die regshistoriese konteks en versweë veronderstellinge van die buitelandse regsbronne wat geraadpleeg word. Malan beklemtoon verskeie tekstuele en konstekstuele faktore van die versillende buitelandse regsbronne en die Grondwet wat bestudeer word, wat as rigtingwysers vir grondwetlike regsvergeelyking kan dien.³²⁹ Cockrell meen weer dat die vraag na die geskikte kriteria vir regsvergeelyking opgelos kan word as die Hof 'n sekondêre stel waardes van keuse uit die primêre substantiewe waardes van die Grondwet kan ontwikkel.³³⁰ Dit sal die Hof in staat stel om 'n voorraad van toepaslike internasionale voorbeelde te vind wat dan aanvaar of verwerp kan word aan die hand van dieselfde maatstawwe in verskillende sake.

f) Wisselwerking tussen die kanons van konstruksie

Others NNO 1996 2 SA 751 (KH) 811F-812C [132]-[133] per Kriegler R (afsonderlike opinie ondersteun deur Didcott R); *Fose v Minister of Safety and Security* 1997 3 SA 786 (KH) 801B [24] per Ackermann R (meerderheidsuitspraak).

327 Vgl *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 653C-656I [19]-[25] per Kentridge WR; *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 414D [36] vt 52, 415F-417A [40]-[42], 420E-F [52], 421E [55], 424E-425F [63]-[67], 425A-426E [65]-[69], 426F-429A [70]-[79], 429C-D [80]-[81], 423D-424D [60]-[62], 429C en E-G [80], [82], 429H-430F [83]-[85], 431F-433A [90]-[92] per Chaskalson P; *S v Bhulwana, S v Gwadiiso* 1996 1 SA 388 (KH) 394B-G [12]-[14] per O'Regan R; *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 640F-643F [26]-[35], 644G-645D [40] per Langa R; *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1025E-1030D [73]-[79] per Ackermann R (minderheidsuitspraak); *Fose v Minister of Safety and Security* 1997 3 SA 786 (KH) 801D-818D [25]-[55] per Ackermann R (meerderheidsuitspraak); *Sanderson v Attorney-General, Eastern Cape* 1997 12 BCLR 1675 (KH) 1686 [26] per Kriegler R; *De Lange v Smuts NO and Others* 1998 7 BCLR 779 (KH) 796 [39] per Ackermann R (meerderheidsbeslissing).

328 Malan 1997 *THRHR* Vol 60 214-230.

329 Malan 1997 *THRHR* Vol 60 217-229.

330 Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 25.

Uit voorgaande bespreking blyk dit dat behoorlike konkretisering van fundamentele regte nie slegs met grammatikale konstruksie moontlik is nie, maar dat 'n wisselwerking tussen al die kanons, met besondere klem op sistematies-kontekstuele en teleologiese-waardegerigte interpretasie, benodig word.³³¹ Voorts kan geen vaste voorkeuorde vir die aanwending van die kanons as algemene reël neergelê word nie.³³² Hierdie regsmetologiese pluralisme van verskillende "korrekte" interpretasiemoontlikhede is juis 'n uitstaande kenmerk van grondwetlike konstruksie wat voortspruit uit die *sui generis* aard van fundamentele regte.³³³ By gebrek aan 'n eenvormige regsteoretiese begroning en 'n algemene regshermeneutiese benadering tot fundamentele regte, kan hierdie regsmetologiese vryheid ongelukkig tot grootskaalse regsonsekerheid lei.³³⁴ Daar kan selfs meerdere interpretasieresultate en gevolglik verskillende beslissings in dieselfde saak gevind word wat teoreties aanvaarbaar sou wees. Te meer nog, as die regsvraag verskillend geformuleer word. 'n Dramatiese voorbeeld is die verskillende formulerings van die regsvraag, metodologiese benaderings en gevolgtrekkings wat in die *Mhlungu*-saak voorkom oor die vraag of die handves uit hoofde van artikel 241(8) van die 1993 Grondwet nie net vir toekomstige sake geld nie, maar ook vir sake wat tydens inwerkingtreding van daardie Grondwet hangend was.³³⁵ Hierdie ongelukkige toestand voldoen nie aan die

331 Vgl Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 72-73, 76-78, 90.

332 Du Plessis *Open Community* 13. Vgl eweneens die ervaring in die ander regstelsels wat in hierdie ondersoek bestudeer is, nl hoofstuk 2 par 2.2.5 g); hoofstuk 3 par 3.3.3 f); hoofstuk 4 par 4.3.3; hoofstuk 5 par 5.3.4 b).

333 Du Plessis *Open Community* 11, 13.

334 Sien juis die kritiek van Visser en Potgieter 1994 *THRHR* Vol 57 493-498; Visser 1995 *THRHR* Vol 58 745-750.

335 *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 891-905 [49]-[85] per Kentridge WR (minderheidsbeslissing waarmee Chaskalson P, Ackermann R en Didcott R saamstem). Hy argumenteer dat art 241(8) 'n oorgangsmatreël is wat 'n ordelike regstaatlike oorgangsproses verseker en dus nie vir die handves geld nie. Hy volg 'n teleologiese konstruksie van art 241(8) wat hy egter substansieel kwalifiseer deur die formele tegniese betekenis (grammatikale kanon), 'n formele beskouing van die grondwetlike sisteem en konteks, vermoedens van wetsuitleg, en die formele sy van die regstaatbeginsel te beklemtoon. Hy het dus 'n formalisties-legalistiese eerder as 'n substantiewe benadering tot die konkretisering van individuele regte gevolg. Vgl egter *in casu* 872B-891A [1]-[48] per Mahomed R (meerderheidsbeslissing namens Langa R, Madala R, Mokgoro R en O'Regan R). Mahomed R verwerp die irrasionele diskriminasie en ongelykheid wat noodwendig uit die arbitrêre onderskeid tussen individue vloei as die handves slegs vir sekere sake sou geld. Hy volg die wye gewone betekenis (grammatikale kanon), 'n formele sowel as 'n substantiewe beskouing van die grondwetlike sisteem en konteks, genetiese argumente, 'n teleologiese-waardegerigte konstruksie, en 'n formele sowel as materiële regstaatbeskouing. Sien voorts *in casu* 906E-911A [86]-[101] per Kriegler R (afsonderlike mening). Die regsvraag is volgens Kriegler R nie wat die effek van art 241(8) is nie, maar of 'n beskuldigde wie se saak hangend was toe die handves regsrag verkry het, kan eis dat die reg op 'n regverdige verhoor vir daardie persoon se verhoor geld. Alle persone is die draers van fundamentele regte. Hulle word

verwagte *Methodenklarheit* wat, gegewe die *sui generis* aard van grondwetlike norme en fundamentele regte, ingevolge die regstaatlike karakter van die Grondwet vir die konkretisering van fundamentele regte vereis word nie.

6.3.6 Ander grondwetlike interpretasiebeginsels

a) Evolusionêre en skeppende interpretasie

Die *sui generis* karakter van die handves beteken dat dit eerstens moeilik herroepbaar en amendeerbaar is, en tweedens laat die algemene bewoording van hierdie fundamentele normatiewe raamwerk geleentheid vir regterlike uitbouing van fundamentele regte.³³⁶ Die styl van die handves is dus evolusionêr van aard om progressief te kan aanpas by onvoorsiene en veranderde omstandighede sonder dat die wesenlike beginsels van die grondwetlike struktuur aangetas word.³³⁷ Hiermee word dieselfde probleme wat die Amerikaanse staatsreg deur middel van die *original intent*-teorie ondervind word, grootliks vermy. Die evolusionêre karakter van die handves vereis dus dat 'n holistiese en buigsame konstruksie van die fundamentele regte gevolg word.³³⁸ Die hermeneut kan dus met behulp van veral die objektiewe kanons van teleologiese (waardegerigte) en kontekstueel-sistematiese konstruksie, kreatief gestalte gee aan hierdie veranderende samelewingsbetekenis van die oorspronklike fundamentele regte, maar terselfdertyd kan verseker word dat die grondwetlike

nie deur art 241(8) gediskwalifiseer nie, omdat die bepaling bloot 'n oorgangsbepaling is wat nie die handves raak nie. Die handves word wyd en teleologies gekonstrueer, en die oorgangsbepalings streng letterlik en beperkend. Hy raadpleeg dus 'n substantiewe siening van grammatikale, sistematiese, en teleologiese kanons asook van die regstaatbeginsel. Vgl ten slotte *in casu* 911D-E [103] per Sachs R (afsonderlike opinie). Sachs R konstrueer art 241(8) nie in isolasie nie, maar in verhouding tot die handves self (sistematiese kanon). Beide is gelykwaardige norme wat egter tans met mekaar in konflik is en daarom teenoor mekaar gebalanseer moet word (teleologiese kanon). Aanvanklik aanvaar hy die grammatikale konstruksie van art 241(8) as die algemene bedoeling van die grondwetskrywers (genetiese kanon), soos wat dit uit die Grondwet as geheel blyk (sistematiese kanon). Omdat hierdie grammatikale konstruksie egter die oorhoofse struktuur (sistematiese kanon) en oogmerk van die Grondwet ignoreer en tot 'n resultaat lei wat *contra* die bedoeling van die Grondwet se outeurs is (genetiese kanon), moet dit teen die fundamentele regte afgeweeë word (teleologiese kanon). Vgl ook Kentridge en Sptiz *Interpretation* 11-30 vt 1; De Bruyn 1995 *SAPR* Vol 10 516-519; Swart 1995 *THRHR* Vol 58 639-640.

336 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 84, 101; Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 250.

337 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 84, 101; Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 250.

338 Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 250.

raamwerk in stand gehou word.³³⁹ Hierdeur word sowel regsekerheid as die langtermyn legitimiteit van die Grondwet verseker.

Die stelreël *iudicis est ius dicere sed non dare/facere* begrens egter steeds die regbank se konstruksie van fundamentele regte.³⁴⁰ Hier word egter nie na die tradisionele gediensigheid van die regbank aan parlementêre soewereiniteit in die Suid-Afrikaanse reg verwys nie, maar as hierdie stelreël toegepas word in die Suid-Afrikaanse *Grundnorm* Grondwet beteken dit dat die regbank regsnorme skeppend kan herinterpreteer sonder om dit te herpromulgeer.³⁴¹ Dit beteken dat kreatiewe en evolusionêre regterlike interpretasie steeds deur die grondwetlike teks begrens sal word.³⁴² Daarbenewens moet die historiese dinamiek van grondwetlike norme ook gerespekteer word.³⁴³ Hiermee word die regstaatlike skeiding tussen die regsprekende en wetgewende gesag deur die regbank in stand gehou.

b) Wye interpretasie

Die Konstitusionele Hof het as 'n algemene reël aanvaar dat 'n wye konstruksie van fundamentele regte tydens die konstruksie van die beskermingsveld gedurende die eerste stap van die konkretiseringsproses gevolg word.³⁴⁴ Hierdeur is gevolg gegee aan die internasionale regspraktyk waar 'n wye en liberale konstruksie van die beskermingsveld van fundamentele regte gevolg word so ver as wat die teks dit toelaat.³⁴⁵

Hoewel teleologiese konstruksie as 'n waardegerigte benadering meestal 'n wye konstruksie van die beskermingsveld van 'n fundamentele reg vereis, geld dit nie ongekwalfiseerd nie. Regter O'Regan beklemtoon dat wye konstruksie soms

339 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 101.

340 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 102.

341 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 102; Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 377.

342 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 102.

343 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 84.

344 *S v Zuma and Others* 1995 SA 2 642 (KH) 654G [21] per WR Kentridge; *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 403C [9], 434C [95] per Chaskalson P.

345 Vgl *S v Zuma and Others* 1995 SA 2 642 (KH) 651B, G [14], [15] per Kentridge WR. Vir die invloed van die Katolieke eksegeese op hierdie liberale siening, vgl Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 262.

afgewissel kan word met 'n nouer keuse na gelang van omstandighede.³⁴⁶ Soms is 'n meer beperkte konstruksie aangewese as die fundamentele reg juis presies bewoord is om 'n spesifieke beperkte oogmerk na te streef. 'n Voorbeeld is artikel 23 van die 1993 Grondwet se reg op inligting wat slegs afdwingbaar is teen die staat vir so ver dit help om die individu se regte te beskerm.³⁴⁷ 'n Wye interpretasie is dus nie sinoniem met teleologiese interpretasie nie.³⁴⁸ Terwyl 'n wye interpretasie die wydste moontlike konstruksie van die regsnorm verg, vereis teleologiese konstruksie nie noodwendig die wydste moontlike beskerming van 'n fundamentele reg nie.³⁴⁹ 'n Wye interpretasie wat nie teleologiese gronding is nie, kan egter die demokratiese en sosiaalstaatbeginsels in die Grondwet aantast.³⁵⁰ So byvoorbeeld kan progressiewe belastingskale of 'n stelsel van sosiale ondersteuning wat noodwendig ongelyke behandeling meebring, deur 'n suiwer wye interpretasie van die gelykheidswaorborg as ongrondwetlik beskou word. Daarom betoog Davis dat die regbank bedag moet wees om die eise van demokrasie in ag te neem as die beperkende wet as synde 'n vergestaltung van die meerderheidswil, teenoor die fundamentele reg van die individu, gebalanseer word.³⁵¹

Juis hierdie onsekerheid oor wanneer 'n wye konstruksie gevolg word,³⁵² het in *S v Mahlanghu and Others* tot twee verskillende benaderings gelei.³⁵³ Hoewel beide regters beweer dat hulle 'n teleologiese benadering volg, onderskryf Waarnemende Regter Kentridge namens die minderheid 'n meer beperkte konstruksie, terwyl Regter Mahomed vir die meerderheid 'n wye benadering volg. Waarnemende Regter Kentridge kwalifiseer die teleologiese konstruksie van artikel 241(8) van die 1993 Grondwet met die duidelike woorde van daardie bepaling en met artikel 4(1) se regstaatbeginsel.³⁵⁴ Dit beteken dat die 1993 Grondwet nie terugwerkende regsrag verkry ten opsigte van sake wat op 27 April 1994 hangend was nie. Hierteenoor verwerp Regter Mahomed so 'n beperkte en legalisties-tekstuele konstruksie, omdat

346 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 506B [325] per O'Regan R (afsonderlike opinie). Hierdeur sluit sy aan by kritiek in die Kanadese reg. Sien Carpenter 1996 *THRHR* Vol 59 156-157; Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-27.

347 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 506A-B [325] per O'Regan R; Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 85.

348 Vgl Cachalia ea (reds) *Fundamental Rights* 11.

349 Davis 1994 *SAJHR* Vol 10 118-119.

350 Davis 1994 *SAJHR* Vol 10 118-119.

351 Davis 1994 *SAJHR* Vol 10 118-119.

352 Vgl Botha 1995 *THRHR* Vol 58 527.

353 *S v Mahlanghu and Others* 1995 3 SA 867 (KH).

354 *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 902A-F [78] per Kentridge WR (namens

dit die vernietiging van die fundamentele normatiewe waarde-orde van die Grondwet meebring.³⁵⁵ Hy verkies om deur 'n wye en teleologiese konstruksie so ver as moontlik die beskerming van fundamentele regte te verwesenlik soos wat die teks en konteks van die Grondwet dit moontlik maak.³⁵⁶ Daarom kan 'n interpretasie nie gevolg word wat die fundamentele regte net vir sekere persone sedert 27 April 1994 laat geld en nie vir ander nie. Fundamentele regte geld dus nie teenstaande artikel 241(8) se letterlike betekenis, ook vir sake wat op daardie datum hangend was.

c) Leemte vuling, ekstensiewe en beperkende uitleg

Tydens regterlike konkretisering van fundamentele regte kan dit voorkom dat 'n bevredigende oplossing vir 'n spesifieke feitestel nie in die teks van die handves gevind word nie. Die onvermoë van die teks om vir die spesifieke situasie voorsiening te maak, is te wyte aan een van drie moontlikhede.³⁵⁷ (i) Die betrokke deel van die teks was eenvoudig nie bedoel om vir die besondere geval te geld nie. (ii) Daar kan 'n leemte in die handves voorkom wat met verwysing na die gemenerereg of na die internasionale menseregtereg of toepaslike buitelandse regstelsels, gevul kan word.³⁵⁸ (iii) Dit kan ook 'n fout in die handves wees, wat egter onwaarskynlik by 'n belangrike dokument soos die Grondwet is. (iv) Regsleemtes kan ook gedurende die grondwetlike oorgangstydperk ontstaan as die Hof bestaande regsnorme ongrondwetlik bevind en daardeur leemtes in bestaande wetgewing laat.³⁵⁹

Tradisioneel is aanvaar dat wetstekste oor 'n rasonale en logiese struktuur beskik wat beteken dat 'n teks wat te beperkend is, met behulp van ekstensiewe uitlegtegnieke (soos analogie, *ex contrariis*, *ex consequentibus*, *ex accessorio eius de quo verba loquuntur*, *a natura ipsius rei*, *ex correlativus*) uitgebrei kan word, terwyl te wye

Chaskalson P, Ackermann R, Didcott R).

355 *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 872G-874C [3]-[8] per Mahomed R (namens Langa R, Madala R, Mokgoro R en O'Regan R).

356 *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 874D-J [8]-[9] per Mahomed R.

357 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 103-104; Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 379. Dieselfde drie oorsake geld juis tydens statutêre uitleg vir die oplossings van leemtes en foute in wette. Sien Du Plessis *Interpretation* 150-152.

358 Suid-Afrikaanse howe was tydens tradisionele wetsuitleg nie geneë om leemtes te vul nie, maar het uit hoofde van die vermoede dat wetgewing nie doelloos is nie, 'n uitleg gevolg wat sodanige *casus omissus* vermy. Indien laasgenoemde onmoontlik is, is die leemte gevul met verwysing na die gemenerereg na aanleiding van die vermoede dat 'n wet nie die bestaande reg meer wysig as wat noodsaaklik is nie. Vgl Du Plessis *Interpretation* 150-151.

tekse met behulp van beperkende uitlegreëls beperk kan word (soos *cessante ratione legis cessat et ipsa lex, eiusdem generis*).³⁶⁰ Beperkende uitleg is egter weens die *sui generis* struktuur van fundamentele regte as algemene en inklusiewe regsnorme, nie versoenbaar met die konkretisering van fundamentele regte nie.³⁶¹ Boonop bestaan daar 'n statutêre uitlegreël dat algemene woorde algemeen verstaan word.³⁶² Op 'n meer substantiewe vlak is dit egter onmoontlik vir die hermeneut om fundamentele regte behoorlik te konkretiseer, indien die beskermingsveld van daardie regte deur middel van beperkende statutêre uitlegreëls gekonstrueer word. 'n Wye en teleologiese konstruksie sou in beginsel meer gepas wees.³⁶³

'n Voorbeeld van die nie-aanwendbaarheid van eksklusiewe uitleg en ander meganiese uitlegreëls tydens die konkretisering van fundamentele regte, is die verwerping van die reël *expressio unius est exclusio alterius* vir die interpretasie van artikel 11(1) van die 1993 Grondwet se individuele vryheidsreg na analogie van die Kanadese reg wat dit as teenstrydig met wye en teleologiese interpretasie beskou.³⁶⁴ Regter Ackermann verwerp die argument dat, omdat verskeie individuele vryheidsregte reeds spesifiek in die handves beskerm word, artikel 11(1) nie as 'n algemene residuele vryheidsreg beskerming aan die manifestasie van individuele vryheid in ander kontekste kan verleen nie. Dieselfde stelreël en argumente regverdig sins insiens ook nie die verwerping van 'n wye konstruksie van die beskermingsveld van so 'n residuele vryheidsreg nie.

Ekstensiewe uitlegtegnieke soos analogie en inklusiewe uitleg kan wel ondersteunend aangewend word tydens konstruksie van die beskermingsveld van 'n fundamentele reg, ten einde regsleemtes te vul.³⁶⁵ Sodanige konstruksie vorm deel van die sistematiese en strukturele kanon, en moet ondergeskik aan teleologiese konstruksie

359 *S v Coetzee and Others* 1997 3 SA 527 (KH) 533H-I [1] per Langa R.

360 Vgl Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 104; Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 379. Vgl in die algemeen mgt ekstensiewe en beperkende wetsuitleg Du Plessis *Interpretation* 152-157; Devenish *Interpretation* 56-75, 76-99.

361 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 104.

362 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 104.

363 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 104.

364 Vgl *Ferreira v Levin NO and Others*; *Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1029E-1030B [78] per Ackermann R (minderheidsbeslissing), 1068C [172] per Chaskalson P (meerderheidsbeslissing). Vgl die Kanadese posisie in hoofstuk 4 par 4.3.4 j). Vgl ook Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 104 vt 238.

365 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 104.

geskied.

Voorts is die analogie na ekstensiewe leemte-vulling in die volkereg en buitelandse reg as deel van teleologiese interpretasie van belang. In die volkereg is die tradisionele vooroordeel teen leemte-vulling verwerp ten gunste van 'n funksionele benadering van teleologiese konstruksie ingevolge waarvan leemtes in die volkereg met verwysing na humanitêre, sosiale en morele oogmerke gevul word.³⁶⁶ Dit is 'n bevestiging van die moderne volkereg en die Romeins-Hollandse Reg se aanvaarding van die natuurregtelik-geïnspireerde teleologiese benadering.³⁶⁷ Teleologiese konstruksie met openlike leemte-vulling is voorts kenmerkend van die kontemporêre kontinentale regterlike metode in die staatsreg.³⁶⁸ Leemte-vulling word byvoorbeeld in die Duitse staatsreg erken as die logiese gevolg van die uitstralingswerking van die fundamentele normatiewe waarde-karakter van fundamentele regte in die GG.³⁶⁹

Hierdie uitstralingswerking van fundamentele regte waarmee regsleemtes gevul kan word, is eweneens deur die 1993 en 1996 Grondwette na ander dele van die Suid-Afrikaanse reg oorgedra.³⁷⁰ Hoewel regterlike leemte-vulling deur skeppende en ekstensiewe uitleg 'n deel van 'n teleologies-waardegeoriënteerde konstruksie van fundamentele regte in die Suid-Afrikaanse reg vorm, het die Konstitusionele Hof die waarskuwing gerig dat dit steeds primêr die taak van die wetgewer en nie die regbank is nie om hierdie regsleemtes te vul en die bestaande reg in ooreenstemming met die nuwe grondwetlike waardes te bring.³⁷¹

d) Hiërargie van regte

Al die fundamentele regte is uit hoofde van artikel 4 van die 1993 Grondwet en artikels 2 en 7(1) van die 1996 Grondwet verhewe (en verskanste) regsnorme en daarom in beginsel gelyk in status.³⁷² Sommige regters van die Konstitusionele Hof

366 Vgl die verskil tussen die eerste en tweede uitsprake van die Internasionale Geregshof oor Suid-Afrika se teenwoordigheid in Namibië in 1966 en 1971 soos verduidelik in *Devenish Interpretation* 81-82.

367 *Devenish Interpretation* 82.

368 *Devenish Interpretation* 82.

369 Vgl hoofstuk 2 par 2.2.7 e); BVerfGE 34, 269 *Soraya*-saak; De Waal 1995 *SAJHR* Vol 11 15.

370 Vgl art 35(3) van die 1993 Grondwet; arts 8(2) en 39(2) van die 1996 Grondwet.

371 *S v Coetzee and Others* 1997 3 SA 527 (KH) 533I [1] per Langa R.

372 Du Plessis en Corder *South Africa's Bill of Rights* 126. Vgl *Gardener v Whitaker* 1995 2 SA 672

het egter bevind dat die 1993 handves 'n hiërargie van waardes en fundamentele regte bevat. Twee hiërargiese indelings volg hieruit, die eerste uit hoofde van die wesenlike karakter van die reg op lewe, en die tweede op grond van artikel 33(1) se onderskeid.

In die eerste geval word beweer dat die reg op lewe 'n voorvereiste is vir ander regte soos menswaardigheid of die gelykheidsbeginsel, anders bestaan daar geen draer van daardie regte nie.³⁷³ Die reg op lewe is dus die mees fundamentele reg in die grondwetlike orde.³⁷⁴ Dit word begrond op die ongekwalfiseerde karakter van daardie reg in die grondwetlike teks, die wyse waarop mense se lewe en waardigheid misken is in die Suid-Afrikaanse geskiedenis, en die feit dat die doodstraf wat in die verlede deur die owerheid toegepas is, gestroop was van substantiewe geregtigheid.³⁷⁵

'n Tweede meer omstrede klassifikasie van regte volg uit hoofde van die verskillende beperkingsvereistes wat in artikel 33(1) van die 1993 Grondwet voorkom. Hier word 'n hiërargie van regte geskep, omdat sekere fundamentele regte groter beskerming teen inbreukmaking as ander geniet.³⁷⁶ Volgens artikel 33(1) mag sekere fundamentele regte slegs deur 'n regsvoorskrif beperk word wat redelik en regverdigbaar is, terwyl ander regte se beperking weer redelik, regverdigbaar en noodsaaklik moet wees.³⁷⁷ Regter Chaskalson lei hieruit af dat laasgenoemde groep regte van 'n hoër orde is.³⁷⁸ Regter Ackermann verwerp egter hierdie onderskeid omdat dit onlogies is om te beweer dat die reg op gelykheid minder belangrik is as byvoorbeeld die algemene vryheidsreg bloot omdat die beperking van laasgenoemde boonop ook noodsaaklik moet wees.³⁷⁹ Gelukkig was hierdie onnodige onderskeid

(OK) waar Froneman R bevind dat daar geen hiërargie van regte in die handves vervat is nie, maar dat alle regte teen mekaar gebalanseer word. Carpenter en Botha 1996 *THRHR* Vol 59 131 bevestig dat die handves nie 'n hiërargie van regte as sodanig verskaf nie, maar slegs 'n aanduiding is van die relatiewe waarde van verskillende kompeterende fundamentele regte wat teen mekaar gebalanseer moet word. Hieronder staan die reg op lewe (en menswaardigheid) aan die begin van die balanseringsproses. Nav die beginsel van grondwetlike eenheid, moet alle regte in hul konteks teen mekaar opgeweeg word wat 'n vaste hiërargie uitmaakel. Vgl bevestigend Marcus 1994 *SAJHR* Vol 10 140; Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 253.

373 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 478G [214] per Krieglër R, 506C-E [326] per O'Regan R, 490H [271] per Mahomed R.

374 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 479C [217] per Langa R: *It is the most fundamental of all rights, the supreme human right.*

375 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 479G-480A [218]-[219] per Langa R.

376 Vgl ook Plessis en Corder *South Africa's Bill of Rights* 126.

377 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 509F [339] per O'Regan R.

378 *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1086E-F [173] per Chaskalson P (meerderheidsbeslissing).

379 *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984

tussen fundamentele regte en gepaardgaande debat van korte duur gewees. Die grondslag van hierdie hiërargiese onderskeid tussen fundamentele regte het intussen verdwyn, deurdat die 1996 Grondwet eenvormige beperkingsvereistes vir alle fundamentele regte stel.³⁸⁰ Die 1996 Grondwet onderskei ook nie andersins tussen 'n hiërargie van fundamentele regte nie, hoewel 'n hiërargie van demokratiese waardes gevind word in so verre menswaardigheid die mees fundamentele grondwetlike waarde is, gevolg deur gelykheid en vryheid.³⁸¹

e) Vermoedens van wetsuitleg

Tydens gewone statutêre uitleg word aanvaar dat die vermoedens van wetsuitleg slegs in die finale instansie aangewend word om onsekerheid uit die weg te ruim wat tydens die uitleg van vae en dubbelsinnige regsvoorskrifte ontstaan.³⁸² Die vermoedens van wetsuitleg het in beginsel die normatief-waardevullende taak van 'n verhewe grondwet en handves van regte tydens statutêre uitleg vervul.³⁸³ Dit het drie funksies behels.³⁸⁴ Sommige vermoedens verseker ordelike staatsadministrasie ooreenkomstig 'n aanvaarde stelsel van waardes, ander vermoedens beskerm die individu teen ongebreidelde owerheidsgesag, en al die vermoedens saam vorm hermeneutiese riglyne.

Du Plessis, Corder en De Ville betoog in navolging van Kruger,³⁸⁵ dat die eerste twee funksies intussen deur die handves van fundamentele regte oorgeneem is – eerstens deur die gees en oogmerke van die handves (die sogenaamde ongeskrewe teks van die Grondwet), en tweedens deur spesifieke fundamentele regte self.³⁸⁶ Volgens die geleerde skrywers impliseer dit egter nie dat die vermoedens nou oorbodig is vir

(KH) 1020F [58] per Ackermann R (minderheidsuitspraak).

380 Vgl art 36(1) van die 1996 Grondwet.

381 Vgl arts 1(a), 7(1), 36(1), 39(1)(a) van die 1996 Grondwet.

382 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 92. Vir die gevestigde aanwending van die verskilende vermoedens vgl Du Plessis *Interpretation* 61-102; Devenish *Interpretation* 159-222.

383 Vgl Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 90 vt 136-138 vir verwysing na toepaslike skrywersstandpunte. Vgl oa Du Plessis *Interpretation* 52-54; Devenish *Interpretation* 43.

384 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 90-91; Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 361-362; Kruger 1991 *SAPR* Vol 6 236; Kruger *Wordingsproses* 247-249.

385 Kruger *Wordingsproses* 247-249.

386 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 90-91; Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 362.

grondwetlike interpretasie nie, omdat die eerste twee funksies nie noodwendig ten volle deur die verhewe Suid-Afrikaanse Grondwet vervul kan word nie.³⁸⁷ In daardie geval kan die vermoedens steeds die gees en oogmerke van die Grondwet versterk en herbevestig. Ten slotte identifiseer die skrywers ook 'n blywende rol vir die uitlegvermoedens tydens grondwetlike konstruksie in terme van die derde, hermeneutiese, funksie. Hiervolgens kan die uitlegvermoedens steeds as hulpmiddels aangewend word tydens die interpretasie van gewone sowel as grondwetlike regsnorme.³⁸⁸ Die vermoedens mag egter nie gebruik word om die beskermingsveld van fundamentele regte te beperk nie, tensy dit ooreenkomstig die voorgeskrewe beperkingsvereistes geskied.³⁸⁹

Die Konstitusionele Hof het bevind dat die uitlegvermoedens in beginsel steeds tydens grondwetlike interpretasie kan geld, al is dit nie gepositieerd nie.³⁹⁰ Die volgende vermoedens wat moontlik hiervolgens grondwetlik versoenbaar is, is die vermoedens: (i) dat wette nie bedoel om onregverdige gevolge te veroorsaak nie, (ii) dat regsnorme nie teenstrydig met die volkereg is nie, (iii) dat 'n verwysing na owerheidshandeling in 'n wet, regsgeldige en toelaatbare handeling is, (iv) dat dieselfde woorde en frases dieselfde betekenis in verskillende plekke in die teks het, en (v) teen die terugwerkende regskrag van regsvoorskrifte.³⁹¹ Daar het egter intussen ook stemme van twyfel opgegaan of daar hoegenaamd plek tydens grondwetlike konstruksie vir hierdie uitlegvermoedens is, omdat dit teenstrydig met die teleologiese interpretasie van die handves van fundamentele regte kan wees.³⁹² Dit spreek

387 Vgl Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 91; Kruger 1991 *SAPR* Vol 6 236. Daar kan natuurlik ook - en na mening van die huidige skrywer staatsregtelik meer suiwer - geargumenteer word dat die eerste twee tradisionele funksies van die uitlegvermoedens in iedergeval volledig deur die regstaatlike karakter van die Grondwet vervul word. Dit beteken dat hulp vanaf die tradisionele uitlegvermoedens in daardie opsig onnodig is. Eerstens verseker die formele sy van die regstaatbeginsel juis 'n ordelike owerheidsadministrasie, en tweedens beskerm die materiële regstaat juis die individu teen gesagsoormaat dmv die handves van fundamentele regte. Vir Suid-Afrikaanse juriste wat egter grootliks onbekend is met die hermeneutiese waarde van die regstaatbeginsel, sal dit waarskynlik aantrekliker wees om eenvoudig terug te val op die bekende interpretasiewaarde van die uitlegvermoedens, as om hul argumente op die regstaatbeginsel te grond.

388 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 91; Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 362.

389 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 92.

390 Vgl *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) op 876D [14] per Mahomed R (meerderheidsbeslissing).

391 Vgl Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 92 vir toepaslike verwysings. Sien ook Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 362-326, 371-372.

392 Vgl *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 910B-E [99] per Kriegler R, 914F-H [115] per Sachs R (beide afsonderlike opinies). Sien in die verband die Kanadese kritiek in hoofstuk 4 par

byvoorbeeld vanself dat die vermoede dat die owerheid nie aan wetgewing gebonde is nie, teenstrydig met die regstaatlike karakter van die Grondwet is.³⁹³ Voorts is die vermoede dat verwysings na handeling in 'n wet op regsgeldige handeling dui, intussen as teenstrydig met die Namibiese Grondwet bevind.³⁹⁴

f) Grondwetlike interpretasie en regterlike terughoudendheid

Sedert die Grondwet op 27 April 1994 die hoogste regsnorm geword het, is die tradisionele benadering by wetsuitleg om die wetgewer se bedoeling te volg, vervang met die toets of 'n regsnorm grondwetlik is.³⁹⁵ Hierdie nuwe toets word verwoord deur die beginsel van grondwetlikheid wat in artikels 35(2) en 232(2) van die 1993 Grondwet vervat is.³⁹⁶ Hiervolgens word wetgewing wat oënskynlik teenstrydig is met die handves (artikel 35(2)) of met die Grondwet in die algemeen (artikel 232(2)) en redelikerwys vatbaar is vir meer as een interpretasie, in ooreenstemming met die handves of Grondwet uitgelê. Hierdie beginsels is dus die positivering van die buitelandse regsbeginnele van *reading down* in die Noord-Amerikaanse reg of *Grundrechtskonforme* en *Verfassungskonforme Auslegung* in die Duitse reg, van wetgewing wat fundamentele regte beperk.³⁹⁷ Dit sluit ook aan by die

4.3.4 e) en Sachs R *supra*. Die huidige skrywer steun die kritiek. Dit is duidelik dat die Grondwet reeds voldoende voorsiening maak vir verskeie kanons van interpretasie wat saam met ander grondwetlike interpretasie-argumente en die hermeneutiese rol van fundamentele grondwetlike beginsels en waardes, voldoende geleentheid bied vir die konkretisering van fundamentele regte in elke besondere geval sonder dat die uitlegvermoedens gebruik hoef te word. Die vraag kan ook gevra word of die uitlegvermoedens nie 'n metodologiese kortpad bied wat onvolledige of swak gefundeerde konstruksies aanmoedig nie? Dit kan naamlik 'n behoorlike konstruksie van die beskermingsveld van die fundamentele reg wat in elke spesifieke geval proporsioneel en uniek behoort te wees, verhoed deurdat vermoedens die beskermingsveld as't ware met 'n vaste inhoud vooraf kan standaardiseer.

393 Art 4 van die 1993 Grondwet en arts 2 en 237 van die 1996 Grondwet. Sien Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 92.

394 Vgl *Minister of Defence, Namibia v Mwandighi* 1992 2 SA 355 (Nm) 360I-364H.

395 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa; Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 653C [42] per Sachs R (afsonderlike opinie); Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 78; Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 263.

396 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa; Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 666C-D [62] per Sachs R (afsonderlike opinie); *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 2 SA 751 (KH) 785F-H [59] per Ackermann R; *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH) 1020D-H [12]-[13] per Ackermann R, O'Regan R, Sachs R (gesamentlike opinie). Vgl ook Botha 1995 *THRHR* Vol 58 527; Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 263-265; Devenish *Interpretation* 210-212; De Waal 1995 *SAJHR* Vol 11 17-18; Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 380; Klaaren *Judicial Remedies* 9-5; Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-8. Soortgelyke bepalinge kom egter nie in die 1996 Grondwet voor nie.

397 Vgl hoofstuk 2 par 2.2.6 e); hoofstuk 3 par 3.3.4 a) iii); hoofstuk 4 par 4.3.4 e) i). Sien voorts

gemeenregtelike vermoede ten gunste van die regsgeldigheid van 'n vae statutêre bepaling.³⁹⁸ In die huidige geval word vaagheid egter nie as vereiste gestel nie. Hierdie beginsel is egter nie 'n vermoede in die ware sin van die woord nie, deurdat dit byvoorbeeld geen bewyslasverandering meebring nie.³⁹⁹ Dit is daarom teoreties meer aanvaarbaar om hierdie beginsel van grondwetlike konstruksie nie as 'n vermoede van grondwetlikheid te beskryf nie.

Hoewel De Waal⁴⁰⁰ van mening is dat die beginsel van grondwetlikheid nie 'n vermoede ten gunste van vryheid (*pro libertate*) skep nie, glo Devenish⁴⁰¹ daarenteen dat dit juis 'n goeie voorbeeld van interpretasie *in favorem libertatis* is, wat teleologiese konstruksie kenmerk en die beskermingsveld van 'n fundamentele reg komplementeer. Devenish blyk egter verkeerd te wees. Die Konstitusionele Hof het juis beslis dat artikel 35(2) van die 1993 Grondwet nie beteken dat die Hof verplig is om die mees voordelige ("korrekte") interpretasie vir die individu uit die verskillende moontlikhede te volg nie, maar wel daardie konstruksie uit die verskillende moontlikhede wat beskikbaar is wat die wet se regsrag redelikerwys in die lig van die Grondwet in stand hou.⁴⁰² Dit beteken dat artikel 35(2) se bevestiging van die regsrag van die gewone regsnorm selfs tot nadeel van daardie individu strek wat juis die grondwetlikheid van daardie regsnorm betwis.⁴⁰³ Volgens die Hof se redenasie sluit die beginsel van grondwetlikheid dus inderwaarheid 'n vermoede ten gunste van individuele vryheid uit.

As maatstaf om te bepaal of uitleg in ooreenstemming met die handves redelik moontlik is, geld eerstens die grense van die beperkende wet se duidelike teks en struktuur, en tweedens die betekenis wat reeds deur gevestigde presedente aan die

Coetzee v Government of the Republic of South Africa; Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others 1995 4 SA 631 (KH) 666C-D vt 77 [62] per Sachs R (afsonderlike opinie); *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 2 SA 751 (KH) 785F-H vt 87 [59] per Ackermann R.

398 Vgl Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-8.

399 De Waal 1995 *SAJHR* Vol 11 17. Vgl hierteenoor egter Devenish *Interpretation* 210-211; Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 263.

400 De Waal 1995 *SAJHR* Vol 11 17.

401 Devenish *Interpretation* 212; Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 263.

402 *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH) 1020E-F [13] per Ackermann R, O'Regan R, Sachs R (gesamentlike opinie).

403 *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH) 1020F-G [13] per Ackermann R, O'Regan, Sachs R (gesamentlike opinie).

uitleg van daardie wetstekke verleen is.⁴⁰⁴ Hierdie maatstaf impliseer dat regters versigtig moet wees om tydens die toepassing van hierdie beginsel nie wetgewing te herskryf en sodoende die taak van die wetgewer te verrig nie.⁴⁰⁵ In die Duitse reg is juis bevind dat die regters se toepassing van hierdie beginsel begrens word deur die regstaatlike eise van die skeiding tussen die wetgewende en regsprekende gesag.⁴⁰⁶ Hierdie waarskuwing kan dus as 'n voorbeeld van regterlike terughoudendheid (*judicial restraint*) beskou word wat die gevaar van oormatige wetgewende handeling deur regters verhoed.⁴⁰⁷

Omdat die Suid-Afrikaanse beginsel van grondwetlikheid nie dieselfde as die Kanadese eweknie van *reading down* is nie, moet die Suid-Afrikaanse Grondwet se voorskrifte primêr deurslaggewend wees.⁴⁰⁸ Dit beteken dat artikel 35(2) van die 1993 Grondwet onderskei moet word van die moontlike tydelike herstel van ongrondwetlike handeling ingevolge artikels 98(5) en (6) van daardie Grondwet.⁴⁰⁹ Voorts moet artikel 35(2) se opdrag tot uitleg in ooreenstemming met die handves, saamgelees word met artikel 35(3) van die 1993 Grondwet (en artikel 39(2) van die 1996 Grondwet) dat statutêre uitleg moet geskied in die lig van die gees, omvang en oogmerke van die handves.⁴¹⁰ Indien hierdie bepalings saam met artikel 4(1) van die 1993 Grondwet (en artikel 2 van die 1996 Grondwet) geles word, kan dubbelsinnige of niksseggende interpretasieresultate voorkom word.⁴¹¹

g) Vermoede teen terugwerkendheid

404 *S v Bhulwana; S v Gwadiso* 1996 1 SA 388 (KH) 398H [29] per O'Regan R; *Mistry v Interim National Medical and Dental Council of South Africa and Others* 1998 7 BCLR 880 (KH) 897 [25] per Sachs R.

405 *Mistry v Interim National Medical and Dental Council of South Africa and Others* 1998 7 BCLR 880 (KH) 897 [25] per Sachs R.

406 Vgl De Waal 1995 SAJHR Vol 11 17-18.

407 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 673D-E [75] per Sachs R (afsonderlike opinie); Klaaren *Judicial Remedies* 9-5. Vgl voorts hoofstukke 2 par 2.2.6 d) iii); 3 par 3.3.4 a) ii); en 4 par 4.3.4 e) i) vir die Duitse, Amerikaanse en Kanadese beskouing van regterlike terughoudendheid.

408 *S v Bhulwana, S v Gwadiso* 1996 1 SA 388 (KH) 397H-I [26] per O'Regan R; Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 264.

409 *S v Bhulwana, S v Gwadiso* 1996 1 SA 388 (KH) 397H-I [26] per O'Regan R.

410 *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 2 SA 751 (KH) 787H [64] per Ackermann R.

411 Botha 1995 *THRHR* Vol 58 527. In hierdie opsig is bv in *Nel v Le Roux and Others* 1996 3 SA 562 (KH) bevind dat die voorskrifte van art 205 van die *Strafproseswet* 51 van 1977 nie ongrondwetlik is as dit uitgelê word in die lig van art 35(3) van die 1993 Grondwet nie.

Daar bestaan in die reëls van wetsuitleg 'n weerlegbare vermoede teen retrospektiewe en retroaktiewe werking van nuwe wetgewing.⁴¹² Kortliks omvat dit drie gevalle:⁴¹³

(i) Retroaktiwiteit raak handeling wat voorheen geldig was, of wat afgehandel was voor die nuwe wet in werking getree het. Dit sluit egter ook die aantasting van bestaande regte en verpligtinge in. Daarom geld die algemene reël dat 'n statuut so uitgelê word dat dit slegs steun op feite wat na die inwerkingtreding daarvan ontstaan.

(ii) Wanneer 'n nuwe wet prosedures verander, word dit vermoed dat daardie wet elke keer in opvolgende sake geld, ongeag wanneer daardie saak of oorsaak begin het. Gevestigde (in die sin van bestaande) regte word wel hierdeur retrospektief aangetas.

(iii) 'n Verdere algemene reël is dat selfs al tas 'n wet retrospektief gevestigde regte en verpligtinge aan, word dit desnieteenstaande vermoed om nie aspekte te raak wat onderhewig aan hangende regsgedinge is nie.

Aanvanklik het dit na aanleiding van die *Mhlungu*-beslissing⁴¹⁴ geblyk dat die Konstitusionele Hof verdeeld was oor die gelding van die vermoede teen terugwerkendheid tydens grondwetlike interpretasie. Die eerste standpunt het aanvaar dat die vermoede teen terugwerkendheid tydens grondwetlike interpretasie geld, tensy dit weerlê word.⁴¹⁵ Die tweede standpunt vermeld egter onomwonde dat die uitlegvermoedens van retrospektiwiteit en retroaktiwiteit nie tydens grondwetlike konstruksie geld nie, omdat hier nie sprake is van bloot een gewone statuut wat eenvoudig 'n ander vervang nie.⁴¹⁶ Die Grondwet is die hoogste regsnorm van die Suid-Afrikaanse reg waarteen alle regsreëls gekonstrueer moet word. Die enigste toets is dus dat die hermeneut op die oomblik van interpretasie vra of 'n bepaalde statuut 'n fundamentele reg aantast al dan nie.

412 Vgl *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 897D [64] per Kentridge WR (minderheidsopinie); Du Plessis *Interpretation* 98-102; Devenish *Interpretation* 186-194; Labuschagne 1986 *SAPR* Vol 1 135-151.

413 *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 897E-898A [65]-[67] per Kentridge WR (minderheidsopinie), 876C [14] Mahomed R (meerderheidsbeslissing).

414 *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH).

415 *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 898B-E [68] per Kentridge WR (minderheidsopinie).

416 Vgl *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 910B-E [99] per Kriegler R (individuele opinie).

Sommige skrywers bevind egter dat die *ratio* in die *Mhlungu*-saak nie ten gunste van die retrospektiewe regsrag van die Grondwet strek nie, maar dat dit inderdaad die verwante maar afsondelike vraag beantwoord of hangende sake ingevolge die nuwe Grondwet bereg moet word.⁴¹⁷ Daarom moet die saak opnuut in oënskou geneem word.

Die Konstitusionele Hof het hierna in *Du Plessis v De Klerk* regsekerheid verskaf deur eenparig te bevind dat die 1993 Grondwet as 'n reël nie terugwerkend geld nie.⁴¹⁸ Uitsonderings kan wel in besondere gevalle gemaak word soos wanneer die Hof in die openbare belang nie gevestigde regte wat afkomstig is van voor die 1993 Grondwet afdwing nie, omdat dit teenstrydig is met die nuwe grondwetlike waardes.⁴¹⁹

h) Interpretasievoorskrifte

Woorde wat in woordomsrywings in die Grondwet vervat word, moet as 'n reël dienooreenkomstig verstaan word.⁴²⁰ Dit beteken dat die 1993 Grondwet en die 1996 Grondwet se algemene interpretasievoorskrifte en woordomsrywings in onderskeidelik artikels 35, 232 en 233 en artikels 39, 233 en 239 voorkeur bo omsrywings in ander wetgewing verkry.⁴²¹ Hierdie omsrywings is van wesenlike belang vir die konstruksie van die Grondwet en handves. So byvoorbeeld help die beskrywing van die begrip staatsorgaan (*organ of state*) in artikel 233(1)(ix) van die 1993 Grondwet om die regsgebondenheid aan die handves van fundamentele regte te verklaar.⁴²²

Die woordomsrywings in die *Interpretasiewet* 33 van 1957 kan soos in die Kanadese reg ook as 'n hulpmiddel tydens algemene grondwetlike interpretasie geraadpleeg

417 Loots en Marcus *Jurisdiction, Powers and Procedures of the Court* 6-14.

418 *Du Plessis and Others v De Klerk and Another* 1996 3 SA 850 (KH) 862F-864A [12]-[14], 866D-F [20] per Kentridge WR, 890B-G [68] per Mahomed R.

419 *Du Plessis and Others v De Klerk and Another* 1996 3 SA 850 (KH) 866D-F [20] per Kentridge WR, 890G-I [69] per Mahomed R.

420 *Du Plessis en Corder South Africa's Transitional Bill of Rights* 94; *Du Plessis en De Ville* (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 366. Vgl mbt woordomskrywings en interpretasiewette tydens gewone wetsuitleg *Du Plessis Interpretation* 113-118; *Devenish Interpretation* 115-116, 239-262.

421 Vgl mbt art 232 van die 1993 Grondwet Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-3 - 11-5.

422 *Du Plessis en Corder South Africa's Transitional Bill of Rights* 94. Vgl ook art 239 van die 1996 Grondwet.

word.⁴²³ Veral tydens die konstruksie van organisatoriese bepalings in die Grondwet, word die voorskrifte van die *Interpretasiewet* 33 van 1957 steeds nagevolg. So byvoorbeeld word die betekenis van die begrip *Act of Parliament* in artikels 98(2)(c) en 101(3)(c) van die 1993 Grondwet vir statutêre uitlegdoeleindes met behulp van daardie interpretasievoorskrifte bepaal.⁴²⁴ Die toepaslike presedente van daardie begrip in die Suid-Afrikaanse regspraak word eweneens geraadpleeg. Hierdie statutêre uitlegposisie is egter vir doeleindes van grondwetlike konstruksie steeds ondergeskik aan die grondwetlike konteks.⁴²⁵ Voorts moet in gedagte gehou word dat die *Interpretasiewet* uit 'n vorige grondwetlike bedeling afkomstig is waar die letterlike-*cum*-bedoelingsteorie nagevolg is. Daarom pleit Devenish dat dit gewysig behoort te word om die veranderende tendense van 'n kontekstueel-teleologiese, 'n holistiese en 'n grondwetlik-waardegerigte interpretasie ook vir statutêre uitleg voor te skryf.⁴²⁶

i) Taalvoorskrifte

Hoewel die Afrikaanse teks van die 1993 Grondwet deur die voormalige Staatspresident onderteken is en ingevolge artikel 35 van die 1983 Grondwet⁴²⁷ eintlik deurslaggewend in geval van verskil met die Engelse teks moet wees, het artikel 15 van die *Wysigingswet op die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 2 van 1994, slegs die Engelse teks as gesaghebbend vir interpretasiedoeleindes uitgesonder.⁴²⁸ Voorts is geen bepaling soortgelyk aan artikel 35 van die 1983 Grondwet in die 1993 Grondwet vervat nie. Die Engelse teks is dus deurslaggewend tydens konstruksie van die teks van die 1993 Grondwet. Hierdie posisie word uitdruklik bevestig in artikel 240 van die 1996 Grondwet.

Daar kan egter betoog word dat indien onduidelikhede tussen die verskillende

423 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 93 vt 163; Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 366 vt 57.

424 *Zantsi v Council of State, Ciskei, and Others* 1995 4 SA 615 (KH) 626I-627B [36] per Trengove WR.

425 *Zantsi v Council of State, Ciskei, and Others* 1995 4 SA 615 (KH) 627C-G [36]-[37] per Trengove WR.

426 Vgl Devenish *Interpretation* 262.

427 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 110 van 1983 (hierna die 1983 Grondwet).

428 Sien in die algemeen Du Plessis *Interpretation* 119-123; Devenish *Interpretation* 144-155; Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 96; Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-2, 11-3.

taalweergawes van dieselfde teks voorkom, behoort die verskillende weergawes soos in die Kanadese en EMRK-reg, eers deur middel van teleologiese konstruksie so ver as moontlik met mekaar versoen word.⁴²⁹ Waar dit onmoontlik is, sou verwag word dat die konstruksie gevolg moet word wat die oogmerke van die Grondwet die beste bevorder.⁴³⁰ Dit blyk egter in die lig van artikel 240 van die 1996 Grondwet nie meer die geval te wees nie, omdat die Engelse teks tydens 'n verskil met ander tekste gevolg word. Voorts is slegs die Engelse teks amptelik gepromulgeer, sodat die ander tekste nie werklik oor amptelike status beskik nie.

j) Openbare mening

In *S v Makwanyane and Another* is die openbare mening of populêre moraliteit⁴³¹ oor die aanvaarbaarheid van die doodstraf verwerp as 'n primêre juridiese beoordelingsmaatstaf vir grondwetlike interpretasie.⁴³² Regter Chaskalson bevind namens die Hof dat primêre steun op die wil van die verkose openbare verteenwoordiger in plaas van die eise van die Grondwet self, 'n onaanvaarbare terugkeer na parlementêre soewereiniteit sou impliseer. Voorts is die openbare mening weens die wisselvallige karakter daarvan nie 'n betroubare juridiese maatstaf nie. Die openbare mening word egter nie totaal deur die Hof geïgnoreer nie, maar vorm slegs een van die belange wat in ag geneem word. Hierdie standpunt van Regter Chaskalson is 'n duidelike weerspieëling van sy bewustheid van die sogenaamde "*counter majoritarian-dilemma*" waarin geregtelike kontrole in 'n grondwetlike demokrasie as buffer teen die populêre meerderheidswil staan.⁴³³

Die vraag bestaan wat die toelaatbare inhoud van die openbare mening daar sou stel? Cockrell meen dat hierdie populêre moraliteit wel 'n rol kan speel as dit eers aan 'n

429 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights 96*. Vgl algemeen Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 369-370; Labuschagne 1985 *TRW* Vol 10 33; Devenish *Interpretation* 154-155; Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-3. Sien hoofstukke 4 par 4.3.4 g) en 5 par 5.3.4 g).

430 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights 96*.

431 Vgl Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 22-24

432 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 431B-F [87]-[88] per Chaskalson P, 468D [188] per Didcott R, 473D-E [200] per Kentridge WR, 476A [206] Kriegler R, 486E-G [254-255] per Madala R, 489C-D [266] per Mahomed R, 500A-C [305] per Mokgoro R. Vgl bevestigend *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 644A [36] per Langa R. Sien ook Carpenter 1996 *THRHR* Vol 59 157-158; Carpenter 1996 *SAPR* Vol 11 110-122.

433 Kentridge en Spitz *Interpretation* 11-16A, 11-17.

kritiese ondersoek onderworpe is, soos wat Regter Sachs met Afrika-waardes gedoen het.⁴³⁴ Die Hof bevind dat die openbare mening nie sinoniem is met die heersende maatstawwe van ordentlikheid nie, wat ten spyte van hul dinamiese en veranderlike aard wel as grondwetlike waarde-maatstaf dien.⁴³⁵ Daar word voorts nie op informele meningsopnames, of briewe aan die pers, gesteun nie.⁴³⁶ Boonop is 'n referendum oor die doodstraf ook nie van veel hulp nie, omdat dit geen beskerming vir kwesbare minderhede in die samelewing (die swakkes, uitgeworpenes en randfigure soos moordenaars) teen die meerderheidswil bied nie.⁴³⁷ Slegs die norme van die Grondwet self soos dit deur die Hof geïnterpreteer word, kan as maatstaf dien om te verseker dat hierdie gemarginaliseerde persone se regte ook beskerm word.⁴³⁸

6.3.7 Interpretasierol van algemene fundamentele regte

a) Menswaardigheid

Die nuwe Suid-Afrikaanse materiële regstaat word primêr gekenmerk deur 'n verskanste handves van fundamentele regte. Die spilpunt van hierdie handves is die menswaardigheidsbeginsel en die reg op lewe.⁴³⁹ Reeds in die Konstitusionele Hof se tweede beslissing waar die grondwetlikheid van die doodstraf beoordeel moes word, is bevind dat die reg op menslike lewe en menswaardigheid, die mees fundamentele waardes in die 1993 handves van fundamentele regte vorm.⁴⁴⁰ Die doodstraf as 'n

434 Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 24.

435 *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 643G [36] per Langa R.

436 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 473G-H [200] per Kentridge WR.

437 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 431B-F [87]-[88] per Chaskalson P. Hierdie siening van die rol van referenda en openbare mening weerspieël 'n teoretiese beskouing van die taak van regterlike kontrole as (in die gees van Ely se prosesteorie in die VSA) om minderheidsbelange te beskerm teen die naakte meerderheidswil. In kontras hiermee staan die erkenning wat aan die meerderheidswil by referenda gegee word in *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) op 474A-F [200]-[201] per Kentridge WR.

438 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 431 B-F [87]-[88] per Chaskalson P, 500C [305] per Mokgoro R (wat veral die belang van Afrika waardes in die Grondwet beklemtoon).

439 Vgl arts 1(a), 7(1), 10, 11, 36(1), 39(1)(a) van die 1996 Grondwet. Vgl in die algemeen Cachalia es (reds) *Fundamental Rights* 33-34; Du Plessis en De Ville *Personal Rights* 212-233; Leibowitz en Spitz *Human Dignity* 17-1 – 17-12; Felder *Life* 15-1 – 15-10.

440 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 451C-D [144] per Chaskalson P (*The rights to life and dignity are the most important of all human rights, and the source of all other personal rights in chap 3. By committing ourselves to a society founded on the recognition of human rights we are required to value these two rights above all others.*), 502D-F [311], 506C [326], 506E-F [327] per Mokgoro R, 507A-B [328], 507D-E [329] per O'Regan R. Sien ook *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1013E-G [47]-[48] per Ackermann R (minderheidsuitspraak); *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632

vorm van vergelding is teenstrydig met die waardes van menswaardigheid, omdat dit nie alleen die moordenaars nie, maar ook 'n besorgde samelewing, ontmens en waardeloos maak.⁴⁴¹

Die fundamentele waarde van die menswaardigheidsbeginsel en die reg op lewe as die hoogste grondwetlik beskermde waardes, word versterk deurdat dit in die 1993 Grondwet se naskrif gekoppel word aan die regsbeginsel van *ubuntu* in die inheemse reg.⁴⁴² Die noue verband tussen die menswaardigheid- en *ubuntu*-beginsels, beteken dat kenmerke van die doodstraf wat *contra* eersgenoemde is, eweneens teenstrydig met laasgenoemde is.⁴⁴³ Die nuwe Suid-Afrikaanse grondwetlike waarde-stelsel vind dus in die menswaardigheid- en *ubuntu*-beginsels 'n gemeenskaplike oorsprong wat verteenwoordigend is van die mees fundamentele grondbeginsels van internasionale, Westerse, en Afrika mens- en samelewingsbeskouings.⁴⁴⁴

Gedagtig aan die omvangryke hermeneutiese rol wat die menswaardigheidsbeginsel as *lex generalis* in die Duitse staatsreg vervul, kan 'n tweeledige funksie daarvoor in die Suid-Afrika grondwetlike konteks afgelei word. Eerstens vorm die menswaardigheidsbeginsel die grondslag vir die spesifieke waarde-karakter van die Grondwet.⁴⁴⁵ Andersyds vorm dit die mees fundamentele reg in hierdie normatiewe grondwetlike raamwerk.⁴⁴⁶ Dit beteken dat menswaardigheid 'n voorvereiste vir die ander fundamentele regte en waardes is, dat dit daardie regte en waardes kwalifiseer, en inderdaad die normatiewe beskerming van die handves na nuwe onbeskermd

(KH) 654F [76] per Langa R.

441 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 451D [144] per Chaskalson P, 502F [311] per Mokgoro R, 490G-491B [271]-[272] per Mahomed R. Sien ook mbt lyfstraf *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 654G-655B [77] per Langa R.

442 Vgl die naskrif in die 1993 Grondwet; *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 481E-F [225] per Langa R (*An outstanding feature of ubuntu in a community sense is the value it puts on life and human dignity. The dominant theme of culture is that the life of another person is at least as valuable as one's own. Respect for dignity of every person is integral to this concept. During violent conflicts and times when violent crime is rife, distraught members of society decry the loss of ubuntu. Thus, heinous crimes are the antithesis of ubuntu. Treatment that is cruel, inhuman or degrading is bereft of ubuntu.*), 501B-C [307], 502G [311] per Mokgoro R (*In my view, life and dignity are like two sides of the same coin. The concept of ubuntu embodies them both.*).

443 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 484F-G [241] per Madala R.

444 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 501B-502A [307]-[309] per Mokgoro R.

445 In die 1996 Grondwet word menswaardigheid telkens as die grondwaarde vir die nuwe demokratiese regstaat vervat, in die lig waarvan die ander fundamentele waardes van gelykheid en vryheid beskou moet word. Vgl arts 1(a), 7(1), 36(1), 39(1)(a) van die 1996 Grondwet.

446 Die stelling word begrond op die substantiewe inhoud van daardie reg as *lex generalis* tot die beskermingsveld van alle fundamentele regte in die handves.

individuele belange uitbrei.⁴⁴⁷ Juis daarom behoort die beskermingsvelde van fundamentele regte soos individuele vryheid, gelykheid en sosiale en ekonomiese regte, normatief uitgebrei en versterk te word, deur 'n spesifieke fundamentele reg *in Verbindung mit* die menswaardigheidsbeginsel te konstrueer. Juis hierdie dinamika van die normatiewe waarde-karakter van fundamentele regte waarborg die konkretisering van daardie regte se onderskeie beskermingsvelde in 'n regs werklikheid wat voortdurend verander sonder dat die moeilike weg van formele amending van die Grondwet en handves telkens betree hoef te word.

Die Konstitusionele Hof het reeds 'n eerste tree in hierdie normatiewe versterking van die gelykheidsbeginsel in artikel 8 van die 1993 Grondwet gegee, deurdat die Hof die aantasting van 'n individu se inherente menswaardigheid as maatstaf gebruik om te bepaal wanneer daardie individu 'n spesifieke onderskeid as onbillike diskriminasie ervaar wat onder artikel 8 verbied word.⁴⁴⁸

b) Gelykheid

Artikel 8(1) van die 1993 Grondwet en artikel 9(1) van die 1996 Grondwet verwoord die gelykheidswaorborg, terwyl artikels 8(2) en 9(3) onderskeidelik die algemene diskriminasie-verbod bevat, en artikels 8(3) en 9(2) onderskeidelik weer die uitsondering van ongelyke behandeling van individue in die vorm van regstellende optrede, goedkeur.⁴⁴⁹ Die konkretisering van onderskeidelik artikel 8 en 9 se besondere struktuur en plasing as die eerste fundamentele reg in beide die 1993 as die 1996 handveste van fundamentele regte, moet beoordeel word in die lig van die

447 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 507A [328] per O'Regan R: *The importance of dignity as a founding value of the new Constitution cannot be overemphasised. Recognising a right to dignity is an acknowledgement of the intrinsic worth of human beings: human beings are entitled to be treated as worthy of respect and concern. This right therefore is the foundation of many of the other rights that are specifically entrenched in chap 3.* Vgl ook *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1013E-G [47]-[48] per Ackermann R (minderheidsuitspraak).

448 *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH) 1027C [33] per Ackermann R, O'Regan R, Sachs R (gesamentlike opinie); *Harksen v Lane NO and Others* 1997 11 BCLR 1489 (KH) 1509-1510 [49]-[50] per Goldstone R (meerderheidsbeslissing). Die Hof het egter nagelaat om dieselfde fundamentele beskermingswaarde aan die terminale nierpatiënt se lewe en menswaardigheid te verleen toe dit in *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1997 12 BCLR 1696 (KH) per Chaskalson P beslis het dat die owerheid nie verplig kan word om duur mediese behandeling aan die pasiënt te verskaf nie.

449 Vgl in die algemeen mbt die gelykheidsbeginsel in die RSA teenoor buitelandse en internasionale jurisdiksies, Cachalia ea (reds) *Fundamental Rights* 25 ev; *Davis Equality and Equal Protection*

besondere historiese minagting van gelykheid, meer as enige ander fundamentele reg, in die Suid-Afrikaanse samelewing.⁴⁵⁰

*The importance of equality in the constitutional scheme bears repetition. The South African Constitution is primarily and emphatically an egalitarian constitution. ... [I]n the light of our own particular history, and our vision for the future, a Constitution was written with equality at its centre. Equality is our Constitution's focus and organising principle. The importance of equality rights in the Constitution, and the role of the right to equality in our emerging democracy, must both be understood in order to analyse properly whether a violation of the right has occurred.*⁴⁵¹

Die Konstitusionele Hof het in enkele beslissings reeds oor die gelykheidswaarborg en diskriminasie-verbod beslis.⁴⁵² Die Hof het egter nog nie die beskermingsveld van die reg op gelykheid uitvoerig verken nie. Die Hof bevind dat hoewel 'n vergelykende studie van die gelykheidsbeginsel nie 'n universele maatstaf kon oplewer nie,⁴⁵³ moet die internasionale voorbeelde steeds in ag geneem word as die beskermingsveld van die reg ooreenkomstig plaaslike behoeftes gekonstrueer word.⁴⁵⁴ Juis daarom moet die regsteoretiese grondslag vir die Suid-Afrikaanse gelykheidsbeginsel stadig op 'n kasuïstiese grondslag ontwikkel word.⁴⁵⁵ Hierteenoor het die Hof meer lig gewerp op die spesifieke grondwetlike vereistes waaraan 'n diskriminerende regsreël moet voldoen alvorens dit ongrondwetlik is.

-
- 196-211; Albertyn en Kentridge 1994 *SAJHR* Vol 10 149-178; Kentridge *Equality* 14-1 – 14- 41.
- 450 *Brink v Kitshoff NO* 1996 4 SA 197 (KH) 214F-I [33], 216J-217C [40] per O'Regan R.
- 451 Vgl *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH) 34H-35A [74] per Kriegler R (minderheidsbeslissing). Gelykheid word in *City Council of Pretoria v Walker* 1998 3 BCLR 257 (KH) 288 [73] per Langa R beskryf as, *one of the core values in the Constitution*.
- 452 Vgl bv *S v Ntuli* 1996 1 SA 1207 (KH); *Brink v Kitshoff NO* 1996 4 SA 197 (KH); *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH); *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH); *Harsken v Lane No and Others* 1997 11 BCLR 1489 (KH); *Larbi-Odam and Others v Member of the Executive Council for Education (North-West Province) and Another* 1997 12 BCLR 1655 (KH); *East Zulu Motors (Pty) Limited v Empangeni/Ngwelezane Transitional Local Council and Others* 1998 1 BCLR 1 (KH) 9-17 per O'Regan R (afsonderlike opinie); *City Council of Pretoria v Walker* 1998 3 BCLR 257 (KH).
- 453 Vgl *Brink v Kitshoff NO* 1996 4 SA 197 (KH) 214J-216I [34]-[39] per O'Regan nadat sy verskillende tekste, historiese kontekste, en regsfilosofiese beskouinge oor gelykheid in die volkereg en die regstelsels van die VSA, Indië en Kanada ondersoek het.
- 454 *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH) 1022G-1023D [18]-[20] per Ackermann R, O'Regan R, Sachs R (gesamentlike opinie).
- 455 *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH) 1023D-E [20] per Ackermann R, O'Regan R, Sachs R (gesamentlike opinie).

Die Hof bepaal dat hoewel die gelykheidsbeginsel en diskriminasie-verbod in onderskeidelik artikels 8(1) en (2) van die 1993 Grondwet twee afsonderlike regte vorm wat struktureel van mekaar geskei is, word die twee fundamentele regte nie in waterdigte kompartemente afsonderlik van mekaar geïnterpreteer nie, maar met inagneming van mekaar.⁴⁵⁶ Die gelykheidswaarborg beteken minstens dat alle individue gelyk (deur die howe) behandel sal word.⁴⁵⁷ Die verbod op onbillike diskriminasie is nie gereserveer vir slegs histories benadeelde groepe nie, maar elke persoon se menswaardigheid word grondwetlik op 'n gelyke grondslag in die nuwe demokratiese orde beskerm.⁴⁵⁸ Dit verbied egter nie alle vorme van onderskeid of selfs billike diskriminasie nie, anders sou geen normale owerheidsfunksie moontlik wees nie en boonop sal die howe oorval word met sake wat inderwaarheid nie beregbaar is nie.⁴⁵⁹ 'n Regsvoorskrif is ook nie slegs diskriminerend op grond van die teks nie, omdat 'n oënskynlik tekstueel neutrale regsreël op grond van die uitvoering daarvan diskriminerend kan wees.⁴⁶⁰ 'n Bedoeling om te diskrimineer is dus nie 'n vereiste ten einde te bepaal of die objektiewe gevolge van 'n bepaalde regsreël inderdaad tot diskriminasie lei nie.⁴⁶¹ Die magtiging tot regstellende optrede in artikel 8(3) van die 1993 Grondwet (en artikel 9(2) van die 1996 Grondwet) maak spesifiek voorsiening vir bevoordeling van historiese benadeelde groepe.⁴⁶² Die diskriminasie-verbod vorm dus die hart van die gelykheidswaarborg en onderskei in artikel 8(2) van die 1993 Grondwet (en artikel 9(3) van die 1996 Grondwet) tussen toelaatbare billike diskriminasie en ontoelaatbare onbillike diskriminasie.⁴⁶³

456 *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH) 1023H-1024A [22] per Ackermann R, O'Regan R, Sachs R (gesamentlike opinie).

457 *S v Ntuli* 1996 1 SA 1207 (KH) 1214C-D [18] per Didcott R.

458 *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH) 122G-23A [41] per Goldstone R (meerderheidsuitspraak); *City Council of Pretoria v Walker* 1998 3 BCLR 257 (KH) 288 [73] per Langa R.

459 *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH) 1022A-F [17], 1024D-F [24] per Ackermann R, O'Regan R, Sachs R (gesamentlike opinie); *S v Ntuli* 1996 1 SA 1207 (KH) 1214F [19] per Didcott R; *City Council of Pretoria v Walker* 1998 3 BCLR 257 (KH) 303-304 [117]-[118] per Sachs R (afsonderlike opinie). Vgl *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH) 19B-C [31] per Goldstone R (meerderheidsuitspraak) oor die feit dat die amnestie wat die nuwe Staatshoof aan slegs 'n bepaalde groep gevangenes verleen het maar nie aan ander groepe nie, onvermydelik op 'n arbitrêre onderskeid volg.

460 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 670B [67] per Sachs R (afsonderlike opinie).

461 *City Council of Pretoria v Walker* 1998 3 BCLR 257 (KH) 278 [43] per Langa R.

462 *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH) 23D-F [41] per Goldstone R (meerderheidsuitspraak).

463 *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH) 1024C-D [24] per Ackermann R,

Daar bestaan verskeie vereistes ingevolge waarvan bepaal moet word of daar onbillike diskriminasie in terme van artikel 8(2) en gevolglik 'n verbreking van die gelykheidswaarborg in artikel 8(1) van die 1993 Grondwet voorkom. Die eerste vereiste is dat daar 'n rasonele verband tussen die owerheidssoogmerke en die onderskeid moet wees wat in artikel 8(1) getref word, ten einde arbitrêre beslissings en naakte owerheidsmag te voorkom.⁴⁶⁴

'n Verdere vereiste is dat daar nie op een van die gronde wat in artikel 8(2) genoem is tussen persone onderskei mag word nie, anders is dit ingevolge artikel 8(4) van die 1993 Grondwet *prima facie* bewys van onbillike diskriminasie.⁴⁶⁵ Hierdie vermoede van onbillike diskriminasie in subartikel (4) is egter weerlegbaar.⁴⁶⁶ Die billikheid al dan nie van die diskriminasie word bepaal deur ondersoek in te stel na (i) die posisie van die benadeelde individu of groep in die samelewing, (ii) die aard van die owerheidsbesluit waardeur gediskrimineer word, en (iii) die aard van die belange wat deur die diskriminasie geraak word.⁴⁶⁷ Ander ongeskrewe gronde van onbillike diskriminasie wat soortgelyk is as die gronde wat in artikel 8(2) gelys is, kan nie deur 'n letterlike konstruksie van die artikel bepaal word nie. Dit word eerder vasgestel deur middel van genetiese, kontekstuele en teleologiese konstruksie van subartikel (2) in die groter verband van artikel 8. Die algemene riglyn vir die identifikasie van onbillike diskriminasie ingevolge artikel 8(2) behels dat 'n individu tot so 'n mate

O'Regan R, Sachs R (gesamentlike opinie).

464 *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH) 1024F-1025B [25]-[26] per Ackermann R, O'Regan R, Sachs R (gesamentlike opinie).

465 *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH) 1025E-G [28] per Ackermann R, O'Regan R, Sachs R (gesamentlike opinie). Vgl *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH) 19H-20A [33] per Goldstone R (meerderheidsuitspraak).

466 Vgl *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH) 24H-25F [46] per Goldstone R (meerderheidsuitspraak) vir die regverdiging van amnestie aan vroulike maar nie manlike gevangenes nie alhoewel beide geslagte die ouers van klein kindertjies is. Hy argumenteer dat die onderskeid regverdigbaar is, omdat die amnestie 'n presidensiële genadedaad tydens 'n histories belangrike tydperk in die Suid-Afrikaanse geskiedenis is. Voorts is die besluit na behoorlike opweging van verskillende moontlikhede en hul gevolge geneem. Die presidensiële optrede is tsv die onvermydelike onbillike diskriminasie dus rasioneel aanvaarbaar en in goeie trou gedoen. Vgl egter *in casu* 31D-36B [64]-[77] per Kriegler R (minderheidsuitspraak). Hy meen dat hoewel die diskriminasie onvoorsien, onbeplan of ter goeie trou of selfs rasioneel regverdigbaar mag wees, hef dit nie die onbillikheid daarvan op soos die meerderheid beweer nie, maar is daardie onderskeid steeds ongrondwetlik.

467 Vgl *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH) 23I-24A [43] per Goldstone R (meerderheidsuitspraak). Vgl ook die maatstawwe soos verduidelik in *Harksen v Lane NO and Others* 1997 11 BCLR 1489 (KH) 15010-1511 [51] per Goldstone R (meerderheidsbeslissing): (i) die posisie van die klaer in die samelewing, (ii) die omvang en doel

ongelyk behandel word dat dit daardie persoon se inherente fundamentele menswaardigheid ontken.⁴⁶⁸ Dit sou dus die geval wees as die individu, met verwysing na sy of haar posisie in die samelewing en die doel wat die diskriminerende regsreël beoog, die diskriminasie as onbillik ervaar.⁴⁶⁹

Regter Goldstone het bogenoemde beginsels handig saamgevat toe hy in sy meerderheidsbeslissing in *Harksen v Lane NO and Others* die grondwetlike vereistes uiteensit waaraan die grondwetlikheid van wetgewing ingevolge artikel 8 van die 1993 Grondwet bepaal word:⁴⁷⁰

- (a) *Does the provision differentiate between people or categories of people? If so, does the differentiation bear a rational connection to a legitimate government purpose? If it does not then there is a violation of section 8(1). Even if it does bear a rational connection, it might nevertheless amount to discrimination.*
- (b) *Does the differentiation amount to unfair discrimination? This requires a two stage analysis:*
 - (i) *Firstly, does the differentiation amount to 'discrimination'? If it is on a specified ground, then discrimination will have been established. If it is not on a specified ground, then whether or not there is discrimination will depend upon whether, objectively, the ground 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 comparable serious manner.*
 - (ii) *If the differentiation amounts to 'discrimination', does it amount to 'unfair discrimination'? If it has been found to have been on an unspecified ground, then unfairness will be presumed. If on an unspecified ground, unfairness will have been established by the*

van die diskriminasie, en (iii) die aantasting van die individu se menswaardigheid.

468 *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH) 1027C [33] per Ackermann R, O'Regan R, Sachs R (gesamentlike opinie); *Harksen v Lane NO and Others* 1997 11 BCLR 1489 (KH) 1509-1510 [49]-[50] per Goldstone R (meerderheidsbeslissing).

469 *Harksen v Lane NO and Others* 1997 11 BCLR 1489 (KH) 1510-1511 [51] per Goldstone R (meerderheidsbeslissing). Vgl bv die toepassing van hierdie beginsels in *City Council of Pretoria v Walker* 1998 3 BCLR 257 (KH) mbt verskillende tariefstelsels wat gehê word vir dieselfde munisipale dienste wat in tradisionele wit en swart woonbuurtes gelewer word.

470 *Harksen v Lane NO and Others* 1997 11 BCLR 1489 (KH) 1511-1512 [53] per Goldstone R (meerderheidsbeslissing).

complainant. The test of unfairness focuses primarily on the impact of the discrimination on the complainant and others in his or her situation.

If, at the end of this enquiry, the differentiation is found not to be unfair, then there will be no violation of section 8(2).

If the discrimination is found to be unfair then a determination will have to be made as to whether the provision can be justified under the limitations clause (section 33 of the interim Constitution).

Daar moet egter daarop gelet word dat hierdie vereistes in artikel 8 van die 1993 Grondwet (en in artikel 9 van die 1996 Grondwet) deel van die eerste konkretiseringstap vorm wanneer bepaal moet word of daar inderdaad inbreuk op die reg op gelykheid gemaak is.⁴⁷¹ Hierdie vereistes moet dus nie verwar word met die vereistes van artikel 33(1) van die 1993 Grondwet en artikel 36(1) van die 1996 Grondwet waaraan die beperking van 'n reg tydens die tweede konkretiseringstap geregverdig kan word nie. Dit beteken ook dat as die vermoede in artikel 8(4) van die 1993 Grondwet weerlê en vasgestel is dat die diskriminasie billik is, dit dan nie weer nodig is om ingevolge artikel 33(1) te bepaal of die beperking ingevolge 'n algemeengeldende regvoorskrif geskied het nie.⁴⁷²

Gedagtig aan die uitlegkombinasie van substantiewe gelykheid *in Verbindung mit* met menswaardigheid en die sosiaalstaatbeginsel in die Duitse staatsreg,⁴⁷³ het daar nog nie 'n voorkeurbenadering in die regspraak van die Konstitusionele Hof ontwikkel wat 'n spesifieke hermeneutiese rol aan die die gelykheidsbeginsel toeken ten einde die grondwetlike strewe na sosiale geregtigheid in wye sin te verwesenlik nie. Die Hof se gebruik van die menswaardigheidsbeginsel as maatstaf om onbillike diskriminasie te bepaal, is egter 'n belowende aanduiding van 'n wyer heremenuties-waardegerigte rol wat die gelykheidswaorborg *in Verbindung mit* die menswaardigheidsbeginsel in die toekoms kan vervul.

471 *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH) 1027H-I [35] per Ackermann R, O'Regan R, Sachs R (gesamentlike opinie); *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH) 27B [50] per Goldstone R (meerderheidsuitspraak).

472 Dit was juis die kritiek van Goldstone R teenoor die metodologie van Mokgoro R in *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH) 27B [50] per Goldstone R (meerderheidsuitspraak), 42D-E [94], 46F-47E [106] per Mokgoro R (afsonderlike opinie).

473 Vgl hoofstuk 2 par 2.2.8 d) en 2.2.9 c).

c) Vryheid

Verskeie onduidelikhede bestaan met betrekking tot die omvang van die beskermingsveld van die reg op vryheid en persoonlike sekerheid in artikel 11(1) van die 1993 Grondwet en artikel 12(1) van die 1996 Grondwet. Die vraag is of artikels 11(1) en 12(1) onderskeidelik individuele vryheid tot dieselfde mate beskerm. In *De Lange v Smuts NO and Others*⁴⁷⁴ bevind die Hof dat die bewoording van artikels 11(1) en 12(1) van mekaar verskil. Artikel 11(1) van die 1993 Grondwet het slegs by implikasie substantiewe beskerming aan individuele vryheid teen arbitrêre grondelose vryheidsontneming verskaf. Hierteenoor beskerm artikel 12(1) van die 1996 Grondwet twee verskillende aspekte van die reg op individuele vryheid. Die wetgewer het eerstens bedoel om substantiewe beskerming teen arbitrêre en grondelose vryheidsontneming te verleen. Tweedens is die individu by implikasie geregtig op prosedurele beskerming soos 'n regverdige "verhoor" (wat nie noodwendig al die vereistes van artikel 35(3) van die 1996 Grondwet insluit nie) tydens ontneming van sy of haar persoonlike vryheid.

'n Verdere probleem is die vraag of die artikels 11(1) en 12(1) twee afsonderlike fundamentele regte, die reg op individuele vryheid en die reg op persoonlike veiligheid, of een reg met twee fasette verwoord.⁴⁷⁵ Die Hof het deurgaans beslis dat dit nie die volle beskermingsveld van die vryheidswaarborg sal verken nie, maar dat 'n kasuïstiese benadering gevolg word deur antwoorde te verskaf soos die Hof met probleme gekonfronteer word.⁴⁷⁶ In 'n aantal beslissings van die Konstitusionele Hof

474 *De Lange v Smuts NO and Others* 1998 7 BCLR 779 (KH) 788-792 [15]-[25] per Ackermann R (meerderheidsbeslissing).

475 Vir ander onduidelikhede oor die beskermingsveld van art 11(1) van die 1993 Grondwet, sien *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 654C-F [44] per Sachs R (afsonderlike opinie). In die Kanadese reg is beslis dat die verskillende belange van lewe, vryheid en persoonlike veiligheid in art 7 van die Kanadese *Charter* afsonderlike fundamentele regte vorm. Vgl hoofstuk 4 par 4.3.5 c). In die Amerikaanse reg verleen die algemene *due process* reg van die Vyfde en Veertiende Amendamente algemene beskerming aan verskillende fasette van individuele vryheid. Vgl hoofstuk 3 par 3.3.5 a) en b) iii). Vgl algemeen Du Plessis en De Ville *Personal Rights* 233-238, 242-253; Cachalia ea (reds) *Fundamental Rights* 34-36; Currie en Woolman *Freedom and Security of the Person* 39-1 – 39-48.

476 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 655A [44] per Sachs R (afsonderlike opinie); *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1084G-1095B [169] per Chaskalson P (meerderheidsbeslissing).

is die beskermingsveld van die grondwetlike vryheidswaarborg egter wel verken, howel dit gepaardgaan met verskillende standpunte. Veral van belang is Regter Ackermann se konstruksie van die vryheidsbegrip in artikel 11(1) van die 1993 Grondwet as 'n afsonderlike fundamentele reg wat 'n algemene individuele vryheidsreg vorm om as opvangsreg van die onbeskermdede aspekte van individuele vryheid te dien. Hierteenoor verwerp Regter Chaskalson so 'n algemene opvangsreg buiten in uitsonderlike gevalle van onbeskermdede fundamentele vryhede (waarskynlik in die Amerikaanse sin van die woord).⁴⁷⁷

Ongeag of die wye of meer beperkte konstruksie van die vryheidsbegrip in artikel 11(1) van die 1993 Grondwet (en artikel 12(1) van die 1996 Grondwet) as algemene vryheidsreg gevolg word, is dit die huidige skrywer se submitisie dat Regter Ackermann se oorspronklike begroning van sy konstruksie in die *Ferreira*-saak meriete het. Dit verwoord juis die grondslag vir die toekomstige hermeneutiese rol wat 'n grondwetlike algemene individuele vryheidsreg in die Suid-Afrikaanse reg behoort te vervul. Veral die wisselwerking tussen die verskillende kanons van konstruksie in Regter Ackermann se argument is belangrik: (i) Hy bevestig dat individuele vryheid een van die kernregte van die handves vorm, waarsonder die reg op menswaardigheid as die grondliggende waarde van die Grondwet nie verwesenlik kan word nie.⁴⁷⁸ Hiervolgens vorm hierdie wye vryheidsreg ook die grondslag vir die

477 Vgl *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1012D [45] ev per Ackermann R (minderheidsuitspraak), 1107C-1122B [245]-[269] per Sachs R (afsonderlike opinie tot meerderheidsuitspraak met 'n klemverskil), 1079I-1092A [148]-[186] per Chaskalson P (meerderheidsuitspraak met Mahomed AP, Didcott R, Langa R, Madala R, Trengove WR), 1097G-1098I [208]-[213] per Mokgoro R (afsonderlike opinie), 1106A-1107B [239]-[244] per O'Regan R (afsonderlike opinie wat nie die vraag beantwoord nie), 1092B-1097F [187]-[207] per Krieger R (afsonderlike opinie). Vgl hierna oor dieselfde kwessie *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 2 SA 751 (KH) 781D-G [48]-[49], 782H-783A [51] per Ackermann R (namens die Hof). Hy volg egter die meerderheidsbeslissing in die *Ferreira*-saak en bevind dat hoewel art 11(1) hoofsaaklik fisiese veiligheid beskerm, dit slegs in besondere gevalle wanneer nuwe onbeskermdede fundamentele vryhede bedreig word, as 'n algemene vryheidsreg kan dien soos om regverdigde siviele regsprosesse te verseker. Vgl ook *in casu* 815A-817 [142]-[152] per O'Regan R waar sy vir die eerste keer standpunt inneem en die beginsel aanvaar van 'n algemene individuele vryheidsreg, maar op 'n beperkter omvang as Ackermann R in *Ferreira*.

478 *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1013D-1014C [47]-[49] per Ackermann R (minderheidsuitspraak): *Human dignity cannot be fully valued or respected unless individuals are able to develop their humanity, their 'humanness' to the full extent of its potential. Each human being is uniquely talented. Part of the dignity of every human being is the fact and awareness of this uniqueness. An individual's human dignity cannot be fully respected or valued unless the individual is permitted to develop his or her unique talents optimally. Human dignity has little value without freedom; for without freedom personal development and fulfilment are not possible. Without freedom, human dignity is little*

beskerming van ander fundamentele regte in die grondwet.⁴⁷⁹ Weens hierdie fundamentele waarde van individuele vryheid moet die beskerming daarvan so wyd as moontlik geskied.⁴⁸⁰ (ii) Artikel 35(1) van die 1993 Grondwet (soos artikel 36(1) van die 1996 Grondwet) visualiseer juis 'n besondere oop en demokratiese samelewing, een waarin vryheid en gelykheid (en veral menswaardigheid) sentraal staan.⁴⁸¹ (iii) 'n Wye konstruksie van individuele vryheid is voorts noodsaaklik uit reaksie op die ondemokratiese beperking daarvan tydens die apartheidsera.⁴⁸² Dit het individuele keuses verbied, die keuse en vrye ontwikkeling van 'n eie identiteit verhoed, en dit het eventueel die individu se menswaardigheid ontken. Een van die hoofmerke van die 1993 Grondwet sowel as die 1996 Grondwet is juis om op 'n substantiewe en planmatige wyse hierdie beperkings van individuele vryheid uit te wis.

Die gemene deler wat uit die bogenoemde standpunt na vore kom, is dat 'n inherente verband tussen menswaardigheid en vryheid van die individu in 'n demokrasie deur die sistematiese, histories-kontekstuele, en teleologies-waardegerigte konstruksie van die reg op persoonlike vryheid aangedui word.⁴⁸³ Hierdie wisselwerking tussen die kanons van konstruksie skep die grondslag vir 'n metodologiese analogie na die *in Verbindung mit*-konstruksie van die Duitse staatsreg. Daar lei die vaste kombinasie van artikel 2(1) GG se individuele persoonlikheidsreg *in Verbindung mit* artikel 1(1) GG se reg op menswaardigheid tot 'n algemene individuele vryheidsreg wat die

more than an abstraction. Freedom and dignity are inseparably linked. To deny people their freedom is to deny them their dignity. Although freedom is indispensable for the protection of dignity, it has an intrinsic constitutional value of its own. Hierdie standpunt word bevestig deur die rangskikking van die grondliggende waardes en fundamentele regte in arts 1(a), 7(1), 10, 12(1), 36(1), 39(1)(a) van die 1996 Grondwet.

479 *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1014B [49] vt 35 per Ackermann R (minderheidsuitspraak) Soos arts 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 25(2)(c) en (d), 25 (3)(c) en (d), 27, 28, 30(1)(e), 30(2), 31 van die 1993 Grondwet.

480 *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1014C [49] per Ackermann R (minderheidsuitspraak)

481 *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1014D-E [50] per Ackermann R (minderheidsuitspraak): *An 'open society' most certainly enhances the argument that individual freedom must be generously defined. It is a society in which persons are free to develop their personalities and skills, to seek out their own ultimate fulfilment, to fulfil their own humanness and to question all received wisdom without limitations placed on them by the State. The 'open society' suggests that individuals are free, individually and in association with others, to pursue broadly their own personal development and fulfilment and their own conception of the 'good life'.*

482 *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1014F-1015C [51] per Ackermann R (minderheidsuitspraak).

483 Vgl ook *Coetsee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 654A-B [43] per Sachs R (afsonderlike opinie).

omvattende beskerming van individuele vryheid verskaf wat nie elders in die GG geskied nie.⁴⁸⁴ Die algemene beskerming van individuele vryheid in die materiële Suid-Afrikaanse regstaat onder die 1996 Grondwet behoort dus ook gewaarborg te kan word deur middel van die vaste verbinding van artikel 12(1) se individuele vryheidsbegrip *in Verbindung mit* Artikel 10 se reg op menswaardigheid, gelees met die bevordering van die demokratiese waardes van menswaardigheid *in Verbindung mit* vryheid in artikel 39(1)(a).

6.4 BEPERKING VAN FUNDAMENTELE REGTE

Dit is gemeensaak dat fundamentele regte nie absoluut geld nie.⁴⁸⁵ Beperkings van een of ander aard is noodwendig. Fundamentele regte word op hoofsaaklik twee wyses beperk,⁴⁸⁶ naamlik beperkinge intern aan die Grondwet en beperkinge deur 'n eksterne wet wat aan die vereistes van artikel 33(1) van die 1993 Grondwet en artikel 36(1) van die 1996 Grondwet moet voldoen. 'n Studie van hierdie groepe beperkings is noodsaaklik omdat die onderlinge invloed van die verskillende beperkinge op mekaar, sowel as op die beskermingsveld van 'n fundamentele reg, wesenlik belangrik vir die finale konkretisering van daardie reg is.⁴⁸⁷

6.4.1 Interne grondwetlike beperkinge

Volgens Du Plessis en Corder kan drie soorte interne beperkinge by die 1993 Grondwet (en 1996 Grondwet) geïdentifiseer word.⁴⁸⁸

a) Daar bestaan interne kwalifikasies van fundamentele regte in die Grondwet wat met grammatikale konstruksie tydens die konstruksie van daardie reg se beskermingsveld vasgestel word.⁴⁸⁹ So byvoorbeeld waarborg artikel 13 van die 1993

484 Vgl hoofstuk 2 2.2.9 b).

485 Cachalia ea (reds) *Fundamental Rights* 106.

486 Du Plessis en Corder *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* 81.

487 Chaskalson ea (reds) *Constitutional Law* 1-4.

488 Du Plessis en Corder *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* 81, 132-133. Vgl ook die indelings van Carpenter 1995 *SAPR* Vol 10 260-282; De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 287 vt 8, 9.

489 Du Plessis en Corder *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* 81-82, 130, 132. Hoewel bg skrywers inherente beperkinge hierby insluit, is dit volgens die huidige skrywer se mening metodologies suiwerder om slegs interne kwalifikasies by hierdie groep te voeg. Alvorens 'n fundamentele reg beperk kan word, moet die beskermingsveld daarvan eers tydens die

Grondwet slegs die reg op persoonlike privaatheid, artikel 23 waarborg weer slegs inligting vanaf die staat, terwyl artikel 16 slegs vreedsame en ongewapende openbare byeenkomste en betogings toelaat.⁴⁹⁰ Voorts kan sistematiese en teleologiese argumente ook veroorsaak dat ander fundamentele regte, of fundamentele grondwetlike beginsels (soos demokrasie, regstaatlikheid, en sosiaalstaatlikheid), of grondwetlike elemente soos die voorrede en naskrif, die konstruksie van 'n reg se beskermingsveld verruimend of beperkend beïnvloed.⁴⁹¹

b) Uitdruklike beperkinge van spesifieke fundamentele regte word in ander dele van die Grondwet of in daardie reg self gevind.⁴⁹² Dit word veral deur sistematiese konstruksie vasgestel.⁴⁹³ In byvoorbeeld die 1993 Grondwet beperk artikel 33(5)(a) se sogenaamde *closed shop* ooreenkomste artikel 17 se reg op vrye assosiasie, en die regstellende stappe in artikel 8(3)(a) beperk die diskriminasieverbod in artikel 8(2).⁴⁹⁴ Dit is veral moeilik om te bepaal of hierdie spesiale beperkinge van regte bloot interne kwalifikasies van daardie regte se beskermingsveld is wat nou deels in die handves omskryf word (bykomend dus tot die eerste groep wat hierbo verduidelik is), of is dit uitdruklike beperkingsvereistes bykomend tot artikel 33(1) van die 1993 Grondwet en artikel 36 van die 1996 Grondwet, of is dit inderwaarheid selfstandige beperkingsvereistes wat die werking van die algemene beperkingsklousules uitsluit.⁴⁹⁵

eerste konkretiseringstap gekonstrueer word. Dit is die tydstip waartydens die interne kwalifikasies van die beskermingsveld verreken word. Die inherente beperkinge van 'n reg deur bv ander fundamentele regte daarenteen word tydens die tweede konkretiseringstap verreken. Vgl voorts Carpenter 1995 SAPR Vol 10 261-262.

490 Vgl ook arts 8(2), 20, 24(a)-(c) van die 1993 Grondwet; arts 9(3), 14, 17, 24(a), 26(1), 29(1)(a), 30, 32(1) van die 1996 Grondwet.

491 Du Plessis en Corder *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* 82 meen die voorrede en naskrif van die 1993 Grondwet se oogmerk van nasionale versoening lei tot die uitsluiting van etniesbegronde kultuur of -taalregte in artikel 31(c), naas die uitsluiting van rasbegronde regte.

492 Vgl Du Plessis en Corder *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* 82, 129-133.

493 Vgl *S v Lawrence*; *S v Negal*; *Sv Solberg* 1997 10 BCLR 1348 (KH) 1362 [29] per Chaskalson P.

494 Vgl oa ook arts 14(2)-(3), 24(d), 26(2), 28(2)-(3), 32(b)-(c) van die 1993 Grondwet, en arts 9(2), 15(2)-(3), 16(2), 23(5)-(6), 25, 26(2), 27(2), 29(1)(b), (2) en (3), 32(2), 33(1) van die 1996 Grondwet. Vir die verhouding tussen art 26(1) en (2) van die 1993 Grondwet, vgl *S v Lawrence*; *S v Negal*; *Sv Solberg* 1997 10 BCLR 1348 (KH) 1362-1364 [29]-[37] per Chaskalson P.

495 Hierdie is 'n komplekse probleem waaroor verskillende menings bestaan, maar wat buite die omvang van die huidige studie val. Vgl *S v Lawrence*; *S v Negal*; *Sv Solberg* 1997 10 BCLR 1348 (KH) 1366 [45]-[46] per Chaskalson P; *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH) 1027H-I [35] per Ackermann R, O'Regan R, Sachs R (gesamentlike opinie); *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH) 27B [50] per Goldstone R (meerderheidsuitspraak); Du Plessis en Corder *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* 130-132; Carpenter 1995 SAPR Vol 10 260-282; Albertyn en Kentridge 1994 SAJHR Vol 10 149-178; Cachalia ea (reds) *Fundamental Rights* 28-29, 31, 89-90, 106; De Ville 1994 SAPR Vol 9 287-288 vt 8, 9; De Ville 1995 SAJHR Vol 11 274-278; De

c) Ten slotte word beperkinge inherent aan fundamentele regte, en veral die sogenaamde absolute of voorbehoudlose regte, gevind.⁴⁹⁶ Dit is logies dat geen reg absoluut kan geld sonder die noodwendige beperking daarvan deur ander individue se regte nie.⁴⁹⁷ Daar word egter vereis dat so 'n geïmpliseerde beperking op absolute regte, noodwendig moet wees - kunsmatige beperkings word nie geduld nie.⁴⁹⁸ Hierdie inherente beperking van verskillende fundamentele regte op mekaar se beskermingsvelde word deur middel van sistematiese konstruksie vasgestel. Dit vergestalt as 'n konflik of botsing van belange soos die een se reg op menswaardigheid en ander se vryheid van spraak, of die fetus se reg op lewe teenoor dieselfde reg van sy of haar moeder.⁴⁹⁹ Hierdie konflik word gewoonlik tydens die tweede uitlegstap se regverdigingsfase opgelos deur middel van die harmonisering van belange en die uitoefening van 'n waarde-oordeel tussen die konflikterende regte.

6.4.2 Eksterne beperkingsvereistes

a) Agtergrond

Artikel 33(1) van die 1993 Grondwet en artikel 36(1) van die 1996 Grondwet vorm die tweede stap van die tweestap konkretiseringsproses van fundamentele regte, wanneer die regverdiging van die beperking op 'n spesifieke reg bepaal word.⁵⁰⁰ Die

Waal 1995 *SAJHR* Vol 11 25-26; Woolman *Limitation* 12-23 – 12-26; Kentridge *Equality* 14-40, 14-45, 14-62.

496 Du Plessis en Corder *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* 82, 133; Carpenter 1995 *SAPR* Vol 10 260.

497 Vgl bv die beperking van die oënskynlike absolute reg op lewe by noodwendige implikasie deur optrede in noodweer teen dreigende geweld, of as 'n staat in noodtoestand bv 'n lewe moet neem. Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 469H-I per Kentridge WR (afsonderlike opinie).

498 Art 25(3) van die 1993 Grondwet se absolute reg op 'n regverdige verhoor beskik oor 'n wye beskermingsveld wat substantiewe geregtigheid nastreef. Dit mag nie by implikasie beperk word deur die gemeenregtelike posisie na te volg wat die reg reduseer tot slegs prosedurele geregtigheid nie. Vgl *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 651I-652D [15]-[16] per Kentridge WR; *S v Ntuli* 1996 1 SA 1207 (KH) 1208F-1209B [1] per Didcott R.

499 Vgl vir die heersende posisie in die Duitse Reg van *immanenten Schranken* dmv *kollidierendes Verfassungsrecht als Eingriffsrechtfertigung*, Pieroth en Schlinck *Grundrechte* 69, 81-82 Vgl par 6.4.2 f) (i) *infra*.

500 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 431 B-F [87]-[88], 434E-G [97] per Chaskalson P; *S v Bhulwana*, *S v Gwadiso* 1996 1 SA 388 (KH) 395B-E [17] per O'Regan R; *S v Mbata*, *S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH) 473C-D [13] per Langa R; *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 649D-E [54] per Langa R; *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA

regverdigingsproses is al as die spreekwoordelike hart van grondwetlike litigasie beskou,⁵⁰¹ omdat dit die geleentheid is waartydens die openbare belang wat die beperkende wet nastreef geïdentifiseer en teenoor die individue se fundamentele reg gebalanseer moet word. Dit is inderdaad die fase in die konkretiseringsproses van fundamentele regte waartydens 'n te lae maatstaaf die fundamentele beskerming van die regte van individue ondermyn, of waar 'n te hoë maatstaf ondemokratiese regterlike inmenging in die wetgewer se kompetensiesfeer sou meebring wat die legitimiteit van die howe en die handves op die lange duur benadeel.⁵⁰² Hoewel die Suid-Afrikaanse grondwetlike hermeneutiek die tweestap benadering volg, is hierdie regverdigingsproses nie net beperk tot sodanige stelsels nie. Dit word eweneens in 'n eenstap stelsel soos die VSA gevind as die noodsaaklikheid van 'n beperking, weens die gebrek aan 'n afsonderlike beperkingsklousule, tydens die definiëring van die betrokke reg beoordeel word.⁵⁰³ Gevolglik moes Amerikaanse howe die beperking van individuele regte beoordeel deur middel van 'n beperkte konstruksie van daardie regte se beskermingsveld.⁵⁰⁴ Nieteenstaande hierdie metodologiese verskille kan die eenstap benadering soms dieselfde uitlegresultaat as die tweestap benadering meebring, terwyl dit ander kere sal verskil, soos tydens beoordeling van die grondwetlikheid van die doodstraf.⁵⁰⁵ Daar word met die toepassing van artikel 33(1) van die 1993 Grondwet (en artikel 36(1) van die 1996 Grondwet) se regverdigingsproses weereens soos tydens die eerste uitlegstap, van verskillende kanons van konstruksie gebruik gemaak.⁵⁰⁶

631 (KH) 642D-F [11] per Kriegler R. Vgl algemeen mbt art 33(1) van die 1993 Grondwet, Devenish 1995 *SAPR* Vol 10 131-144; De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 287-312; Woolman 1994 *SAJHR* Vol 10 60-91; Woolman *Limitation* 12-1 – 12-43 en *ibid* 12-47 – 12-64 mbt art 36(1) van die 1996 Grondwet.

501 Vgl *Singh v Minister of Employment and Immigration* [1985] 1 SCR 177, 217 per Wilson R.

502 Vgl Woolman 1994 *SAJHR* Vol 10 62, 77; Cachalia ea (reds) *Fundamental Rights* 106.

503 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 434G [97] per Chaskalson P.

504 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 435 D [100] per Chaskalson P.

505 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 435E-G [100]-[101], 435G-H [102] vir Chaskalson P se verwysing na die verskil tussen die VSA en RSA se beoordeling van die doodstraf: *Under our Constitution the position is different. It is not whether the decision of the State has been shown to be clearly wrong; it is whether the decision of the State is justifiable according to the criteria prescribed by s 33. It is not whether the infliction of death as punishment for murder 'is not without justification', it is whether the infliction of death as a punishment for murder has been shown to be both reasonable and necessary, and to be consistent with the other requirements of s 33.*

506 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 83.

b) Beperking

Daar is 'n verskil tussen die beperking en algehele ontkenning of vernietiging van fundamentele regte.⁵⁰⁷ Artikel 33(1) van die 1993 Grondwet (en artikel 36(1) van die 1996 Grondwet) sluit die vernietiging of ontkenning van 'n reg vir 'n regsobjek uit.⁵⁰⁸ Dit beteken dat die wesenlike inhoud van fundamentele regte soos by die reg op lewe nie aangetas mag word nie, anders sou dit daardie reg opskort en vir die regsobjek vernietig.⁵⁰⁹ Regter Sachs maak juis gebruik van 'n konstruksie wat begrond is op die *Natur der Sache-cum-Wesensgehaltsgarantie* om aan te toon dat die reg op lewe, by *its very nature cannot be restricted, qualified, abridged, limited or derogated from*, soos die geval is by ander fundamentele regte.⁵¹⁰ Uit hoofde van hierdie argument is dit geregverdig om 'n moordenaar se vryheid te beperk deur middel van langtermyngevangenisstraf (want sy of haar ander vryheidsregte, soos assosiasie met ander gevangenes, briefwisseling en sport bly steeds bestaan), maar nie om so 'n misdadiger se waardigheid aan te tas deur byvoorbeeld die doodstraf toe te pas en daardeur al sy of haar fundamentele regte te vernietig nie.⁵¹¹

c) Algemeen geldende regsvoorskrif

Artikel 33(1) van die 1993 Grondwet en artikel 36(1) van die 1996 Grondwet vereis dat beperkende wetgewing algemeen geldend moet wees.⁵¹² Dit sluit onder andere aan by artikel 19(1) GG in die Duitse reg wat uit hoofde van die gelykheidsbeginsel

507 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 450F-451B [142]-[143] per Chaskalson P.

508 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 512F-H [354], 513E [357] per Sachs R (afsonderlike opinie).

509 Ten einde sinvol tussen die beperking of vernietiging (ontkenning) van 'n fundamentele reg te kan onderskei, word konseptuele sekerheid vereis oor die omvang van die wesenlike inhoud van daardie fundamentele reg. Die identifikasie van die onaantasbare wesenlike inhoud van 'n fundamentele reg vorm dus onvermydelik deel van die konkretiseringsproses van daardie reg, ongeag of dit uitdruklik in art 33(1)(b) van die 1993 Grondwet vereis word (vgl par 6.4.2 e) vii) ff) *infra*), of uit die 1996 Grondwet gelaat is. Feit is, die beskerming van die onaantasbare kern van 'n fundamentele reg is inherent deel van art 36(1) van die 1996 Grondwet se beperkingsvereistes.

510 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 512E [353] per Sachs R (afsonderlike opinie).

511 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 511G-H [350] per Sach R (afsonderlike opinie): *Section 33 does allow for limitations on fundamental rights; yet in my view, executing someone is not limiting that person's life, but extinguishing it.*

512 *S v Mbatha, S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH) 479F [27] per Langa R; *De Lille and Another v Speaker of the National Assembly* 1998 7 BCLR 916 (K) per Hlophe R. Vgl algemeen De Ville 1994 SAPR Vol 9 290-300; Woolman *Limitation* 12-28 – 12-32.

vereis dat wetgewing vir algemene en nie individuele sake nie geld.⁵¹³ Dit voorkom dus arbitrêre en diskriminerende onderskeide tussen individue.⁵¹⁴ Die vereiste dat die beperkende voorskrif 'n regsvoorskrif moet wees, beteken voorts dat dit uit hoofde van die graad van regsekerheid wat in 'n regstaat vereis word, toeganklik en voorsienbaar en nie te vaag of te omvangryk mag wees nie.⁵¹⁵ Omdat absolute regsekerheid nie vereis word nie, is algemene begrippe wel toelaatbaar.⁵¹⁶ Die Konstitusionele Hof het voorts bevind dat hierdie vereiste slegs geld vir wetgewing wat na inwerkingtreding van die Grondwet aanvaar is en nie vir bestaande wetgewing nie.⁵¹⁷

De Ville argumenteer tereg dat die verwysing na die frase *by law*⁵¹⁸ in artikel 33(1) van die 1993 Grondwet se eerste sin, die Duitse onderskeid tussen *durch Gesetz* en *auf Grund eines Gesetzes* navolg ten einde voorsiening te maak vir beide wetgewende sowel as sekere administratiefregtelike beperkinge van fundamentele regte.⁵¹⁹ Hierdie verwysing na die reg (1993 Grondwet) of regsvoorskrifte (1996 Grondwet) verwys dus na parlementêre, provinsiale en plaaslike wetgewing, gewoontereg, gemenereg en regulasies wat voortspruit uit die wetgewing asook uitvoerende presidensiële bevel, maar nie kwasi-wetgewing soos administratiewe direktiewe en nie-wetgewende administratiewe handeling nie.⁵²⁰

513 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 124; De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 298-300. Vgl ook hoofstuk 2 par 2.3.3 *supra*.

514 Woolman *Limitation* 12-28. Vgl hoofstuk 3 par 3.4.3.

515 Die vereiste van regsekerheid word ten spyte van onderlinge verskille ook in die Duitse, Amerikaanse, Kanadese en EMRK-regstelsels gevind. Vgl De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 292-293; Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 124; Woolman *Limitation* 12-28 – 12-20. Sien ook hoofstuk 2 par 2.3.3; hoofstuk 4 par 4.3.6 b) iv); hoofstuk 5 par 5.4.8 a) *supra*. Hoewel die vereiste van regsekerheid hier ter plaatse uit die formele regstaatlike karakter van die Grondwet voortvloei, word dit in die *comon law* uit die *rule of law* se vereistes van regsekerheid, legaliteit en skeiding van owerheidsgesag afgelei.

516 De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 293.

517 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 413A [31] per Chaskalson P.

518 Die Afrikaanse teks verwys na: deur algemeen geldende reg (eie beklemtoning).

519 De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 290-291. Hierdie gevolgtrekking word bevestig deur art 36(1) in die 1996 Grondwet se verwysing: *in terms of law of general application of kragtens 'n algemeen geldende regsvoorskrif* (eie beklemtoning).

520 Vgl art 33(2) van die 1993 Grondwet, art 2 van die *Interpretasiewet* 33 van 1957; Ville 1994 *SAPR* Vol 9 292, 368-369; Sien voorts De Woolman *Limitation* 12-29 – 12-30; *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 739G [23] per Mahomed R (gemeenregtelike regsreëls); *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH) 42G-46F [96]-[104] per Mokgoro R (afsonderlike opinie) (presidensiële voorskrif); *Fedsure Life Assurance Ltd and Others v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council* 1998 12 BCLR 1458 (KH) 1478E [42], 1479D-1480A [45] per Chaskalson P (gesamentlike opinie met Goldstone R, O'Regan R) (plaaslike owerhede se wetgewing wat munisipale belastingmaatreëls insluit, word nie as administratiewe handeling nie, maar as

Daar word voorts met De Ville saamgestem dat die konstruksie van wets- en parlamentsvoorbehoude in die Duitse reg, uit hoofde van die regstaatlike en demokratiese eise van die Grondwet, naas bogenoemde toeganklikheids- en voorsienbaarheidsvereistes hier ter plaatse moet geld.⁵²¹ Dit beteken dat alle wesenlike besluite wat die beskermingsveld van fundamentele regte raak ingevolge die *Wesentlichkeitstheorie* deur die Parlement in wetgewing vervat moet wees.⁵²² Die Parlement kan dus nie slegs 'n algemene magtiging aan die uitvoerende gesag gee om self deur middel van gedelegeerde wetgewing soos regulasies oor die beperking van die fundamentele regte te beslis nie. Dit sluit volgens De Ville met die uitsondering van suiwer regsprekende handelingte ook die uitvoering van nie-wetgewende diskresionêre gesag deur die uitvoerende gesag in.⁵²³ Weens die eiesoortige aard van gemenereg teenoor gepositiveerde regsreëls, geld die wesenlikheidsteorie nie vir die reëls van die gemenereg wat fundamentele regte beperk nie.⁵²⁴

d) Administratiewe handelingte

Ingevolge artikel 33(1) van die 1993 Grondwet en artikel 36(1) van die 1996 Grondwet, mag fundamentele regte slegs deur algemene regsvoorskrifte beperk word. Dit beteken dat nie-wetgewende administratiewe handelingte nie fundamentele regte mag beperk nie, tensy dit uitdruklik deur so 'n algemene wet gemagtig word, soos hierbo verduidelik is.⁵²⁵

Waar administratiewe handelingte nie ingevolge die regstaatlike legaliteitsbeginsel in ooreenstemming met die Grondwet en magtende wet geskied nie, verskil die

wetgewende handelingte beskou).

521 Vgl De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 293-298.

522 Vgl voorts hoofstuk 2 par 2.3.2 *supra*.

523 De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 295-298. Hy meen *ibid* 297 dat die magtigende wet, anders as die huidige subjektiewe diskresie wat aan die uitvoerende gesag oorgelaat word, die volgende aspekte: (i) die objektiewe feite en omstandighede wat teenwoordig moet wees alvorens die diskresie uitgeoefen word, (ii) die omvang van die gesag, (iii) die wyse hoe die diskresie uitgeoefen word, en (iv) die doel waarvoor dit uitgeoefen moet word. Die toets bly dan deurgaans of die individu met redelike sekerheid uit die statuut kan aflei wanneer die uitvoerende gesag sy fundamentele regte kan beperk.

524 Vgl De Waal 1995 *SAJHR* Vol 11 5 vt 10.

525 Vgl Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 80, 83; De Ville 1995 *SAJHR* Vol 11 275. Woolman *Limitations* 12-30 – 12-31.

regshermenutiese proses ietwat.⁵²⁶ Dan is daar geen regsvoorskrif wat ingevolge artikel 33(1) van die 1993 Grondwet geregverdig kan word nie.⁵²⁷ Daarom stel die Hof bloot die effek van die administratiewe handeling op die beskermde regte van die individu vas.⁵²⁸ In daardie opsig sal daar hoogstens sprake wees van kontekstueel-teleologiese interpretasie. Dit is inderwaarheid die *modus operandi* wat die Hof gevolg het in *City Council of Pretoria v Walker*.⁵²⁹ Die Hof het bevind dat die munisipale amptenare se selektiewe vervolging van slegs blanke maar nie swart wanbetalers van munisipale heffings nie, *contra* 'n raadsbesluit was en daarom ongemagtigde optrede is. Die doel, aard en effek van hierdie diskriminerende behandeling is as teenstrydig met artikel 8(2) van die 1993 Grondwet bevind, sonder dat die Hof die handeling aan artikel 33(1) van die 1993 Grondwet se regverdigingsvereistes beoordeel het.

e) Proporsionaliteitsbeginsel

(i) Regsvergelykende agtergrond

Die frase in artikel 33(1)(a) van die 1993 Grondwet en artikel 36(1) van die 1996 Grondwet dat 'n beperking toelaatbaar is *in die mate waarin* dit redelik en regverdigbaar is, is 'n positivering van die proporsionaliteitsbeginsel wat die onderlinge verhouding tussen die beperking en die beskerming van 'n fundamentele reg bepaal.⁵³⁰ Die beperkingsvereistes wat in artikel 33(1) van die 1993 Grondwet en artikel 36(1) van die 1996 Grondwet vervat is, is tot 'n mindere of meerdere mate geskoei op elemente van die verskillende beperkingsvereistes wat in die Kanadese, Duitse en Amerikaanse en EMRK-regspraak aangetref word.⁵³¹

526 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 80. Vgl voorts mbt die reg op administratiewe geregtigheid in art 24 van die 1993 Grondwet De Ville 1995 *SAJHR* Vol 11 264-280.

527 *City Council of Pretoria v Walker* 1998 3 *BCLR* 257 (KH) 291 [82] per Langa R.

528 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 80.

529 *City Council of Pretoria v Walker* 1998 3 *BCLR* 257 (KH) 291 [82], 293 [86] per Langa R.

530 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 124. Vgl voorts De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 362-371; De Waal 1995 *SAJHR* Vol 11 6.

531 Vgl *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 660C-E [35] per WR Kentridge; *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 436G-439F [105]-[110] per Chaskalson P; *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 650D-E [60] per Langa R; Woolman *Limitations* 12-4 - 12-13; Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 124-125; De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 288-289, 300, 362 vt 23; De Waal 1995 *SAJHR* Vol 11 6-8; Woolman 1994 *SAJHR* Vol 10 62-77; Davis 1994 *SAJHR* Vol 10 115; Devenish 1995 *SAPR* Vol 10 133; Cachalia ea (reds)

Ten spyte van hierdie sterk regsvergelijkende agtergrondsband het die Konstitusionele Hof egter vroeg reeds beslis dat die regsvergelijkende waarde van internasionale en buitelandse voorbeelde slegs inligtinggewend en nie deurslaggewend vir Suid-Afrikaanse howe nie geld, maar dat die vereistes van die Grondwet bindend is.⁵³² Artikel 33(1) van die 1993 Grondwet vereis dat 'n beperkende regsvoorskrif redelik, regverdigbaar en waar van toepassing, noodsaaklik moet wees, en dit mag ook nie die wesenlike inhoud van die reg aantast nie.

Daar sou verwag word dat voorgaande regsposisie duidelik is en dat die Konstitusionele Hof die volgorde van hierdie beperkingsvereistes eenvormig nagevolg het. Tog is dit nie die geval nie,⁵³³ omdat verskillende benaderings in aanvanklike beslissings van die Konstitusionele Hof gevind word. Enersyds is byvoorbeeld bevind dat die vereistes van redelikheid, regverdigbaarheid en noodsaaklikheid nie identies aan mekaar is nie, wat beteken dat verskillende resultate telkens verkry sal word as die vereistes individueel aangewend word.⁵³⁴ Daarom vereis die Hof dat hierdie vereistes gesamentlik as beperkingsmaatstaf gehanteer word. Andersyds is dit opmerklik dat sekere regters stapsgewys die volgorde van artikel 33(1) van die 1993 Grondwet se vereistes opeenvolgend as voorvereiste vir mekaar gestel het.⁵³⁵ Indien 'n beperkende regsvoorskrif hiervolgens nie aan die eerste vereiste van redelikheid (proporsionaliteit in wye sin) voldoen nie, kan dit nie deur enige van die opeenvolgende vereistes gered word nie, en is dit dus onnodig om daardie voorskrif teen verdere vereistes te beoordeel.

Hierdie teenstrydige en vae hermeneutiese benadering bevestig kritiek dat die Konstitusionele Hof in die aanvanklike fase van die Hof se regspraak stadig beweeg

Fundamental Rights 5-7, 109.

532 *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 660E [35] per Kentridge WR; *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) op 439G-H [110] per Chaskalson P.

533 Vgl Chaskalson ea (reds) *Constitutional Law* 1-4.

534 *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 660F [36] per Kentridge WR; *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 658F-659A [49] per Sachs R (afsonderlike opinie).

535 Vgl bv *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 477B-C [209] per Kriegler R, 497D [297] per Mahomed R, 510F-G [343] per O'Regan R; *S v Mbatha*, *S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH) 479F-G [27] per Langa R; *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 642G [11] per Kriegler R.

het om 'n eenvormige en omvattende regsteoretiese metodologie vir die beperking van fundamentele regte ingevolge artikel 33(1) van die 1993 Grondwet te verskaf.⁵³⁶ Hierdie probleem behoort egter tydelik van aard te wees in die lig van die groter regsekerheid wat artikel 36(1) van die 1996 Grondwet se duidelike uiteensetting van die verskillende regverdigingsvereistes meebring.

(ii) Grondbeginsels

Beperkingsklousules word as 'n algemene reël beperkend gekonstrueer, omdat dit 'n uitsondering op die howe se algemene konkretiseringsplig van fundamentele regte is.⁵³⁷ Die vernaamste bydrae wat die Hof, benewens die blote parafrasering van artikel 33(1) se vereistes, tydens die eerste jaar van regspraak tot die vestiging van 'n algemene beperkingsmetodologie gemaak het, was Regter Chaskalson se gesaghebbende uiteensetting van die proporsionaliteitsvereiste in *S v Makwanyane and Another*:

The limitation of constitutional rights for the purpose that is reasonable and necessary in a democratic society involves the weighing up of competing values, and ultimately an assessment based on proportionality. This is implicit in the provisions of s 33 (1). The fact that different rights have different implications for democracy and, in the case of our Constitution, for 'an open and democratic society based on freedom and equality', means that there is no absolute standard which can be laid down for determining reasonableness and necessity. Principles can be established, but the application of those principles to particular circumstances can only be done on a case-by-case basis. This is inherent in the requirement of proportionality, which calls for the balancing of different interests. In the balancing process the relevant considerations will include (i) the nature of the right that is limited and (ii) its importance to an open and democratic society based on freedom and equality; (iii) the purpose for which the right is limited and the importance of that purpose to such a society; (iv) the extent of the limitation, (v) its efficacy and, (vi) particularly where the

⁵³⁶ Vgl Woolman *Limitation* 12-21.

⁵³⁷ Vgl De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 289.

limitation has to be necessary, whether the desired ends could reasonably be achieved through other means less damaging to the right in question. In the process regard must be had to the provisions of s 33(1) and the underlying values of the Constitution, bearing in mind that, '[T]he role of the Court is not to second-guess the wisdom of policy choices made by legislators'.⁵³⁸

Die redelikeheidsvereiste van artikel 33(1) van die 1993 Grondwet word dus gelyk gestel aan die beginsel van proporsionaliteit in 'n wye sin, wat in die finale instansie teweeggebring word deur middel van die balansering van konflikterende belange met behulp van die uitoefening van waarde-oordele. Regter Chaskalson verwoord hiermee die eerste begroning van 'n eiesoortige Suid-Afrikaanse beperkingsteorie. Dit vorm inderdaad die grondslag vir die positivering van 'n hoogs verfynde en ewewigtige beperkingsklousule in artikel 36(1) van die 1996 Grondwet. Artikel 36(1) van die 1996 Grondwet stem in alle materiële fasette ooreen met Regter Chaskalson se uiteensetting in die *Makwanyane*-beslissing buiten dat subartikel (e) vereis dat daar tydens elke beperking bepaal moet word of daar nie minder beperkende moontlikhede beskikbaar was vir die owerheid nie.⁵³⁹ Die nuwe beperkingsmaatstaf het dus die belangrikste elemente van die internasionale en buitelandse ervaring tydens die beperking van fundamentele regte (in onder meer die Duitse, Kanadese en EMRK-regspraak) tot 'n genuanseerde inheemse grondwetlike maatstaf geïntegreer. Omdat meeste van die regsrae voor die Konstitusionele Hof tot dusver op die 1993 Grondwet gefokus het, word die Hof se hantering van artikel 33(1) van die 1993 Grondwet as beperkingsmaatstaf tydens die finale konkretiseringstap van fundamentele regte, kortliks verken.

538 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 436C-F [104] per Chaskalson P (numering bygevoeg). Vgl bevestigend *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 650A-C [58]-[60] per Langa R; *S v Bhulwana, S v Gwadiiso* 1996 1 SA 388 (KH) 395F [17] per O'Regan R; *S v Mbata, S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH) 473E-F [14] per Langa R; *S v Coetzee and Others* 1997 3 SA 527 (KH) 535F [11] per Langa R. Vgl ook De Waal 1995 SAJHR Vol 11 7-8; Woolman *Limitation* 12-32 ev.

539 *De Lange v Smuts NO and Others* 1998 7 BCLR 779 (KH) 816 [87] per Ackermann R (meerderheidsbeslissing).

(iii) Regverdigbaarheidsvereiste

aa) Substantiewe oogmerk

Artikel 33(1)(a)(ii) van die 1993 Grondwet (en artikel 36(1) van die 1996 Grondwet) bepaal dat die oogmerk van die beperkende regsvoorskrif regverdigbaar moet wees in 'n oop en demokratiese samelewing wat deur bepaalde kwaliteite gekenmerk word. Hierdie vereiste verleen 'n kwalitatiewe karakter aan die beperkingsvereistes, omdat dit eerstens die aard van die oogmerk of openbare belang aandui wat die beperking van die individu se regte regverdig, en tweedens verskaf dit die waarde-maatstaf waaraan die keuse van daardie oogmerk gemeet word. In die Kanadese en EMRK-regspraak beteken hierdie vereiste dat die beperkende regsvoorskrif beoog om 'n dwingende en substantiewe openbare belang in 'n demokrasie te bevorder.⁵⁴⁰ Voorts moet Hogg se opmerking met betrekking tot die ondervinding in die Kanadese regspraak steeds in gedagte gehou word, naamlik hoe meer algemeen die oogmerk van die beperkende regsvoorskrif vasgestel word, hoe makliker is dit regverdigbaar, en omgekeerd.⁵⁴¹ Hierdie oogmerkvereiste sal egter geen bydrae lewer tot die effektiewe beskerming van fundamentele regte nie, as die regbank nie self die werklike oogmerke van die beperkende wet buite die oogmerkmemorandum van die wetsontwerp en die teks van die wet vasstel nie.⁵⁴²

Hierdie dwingende maatstaf van die openbare belang is eweneens op Suid-Afrika van toepassing, veral omdat die primêre oogmerke van die 1993 Grondwet juis die oorgang na demokrasie en die bevordering van ontwikkelingsgeleentede is.⁵⁴³ Daarom word die oogmerk van effektiewe misdaadbekamping as 'n *pressing social need* beskou wat in bepaalde gevalle redelike vermoedens in strafsake kan regverdig

540 Vgl hoofstuk 4 par 4.3.6 b) vi); en hoofstuk 5 par 5.4.8 c) ii) *supra*. Voorbeelde van sodanige belange in die Kanadese reg is waardes soos menswaardigheid, sosiale geregtigheid, gelykheid, toleransie, kulturele verskeidenheid, verteenwoordigende en deelnemende demokrasie. Vgl ook hoofstuk 5 par 5.4.8 b) *supra* vir voorbeelde van daardie oogmerke in die EMRK. Woolman *Limitations* 12-6 vt 1 voeg die volgende waardes by die Kanadese lys om aan art 33(1) van die 1993 Grondwet se maatstaf te voldoen (hoewel dit geen *numerus clausus* skep nie): nasionale veiligheid en openbare orde (beide moet egter versigtig benader word in lig van Suid-Afrika se geskiedenis), misdaadvoorkoming, moraliteit, gesondheid, persoonlike reputasie, privaatheid, nasionale ekonomiese belange, en die onafhanklikheid van die regbank.

541 Hogg *Constitutional Law* 868-869. Vgl hoofstuk 4 par 4.3.6 b) vi) *supra*.

542 Vgl De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 302.

543 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 442C [117] per Chaskalson P.

wat die staat help om hierdie oogmerk te verwesenlik.⁵⁴⁴ Dit beteken ook dat lewenslange gevangenisstraf, maar nie die doodstraf nie, 'n aanvaarbare straf is wat die drie oogmerke van straftoemeting van afskrikking, voorkoming en vergelding sal verwesenlik.⁵⁴⁵ Omdat 'n beginselgrondslag egter die aangewese benadering is om die individuele belang teenoor die openbare behoefte te evalueer, het die Konstitusionele Hof 'n baie duidelike voorbehoud gestel - blote pragmatiese oogmerke van administratiewe gerief is nie voldoende om substantiewe grondwetlike waardes soos fundamentele regte te beperk nie.⁵⁴⁶

bb) Demokrasie

Die fundamentele waardemaatstaf waaraan die beperking van 'n fundamentele reg beoordeel moet word, is die beginsel van demokrasie wat deur 'n spesifieke kwaliteit gekenmerk word.⁵⁴⁷ Hierdie maatstaf is sogenaamd *open-ended* om die legitimiteit van die handves op die lange duur te verseker as dit in die konteks van 'n veranderende werklikheid gekonstrueer moet word.⁵⁴⁸ Davis argumenteer dat hierdie demokratiese beginsel - soos tewens die ander grondwetlike beginsels elders in die Grondwet - dieselfde waarde vir grondwetlike konstruksie inhou as die

544 *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 662E [41] per WR Kentridge. Vir ander belangrike openbare oogmerke in die verband sien *S v Bhulwana*, *S v Gwadiiso* 1996 1 SA 388 (KH) 396B [20] per O'Regan R (bekamping van dwelmhandel); *S v Mbatha*, *S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH) 474B-475A [16]-[17] per Langa R (bekamping van die onwettige besit en handel van wapens en ammunisie); *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 745G-748F [43]-[49] per Mahomed AP (effektiewer strafregtelike vervolgings en die gepreviligeerde aard van polisie-dossiere); *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 643B [12] per Kriegler (meganismes van effektiewe skuldinvordering); *S v Coetzee and Others* 1997 3 SA 527 (KH) 536A-B [13] per Langa R (bekamping van bedrog); *Mistry v Interim National Medical and Dental Council of South Africa and Others* 1998 7 BCLR 880 (KH) 892 [19] per Sachs R (inspeksie van gesondheidsdienste in die openbare belang).

545 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 441G-446F [116]-[131] per Chaskalson P.

546 Vgl *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 650F-651C [61]-[63], 655C-656E [78]-[83] per Langa R, wat die motivering van strafregtelike lyfstraf vir jeugdige oortreders op grond van blote pragmatiese en ongesubstansieerde redes verwerp. Vgl voorts *Minister of Justice v Ntuli* 1997 3 SA 772 (KH) 784A-G [39]-[40] per Chaskalson P, wat die onaanvaarbaarheid beklemtoon om weens administratiewe versuim, 'n groot werkslading en logistieke probleme, verdere uitstel vir 'n wetswysiging te verleen wat nie betyds deur die Departement van Justisie aangebring is nie. Die uitstel sou beteken dat daar verder op die fundamentele regte van gevangenes inbreuk gemaak word soos tewens reeds gebeur het tydens die oorspronklike grasietydperk. Bg bevestig dus die Kanadese saak van *Singh et al v Minister of Employment and Immigration* [1985] 1 S.C.R. 177, 218-219 per Wilson R. Vgl hoofstuk 4 par 4.3.6 b) vi) *supra*.

547 Sien art 33(1)(a)(ii) van die 1993 Grondwet, art 36(1) van die 1996 Grondwet. Vgl uitvoerig oor die demokratiese beginsel, Davis 1994 *SAJHR* Vol 10 103-121.

548 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 125; Woolman 1994 *SAJHR* Vol 10 64.

sosiaalstaatbeginsel vir die Duitse Grondwet en die beleidsdirektiewe vir die Indiese Grondwet.⁵⁴⁹ In albei hierdie regstelsels skep dit die hermeneutiese beginselgrondslag ingevolge waarvan groter beskerming aan individuele regte deur die howe verleen word in die strewe na bevordering van sosiale geregtigheid. Weens die kriptiese bewoording van die demokrasiebeginsel in die Grondwet is 'n letterlike konstruksie daarvan onvanpas en 'n teleologiese evolusionêre interpretasie aangewese.

Die aard van die toekomstige Suid-Afrikaanse samelewing en onderliggende waardesstelsel word in hierdie fundamentele waardemaatstaf gevisualiseer as 'n oop en demokratiese samelewing wat in die 1993 Grondwet gefundeer is op vryheid en gelykheid, maar in die 1996 Grondwet op menswaardigheid, gelykheid en vryheid.⁵⁵⁰ Die 1996 Grondwet het dus die verwesenliking van menswaardigheid as die nuwe grondwaarde van die Suid-Afrikaanse regstaat gevestig. Voorts blyk dit dat die verandering in die volgorde van die fundamentele waardes van vryheid en gelykheid in die twee Grondwette, terselfdertyd die aard van die Suid-Afrikaanse demokrasie verander het. Terwyl die 1993 Grondwet 'n liberale demokrasie gevisualiseer het waarin individuele vryheid die hoogste beskermde regsgoed was, bevestig die 1996 Grondwet dat Suid-Afrika 'n sosiale demokrasie nastreef waarin die individu se inherente menswaardigheid optimaal verwesenlik moet word. Die verhouding tussen die twee elemente van vryheid en gelykheid sal op die lange duur deurslaggewend wees vir die toekomstige sukses van die handves van fundamentele regte. Enersyds staan die elemente inherent in konflik met mekaar wat illustratief is van die klassieke konflik tussen individuele vryheid en groter sosiale geregtigheid, maar andersyds is hierdie elemente weer wedersyds ondersteunend tot mekaar in die lig van die hoër gemeenskaplike menswaardigheidswaarborg.⁵⁵¹

Die gevisualiseerde demokrasie is nie slegs 'n kragtlose lofwaardige ideaal en vertoon nie,⁵⁵² maar vorm die normatiewe waardemaatstaf waarteen grondwetlike regspraak geskied.⁵⁵³ Hierdie demokratiese ideaal het die demokratiese

549 Davis 1994 *SAJHR* Vol 10 114-115.

550 Vgl art 33(1)(a)(ii) van die 1993 Grondwet; art 36(1) van die 1996 Grondwet.

551 *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1112C-D [253] per Sachs R (afsonderlike opinie).

552 Dit is 'n tema wat soos 'n goue draad in die Grondwet verweef is. Vgl art 35(1) van die 1993 Grondwet; arts 1(a), 7(1), 39(1)(a) van die 1996 Grondwet.

553 Vgl *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding*

oorgangsproses tot die aanname van die 1996 Grondwet versterk, en verleen meer beskerming aan die handves van fundamentele regte.⁵⁵⁴ Die demokrasiebeginsel verseker dat die Suid-Afrikaanse staatsregtelike verlede die rug gekeer word, en plaas Suid-Afrika terselfdertyd in die hoofstroom van die internasionale demokratiese handelswyse.⁵⁵⁵ Voorbeelde van hoe wat in sodanige oop en demokratiese samelewings funksioneer is die *Supreme Court* in die VSA, die *Supreme Court* van Kanada, die *BVerfG* in Duitsland, die *Privy Council* in Brittanje, en die Europese Hof vir Menseregte in Europa.⁵⁵⁶ Die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Hof verkeer dus in goeie geselskap. Die probleem is egter dat nie al hierdie hoe substantief uitvoerig aan hierdie demokratiese beginsel 'n konkrete inhoud gee nie. Die heremeneutiese waarde van die demokrasiebeginsel is dus nie duidelik omskryf nie. Daar bestaan wel eenstemmigheid dat 'n oop en demokratiese samelewing geregtig is om beskerm te word teen die ondermyning van daardie demokratiese kultuur deur 'n verbod op die misbruik van fundamentele regte te plaas.⁵⁵⁷ So byvoorbeeld kan die openbaarmaking van getuieverklarings aan beskuldigdes uit hoofde van die reg op 'n regverdige verhoor lei tot hul intimidasie. Die regulering van toegang tot getuieverklarings kan dus onder die diskresie van die verhoorhof gestel word sodat 'n balans tussen die regte van beskuldigdes en getuies verkry kan word.

(iv) Redelikheidsvereiste (Proporsionaliteit in wye sin)

aa) Toepaslikheidstoets (Rasionele verband)

In die Duitse reg word vereis dat 'n beperking toepaslik moet wees om die beoogde doel te bereik, terwyl die Kanadese reg weer 'n interne rasonale verband tussen die

Officer, Port Elizabeth Prison, and Others 1995 4 SA 631 (KH) 656C-D [46] per Sachs R (afsonderlike opinie): *The notion of an open and democratic society is ... not merely aspirational or decorative, it is normative, furnishing the matrix of ideals within which we work, the source from which we derive the principles and rules we apply, and the final measure we use for testing the legitimacy of impugned norms and conduct.*

554 Davis 1994 SAJHR Vol 10 115.

555 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 659G-661-C [51]-[54] per Sachs R (afsonderlike opinie); *Mistry v Interim National Medical and Dental Council of South Africa and Others* 1998 7 BCLR 880 (KH) 891 [18] per Sachs R.

556 Vgl *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 653C-D [19] per Kentridge WR.

557 *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 749A-D [51]-[52] per Mahomed AP. Dit herinner sterk aan die beginsel van 'n *wehrhafte Demokratie* in die Duitse reg ingevolge art 18 GG.

oogmerk en die beperking self vereis.⁵⁵⁸ Albei vereistes streef dieselfde doel na om arbitrêre, irrasionele en onregverdigte wetgewersoogmerke met beperkende regsvoorskrifte te voorkom. Hulle verskil egter in aanwending deurdat die Kanadese vereiste wyer is as die Duitse vereiste. Laasgenoemde beskou 'n beperking as toepaslik wanneer die gewenste oogmerk in die algemeen bereik word, hoewel dit egter nog nie die interne rasionaliteit van daardie keuse waarborg nie.⁵⁵⁹ In die Duitse reg sal die wetgewer groter ruimte gegun word om toepaslike oogmerke vir wetgewing - veral met betrekking tot toekomstige ekonomiese beplanning - te kies, selfs al word daardie oogmerke nie ten volle bereik nie.⁵⁶⁰ Die toets in die Duitse reg is daarom of die wetgewer oorspronklik voorsien het dat die spesifieke beperkende wet voldoende sou wees om die beplande oogmerk te verwesenlik.⁵⁶¹

Hierdie toepaslikheids- of rasonele verbandtoets is deur verskeie regters van die Konstitusionele Hof aangewend om die redelikheid van 'n beperkende wet te bepaal.⁵⁶² Regter Mahomed het byvoorbeeld drie redes verskaf hoekom die staat se motivering van afskrikking as regverdiging vir die doodstraf, nie rationeel aanvaarbaar is nie maar wel spekulatief van aard.⁵⁶³ (i) Daar bestaan geen ondersteunende empiriese bewyse of navorsing dat die doodstraf voornemende moordenaars afskrik nie; (ii) die doodstraf veronderstel dat potensiële misdadigers oor 'n onrealistiese vermoë beskik om die nadelige gevolge van hul dade te voorsien; en (iii) misdadigers dink gewoon nie hulle loop die risiko om gevang te word nie.

In die *Bhulwana*-saak het Regter O'Regan weer die vermoede van handel in dagga as 'n onredelike, onregverdigte en nie noodsaaklike beperking van die onskuldsvermoede bestempel.⁵⁶⁴ Dit blyk egter by nadere ondersoek dat sy eintlik die vermoede as onvanpas beskou het. Hoewel sy die beperkende vermoede se oogmerk van die bestryding van dwelmshandel aanvaar het, bevind sy egter dat die vermoede nie daardie oogmerke substansieel bevorder nie.⁵⁶⁵ Die staat kon nie bewys dat die

558 Vgl onderskeidelik hoofstuk 2 par 2.3.3 a), en hoofstuk 4 par 4.3.6 b) viii) *supra*.

559 De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 302-303.

560 De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 303.

561 De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 303.

562 Vgl ook Cachalia ea (reds) *Fundamental Rights* 113.

563 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 494E-H [287], 496C [293] per Mahomed R (afsonderlike opinie).

564 *S v Bhulwana, S v Gwadiso* 1996 1 SA 388 (KH) 397E-F [24] per O'Regan R.

565 *S v Bhulwana, S v Gwadiso* 1996 1 SA 388 (KH) 396B-C [20] per O'Regan R.

vermoede wel 'n groter diskresie meebring vir 'n hof tydens vonnisoplegging vir handel in dagga, as vir die besit van dagga nie.⁵⁶⁶ Nog minder kon bewys word dat die vermoede tot meer suksesvolle vervolging van dwelmshandelaars lei.⁵⁶⁷ Ten slotte was daar geen logiese verband tussen die feit dat die applikant meer as 115g dagga in sy besit gehad het, en die vermoede dat hy daarom 'n dwelmshandelaar moes wees nie.⁵⁶⁸

Regter Sachs het by geleentheid beslis dat die redelikeheidsvereiste meer behels as net die bestaan van 'n rasonale of logiese band tussen die oogmerk van die beperking, en die beperking van die betrokke fundamentele reg self.⁵⁶⁹ So byvoorbeeld kan 'n beperking wat rasonaal betrekking het op die spesifieke oogmerk, steeds onredelik wees as dit 'n gevestigde reg soos die reg op 'n regverdige verhoor aantast.⁵⁷⁰ Dieselfde geld vir 'n arbitrêre, onregverdige of irrasionele straf,⁵⁷¹ of 'n straf wat deur middel van onredelike prosedure uitgevoer word.⁵⁷² Dit is egter aspekte van diskwalifikasie wat waarskynlik meer paslik onder die volgende twee elemente van die proporsionaliteitsbeginsel in wyse sin ressorteer.⁵⁷³

bb) Noodsaaklikheidstoets

Artikel 33(1) van die 1993 Grondwet skep oënskynlik 'n hiërargie van fundamentele regte deur tussen twee groepe regte te onderskei, dié waar die beperking slegs redelik en regverdig hoef te wees, en dié waar die beperking boonop noodsaaklik moet wees.⁵⁷⁴ Die Suid-Afrikaanse grondwetskrywers het daarmee gepoog om die

566 *S v Bhulwana, S v Gwadiso* 1996 1 SA 388 (KH) 396C-H [21] per O'Regan R.

567 *S v Bhulwana, S v Gwadiso* 1996 1 SA 388 (KH) 391-397A [22] per O'Regan R.

568 *S v Bhulwana, S v Gwadiso* 1996 1 SA 388 (KH) 397B-D [23] per O'Regan R.

569 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 659E [50] per Sachs R (afsonderlike opinie).

570 *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 660F [36] per Kentridge R; *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 659E-F [50] per Sachs R (afsonderlike opinie).

571 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 437E [106] per Chaskalson P; *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and others* 1995 4 SA 631 (KH) 659F [50] per Sachs R (afsonderlike opinie).

572 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 659F [50] per Sachs R (afsonderlike opinie).

573 Vgl ook die kritiek van Woolman *Limitation* 12-33 – 12-34.

574 Soos by implikasie bevestig deur Chaskalson P in *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 436C-F [104]. Vgl ook Mureinik 1994 *SAJHR* Vol 10 33 wat 'n derde groep hibriede regte

verhoogde beskerming wat sekere fundamentele belange deur middel van die streng kontroletoets in die Amerikaanse staatsreg geniet, in die 1993 Grondwet te inkorporeer.⁵⁷⁵ Hoewel hierdie analogie na die Amerikaanse reg lofwaardig is om verhoogde beskerming te bied vir sekere regte wat as wesenlik in 'n demokrasie geag word, is dit vatbaar vir die volgende kritiek:

- Dit impliseer dat sekere fundamentele regte in die handves meer fundamenteel as ander is. Hierdie argument is onlogies en teenstrydig met die hele bestaansrede van 'n verskanste katalogus van fundamentele regte in 'n geskrewe en verhewe grondwet. 'n Handves van fundamentele regte se onderskeidende kenmerk lê juis daarin dat die mees kosbare en beskermingswaardige waardes van 'n demokrasie daarin verskans word as verhewe, fundamentele en onmiddellik afdwingbare regsnorme. Dit is juis hierdie *sui generis* karakter van fundamentele regte wat dit onderskei van ander regte wat nie dieselfde beskerming en regsrag geniet nie.
- Die gradering van sommige fundamentele regte as meer beskermingswaardig as ander is teenproduktief, omdat dit die aansien en respek van sekere regte, en eventueel die hele handves, aantast en verminder.
- Die keuse van onderskeid tussen meer en minder fundamentele regte is meganies en arbitrêr sonder om voorsiening te maak vir die ryke onderlinge manifestasies en interaksies van die verskillende regte se beskermingsvelde. So byvoorbeeld geniet persvryheid en vryheid van spraak minder beskerming as gewetensvryheid, terwyl al drie regte wesenlik belangrik vir 'n oop en demokratiese samelewing is.⁵⁷⁶
- Ten einde die eise van die strengere noodsaaklikheidstoets te akkommodeer, ontstaan die gevaar dat die redelikeheidsvereiste (proporsionaliteitsbeginsel) afgeskaal kan word.⁵⁷⁷

identifiseer wat intermediêre beskerming geniet. Vgl oor die hiërargie van regte par 6.3.6 d) *supra*.

575 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 126-128; Woolman 1994 *SAJHR* Vol 10 66-71; Woolman *Limitations* 12-9 - 12-11; Cachalia ea (reds) *Fundamental Rights* 109-110.

576 Mureinik 1994 *SAJHR* Vol 10 34.

577 Devenish 1995 *SAPR* Vol 10 136.

- Die kombinasie van fundamentele elemente van twee uiteenlopende metodologiese benaderings, naamlik die (Amerikaanse) eenstap konkretiseringsbenadering en die (Kanadese, Europese en Duitse) tweestap konkretiseringsbenadering, lei noodwendig tot inherente strukturele spanning in artikel 33(1) van die 1993 Grondwet. Dit is veral die geval waar hierdie kombinasie van elemente boonop op 'n besondere onbuigsame en voorskriftelike wyse soos in artikel 33(1) gepositieer is. Daar moet voorts ook gelet word op die unieke historiese en kontekstuele invloede wat die verskuivende beperkingsvereistes in die Amerikaanse reg beïnvloed, voordat daardie stelsel sonder meer na Suid-Afrika oorgedra word.⁵⁷⁸
- Die onderskeid tussen hierdie verskillende beperkingsvereistes vir verskillende fundamentele regte is tot so 'n mate verwarrend, onprakties en onnodig,⁵⁷⁹ dat dit in artikel 36(1)(e) van die 1996 Grondwet met 'n eenvormige maatstaf vir die beperking van alle fundamentele regte vervang is.
- Die Konstitusionele Hof het boonop die verskillende verskuivende beperkingsvlakke wat in die Amerikaanse reg voorkom, verwerp.⁵⁸⁰

Die noodsaaklikheidsvereiste in die 1993 Grondwet geld nie afsonderlik van die redelikheidsvereiste nie en geld boonop nie slegs vir die hoër kategorie regte, soos 'n letterlike konstruksie van artikel 33(1) te kenne gee nie.⁵⁸¹ Omdat artikel 33(1)(a) se redelikheidsvereiste deel van die proporsionaliteitsbeginsel in wye sin vorm, beteken

578 Woolman *Limitations* 12-10.

579 Vgl die verskillende uitlegmoontlikhede in De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 307-308.

580 Vgl *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1090A-B [181] per Chaskalson P (meerderheidsuitspraak).

581 *The requirement of reasonableness and justifiability which attaches to some of the s 33 rights clearly envisages a less stringent constitutional standard than does the requirement of necessity. In both cases, the enquiry concerns proportionality: to measure the purpose, effects and importance of the infringing legislation against the infringement caused. In addition, it will need to be shown that the ends sought by the legislation cannot be achieved sufficiently and realistically by other means which would be less destructive of entrenched rights. Where the constitutional standard is necessity, the considerations are similar, but the standard is more stringent.* Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 509F-H [339] per O'Regan R (afsonderlike opinie). Vgl ook *S v Mbatha, S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH) 479A-E, G [26]-[27] per Langa R; *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 661E [56] per Sachs R (afsonderlike opinie); De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 370-371.

dit dat die noodsaaklikheidstoets in die 1993 Grondwet inderwaarheid vir alle fundamentele regte geld. (Hierdie beginsel word deur die algemeengeldende noodsaaklikheidsvereiste in artikel 36(1)(e) van die 1996 Grondwet bevestig.) Artikel 33(1) van die 1993 Grondwet se aanwysings word egter nie deur die regters geïgnoreer nie, omdat die Hof twee vlakke van die noodsaaklikheidstoets onderskei. Die staat moet eerstens by daardie regte wat nie in artikel 33(1)(b)(aa) en (bb) vervat is nie (die sogenaamde "minder beskermingswaardige regte"), bewys dat daar nie 'n minder skadelike metode of middel bestaan om dieselfde doel te bereik nie. Tweedens word by die regte wat wel in artikel 33(1)(b)(aa) en (bb) vervat is (die sogenaamde "meer beskermingswaardige regte"), dieselfde argumente as by die eerste groep gevolg met die verskil dat daar aan 'n hoër standaard voldoen moet word. By die tweede groep regte word die ondersoek na alternatiewe en minder skadelike keuses belangriker, terwyl die outomatiese aanvaarding van die wetgewer se keuse om die oogmerk van die beperkende regsvoorskrif te bereik, verminder.

Voorts is die weerleggingslas by die tweede groep regte swaarder en meer tot voordeel van die instandhouding van die fundamentele reg. Dit maak egter steeds nie elke regulering van individuele vryheid ongedaan nie, maar impliseer slegs dat die staat eers hierdie spesiale swaarder standaard moet handhaaf.⁵⁸² Laasgenoemde dui egter nie op 'n moeilike formele bewyslas soos in die straf- of burgerlike prosesreg nie, maar beteken dat die Hof self moet ondersoek doen en in die lig van al die beskikbare getuienis oortuig moet wees dat die beperking wel aan die noodsaaklikheidsvereiste van artikel 33(1) van die 1993 Grondwet voldoen.⁵⁸³ Die noodsaaklikheidsvereiste is dus 'n buigbare maatstaf wat die proporsionaliteitsgraad van die beperkingsmetode aandui ten einde 'n dwingende en legitieme openbare doel te bereik.⁵⁸⁴

582 Vgl *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 662A-B [56] per Sachs R (afsonderlike opinie).

583 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 662A [56] per Sachs R (afsonderlike opinie).

584 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 662D-664B [57]-[60] per Sachs R (afsonderlike opinie). Vgl juis Sachs R *in casu* 664B-H [60] se voorlopige formulering van 'n eie Suid-Afrikaanse inhoud aan die noodsaaklikheidsvereiste na inkorporering van internasionale gesag: *The requirement that the limitation should be not only reasonable but also necessary would call for a high degree of justification. It would also reduce the margin of appreciation or discretion which might otherwise be allowed to Parliament. Personal freedom would have to be regarded as a core value not lightly to be interfered with. In particular, any physical restraints*

cc) *Margin of appreciation*

Die noodsaaklikheidstoets verteenwoordig een van die tergendste probleme vir regters tydens die beoordeling van die proporsionaliteit van 'n regsvoorskrif se beperking van fundamentele regte. Dit is naamlik die vraag in hoe verre 'n onverkose regbank die legitieme keuses van 'n demokraties verkose wetgewer kan beoordeel vir alternatiewe en minder skadelike beperkingsmoontlikhede.⁵⁸⁵ Hoe groot moet die *margin of appreciation* wees wat die regbank aan die wetgewer laat? Hoe moet 'n regter die beperking van individuele vryheid in die naam van sosiale en ekonomiese redes benader, sonder om skuldig te wees aan die gediskrediteerde regterlike ooraktivisme van *Lochner v New York*?⁵⁸⁶

*imposed by State coercion would have to be looked at very closely. ... The public interest served ... would have to be so pressing or compelling as clearly to outweigh the indignity and loss of freedom. [T]he law would not be permitted to impose restrictions or burdens going beyond what would be strictly required. ... This is not to say that an impossibly high threshold would have to be established which effectively ruled out genuine weighing by Parliament of reasonable alternatives within the broad bracket of what would not be unduly oppressive in the circumstances. The requirement of finding the 'least onerous solution' would not therefore have to be seen as imposing on the Court a duty to weigh each and every alternative with a view to determining precisely which imposed the least burdens. What would matter is that the means adopted by Parliament fell within the category of options which were clearly not unduly burdensome, overbroad, or excessive, considering all the reasonable alternatives. Vgl ook *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1061G-1061I [126]-[127] per Ackermann R.*

585 Vgl Davis 1994 *SAJHR* Vol 10 103-121 vir verskillende teoretiese benaderings oor die balansering van die regterlike kontrole kompetensie met die beginsel van demokrasie in die VSA en Indië.

586 Vgl *Lochner v New York* 198 U.S. 45 (1905). Sien in die verband juis die debat tussen Chaskalson P en Ackermann R in *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1087A-C [174], 1089F-H [180], 1090C-1091A [182]-[184]. Chaskalson P meen dat Ackermann R die uitgediende maatstawwe van *Lochner* toepas in sy konstruksie van art 11(1) as 'n onbeperkte residuele individuele vryheidswaarborg. Dit sou nl lei tot 'n ooraktivistiese graad van regterlike kontrole van normale wetgewende handeling (regulering en hervederling) in die moderne industriële staat. Dit is ongrondwetlike inmenging met die demokratiese proses wat in wese politieke aangeleentheid is. Chaskalson P se verwysing na *political questions* moet egter met omsigtigheid benader word in die lig van die gevestigde inhoud van daardie term in die Amerikaanse regsteorie. Die *political question* leerstuk is buitendien in die Kanadese reg verwerp (vgl hoofstuk 4 par 4.2.6 g). Die leerstuk is eweneens teenstrydig met die regstaatidee in arts 4 en 7(1) van die 1993 Grondwet en arts 2 en 8(1) van die 1996 Grondwet en is daarom nie van toepassing in die Suid-Afrikaanse staatsreg nie. Hoewel Chaskalson P oor 'n wesenlike probleem bekommerd is, lig hy dit teenoor die verkeerde argument, omdat Ackermann R se konstruksie nie binne die konteks van *Lochner* val nie. Die verskil tussen die twee regters se argumente is in die eerste plek 'n verskil in hermeneutiese aanslag – Chaskalson P vanuit die Amerikaanse en Ackermann R vanuit waarskynlik die kontinentale en veral die Duitse reg. Boonop kan geargumenteer word dat Ackermann R vanuit hierdie hermeneutiese raamwerk juis voldoen aan die grondwetlike konkretiseringsopdrag van fundamentele regte in 'n materiële regstaat en daarmee getrou is aan die Grondwet se grondwaardes.

Enkele riglyne kan met behulp van regsvergelyking gevind word. In die Duitse reg word 'n wye beoordelingsmaatstaf aan die wetgewer oorgelaat om 'n geskikte keuse vir die oplossing van 'n probleem te kies.⁵⁸⁷ Die beperkende wet word egter as ongrondwetlik beskou as fundamentele grondwetlike waardes aangetas word, of as dit vir die Hof duidelik is dat die wetgewer reeds tydens aanname van die wet oor 'n soortgelyke maar minder skadelike middel beskik het, of as dit *ex post facto* nadat die wet toegepas is, blyk dat daar 'n minder skadelike moontlikheid bestaan het. Hoewel die noodsaaklikheidsvereiste die moeilikste element van die proporsionaliteitstoets in die Kanadese reg is, het die hofe nogtans 'n wye besluitnemingsruimte aan die wetgewer toegeken.⁵⁸⁸ Die probleem het egter in die Kanadese reg bestaan dat die streng mins-benadelende-keuse van beperkende wetgewing sou impliseer dat regters die wetgewer se terrein sou betree. Hierop is dit vir 'n minder streng toets verruil wat groter bewegingsruimte vir die wetgewer verskaf het maar die risiko ingehou het dat belangrike fundamentele regte deur die hofe versak is.⁵⁸⁹ Laasgenoemde vrees het die 1993 Grondwet se skrywers gedwing om sekere regte aan die strengere noodsaaklikheidstoets in artikel 33(1)(b) onderhewig te stel.⁵⁹⁰

Die *margin of appreciation* leerstuk wat in die EMRK se regspraak ontwikkel is, sal egter nie direkte toepassing in die Suid-Afrikaanse reg vind nie. Die Europese Hof vir Menseregte is 'n supra-nasionale hof op volkeregtelike vlak wat ooreenkomstig 'n multilaterale verdrag die munisipale reg van lidstate beoordeel. In Suid-Afrika beskik regters egter oor 'n uitdruklike toetsingskompetensie van owerheidshandelinge en sal hulle beoordeling daarvan inherent van hul onderskeie regsfilosofiese beskouings van hierdie regterlike taak in 'n sosiale regstaat aan die begin van die een-en-twintigste eeu afhang.

Die beoordeling van die noodsaaklikheid van die beleidskeuses van die staatsowerheid ter beperking van fundamentele regte, is in die finale instansie so belangrik dat Kruger dit inderdaad as die ware konkretiseringsfase van fundamentele

587 Vgl hoofstuk 2 par 2.3.3 a); De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 304.

588 Vgl hoofstuk 4 par 4.3.6 b) ix).

589 Vgl hoofstuk 4 par 4.3.6 b) ix); Woolman *Limitations* 12-8.

590 Woolman *Limitations* 12-8 – 12-9.

regte beskou.⁵⁹¹ Regter Chaskalson het die Kanadese (en by implikasie die Duitse) regsposisie gevolg deur te beslis dat dit nie die taak van die hof is om die wysheid van die wetgewer se keuses te bevraagteken nie.⁵⁹² Solank die wetgewer een van verskeie redelike moontlikhede kies, sal die Hof dit respekteer. Wanneer die wetgewer egter onredelik handel, sal die Hof, as finale beskermer van individue se fundamentele regte, nie skroom om in te gryp nie.⁵⁹³

(vi) Balansering

aa) Proporsionele gevolgtuets

Die beregting van konflikterende belange word met behulp van die leerstuk van proporsionaliteit opgelos, wat beteken dat daardie belange teenoor mekaar afgeweeg of gebalanseer word.⁵⁹⁴ Die term proporsionaliteit word egter op 'n verwarrende wyse deur verskillende regters in verskillende sake gebruik. Daar heers byvoorbeeld onsekerheid of die balansering van konflikterende belange spesifiek met behulp van die proporsionaliteitsbeginsel in wye sin,⁵⁹⁵ of spesifiek met die proporsionaliteitsbeginsel in enge sin beoordeel word.⁵⁹⁶ Waarskynlik is beide dimensies relevant deurdat die proporsionaliteitsbeginsel in wye sin die konseptuele raamwerk vorm waarin die balansering van konflikterende belange in die vorm van

591 Vgl Kruger *Wordingsproses* 253 se stap 5.

592 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 436F [104], 437G-438B [107] per Chaskalson P. Met verwysing na paslike Kanadese gesag vervolgt hy: *In Irwin Toy Ltd v Quebec (Attorney-General)*, Dickson CJ cautioned that courts 'must be mindful of the legislature's representative function'. *In Reference Re ss 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man)*, it was said that 'the role of the Court is not to second-guess the wisdom of policy choices made by ... legislators'; and in *R v Chaulk*, that the means must impair the right 'as little as is reasonably possible'. Where choices have to be made between 'differing reasonable policy options', the courts will allow the government the deference due to legislators, but '(will) not give them an unrestricted licence to disregard an individual's Charter Rights. Where the government cannot show that it had a reasonable basis for concluding that it has complied with the requirement of minimal impairment in seeking to attain its objectives, the legislation will be struck down'.

593 *S v Mbatha, S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH) 479A-E [26] per Langa R.

594 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 449A [138] per Chaskalson P, 499B [304] per Mokgoro R, 510D-E [342] per O'Regan R, 513A-C [355] per Sachs R.

595 Vgl bv *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 436C-F [104] per Chaskalson P, as hy die algemene grondbeginsels van art 33(1) van die 1993 Grondwet bekendstel. Hierteenoor het Mahomed AP in *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 745E-F [42], die balanseringsproses selfs wyer as die proporsionaliteitsbeginsel in wye sin beskou toe hy balansering gelyk gestel het met al vier vereistes van artikel 33(1). Daarmee sluit hy die wesenlike inhoudwaarborg in.

596 Sien *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) op 449A [138] per Chaskalson P, wat verwys na die *doctrine of proportionality* as hy die oogmerke van die doodstraf teenoor die

die proporsionele gevolgoets (proporsionaliteit in enge sin) geskied. Die balanseringsproses (proporsionele gevolgoets of proporsionaliteit in enge sin) beteken dus dat die doel, gevolge en belang van die beperkende wetgewing op die een kant van die skaal geplaas word, en die aard en gevolge van die beperking op die fundamentele reg op die ander kant.⁵⁹⁷ Die balanseringsproses geskied dan, in die woorde van Regter O'Regan soos volg: *[t]he more substantial the inroad into fundamental rights, the more persuasive the grounds for justification must be.*⁵⁹⁸ Dit is dus noodsaaklik om die praktiese effek van 'n beperking op die betrokke fundamentele reg vas te stel alvorens die proporsionaliteit van die beperking bepaal kan word.

bb) Waarde-oordele as balanseringsmetode

Die balansering van konflikterende belange geskied deur middel van die uitoefening van 'n waarde-oordeel om die mate van proporsionaliteit in 'n bepaalde geval te bereik.⁵⁹⁹ (Waardes dui op die verwoording van *Leitideen* of "hoër" kwaliteite waaraan regsnorme in ideale omstandighede behoort te voldoen (*Sollensprinzipien*) soos etiese, morele en vir sommige persone selfs religieuse maatstawwe.⁶⁰⁰) Dit moet in gedagte gehou word dat die uitoefening van waarde-oordele nie slegs beperk is tot die tweede stap van die konkretiseringsproses waar die proporsionaliteit van die beperking bepaal word nie, maar dat dit ook tydens die eerste stap voorkom wanneer beslis moet word of daar inderdaad 'n beperking van die fundamentele reg plaasvind

gevolge daarvan met behulp van die balanseringsproses evalueer.

597 *S v Bhulwana, S v Gwadiso* 1996 1 SA 388 (KH) 395G [18] per O'Regan R; *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 657F [89] per Langa R. Dit is dus die dieselfde toets wat telkens as die laaste stap van die beperkingsproses in die Kanadese-, Duitse- en EMRK-reg toegepas word, asook algemeen in die balansering van konflikterende belange in die VSA gevind word. Vgl hoofstuk 2 par 2.2.6 f) en 2.3.3. a); hoofstuk 3 par 3.3.4 b) en 3.4.4 b); hoofstuk 4 par 4.3.4 f) en 4.3.6 b) xi); hoofstuk 5 par 5.3.5 b) vi) en 5.4.8 c) iii). De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 306-307 meen egter dat hierdie stap nie 'n baie belangrike rol in die Duitse of Kanadese reg speel nie, maar wel in die VSA en in SA. Dit is die huidige skrywer se submissie dat daar met vrymoedigheid aanvaar kan word, dat hierdie stap deurslaggewend in die SA reg sal wees, soos die onderhawige bespreking inderdaad aandui.

598 *S v Bhulwana, S v Gwadiso* 1996 1 SA 388 (KH) 395H [18] per O'Regan R.

599 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 499B [304] per Mokgoro R (afsonderlike opinie): *To achieve the required balance will of necessity involve value judgments. This is the nature of constitutional interpretation.* Inteendeel, die interpretasie van fundamentele regte as sodanig bestaan uit die neem van waarde-oordele, aldus Langa R in *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 639F [22].

600 Vgl die beskrywing van Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 12 vt 57.

al dan nie.⁶⁰¹

Waarde-oordele is onvermydelik omdat 'n volle harmonie tussen verskillende fundamentele regte of belange nooit in absolute sin moontlik is nie.⁶⁰² Waarde-oordele kan as die ideale manier beskou word vir die uitoefening van keuses tussen verskillende grondwetlike waardes in teenstelling met die tradisionele uitlegmetodes wat in 'n regspositivistiese tradisie staan.⁶⁰³ Die vraag is bloot hoe geskied hierdie balanseringsproses sodat dit rasioneel regverdigbaar is. Regter Chaskalson het 'n vaste eenvormige standaard vir alle gevalle verwerp ten gunste van 'n beginselbenadering wat na gelang van die feite van elke saak toegepas word.⁶⁰⁴ Die beginselbenadering beteken dat pragmatiese oorwegings van die owerheidsadministrasie ligter sal weeg as die erodering van fundamentele grondwetlike beginsels.⁶⁰⁵ Dit impliseer egter nie eenvoudig 'n formele of akademiese analise, of bloot 'n *ad hoc* tegniese benadering nie. Die "sinergetiese" of wedersydse verhouding tussen eensyds die fundamentele reg en gepaardgaande grondwetlike waardes en andersyds die werklikheidskonteks van 'n spesifieke saak, moet deur die hermeneut verklaar word.⁶⁰⁶ Die rol van teleologiese argumente oor die aard en invloed van die beperking op die fundamentele reg en grondwetlike waardes is opmerklik.⁶⁰⁷ 'n Suiwer juridiese maatstaf is egter nie voldoende nie. Slegs die fel van moeilike waarde-oordele, in 'n proses waarin logika en gevestigde presedente weinig hulp verskaf, bied 'n oplossing.⁶⁰⁸ In daardie geval moet die regter die

601 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 492G-J [278] per Mahomed R (afsonderlike opinie).

602 *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1017D [53] per Ackermann R (minderheidsuitspraak).

603 Vgl Kruger 1991 *SAPR* Vol 6 290-296. Vgl hierteenoor bv Mischke 1993 *SAPR* Vol 8 346-351 wat juis deur dekonstruksie aantoon dat die verskil tussen waarde-oordele en regspositivistiese metodes nie noodwendig so groot is nie

604 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 436C-D [104] per Chaskalson P.

605 *S v Mbatha, S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (KH) 475F-479A [19]-[26] per Langa R; *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 886I-887B [39] per Mahomed R (meerderheidsuitspraak).

606 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 656D-E, vt 45 [46] per Sachs R (afsonderlike opinie). Vgl ook Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 28-29.

607 Sien bv *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 657F-658E [89]-[91] per Langa R; *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 745G-751H [42]-[55] per Mahomed R; *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 643B-644H [12]-[14] per Kriegler R.

608 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 656E-657A vt 46, 47 [46] per Sachs R (afsonderlike opinie).

samelewingswaardes nie as blote abstrakte Platoniese ideale beskou nie, maar moet daardie waardes konkreet op al die verskillende belange in die konteks van die spesifieke saak toegepas word. Dit geskied in 'n balanseringsproses wat beskryf kan word as *a structured and disciplined value judgement*.⁶⁰⁹

cc) Balanseringsmaatstaf

Omdat die fel van waarde-oordele nie 'n suiwer juridiese proses is nie, ontstaan die vraag welke waardemaatstaf inderdaad 'n objektiewe rasonale regterlike oordeel kan waarborg.⁶¹⁰ Die 1993 en 1996 Grondwette verskaf reeds die antwoord in die vorm van onderskeidelik artikel 35(1) en artikel 39(1) se interpretasievoorskrifte. Hierdie bepalinge bevorder die waardes wat kenmerkend is van eerstens 'n oop en demokratiese samelewing wat gegrond is op menswaardigheid, gelykheid en vryheid (in die volgorde van die 1996 Grondwet), en tweedens van die volkereg. Artikels 35(1) van die 1993 Grondwet en 39(1) van die 1996 Grondwet vorm dus 'n duidelike hermeneutiese standaard vir die konkretisering van fundamentele regte tydens die balansering van opponerende belange.⁶¹¹ Hierdeur word 'n objektiewe en rasonale waarde-maatstaf voorgeskryf ten einde te verseker dat regters se subjektiewe morele beskouinge en gevoelens nie deurslaggewend is tydens inhoudgewing aan waarde-oordele nie.⁶¹² Die objektiewe toets vra hoe 'n redelike persoon in daardie

609 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 657A-C [46] per Sachs R (afsonderlike opinie).

610 Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 15-18 kritiseer egter hierdie strewing na objektiwiteit as teenpool van subjektiwiteit wat substantiewe juridiese argumentasie klaarblyklik te alle tye behoort te vermy. Hy meen dat kritiese subjektiwisme 'n noodwendigheid is tydens die oorweging van die substantiewe politieke en morele argumente (waardes) wat inherent deel vorm van die interpretasie van fundamentele regte.

611 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 504I [322] per O'Regan R. Die waarde-oordele in die Namibiese regspraak bevestig dieselfde hermeneutiese standarde, [which] requires objectively to be articulated and identified, regard being had to the contemporary norms, aspirations, expectations and sensitivities of the people as expressed in its national institutions and its Constitution, and further having regard to the emerging consensus of values in the civilised international community. Soos aangehaal in *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 639F-640A [22] per Langa R.

612 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 472D-I [198]-[199] per Kentridge WR. Vgl ook *in casu* 492G-I [278] per Mahomed R wat die objektiwiteit van sy oordeel soos volg motiveer: *Undoubtedly, this conclusion does involve in some measure a value judgement, but it is a value judgement which requires objectively to be formulated, having regard to the ordinary meaning of the words used in s 11(2); its consistency with the other rights protected by the Constitution and the constitutional philosophy and humanism expressed both in the preamble and the post-amble to the Constitution; its harmony with the national ethos which the Constitution identifies; the historical background to the structures and objectives of the Constitution; the*

omstandighede die waarde-oordeel sou uitgeoefen het - 'n *bona fide* subjektiewe keuse is dus nie voldoende nie.⁶¹³ Die Hof argumenteer dat regters juis uit hoofde van hul opleiding en ervaring bewus is van die risiko van ontoelaatbare subjektiewe invloede en dit gevolglik kan vermy.⁶¹⁴ Die strewe na objektiwiteit word ook verseker deur regterlike deursigtigheid wanneer die grondslag van regterlike waarde-oordele bekend gemaak en aan kritiek blootgestel word.⁶¹⁵

dd) Waarde-inhoud van die handves

Artikel 35(1) van die 1993 Grondwet verplig die Hof om slegs daardie waardes te bevorder wat onderliggend is aan 'n oop en demokratiese samelewing wat op vryheid en gelykheid (menswaardigheid, gelykheid en vryheid in die 1996 Grondwet) gefundeer is, asook om regsvergeelyking na erkende internasionale menseregtestandaarde en toepaslike buitelandse presedente te doen.⁶¹⁶

Die Konstitusionele Hof het hierdie waardes van artikel 35(1) van die 1993 Grondwet in vier bronne gevind. Eerstens word dit gevind in die Grondwet se dominante transformasie en oorbruggingstema vanaf 'n onregverdige en gewelddadige verlede na 'n toekoms wat gegrond is op geregtigheid en menseregte. Dit word in die historiese en genetiese konteks van die 1993 Grondwet gevind soos dit verwoord is in die geheel

discipline of proportionality to which it must legitimately be subject; the effect of the death sentence on the right to life protected by the Constitution; its inherent arbitrariness in application; its impact on human dignity; and its consistency with constitutional perceptions evolving both within South Africa and the world outside with which our country shares emerging values central to the permissible limits and objectives of punishment in the civilised community.

613 *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 751A-B [55] per Mahomed R.

614 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) op 462C-D [177] per Didcott R. Dit is 'n standpunt wat juis heftig deur die *Critical Legal Studies* in die VSA betwis word. Vgl hoofstuk 3 par 3.5.2 c). Vgl ook *in casu* 476 [207]) Kriegler R se siening van die aangewese regterlike metode vir die fel van waarde-oordele: *The question is what the Constitution says about it [the death penalty]. In answering that question the methods to be used are essentially legal, not moral or philosophical. To be true the judicial process cannot operate in an ethical vacuum. After all, concepts like 'good faith', 'unconscionable' or 'reasonable' import value judgements into the daily grind of courts of law. And it would be foolish to deny that the judicial process, especially in the field of constitutional adjudication, calls for value judgments in which extra-legal considerations may loom large. Nevertheless, the starting point, the framework and the outcome of the exercise must be legal. ... The incumbents are Judges, ... their discipline is the law, not ethics or philosophy and certainly not politics.*

615 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 499E [304] per Mokgoro R (afsonderlike opinie).

616 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 472A [198] per Kentridge WR, 499E [304] per Mokgoro R (afsonderlike opinie)

van die Grondwet, maar veral ook in die aanhef, naskrif en die handves van fundamentele regte.⁶¹⁷ Tweedens word algemene en aanvaarde buitelandse waardes soos die norm van *evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society* in die Amerikaanse regspraak, bestudeer.⁶¹⁸ Derdens word die groeiende internasionale waarde-konsensus wat oor die beskerming van menseregte ontwikkel, geraadpleeg.⁶¹⁹ Vierdens word die inheemse waarde-stelsel van Afrika bestudeer wat gemeenskaplik aan die totale Suid-Afrikaanse samelewing is soos die *ubuntu*-waarde-konsep.⁶²⁰ Ten einde laasgenoemde te konstrueer moet die afgeskepte Afrika-bronne oor die inheemse reg van Suid-Afrika bewustelik geraadpleeg word.⁶²¹ *Ubuntu* impliseer dat die Grondwet nie slegs die skeidings tussen die verlede en hede oorbrug nie, maar ook 'n interkulturele brug bou deur wedersyds uit te reik na beide Westerse en Afrika waardes, waaruit 'n nuwe gemeenskaplike demokratiese waarde-stelsel vir die Suid-Afrikaanse samelewing geskep kan word.⁶²²

Artikel 36(1) van die 1996 Grondwet sluit met enkele veranderinge aan by die waarde-inhoud van artikel 35(1) van die 1993 Grondwet, om die waarde-maatstaf vir die nuwe handves van fundamentele regte te vorm. Artikel 36(1) se veranderende waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid, bevestig egter die begin van 'n nuwe waarde-orde vir die konkretisering van fundamentele regte in Suid-Afrika. Eerstens moet alle fundamentele regte komplementêrend tot die strewe na

617 *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 740B-C [35] per Mahomed R; *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 498G-I [301] per Mokgoro R (afsonderlike opinie); *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 914A [112] per Sachs R (afsonderlike opinie).

618 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 472G-J [199] per Kentridge WR (afsonderlike opinie), 480D [222] per Langa R (afsonderlike opinie).

619 *S v Williams and Others* 1995 3 SA 632 (KH) 644B-C [37], 644E-F [39], 648C-D [50] per Langa R.

620 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 499E-G [304], 500H-I [307] per Mokgoro R (afsonderlike opinie), 514B [361], 516G-518D [374]-[382] per Sachs R (afsonderlike opinie). Vgl die treffende en kleurrike omskrywings van die verskillende dimensies van *ubuntu* in *S v Makwanyane and Another* *ibid* 481B-D [224] per Langa R, 484A [237] per Madala R, 488F-H [263] per Mahomed R, 501C-E [308] per Mokgoro R.

621 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 514H-515A [365]-[366] per Sachs R (afsonderlike opinie): *Redressing the balance in a conceptually sound, methodologically secure and functionally efficient way will be far from easy. Extensive research and public debate will be required. Legislation will play a key role; and indeed the Constitution expressly acknowledges situations where legal pluralism based on religion can be recognised ... and where indigenous law can be applied.*

622 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 501E-F [308] per Mokgoro R. Vgl ook Heyns 1995 SAJHR Vol 11 252-263 vir die interaksie tussen die menseregte-waardes van die

menswaardigheid geïnterpreteer word, en tweedens vind daar 'n verskuiwing van 'n liberale na 'n sosiale demokrasie plaas. Volgens artikel 7(1) van die 1996 Grondwet vorm hierdie waardes die hoeksteen van die nuwe demokrasie in Suid-Afrika. Hierdie waardes van die handves moet egter teen die agtergrond van die breër grondliggende (*founding*) waardes van die Grondwet in geheel geles word wat in artikel 1 uiteengesit word. Dit sluit ook die waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid in artikel 1(a) in. Daar bestaan dus twee groepe waardes wat, hoewel dit by mekaar aansluit, ook van mekaar onderskei moet word.⁶²³ Artikel 1 se waardes is meer grondliggend, dit vorm die grondslag vir die nuwe Suid-Afrikaanse demokratiese regstaat. Die handves se waardes is egter ingevolge artikel 7(1) die belangrikste bousteen, die hoeksteen, van hierdie demokrasie. Hierdie onderskeid word bevestig deur artikel 74(1) van die 1996 Grondwet wat artikel 1 se waardes sterker teen verandering verskans as wat artikel 74(2) die amending van die handves reguleer.

Venter identifiseer hierop vier groepe teenstrydige waardes in die 1996 Grondwet wat die interpretasie daarvan wesenlik sal beïnvloed as dit teenoor mekaar gebalanseer moet word.⁶²⁴ Hy verwys na die klem op gelykheid teenoor regstellende optrede,⁶²⁵ die beskerming van individuele vryheid teenoor omvattende beskerming van sosiale en ekonomiese regte,⁶²⁶ die voorkoms van direkte demokrasie in die vorm van openbare deelname aan wetgewende en beleidmakende prosesse en in aanstellingsprosedures in openbare ampte,⁶²⁷ en die bevordering van nasionale eenheid te midde van die beskerming van die kulturele verskeidenheid.⁶²⁸

ee) Ongeskrewe grondwetlike waardes

Artikel 35(1) geles met artikel 4 van die 1993 Grondwet en artikels 7(1) en 39(1) geles met artikels 1 en 2 van die 1996 Grondwet, bevestig juis die *sui generis* karakter van die Grondwet as die grondliggende omvattende waarde- en normsisteem

EMRK en van Afrika.

623 *Minister of Justice v Ntuli* 1997 3 SA 772 (KH) 782F-783A [32] per Chaskalson P.

624 Vgl Venter 1997 *ZaöRV* Vol 57 52.

625 Vgl arts 9, 195(1)(i), 217(2) van die 1996 Grondwet.

626 Vgl arts 26, 27 van die 1996 Grondwet.

627 Vgl arts 59(1)(a), 195(1)(e), 193(6) van die 1996 Grondwet.

628 Vgl arts 185(1)(b) van die 1996 Grondwet.

wat die hele regsorde bind.⁶²⁹ Elders is reeds aangetoon dat hierdie *sui generis* karakter van die Suid-Afrikaanse *Grundnorm* Grondwet met behulp van 'n eiesoortige interpretasiebenadering verstaan word, naamlik deur middel van 'n wisselwerking van veral die sistematies-kontekstuele en teleologies-waardegerigte kanons van konstruksie. Hierdie waarde-stelsel wat in artikel 35(1) van die 1993 Grondwet en artikels 7(1) en 39(1) gelees met artikel 1 van die 1996 Grondwet verwoord word, strek wyer as die teks van die Grondwet, omdat daar onderliggend aan die teks 'n reeks geïmpliseerde waardes is waarop die Grondwet se waardes begrend word.⁶³⁰ Dit is juis hierdie ongeskrewe onderliggende waarde-stelsel wat Kruger as die "ongeskrewe teks" van die Grondwet beskryf.⁶³¹

Hierdie standpunt word uitdruklik deur die bewoording van artikel 35(1) van die 1993 Grondwet, en artikels 1, 36(1) en 39(1)(a) van die 1996 Grondwet bevestig. Die omvang, identifikasie en rol van hierdie ongeskrewe waardes onderliggend aan die Grondwet tydens die konkretisering van fundamentele regte, is 'n kontensieuse saak waaroor heelwat onsekerheid bestaan. Die gevaar is dat 'n onvoltooide, onbegronde en ongeskrewe waarde-begrip, bewustelik of onbewustelik, die geleentheid skep dat regters se persoonlike voorkeure, vooroordele en ander subjektiewe invloede aangebied kan word tydens die uitoefening van regterlike waarde-oordele as algemeengeldende grondwetlike waardes. Tewens, hierdie gevaar vorm juis die middelpunt van pogings in die kontemporêre staatsregteorie in byvoorbeeld die Duitse en Amerikaanse reg om spesifieke hermeneutiese benaderings te ontwikkel om sodanige subjektiewe invloede uit te skakel.⁶³² Hoofsaaklik drie standpunte kan voorlopig hieroor in die Suid-Afrikaanse staatsregteorie onderskei word.

(i) Die eerste standpunt word verteenwoordig deur byvoorbeeld Kruger,⁶³³ Botha,⁶³⁴ en Corder⁶³⁵ wat die belangrike rol van hierdie ongeskrewe grondwetlike waardes tydens grondwetlike konstruksie beklemtoon, maar nie voorsien dat dit subjektief deur regters vanuit die natuurreg aangevul kan word nie. Die waarde-

629 Vgl ook Kruger 1991 *SAPR* Vol 6 231 vt 11.

630 Kruger 1991 *SAPR* Vol 6 231.

631 Kruger 1991 *SAPR* Vol 6 231.

632 Vgl hoofstuk 2 par 2.4; hoofstuk 3 par 3.5.

633 Vgl Kruger 1991 *SAPR* Vol 6 229-238; Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 1-20.

634 Botha 1994 *SAPR* Vol 9 233-244.

635 Corder 1992 *SALJ* Vol 109 204-223.

aanvulling uit die natuurreg word liefers aan die wetgewende proses oorgelaat.⁶³⁶

Kruger lewer - volgens die mening van die huidige skrywer - 'n handige bydrae vanuit 'n grondwetlikbegronde hermeneutiese benadering wat met reg sensitief is vir die grondwetlike strewe na geregtigheid en regsekerheid. Hierdie benadering is tekenend van die regsmetode in 'n materiële en formele regstaat. Kruger glo dat regters die onderliggende grondwetlike waardes aktief kan vasstel, mits dit ooreenkomstig die beginsel van demokrasie geskied wat vereis dat die wetgewer en nie die regbank nie, primêr regsvormend te werk gaan.⁶³⁷ Regters moet voorts die ongeskrewe waardes tydens die uitoefening van waarde-oordele op 'n eenvormige wyse ontgin ten einde regsekerheid te verseker.⁶³⁸ Sodanige hermeneutiese konsekwentheid is egter slegs moontlik indien regters se waarde-oordele op 'n stewige teoretiese grondslag berus wat die *sui generis* aard van fundamentele regte en die gepaardgaande eiesoortige hermeneutiese beginsels daaromheen erken.⁶³⁹ Dit beteken dat die Grondwet as 'n logies-teleologiese eenheid beskou word, waaruit die onderliggende fundamentele grondwetlike waardes vasgestel word deur middel van 'n wisselwerking tussen sistematiese en teleologiese argumente - of te wel deur middel van intra-tekstuele en kontekstuele argumente ooreenkomstig Du Plessis se metode.⁶⁴⁰

Die onderliggende ongeskrewe waarde van die Grondwet is volgens Kruger die konsep van 'n vrye demokratiese grondorde wat in die Duitse reg gevind word.⁶⁴¹ Dit vorm die fundamentele waarde-begrip wat as objektiewe waarde-maatstaf vir alle waarde-oordele in die hele reg geld. Hierdie grondorde is weer saamgestel uit die verskillende fundamentele grondwetlike beginsels en waardes soos menswaardigheid (as *a priori* vir alle fundamentele regte), regstaatlikheid, asook die beginsels van demokrasie, federalisme, en sosiaalstaatlikheid.⁶⁴² Kruger glo dat anders as die

636 Botha 1994 *SAPR* Vol 9 236-237.

637 Kruger 1991 *SAPR* Vol 6 233 vt 33.

638 Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 2.

639 Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 2.

640 Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 12-13. Kruger 1991 *SAPR* Vol 6 237 stel hierdie onderliggende waardes vas uit die breë konteks van die Grondwet, waaronder die historiese verband en oorsprong, gemeenregtelike aanknopingspunte, tradisies en gebruike, die aard van die regs- en staatsbestel wat deur die nuwe Grondwet ingestel word, die omringende beraadslagings, regswaardes soos *due process*, die reëls van natuurlike geregtigheid en die vermoedens van statutêre uitleg.

641 Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 13. Vgl ook hoofstuk 2 par 2.2.8 a) *supra*.

642 Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 13. Lg drie beginsels is deur die huidige skrywer bygevoeg nav

Duitse grondwaarde wat ongeskrewe is en met 'n teleologies-holistiese konstruksie uit die GG afgelei word,⁶⁴³ is die ekwivalente *Grundnorm* inherent aan die hele Suid-Afrikaanse reg uitdruklik in die 1993 Grondwet gevisualiseer as 'n demokratiese samelewing wat gelyk vry en gelyk moet wees.⁶⁴⁴ Dit is volgens Kruger 'n tipiese voorbeeld van 'n regstaat in formele en materiële sin wat inklusief sowel as deursigtig moet wees.⁶⁴⁵ Die elemente van gelykheid en vryheid wat die demokrasie kwalifiseer, word egter gekwalifiseer deur die *a priori* van menswaardigheid in die 1996 Grondwet wat die inherente outonome waarde van elke individu in hierdie demokrasie vooropstel.⁶⁴⁶

Kruger vind egter die onderliggende grondwetlike waarde ook ekstra-tekstueel in die eksistensiële omgewing van die Grondwet (in die terminologie van Du Plessis), in die heersende samelewingsnorme, aspirasies, verwagtinge en sensitiwiteite van die land se bevolking.⁶⁴⁷ Hy argumenteer dat hierdie sosiale waardes egter met omsigtigheid geraadpleeg moet word, omdat dit veral vatbaar is vir die voorstelling van onvoltooide subjektiewe waardes as regsnorme.⁶⁴⁸ Daarom stel Kruger die duidelike voorbehoud dat die eksistensiële konteks se waardes uit die Grondwet se teks, hetsy geskrewe of ongeskrewe, as 'n logies-teleologiese eenheid, bepaalbaar moet wees.⁶⁴⁹ Hy argumenteer dus dat ekstra-eksistensiële waardes wat nie uit intra-tekstuele waardes afgelei kan word nie, blote sosiale waardes is en nie regsnorme nie.⁶⁵⁰

(ii) Die tweede standpunt van byvoorbeeld Devenish (wat 'n sterk waardekoherente of te wel teleologiese konstruksie verkies) steek wel kers op by die natuurreg, of wat hy beskryf as *something analogous to natural law*.⁶⁵¹ Hy steun hierin veral op die tendens na afloop van die Tweede Wêreldoorlog toe die Duitse howe in navolging van die Heidelbergse regsfilosoof Gustav Radbruch, sterk op die natuurreg se waardes gesteun het om 'n alternatiewe waarde-sisteem tot dié van die

die bespreking in hoofstuk 2 par 2.2.8 *supra*.

643 Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 16-17.

644 Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 15-16.

645 Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 16. Vgl verder Kruger 1994 *Stell LR* Vol 5 15-32.

646 Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 17-18.

647 Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 13-14.

648 Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 15.

649 Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 14.

650 Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII 14-15. Kruger glo dat sosiale norme slegs tydelike regsnorme is in soverre die regbank dit oorweeg. Vgl krities Mischke 1993 *SAPR* Vol 8 351.

651 Vgl Devenish 1995 *De Jure* Vol 2 272, 276-278.

Nazi-regsorde te vind.⁶⁵² Devenish het egter hierdie standpunt nog nie metodologies uitgebou vir die staatsreg nie. Die Konstitusionele Hof het in die eerste jaar van regspraak hoofsaaklik die versoeking weerstaan om die natuureg te raadpleeg as bron vir hul waarde-oordele as alternatief tot die heersende apartheidswaardes.⁶⁵³

(iii) Cockrell beskryf derdens die standpunt van die kontemporêre regspositivisme wat wel die rol van morele, etiese, en politieke waardes erken tydens grondwetlike konstruksie, maar slegs tot die mate wat dit in die Grondwet geïnkorporeer is.⁶⁵⁴ Die handves van fundamentele regte het volgens Cockrell 'n fundamentele verskuiwing van 'n formele na 'n substantiewe regsbeskouing meegebring.⁶⁵⁵ Hy verwerp die tradisionele kritiek dat die regspositivisme nie in staat is tot 'n substantiewe regsbeskouing nie, omdat die regspositivistiese metode nie plek vir morele waardes sou laat nie en dit voorts te meganies sou wees om substantiewe keuses aan regters oor te laat tydens moeilike keuses.⁶⁵⁶ Cockrell weerlê bogenoemde kritiek en argumenteer dat regspositivisme in terme van Hart se "sagte posisie" inderdaad geskik is om inhoud te gee aan die morele en politieke waardes wat ingevolge die nuwe substantiewe regsbeskouing in die handves van fundamentele regte geïnkorporeer is.⁶⁵⁷ Omdat die morele en politieke waardes in die Grondwet vervat is, bestaan daar dus geen onderliggende waardes aan die grondwetlike teks nie.⁶⁵⁸ Boonop is die tradisionele regspositivistiese reël *iudicis est ius dicere sed non dare*, nie meer verteenwoordigend van die regterlike beslissingstyl in die privaatreë nie, sodat regterlike waarde-oordele onder die kontemporêre "sagte" regspositivisme wel moontlik is.⁶⁵⁹

Vanuit bogenoemde standpunt verwerp Cockrell die tradisionele argument dat hierdie substantiewe grondwetlike waarde-oordele nie objektief kan wees nie.⁶⁶⁰ Hy glo egter dat die objektief/subjektief-onderskeid futiel is, omdat die Hof self nie duidelikheid

652 Vgl ook hoofstuk 2 par 2.1.5.

653 Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 28.

654 Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 1-38.

655 Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 30.

656 Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 30.

657 Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 30-35.

658 Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 33-34.

659 Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 34-35.

660 Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 15-16.

oor die inhoud van daardie onderskeid het nie.⁶⁶¹ Daar moet eerder onderskei word tussen sekondêre argumente oor moraliteit wat vanselfsprekend vermy moet word, en primêre argumente wat op moraliteit gegrond is waarsonder noodsaaklike substantiewe morele en politieke waarde-oordele vir grondwetlike konstruksie onmoontlik kan plaasvind.⁶⁶² Slegs uit hoofde van genoemde onderskeid kan die Hof sins insiens 'n rasioneel verdedigbare morele en politieke teorie (in moderne regspositivistiese sin) ontwikkel waarvolgens grondwetlike waarde-oordele uitgeoefen word.⁶⁶³

ff) Wesenlike inhoudswaarborg

Artikel 33(1)(b) van die 1993 Grondwet se vereiste dat die beperking nie die wesenlike inhoud van 'n fundamentele reg mag aantas nie, is afkomstig uit die *Wesensgehaltsgarantie* van artikel 19(2) GG in die Duitse reg. Suid-Afrikaanse skrywers stem saam oor die beskermingswaarde wat hierdie bepaling in beginsel aan die bepaalbare wesenlike inhoud van 'n fundamentele reg bied.⁶⁶⁴ Die toepassing van hierdie bepaling het egter heelwat hoofbrekens aan die Konstitusionele Hof sowel as Suid-Afrikaanse skrywers verskaf weens die onsekerheid wat in die Duitse reg oor die inhoud en omvang van hierdie regsbeginnele heers.⁶⁶⁵ Die tendens het gevolglik ontwikkel dat die regters in die Konstitusionele Hof eerder hierdie vereiste vermy, deur slegs op die ander vereistes van artikel 33(1) van die 1993 Grondwet te konsentreer.⁶⁶⁶ Hierdie vereiste is daarom uit die 1996 Grondwet se beperkingsklousule in artikel 36(1) gelaat. Die minimum inhoud wat die Konstitusionele Hof wel bereid was om aan die waarborg van die wesenlike inhoud te verleen, is 'n gelykstelling met die Kanadese verbod op die vernietiging van 'n

661 Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 16-17.

662 Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 17-18.

663 Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 18.

664 Vgl Swart 1995 *THRHR* Vol 58 649; De Waal 1995 *SAJHR* Vol 11 27; De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 309; Rautenbach 1991 *TSAR* 403-413.

665 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 446H [132] per Chaskalson P; Rautenbach 1991 *TSAR* 403-408; Du Plessis en De Ville *Personal Rights* 227-228; De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 308-310; Woolman 1994 *SAJHR* Vol 10 71-74; Woolman *Limitations* 12-40; De Waal 1995 *SAJHR* Vol 11 18-19 en 22-29; Swart 1995 *THRHR* Vol 58 649-650; Carpenter 1996 *THRHR* Vol 59 155.

666 Vgl bv *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 446G-448A [132]-[134] per Chaskalson P, 458H-459A [167] per Ackermann R, 461H-J [175] per Didcott R, 477C [209] per Kriegler R, en 497G [298] per Mahomed R. Vgl egter hierteenoor 503 [313] per Mokgoro R en 512C-H [353]-[354] per Sachs R wat *in casu* bevind dat die doodstraf die wesenlike inhoud van

fundamentele reg,⁶⁶⁷ hoewel dit nie dieselfde beginsel is nie.⁶⁶⁸

Hoewel die regters inhoudgewing aan hierdie beginsel vermy het, is enkele gedagtes wel voorlopig uitgespreek sonder dat finaal standpunt ingeneem is. Regter Chaskalson⁶⁶⁹ oorvereenvoudig 'n andersins komplekse regsfiguur tot die onderskeid tussen 'n subjektiewe (vanuit die individu se oogpunt) en 'n objektiewe (vanuit die aard van die spesifieke reg) benadering. Regter Ackermann het soos Regter Chaskalson nie werklik standpunt ingeneem nie, maar is een van die weinige regters wat wel 'n uitvoerige ondersoek na die oorspronklike toepaslike Duitse literatuur onderneem het.⁶⁷⁰ Regter Mahomed verwys sonder standpuntinname na 'n derde, relatiewe benadering om tussen die wesenlike en ander inhoud van 'n fundamentele reg te onderskei. Hy onderskei tussen die onaantasbare wesenlike kern van die beskermingsveld en die randinhoud wat wel beperkbaar is. Volgens hierdie indeling kan tussen sekere fundamentele regte wat inherent beperkbaar is, onderskei word, terwyl ander nie beperk kan word sonder om die wesenlike kern van die reg aan te tas nie.⁶⁷¹

Regter Sachs voer Regter Mahomed se voorstel verder deur 'n hibriede benadering voor te stel wat na gelang van elke saak beoordeel word.⁶⁷² Hy identifiseer eerstens daardie fundamentele regte wat se beskermingsveld vir 'n bepaalde tyd, situasie, of plek beperk kan word sonder dat die regte se wesenlike inhoud aangetas word, soos

die reg op lewe, die lewe self, ophef.

667 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) op 447G [134] per Chaskalson P.

668 De Ville 1994 *SAPR* Vol 9 308.

669 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 446H-447D [132]-[133] per Chaskalson P. Vgl ook die kritiek van Ackermann R oor die 'objektiewe' benadering *in casu* op 458F [167].

670 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 458F-459A [167].

671 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 497G-J [298] per Mahomed R. Vgl hierop die kritiek van De Waal 1995 *SAJHR* Vol 11 28-29.

672 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) op 512C-H [353]-[354] per Sachs R. In geval van twyfel word die subjektiewe regsdrag van fundamentele regte vir die regsobjek bewaar. Dit is eweneens die benadering van Pieroth en Schlink *Grundrechte* 77-78; De Ville 1994 *SAPR* Vol 1994 Vol 9 310 en die huidige skrywer. Uit hoofde van hierdie vertrekpunt is die volgende stelling van Regter Chaskalson 'n kommerwekkende klemverskuiwing van fundamentele regte wat tydens moeilike keuses oënskynlik nie meer as subjektiewe regte tot beskikking van die benadeelde individu geld nie, maar in reserwe gehou word as in-beginsel-subjektiewe regte vir ander nie benadeelde individue: *The State has to manage its limited resources in order to address all these claims. There will be times when this requires it to adopt a holistic approach to the larger needs of society rather than to focus on the specific needs of particular individuals within society.* Vgl *Sobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1997 12 BCLR 1696 (KH) 1707 [31] per Chaskalson P, as motivering waarom die owerheid nie verplig is om lewensnoodsaaklike duur mediese behandeling aan 'n behoeftige terminale pasient beskikbaar te stel nie.

die regte op waardigheid, persoonlike vryheid, en bewegingsvryheid. Daarnaas onderskei hy die reg op lewe wat noodwendig weens die wesenlike inhoud daarvan (dus die *Wesensgehalt-cum-Natur der Sache*) nie vatbaar vir enige vorm van beperking is nie - 'n mens is óf lewend óf dood. Volgens Regter Sachs se onderskeid is die eerste groep regte se inhoud van 'n fundamentele reg dus gelyk aan die objektiewe waardes van daardie reg. Dit beteken dat so 'n reg steeds vir ander draers en vir die betrokke reghebbende tydens ander geleenthede as die huidige kan bestaan. Die tweede groep is weer verteenwoordigend van 'n subjektiewe benadering van die inhoud van 'n fundamentele reg ten gunste van die handhawing van die negatiewe afweersreg vir daardie spesifieke draer in daardie spesifieke geval.

Regter Sachs se benadering raak 'n baie belangrike aspek van die konkretiseringsproses van fundamentele regte aan. Dit is naamlik dat die konstruksie en beskerming van die wesenlike inhoud van fundamentele regte nie uitgestel kan word tot eers tydens die tweede stap wanneer die beperkende wet beoordeel moet word nie. Die identifikasie van die wesenlike inhoud behoort inderdaad reeds tydens die konstruksie van die beskermingsveld van daardie fundamentele reg tydens die eerste konkretiseringstap te geskied as bepaal moet word of daar 'n beperking voorkom. Indien dan reeds vasgestel word dat nie net die fundamentele reg se randinhoud beperk word nie, maar dat die wesenlike inhoud van daardie reg inderdaad aangetas is, is dit onnodig om die beperking te probeer regverdig met behulp van die tweede stap. Daardie aantasting van die wesenlike inhoud of kern van 'n reg is dus *ab initio* ongrondwetlik en kan nie *ex post facto* geregverdig word nie. Volgens hierdie standpunt word aangevoer dat artikel 33(1) van die 1993 Grondwet die beskerming van die wesenlike inhoud van 'n fundamentele reg tydens die verkeerde konkretiseringstap gepositiveer het. Dit is daarom nie 'n groot verlies dat hierdie wesenlike inhoudswaorborg uit die 1996 Grondwet se beperkingsklousule gelaat is nie, omdat die hermeneut wat die grondwetlike konkretiseringsopdrag ernstig opneem, dit noodwendig reeds tydens die konstruksie van die beskermingsveld van die fundamentele reg sal verreken.

f) Konflikte en oorvleueling tussen fundamentele regte

Gegewe die *sui generis* aard van die Grondwet en handves van fundamentele regte as

'n logies-teleologiese en 'n holistiese eenheid, lui die grondreël vir die konstruksie van twee of meer verskillende grondwetlike norme dat dit deur middel van sistematies-teleologiese argumente wedersyds aanvullend tot mekaar geïnterpreteer word. Dit beteken dat die oogmerke, gevolge en waardes van die verskillende norme saamgelees word as deel van die algemene grondwetlike konteks en struktuur, en nie as blote outonome bepalings nie.⁶⁷³ Hierdie grondreël is belangrik tydens die oplossing van 'n botsing of konflik tussen twee fundamentele regte, asook wanneer daar 'n oorvleueling tussen twee regte se beskermingsvelde bestaan.

(i) Konflikte

Regter Sachs verwerp die gebruik van die gemeenregtelike statutêre uitlegreël *generalia specialibus non derogant*, om die konflik tussen fundamentele regte op te los.⁶⁷⁴ Dit is naamlik nie sinvol om twee grondwetlike norme wat pleksgewys vroeër en later in die Grondwet voorkom, met wetsbepalings wat tydsgewys vroeër en later aangeneem is, gelyk te stel nie. Hy verwerp dus die "algemene-spesiale" onderskeid om intra-tekstuele konflikte tussen byvoorbeeld verskillende fundamentele norme - en waarskynlik ook tussen fundamentele regte en fundamentele grondwetlike beginsels - op te los. Regter Sachs verruil voorts die blote grammatikale konstruksie van fundamentele regte ten gunste van die wedersydse afweging (balansering) van die wesenlike inhoud en belange van elke reg teenoor mekaar.⁶⁷⁵ Hierdie strewe na grondwetlike harmonie noem hy interaktiewe proporsionaliteit, 'n beginsel wat herinner aan die Duitse strewe na 'n *Verfassungskonkordanz*.

A textual construction which harmonises different provisions within the overall design of the Constitution is generally to be preferred to one which, however coherent within its own terms, produces disharmony. ... The

673 Vgl *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 912A-B [107] per Sachs R (afsonderlike opinie).

674 *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 914B-F [113]-[114] per Sachs R (afsonderlike opinie). Die stelreël is tradisioneel aangewend sodat 'n algemene bepaling in 'n nuwe statuut nie 'n spesifieke bepaling in die ouer statuut wat vervang word, wysig nie.

675 *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 912B-C [107] per Sachs R (afsonderlike opinie): *If there is overlap and collision of material between two provisions, the essential purposes of each must be discerned and weighed, so that an appropriate resolution based on balance between the two can be achieved. This involves a species of interactive proportionality. It moves the nature of the enquiry from the so-called plain meaning of words looked at on their own, or even in context, to the interactive purposes of different provisions, read together.*

*objective is to achieve appropriate weight for each and preserve as much as possible of both. ...[T]here are no trumps, but there are cards of higher and lower value.*⁶⁷⁶

As 'n uitsondering op bogenoemde balans tussen fundamentele grondwetlike norme, onderskei Regter Sachs daardie fundamentele grondwetlike norme wat 'n gewone grammatikale konstruksie navolg - selfs al is dit teenstrydig met fundamentele regte en algemene beginsels van die Grondwet.⁶⁷⁷ Voorbeelde van hierdie fundamentele norme is bepalings in die Grondwet wat presies en duidelik bewoord is om politieke inklusiwiteit, kompromie en 'n ordelike grondwetlike oorgang te bewerkstellig. Hiervan moet egter gewone tegniese en funksionele bepalings elders in die 1993 Grondwet onderskei word, soos artikel 241(8) wat slegs die ordelike voortgang van deelsverhoorde sake verseker. Funksionele en tegniese norme soos artikel 241(8) mag egter nie fundamentele norme soos die reg op 'n regverdige verhoor beperk deur deelsverhoorde sake van die beskerming van die handves uit te sluit nie.⁶⁷⁸ Juis weens die regterlike plig ter beskerming en konkretisering van verskanste fundamentele regte, moet 'n konflik tussen 'n fundamentele reg en hierdie ander, nie-fundamentele grondwetlike norme, met omsigtigheid benader word. In so 'n geval moet die hermeneut duidelike objektiewe bevestiging vir die beperking van daardie fundamentele reg in die grondwetlike teks vind, alvorens die beperking aanvaarbaar sal wees.⁶⁷⁹

(ii) Oorvleueling

'n Hermeneutiese onsekerheid het aanvanklik onder die regters van die Konstitusionele Hof geheers oor hoe 'n oorvleueling tussen die beskermingsvelde van meerdere fundamentele regte in 'n gegewe geval benader moet word.⁶⁸⁰ 'n Oplossing

676 *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 912D [108], 915A [116] per Sachs R (afsonderlike opinie). 'n Logies-teleologiese benadering kan dus die letterlike betekenis van die teks omverwerp.

677 *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 912D-F[108] per Sachs R (afsonderlike opinie).

678 *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 912G-I [109] per Sachs R (afsonderlike opinie).

679 *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 913A-B [109]-[110] per Sachs R (afsonderlike opinie): *Incredulity, if constitutionally and not subjectively based, should be a strong factor in the process of interpretive choice. It credits the framers with firmness of purpose and frailty of means, rather than frailty of purpose and firmness of means.*

680 Vgl bv die uiteenlopende menings in *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) waar die ongrondwetlikheid van die doodstraf met verskillende konstruksies van die 1993 handves

is later in die uitlegreël *generalia specialibus non derogant* gevind.⁶⁸¹ Die stelreël bepaal dat voorkeur aan die meer spesifieke regsnorm verleen moet word bo 'n algemene regsnorm. Regter Mahomed verwerp naamlik die aplikante se argument dat die privilegie teen openbaarmaking van polisie-dossiere teenstrydig met beide artikel 23 van die 1993 Grondwet se algemene reg op inligting, en artikel 25(3) van daardie Grondwet se reeds wye reg op 'n regverdige verhoor is.⁶⁸² Hy beslis dat omdat artikel 25(3) die meer spesifieke reg van die twee is, dit daarom toepaslik is. Artikel 23 se beskermingsveld kan geen addisionele beskerming verleen naas artikel 25(3) nie, of 'n handeling uit hoofde van artikel 25(3) ongedaan maak nie. Hy bevind egter dat artikel 25(3) nogtans nie in isolasie gekonstrueer word nie, maar wel in die breër grondwetlike konteks wat artikel 23 insluit.

In bogenoemde metode is dit veral noodsaaklik dat die regsnorm wat oor 'n meer spesifieke beskermingsveld as die ander algemene norm beskik, dienooreenkomstig gekonstrueer word ten einde die besondere beskerming van daardie norm te verseker. Regter Sachs het juis in die *Coetzee, Matiso*-saak hieroor opgemerk, dat *the narrower and more deeply anchored the right, and the closer it is kept to its special purpose, the more easily can it be defended against invasion.*⁶⁸³ Daar moet egter daarteen

geregverdig is: (i) Chaskalson P 452A [146] - primêr die verbod op wrede, onmenslike en vernederende strawwe (art 11(2)) wat terselfdertyd ander regte inkorporeer; (ii) Ackermann R 453E-I [153]-[154], 458A-E [166] - primêr die reg op lewe (art 9) en sekondêr die verbod op wrede, onmenslike en vernederende strawwe (art 11(2)); (iii) Kentridge WR 471B-C [196] - primêr ook die verbod op wrede, onmenslike en vernederende strawwe (art 11(2)) en sekondêr gelykheid (art 8), menswaardigheid (art 10), en lewe (art 9); (iv) Mahomed R 489G-493E [268]-[282] - primêr die reg op lewe (art 9) en sekondêr gelykheid (art 8), menswaardigheid (art 10) en die verbod op wrede, onmenslike en vernederende strawwe (art 11(2)); (v) Kriegler R 476F-477A [208], 478E-G [214] - primêr die reg op lewe (art 9); (vi) Didcott R 461E-G [174] - primêr die reg op lewe (art 9) en sekondêr die verbod op wrede, onmenslike en vernederende strawwe (art 11(2)); Langa R 480D-E [222], 481B-I [224]-[227], 383C [234] - primêr die reg op lewe (art 9) en menswaardigheid (art 10) en sekondêr die verbod op wrede, onmenslike en vernederende strawwe (art 11(2)); Madala R 484F-486B [241]-[250], 487C [260] - primêr *ubuntu* (naskrif) en die verbod op wrede, onmenslike en vernederende strawwe art 11(2); Mokgoro R 500H-503D [307]-[314] - primêr die reg op lewe (art 9), *ubuntu* (naskrif) en menswaardigheid (art 10) en sekondêr die verbod op wrede, onmenslike en vernederende strawwe (art 11(2)); O'Regan R 505E-508A [324]-[331], 508E-509C [334]-[337]) - primêr die reg op lewe (art 9) en menswaardigheid (art 10) en sekondêr die verbod op wrede, onmenslike en vernederende strawwe (art 11(2)); Sachs R 511C [348] - primêr die reg op lewe (art 9) en menswaardigheid (art 10) en sekondêr *ubuntu* (naskrif).

681 *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 742B-743B [33]-[34] per Mahomed AP.

682 *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 743B [35] per Mahomed AP. Vgl ook *S v Coetzee and Others* 1997 3 SA 527 (KH) 535B-C [9] per Langa R.

683 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 653G [43] per Sachs R (afsonderlike

gewaak word om nie 'n feitestel onder 'n spesifieke fundamentele reg in te forseer as dit nie daar pas nie.⁶⁸⁴ Bogenoemde regs metode stem dus ooreen met die metode wat in die Duitse staatsreg gevolg word om 'n oorvleueling van fundamentele regte in die GG se beskermingsvelde op te los.⁶⁸⁵

6.5 EVALUERING EN VOORSTELLE

6.5.1 Evaluering

Aangesien die Konstitusionele Hof betreklik onlangs eers die eerste uitspraak gelewer het en dan nog boonop in 'n oorgangstyd tussen die 1993 en die 1996 Grondwette, bestaan daar tans nog nie 'n omvattende en gevestigde *corpus* van regspraak oor die konkretisering van fundamentele regte deur die Konstitusionele Hof in die Suid-Afrikaanse reg nie. Ten spyte van hierdie gebrek, kan enkele opmerkings ter evaluasie van aspekte van die Hof se hermeneutiese benadering tot fundamentele regte, wel voorlopig gemaak word.

a) Versigtige benadering

'n Algemene regterlike terughoudendheid om metodologies skeppend te werk word op enkele uitsonderings na bespeur. Dit kan toegeskryf word aan 'n beleid om nie in die aanvanklike tydperk van die Hof se funksionering toekomstige regsprobleme vooruit te loop nie uit vrees dat dit onvoorsiene regsgevolge kan meebring.⁶⁸⁶ Hierdie tendens is dus in pas met die reël dat grondwetlike kwessies so ver as moontlik vermy word. Regters beslis daarom meestal slegs ten opsigte van regs vrae wat noodsaaklik is vir die oplossing van 'n spesifieke saak wat voor hulle dien, terwyl hulle ander

opinie).

684 *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 653H-654A [43] per Sachs R (afsonderlike opinie).

685 Vgl hoofstuk 2 par 2.3.3 d) ii) *supra*.

686 Vgl *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 917G-H [127] per Sachs R (afsonderlike opinie): *We are a new Court, established in a new way, to deal with a new Constitution. We should not rush to lay down sweeping and inflexible rules governing our mode of analysis. We need to develop an appropriately South African way of dealing with our Constitution, one that starts with the Constitution itself, acknowledges the way it came into being, its language, spirit, style and inner logic, the interests it protects and the painful experiences it guards against, its place in the evolution of our country, our society and our legal system, and its existence as part of*

abstrakte vrae ooplaat tot 'n meer paslike geleentheid.⁶⁸⁷ 'n Goeie voorbeeld is die vermyding van artikel 33(1) van die 1993 Grondwet se waarborg van die wesenlike inhoud van 'n fundamentele reg.⁶⁸⁸ Verdere voorbeelde is die huiwering om die beskermingsveld van algemene fundamentele regte in die 1993 Grondwet, soos artikel 8 se gelykheidswaarborg en diskriminasieverbod,⁶⁸⁹ artikel 9 se reg op lewe,⁶⁹⁰ of artikel 11(1) se reg op persoonlike vryheid,⁶⁹¹ of artikel 33(1) se redelikheidsvereiste,⁶⁹² ten volle te konstrueer.⁶⁹³

b) Gebrekkige teoretiese grondslag

Die Hof toon 'n gebrek aan 'n eenvormige en substantiewe teoretiese grondslag vir die konstruksie en begronding van fundamentele regte. Cockrell argumenteer byvoorbeeld dat die Hof juis moeilike substantiewe waarde-oordele vermy deur uiteenlopende waardes met mekaar te versoen in 'n "reënboog regspraak" op grond van 'n quasi-teorie sonder substansie maar met vae allesomvattende waardes.⁶⁹⁴ As uitsondering op hierdie oppervlakkige waarde-stelsel tydens die Hof se eerste jaar van

a global development of constitutionalism and human rights.

687 Vgl by *Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another* 1996 1 SA 725 (KH) 743C-D [35] per Mahomed AP.

688 Vgl by Didcott R se standpunt in *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 461I-J [175]: *Any definitive ruling on [the essential content] import that was made now would have a profound bearing on other issues likely to confront us in the future, with implications for them which are difficult to foresee at so early a stage in the development of our jurisprudence. It is better, I therefore feel, not to go into the question on this occasion, but to leave that open for consideration and decision on a different one when it has to be answered.*

689 *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH) 1027E-F [34] per Ackermann R, O'Regan R, Sachs R (gesamentlike opinie).

690 Sien *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 462A [176] per Didcott R, 469H [193] per Kentridge WR, 476F [208] per Kriegler R, 479C [216] per Langa R, 489J-490A [269] per Mahomed R.

691 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 476F [208] per Kriegler R; *Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others* 1995 4 SA 631 (KH) 642C [10] per Kriegler R, 655A [44] per Sachs R (afsonderlike opinie). Die teendeel geskied egter in *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1012E-F [45] per Ackermann R (minderheidsuitspraak) waar 'n uitvoerige verkenning van die beskermingsveld van die reg op individuele vryheid wel onderneem is.

692 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 476F [208] per Kriegler R (afsonderlike opinie).

693 Vgl ook *Fose v Minister of Safety and Security* 1997 3 SA 786 (KH) 799H-800F [20]-[21] per Ackermann R (meerderheidsuitspraak), waar die Hof geweier het om konstitusionele skadevergoeding itv art 7(4)(a) van die 1993 handves as algemene beginsel goed te keur of te verwerp en wyer as die feite van die saak te ondersoek. Die Hof het egter so 'n moontlikheid in beginsel oopgelaat.

694 Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 11-12.

regspraak wys Cockrell⁶⁹⁵ en Davis⁶⁹⁶ op Regter O'Regan se analise van menswaardigheid in die *Makwanyane*-saak,⁶⁹⁷ en Regter Ackermann se begroning van individuele vryheid in *Ferreira v Levin*.⁶⁹⁸ Cockrell meen dat die Hof na aanleiding van die tradisionele ontkenning van etiese norme in juridiese argumente, ongemaklik is om die inherente waarde-karakter van substantiewe grondwetlike waarde-oordele ten volle te verken.⁶⁹⁹ Dit word geïllustreer deur Regters Kriegler en Sachs se standpunt dat hul regsargumente, en nie etiese, filosofiese of politieke argumente nie, toepas.⁷⁰⁰

Woolman toon voorts aan dat daar regsonsekerheid onder regters van verskillende howe heers oor die doel van die beperkingsklousules - beskerm dit fundamentele regte of beskerm dit die demokratiese proses.⁷⁰¹ Hy skryf hierdie onsekerheid eweneens toe aan 'n gebrekkige teoretiese grondslag vir die verklaring van die beperkingsklousules. Woolman meen dat 'n duidelike teoretiese grondslag weens drie redes noodsaaklik is: (i) dit voorkom *ad hoc*-regspraak wat negatiewe gevolge vir demokrasie en die regsekerheid kan inhou soos wat in Kanada gebeur het, (ii) dit kan tot potensieel onbegronde regspraak lei wat die legitimiteit van die regbank kan aantast, en (iii) die regsonsekerheid maak dit moeilik vir regspraktisyns om die regbank na te volg.⁷⁰²

c) Wie konkretiseer die Grondwet?

Die konkretisering van fundamentele regte is nie die primêre verantwoordelikheid van slegs die regbank en spesifiek die Konstitusionele Hof nie. Regters Mokgoro en Sachs argumenteer juis ten gunste van 'n wye konkretiseringspubliek wat die regbank, regsprofessie, regswetenskaplikes, Parlement en indirek die algemene publiek insluit.⁷⁰³ Hierdie oproep tot die legitimering en demokratisering van menseregte-

695 Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 12-13.

696 Davis 1996 *SALJ* Vol 113 385-394.

697 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 507A-F [328]-[330] per O'Regan R.

698 *Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH) 1013E-1037B [47]-[90] per Ackermann R (minderheidsbeslissing).

699 Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 14.

700 Vgl *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 476B [207] per Kriegler R, 511F [349], per Sachs R.

701 Vgl Woolman *Limitation* 12-34 vt 4.

702 Vgl Woolman *Limitation* 12-34 – 12-35.

703 *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH) 500F, H [306]-[307] per Mokgoro R; *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 918B-C [129] per Sachs R (afsonderlike opinie).

interpretasie, word weerspieël in die teoretiese voorstelle van Peter Häberle in die Duitse reg,⁷⁰⁴ en die standpunt van die plaaslike regs wetenskaplike L M du Plessis.⁷⁰⁵ Die huidige skrywer stem saam met hierdie standpunt dat 'n groot verantwoordelikheid rus op die breë regsprofessie, regsakademiese groepe en daardie deel van die burgerlike samelewing wat hulle beywer vir die beskerming van menseregte om kragte saam te snoer en die toepaslike bewysmateriaal voor die hof te lê wat noodsaaklik is vir die konkretisering van fundamentele regte. Slegs deur so 'n gesamentlike poging kan 'n algemene en inklusiewe Suid-Afrikaanse grondwetlike waarde-stelsel in die regspraktyk opgebou word om as grondslag vir 'n eg Suid-Afrikaanse menseregtetradisie te dien.

d) Herlewing van die bedoelingsteorie

Dit lyk asof die Konstitusionele Hof se aanvaarding van primêr teleologies-waardegerigte en kontekstuele interpretasie van fundamentele regte met die tradisionele uitlegtradisie van die letterlike-*cum*-bedoelingsteorie gebreek het ten gunste van ander hermeneutiese elemente. Ongelukkig is die spook van hierdie tradisionele uitlegbenadering nie ten volle afgeweer nie, en word dit by geleentheid te midde van andersins goeie voorbeelde van 'n waardegerigte grondwetlike konkretisering van fundamentele regte bespeur. Dit is dus duidelik dat die Hof se aanwending van doelsoekende (*purposive*) interpretasie, nie altyd sinoniem met ware teleologiese interpretasie is nie, omdat 'n waardegerigte fokus soms afwesig is.

'n Eerste voorbeeld is Waarnemende Regter Kentridge se ignorering van 'n verskeidenheid van interpretasiemoontlikhede wat deur die wisselwerking tussen ander hermeneutiese elemente buiten die teks bestaan, as hy waarsku dat die wetgewergestelde teks die buitenste grens vir grondwetlike konstruksie vorm.⁷⁰⁶ Hy bevestig hierdie standpunt as hy in 'n legalisties-formalistiese tradisie bevind dat 'n oorgangsbepaling soos artikel 241(8) van die 1993 Grondwet, die fundamentele beskermingswaarde van fundamentele regte kan neutraliseer en dat die handves dus nie vir hofsake geld wat tydens inwerkingtreding van die 1993 Grondwet hangend

704 Vgl hoofstuk 2 par 2.4.2 e) iii) *supra*.

705 Vgl Du Plessis *Open Community* 1 ev.

706 Vgl *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH) 652I-653B [17]-[18] per Kentridge WR.

was nie.⁷⁰⁷

'n Tweede voorbeeld word tydens Regter Sachs se voorstel van 'n interaktiewe proporsionele balansering van konflikterende grondwetlike norme gevind.⁷⁰⁸ Op die oog af word hier 'n sistematies-teleologiese en 'n holistiese benadering gevolg. Daarmee word die letterlike-*cum*-bedoelingsteorieë oënskynlik oortuigend verwerp. Ongelukkig water Regter Sachs hierdie benadering substansieel af, wanneer hy dit gelykstel met die kontekstuele-*mischief*-benadering wat reeds in *Venter v Rex*⁷⁰⁹ gevolg is. Regter Sachs se klem op die belangrike rol van die grondwetlike konteks, in teenstelling met die tradisionele begunstiging van die teks tydens grondwetlike konstruksie, is natuurlik in beginsel korrek. Die probleem is egter dat hy terugval op die bedoeling van die grondwetskrywers en die *mischief* wat hulle wou bekamp, om die resultaat van 'n wye kontekstuele konstruksie van artikel 241(8) van die 1993 Grondwet te vermy. Hy volg hiermee 'n subjektiewe doelmatige konstruksie (dus genetiese konstruksie) met al die gepaardgaande probleme om die *mischief* te bepaal. Hierdie analogie was onnodig, omdat Regter Sachs nie in die finale instansie die beginsel van *Venter* toegepas het nie. Deur eenvoudig 'n kontekstueel-teleologies-waardegerigte interpretasie van beide groepe grondwetlike norme teenoor mekaar te volg, kon hy dieselfde interaktiewe balanseringsresultaat tussen artikel 241(8) en die handves bereik het sonder die hermeneutiese verwarring wat die analogie meegebring het.

e) Privaatregtelike invloed van fundamentele regte

Uiterste fel en ongegronde kritiek wat getuig van 'n onvermoë om die regs wetenskaplike eise van die *sui generis* aard van 'n *Grundnorm* Grondwet se norme en veral fundamentele regte ten volle te kwantifiseer, word deur Visser en Potgieter uitgespreek oor die regskrag van die fundamentele regte op regs norme in die privaatreg.⁷¹⁰ Hierdie kritiek fokus onder meer op die moontlike afskaling van die

707 Vgl *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 902A-905B [78]-[84] per Kentridge WR (minderheidsbeslissing).

708 Vgl *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH) 912A-913B [107]-[110], 914H-918A [116]-[128] per Sachs R (afsonderlike opinie).

709 *Venter v Rex* 1907 TS 910, 915 per Innes HR.

710 Vgl Visser en Potgieter 1994 *THRHR* Vol 57 493-498; Visser 1995 *THRHR* Vol 58 745-750. Vgl ook die weerlegging van hul kritiek deur Carpenter en Botha 1996 *THRHR* Vol 59 126-135.

tradisionele skeiding tussen die privaat- en publiekreg, die handves se vae formulering wat tot regsonsekerheid in die privaatreg sou lei, regters sou nou wetmakend kan optree, die hermeneut se vrye keuse oor welke uitlegmetodes toegepas word sou die integriteit van die reg aantas, en die gevestigde aspekte van die gemenereg soos lasterreg sou nou deur die howe onder die handves se regsrag geplaas word.

6.5.2 Regswetenskaplike voorstelle

In die kort leeftyd van die grondwetlike beskerming van fundamentele regte deur die regbank sedert 27 April 1994 was daar as't ware 'n oorfloed van regsteoretiese bydraes oor die aangewese interpretasie benadering van fundamentele regte.⁷¹¹ Hoewel die meeste van hierdie teorieë nie 'n omvattende grondwetlike hermeneutiese benaderings ontwikkel het nie, word enkele uitsonderings wel gevind, soos die benadering van LM du Plessis.⁷¹²

Du Plessis se benadering is nog nie tot 'n omvattende grondwetlike hermeneutiese metode ontwikkel nie, maar hy het reeds 'n raamwerk daarvoor gestel wat hy begrond op die kanons van konstruksie wat in die Duitse staatsreg gevolg word.⁷¹³ Wat sy bydrae veral belangrik maak, is dat dit gegrond is op 'n lang geskiedenis van vrugbare navorsing oor die teoretiese en filosofiese wortels van gewone wetsuitleg in die

711 Davis 1996 *SALJ* Vol 113 385. Vgl bv die bydrae van Davis 1994 *SAJHR* Vol 10 103-121; 1995 *SALJ* Vol 112 104-130; 1996 *SALJ* Vol 113 385-386. Davis is 'n kritiese regsdenker wat nie op sg "goeie regters" se "korrekte" interpretasie steun nie. Hy verwerp die *original intent* en letterlike uitlegteorieë tgv 'n evolusionêre teleologiese benadering om demokrasie te bevorder. Hy onderskei tussen die regverdiging en aanwending van regsreëls om die onderliggende waarderaamwerk van die handves te identifiseer. Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12 1-38, volg weer die "sagte" regspositivisme van Hart na en aanvaar dat regters morele en politieke waardes wat in die Grondwet vervat is dmv substantiewe waarde-oordele kan uitoefen. Hy glo dat die siening van die Grondwet as 'n hipotetiese sosiale kontrak nie in Suid-Afrika moontlik is nie en dat dit nie substantiewe regspraak sal bevorder nie. Fagan 1995 *SAJHR* Vol 11 545-570, aanvaar weer die regspositivisme van Raz, maar verwerp die weergawe van Hart. Hy meen dat sosiale feite en nie moraliteitsoorweginge nie, 'n rol speel tydens die identifikasie en regverdiging van regsreëls in 'n regstelsel. Daarom is die reëls van die Grondwet wat bepaal word deur die gewone betekenis en toepaslike taalkundige reëls, en nie morele waardes nie, deurslaggewend vir die grondwetlike regspraak.

712 Vgl voorts Kruger *Wordingsproses* 244-256 vir 'n konkretiseringsteorie van fundamentele regte in 'n materiële regstaat wat grondwetlik gegrond is. Sien ook algemeen Botha *Waarde-Aktiverende Grondwetuitleg* wat 'n oorhoofse waarde-baseerde paradigma in 'n materiële regstaat voorstel ten einde die geskrewe sowel as die ongeskrewe fundamentele grondwetlike waardes tydens grondwetuitleg te aktiveer.

713 Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4 356-393; Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 72-74; Du Plessis *Open Community* 1-18; Du Plessis *The Jurisprudence of Interpretation* 1-12.

algemene hermeneutiek. Du Plessis glo dat indien die reëls en vermoedens van wetsuitleg ooreenkomstig 'n nuwe regshermeneutiese benadering vir statutêre uitleg verklaar word, kan dit nieestaanste die *sui generis* aard van grondwetlike norme, steeds tydens grondwetlike interpretasie 'n rol speel.⁷¹⁴ Hierdie benadering van statutêre uitleg beskou interpretasie ten diepste as 'n proses van normatiewe transponering.⁷¹⁵ Dit is die oordragproses van norme in twee dimensies. In die subjektiewe dimensie dra die hermeneut inligting oor van buite af na sy of haar horison of ervaringwêreld, terwyl hierdie oordragproses volgens die objektiewe dimensie ingevolge voorafooreengekome kriteria of norme geskied. Die objektiewe dimensie word weer bepaal deur, eerstens, die eiesoortige aard en struktuur van die objek wat interpreteer word, en tweedens deur die omgewing waarin interpretasie geskied.

Gedagtig aan hierdie objektiewe dimensies van die grondwetlike teks, argumenteer Du Plessis dat die *sui generis* aard en eiesoortige interpretasiekriteria wat vir fundamentele regte geld, nie behoorlik deur Suid-Afrikaanse howe voor 27 April 1994 verreken is nie.⁷¹⁶ In teenstelling met buitelandse jurisdiksies soos Duitsland of Kanada waar tekstuele konstruksie slegs die begin van die grondwetlike konkretiseringsproses vorm, het Suid-Afrikaanse howe op enkele uitsonderings na, telkens by grammatikale konstruksie geëindig. Hierdie onsekerheid waarin die objektiewe dimensie van fundamentele regte gehul is, vorm dus Du Plessis se vertrekpunt vir die ontwikkeling van 'n nuwe grondwetlike hermeneutiese teorie.

6.6 SAMEVATTING

Die regstaatlike en demokratiese karakter van die nuwe *Grundnorm* Grondwet sedert 27 April 1994 het vereis dat 'n nuwe, objektiewe, regsteoreties-verantwoordbare en rasideel-kontroleerbare begroning van die regterlike interpretasie, konstruksie en uiteindelijke konkretisering van fundamentele regte moet plaasvind. Die nuutgestigte Konstitusionele Hof het hierdie taak met oorgawe aangepak ten einde sosiale

714 Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 88.

715 Vgl Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 65-67, 89-90; Du Plessis *Interpretation* 47-49, 54-60; Du Plessis 1987 *SAPR* Vol 2 176-180; Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4 79-80.

716 Vgl Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights* 65-66.

geregtigheid in die oorgang vanaf 'n outoritêre staat na 'n liberale demokrasie en uiteindelik 'n sosiale demokratiese regstaat te verseker.

Die Hof het grootliks met die gewone wetsuitleg se letterlike-*cum*-bevelsteorie gebreek en het na uitvoerige regsvergelyking 'n grondwetlike hermeneutiek gekies wat in die algemeen beskou, deur middel van teleologiese, sistematiese en kontekstuele argumente die fundamentele grondwetlike waardes tydens die interpretasie van fundamentele regte aktiveer. Die Hof het voorts die tweestap interpretasiemetode van fundamentele regte gevolg wat algemeen in die Duitse, Kanadese en EMRK-reg gevolg word, in teenstelling met die eenstap benadering van die Amerikaanse reg. Dit is dus duidelik dat die Konstitusionele Hof se grondwetlike hermeneutiek, breedweg gesien en ten spyte van die kritiek waarna verwys is, aansluit by die kontemporêre staatsregtelike metode wat in vooraanstaande jurisdiksies soos die Duitse *BVerfG*, die Amerikaanse en Kanadese *Supreme Courts*, en die Europese Hof vir Menseregte gevolg word ter beskerming van individue se fundamentele regte. Suid-Afrika se plek as 'n gerespekteerde lid van die internasionale juridiese gemeenskap is daarmee in ere herstel.

Die Hof se grondwetlike metode is reeds aan kritiek onderwerp. In die algemeen beskou is die huidige skrywer ook van mening dat 'n eenvormige regsteoretiese grondslag by albei stappe van die Hof se konkretisering van fundamentele regte ontbreek. So byvoorbeeld bestaan daar nie regsteoretiese eenvormigheid oor die substantiewe inhoud van die verskillende fundamentele regte en fundamentele grondwetlike beginsels, individueel en in verhouding tot mekaar nie. Voorts, en vir huidige doeleindes veral van belang, bestaan daar geen eenvormige algemeen geldende hermeneutiese benadering om te verseker dat regterlike konkretisering van fundamentele regte sal geskied nie, buiten vir die verwysing dat 'n doelsoekende, holistiese en kontekstuele benadering tydens die interpretasie van fundamentele regte gevolg word. Hierdie hermeneutiese armoede bevestig nie alleen die gebrek aan 'n eenvormige grondwetlike metode nie, maar ook aan 'n abstrakte en grondliggende teorie van fundamentele regte, van die Grondwet, van die staat en reg, en eventueel van menslike verstaan en bestaan.

Ter verdediging van die Hof kan egter aangevoer word dat die grondwetlike

beskerming en konkretisering van menseregte in Suid-Afrika in hulle spreekwoordelike kinderskoene staan, sodat 'n eenvormige substantiewe teoretiese begroning van die Hof se grondwetlike hermeneutiek nouliks so gou sedert 27 April 1994 verwag kon word. Voorts behoort groter eenvormigheid onder die 1996 Grondwet te volg wat duideliker is as die vae en soms teenstrydig bewoorde 1993 Grondwet.

HOOFSTUK SEWE

UITSIG

In a constitutional system based on parliamentary sovereignty it makes good sense to start from the premise of seeking 'the intention of the Legislature' in statutory interpretation, because the interpreting Judge's value judgement of the content of the statute is, theoretically at least, irrelevant. ... The interpreter's notion of ascertaining 'the intention of the Legislature' does not apply in a system of judicial review based on the supremacy of the Constitution, for the simple reason that the Constitution is sovereign and not the legislature. This means that both the purpose and the method of statutory interpretation in our law should be different from what it was before the commencement of the Constitution on 27 April 1994. The purpose now is to test legislation and administrative action against the values and principles imposed by the Constitution. This purpose necessarily has an impact on the manner in which both the Constitution itself and a particular piece of legislation said to be in conflict with it should be interpreted. The interpretation of the Constitution will be directed at ascertaining the foundational values inherent in the Constitution, whilst the interpretation of the particular legislation will be directed at ascertaining whether that legislation is capable of an interpretation which conforms with the fundamental values or principles of the Constitution. Constitutional interpretation in this sense is thus primarily concerned with the recognition and application of constitutional values and not with the search to find the literal meaning of statutes.¹

7.1 INLEIDING

In hierdie studie is aangetoon dat 'n rewolusionêre verandering in die Suid-Afrikaanse staatsreg teweeg gebring is met die inwerkingstelling van die nuwe grondwetlike

¹ *Matiso v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Another* 1994 4 SA 592 (SOK) 597B-H per Froneman R.

bedeling sedert 27 April 1994. Die 1993 *Grundnorm* Grondwet het 'n liberale demokrasie geskep waarin menswaardigheid, die reg op lewe, individuele vryheid en gelykheid die hoogste waardes in die nuwe materiële regstaat is. Die 1996 *Grundnorm* Grondwet het hierdie vrye demokratiese grondorde uitdruklik gedefinieer as synde 'n saamgestelde demokratiese sosiale regstaat waarin menswaardigheid, gelykheid en vryheid die hoogste nasionale waardes vorm. Hoewel beide Grondwette beklemtoon dat die verwesenliking en beskerming van menswaardigheid die mees fundamentele waarde van die vrye demokratiese Suid-Afrikaanse grondorde is, het die staatskarakter waarbinne dit geskied verander vanaf 'n liberale regstaat na 'n sosiale regstaat. Die omvattende handves van fundamentele regte wat verhoogde beskerming geniet, verwoord juis die besondere sosiale geregtigheidstrewes van die nuwe materiële Suid-Afrikaanse regstaat.

Beide die 1993 en 1996 Grondwette het die grondwetlike oorgangsproses vanaf 'n ondemokratiese minderheidsregering na 'n ware demokrasie op grondwetlike vlak geformaliseer. Dit het 'n helingsproses vir die hele Suid-Afrikaanse samelewing ingelei om die diepe ongeregtigheid en seer van die verlede te identifiseer en te genees in 'n nuwe humane samelewing. Die formele soeke na die eerste gemeenskaplike nasionale psige in die geskiedenis van die inwoners van die Suid-Afrikaanse grondgebied het begin. Die Suid-Afrikaanse Republiek het weer die status van 'n gerespekteerde lid van die internasionale gemeenskap verkry. Bogenoemde staatsregtelike konteks oefen 'n gesaghebbende en direkte invloed uit op die regterlike verstaan, interpretasie, konkretisering en verwesenliking van fundamentele grondwetlike norme en waardes soos die handves van fundamentele regte.

7.2 HERMENEUTIEK

In Hoofstuk Een is gevind dat die hermeneutiese proses gekenmerk word deur die hermeneutiese sirkel wat bestaan uit verskillende horisonne of kontekste wat in wisselwerking met mekaar verstaan en verduidelik moet word. Daar bestaan naamlik die horison of konteks van die teks wat geïnterpreteer word en die horison of konteks van die hermeneut wat die teks interpreteer.

Die hermeneut probeer om inligting van buite sy of haar ervaringswêreld vanuit die teks na daarbinne te dra en om dit te verstaan. Die hermeneutiese proses streef dus daarna om eerstens die konteks te verstaan waarin die gesaghebbende teks - die Grondwet - met betrekking tot die outeur daarvan staan. Tweedens moet die konteks waarin die hermeneut staan, verstaan word, ten einde die uitwerking van die hermeneut se subjektiewe invloede, voorbegrip, en vooroordele op sy of haar verstaan bewustelik te verreken.

Die resultaat van hierdie proses van verstaan en sinkronisasie van die twee horisonne, word deur die hermeneut as die betekenis van die gesaghebbende teks beskou. Die hermeneut dra hierdie betekenis, die verstaan van die twee horisonne, deur middel van die medium van taal oor. Taal, die woorde van die teks wat verstaan word, is dus nie sinoniem met die betekenis van daardie teks nie, maar vorm slegs een van die strukturele elemente daarvan. Daarom is bevind dat die letterlike-*cum*-bedoelingsteorie wat die taal of woorde van die teks as sinoniem met die teks se betekenis beskou en wat algemeen tydens statutêre uitleg in die Suid-Afrikaanse reg gebruik is, nie geskik is om aan die eise van hierdie hermeneutiese verstaanproses te voldoen nie. Dit is veral nie die geval tydens die verstaan van grondwetlike norme wat oor 'n *sui generis* karakter beskik nie, wat slegs sal geskied deur 'n teorie wat al die elemente van hermeneutiese verstaan ontsluit.

7.3 KANONS VAN KONSTRUKSIE

7.3.1 *Sui generis* karakter

Hierdie studie bevind dat fundamentele grondwetlike norme soos fundamentele regte, oor 'n *sui generis* karakter beskik wat slegs deur 'n besondere hermeneutiese benadering verstaan, geïnterpreteer, en ten slotte gekonkretiseer en verwesenlik kan word. Hier is nie sprake van die meganiese toepassing van die gevestigde reëls van wetsuitleg nie, maar wel van 'n komplekse en vae normskeppende proses van regsinding wat die kanons van konstruksie (afkomstig uit die Duitse staatsreg) slegs as beginpunt van die staatsregtelike metode gebruik. Tewens, die hermeneutiek van fundamentele regte is in die finale instansie gesetel in die proporsionele afweging van konflikterende fundamentele waardes en norme ten einde die fundamentele

normatiewe regs krag van fundamentele regte te aktualiseer, te ontplooi, te verwesenlik – met ander woorde in die lig van die fundamentele grondwetlike waardes te konkretiseer.

7.3.2 Kanons as sistematiseringsraamwerk

Die oogmerk van hierdie studie was juis om die aard en omvang van die regbank se konkretisering van fundamentele regte in toonaangewende jurisdiksies met mekaar te vergelyk. Gegewe die besondere staatsregtelike geskiedenis, konteks en kenmerke van elkeen van die regstelsels wat bestudeer is, was daar egter 'n leemte aan 'n gemeenskaplike grondslag om sinvolle regsvergeljking te doen. Die veronderstelling in Hoofstuk Een dat die kanons van grondwetlike konstruksie wat in die Duitse staatsreg gevind word, in beginsel 'n antwoord op hierdie probleem bied, is as korrek bewys. Hierdie studie het aangetoon dat die kanons van konstruksie in die Duitse reg – grammatikale, sistematies-kontekstuele, genetiese, historiese, teleologiese en vergelykende konstruksie, met inagneming van die eiesoortige kenmerke van 'n regstelsel, die primêre algemene sistematiseringsraamwerk vir die hermeneutiek van fundamentele regte vorm.

In hoofstuk Drie is verduidelik hoe die Heidelbergse staatsregwetenskaplike, Winfried Brugger, die Duitse kanons van konstruksie as raamwerk gebruik om die interpretasie van fundamentele regte deur die Amerikaanse *Supreme Court* te verklaar. Die huidige navorsingsondersoek bevind egter dat die kanons eweneens as sistematiseringsraamwerk vir die interpretasie en konkretisering van fundamentele regte deur ander howe, soos die Kanadese *Supreme Court* in Hoofstuk Vier, die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Hof in Hoofstuk Ses, en in die volkereg deur die Europese Hof vir Menseregte in Hoofstuk Vyf, gebruik kan word. Hierdie algemene hermeneutiese raamwerk vir die konkretisering van fundamentele regte bevestig inderdaad die universaliteit van die beskerming van menseregte in vrye demokratiese state, nieteenstaande die *sui generis* staatsregtelike karakter van 'n spesifieke regstelsel.

7.3.3 Kanons

Daar is voorts bevind dat hierdie kanons van konstruksie in geen vaste volgorde nie, by elke jurisdiksie in wisselwerking met mekaar, tydens albei stappe van die konkretiseringsproses toegepas word. Nogtans blyk dit duidelik uit die verskillende regstelsels wat bestudeer is, dat die konkretisering van fundamentele regte primêr deur die sistematiese, kontekstuele en veral die teleologiese kanons verwesenlik word.

a) Grammatikale konstruksie

Die grondwetlike teks bly ingevolge die vereistes van 'n formele regstaat die gesaghebbende beginpunt en algemene riglyn vir grondwetlike interpretasie en die konkretisering van fundamentele regte. Taalkundige reëls en woordeboeke vorm maar enkele van die hulpmiddels wat 'n hof kan aanwend om die grammatikale betekenis van 'n norm te bepaal. Leemtevulling deur middel van waarde-aktiverende en skeppende grondwetlike konstruksie – en in uitsonderlike gevalle *contra legem* interpretasie - geskied in navolging van die materiële regstaat, maar in ag genome die vereistes van 'n formele regstaat. In 'n geval van twyfel, behoort die geregtigheidseise van die materiële regstaat egter deurslaggewend te wees.

b) Teleologiese konstruksie

Hoewel die teleologiese kanon deur sommige regters (van byvoorbeeld die Kanadese *Supreme Court*) as doelsoekende (*purposive*) interpretasie beskryf word, maar wat mank gaan aan die aktivering van grondwetlike waardes, beskou die huidige skrywer 'n waardegerigte, 'n waarde-aktiverende benadering as inherent aan die teleologiese kanon. Teleologiese konstruksie kan dus as die primêre kanon vir die konkretisering van fundamentele regte beskou word.

In die Duitse staatsreg is die tendens om die teleologiese kanon van 'n waardegerigte konstruksie te onderskei, die gevolg van die streng dogmatiese styl in die Duitse regs wetenskap. Hiervolgens is die kanons van konstruksie oorspronklik uit die privaatreë, wat gekenmerk is deur 'n positivistiese karakter, oorgeneem en op die staatsreg toegepas. Die *sui generis* aard van grondwetlike norme en fundamentele

regte in die Duitse staatsreg het egter beteken dat fundamentele grondwetlike waardes bykomend tot die teleologiese kanon van konstruksie in die privaatreë, saam met ander elemente van grondwetlike konstruksie deur die staatsregtelike metode bestudeer word. Hierdie verouderde skeiding tussen die teleologiese kanon en waardegerigte argumente in die Duitse staatsreg, doen egter nie afbreuk aan die wesenlike belang van 'n waardegerigte interpretasiebenadering in die vorm van teleologiese konstruksie vir die konkretisering van fundamentele regte nie.

c) Genetiese en historiese konstruksie

Hoewel bevind is dat die Duitse reg se onderskeid tussen genetiese en historiese kanons nie in alle stelsels voorkom nie, is dit in ag genome die misplaaste benadering van die *originalist* beweging in die Amerikaanse staatsregteorie, sinvol om hierdie onderskeid te handhaaf. Sodoende word onderskei tussen die *travaux préparatoires* wat bloot die subjektiewe wil van die historiese wetgewer uitdruk en 'n sekondêre rol tydens die interpretasieproses speel. Hierteenoor is die interpretasiewaarde wat die historiese ontwikkeling van 'n regsnorm oor tyd inhou belangrik om 'n duidelike begrip van die histories-evolusionêre konteks daarvan te vorm.

d) Kontekstuele konstruksie

Voorts is gevind dat die hoewe wat in die verskillende regstelsels bestudeer is, op 'n inkonsekwente en soms verwarrende wyse na die konteks van 'n fundamentele reg wat geïnterpreteer word, verwys. Soms is verwys na die plek waar daardie norm in die grondwetlike sisteem staan, of na die geheel van 'n grondwet se norme wat eintlik op die sistematiese kanon dui. Andersyds word verwys na die ontwikkelingsgeskiedenis of die historiese konteks van die norm of van 'n grondwet, wat waarskynlik deur die historiese en genetiese kanons, na gelang van geval, bestudeer word.

Daar word ook gevind dat die konteks verwys na die heersende samelewingsnorme wat voortdurend verander. Du Plessis se onderskeid tussen die intra- en ekstratekstuele konteks kan help om die bogenoemde verwarring op te klaar. Die huidige skrywer stel 'n nuwe kanon van konstruksie voor, die kontekstuele kanon. Kontekstuele konstruksie sal hierop die ekstra-tekstuele konteks van

samelewingsnorme ondersoek en verreken teenoor die grondwetlike waardes (teleologiese kanon) tydens die konkretisering van fundamentele regte. Kontekstuele konstruksie sal die evolusionêre karakter van grondwetlike norme en fundamentele regte beklemtoon en sodoende die legitimititeit van die handves van fundamentele regte en Grondwet vir die Suid-Afrikaanse samelewing verseker.

e) **Sistematiese konstruksie**

Sistematiese konstruksie is belangrik vir grondwetlike konstruksie omdat dit die Grondwet en handves van fundamentele regte as 'n logiese eenheid bestudeer. Dit ondersoek die intra-tekstuele konteks van 'n fundamentele reg as deel van die handves van regte teenoor die res van die Grondwet. Die rol van die voorrede, naskrif, langtitel, bylae en opskrifte van die Grondwet is hier van belang. Spesifieke grondwetlike interpretasiebeginsels soos grondwetlike eenheid, die integreerende werking van die Grondwet, en funksionele interpretasie wat regterlike selfbeperking insluit, word by hierdie kanon bestudeer.

f) **Regsvergelykende konstruksie**

Die onderliggende beginsels wat tydens die konkretisering van fundamentele regte in die volkereg en vergelykbare buitelandse regstelsels aangewend word, is weens die universaliteit van menseregte in die internasionale regsgemeenskap, van onskatbare waarde vir die grondwetlike hermeneutiek. Die probleem is egter dat nie een van die howe wat in hierdie ondersoek bestudeer is, 'n eenvormige en 'n algemene metode vir regsvergelyking tydens die interpretasie en konkretisering van fundamentele regte toepas nie. Dit is duidelik dat die toepaslikheid en die aard en omvang van regsvergelyking hoofsaaklik deur die voorkeure van individuele regters self bepaal word.

7.3.4 Ander grondwetlike interpretasiebeginsels

Voorts is dit gemeensaak dat al die jurisdiksies wat bestudeer is verskillende beginsels en elemente van grondwetlike interpretasie bykomend en oorvleuelend tot die kanons van konstruksie aanwend. Die belangrikste beginsels wat algemeen voorkom, is die

beginsel van grondwetlike interpretasie (*reading down* of *verfassungskonforme Interpretation*) van 'n gewone regsnorm, verwesenliking van die normatiewe regsrag van die Grondwet, waarde- en belange-afweging, praktiese harmonisering van konflikterende fundamentele regte in 'n bepaalde geval (*praktische Konkordanz*), die wesenlikheidsleer by die beperking van 'n fundamentele reg, wisselwerking tussen die konkretisering en beperking van 'n fundamentele reg, die uitstralende regsrag van die objektiewe waarde-karakter van fundamentele regte na die res van die regstelsel en indirekte derdewerking, en die oorvleueling van fundamentele regte waartydens voorkeur aan die *lex specialis* bo die *lex generalis* verleen word.

Andersins word beginsels, reëls en elemente gevind soos wye interpretasie, leemtevulling, ekstensiewe interpretasie, grondwetlike en statutêre vermoedens van uitleg (waar bestaanbaar met die Grondwet), statutêre interpretasievoorskrifte, regsbeginnels soos die *stare decisis* leerstuk, taalvoorskrifte, die openbare mening, beleidsaspekte en werklikheidsaspekte (*Natur der Sache*) ensovoorts. Daar is voorts in veral die Duitse staatsreg gevind dat fundamentele grondwetlike beginsels en waardes en algemene fundamentele regte 'n besondere rol in 'n vaste hermeneutiese konstruksie (die *in Verbindung mit*-konstruksie) speel om die beskermingsveld van fundamentele regte te vergroot en dit vir individue te konkretiseer. Hier word spesifiek verwys na die beginsels van demokrasie, regstaatlikheid, sosiaalstaatlikheid, menswaardigheid en die algemene vryheids- en gelykheidswaarborge. Hierdie hermeneutiese konstruksies behoort ook in beginsel in die Suid-Afrikaanse grondwetlike regspraak neerslag te vind, weliswaar op 'n *sui generis* wyse, weens die voorkoms van soortgelyke fundamentele waardes en beginsels in die Grondwet.

7.4 TWEESTAP KONKRETISERINGSPROSES

Die huidige navorsingsondersoek het voorts die unversialiteit van die tweestap konkretiseringsproses van fundamentele regte aangetoon. Die eerste stap behels die konstruksie van die beskermingsveld van die fundamentele reg, die interpretasie van die beperkende regsnorm en die vasstelling of daardie reg inderdaad deur die regsvoorskrif beperk word. Tydens stap twee word die proporsionaliteit van die beperkende regsvoorskrif beoordeel as bepaal word of dit aan die hand van spesifieke vereistes geregverdig kan word. Die finale keuse of die beperking proporsioneel tot

die individuele belang is wat deur die fundamentele reg beskerm word, geskied deurdat die hermeneut 'n waarde-oordeel fel in die lig van die fundamentele grondwetlike waarde-sisteem.

Buiten die benadering van die *Supreme Court* van die Verenigde State van Amerika, is gevind dat die tweestap konkretiseringsproses in al die regstelsels gebruik word wat ondersoek is. In die Kanadese reg, EMRK-reg en Suid-Afrikaanse reg vloei hierdie tweestap proses logies voort uit die omvattende beperkingsklousules van fundamentele regte wat voorkom, hetsy in die algemeen, hetsy by elke fundamentele reg. Hierteenoor is dit in die Duitse staatsreg, waar geen omvattende beperkingsklousules in die GG voorkom nie, wetenskaplik deur die *BVerfG* uit die logiese en sistematiese struktuur van die GG en katalogus van fundamentele regte ontwikkel.

Sommige regsteoretici beskou die tweede stap as die ware konkretisering van 'n fundamentele reg wanneer die finale waarde-oordeel ten gunste van die beperkende regsnorm (algemene samelewingsbelange) of die beskerming van die fundamentele reg (individuele belang) geneem word. Die huidige skrywer is egter van mening dat die albei stappe die konkretisering van fundamentele regte behels.

Die eerste stap, wanneer die beskermingsveld van die fundamentele reg gekonstrueer word, is van wesenlike belang vir die konkretisering van 'n fundamentele reg. Die hermeneut kan reeds tydens die omskrywing van die fundamentele reg se beskermingsruimte die hele regterlike beskermingsproses van fundamentele regte strategies vooruitloop. Die konstruksie van byvoorbeeld 'n beperkte beskermingsveld kan lei tot die bevinding dat die gewone regsvoorskrif nie inbreuk op die fundamentele reg maak nie. Sodoende kan die streng toetse van die beperkingsvereistes in artikel 36(1) van die Grondwet vermy word wat die beskermende waarde van die handves van regte en die Grondwet ondermyn. Die wyse waarop die beskermingsveld gekonstrueer word kan reeds 'n duidelike aanduiding verskaf of die hermeneut sogenaamd "*executive minded*" of "menseregte aktivisties" is.

Die wyse waarop die hermeneut die beskermingsveld konstrueer is dus 'n manifestasie van sy of haar keuse van 'n grondwetlike teorie, spesifieke regshermeneutiese voorkeure, en ten diepste die hermeneut se regs-, staats- en samelewingsbeskouing. Die onbewuste rol van subjektiewe invloede, 'n spesifieke voorbegrip, en vooroordele beïnvloed nou reeds die waarde-oordeel wat die hermeneut uitoefen met die afbakening van die omvang van die fundamentele reg se beskermingsveld. Die grondlyne vir die finale waarde-oordeel tydens die tweede stap word reeds tydens hierdie definiering van 'n fundamentele reg getrek. Daarom moet die beskermingsveld deur 'n omvattende, rasionele, logiese, objektiewe en grondwetlik verantwoordbare hermeneutiese proses gekonstrueer word wat bewustelik handel met die hermeneut se horison - met sy of haar subjektiewe invloede, vooroordele en voorbegrip.

Dieselfde hermeneutiese vereistes vind eweneens aanwending as die hermeneut die finale waarde-oordeel tydens die tweede stap fel. Dit is daarom duidelik dat die metode waarvolgens die hermeneut die beskermingsveld van die fundamentele reg konstrueer sowel as waarvolgens die hermeneut die finale waarde-oordeel tydens die tweede stap uitoefen, die twee belangrikste hermeneutiese momente vir die konkretisering van fundamentele regte is.

7.5 BAKENS VIR 'N PERSOONLIKE BENADERING

7.5.1 Uitgangspunt

Die regstaatlike en demokratiese karakter van die Suid-Afrikaanse *Grundnorm* Grondwet vereis dat die hermeneutiese konkretiseringsproses van fundamentele regte objektief, regsteoreties-verantwoordbaar en rasioneel-kontroleerbaar moet wees. Die huidige skrywer verskaf vervolgens enkele bakens van 'n hermeneutiese benadering vir die staatsreg wat sal bydra tot die uitvoering van die 1996 Grondwet se opdrag aan die regbank om fundamentele regte te konkretiseer. Daar moet egter duidelikheid bestaan dat hierdie slegs enkele teoretiese rigtingwysers is en geensins bedoel is om 'n volledige teorie vir die hermeneutiek van fundamentele regte daar te stel nie.

Die skrywer aanvaar as uitgangspunt die liberale demokratiese beginselbenadering wat in 'n materiële regstaat tuishoort, maar neem spesifiek kennis van sosiale en samelewingskritiek wat deur postmoderne teoretiese strominge teen die regstelsel en juridiese metode uitgespreek word. Op suiwer regs metodologiese vlak sluit die huidige skrywer se benadering sterk aan by die hermeneuties-konkretiserende grondwetlike metode wat die Duitse staatsregfilosoof, Friedrich Müller, voorstel. Daar moet egter dadelik bygevoeg word dat Müller se skeptisme teenoor waardes wat die formele regstaatlike karakter van grondwetlike regspraak sou ondermyn, nie deur die huidige skrywer gedeel word nie. Die feit is dat die 1996 Grondwet waardes naas regsnorme as inherente grondwetlike boustene voorskryf. Die verstaan en inhoudgewing van grondwetlike waardes is dus van wesenlike belang vir die konkretisering van die fundamentele regte wat in die Grondwet vervat is.

7.5.2 Die hermeneuties-konkretiserende metode

Müller se benadering, hoewel kompleks, is veral van hulp om die hermeneut in staat te stel om die beskermingsveld van 'n fundamentele reg tydens die eerste stap te konstrueer. Die hermeneut sal dus primêr die kanons van grondwetlike konstruksie raadpleeg, en bykomend daartoe ander beginsels, reëls en elemente van grondwetlike interpretasie soos wat reeds aangedui is. Omdat die ideaal van objektiewe waardeoordele vir die hermeneut onbereikbaar is, moet die hermeneut bewustelik sy of haar subjektiewe vooroordele en invloede en voorbegrip verken. Dit geskied as die hermeneut se konstruksie van die beskermingsveld en uitoefening van waardeoordele in beide konkretiseringstappe gedekonstrueer en krities beoordeel word. Hierdie bewusmaking van die hermeneut van die invloed van sy of haar subjektiewe ervaringswêreld en vooroordele op sy of haar waardeoordele of hermeneutiese keuses, kan minstens ingeligte regterlike keuses tydens die konkretisering van fundamentele regte verseker. Hierdie strewe na die objektiwiteit en rasionaliteit van die regterlike konkretisering van fundamentele regte, sal bydra tot die herstel van die legitimiteit van grondwetlike regspraak.

7.5.3 Skematiese voorstelling

Die grondwetlike hermeneutiese konkretiseringsproses van fundamentele regte kan soos volg daar uitsien:

1. Stap Een: Is daar 'n beperking van 'n fundamentele reg?

1.1 Konstrueer die beskermingsveld van die fundamentele reg.

1.1.1 Identifiseer na aanleiding van die feite van die spesifieke saak die fundamentele reg in die handves van fundamentele regte wat hipoteties van toepassing is. (Daar moet onthou word dat by die oorvleueling van meerdere fundamentele regte, die *lex specialis* bo die *leges generalis* geld.)

1.1.2 Konstrueer die beskermingsveld van die fundamentele reg in abstrakte sin, deur middel van die aanwending van die volgende argumente:

- die grammatikale, sistematiese, teleologiese, vergelykende, historiese, genetiese en kontekstuele kanons van konstruksie in wisselwerking met mekaar;
- besondere grondwetlike interpretasiebeginsels en elemente soos grondwetlike interpretasie (*verfassungskonforme Interpretation*), wye uitleg, evolusionêre interpretasie, skeppende interpretasie, leemtevulling, ensovoorts;
- ander regshermeneutiese elemente soos vermoedens (waar dit grondwetlik versoenbaar is), definisies, statutêre interpretasievoorskrifte, regsreëls soos die *stare decisis* leerstuk, beleidsargumente en werklikheidselemente (die *Natur der Sache*), ensovoorts;
- fundamentele grondwetlike beginsels en waardes van demokrasie, regstaatlikheid, sosiaalstaatlikheid, menswaardigheid, gelykheid en vryheid in die lig van die Grondwet se vrye demokratiese grondorde;

- bewuste kritiese betragting van die hermeneut se subjektiewe invloede, vooroordele en voorbegrip deur byvoorbeeld dekonstruksie.

1.2 Interpreteer die doel en oogmerk van die gewone regsnorm.

1.3 Noudat beide die fundamentele reg en die gewone regsnorm se inhoud verklaar is, word na aanleiding van die feite van die spesifieke geval bepaal of die gewone regsnorm die fundamentele reg se beskermingsveld beperk of daarop inbreuk maak.

1.4 Indien gevind word dat die gewone regsnorm wel die beskermingsveld van die fundamentele reg beperk of daarop inbreuk maak, word oorgegaan na stap twee.

2. Stap Twee: Is die beperking grondwetlik regverdigbaar?

2.1 Beoordeel die beperkende regsnorm aan die beperkingsvereistes van artikel 36(1) van die 1996 Grondwet.

2.1.1 Is die beperkende regsnorm 'n algemeengeldende regsvoorskrif of 'n administratiewe handeling?

2.1.2 Is die beperking proporsioneel in 'n wye sin? Met ander woorde, is die beperkende regsnorm redelik en regverdigbaar in 'n demokratiese samelewing wat geskoei is op die fundamentele grondwetlike waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid:

- gee inhoud aan hierdie fundamentele grondwetlike waarde-maatstaf met in agneming van die inhoud wat reeds by implikasie daaraan gegee is tydens die konstruksie van die beskermingsveld in stap een;
- beskryf die aard van die reg met verwysing na die definiëring wat reeds tydens die konstruksie van die beskermingsveld in stap een plaasgevind het;

- bepaal of die belang wat die beperkende regsnorm nastreef noodsaaklik is, omdat dit 'n *pressing social need* aanspreek;
- bepaal of die aard en omvang van die beperkende regsnorm toepaslik is deurdat dit geskik of toepaslik is vir die doel wat dit nastreef - bestaan daar 'n rasionele verband tussen die oogmerk van die beperking en die beperking self;
- bestaan daar minder skadelike metodes om dieselfde oogmerke te bereik – dit is nie die taak van die regbank om te bepaal of die owerheid die beste beleidskeuses geneem het nie, maar slegs of daardie keuse grondwetlik versoenbaar is;
- bepaal die beperking se proporsionaliteit in enge sin of te wel die verband tussen die belang van die oogmerk van die beperking en die omvang van die inbreukmaking daarvan op die individu se fundamentele reg. Hier volg dus die afweging van die individuele belang teenoor die algemene belang van die samelewing. Daar word gestreef om 'n praktiese harmonie tydens die balansering van die konflikterende belange te bereik ten einde die wesenlike inhoud van elke konflikterende belang so ver as moontlik in stand te hou;
- In die finale instanse volg 'n waarde-oordeel in die lig van bogenoemde elemente van die reeds geïdentifiseerde grondwetlike waarde-maatstaf. Die hermeneut moet weer eens die onderliggende redes vir sy of haar keuse bewustelik naspour soos tydens stap een, ten einde die invloed van sy of haar vooroordele, voorbegrip of subjektiewe invloede daarop uit te skakel.

2.1.3 Die beperking van die individu se fundamentele reg is grondwetlik regverdigbaar/nie regverdigbaar nie.

AFKORTINGS

<i>A</i>	<i>Appèlafdeling</i>
<i>A/</i>	<i>A/ Reeks Oorspronklike Meriete-beslissings van die EHMR</i>
<i>AC</i>	<i>Appeal Court</i>
<i>agv</i>	<i>as gevolg van</i>
<i>All ER</i>	<i>All England Reports</i>
<i>AP</i>	<i>Adjunk-President (van die Konstitusionele Hof)</i>
<i>AR</i>	<i>Appèlregter</i>
<i>art</i>	<i>artikel</i>
<i>AöR</i>	<i>Archiv des öffentlichen Rechts</i>
<i>B</i>	<i>Bophuthatswana Hooggeregshof</i>
<i>B/</i>	<i>B/ Reeks Oorspronklike Pleitstukke, Argumente en Dokumente van die EHMR</i>
<i>BA</i>	<i>Bophuthatswana Appèlafdeling</i>
<i>BCLR</i>	<i>Butterworths Constitutional Law Reports</i>
<i>BGB</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
<i>Buch</i>	<i>Buchanan's Reports</i>
<i>BVerfG</i>	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
<i>BVerfGG</i>	<i>Gesetz über das Bundesverfassungsgericht</i>
<i>BVerfGE</i>	<i>Bundesverfassungsgericht Entscheidung</i>
<i>Cambr L J</i>	<i>Cambridge Law Journal</i>
<i>CILSA</i>	<i>Comparative and International Law Journal of South Africa</i>
<i>Ck</i>	<i>Ciskei Hooggeregshof</i>
<i>Co</i>	<i>Company</i>
<i>Corp</i>	<i>Corporation</i>
<i>DLR</i>	<i>Dominium Law Reports</i>
<i>DöV</i>	<i>Die öffentliche Verwaltung</i>
<i>dws</i>	<i>dit wil sê</i>
<i>ea</i>	<i>en ander</i>
<i>Edms</i>	<i>Eiendoms</i>
<i>eg</i>	<i>eersgenoemde</i>
<i>EHMR</i>	<i>Europese Hof vir Menseregte</i>
<i>EMRK</i>	<i>Europese Menseregtekonvensie</i>
<i>ens</i>	<i>ensovoorts</i>
<i>EPIL</i>	<i>Encyclopedia of Public International Law</i>
<i>ECHR D&R</i>	<i>European Commission of Human Rights Decisions and Reports</i>
<i>EHRR</i>	<i>European Human Rights Reports</i>
<i>EuGRZ</i>	<i>Europäische Grundrechte-Zeitschrift</i>

<i>ev</i>	<i>en volgende</i>
<i>Fin Y B Int L</i>	<i>Finnish Yearbook of International Law</i>
<i>GG</i>	<i>Grundgesetz</i>
<i>GK</i>	<i>Goewermentskennisgewing</i>
<i>GmbH</i>	<i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i>
<i>hfst</i>	<i>hoofstuk</i>
<i>HR</i>	<i>Hoofregter</i>
<i>Hum R L J</i>	<i>Human Rights Law Journal</i>
<i>Inc</i>	<i>Incorporated</i>
<i>Intl Comp L Q</i>	<i>International and Comparative Law Quaterly</i>
<i>ipv</i>	<i>in plaas van</i>
<i>JöR</i>	<i>Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart</i>
<i>K</i>	<i>Kaapse Provinsiale Afdeling</i>
<i>KH</i>	<i>Konstitusionele Hof</i>
<i>Ltd</i>	<i>Limited</i>
<i>maw</i>	<i>met ander woorde</i>
<i>mbt</i>	<i>met betrekking tot</i>
<i>mbv</i>	<i>met behulp van</i>
<i>N</i>	<i>Natalse Provinsiale Afdeling</i>
<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
<i>nl</i>	<i>naamlik</i>
<i>Nm</i>	<i>Namibiese Hoë Hof</i>
<i>NO</i>	<i>Nomine Officio</i>
<i>no</i>	<i>nommer</i>
<i>O</i>	<i>Oranje-Vrystaatse Provinsiale Afdeling</i>
<i>oa</i>	<i>onder andere</i>
<i>ÖJZ</i>	<i>Österreichische Juristen-Zeitung</i>
<i>OK</i>	<i>Oos-Kaapse Plaaslike Afdeling</i>
<i>OPD</i>	<i>Oranje-Vrystaatse Provinsiale Afdeling</i>
<i>P</i>	<i>President (van die Konstitusionele Hof)</i>
<i>par</i>	<i>paragraaf</i>
<i>PC</i>	<i>Privy Council</i>
<i>Proc</i>	<i>Proclamation</i>
<i>Pty</i>	<i>Proprietary</i>

<i>QB</i>	<i>Queens Bench</i>
<i>R</i>	<i>Regter/Regina</i>
<i>red</i>	<i>redakteur</i>
<i>reds</i>	<i>redakteurs</i>
<i>rdnr</i>	<i>randnommer</i>
<i>RSA</i>	<i>Republiek van Suid-Afrika</i>
<i>s</i>	<i>section</i>
<i>SA</i>	<i>Suid-Afrika</i>
<i>SAJHR</i>	<i>South African Journal on Human Rights</i>
<i>SALJ</i>	<i>South African Law Journal</i>
<i>SAPR</i>	<i>Suid-Afrikaanse Publikereg</i>
<i>SCR</i>	<i>(Canadian) Supreme Court Reports</i>
<i>Sch Jb I R</i>	<i>Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht</i>
<i>Stell LR</i>	<i>Stellenbosch Law Review</i>
<i>SOK</i>	<i>Suidoos-Kaapse Plaaslike Afdeling</i>
<i>SWA</i>	<i>Suidwes-Afrika Hooggeregshof</i>
<i>T</i>	<i>Transvaalse Provinsiale Afdeling</i>
<i>THRHR</i>	<i>Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg</i>
<i>tov</i>	<i>ten opsigte van</i>
<i>TS</i>	<i>Reports of the Tranvaal Supreme Court</i>
<i>TSAR</i>	<i>Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg</i>
<i>TRW</i>	<i>Tydskrif vir Regswetenskap</i>
<i>Twv</i>	<i>ter wille van</i>
<i>uitg</i>	<i>uitgawe</i>
<i>UK</i>	<i>United Kingdom</i>
<i>US</i>	<i>United States Supreme Court Reports</i>
<i>v</i>	<i>versus</i>
<i>VVDSiRL</i>	<i>Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer</i>
<i>vgl</i>	<i>vergelyk</i>
<i>vol</i>	<i>volume</i>
<i>vt</i>	<i>voetnoot</i>
<i>W</i>	<i>Witwatersrandse Plaaslike Afdeling</i>
<i>WR</i>	<i>Waarnemende Regter</i>
<i>Yb Eur L</i>	<i>Yearbook of European Law</i>
<i>ZaöRV</i>	<i>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht</i>
<i>ZRP</i>	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i>

BRONNELYS

1. BOEKE EN TYDSKRIFARTIKELS

A

Albertyn en Kentridge 1994 *SAJHR* Vol 10

Albertyn C en Kentridge J *Introducing the Right to Equality in the Interim Constitution* 1994 *SAJHR* Vol 10 149-178

Aleinikoff 1987 *Yale Law Journal* Vol 96

Aleinikoff TA *Constitutional Law in the Age of Balancing* 1987 *Yale Law Journal* Vol 96 943-1005

Alexander 1990 *University of Toronto Law Journal* Vol 40

Alexander ER *The Supreme Court of Canada and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* 1990 *University of Toronto Law Journal* Vol 40 1-72

Alexy *Theory of Legal Argumentation*

Alexy R *A Theory of Legal Argumentation* (Oxford 1989)

Alexy *Recht Vernunft, Diskurs*

Alexy R *Recht, Vernunft, Diskurs* (Frankfurt am Main 1995)

Alexy en Dreier *Statutory Interpretation*

Alexy R en Dreier R *Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany* 73-122 in MacCormick DN en Summers RS (reds) *Interpreting Statutes* (Aldershot 1991)

Alexy *Grundrechte*

Alexy R *Theorie der Grundrechte* (Baden-Baden 1985)

Alexy *Grundrechte* (Suhrkamp)

Alexy R *Theorie der Grundrechte* 2de uitg (Suhrkamp) (Frankfurt am Main 1994)

Alkema *Een Europese Constitutie*

Alkema EA *De Europese Conventie: Begin van Een Europese Constitutie?* 339-354 in Heringa AW, Schokkenbroek JCG en Van der Velde J (reds) *40 Jaar Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens* (Leiden 1990)

Alkema *"Drittwirkung"*

Alkema EA *The Third-Party Applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights* 33-45 in Matscher F en Petzold H (reds) *Protecting Human Rights: The European Dimension: Studies in Honour of Gérard J Wiarda* (Keulen 1988)

Altman *Critical Legal Studies*

Altman A *Critical Legal Studies: A Liberal Critique* (Princeton 1990)

Anon 1995 ÖJZ Vol 4

Anon *Otto-Preminger-Institut v Austria (Liebeskonzil-saak)* 1995 ÖJZ Vol 4 154-158

B**Bachof 1954 VVDStRL Vol 12**

Bachof O *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates* 1954 VVDStRL Vol 12 37-84

Badura 1989 DöV Vol 11

Badura P *Der Sozialstaat* 1989 DöV Vol 11 491-499

Balkin 1987 Yale Law Journal Vol 96

Balkin JM *Deconstructive Practice and Legal Theory* 1987 Yale Law Journal Vol 96 743-786

Balkin *Tradition, Betrayal and the Politics of Deconstruction*

Balkin JM *Tradition, Betrayal and the Politics of Deconstruction* 190-206 in Brison SJ en Sinnott-Armstrong W (reds) *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation* (Boulder 1993)

Bartlett en Kennedy (reds) *Feminist Legal Theory*

Bartlett K en Kennedy R (reds) *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender* (Boulder 1991)

Barrie 1995 TSAR

Barrie GN *International Human Rights Conventions: Public International Law Applicable to the Protection of Rights* 1995 TSAR 66-80

Basson 1993 SAPR Vol 8 en 1994 SAPR Vol 9

Basson AC *Die Ontwikkeling van Ekonomiese Regte* 1993 SAPR Vol 8 218-229 en 1994 SAPR Vol 9 94-112

Battis en Gusy *Staatsrecht*

Battis U en Gusy C *Einführung in das Staatsrecht* (Heidelberg 1986)

Bäumlin en Kalinna *Evangelisches Staatslexikon*

Bäumlin R en Kalinna HEJ *Demokratie* in Herzog R ea (reds) *Evangelisches Staatslexikon* Vol 1 (Stuttgart 1987)

Beatty *Talking Heads*

Beatty DM *Talking Heads and the Supremes: The Canadian Production of Constitutional Review* (Toronto 1990)

Bell *The Elusive Quest For Racial Justice*

Bell D *And We Are Not Saved: The Elusive Quest For Racial Justice* (New York 1992)

Bell *The Performance of Racism*

Bell D *Faces at the Bottom of the Well: The Performance of Racism* (New York 1992)

Bell *Race, Racism and American Law*

Bell D *Race, Racism and American Law* 1980 2de uitg (Boston 1980)

Bellekom *Beperkingsklousules*

Bellekom TL *Het Hof Voor de Rechten van de Mens en de Beperkingsklousules van het EVRM 59-74* in Heringa AW, Schokkenbroek JCG en Van der Velde J (reds) *40 Jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens* (Leiden 1990)

Benda 1976 *AöR*

Benda E *Rechtsstaat im sozialen Wandel* 1976 *AöR* Vol 101 497-519

Bender 1983 *McGill Law Journal* Vol 28

Bender P *The Canadian Charter of Rights and Freedoms and the United States Bill of Rights: A Comparison* 1983 *McGill Law Journal* Vol 28 811-866

Berat 1993 *Saint Louis University Law Journal* Vol 37

Berat L *Courting Justice: A Call for Judicial Activism in a Transformed South Africa* 1993 *Saint Louis University Law Journal* Vol 37 849-869

Berger *Government by Judiciary*

Berger R *Government By Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment* (Cambridge 1977)

Berger 1986 *George Washington Law Review* Vol 55

Berger R *Some Reflections on Interpretivism* 1986 *George Washington Law Review* Vol 55 1-16

Berger Vol I *Case Law*

Berger V Vol I *Case Law of the European Court of Human Rights* (Dublin 1989)

Berger Vol II *Case Law*

Berger V Vol II *Case Law of the European Court of Human Rights* (Dublin 1992)

Bernhardt *Auslegung völkerrechtlicher Verträge*

Bernhardt R *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge insbesondere in der neueren Rechtsprechung internationaler Gerichte* (Keulen 1963)

Bernhardt *European Court of Human Rights*

Bernhardt R *Human Rights and Judicial Review: The European Court of Human Rights* 267-296 in Beatty D (red) *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective* (Dordrecht 1994)

Bernhardt *Internationaler Menschenrechtsschutz*

Bernhardt R *Internationaler Menschenrechtsschutz und nationaler Gestaltungsspielraum* in Bernhardt R ea (reds) *Festschrift für Hermann Mosler* 75-88 (Berlyn 1983)

Bernhardt *EPIL*

Bernhardt R *Interpretation in International Law* 318-327 in Bernhardt R (red) *EPIL* 7de aflevering (Amsterdam 1984)

Bernhardt *Convention and Domestic Law*

Bernhardt R *The Convention and Domestic Law* in Macdonald R St J, Macher F en Petzold H (reds) *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht 1993) 25-40

Bernhardt *Thoughts*

Bernhardt R *Thoughts on the Interpretation of Human Rights Treaties* 65-71 in Matscher F en Petzold H (reds) *Protecting Human Rights: The European Dimension: Studies in Honour of Gérard J Wiarda* (Keulen 1988)

Bickel *The Least Dangerous Branch*

Bickel AM *The Least Dangerous Branch – the Supreme Court act the Bar of Politics* (New Heaven 1962)

Black *A Constitutional Faith*

Black HL *A Constitutional Faith* (New York 1969)

Black *Structure and Relationship in Constitutional Law*

Black CL *Structure and Relationship in Constitutional Law* (Woodbridge 1969)

Blackstone *Commentaries*

Blackstone W *The Student's Blackstone: Commentaries on the Laws of England* 12de uitg (London 1896)

Blasi (red) *The Burger Court*

Blasi V (red) *The Burger Court: The Counter-Revolution That Wasn't* (New Haven 1983)

Bleicher *Contemporary Hermeneutics*

Bleicher J *Contemporary Hermeneutics: Hermeneutics as Method, Philosophy and Critique* (London 1980)

Bobbitt *Constitutional Interpretation*

Bobbitt P *Constitutional Interpretation* (Oxford 1991)

Böckenförde 1974 *NJW*

Böckenförde E-W *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* 1974 *NJW* Vol 14 1529-1538

Böckenförde *Grundrechtsdogmatik*

Böckenförde E-W *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz* (1990) Gepubliceerde referaat gelewer voor die Carl Friederich von Siemens Stiftung 19 Oktober 1989 München

Böckenförde 1976 *NJW*

Böckenförde E-W *Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik* 1976 *NJW* Vol 46 2089-2099

Bogs *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*

Bogs H *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* (Doktorale proefskrif Universität Heidelberg 1965) (Stuttgart 1966)

Bork *Neutral Principles*

Bork RH *Neutral Principles and Some First Amendment Problems* 197-226 in Ravoke JN *Interpreting the Constitution: The Debate Over Original Intent* (Boston 1990)

Bork *Original Understanding*

Bork RH *The Original Understanding* 48-67 in Brison SJ en Smith-Amstrong (reds) *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation* (Boston 1993)

Bork *Tempting of America*

Bork RH *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* (New York 1990)

Botha 1995 *THRHR* Vol 58

Botha C *Steeds 'n Paar Tekstuele Ikone Teen die Regstaatlike Muur* 1995 *THRHR* Vol 58 523-528

Botha 1994 *SAPR* Vol 9

Botha CJ *Interpretation of the Constitution* 1994 *SAPR* Vol 9 257-264

- Botha *Waarde-Aktiverende Grondwetuitleg*
Botha CJ *Waarde-Aktiverende Grondwetuitleg: Vergestaltung van die Materiële Regstaat* (Doktorale proefskrif UNISA 1996)
- Botha *Wetsuitleg*
Botha CJ *Wetsuitleg: 'n Inleiding vir Studente* (Kaapstad 1991)
- Botha 1994 *SAPR* Vol 9
Botha H *The Values and Principles Underlying the 1993 Constitution* 1994 *SAPR* Vol 9 233-244
- Botha 1994 *SAPR* Vol 9
Botha N *International Law and the South African Interim Constitution* 1994 *SAPR* Vol 9 245-256
- Bothe 1976 Vol 36 *ZaöRV*
Bothe M *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte* 1976 *ZaöRV* Vol 36 280-299
- Brassey 1994 *SAJHR* Vol 10
Brassey M *Labour Relations Under the New Constitution* 1994 *SAJHR* Vol 10 179-207
- Brennan *Contemporary Ratification*
Brennan WJ *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification* 23-34 in Ravoke JN *Interpreting the Constitution: The Debate Over Original Intent* (Boston 1990)
- Brest *Misconceived Quest for the Original Understanding*
Brest P *The Misconceived Quest for the Original Understanding* 227-262 in Ravoke JN *Interpreting the Constitution: The Debate Over Original Intent* (Boston 1990)
- Brint en Weaver (reds) *Pragmatism in Law and Society*
Brint M en Weaver M (reds) *Pragmatism in Law and Society* (Boulder 1991)
- Brison en Sinnott-Armstrong (reds) *Constitutional Interpretation*
Brison SJ en Sinnott-Armstrong W (reds) *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation* (Boulder 1993)
- Brownlie *Principles of Public International Law*
Brownlie I *Principles of Public International Law* 3de uitg (Oxford 1979)
- Brugger *Grundrechte*
Brugger W *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA* (Tübingen 1987)

Brugger *Einführung*

Brugger W *Einführung in das öffentliche Recht der USA* (München 1993)

Brugger 1994 *AöR* Vol 119

Brugger W *Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze* 1994 *AöR* Vol 119 1-34

Brugger 1994 *The American Journal of Comparative Law* Vol 42

Brugger W *Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence, and Anthropology: Some Remarks From a German Point of View* 1994 *The American Journal of Comparative Law* Vol 42 395-421

Brugger 1987 *ZRP*

Brugger W *Verfassungspolitik a la USA* 1987 *ZRP* 52

Brugger 1994 *JöR* Vol 42

Brugger W *Verfassungsinterpretation in den Vereinigten Staaten von Amerika* 1994 *JöR* Vol 42 571-593

Burns *Law and Race in America*

Burns WH *Law and Race in America* 89-95 in Kairys D (red) *The Politics of Law: A Progressive Critique* 2de uitg (New York 1982)

Bushnell 1986 *University of New-Brunswick Law Journal* Vol 35

Bushnell SI *The Use of American Cases* 1986 *University of New-Brunswick Law Journal* Vol 35 157-181

C

Cachalia ea (reds) *Fundamental Rights*

Cachalia A ea (reds) *Fundamental Rights in the New Constitution* (Kenwyn 1994)

Cameron 1982 *SALJ* Vol 99

Cameron E *Legal Chauvinism, Executive Mindedness and Justice – LC Steyn's Impact on South African Law* 1982 *SALJ* Vol 99 38-75

Cameron 1987 *SAJHR* Vol 3

Cameron E *Nude Monarchy: The Case of South Africa's Judges* 1987 *SAJHR* Vol 3 338-346

Cameron 1990 *Osgoode Hall Law School* Vol 28

Cameron J *Cross Cultural Reflections: Teaching the Charter to Americans* 1990 *Osgoode Hall Law School* Vol 28 613-640

Canaris *Lücken*

Canaris C-W *Die Feststellung von Lücken im Gesetz* (Berlin 1964)

Cardozo *Nature of the Judicial Process*

Cardozo BJ *The Nature of the Judicial Process* 11de uitg (New Haven 1941)

Carpenter 1995 *THRHR* Vol 58

Carpenter G *Beyond Belief - Religious Freedom Under the South African and American Constitutions* 1995 *THRHR* Vol 58 684-695

Carpenter 1996 *THRHR* Vol 59

Carpenter G *Constitutional Court Sounds the Death Knell for Capital Punishment - S v Makwanyane* 1996 *THRHR* Vol 59 145-165

Carpenter en Botha 1996 *THRHR* Vol 59

Carpenter G en Botha C *The "Constitutional Attack on Private Law": Are the Fears Well Founded?* 1996 *THRHR* Vol 59 126-135

Carpenter 1995 *SAPR* Vol 10

Carpenter G *Internal Modifiers and Other Qualifications in Bills of Rights - Some Problems of Interpretation* 1995 *SAPR* Vol 10 260-282

Carpenter 1996 *SAPR* Vol 11

Carpenter G *Public Opinion, The Judiciary and Legitimacy* 1996 *SAPR* Vol 11 110-122

Charles 1983 *Dalhousie Law Journal* Vol 7

Charles WH *Extrinsic Evidence and Statutory Interpretation: Judicial Discretion in Context* 1983 *Dalhousie Law Journal* Vol 7 7-41

Chaskalson ea (reds) *Constitutional Law*

Chaskalson M ea (reds) *Constitutional Law of South Africa* (Kaapstad 1996)

Choper *Judicial Review*

Choper JH *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconstruction of the Role of the Supreme Court* (Chicago 1980)

Christie en Martin *Jurisprudence*

Christie GC en Martin PH *Jurisprudence: Text and Readings on the Philosophy of Law* 2de uitg (St Paul 1995)

Claassen 1994 *THRHR* Vol 57

Claassen CJ *The Functioning and Structure of the Constitutional Court* 1994 *THRHR* Vol 57 412-439

Clapham *Drittwirkung*

Clapham A *The Drittwirkung of the Convention* 161-206 in Macdonald R St J, Matcher F en Petzold H (reds) *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht 1993)

- Claydon 1982 *Supreme Court Law Review* Vol 4
 Claydon J *International Human Rights Law and the Interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* 1982 *Supreme Court Law Review* Vol 4 286-302
- Cockrell 1996 *SAJHR* Vol 12
 Cockrell A *Rainbow Jurisprudence* 1996 *SAJHR* Vol 12 1-38
- Cohen 1935 *Columbia Law Review* Vol 35
 Cohen FS *Transcendental Nonsense and the Functional Approach* 1935 *Columbia Law Review* Vol 35 809-849
- Coing *Auslegungsmethoden*
 Coing H *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik* (Keulen 1959) Gepubliseerde bydrae gelewer tydens die 61ste byeenkoms van die Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen: Geisteswissenschaften 28 Januarie 1959 Düsseldorf
- Conklin 1982 *Supreme Court Law Review* Vol 4
 Conklin WE *Interpreting and Applying the Limitations Clause: An Analysis of Section 1* 1982 *Supreme Court Law Review* Vol 4 75-87
- Corder *Judges at Work*
 Corder H *Judges at Work: The Role and Attitudes of the South African Appellate Judiciary, 1910-1950* (Kapaastad 1984)
- Corder 1992 *SALJ* Vol 109
 Corder H *Lessons From (North) America (Beware of the 'Legalization of Politics' and the 'Political Seduction of the Law')* 1992 *SALJ* Vol 109 204-223
- Cornell, Rosenfeld en Carlson (reds) *Deconstruction and the Possibility of Justice*
 Cornell D, Rosenfeld M en Carlson DG (reds) *Deconstruction and the Possibility of Justice* (New York 1992)
- Council of Europe *ECHR D & R Summaries*
 Council of Europe *ECHR D & R Summaries* Nr 1-20 (Strasbourg 1981)
- Council of Europe *ECHR D & R Summaries*
 Council of Europe *ECHR D & R Summaries* Nr 21-40 (Strasbourg 1987)
- Council of Europe *ECHR D & R Summaries*
 Council of Europe *ECHR D & R Summaries* Nr 41-60 (Strasbourg 1993)
- Council of Europe *Freedom of Expression and Information*
 Council of Europe *Freedom of Expression and Information In a Democratic Society* 178-528 Voordragte gelewer tydens die *Sixth International Colloquy about the European Convention on Human Rights* 13-16 November 1985 Seville

Council of Europe *Human Rights Information Bulletin No 44*

Council of Europe *Human Rights Information Bulletin No 44: An Update on Human Rights Activities within the Council of Europe 28 August-October 1998* (Strasbourg 1999)

Council of Europe *Digest Vol 1*

Council of Europe *Digest of Strasbourg Case-Law Relating to the European Convention on Human Rights Vol 1 (Articles 1-5)* (Keulen 1984)

Council of Europe *Digest Vol 4*

Council of Europe *Digest of Strasbourg Case-Law Relating to the European Convention on Human Rights Vol 4 (Articles 13-25)* (Keulen 1985)

Cowen 1976 *TSAR*

Cowen DV *Prolegomenon to a Restatement of the Principles of Statutory Interpretation* 1976 *TSAR* 131-167

Cowen 1980 *THRHR* Vol 43

Cowen DV *The Interpretation of Statutes and The Concept of "The Intention of The Legislature"* 1980 *THRHR* Vol 43 374-399

Cremona *Proportionality*

Cremona JJ *The Proportionality Principle in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights* 323-330 in Beyerlin U, Bothe M, Hofmann R ea (reds) *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Festschrift für Rudolf Bernhardt* (Berlyn 1995)

Crenshaw ea (reds) *Critical Race Theory*

Crenshaw K, Gotanda N en Thomas K (reds) *Critical Race Theory: A Reader* (New York 1993)

Currie en Woolman *Freedom and Security of the Person*

Currie I en Woolman S *Freedom and Security of the Person* 39-1 – 39-48 in Chaskalson M ea (reds) *Constitutional Law of South Africa* (Kaapstad 1996)

D

David en Brierly *Major Legal Systems*

David R en Brierly JEC *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law* 2de uitg (Londen 1978)

Davis 1994 *SAJHR* Vol 10

Davis D *Democracy - Its Influence Upon the Process of Constitutional Interpretation* 1994 *SAJHR* Vol 10 103-121

Davis *Equality and Equal Protection*

Davis D *Equality and Equal Protection* 196-211 in Van Wyk D ea (reds) *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* (Kenwyn 1994)

Davis ea *Constitutional Interpretation*

Davis D ea *Democracy and Constitutionalism: The Role of Constitutional Interpretation* 1-130 in Van Wyk D ea (reds) *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* (Kenwyn 1994)

Davis 1995 *SALJ* Vol 112

Davis DM *Integrity and Ideology: Towards a Critical Theory of the Judicial Function* 1995 *SALJ* Vol 112 104-130

Davis 1985 *SALJ* Vol 102

Davis DM *Positivism and the Judicial Function* 1985 *SALJ* Vol 102 103-119

Davis 1992 *SAJHR* Vol 8

Davis DM *The Case Against the Inclusion of Socio-Economic Demands in a Bill of Rights Except as Directive Principles* 1992 *SAJHR* Vol 8 475-490

Davis 1996 *SALJ* Vol 113

Davis DM *The Underlying Theory that Informs the Wording of Our Bill of Rights* 1996 *SALJ* Vol 113 385-394

De Bruyn 1995 *SAPR* Vol 10

De Bruyn DL *Judicial Interpretation of the Interim Constitution: A Review of the First Year* 1995 *SAPR* Vol 10 504-522

De Ville 1993 *SAPR* Vol 8

De Ville J *Die Legaliteitsbeginsel in die Staats- en Administratiefreg onder 'n Nuwe Grondwetlike Bedeling - 'n Vergelykende Toekomspektief* 1993 *SAPR* Vol 8 68-85

De Ville 1994 *SAPR* Vol 9

De Ville J *Interpretation of the General Limitation Clause in the Chapter on Fundamental Rights* 1994 *SAPR* Vol 9 287-312

De Ville 1995 *SAJHR* Vol 11

De Ville J *The Right to Administrative Justice: An Examination of Section 24 of the Interim Constitution* 1995 *SAJHR* Vol 11 264-280

De Ville 1994 *SAPR* Vol 9

De Ville JR *Proportionality as a Requirement of the Legality in Administrative Law in Terms of the New Constitution* 1994 *SAPR* Vol 9 360-377

De Villiers 1994 *SAPR* Vol 9

De Villiers B *Intergovernmental Relations: The Duty to Co-operate - A German Perspective* 1994 *SAPR* Vol 9 430-437

De Villiers *Social and Economic Rights*

De Villiers B *Social and Economic Rights* 599-628 in Van Wyk D ea (reds) *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* (Kenwyn 1994)

De Vos 1995 *SAPR* Vol 10

De Vos P *The Economic and Social Rights of Children and South Africa's Transitional Constitution* 1995 *SAPR* Vol 10 233-259

De Vos 1991 *TSAR*

De Vos W Le R *The Activism of the Judge in South Africa* 1991 *TSAR* 592-610

De Waal 1995 *SAJHR* Vol 11

De Waal J *A Comparative Analysis of the Provisions of German Origin in the Interim Bill of Rights* 1995 *SAJHR* Vol 11 1-29

De Wet 1995 *SAJHR* Vol 11

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 *SAJHR* Vol 11 30-49

De Wet 1995 *SAJHR* Vol 11

De Wet E *Indirect Drittwirkung and the Application Clause: A Reply to Johan de Waal* 1995 *SAJHR* Vol 11 610-619

De Wet *The Constitutional Enforceability of Economic and Social Rights*

De Wet E *The Constitutional Enforceability of Economic and Social Rights: The Meaning of The German Constitutional Model for South Africa* (Durban 1996)

De Wet 1995 *SAPR* Vol 10

De Wet E *The Positive Aspects of Certain Negative Rights in the Interim Bill of Rights: Identifying Certain Parallels with Teilhaberechte in German Constitutional Law* 1995 *SAPR* Vol 10 73-106

Delmas-Marty *European Convention*

Delmas-Marty M (red) *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions* (Dordrecht 1992)

Derrida *Force of Law*

Derrida J *Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority"* 3-67 in Cornell D, Rosenfeld M en Carlson DG (reds) *Deconstruction and the Possibility of Justice* (New York 1992)

Devenish 1995 *SAPR* Vol 10

Devenish G *An Examination and Critique of the Limitation Provision of the Bill of Rights Contained in the Interim Constitution* 1995 *SAPR* Vol 10 131-144

Devenish 1995 *TSAR*

Devenish GE *Freedom of Expression: The "Marketplace of Ideas"* 1995 *TSAR* 442-459

Devenish *Interpretation*

Devenish GE *Interpretation of Statutes* (Kapaastad 1992)

Devenish 1991 *SAPR* Vol 6

Devenish GE *Teleological Evaluation: A Theory and Modus Operandi of Statutory Interpretation in South Africa* 1991 *SAPR* Vol 6 62-84

Devenish 1995 *De Jure* Vol 2

Devenish GE *The Interpretation of Justiciable Rights in South Africa's Interim Constitution* 1995 *De Jure* Vol 2 249-278

Devenish 1991 *Stell LR* Vol 2

Devenish GE *The Nature of Legal Reasoning Involved in the Interpretation of Statutes* 1991 *Stell LR* Vol 2 224-241

Devenish 1996 *THRHR* Vol 59

Devenish GE *The Prospects for Constitutional Litigation in Relation to the Powers of the Central and Provincial Governments as Contained in the Interim Constitution, and Related Issues* 1996 *THRHR* Vol 59 34-56

Devlin 1994 *Alberta Law Review* Vol XXXII

Devlin RE *Mapping Legal Theory* 1994 *Alberta Law Review* Vol XXXII 602-621

Doehring *Staatslehre*

Doehring K *Allgemeine Staatslehre* (Heidelberg 1991)

Dolzer en Vogel (reds) *Bonner Kommentar*

Dolzer R en Vogel K (reds) *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* Vol 1-3 (Heidelberg 1993)

Drosdowski ea (reds) *Duden*

Drosdowski G ea (reds) *Duden Deutsches Universalwörterbuch* 2de uitg (Mannheim 1989)

Drzemczewski 1980 Vol 29 *Intl Comp L Q*

Drzemczewski A *The Sui Generis Nature of the European Convention on Human Rights* 1980 *Intl Comp L Q* Vol 29 54-63

Du Plessis *Open Community*

Du Plessis L *Legal Academics and the Open Community of Constitutional Interpreters* 1-18 Referaat gelewer by die kongres van die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte 22-25 Januarie 1996 Universiteit van Wes-Kaapland

Du Plessis *Die Teoretiese Grondslae van Wetsuitleg*

Du Plessis LM *Die Teoretiese Grondslae Van Wetsuitleg* 24-43 in Joubert DJJ (red) *Petere Fontes LC Steyn-Gedenkbundel* (Pretoria 1980)

Du Plessis en Corder *South Africa's Transitional Bill of Rights*

Du Plessis LM en Corder H *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* (Kaapstad 1994)

Du Plessis en De Ville *Personal Rights*

Du Plessis LM en De Ville J *Personal Rights: Life, Freedom, and Security of the Person, Privacy, and Freedom of Movement* 212-263 in Van Wyk D ea (reds) *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* (Kenwyn 1994)

Du Plessis en De Ville (1) 1993 *Stell LR* Vol 4

Du Plessis LM en De Ville JR *Bill of Rights Interpretation in the South African Context (1): Diagnostic Observations* 1993 *Stell LR* Vol 4 63-87

Du Plessis en De Ville (2) 1993 *Stell LR* Vol 4

Du Plessis LM en De Ville JR *Bill of Rights Interpretation in the South African Context (2): Prognostic Observations* 1993 *Stell LR* Vol 4 199-218

Du Plessis en De Ville (3) 1993 *Stell LR* Vol 4

Du Plessis LM en De Ville JR *Bill of Rights Interpretation in the South African Context (3): Comparative Perspectives and Future Prospects* 1993 *Stell LR* Vol 4 356-393

Du Plessis en Du Plessis *Inleiding*

Du Plessis LM en Du Plessis AG *Inleiding tot die Reg* (Kaapstad 1992)

Du Plessis 1986 *SAPR* Vol 1

Du Plessis LM *Is Alles Werklik Net Taal en Woorde? (Enkele Gedagtes oor Ons Howe se Basiese Benadering tot Wetsuitleg)* 1986 *SAPR* Vol 1 256-271

Du Plessis 1987 *SAPR* Vol 2

Du Plessis LM *Kontoere vir 'n Eie Wetsuitlegteorie* 1987 *SAPR* Vol 2 175-191

Du Plessis 1981 *SALJ* Vol 98

Du Plessis LM *Tentative Reflections on the Systemization of the Rules of Statutory Interpretation* 1981 *SALJ* Vol 98 211-217

Du Plessis 1994 *SAPR* Vol 9

Du Plessis LM *The Genesis of the Chapter on Fundamental Rights in South Africa's Transitional Constitution* 1994 *SAPR* Vol 9 1-21

Du Plessis 1994 *TSAR*

Du Plessis LM *The Genesis of the Provisions Concerned with the Application and Interpretation of the Chapter on Fundamental Rights in South Africa's Transitional Constitution* 1994 *TSAR* 706-733

Du Plessis *Interpretation*

Du Plessis LM *The Interpretation of Statutes* (Durban 1986)

Du Plessis *The Jurisprudence of Interpretation*

Du Plessis LM *The Jurisprudence of Interpretation and the Exigencies of a New Constitutional Order in South Africa* 1-12 Referaat gelewer by 'n regsteoretiese konferensie 1 September 1997 Randse Afrikaanse Universiteit

Du Toit 1977 *TRW* Vol 2

Du Toit DC *The Dimension of Futurity in the Law: Towards a Renewal of the Theory of Interpretation* 1977 *TRW* Vol 2 11-21

Dugard *Human Rights and the South African Legal Order*

Dugard J *Human Rights and the South African Legal Order* (Princeton 1978)

Dugard *International Human Rights*

Dugard J *International Human Rights* 171-195 in Van Wyk D ea (reds) *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* (Kenwyn 1994)

Dugard 1995 *SAJHR* Vol 11

Dugard J *International Law and the 'Final' Constitution* 1995 *SAJHR* Vol 11 241-251

Dugard *Public International Law*

Dugard J *Public International Law* 13-9 – 13-11 in Chaskalson M ea (reds) *Constitutional Law of South Africa* (Kaapstad 1996)

Dugard 1984 *SALJ* Vol 101

Dugard J *Should Judges Resign? – A Reply to Professor Wacks* 1984 *SALJ* Vol 101 286-294

Dugard 1981 *SALJ* Vol 98

Dugard J *Some Realism About the Judicial Process and Positivism – A Reply* 1981 *SALJ* Vol 98 372-387

Dugard 1971 *SALJ* Vol 88

Dugard J *The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty* 1971 *SALJ* Vol 88
181-200

Dugard 1994 *SAJHR* Vol 10

Dugard J *The Role of International Law in Interpreting the Bill of Rights* 1994
SAJHR Vol 10 208-215

Dworkin *Integrity and Interpretation*

Dworkin R *Integrity and Interpretation* 120-139 in Brison SJ en Sinott-Armstrong
W (reds) *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation* (Boulder
1993)

Dworkin *A Matter of Principle*

Dworkin R *A Matter of Principle* (Cambridge 1985)

Dworkin *Law's Empire*

Dworkin R *Law's Empire* (Londen 1986)

Dworkin *Taking Rights Seriously*

Dworkin R *Taking Rights Seriously* (Londen 1977)

Dworkin 1981 *New York University Law Review* Vol 56

Dworkin R *The Forum of Principle* 1981 *New York University Law Review* Vol 56
469-518

Dworkin 1992 *University of Chicago Law Review* Vol 59

Dworkin R *Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled*
1992 *University of Chicago Law Review* Vol 59 381-432

Dyzenhaus 1991 *SAJHR* Vol 7

Dyzenhaus D *Democracy, Rights, and the Law* 1991 *SAJHR* Vol 7 24-49

Dyzenhaus 1982 *SALJ* Vol 99

Dyzenhaus D *LC Steyn in Perspective* 1982 *SALJ* Vol 99 380-393

E

Eckhardt *Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung*

Eckhardt W-D *Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung: Ihre dogmatische
Berechtigung und ihre Grenzen im deutschen Recht* (Doktorale proefschrift
Universität Tübingen 1963) (Berlyn 1964)

Ehmke *Verfassungsinterpretation*

Ehmke H *Prinzipien der Verfassungsinterpretation* 329-371 in Ehmke H *Beiträge
zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik* (Königstein 1981)

Eissen Proportionality

Eissen M-A *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights* 125-146 in Macdonald R St J, Mather F en Petzold H (reds) *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht 1993)

Elliot 1987 *Queen's Law Journal* Vol 12

Elliot RM *The Supreme Court of Canada and Section 1 – The Erosion of the Common Front* 1987 *Queen's Law Journal* Vol 12 277-340

Ely *Democracy and Distrust*

Ely JH *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge 1980)

Engel 1989 *Sch Jb I R* Vol XLVI

Engel C *Der Ordnungsvorbehalt in den Schranken der Europäischen Menschenrechtskonvention* 1989 *Sch Jb I R* Vol XLVI 41-91

Engisch *Konkretisierung*

Engisch K *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit* (Heidelberg 1953)

Epstein *Common Lawyer*

Epstein RA *A Common Lawyer Looks at Constitutional Interpretation* 70-99 in Brison SJ en Sinnott-Armstrong W (reds) *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation* (Boston 1993)

Erasmus 1994 *SAPR* Vol 9

Erasmus G *Provincial Government Under the 1993 Constitution: What Direction wil it Take?* 1994 *SAPR* Vol 9 407-429

Eskridge *Dynamic Statutory Interpretation*

Eskridge WN *Dynamic Statutory Interpretation* (Cambridge 1994)

Esser *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*

Esser J *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis* (Frankfurt am Main 1970)

FFagan 1995 *SAJHR* Vol 11

Fagan A *In Defence of the Obvious-Ordinary Meaning and the Identification of Constitutional Rules* 1995 *SAJHR* Vol 11 545-570

Fagan 1995 *Stell LR* Vol 6

Fagan E *Some Observations on Constitutional Jurisdiction* 1995 *Stell LR* Vol 6 97-104

Fairley 1982 *Supreme Court Law Review* Vol 4

Fairley HS *Enforcing the Charter: Some Thoughts on an Appropriate and Just Standard for Judicial Review* 1982 *Supreme Court Law Review* Vol 4 217-254

Fallon 1987 *Harvard Law Review* Vol 100

Fallon RA *A Contributive Coherence Theory of Constitutional Interpretation* 1987 *Harvard Law Review* Vol 100 1189-1286

Felder *Life*

Felder J *Life* 15-1 – 15-10 in Chaskalson M ea (reds) *Constitutional Law of South Africa* (Kaapstad 1996)

Fineman en Thomadsen (reds) *Feminism and Legal Theory*

Fineman MA en Thomadsen NS (reds) *At the Boundaries of Law: Feminism and Legal Theory* (New York 1991)

Fiktenscher *Methoden*

Fiktenscher W *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung* Vol II in Fiktenscher W *Anglo Amerikanischen Rechtskreis* (Tübingen 1975)

Fish *Doing What Comes Naturally*

Fish SE *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies* (Durham 1989)

Fisher, Horwitz en Reed (reds) *American Legal Realism*

Fisher WW, Horwitz MJ en Reed TA (reds) *American Legal Realism* (New York 1993)

Fitzgerald *Salmond on Jurisprudence*

Fitzgerald PJ *Salmond on Jurisprudence* 12de uitg (London 1966)

Fletcher 1988 *Yale Law Journal* Vol 98

Fletcher WA *The Structure of Standing* 1988 *Yale Law Journal* Vol 98 221-291

Forsthoff 1954 *VVDStRL* Vol 12

Forsthoff E *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates* 1954 *VVDStRL* Vol 12 8-36

Forsthoff *Verfassungsgesetzes*

Forsthoff E *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes* 35-62 in Barion H ea (reds) *Festschrift für Carl Schmitt zum 70 Geburtstag* (Berlyn 1959)

Forsthoff *Verfassungsauslegung*

Forsthoff E *Zur Problematik der Verfassungsauslegung* (Stuttgart 1961)

Fortshoff *Staat der Industriegesellschaft*

Forsthoff E *Der Staat der Industriegesellschaft* (München 1971)

Forsthoff *Verfassungslehre*

Forsthoff E *Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre* 185-211 in Barion H ea (reds) *Festgabe für Carl Schmitt* (Berlin 1968)

Forsyth en Schiller 1981 *SALJ* Vol 98

Forsyth C en Schiller J *The Judicial Process, Positivism and Civil Liberty II* 1981 *SALJ* Vol 98 218-230

Forsyth 1991 *SAJHR* Vol 7

Forsyth C *Interpreting a Bill of Rights: The Future Task of a Reformed Judiciary?* 1991 *SAJHR* Vol 7 1-23

Forsyth *In Danger for their Talents*

Forsyth CF *In Danger for their Talents: A Study of the Appellate Division of the Supreme Court of South Africa 1950-1980* (Kaaopstad 1985)

Frank *Law and the Modern Mind*

Frank J *Law and the Modern Mind* (London 1949)

Frankfurter 1955 *Harvard Law Review* Vol 69

Frankfurter F *John Marshall and the Judicial Function* 1955 *Harvard Law Review* Vol 69 217-238

Freeman *Anti-Discrimination Law*

Freeman AD *Anti-Discrimination Law : A Critical Review* 96-116 in Kairys D (red) *The Politics of Law: A Progressive Critique* 2de uitg (New York 1982)

Friesenhahn *Wandel*

Friesenhahn E *Der Wandel des Grundrechtsverständnisses* G1-G37 in Anon *Verhandlungen des fünfzigsten deutschen Juristentages* Vol II Hamburg 1974 (München 1974)

Frowein *Bundesverfassungsgericht*

Frowein JA *Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschenrechtskonvention* 1763-1774 in Fürts W, Herzog R en Umbach DC (reds) *Festschrift für Wolfgang Zeidler* (Berlyn 1978)

Frowein JA en Peukert *EMRK-Kommentar*

Frowein JA en Peukert W *Europäische Menschenrechtskonvention EMRK-Kommentar* (Kehl 1985)

Fudge 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25

Fudge J *The Public/Private Distinction: The Possibilities of and the Limits to the*

Use of Charter Litigation to Further Feminist Struggles 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25 485-554

Fuller 1958 *Harvard Law Review* Vol 71

Fuller LL *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart* 1958 *Harvard Law Review* Vol 71 630-672

G

Gadamer *Truth and Method*

Gadamer G *Truth and Method* 2de uitg (Londen 1988)

Gadamer *Hermeneutik*

Gadamer H-G *Hermeneutik* 1062-1073 in Ritter J (red) *Historisches Wörterbuch der Philosophie* Vol 3 (Basel 1973)

Gall *The Canadian Legal System*

Gall GL *The Canadian Legal System* 3de uitg (Toronto 1990)

Gearty 1993 *Camb L J* Vol 52

Gearty CA *The European Court of Human Rights and the Protection of Civil Liberties: An Overview* 1993 *Camb L J* Vol 52 89-127

Gibson en Gibson *Enforcement*

Gibson D en Gibson S *Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms (Section 24)* 781-842 in Beaudoin G-A en Ratushny E (reds) *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Toronto 1989)

Giese en Schunk *Grundgesetz*

Giese F en Schunck E *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* 9de uitg (Frankfurt 1976)

Glennon 1989 *American Journal of International Law* Vol 83

Glennon MJ *Foreign Affairs and the Political Question Doctrine* 1989 *American Journal of International Law* Vol 83 814-821

Gordon 1984 *Stanford Law Review* Vol 36

Gordon RW *Critical Legal Histories* 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 57-125

Grabenwarter 1995 *ZaöRV* Vol 55

Grabenwarter C *Filmkunst im Spannungsfeld zwischen Freiheit der Meinungsänderung und Religionsfreiheit* 1995 *ZaöRV* Vol 55 128-165

Graglia *How the Constitution Disappeared*

Graglia LA *How the Constitution Disappeared* 35-50 in Ravoke JN *Interpreting the Constitution: The Debate Over Original Intent* (Boston 1990)

Greenwalt 1987 *Columbia Law Review* Vol 78

Greenwalt K *The Enduring Significance of Neutral Principles* 1987 *Columbia Law Review* Vol 78 982-1021

Grey 1975 *Stanford Law Review* Vol 27

Grey TC *Do We Have an Unwritten Constitution?* 1975 *Stanford Law Review* Vol 27 703-718

Guess *The Idea of a Critical Theory*

Guess R *The Idea of a Critical Theory: Habermas and the Frankfurt School* (Cambridge 1981)

Guest *Ronald Dworkin*

Guest S *Ronald Dworkin* (Edinburgh 1992)

H

Häberle *Menschenwürde*

Häberle P *Die Menschenwürde als Grundlage des staatlichen Gemeinschaft* 815-861 in Isensee J en Kirchhof P (reds) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* Vol I (Heidelberg 1987)

Häberle *Verfassungsinterpreten*

- Häberle P *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten* in Häberle P *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft* 79-105 (Königstein 1980)

Häberle *Wesensgehaltsgarantie*

Häberle P *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz* 3de uitg (Heidelberg 1983)

Häberle *Rechtsveigleichung*

Häberle P *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat - Zugleich zur Rechtsveigleichung als "fünfter" Auslegungsmethode* 27-44 in Häberle P *Rechtsveigleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates* (Berlyn 1992)

Hahlo en Kahn *South African Legal System*

Hahlo HR en Kahn E *The South African Legal System and Its Background* 2de uitg (Kaapstad 1973)

Hailbronner *Einschränkung*

Hailbronner K *Die Einschränkung von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft: Zu den Schrankenvorbehalten der Europäischen Menschenrechtskonvention* 359-385 in Bernhardt R ea (reds) *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte: Festschrift für Herman Mosler* (Berlyn 1983)

Hailbronner 1976 *ZaöRV* Vol 36

Hailbronner K *Ziele und Methoden völkerrechtlich relevanter Rechtsvergleichung*
1976 *ZaöRV* Vol 36 190-226

Hamilton *The Federalist* No 78

Hamilton A *The Federalist* No 78 502-511 in Hamilton A, Jay J en Madison J *The Federalist : A Commentary on the Constitution of the United States* heruitg (New York 1957)

Hart 1958 *Harvard Law Review* Vol 71

Hart HLA *Positivism and the Separation of Law and Morals* 1958 *Harvard Law Review* Vol 71 593-629

Harvie en Foster 1990 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 28

Harvie R en Foster H *Ties That Bind? The Supreme Court of Canada, American Jurisprudence, and the Revision of Canadian Criminal Law Under the Charter*
1990 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 28 729-788

Hawthorne 1995 *THRHR* Vol 58

Hawthorne L *The Principle of Equality in the Law of Contract* 1995 *THRHR* Vol 58 157-176

Haysom 1992 *SAJHR* Vol 8

Haysom N *Constitutionalism, Majoritarian Democracy and Socio-Economic Rights* 1992 *SAJHR* Vol 8 451-463

Hayward 1985 *University of Western Ontario Law Review* Vol 23

Hayward MA *International Law and the Interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Uses and Justifications* 1985 *University of Western Ontario Law Review* Vol 23 9-20

Henkin 1978 *Columbia Law Review* Vol 78

Henkin L *Infallibility under Law: Constitutional Balancing* 1978 *Columbia Law Review* Vol 78 1022-1049

Henkin 1976 *Yale Law Journal* Vol 85

Henkin L *Is there a "Political Question" Doctrine?* 1976 *Yale Law Journal* Vol 85 597-625

Herdegen 1990 *Stell LR* Vol 1

Herdegen M *The Activist Judge in a "Positivistic" Environment – European Experiences* 1990 *Stell LR* Vol 1 336-347

Herget *German Legal Philosophy*

Herget JE *Contemporary German Legal Philosophy* (Philadelphia 1996)

Hesse *Grundzüge*

Hesse K *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Heidelberg 1993)

Heyns 1995 *SAJHR* Vol 11

Heyns C *African Human Rights Law and the European Convention* 1995 *SAJHR* Vol 11 252-263

Hiebert 1990 *Osgoode Hall Law School* Vol 28

Hiebert J *The Evolution of the Limitation Clause* 1990 *Osgoode Hall Law School* Vol 28 103-134

Hiemstra en Gonin *Drietalige Regswoordeboek*

Hiemstra VG en Gonin HL *Drietalige Regswoordeboek* (Kenwyn 1981)

Hilf *Die Auslegung mehrsprachiger Verträge*

Hilf M *Die Auslegung mehrsprachiger Verträge* (Berlyn 1973)

Hofmann *Entwicklung*

Hofmann H *Die Entwicklung des Grundgesetzes nach 1949* 259-319 in Isensee J en Kirchhof P (reds) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* Vol I (Heidelberg 1987)

Hogg *Comparison*

Hogg PW *A Comparison of the Canadian Charter of Rights and Freedoms with the Canadian Bill of Rights* 1-20 in Beaudoin G-A en Ratushny E (reds) *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* 2e uitg (Toronto 1989)

Hogg *Constitutional Law*

Hogg PW *Constitutional Law of Canada* 3de uitg (Toronto 1992)

Hogg 1990 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 28

Hogg PW *Interpreting the Charter of Rights: Generosity and Justification* 1990 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 28 817-838

Hogg 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25

Hogg PW *The Charter of Rights and American Theories of Interpretation* 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25 87-113

Holmes 1897 *Harvard Law Review* Vol 10

Holmes OW *The Path of the Law* 1897 *Harvard Law Review* Vol 10 457-478

Holmes 1899 *Harvard Law Review* Vol 12

Holmes OW *The Theorey of Legal Interpretation* 1899 *Harvard Law Review* Vol 12 417-420

Hovius 1986 *Yearbook of European Law* Vol 6

Hovius B *The Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights and Freedoms and Section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Comparative Analysis* 1986 *Yearbook of European Law* Vol 6 1-54

Hoy 1985 *Southern California Law Review* Vol 58

Hoy DC *Interpreting the Law: Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives* 1985 *Southern California Law Review* Vol 58 136-176

Huber *Konkretisierung*

Huber H *Über die Konkretisierung der Grundrechte* 191-209 in Saladin P en Wildhaber L (reds) *Der Staat als Aufgabe - Gedenkschrift für Max Imboden* (Basel 1972)

Hutchinson en Monahan 1984 *Stanford Law Review* Vol 36

Hutchinson AC en Monahan PJ *Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought* 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 199-245

Hutchinson en Petter 1988 *University of Toronto Law Journal* Vol 38

Hutchinson AC en Petter A *Private Rights/ Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter* 1988 *University of Toronto Law Journal* Vol 38 278-297

I

Iacobucci *Judicial Review*

Iacobucci F *Judicial Review by the Supreme Court of Canada Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: The First Ten Years* 93-133 in Beatty DM (red) *Human Rights and Judicial Review* (Dordrecht 1994)

J

Jacobs *Convention*

Jacobs FG *The European Convention on Human Rights* (Oxford 1975)

Johannessen 1994 *SAJHR* Vol 10

Johannessen L *Freedom of Expression and Information in the New South African Constitution and its Compatibility with International Standards* 1994 *SAJHR* Vol 10 216-239

Johnson 1984 *Stanford Law Review* Vol 36

Johnson PE *Do You Sincerely Want to be Radical* 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 249-252

K

Kairys (red) *The Politics of Law*

Kairys D (red) *The Politics of Law: A Progressive Critique* 2de uitg (New York 1990)

Karl, Miehsler en Wildhaber (reds) Vol 1 *Kommentar*

Karl W, Miehsler H en Wildhaber L (reds) *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention* Vol 1 (Keulen 1995)

Kathree 1995 SAJHR Vol 11

Kathree F *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* 1995 SAJHR Vol 11 421-437

Keightley 1995 SAJHR Vol 11

Keightley R *Torture and Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment in the UN Convention Against Torture and Other Instruments of International Law: Recent Developments in South Africa* 1995 SAJHR Vol 11 379-400

Kelly, Harbison en Belz *American Constitutionalism*

Kelly AH, Harbison W en Belz H *The American Constitution its Origins and Development* Vol I en Vol II 7de uitg (New York 1991)

Kennedy en Klare 1984 *Yale Law Journal* Vol 94

Kennedy D en Klare KE *A Bibliography of Critical Legal Studies* 1984 *Yale Law Journal* Vol 94 461-490

Kennedy *Legal Education as Training for Hierachy*

Kennedy D *Legal Education as Training for Hierachy* 40-61 in Kairys D (red) *The Politics of Law: A Progressive Critique* (New York 1990)

Kentridge en Spitz *Interpretation*

Kentridge J en Spitz D *Interpretation* 11-1 - 11-41 in Chaskalson M ea (reds) *Constitutional Law of South Africa* (Kaapstad 1996)

Kentridge *Equality*

Kentridge J *Equality* 14-1 - 14-62 in Chaskalson M ea (reds) *Constitutional Law of South Africa* (Kaapstad 1996)

Klaaren *Federalism*

Klaaren J *Federalism* 5-1 – 5-16 in Chaskalson M ea (reds) *Constitutional Law of South Africa* (Kaapstad 1996)

Klaaren *Judicial Remedies*

Klaaren J *Judicial Remedies* 9-1 – 9-32 in Chaskalson M ea (reds) *Constitutional Law of South Africa* (Kaapstad 1996)

Koch *Die juristische Methode im Staatsrecht*

Koch H-J *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht: Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung* (Frankfurt am Main 1977)

Koch en Rüßmann *Juristische Begründungslehre*

Koch H-J en Rüßmann H *Juristische Begründungslehre: Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft* (München 1982)

Kommers 1989 *Constitutional Jurisprudence*

Kommers P *The Constitutional of the Federal Republic of Germany* (Durham 1989)

Kornhauser 1984 *Stanford Law Review* Vol 36

Kornhauser LA *The Great Image of Authority* 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 349-389

Kriele *Rechtsgewinnung*

Kriele M *Theorie der Rechtsgewinnung: Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation* (Berlyn 1967)

Kroeze 1993 *SAPR* Vol 8

Kroeze IJ *Re-evaluating Legal Positivism – Or Positivism and Fundamental Rights: A Comedy of Errors* 1993 *SAPR* Vol 8 230-237

Kroeze 1994 *SAPR* Vol 9

Kroeze IJ *The Impact of the Bill of Rights on Property Law* 1994 *SAPR* Vol 9 322-331

Kruger 1991 *SAPR* Vol 6

Kruger J *Value –Judgements Versus Positivism* 1991 *SAPR* Vol 6 290-296

Kruger 1991 *Stell LR* Vol 2

Kruger J *“Bedoeling” in Teks en Konteks* 1991 *Stell LR* Vol 2 242-251

Kruger 1994 *THRHR* Vol 57

Kruger J *Die Beregting van Fundamentele Regte Gedurende die Oorgangsbedeling* 1994 *THRHR* Vol 57 396-411

Kruger 1991 *Stell LR* Vol 2

Kruger J *Die Regbank in 'n Nuwe Suid-Afrika* 1991 *Stell LR* Vol 2 352-369

Kruger 1994 *Stell LR* Vol 5

Kruger J *Regstaat, Kultuurstaat, Welvaartstaat: Bestanddele van 'n Nuwe Staatsmodel?* 1994 *Stell LR* Vol 5 15-32

Kruger en Currin (reds) *Interpreting a Bill of Rights*

Kruger J en Currin B (reds) *Interpreting a Bill of Rights* (Kaapstad 1994)

Kruger 1995 *CILSA* Vol XXVIII

Kruger J *Is Interpretation a Question of Common Sense? Some Reflections on Value Judgements and Section 35* 1995 *CILSA* Vol XXVIII 1-20

Kruger 1991 *THRHR* Vol 54

Kruger J *Politieke Onderhandelinge, Menseregte en die Regbank* 1991 *THRHR* Vol 54 414-428

Kruger 1992 *SAPR* Vol 7

Kruger J *Positivism: The Old Warhorse Lives On* 1992 *SAPR* Vol 7 312-320

Kruger 1991 *SAPR* Vol 6

Kruger J *Regspositivisme en die 'Ongeskrewe Teks' van die (Nuwe) Grondwet* 1991 *SAPR* Vol 6 229-238

Kruger *Wordingsproses*

Kruger TJ *Die Wordingsproses van 'n Suid-Afrikaanse Menseregtebedeling* (Doktorale proefskrif PU vir CHO 1990)

Kuner 1991 *Intl Comp L Q* Vol 40

Kuner CB *The Interpretation of Multilingual Treaties: Comparison of Texts Versus the Presumption of Similar Meaning* 1991 *Intl Comp L Q International and Comparative Law Quarterly* Vol 40 953-964

Kunig *Rechtsstaatprinzip*

Kunig P *Das Rechtsstaatprinzip* (Tübingen 1986)

Kurland 1986 *Michigan Law Review* Vol 85

Kurland PB *The Rise and Fall of the "Doctrine" of Separation of Powers* 1986 *Michigan Law Review* Vol 85 592-613

L

Labuschagne 1990 *SALJ* Vol 107

Labuschagne JMT *Die Opkoms van die Teleologiese Benadering tot die Uitleg van Wette in Suid-Afrika* 1990 *SALJ* Vol 107 569-573

Labuschagne 1985 *TRW* Vol 10

Labuschagne JMT *Die Uitleg van Meertalige Wetsbepalings* 1985 *TRW* Vol 10 21-33

Labuschagne 1993 *SAPR* Vol 8

Labuschagne JMT *Doelorganiese Regsnormvorming: Opmerkinge oor die Grondreëls van die Uitleg van 'n Handves van Menseregte* 1993 *SAPR* Vol 8 127-130

Labuschagne 1993 *Stell LR* Vol 4

Labuschagne JMT. *Herroeping van Wetgewing en Vulling van Ordeningsleemtes*
1993 *Stell LR* Vol 4 190-198

Labuschagne 1989 *SAPR* Vol 4

Labuschagne JMT *Regsnormvorming: Riglyn vir 'n Nuwe Benadering tot die Tradisionele Reëls van Wetsuitleg* 1989 *SAPR* Vol 4 205-212

Labuschagne 1986 *SAPR* Vol 1

Labuschagne JMT *Retroaktiewe Wetgewing* 1986 *SAPR* Vol 1 135-151

Larenz *Methodenlehre*

Larenz K *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlyn 1979)

Lategan 1980 *TSAR*

Lategan BC *Die Uitleg van Wetgewing in Hermeneutiese Perspektief* 1980 *TSAR*
107-126

Lederman *Assessing Competing Values*

Lederman WR *Assessing Competing Values in the Definition of Charter Rights and Freedoms (The Interpretative Process and Charter Section 1)* 127-163 in Beaudoin G-A en Ratushny E (reds) *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* 2de uitg (Toronto 1989)

Leibowitz en Spitz *Human Dignity*

Leibowitz D en Spitz D *Human Dignity* 17-1 – 17-12 in Chaskalson M ea (reds) *Constitutional Law of South Africa* (Kaapstad 1996)

Lerche *Grundrechtsschranken*

Lerche P *Grundrechtsschranken* 775-804 in Isensee J en Kirchhof P (reds) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* Vol V (Heidelberg 1992)

Levy, Karst en Mahoney (reds) *Encyclopedia of the American Constitution*

Levy LW, Karst KL en Mahoney DJ (reds) *Encyclopedia of the American Constitution* Vol I (New York 1986)

Liebenberg 1995 *SAJHR* Vol 11

Liebenberg S *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and Its Implications for South Africa* 1995 *SAJHR* Vol 11 359-378

Linsmayer *Naturrecht*

Linsmayer E *Das Naturrecht in der deutschen Rechtsprechung der Nachkriegszeit (Eine Übersicht über die Judikatur)* (Doktorale proefskrif Ludwig-Maximilians-Universität München 1963)

- LLewellyn 1930 *Columbia Law Review* Vol 30
 LLewellyn KN *A Realistic Jurisprudence - The Next Step* 1930 *Columbia Law Review* Vol 30 431-465
- LLewellyn 1931 *Harvard Law Review* Vol 44
 LLewellyn KN *Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound* 1931 *Harvard Law Review* Vol 44 1222-1264
- LLewellyn 1934 *Columbia Law Review* Vol 34
 LLewellyn KN *The Constitution as an Institution* 1934 *Columbia Law Review* Vol 34 1-40
- Llewellyn 1950 *Vanderbilt Law Review* Vol 3
 Llewellyn KN *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes are to be Construed* 1950 *Vanderbilt Law Review* Vol 3 395-406
- Lloyd en Freeman *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*
 Lloyd of Hamstead Lord en Freeman MDA *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* 5de uitg (London 1985)
- Lockhart, Kamisar en Choper *The American Constitution*
 Lockhart WB, Kamisar Y en Choper JH *The American Constitution: Cases - Comments - Questions* 4de uitg (St Paul 1975)
- Lofgren *The Original Understanding of Original Intent?*
 Lofgren CA *The Original Understanding of Original Intent?* 117-150 in Ravoke JN *Interpreting the Constitution: The Debate over Original Intent* (Boston 1990)
- Loots *Access to the Courts and Justiciability*
 Loots C *Access to the Courts and Justiciability* 8-1 – 8-19 in Chaskalson M ea (reds) *Constitutional Law of South Africa* (Kaapstad 1996)
- Loots en Chaskalson *Court Rules*
 Loots C en Chaskalson M *Court Rules and Practice Directives* 7-1 – 7-31 in Chaskalson M ea (reds) *Constitutional Law of South Africa* (Kaapstad 1996)
- Loots en Marcus *Jurisdiction, Powers and Procedures*
 Loots C en Marcus G *Jurisdiction, Powers and Procedures of the Court* 6-1 – 6-44 in Chaskalson M ea (reds) *Constitutional Law of South Africa* (Kaapstad 1996)
- Loots 1994 *SAJHR* Vol 10
 Loots C *Standing to Enforce Fundamental Rights* 1994 *SAJHR* Vol 10 49-59
- Loucaides 1993 *Fin Y B Int L*
 Loucaides LG *Restrictions or Limitations on the Rights Guaranteed by the European Convention on Human Rights* 1993 *Fin Y B Int L* Vol IV 334-387

Lourens en Frantzen 1994 *CILSA* Vol XXVII

Lourens J en Frantzen M *The South African Bill of Rights - Public, Private or Both: A Viewpoint on its Sphere of Application* 1994 *CILSA* Vol XXVII 340-356

Lyon 1982 *Supreme Court Law Review* Vol 4

Lyon N *The Teleological Mandate of the Fundamental Freedoms Guarantee: What to Do With Vague But Meaningful Generalities* 1982 *Supreme Court Law Review* Vol 4 57-73

M

Macdonald *Margin of Appreciation*

Macdonald R St J *The Margin of Appreciation* 83-124 in Macdonald R St J, Mather F en Petzold H (reds) *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht 1993)

Macdonald *Essays in Honour of Roberto Ago*

Macdonald R St J *The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights* 187-208 in Anon *International Law at the Time of its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago* Vol III (Milaan 1987)

MacKinnon *Feminism Unmodified*

MacKinnon CA *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (Cambridge 1987)

MacKinnon *Toward A Feminist Theory of State*

MacKinnon CA *Toward a Feminist Theory of State* (Cambridge 1989)

Mahoney 1990 *Human Rights Law Journal* Vol 11

Mahoney P *Judicial Activism and Judicial Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin* 1990 *Human Rights Law Journal* Vol 11 57-88

Malan 1997 *THRHR* Vol 60

Malan JJ *Regsvergelyking in Fundamentele Regte-Litigasie* 1997 *THRHR* Vol 60 214-230

Marcus 1994 *SAJHR* Vol 10

Marcus G *Freedom of Expression Under the Constitution* 1994 *SAJHR* Vol 10 140-148

Marcus 1994 *SAJHR* Vol 10

Marcus G *Interpreting the Chapter of Fundamental Rights* 1994 *SAJHR* Vol 10 92-102

Mathews Law, Order and Liberty

Mathews A *Law, Order and Liberty in South Africa* (Cape Town 1971)

Matscher Vertragsauslegung

Matscher F *Vertragsauslegung durch Vertragsrechtsvergleichung in der Judikatur internationaler Gerichte, vornehmlich vor den Organen der EMRK* 544-566 in Bernhardt R ea (reds) *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte: Festschrift für Herman Mosler* (Berlin 1983)

Matscher Interpretation

Matscher F *Methods of Interpretation of the Convention* 63-81 in Macdonald R St J, Macher F en Petzold H (reds) *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht 1993)

Matsuda ea Words That Wound

Matsuda MJ ea *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendment* (Boulder 1993)

Maunz en Zippelius Staatsrecht

Maunz T en Zipellius R *Deutsches Staatsrecht* 27ste uitg (München 1988)

Maunz, Dürig en Herzog Grundgesetz

Maunz T, Dürig G en Herzog R (ea) (reds) *Grundgesetz Kommentar* Vol 1-3 (München 1991)

McCoubrey en White Textbook on Jurisprudence

McCoubrey H en White ND *Textbook on Jurisprudence* 2de uitg (London 1996)

Meehan ea The 1995 Annotated Charter

Meehan E ea *The 1995 Annotated Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Toronto 1994)

Meese Interpreting the Constitution 13-21

Meese E *Interpreting The Constitution* 13-20 in Rakove JN (red) *Interpreting the Constitution: The Debate Over Original Intent* (Boston 1990)

Mendes 1982 Alberta Law Review Vol XX

Mendes EP *Interpreting the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Applying International and European Jurisprudence on the Law and Practice of Fundamental Rights* 1982 *Alberta Law Review* Vol XX 383-400

Merrills Development

Merrills JG *The Development of International Law by the European Court of Human Rights* (Manchester 1988)

Minow *Making all the Difference*

Minow M *Making all the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law* (Ithaca 1990)

Minow 1987 *Harvard Law Review* Vol 101

Minow M *The Supreme Court, 1986 Term - Forward: Justice Engendered* 1987 *Harvard Law Review* Vol 101 10-95

Mischke 1993 *SAPR* Vol 8

Mischke C *Textual Tactics: Putting Positivism on the Road (to Pasture)* 1993 *SAPR* Vol 8 346-351

Monaghan 1981 *New York University Law Review* Vol 56

Monaghan HP *Our Perfect Constitution* 1981 *New York University Law Review* Vol 56 353-396

Monahan 1987 *University of British Columbia Law Review* Vol 21

Monahan PJ *Judicial Review and Democracy: A Theory of Judicial Review* 1987 *University of British Columbia Law Review* Vol 21 87-175

Mosler H *Rechtsvergleichung*

Mosler H *Rechtsvergleichung vor völkerechtlichen Gerichten* 381-411 in Marck R ea *Internationaler Festschrift für Alfred Verdross* (München 1971)

Mosler *Problems of Interpretation*

Mosler H *Problems of Interpretation in the Case Law of the European Court of Human Rights* 149-167 in Kalshoven F, Kuyper PJ en Lammen JG (reds) *Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of Haro F van Panhuys* (Alphen aan den Rijn 1980)

Mueller-Vollmer *The Hermeneutics Reader*

Mueller-Vollmer K (red) *The Hermeneutics Reader: Texts of the German Tradition from the Enlightenment to the Present* (Oxford 1986)

Müller *Methodik*

Müller F *Juristische Methodik* 4de uitg (Berlyn 1990)

Müller 1985 *TRW* Vol 10

Müller F *The Judge and Unjust Law - A German Perspective* 1985 *TRW* Vol 10 152-165

Mureinik 1994 *SAJHR* Vol 10

Mureinik E *A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights* 1994 *SAJHR* Vol 10 31-48

Mureinik 1992 *SAJHR* Vol 8

Mureinik E *Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution*
1992 *SAJHR* Vol 8 464-474

Murphy, Flemming en Harris *American Constitutional Interpretation*

Murphy WF, Flemming JE en Harris WF *American Constitutional Interpretation*
(Mineola 1986)

N

Nicolson 1992 *SAJHR* Vol 8

Nicolson D *Ideology and the South African Judicial Process – Lessons from the Past* 1992 *SAJHR* Vol 8 50-73

Nörr 1993 *Mei Codicillus* 29-39

Nörr KW *From Codification to Constitution: On the Changes of Paradigm in German Legal History of the Twentieth Century* 1993 *Mei Codicillus* 29-39

Nowak en Rotunda *Constitutional Law*

Nowak JE en Rotunda RD *Constitutional Law* 4de uitg (St Paul 1991)

Nowak, Rotunda en Young *Constitutional Law*

Nowak JE, Rotunda RD en Young JN *Constitutional Law* 2de uitg (St Paul 1983)

Nowak *CCPR Commentary*

Nowak M *U.N. Convention on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*
(Kehl 1993)

Nozick *Anarchy, State and Utopia*

Nozick R *Anarchy, State and Utopia* (Oxford 1974)

O

Odendaal ea (reds) *HAT*

Odendaal FH ea (reds) *HAT Verklarende Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal* 2de uitg (Johannesburg 1981)

Oellers-Frahm *Constitutionality*

Oellers-Frahm K *Review of Constitutionality of Legal Norms and Acts of Public Authorities in the Federal Republic of Germany* 49-72 in Bernhardt R en Beyerlin U (reds) *Reports on German Public Law and International Law* Voordrag gelewer tydens die twaalfde Internasionale Kongres oor Vergelykende Staatsreg 1986 Australië (Heidelberg 1986)

Ossenbühl 1976 *NJW* Vol 46

Ossenbühl F *Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des*

Bundesverfassungsgerichts 1976 *NJW* Vol 46 2100-2107

Ost Canons of Interpretation

Ost F *The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights* 283-318 in Delmas-Marty M (red) *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions* (Dordrecht 1992)

P

Palmer *Hermeneutics*

Palmer RE *Hermeneutics: Interpretation Theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, and Gadamer* (Evanston 1969)

Partsch 1953/54 *ZaöRV* Vol 15

Partsch KJ *Die Entstehung der europäischen Menschenrechtskonvention* 1953/54 *ZaöRV* Vol 15 631-660

Partsch *Discrimination*

Partsch KJ *Discrimination* 571-601 in Macdonald R St J, Mather F en Petzold H (reds) *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht 1993)

Peck 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25

Peck SR *An Analytical Framework for the Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* 1987 *Osgoode Hall Law Journal* Vol 25 1-85

Pentney *Interpreting the Charter*

Pentney WF *Interpreting the Charter: General Principles* 21-63 in Beaudoin G-A en Ratushny E (reds) *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* 2de uitg (Toronto 1989)

Petter en Hutchinson 1989 *University of British Columbia Law Review* Vol 23

Petter A en Hutchinson AC *Rights in Conflict: The Dilemma of Charter Legitimacy* 1989 *University of British Columbia Law Review* Vol 23 531-548

Pienaar 1993 *CILSA* Vol XXVI

Pienaar G *Freedom of Association in the United States and South Africa - A Comparative Analysis* 1993 *CILSA* Vol XXVI 147-171

Pieroth en Schlink *Grundrechte*

Pieroth B en Schlink B *Grundrechte - Staatsrecht II* 9de uitg (Heidelberg 1993)

Pimstone 1995 *SAPR* Vol 10

Pimstone G *Trading in Principles - The Economic Activity Clause of the Interim Constitution* 1995 *SAPR* Vol 10 356-393

Posner *Economics of Justice*

Posner RA *The Economics of Justice* 2de uitg (Cambridge 1983)

Posner *Problems of Jurisprudence*

Posner RA *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge 1990)

Posner *Interpretation Revisited*

Posner RA *Interpretation Revisited* 101-117 in Brison SJ en Sinnott-Amstrong W
Contemporary Perspectives on Constitutional Intepretation (Boston 1993)

Posner 1981 *Yale Law Review* Vol 90

Posner RA *The Present Situation in Legal Scholarship* 1981 *Yale Law Review* Vol 90 1113-1130

Pound 1910 *American Law Review* Vol 44

Pound R *Law in Books and in Action* 1910 *American Law Review* Vol 44 12-36

Pound 1909 *Yale Law Journal* Vol 18

Pound R *Liberty of Contract* 1909 *Yale Law Journal* Vol 18 454-487

Pound R *Jurisprudence*

Pound R *Jurisprudence* Vol III (St Paul 1959)

Pound 1931 *Harvard Law Review* Vol 44

Pound R *The Call for a Realist Jurisprudence* 1931 *Harvard Law Review* Vol 44 697-711

Pound 1943 *Harvard Law Review* Vol 57

Pound R *Law and The State: Jurisprudence and Politics* 1943 *Harvard Law Review* Vol 57 1193-1236

Powell 1985 *Harvard Law Review* Vol 98

Powell HJ *The Original Understanding of Original Intent* 1985 *Harvard Law Review* Vol 98 885-948

Pretorius 1994 *SAPR* Vol 9

Pretorius R *Enforcement Mechanisms in the 1993 Constitution* 1994 *SAPR* Vol 9 265-277

RRadbruch *Rechtsphilosophie*

Radbruch G *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* 347-357 in
Radbruch G *Rechtsphilosophie* 5de uitg (Stuttgart 1956)

Ratner *Majoritarian Constraints*

Ratner LG *Majoritarian Constraints and Judicial Review: Congressional Control of Supreme Court Jurisdiction* 182-185 in Glennon MJ (red) *A Constitutional Anthology* (onbekend 1992)

Rautenbach 1991 TSAR

Rautenbach I *Grondwetlike Bepalings ter Beskerming van die Wese van Menseregte* 1991 TSAR 403-408

Rautenbach en Malherbe *Constitutional Law*

Rautenbach IM en Malherbe EFJ *Constitutional Law* (Johannesburg 1994)

Rautenbach *General Provisions of the South African Bill of Rights*

Rautenbach IM *General Provisions of the South African Bill of Rights* (Durban 1995)

Ravoke *Mr. Meese, Meet Mr. Madison*

Ravoke JN *Mr. Meese, Meet Mr. Madison* 179-194 in Ravoke JN (red) *Interpreting The Constitution: The Debate over the Original Intent* (Boston 1990)

Ravoke *The Debate Over Original Intent*

Ravoke JN (red) *Interpreting the Constitution: The Debate Over Original Intent* (Boston 1990)

Rawls *Theory of Justice*

Rawls J *A Theory of Justice* (Oxford 1971)

Redish *Supreme Court Appellate Jurisdiction*

Redish MH *Congressional Power to Regulate Supreme Court Appellate Jurisdiction under the Exception Clause* 185-187 in Glennon MJ (red) *A Constitutional Anthology* (onbekend 1992)

Ress *Charter*

Ress G *The Interpretation of the Charter* 25-44 in Simma B (red) *The Charter of the United Nations A Commentary* (Oxford 1994)

Reuter *Law of Treaties*

Reuter P *Introduction to the Law of Treaties* (London 1989)

Rhenquist 1976 *Texas Law Review* Vol 54

Rhenquist WH *The Notion of a Living Constitution* 1976 *Texas Law Review* Vol 54 693-706

Roellecke 1976 *VVDStRL* Vol 34

Roellecke G *Die Bindung des Rechts an Gesetz und Verfassung* 1976 *VVDStRL* Vol 34 8-39

Rossouw *Wetenskap, Interpretasie, Wysheid*

Rossouw HW *Wetenskap, Interpretasie, Wysheid* (Port Elizabeth 1980)

Rotunda *Cases and Notes*

Rotunda RD *Modern Constitutional Law: Cases and Notes* 4de uitg (St Paul 1993)

Rudolph 1994 *SALJ* Vol 111

Rudolph H *The 1993 Constitution – Some Thoughts on Its Effect on Certain Aspects of Our System of Criminal Procedure* 1994 *SALJ* Vol 111 497-513

Rupp 1976 *AöR* Vol 101

Rupp HH *Vom Wandel der Grundrechte* 1976 *AöR* Vol 101 162-201

Rycroft 1995 *SAJHR* Vol 11

Rycroft A *The Doctrine of Stare Decisis in Constitutional Court Cases* 1995 *SAJHR* Vol 11 587-592

S

Salcedo *Place of the European Convention in International Law*

Salcedo JAC *The Place of the European Convention in International Law* 15-24 in Macdonald R St J, Mather F en Petzold H (reds) *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht 1993)

Sandalow 1981 *Michigan Law Review* Vol 79

Sandalow T *Constitutional Interpretation* 1981 *Michigan Law Review* Vol 79 1033-1072

Scalia *A Matter of Interpretation*

Scalia A *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (Princeton 1997)

Scalia *Doctrine of Standing*

Scalia A *The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers* 159-162 in Glennon MJ (red) *A Constitutional Anthology* (onbekend 1992)

Scheuner 1971 *DöV* Vol 15/16

Scheuner U *Die Funktionen der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahme der Staatstätigkeit* 1971 *DöV* Vol 15/16 505-513

Scheuner 1965 *VVDStRL* Vol 22

Scheuner U *Pressefreiheit* 1965 *VVDStRL* Vol 22 1-100

Schlag 1991 *Texas Law Review* Vol 69

Schlag P *The Problem of the Subject* 1991 *Texas Law Review* Vol 69 1627-1643

Schlothauer Krise

Schlothauer R *Zur Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit (Neuere Ansätze zur Methodik der Verfassungsinterpretation. Untersucht am Beispiel Horst Ehmke, Peter Häberle, Konrad Hesse, Martin Kriele und Friedrich Müller)* (Frankfurt am Main 1979)

Schmidt-Aßmann Rechtsstaat

Schmidt-Aßmann E *Der Rechtsstaat 987-1043* in Isensee J en Kirchhof P (reds) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Vol I* (Heidelberg 1987)

Schneider 1963 VVDStRL Vol 20

Schneider P *Prinzipien der Verfassungsinterpretation 1963 VVDStRL Vol 20* 1-134

Schokkenbroek Margin of Appreciation-doctrine

Schokkenbroek JCG *De Margin of Appreciation-doctrine in de Jurisprudentie van het Europese Hof* 41-58 in Heringa AW, Schokkenbroek JCG en Van der Velde J (reds) *40 Jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens* (Leiden 1990)

Schrezenmaier Sozialstaatprinzip

Schrezenmaier H *Das Sozialstaatprinzip zwischen Verfassung und Politik* (Doktorale proefskrif Julius-Maximilian-Universität Würzburg 1985)

Schulin Sozialrecht

Schulin B *Sozialrecht* (Düsseldorf 1993)

Schwartz 1984 Stanford Law Review Vol 36

Schwartz LB *With Gun and Camera Through Darkest CLS-Land* 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 422-461

Shaw International Law

Shaw M *International Law* 3de uitg (Cambridge 1991)

Sinclair Vienna Convention on the Law of Treaties

Sinclair I *The Vienna Convention on the Law of Treaties* 2de uitg (Manchester 1984)

Singer 1988 California Law Review Vol 76

Singer JW *Legal Realism Now* 1988 *California Law Review* Vol 76 465-544

Sisk en Pronto 1995 SAJHR Vol 11

Sisk J en Pronto A *The International Human Rights Norms in South Africa: The Jurisprudence of the Human Rights Committee* 1995 *SAJHR* Vol 11 438-456

Sloth-Nielson 1995 *SAJHR* Vol 11

Sloth-Nielson J *Ratification of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Some Implications for South African Law* 1995 *SAJHR* Vol 11 401-420

Smith 1996 *SAJHR* Vol 12

Smith N *The Purposes Behind the Words* 1996 *SAJHR* Vol 12 90-98

Smith (red) *Feminist Jurisprudence*

Smith P (red) *Feminist Jurisprudence* (New York 1992)

Soper 1987 *Harvard Law Review* Vol 100

Soper P *Dworkin's Domain* 1987 *Harvard Law Review* Vol 100 1166-1189

Sørensen M *Proceedings of the Fourth International Colloquy about the European Convention on Human Rights*

Sørensen M Ongetiteld 85-118 in Council of Europe *Proceedings of the Fourth International Colloquy about the European Convention on Human Rights* (Strasbourg 1976) Voordrag gelewer 5-8 November 1975 Rome

Starck 1976 *VVDStRL* Vol 34

Starck C *Die Bindung des Rechts an Gesetz und Verfassung* 1976 *VVDStRL* Vol 34 40-143

Starck *Verfassungsauslegung*

Starck C *Die Verfassungsauslegung* 189-229 in Isensee J en Kirchhof P (reds) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* Vol VII (Heidelberg 1992)

Steinberger *Rechtsvergleichung*

Steinberger H *Rechtsvergleichung und Gerichtsschutz des Einzelnen gegenüber der volziehende Gewalt: Ein Weg zur gewinnung von Völkerrecht?* 273-283 in Mosler H (red) *Gerichtsschutz gegen die Exekutive: Rechtsvergleichung - Völkerrecht* Vol 3 (Keulen 1971)

Stern *Staatsrecht*

Stern K *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* Vol I en Vol III/1 (München onderskeidelik 1977 en 1988)

Stern *Menschenrechte*

Stern K *Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte* 3-44 in Isensee J en Kirchhof P (reds) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* Vol V (Heidelberg 1992)

Stern *Grundrechte*

Stern K *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte* 45-100 in Isensee J en Kirchhof P (reds) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* Vol

V (Heidelberg 1992)

Steyn *Uitleg van Wette*

Steyn LC *Die Uitleg van Wette* 5de uitg (Kaapstad 1981)

Stone GR, Seidman LM, Sunstein CR ea *Constitutional Law*

Stone GR, Seidman LM, Sunstein CR ea *Constitutional Law* 2de uitg (Boston 1991)

Strayer *The Canadian Constitution*

Strayer BL *The Canadian Constitution and the Courts* 3de uitg (Toronto 1988)

Strydom 1995 *SAPR* Vol 10

Strydom HA *The Private Domain and the Bill of Rights* 1995 *SAPR* Vol 10 52-72

Summers *Statutory Interpretation in the United States*

Summers RS *Statutory Interpretation in the United States* 407-460 in MacCormick DN and Summers RS (reds) *Interpreting Statutes*

Sunstein 1988 *Harvard Law Review* Vol 101

Sunstein CR *Feminism and Legal Theory* 1988 *Harvard Law Review* Vol 101 826-848

Swart 1995 *THRHR* Vol 58

Swart GJ *Horizontal Equity as a Constitutional Norm in Income Tax Law: An Analysis with Specific Reference to Section 23(b) of the Income Tax Act* 1995 *THRHR* Vol 58 633-661

T

Tassé *Application*

Tassé R *Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* 65-126 in Beaudoin G-A en Ratushny E (reds) *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* 2de uitg (Toronto 1989)

Taub en Schneider *Perspectives on Women's Subordination and the Role of Law*

Taub N en Schneider EM *Perspectives on Women's Subordination and the Role of Law* 117-139 in Kairys D (red) *The Politics of Law: A Progressive Critique* 2de uitg (New York 1982)

Teitgen *Introduction*

Teitgen P-H *Introduction to the European Convention on Human Rights* 3-14 in Macdonald R St J, Matcher F en Petzold H (reds) *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht 1993)

Thayer 1893 *Harvard Law Review* Vol 7

Thayer JB *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*
1893 *Harvard Law Review* Vol 7 129-156

Thomashausen 1984 *SALJ* Vol 101

Thomashausen AEAM *Human Rights in Southern Africa: The Case of Bophuthatswana* 1984 *SALJ* Vol 101 467-481

Tribe *American Constitutional Law*

Tribe LH *American Constitutional Law* 2de uitg (New York 1988)

Tribe en Dorf *On Reading the Constitution*

Tribe LH en Dorf MC *On Reading the Constitution* (Cambridge 1991)

Tushnet 1992 *Boston University Law Review* Vol 72

Tushnet MV *Constitutional Interpretation, Character and Experience* 1992 *Boston University Law Review* Vol 72 747-763

Tushnet 1984 *Stanford Law Review* Vol 36

Tushnet MV *Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction* 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 623-647

Tushnet 1980 *Michigan Law Review* Vol 78

Tushnet MV *Dia-Tribe* 1980 *Michigan Law Review* Vol 78 694-710

Tushnet 1983 *Harvard Law Review* Vol 96

Tushnet MV *Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles* 1983 *Harvard Law Review* Vol 96 781-827

Tushnet *Red, White, and Blue*

Tushnet MV *Red, White, and Blue - A Critical Analysis of Constitutional Law* (Cambridge, 1988)

Tushnet 1977 *Cornell Law Review* Vol 62

Tushnet MV *The New Law of Standing: A Plea for Abandonment* 1977 *Cornell Law Review* Vol 62 663-700

U

Unger *The Critical Legal Studies Movement*

Unger RM *The Critical Legal Studies Movement* (Cambridge 1986)

V

Van Aswegen 1994 *THRHR* Vol 57

Van Aswegen A *The Future of South African Contract Law* 1994 *THRHR* Vol 57 448-460

Van Aswegen 1995 *SAJHR* Vol 11

Van Aswegen A *The Implications of a Bill of Rights for the Law of Contract and Delict* 1995 *SAJHR* Vol 11 50-69

Van Blerk *Jurisprudence*

Van Blerk AE *Jurisprudence: An Introduction* (Durban 1996)

Van Blerk 1982 *SALJ* Vol 99

Van Blerk AE *The Irony of Labels* 1982 *SALJ* Vol 99 365-379

Van den Bergh 1981 *TSAR*

Van den Bergh NJC *Die Gebruikswaarde van Bepaalde Struktuuranalitiese Metodes vir Wetsuitleg* 1981 *TSAR* 136-149

Van der Vyver 1994 *SALJ* Vol 111

Van der Vyver JD *Comparative Law in Constitutional Litigation* 1994 *SALJ* Vol 111 19-31

Van der Vyver 1991 *Emory Law Journal* Vol 40

Van der Vyver JD *Constitutional Options for Post-Apartheid South Africa* 1991 *Emory Law Journal* Vol 40 745-835

Van der Vyver 1994 *SALJ* Vol 111

Van der Vyver JD *The Meaning of 'Law' in the Constitution of the Republic of South Africa* 1994 *SALJ* Vol 111 569-576

Van der Vyver 1994 *THRHR* Vol 57

Van der Vyver JD *The Private Sphere in Constitutional Litigation* 1994 *THRHR* Vol 57 378-395

Van der Walt 1995 *SAJHR* Vol 11

Van der Walt AJ *Traditions on Trial: A Critical Analysis of the Civil Law Tradition in South African Property Law* 1995 *SAJHR* Vol 11 169-206

Van Dijk en Van Hoof *Theory and Practice*

Van Dijk P en Van Hoof GJH *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* 2de uitg (Deventer 1990)

Hommes *History of Legal Philosophy*

Van Eikema Hommes HJ *Major Trends in the History of Legal Philosophy*

(Amsterdam 1979)

Van Reenen 1995 *SAPR* Vol 10

Van Reenen TP *The Right to Development in International and Municipal Law*
1995 *SAPR* Vol 10 417-443

Van Wyk 1994 *SAPR* Vol 9

Van Wyk D *The South African Bill of Rights: An Evaluation* 1994 *SAPR* Vol 9
278-286

Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding*

Van Zyl FJ en Van der Vyver JD *Inleiding tot die Regswetenskap* 2de uitg (Durban
1982)

Venter 1997 *ZaöRV* Vol 57

Venter F *Aspects of the South African Constitution of 1996: An African
Democratic and Social Federal Rechtsstaat?* 1997 *ZaöRV* Vol 57 51-82

Venter ea (reds) *Regsnavorsing*

Venter F ea (reds) *Regsnavorsing: Metode en Publikasie* (Kaapstad 1990)

Venter 1994 *SAPR* Vol 9

Venter F *Milestones in the Evolution of the New South African Constitution and
Some of its Salient Features* 1994 *SAPR* Vol 9 211-221

Venter 1995 *SALJ* Vol 112

Venter F *Requirements for a New Constitutional Text: The Imperatives of the
Constitutional Principles* 1995 *SALJ* Vol 112 32-44

Verdross en Simma *Universelles Völkerrecht*

Verdross A en Simma B *Universelles Völkerrecht Theorie und Praxis* (Berlin
1976)

Verhey *Horizontale Werking*

Verhey LFM *De Horizontale Werking van het EVRM* 19-39 in Heringa AW,
Schokkenbroek JCG en Van der Velde J (reds) *40 Jaar Europees Verdrag voor de
Rechten van de Mens* (Leiden 1990)

1984 *Stanford Law Review* Vol 36

Verskeie 1984 *Stanford Law Review* Vol 36 1-674 (konferensie uitg oor die
Critical Legal Studies)

1987 *Buffalo Law Review* Vol 36

Verskeie *Constitutional Law from a Critical Legal Perspective: A Symposium*
1987 *Buffalo Law Review* Vol 36 211-419 (konferensie uitg oor die *Critical Legal
Studies*)

- 1994 *Boston University Law Review* Vol 72
 Verskeie *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation* 1994 *Boston University Law Review* Vol 72 681-765 (konferensie uitg) []
- 1990 *Colorado Law Review* Vol 61
 Verskeie *Ira C. Rothgerber, Jr., Conference on Constitutional Law: Constitutional Law and the Experience of Judging* 1990 *Colorado Law Review* Vol 61 681-813 (konferensie uitg) []
- 1984 *Texas Law Review* Vol 62
 Verskeie *Symposium: A Critique on Rights* 1984 *Texas Law Review* Vol 62 1363-1599 (konferensie uitg oor die *Critical Legal Studies*)
- 1990 *Cardozo Law Review* Vol 11
 Verskeie *Deconstruction and the Possibility of Justice* 1990 *Cardozo Law Review* Vol 11 919-1726 (konferensie uitg)
- 1991 *Harvard Journal of Law and Public Policy* Vol 14
 Verskeie *Symposium on Law and Philosophy* 1991 *Harvard Journal of Law and Public Policy* Vol 14 615-852 (konferensie uitg)
- 1992 *University of Chicago Law Review* Vol 59
 Verskeie *The Bill of Rights Symposium* 1992 *University of Chicago Law Review* Vol 59 1-539 (konferensie uitg)
- Visser 1995 *THRHR* Vol 58
 Visser PJ *A Successful Constitutional Invasion of Private Law* 1995 *THRHR* Vol 58 745-750
- Visser en Potgieter 1994 *THRHR* Vol 57
 Visser PJ en Potgieter JM *Some Critical Comments on South Africa's Bill of Fundamental Human Rights* 1994 *THRHR* Vol 57 493-498
- Von Münch *Kommentar*
 Von Münch I (red) *Grundgesetz-Kommentar* Vol 1 3de uitg (München 1985)
- Von Savigny *System*
 Von Savigny CF *System des heutigen Römischen Rechts* Vol 1 (Berlyn 1840)
- Von Savigny *Methodenlehre*
 Von Savigny CF *Juristische Methodenlehre* (heruitgawe) (Stuttgart 1951)
- W**
- Wacks 1984 *SALJ* Vol 101
 Wacks R *Judges and Injustice* 1984 *SALJ* Vol 101 266-285

Wacks 1984 *SALJ* Vol 101

Wacks R *Judging Judges: A Brief Rejoinder to Professor Dugard* 1984 *SALJ* Vol 101 295-300

Weber 1976 *NJW*

Weber H *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf dem Prüfstand* 1976 Vol 46 *NJW* 2108-2111

Wechsler 1959 *Harvard Law Review* Vol 73

Wechsler H *Toward Neutral Principles of Constitutional Law* 1959 *Harvard Law Review* Vol 73 1-35

Weinrib 1988 *Supreme Court Law Review* Vol 10

Weinrib LE *The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter* 1988 *Supreme Court Law Review* Vol 10 469-513

West 1988 *University of Chicago Law Review* Vol 55

West R *Jurisprudence and Gender* 1988 *University of Chicago Law Review* Vol 55 1-72

Williams 1991 *Duke Law Journal*

Williams JC *Dissolving the Sameness/Difference Debate: A Post-Modern Path Beyond Essentialism in Feminist and Critical Race Theory* 1991 *Duke Law Journal* 296-323

Williams *The Alchemy of Race and Rights*

Williams P *The Alchemy of Race and Rights* (Cambridge 1991)

Williams 1989 *Michigan Law Review* Vol 87

Williams P *The Obliging Shell: An Informal Essay on Formal Opportunity* 1989 *Michigan Law Review* Vol 87 2128-2151

Wolhuth 1996 *SAPR* Vol 11

Wolhuth L *Horizontality in the Interim and Final Constitutions* 1996 *SAPR* Vol 11 512-527

Woolman *Application*

Woolman S *Application* 10-1 - 10-68 in Chaskalson M ea (eds) *Constitutional Law of South Africa* (Kapaad 1996)

Woolman en Davis 1996 *SAJHR* Vol 12

Woolman S en Davis D *The Last Laugh: Du Plessis v De Klerk, Classical Liberalism, Creole Liberalism and the Application of Fundamental Rights under the Interim and the Final Constitutions* 1996 *SAJHR* Vol 12 361-404

Woolman *Limitations*

Woolman S *Limitations* 12-1 – 12-66 in Chaskalson M ea (reds) *Constitutional Law of South Africa* (Kaapstad 1996)

Woolman 1994 SAJHR Vol 10

Woolman S *Riding the Push-Me Pull-You: Constructing a Test that Reconciles the Conflicting Interests which Animate the Limitation Clause* 1994 SAJHR Vol 10 60-91

Z**Zacher *Das soziale Staatsziel***

Zacher HF *Das soziale Staatsziel* 1045-1111 in Isensee J en Kirchhof P (reds) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* Vol I (Heidelberg 1987)

Zippelius *Methodenlehre*

Zippelius R *Juristische Methodenlehre* 4de uitg (München 1985)

2. REGSISTER VAN HOFSAKE

2.1 Republiek van Suid-Afrika

Administrator, Transvaal and Others v Traub and Others 1989 4 SA 731 (A)

African National Congress (Border Branch) and Another v Chairman, Council of State of the Republic of Ciskei and Another 1992 4 SA 434 (Ck)

Attorney-General, Eastern Cape v Blom and Others 1988 4 SA 645 (A)

Bernstein and Others v Bester and Others NNO 1996 2 SA 751 (KH)

Bongapi v Chairman of The Council of State, Ciskei, and Others 1992 3 SA 250 (Ck)

Brink v Kitshoff NO 1996 4 SA 197 (KH)

Cabinet of the Transitional Government for the Territory of South West Africa v Eins 1988 3 SA 369 (A)

City Council of Pretoria v Walker 1998 3 BCLR 257 (KH)

Coetzee v Government of the Republic of South Africa, Matiso and Others v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Others 1995 4 SA 631 (KH)

Dadoo Ltd and Others v Krugersdorp Municipal Council 1920 AD 530

De Klerk and Another v Du Plessis and Others 1995 2 SA 40 (T)

De Lange v Smuts NO and Others 1998 7 BCLR 779 (KH)

De Lille and Another v Speaker of the National Assembly 1998 7 BCLR 916 (K)

Du Plessis and Others v De Klerk and Another 1996 3 SA 850 (KH)

De Villiers v Cape Divisional Council (1875) 5 Buch 50

During NO v Boesak and Another 1990 3 SA 661 (A)

East Zulu Motors (Pty) Limited v Empangeni/Ngwelezane Transitional Local Council and Others 1998 1 BCLR 1 (KH)

Ebrahim v Minister of the Interior 1977 1 SA 665 (A)

Ex Parte Cabinet for the Interim Government of South West Africa: In Re Advisory Opinion in terms of s 19(2) of Proc, R101 of 1985 (RSA) 1988 2 SA 832 (SWA)

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 Speaker of the KwaZulu-Natal Provincial Legislature: In Re Certification of the Constitution of the Province of KwaZulu-Natal, 1996 1996 4 SA 1098 (KH)

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

Fedsure Life Assurance Ltd and Others v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council 1998 12 BCLR 1458 (KH)

Ferreira v Levin NO and Others, Vryenhoek and Others v Powell NO and Others 1996 1 SA 984 (KH)

Fose v Minister of Safety and Security 1997 3 SA 786 (KH)

Gardener v Whitaker 1995 2 SA 672 (OK)

Gardener v Whitaker 1996 4 SA 337 (KH)

Government of the Republic of Bophuthatswana v Segale and Others 1990 1 SA 434 (BA)

Government of the Republic of Namibia and Another v Cultura 2000 and Another 1994 1 SA 407 (Nm)

Harris and Others v Minister of the Interior and Another 1952 2 SA 428 (A)

Harsken v Lane NO and Others 1997 11 BCLR 1489 (KH)

Hira and Another v Booysen and Another 1992 4 SA 69 (A)

Hleka v Johannesburg City Council 1949 1 SA 842 (A)

Holomisa v Argus Newspapers Ltd 1996 2 SA 588 (W)

In Re Certification of the Constitution of the Western Cape, 1997 1997 9 BCLR 1167 (KH)

Jacobs en 'n Ander v Waks en Andere 1992 1 SA 521 (A)

Jaga v Dönges NO and Another, Bhana v Dönges NO and Another 1950 4 SA 653 (A)

Kabinet van die Tussentydse Regering vir Suidwes-Afrika en 'n Ander v Katofa 1987 1 SA 695 (A)

Kalla and Another v The Master and Others 1995 1 SA 261 (T)

Khala v Minister of Safety and Security 1994 4 SA 218 (W)

Larbi-Odam and Others v Member of the Executive Council for Education (North-West Province) and Another 1997 12 BCLR 1655 (KH)

Lewis v Minister of Internal Affairs and Another 1991 3 SA 628 (B)

Luitingh v Minister of Defence 1996 2 SA 909 (KH)

Mandela v Falati 1995 1 SA 251 (W)

Matinkinca and Another v Council of State, Republic of Ciskei 1994 4 SA 472 (Ck)

Matiso v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison, and Another 1994 4 SA 592 (SOK)

Mfolo and Others v Minister of Education, Bophuthatswana and Another 1992 3 SA 181 (B)

Minister of Justice v Ntuli 1997 3 SA 772 (KH)

Minister of the Interior and Another v Harris and Others 1952 4 SA 769 (A)

Minister of the Interior v Lockhat and Others 1961 2 SA 587 (A)

Minister of Defence, Namibia v Mwandighi 1992 2 SA 355 (Nm)

Mistry v Interim National Medical and Dental Council of South Africa and Others 1998 7 BCLR 880 (KH)

Monnakale and Others v Government of the Republic of Bophuthatswana and Others 1991 1 SA 598 (B)

Namibian National Students' Organization and Others v Speaker of the National Assembly for South West Africa and Others 1990 1 SA 617 (SWA)

Nel v Le Roux NO and Others 1996 3 SA 562 (KH)

Nyamakazi v President of Bophuthatswana 1992 4 SA 540 (B)

Prinsloo v Van der Linde and Another 1997 3 SA 1012 (KH)

Premier, KwaZulu-Natal, and Others v President of the Republic of South Africa and Others 1996 1 SA 769 (KH)

President of the Republic of South Africa and Another v Hugo 1997 4 SA 1 (KH)

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

Ridley v Ridley 1945 OPD

S v Bhulwana, S v Gwadiso 1996 1 SA 388 (KH)

S v Coetzee and Others 1997 3 SA 527 (KH)

S v Conifer (Pty) Ltd 1974 1 SA 651 (A)

S v Ebrahim 1991 2 SA 553 (A)

S v Heita and Others 1987 1 SA 311 (SWA)

S v Lawrence, S v Negal, S v Solberg 1997 10 BCLR 1348 (KH)

S v Makwanyane and Another 1995 3 SA 391 (KH)

S v Marwane 1982 3 SA 717 (A)

S v Masina and Others 1990 4 SA 709 (A)

S v Mbatha, S v Prinsloo 1996 2 SA 464 (KH)

S v Mhlungu and Others 1995 3 SA 867 (KH)

S v Ntuli 1996 1 SA 1207 (KH)

S v Rens 1996 1 SA 1218 (KH)

S v Toms, S v Bruce 1990 2 SA 802 (A)

S v Tuhadeleni and Others 1969 1 SA 153 (A)

S v Vermaas; S v Du Plessis 1995 3 SA 292 (KH)

S v Williams and Others 1995 3 SA 632 (KH)

S v Zuma and Others 1995 2 SA 642 (KH)

Sanderson v Attorney-General, Eastern Cape 1997 12 BCLR 1675 (KH)

Shabalala and Others v Attorney-General Transvaal, and Another 1996 1 SA 725 (KH)

Smith v Attorney-General, Bophuthatswana 1984 1 SA 196 (B)

Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal 1997 12 BCLR 1696 (KH)

Van Heerden and Another v Joubert NO and Others 1994 4 793 (A)

Venter v Rex 1907 TS 910

Waks en Andere v Jacobs en 'n Ander 1990 1 SA 913 (T)

Xu v Minister van Binnelandse Sake, Tsang v Minister van Binnelandse Sake 1995 1 SA 185 (T)

Zantsi v Council of State, Ciskei and Others 1995 4 SA 615 (KH)

4.2 Duitsland

BVerfGE 1, 14

BVerfGE 1, 97

BVerfGE 1, 208

BVerfGE 1, 264

BVerfGE 1, 299

BVerfGE 2, 1

BVerfGE 2, 79

BVerfGE 2, 124

BVerfGE 2, 237

BVerfGE 2, 266

BVerfGE 2, 380

BVerfGE 3, 19

BVerfGE 3, 45

BVerfGE 3, 58

BVerfGE 3, 225

BVerfGE 3, 377

BVerfGE 3, 383

BVerfGE 3, 407

BVerfGE 4, 7

BVerfGE 4, 31

BVerfGE 4, 44

BVerfGE 4, 52

BVerfGE 4, 96

BVerfGE 4, 115
BVerfGE 4, 144
BVerfGE 4, 157
BVerfGE 4, 294
BVerfGE 4, 331
BVerfGE 4, 322
BVerfGE 5, 77
BVerfGE 5, 85
BVerfGE 6, 32
BVerfGE 6, 55
BVerfGE 6, 84
BVerfGE 6, 132
BVerfGE 6, 309
BVerfGE 6, 389
BVerfGE 7, 1
BVerfGE 7, 63
BVerfGE 7, 89
BVerfGE 7, 129
BVerfGE 7, 198
BVerfGE 7, 342
BVerfGE 7, 377
BVerfGE 8, 28
BVerfGE 8, 71
BVerfGE 8, 104
BVerfGE 8, 210
BVerfGE 8, 274
BVerfGE 8, 332
BVerfGE 9, 73
BVerfGE 9, 89
BVerfGE 9, 124
BVerfGE 9, 194
BVerfGE 9, 268
BVerfGE 10, 59
BVerfGE 10, 118
BVerfGE 10, 185
BVerfGE 10, 234
BVerfGE 11, 64
BVerfGE 11, 126
BVerfGE 11, 139
BVerfGE 11, 266
BVerfGE 12, 1
BVerfGE 12, 45
BVerfGE 12, 205
BVerfGE 12, 341
BVerfGE 13, 97
BVerfGE 13, 153

BVerfGE 13, 261
BVerfGE 13, 269
BVerfGE 13, 290
BVerfGE 14, 288
BVerfGE 14, 197
BVerfGE 15, 126
BVerfGE 15, 167
BVerfGE 15, 226
BVerfGE 15, 313
BVerfGE 16, 130
BVerfGE 16, 194
BVerfGE 17, 108
BVerfGE 18, 38
BVerfGE 18, 85
BVerfGE 18, 353
BVerfGE 18, 97
BVerfGE 18, 151
BVerfGE 18, 257
BVerfGE 18, 353
BVerfGE 19, 1
BVerfGE 19, 166
BVerfGE 19, 206
BVerfGE 19, 303
BVerfGE 19, 342
BVerfGE 20, 26
BVerfGE 20, 150
BVerfGE 20, 162
BVerfGE 20, 238
BVerfGE 20, 323
BVerfGE 21, 73
BVerfGE 21, 227
BVerfGE 21, 245
BVerfGE 21, 362
BVerfGE 22, 180
BVerfGE 22, 241
BVerfGE 22, 230
BVerfGE 22, 254
BVerfGE 23, 12
BVerfGE 23, 127
BVerfGE 23, 353
BVerfGE 24, 1
BVerfGE 24, 184
BVerfGE 24, 220
BVerfGE 24, 236
BVerfGE 24, 367
BVerfGE 25, 142

BVerfGE 25, 167
BVerfGE 25, 216
BVerfGE 25, 256
BVerfGE 25, 371
BVerfGE 26, 58
BVerfGE 26, 66
BVerfGE 26, 206
BVerfGE 26, 246
BVerfGE 26, 281
BVerfGE 27, 71
BVerfGE 27, 195
BVerfGE 27, 344
BVerfGE 28, 175
BVerfGE 28, 243
BVerfGE 29, 183
BVerfGE 29, 221
BVerfGE 30, 1
BVerfGE 30, 73
BVerfGE 30, 250
BVerfGE 30, 227
BVerfGE 30, 367
BVerfGE 30, 392
BVerfGE 31, 33
BVerfGE 31, 94
BVerfGE 31, 222
BVerfGE 31, 255
BVerfGE 32, 54
BVerfGE 32, 98
BVerfGE 32, 111
BVerfGE 32, 199
BVerfGE 32, 273
BVerfGE 33, 1
BVerfGE 33, 22
BVerfGE 33, 125
BVerfGE 33, 265
BVerfGE 33, 303
BVerfGE 33, 367
BVerfGE 34, 238
BVerfGE 34, 269
BVerfGE 35, 41
BVerfGE 35, 79
BVerfGE 35, 185
BVerfGE 35, 202
BVerfGE 35, 263
BVerfGE 35, 366
BVerfGE 35, 382

BVerfGE 36, 1
BVerfGE 36, 174
BVerfGE 37, 57
BVerfGE 38, 105
BVerfGE 38, 139
BVerfGE 39, 1
BVerfGE 39, 68
BVerfGE 39, 128
BVerfGE 39, 156
BVerfGE 39, 334
BVerfGE 40, 65
BVerfGE 40, 121
BVerfGE 41, 29
BVerfGE 41, 65
BVerfGE 41, 202
BVerfGE 42, 64
BVerfGE 42, 176
BVerfGE 42, 347
BVerfGE 43, 243
BVerfGE 43, 291
BVerfGE 44, 37
BVerfGE 44, 105
BVerfGE 44, 125
BVerfGE 45, 142
BVerfGE 445, 187
BVerfGE 45, 376
BVerfGE 45, 400
BVerfGE 46, 160
BVerfGE 47, 327
BVerfGE 48, 40
BVerfGE 49, 89
BVerfGE 49, 220
BVerfGE 50, 290
BVerfGE 51, 1
BVerfGE 51, 67
BVerfGE 51, 222
BVerfGE 51, 295
BVerfGE 51, 304
BVerfGE 51, 356
BVerfGE 53, 25
BVerfGE 53, 30
BVerfGE 54, 143
BVerfGE 54, 148
BVerfGE 54, 208
BVerfGE 54, 341
BVerfGE 56, 216

BVerfGE 57, 250
BVerfGE 57, 295
BVerfGE 58, 257
BVerfGE 59, 231
BVerfGE 59, 251
BVerfGE 59, 275
BVerfGE 60, 16
BVerfGE 60, 175
BVerfGE 60, 234
BVerfGE 60, 1
BVerfGE 61, 149
BVerfGE 61, 260
BVerfGE 62, 1
BVerfGE 63, 131
BVerfGE 63, 343
BVerfGE 64, 72
BVerfGE 64, 87
BVerfGE 65, 1
BVerfGE 66, 116
BVerfGE 65, 141
BVerfGE 65, 182
BVerfGE 65, 283
BVerfGE 67, 157
BVerfGE 67, 213
BVerfGE 68, 1
BVerfGE 69, 1
BVerfGE 69, 315
BVerfGE 70, 1
BVerfGE 70, 35
BVerfGE 70, 230
BVerfGE 71, 39
BVerfGE 71, 66
BVerfGE 71, 108
BVerfGE 71, 202
BVerfGE 72, 200
BVerfGE 72, 302
BVerfGE 72, 200
BVerfGE 73, 206
BVerfGE 73, 261
BVerfGE 73, 339
BVerfGE 74, 297
BVerfGE 74, 9
BVerfGE 74, 163
BVerfGE 74, 297
BVerfGE 75, 1
BVerfGE 75, 348

BVerfGE 76, 1
 BVerfGE 76, 256
 BVerfGE 77, 1
 BVerfGE 77, 170
 BVerfGE 77, 381
 BVerfGE 78, 38
 BVerfGE 78, 249
 BVerfGE 79, 127
 BVerfGE 79, 256
 BVerfGE 80, 109
 BVerfGE 80, 48
 BVerfGE 80, 124
 BVerfGE 80, 137
 BVerfGE 80, 244
 BVerfGE 80, 315
 BVerfGE 80, 367
 BVerfGE 81, 242
 BVerfGE 82, 60
 BVerfGE 82, 322
 BVerfGE 83, 60
 BVerfGE 83, 130
 BVerfGE 83, 236
 BVerfGE 83, 395
 BVerfGE 84, 90
 BVerfGE 84, 133
 BVerfGE 87, 234
 BVerfGE 88, 203
 BVerfGE 9 Maart 1994 in 27 Mei 1994 *EuGRZ* Vol 9-10 245

4.3 Verenigde State van Amerika

Adamson v California 332 U.S. 46 (1947)
Abbott Laboratories v Gardner 387 U.S. 136 (1967)
Abrams v United States 250 U.S. 616 (1919)
Aetna Life Insurance Company v Haworth 300 U.S. 227 (1937)
Adkins v Children's Hospital 261 U.S. 525 (1923)
Agins v Tiburon 447 U.S. 255 (1980)
Alabama State Federation of Labour v McAdory 325 U.S. 450 (1945)
Allen v Wright 468 U.S. 737 (1984)
Allgeyer v Louisiana 165 U.S. 578 (1897)
Aptheker v Secretary of State 378 U.S. 500 (1964)
Arizona v Rumsey 467 U.S. 203 (1984)
Ashwander v Tennessee Valley Authority 297 U.S. 288 (1936)
Association of Data Processing Services Organisation v Camp 397 U.S. 150 (1970)

Baker v Carr 369 U.S. 186 (1962)

Barenblatt v United States 360 U.S. 109 (1960)
Beazell v Ohio 269 U.S. 167 (1925)
Bell v Maryland 378 U.S. 226 (1964)
Bivens v Six Unknown Named Agents of the Federal Bureau of Narcotics 403 U.S. (1971)
Boddie v Connecticut 410 U.S. 371 (1971)
Bolling v Sharpe 347 U.S. 497 (1954)
Bowers v Hardwick 478 U.S. 186 (1986)
Brandenburg v Ohio 395 U.S. 444 (1969)
Brown v Board of Education of Topeka 347 U.S. 483 (1954) en 349 U.S. 294 (1955)
Bush v Orleans Parish School Board 364 U.S. 500 (1960)

Calder v Bull 3 U.S. (3 Dallas) 386 (1798)
Carey v Population Services International 431 U.S. 678 (1977)
Castineda v Partida 430 U.S. 482 (1977)
Chisom v Roemer 111 S. Ct. 2354 (1991)
Clark v Jeter 486 U.S. 456 (1988)
City of Richmond v J.A. Croson Company 488 U.S. 469 (1989)
Civil Rights Cases 109 U.S. 3 (1883)
Cleveland Board of Education v LaFleur 414 U.S. 632 (1974)
Collins v Youngblood 497 U.S. 37 (1990)
Colemin v Miller 307 U.S. 433 (1939)
Cooper v Aaron 358 U.S. 1 (1958)
Commodity Futures Trading Commission v Schor 478 U.S. 833 (1986)
Craig v Boren 429 U.S. 190 (1976)
Crowell v Benson 285 U.S. 22 (1932)
Cruzan v Director, Missouri Department of Health 497 U.S. 261 (1990)

Dallas v Stanglin 490 U.S. 19 (1989)
Dandridge v Williams 397 U.S. 471 (1970)
Darden v Wainwright 477 U.S. 168 (1986)
Davis v Bandemeier 478 U.S. 109 (1986)
Dayton Board of Education v Brinkman 443 U.S. 406 (1979)
Dennis v United States 341 U.S. 494 (1951)
Doe v Bolton 410 U.S. 179 (1973)
Douglas v California 372 U.S. 353 (1963)
Dred Scott v Sanford 60 U.S. (19 Howard) 393 (1856)
Duke Power Company v Carolina Environmental Study Group, Inc 438 U.S. 59 (1978)
Duncan v Louisiana 391 U.S. 145 (1968)

Eisenstadt v Baird 405 U.S. 438 (1972)
Engle v Isaac 456 U.S. 107 (1982)
Eroznik v City of Jacksonville 422 U.S. 205 (1975)
Everson v Board of Education 330 U.S. 1 (1947)
Ex Parte McCordle 74 U.S. (7 Wallace) 506 (1869)
Ex Parte Michigan 71 U.S. (4 Wallace) 2 (1866)
Ex Parte Quirin 317 U.S. 1 (1942)

- Ex Parte Yerger* 75 U.S. (8 Wallace) 85 (1869)
Exxon Corporation v Governor of Maryland 437 U.S. 117 (1978)
- Ferguson v Skrupa* 372 U.S. 726 (1963)
Fletcher v Peck 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810)
Fullilove v Klutznick 448 U.S. 448 (1980)
Furman v Georgia 408 U.S. 238 (1972)
- Garcia v San Antonio Metropolitan Transit Authority* 469 U.S. 528 (1985)
Gibbons v Ogden 22 U.S. (9 Wheaton) 1 (1824)
Gregg v Georgia 428 U.S. 153 (1976)
Griffin v Illinois 351 U.S. 12 (1956)
Griggs v Duke Power Company 401 U.S. 424 (1971)
Griswold v Connecticut 381 U.S. 479 (1965)
- Harris v McRae* 448 U.S. 297 (1980)
Heckler v Mathews 465 U.S. 728 (1984)
Herb v Pitcairn 324 U.S. 117 (1945)
Hernandez v Texas 347 U.S. 475 (1954)
Hodel v Indianna 452 U.S. 314 (1981)
Home Building & Loan Association v Blaisdell 290 U.S. 398 (1934)
Hudson v Palmer 468 U.S. 517 (1984)
Hurtado v California 110 U.S. 516 (1884)
- In re Winship* 397 U.S. 358 (1970)
International Machinists v Street 367 U.S. 740 (1961)
International News Service v Associated Press 248 U.S. 215 (1918)
- Jackson v Metropolitan Edison Company* 419 U.S. 345 (1974)
Japan Whaling Association v American Cetacean Society 478 U.S. 238 (1986)
Johnson v Transportation Agency of Santa Clara County 480 U.S. 616 (1987)
Joint Anti-Facist Refugee Commission v McGrath 341 U.S. 123 (1951)
- Katz v United States* 389 U.S. 347 (1967)
Kennedy v Mendoza-Martinez 372 U.S. 144 (1963)
Kent v Dulles 357 U.S. 116 (1958)
Keyes v School District 413 U.S. 189 (1973)
Korematsu v United States 323 U.S. 214 (1944)
Kramer v Union Free School District 395 U.S. 621 (1969)
- Lauf v E.G. Shiner & Company* 303 U.S. 323 (1938)
Lochner v New York 198 U.S. 45 (1905)
Luther v Borden 48 U.S. (7 Howard) 1 (1849)
- Machinists v Street* 367 U.S. 740 (1961)
Marbury v Madison 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

Marsh v Alabama 326 U.S. 501 (1946)
Martin v Hunter's Lessee 14 U.S. (1 Wheaton) 304 (1816)
Mathews v Eldridge 424 U.S. 319 (1976)
McCleskey v Kemp 481 U.S. 279 (1987)
McGowan v Maryland 366 U.S. 420 (1961)
McLaughlin v Florida 379 U.S. 184 (1964)
M'Culloch v Maryland 17 U.S. (4 Wheaton) 316 (1819)
Meyer v Nebraska 262 U.S. 390 (1923)
Metro Broadcasting Inc. v Federal Communications Commission 497 U.S. 547 (1990)
Michael H v Gerald D 491 U.S. 110 (1989)
Middendorf v Henry 425 U.S. 25 (1976)
Miranda v Arizona 384 U.S. 436 (1965)
Missouri v Holland 252 U.S. 416 (1920)
Mora v McNamara 389 U.S. 934 (1967)
Mugler v Kansas 123 U.S. 623 (1887)
Muller v Oregon 208 U.S. 412 (1908)
Muskrat v United States 219 U.S. 346 (1911)

National League of Cities v Usery 426 U.S. 833 (1976)
National Mutual Insurance Company v Tidewater Transfer Company 337 U.S. 581 (1949)
Nebbia v New York 291 U.S. 54 (1934)
New York Times Company v Sullivan 376 U.S. 254 (1964)
New York v Ferber 458 U.S. 747 (1982)
Nixon v Administrator of General Services 433 U.S. 425 (1977)

Palko v Connecticut 302 U.S. 319 (1937)
Palmer v Thompson 403 U.S. 217 (1971)
Pasadena City Board of Education v Spangler 427 U.S. 424 (1976)
Pennel v City of San Jose 485 U.S. 1 (1988)
Pension Benefit Guaranty Corporation v R.A. Gray & Company 467 U.S. 717 (1984)
Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v Casey 505 U.S. 833 (1992) 120 L Ed 2d 674
Plessy v Ferguson 163 U.S. 537 (1896)
Plyer v Doe 457 U.S. 202 (1982)
Poe v Ullman 367 U.S. 497 (1961)
Powell v Alabama 287 U.S. 45 (1932)
Powell v McCormack 395 U.S. 486 (1969)
Price Waterhouse v Hopkins 490 U.S. 228 (1989)

Railway Express Agency v New York 336 U.S. 106 (1949)
Rendell-Baker v Kohn 457 U.S. 830 (1982)
Regents of the University of California v Bakke 438 U.S. 265 (1978)
Rescue Army v Municipal Court of the City of Los Angeles 331 U.S. 549 (1947)
Reynolds v Sims 377 U.S. 533 (1964)
Rochin v California 342 U.S. 165 (1952)

Roe v Wade 410 U.S. 113 (1973)

San Antonio Independent School District v Roderiguez 411 U.S. 1 (1973)

Schenck v United States 249 U.S. 47 (1919)

Schwegmann Brothers v Calvert Distillers Corporation 341 U.S. 384 (1951)

Shapiro v Thompson 394 U.S. 618 (1969)

Shelly v Kraemer 334 U.S. 1 (1948)

Sierra Club v Morton 405 U.S. 727 (1972)

Skinner v Oklahoma 316 U.S. 535 (1942)

Slaughter-House Cases 83 U.S. (16 Wallace) 36 (1872)

Strauder v West Virginia 100 U.S. 303 (1880)

Stromberg v California 283 U.S. 359 (1931)

Spector Motor Service Incorporated v McLaughlin 323 U.S. 101 (1944)

Swann v Charlotte-Mecklenburg Board of Education 402 U.S. 1 (1971)

Sweezy v New Hampshire 354 U.S. 234 (1957)

Terry v Adams 345 U.S. 461 (1953)

Tropp v Dulles 356 U.S. 86 (1958)

Truax v Raich 239 U.S. 33 (1915)

Texas v White 74 U.S. (7 Wallace) 700 (1869)

Tennessee v Garner 471 U.S. 1 (1985)

Twining v New Yersey 211 U.S. 78 (1908)

United Steelworkers of America v Webber 443 U.S. 193 (1979)

United States v Bitty 298 U.S. 393 (1908)

United States v Blatchelder 442 U.S. 114 (1979)

United States v Butler 297 U.S. 1 (1936)

United States v Carolene Products Company 304 U.S. 144 (1938)

United States v Fisher 6 U.S. (2 Cranch) 358 (1804)

United States v Fordice 505 U.S. 201 (1992) L Ed 2d 575

United States v Klein 80 U.S. (13 Wallace) 128 (1871)

United States v Johnson 319 U.S. 302 (1943)

United States v Mistreta 488 U.S. 361 (1988)

United States v Nixon 418 U.S. 638 (1974)

United States v Paradise 480 U.S. 149 (1987)

United States v Sperry Corporation 493 U.S. 52 (1989)

Usery v Turner Elkhorn Mining Company 428 U.S. 1 (1976)

Valley Forge Christian College v Americans United for Separation of Church and State, Inc. 454 U.S. 464 (1982)

Vance v Bradley 440 U.S. 93 (1979)

Washington v Davis 426 U.S. 229 (1976)

Webster v Reproductive Health Services 492 U.S. 490 (1989)

West Coast Hotel Company v Parrish 300 U.S. 379 (1937)

Wisconsin v Yoder 406 U.S. 205 (1972)

Wygant v Jackson Board of Education 476 U.S. 267 (1986)

Yick Wo v Hopkins 118 U.S. 356 (1886)

Youngstown Sheet & Tube Company v Sawyer 343 U.S. 579 (1952)

Zobel v Williams 457 U.S. 55 (1982)

4.4 Kanada

Air Canada v British Columbia (Attorney General) [1986] 2 S.C.R. 539

Andrews v Law Society of British Columbia [1989] 1 S.C.R. 143

Attorney General (Canada) v Canadian National Transportation Ltd. [1983] 2 S.C.R. 206

Attorney General (Quebec) v Quebec Protestant Schools Boards [1984] 2 S.C.R. 66

Attorney-General (British Columbia) v Attorney-General (Canada) [1913] 15 D.L.R. 308 (P.C.)

Attorneys-General (Provinces) v Attorney-General (Canada) [1912] 3 D.L.R. 509 (P.C.)

Black v Law Society of Alberta [1989] 1 S.C.R. 591

Borowski v Canada (Attorney General) [1989] 1 S.C.R. 342

British Columbia Government Employees' Union v British Columbia (Attorney General) [1988] 2 S.C.R. 214

Canadian Council of Churches v Canada (Minister of Employment and Immigration) [1992] 1 S.C.R. 236

Chromiak v The Queen [1980] 1 S.C.R. 471

Clarkson v The Queen [1986] 1 S.C.R. 383

Douglas/Kantlen Faculty Association v Douglas College [1990] 3 S.C.R. 570

Dubois v The Queen [1985] 2 S.C.R. 350

Duke v The Queen [1972] S.C.R. 917

Edmonton Journal v Alberta (Attorney General) [1989] 2 S.C.R. 1326

Ford v Quebec (Attorney General) [1988] 2 S.C.R. 712

Fraser v Public Service Staff Relations Board [1985] 2 S.C.R. 455

General Motors of Canada Ltd. v City National Leasing [1989] 1 S.C.R. 641

Hogan v The Queen [1975] 2 S.C.R. 574

Hunter v Southam Inc. [1984] 2 S.C.R. 145

Irwin Toy Ltd. v Quebec (Attorney General) [1989] 1 S.C.R. 927

Krug v The Queen [1985] 2 S.C.R. 255

Lavigne v Ontario Public Service Employees Union [1991] 2 S.C.R. 211

Law Society of Upper Canada v Skapinker [1984] 1 S.C.R. 357

- MacDonald v City of Montreal* [1986] 1 S.C.R. 460
Mahe v Alberta [1990] 1 S.C.R. 342
Manitoba (Attorney General) v Metropolitan Stores Ltd. [1987] 1 S.C.R. 110
McKinney v University of Guelph [1990] 3 S.C.R. 229
Mills v The Queen [1986] 1 S.C.R. 863
Minister of Justice (Canada) v Borowski [1981] 2 S.C.R. 575

Nova Scotia Board of Censors v McNeil [1976] 2 S.C.R. 265

Ontario Human Rights Commission v Simpsons-Sears [1985] 2 S.C.R. 536
Operation Dismantle v The Queen [1985] 1 S.C.R. 441
Osborne v Canada (Treasury Board) [1991] 2 S.C.R. 69

Pfizer v Deputy Minister of National Revenue for Customs and Exise [1977] 1 S.C.R. 456

R v Amway Corp. [1989] 1 S.C.R. 21
R v Bain [1992] 1 S.C.R. 91
R v Big M Drug Mart Ltd. [1985] 1 S.C.R. 295
R v Brydges [1990] 1 S.C.R. 190
R v Butler [1992] 1 S.C.R. 452
R v Chaulk [1990] 3 S.C.R. 1303
R v CIP Inc. [1992] 1 S.C.R. 843
R v Collins [1987] 1 S.C.R. 265
R v Drybones [1970] S.C.R. 282
R v Duarte [1990] 1 S.C.R. 30
R v Edwards Books and Arts Ltd. [1986] 2 S.C.R. 714
R v Hess [1990] 2 S.C.R. 906
R v Hufsky [1988] 1 S.C.R. 621
R v Jones [1986] 2 S.C.R. 284
R v Keegstra [1990] 3 S.C.R. 697
R v Ladouceur [1990] 1 S.C.R. 1257
R v Lee [1989] 2 S.C.R. 1384
R v Mercure [1988] 1 S.C.R. 234
R v Morgentaler [1988] 1 S.C.R. 30
R v Oakes [1986] 1 S.C.R. 103
R v Paquette [1990] 2 S.C.R. 1103.
R v Penno [1990] 2 S.C.R. 864
R v Rahey [1987] 1 S.C.R. 589
R v Seaboyer [1991] 2 S.C.R. 577
R v Shelly [1981] 2 S.C.R. 196
R v Spencer [1985] 2 S.C.R. 278
R v Stevens [1988] 1 S.C.R. 1153
R v Swain [1991] 1 S.C.R. 933
R v Therens [1985] 1 S.C.R. 1 613
R v Thomsen [1988] 1 S.C.R. 640
R v Turpin [1989] 1 S.C.R. 1269

- R v Vaillancourt* [1987] 2 S.C.R. 636
R v Wholesale Travel Group Inc. [1991] 3 S.C.R. 154
R v Whyte [1988] 2 S.C.R. 3
Re Soenen and Thomas 3 D.L.R. (4 th) 666
Reference re Anti-Inflation Act [1976] 2 S.C.R. 373
Reference re Bill 30, an Act to ammend the Education Act (Ontario) [1987] 1 S.C.R. 1148
Reference re Canada Assistance Plan (British Columbia) [1991] 2 S.C.R. 525
Reference re Eskimos [1939] 2 D.L.R. 417 (Can. S.C.)
Reference re Manitoba Language Rights [1985] 1 S.C.R. 721
Reference re Provincial Electoral Boundaries (Saskatchewan) [1991] 2 S.C.R. 159
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alberta) [1987] 1 S.C.R. 313
Reference re Public Service Employee Relations Act, Labour Relations Act and Police Officers Collective Bargaining Act 16 D.L.R. (4 th) 365
Reference re Residential Tenancies Act, 1979 [1981] 1 S.C.R. 714
Reference re Resolution to Ammend the Constitution [1981] 1 S.C.R. 753
Reference re s. 94 (2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia) [1985] 2 S.C.R. 486
Reference re Section 24 of the British North American Act [1930] 1 D.L.R. 98 (P.C.)
Reference re ss. 193 and 195.1.(1)(c) of the Criminal Code (Manitoba) [1990] 1 S.C.R. 1123
Reference re Upper Churchill Water Rights Reservation Act [1984] 1 S.C.R. 297
Retail, Wholesale and Department Store Union v Dolphin Delivery Ltd. [1986] 2 S.C.R. 573
Robertson and Rosetanni v The Queen [1963] S.C.R. 651
Rocket v Royal College of Dental Surgeons of Ontario [1990] 2 S.C.R. 232
Rothman v The Queen [1981] 1 S.C.R. 640
Rudolf Wolff & Co. v Canada [1990] 1 S.C.R. 695
- Saumer v City of Quebec* [1953] 2 S.C.R. 299
Singh et al v Minister of Employment and Immigration [1985] 1 S.C.R. 177
Slaight Communications Inc. v Davidson [1989] 1 S.C.R. 1038
Société des Acadiens v Association of Parents [1986] 1 S.C.R. 549
Spencer v The Queen [1985] 2 S.C.R. 278
Stoffman v Vancouver General Hospital [1990] 3 S.C.R. 483
Switzman v Elbling and Attorney General of Quebec [1957] 1 S.C.R. 285
- Tétreault-Gadoury v Canada (Employment and Immigration Commission)* [1991] 2 S.C.R. 22
Thomson Newspapers Ltd. v Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission) [1990] 1 S.C.R. 425
Thorson v Attorney General of Canada [1975] 1 S.C.R. 138
Tremblay v Daigle [1989] 2 S.C.R. 530
United States of America v Cotroni [1989] 1 S.C.R. 1469
- Valente v The Queen* [1985] 2 S.C.R. 673

Winnipeg School Division No. 1 v Craton [1985] 2 S.C.R. 150

4.5 Europese Reg

4.5.1 Europese Kommissie vir Menseregte

Althun v Federal Republic of Germany 3 Mei 1983 1984 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 36 209

Anna Hughes v United Kingdom 18 Julie 1986 1986 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 18 260

De Geillustreerde Pers N.V. v The Netherlands 6 Julie 1976 1977 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 8 14

Gay News Ltd. and Lemon v United Kingdom 7 Mei 1982 *EHRR* Vol 5 128

Jakob Kamma v The Netherlands 14 Julie 1974 1975 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 1 9

J Glimmerveen and J Hagenbeek v The Netherlands 11 Oktober 1979 1980 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 18 194

Kühnen v Federal Republic of Germany 12 Mei 1988 1989 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 56 205

Mrs W v Ireland 28 Februarie 1983 1983 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 32 211

Mrs W v The United Kingdom 28 Februarie 1983 1983 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 32 190

Paul Henry Wiggins v The United Kingdom 8 Februarie 1978 1979 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 13 45

Peter Sutter v Switzerland 1 Mei 1979 1979 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 16 173

Reitmag AG v Federal Republic of Germany 16 Desember 1961 1962 *Yearbook of the European Convention on Human Rights* Vol 4 392

X v Austria 4 Mei 1979 1979 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 16 152

X v Federal Republic of Germany 24 Julie 1970 1970 *Yearbook of the European Convention on Human Rights* Vol 13 890

X v the Netherlands 4 Desember 1978 1979 *European Commission of Human Rights Decisions and Reports* Vol 16 189

4.5.1 Europese Hof vir Menseregte

Abdulaziz, Cabales and Balkandali 28 Mei 1985 A/94

Adolf 26 Maart 1982 A/49

Agosi 24 Oktober 1986 A/108

Airey 9 Oktober 1979 A/32

Artico 13 Mei 1980 A/37

Ashingdane 28 Mei 1985 A/93

Autronic AG 22 Mei 1990 A/178

B v France 25 Maart 1992 A/232-C

Barthold 25 Maart 1985 A/90

Belgiese Taal-saak (Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium) 23 Julie 1968 A/6

Berrehab 21 Junie 1988 A/138

Bodén 27 Oktober 1987 A/125

Bozano v France 18 Desember 1986 A/111

Brannigan and McBride 26 Mei 1993 A/258

Brogan and Others 29 November 1988 A/145-B

Campbell and Cosans 25 Februarie 1982 A/48

Campbell and Fell 28 Junie 1984 A/80

Castello-Roberts 25 Mei 1993 1993 *Common Law Bulletin* Vol 19 722

Castells v Spain 23 April 1992 A/236

Cremieux 25 Februarie 1993 A/256-B

Cruz Varas and Others 20 Maart 1991 A/201

De Wilde, Ooms and Versyp (Vagrancy-sake) 18 Junie 1971 A/12

Delcourt 17 Januarie 1970 A/11

Deumeland 29 Mei 1986 A/100

Deweer 27 Februarie 1980 A/35

Dudgeon 22 Oktober 1981 A/45

Engel and Others 8 Junie 1976 A/22

Erikson 22 Junie 1989 A/156

Ezelin 26 April 1991 A/202

F v Switzerland 18 Desember 1987 A/128

Feldbrugge 29 Mei 1986 A/99

Fox, Campbell and Hartley 30 Augustus 1990 A/182

Funke 25 Februarie 1993 A/256-A

Gillow 24 November 1986 A/109

- Golder* 21 Februarie 1975 A/18
Golder 1973-1975 B/16
Groppera Radio AG and Others 28 Maart 1990 A/173
Guzzardi 6 November 1980 A/39
Handyside 7 Desember 1976 A/24
Imbrioscia 24 November 1993 A/275
Informationsverein Lentia and Others 24 November 1993 A/276
Inze 28 Oktober 1987 A/126
- James and Others* 21 Februarie 1986 A/98
Johnston and Others 18 Desember 1986 A/112
Kjelsden, Busk Madsen and Pedersen 7 Desember 1976 A/23
Klass and Others 6 September 1978 A/28
Kokkinakis 25 Mei 1993 A/260-A
König 28 Junie 1978 A/27
- Lawless (1)* 14 November 1960 A/1
Lawless (2) 1 Julie 1961 A/3
Le Compte, Van Leuven and De Meyere 23 Junie 1981 A/43
Leander 26 Maart 1987 A/116
Lingens 8 Julie 1986 A/103
Lithgow and Others 8 Julie 1986 A/102
Luedicke, Belkacem and Koc 28 November 1978 A/29
- Malone* 2 Augustus 1984 A/82
Marckx 13 Junie 1979 A/31
Margareta and Roger Andersson 25 Februarie 1992 A/226-A
Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beerman 20 November 1989 A/165
Mathieu-Mohin and Clerfayt 2 Maart 1987 A/113
Mattznetter 10 November 1969 A/10
Miailhe 25 Februarie 1993 A/256-C
Müller and Others 24 Mei 1988 A/133
- National Union of Belgian Police* 27 Oktober 1975 A/19
Neumeister 27 Junie 1968 A/8
- Olsson* 24 Maart 1988 A/130
Otto-Preminger-Institut (Liebeskonzil-saak) 20 Mei 1994 A/295-A
Öztürk 21 Februarie 1984 A/73
- Pakelli* 25 April 1983 A/64
Plattform "Ärtze für das Leben" 21 Junie 1988 A/139
Pretto and Others 8 Desember 1983 A/71
Pudas 27 Oktober 1987 A/125
Ramussen 28 November 1984 A/87
Rees 17 Oktober 1986 A/106

Ringeissen 16 Julie 1971 A/13

Schmidt and Dahlström 6 Februarie 1976 A/21

Silver and Others 25 Maart 1983 A/61

Soering 7 Julie 1989 A/161

Sporrong and Lönnroth 23 September 1982 A/52

Sutter 22 Februarie 1984 A/74

Swedish Engine Drivers' Union 6 Februarie 1976 A/20

The Observer and Guardian v The United Kingdom 26 November 1991 A/216

The Republic of Ireland v The United Kingdom 18 Januarie 1978 A/25

The Sunday Times (1) 26 April 1979 A/30

The Sunday Times (2) 26 November 1991 A/217

Thorgeir Thorgeirson 25 Junie 1992 A/239

Tyrer 25 April 1978 A/26

Van der Leer 21 Februarie 1990 A/170-A

Van der Mussele 23 November 1983 A/70

Weber 22 Mei 1990 A/177

Wemhoff 27 Junie 1968 A/7

Winterwerp 24 Oktober 1979 A/33

X and Y v The Nederlands 26 Maart 1985 A/91

Young, James and Webster 13 Augustus 1981 A/44

4.6 Ander Howe

Attorney-General of Hong Kong v Lee Kwong-kut [1993] AC 951 (PC) ([1993] 3 All ER 939)

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1960), order No 1 of 26, January 1971 *ICJ Reports* 1971 [*ICJ Reports* 1971]

Minister of Home Affairs (Bermuda) and another v Fisher and another [1980] AC 319 (PC) ([1979] 3 All ER 21)

3. REGISTER VAN WETGEWING

3.1 Republiek van Suid-Afrika

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 32 van 1961

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 110 van 1983

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996

Interpretasiewet 33 van 1957

Reëls van die Konstitusionele Hof uitgevaardig deur Goewermentskennisgewing R5 in die Staatskoerant 16204 van 6 Januarie 1995

Wet tot Wysiging van die Suid-Afrika Wet 9 van 1956

Wysigingswet op die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 2 van 1994

3.2 Duitsland

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland van 23 Mei 1949 soos gewysig op 28 Junie 1993

Gesetz über das Bundesverfassungsgericht van 12 Desember 1985

Sozialgesetzbuch - Allgemeiner Teil van 11 Desember 1975

3.2 Verenigde State van Amerika

Constitution of the United States of America van 1787, soos gewysig, wat die 27 Amendamente insluit

Civil Rights Act van 1964

3.3 Kanada

An Act to Amend the Charter of the French Language S.Q. 1988, c. 54

British North America Act, 1867, 30-31 Victoria, c. 3. U.K. (soos gewysig in Item 1, Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Schedule B to *Canada Act, 1982*, U.K. to

Constitution Act, 1867)

Canada Act, 1982, U.K., 1982, c. 11

Constitution Act, 1982, Schedule B to Canada Act, 1982, U.K.

Interpretation Act R.S. 1970, c. I-23

Quebec Charter of Human Rights and Freedoms, S.Q. 1975, c. 6

Supreme Court Act, R.S., c. S-19. [soos gewysig 1985, c. S-26.]

The Alberta Bill of Rights, S.A. 1972, c. 1

The Canadian Bill of Rights S.C. 1960, c. 44

The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1

4 REGISTER VAN VERDRAE

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms onderteken te Rome op 4 November 1950 (soos gewysig tot 27 Januarie 1994), inwerking getree op 3 September 1953, gelees met Opsionele Protokolle Nr 1 tot 11

International Covenant on Civil and Political Rights van 16 Desember 1966 (G.A. Res. 2200 (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No 16) at 52, U.N. Doc A/6316 1966))

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights van 16 Desember 1966 (G.A. Res. 2200 (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No 16) at 49, U.N. Doc A/6316 1966))

Rules of Court "A" of the European Court of Human Rights 24 November 1982 (soos gewysig tot 27 Januarie 1994)

Universal Declaration of Human Rights van 10 Desember 1948 (G.A. Res. 217A (III), 3(1) U.N. GAOR Resolutions 71, U.N. Doc A/810 (1948))

Vienna Convention on the Law of Treaties van 23 Mei 1969.