

Aantekening: Die plek en gesag van internasionale reg in die Suid-Afrikaanse plaaslike reg, met verwysing na die *Glenister*-uitspraak

Neels Swanepoel

N. Swanepoel, Departement Proses- en Bewysreg, Universiteit van die Vrystaat

Abstract

The place and authority of international law in South African domestic law, with reference to the *Glenister* judgement

Since 1994 in particular, South Africa has been incurring several obligations in terms of international law. This raises the question of the place and authority of international law in the domestic law of the country.

An important example of where a South African court had to consider this question was *Glenister v President of the Republic of South Africa*. In this case the constitutional court had to take into account, *inter alia*, the United Nations convention against corruption in order to come to the conclusion that the controversial legislation that had turned the highly successful elite crime unit, the Scorpions, into the Hawks was unconstitutional and invalid.

Both the minority and majority judgements in *Glenister* paid considerable attention to the role, place and authority of international law in South African domestic law. However, they did so in essentially different ways. One is left with the impression that the majority judgement has created uncertainty about the incorporation of international treaties in domestic law, particularly on the notion of self-executing treaty provisions. My submission is that there is only one way of clarifying this uncertainty, and that is for the South African courts to interpret this principle as articulated by section 231(4) of the Constitution. It is disappointing that it did not do so in this judgement.

By comparing the United Nations convention against corruption with the Prevention and Combating of Corrupt Activities Act 12 of 2004, comments are also made about the methods by which international law is incorporated into South African law. The comparison demonstrates that the United Nations convention indeed played a substantial role in the design and promulgation of the act.

Keywords: domestic law; *Glenister* judgement; international agreement/treaty; international law; interpretative aid; law of nations; majority judgement; self-executing provision; source of authority

Trefwoorde: binnelandse reg; direk uitvoerbare bepaling; gesagsbron; *Glenister*-uitspraak; internasionale ooreenkoms/verdrag; internasionale reg; meerderheidsuitspraak; uitleghulpmiddel; volkereg

1. Inleiding

Die verpligtinge wat Suid-Afrika ingevolge internasionale verdrae opdoen, veral wanneer dit aan die hand van die Grondwet uitgelê word, neem in sowel getal as omvang toe. Plaaslike howe is daarom dikwels genoodsaak om die plek en gesag van internasionale reg in die Suid-Afrikaanse nasionale reg te oorweeg. 'n Goeie voorbeeld hiervan is *Southern African Litigation Centre v National Director of Public Prosecutions*,¹ waar die hof onder meer Suid-Afrika se internasionale verpligtinge ingevolge die Statuut van Rome en die Suid-Afrikaanse Wet op die Implementering van die Statuut van Rome oor die Internasionale Strafhof 27 van 2002 moes oorweeg.² Strydom voer tereg aan dat hierdie uitspraak 'n belangrike presedent geskep het.³ Die uitspraak, en veral Strydom se kommentaar daarop, is van belang vir die tema van hierdie bespreking, aangesien 'n Suid-Afrikaanse hof die staat op sy verpligtinge ingevolge 'n internasionale verdrag moes attent maak. Die Suid-Afrikaanse howe beskryf gereeld korrupsie en die volgehoue bestryding daarvan, ook aan die hand van internasionale riglyne soos dié in die Verenigde Nasies se konvensie teen korrupsie, as 'n hindernis vir die staat om sy verpligtinge vir die verwesenliking van veral die sosio-ekonomiese regte van die burgers na te kom.⁴ Hierdie sentiment word ook uitdruklik vervat in die aanhef van die Wet op die Voorkoming en Bestryding van Korrupsie Aktiwiteite.⁵

Hoewel die Verenigde Nasies se konvensie teen korrupsie nie as 'n internasionale verdrag vir die beskerming van menseregte as sodanig getipeer kan word nie, en waaroor Strydom dit juis in sy kommentaar het, verteenwoordig dié konvensie nietemin 'n belangrike internasionale riglyn waartoe Suid-Afrika hom verbind het. Dit kan en behoort as belangrike hulpmiddel vir Suid-Afrikaanse howe te dien wanneer daar oor die uitleg van plaaslike wetgewing besin word, bepaald ook in die vasstelling van die internasionale verpligtinge wat Suid-Afrika ingevolge daarvan het. Dit raak selfs belangriker as daardie bepaalde internasionale verdrag direk op die verwesenliking van sosio-ekonomiese regte toegespits is en state in dié verband wil lei. Juis in hierdie konteks dra Strydom se kommentaar op die *Southern African Litigation Centre*-uitspraak by tot die "oorweging (van) sekere breër kwessies met betrekking tot die respondent se begrip van Suid-Afrika se internasionale verpligtinge ingevolge internasionale verdrae ter beskerming van menseregte".⁶

In *Glenister v President of the Republic of South Africa*,⁷ wat as uitgangspunt vir hierdie bespreking dien, moes die konstitusionele hof onder meer aan die hand van internasionale reg uitsluitel gee oor die Suid-Afrikaanse staat se verpligting om 'n onafhanklike liggaam teen korrupsie daar te stel. Dít het gevolg op 'n aansoek deur 'n sakeman, Glenister, dat die omstrede wetgewing waarvolgens die elite-misdaadeenheid die Skerpioene na die Valke verander is, tersyde gestel word op grond daarvan dat dit ongrondwetlik en dus ongeldig is. Glenister het sy saak in die verhoorhof, *Glenister v The President of the Republic of South Africa*,⁸ verloor en onmiddellik na die konstitusionele hof geappelleer. In Maart 2011 beslis die konstitusionele hof in Glenister se guns: Die wetgewing wat die Valke daargestel het, was inderdaad ongrondwetlik in soverre dit nie die spesialis-ondersoekdirektoraat voorsien

van die vereiste onafhanklikheid van politieke inmenging vir die ondersoek van prioriteitsmisdad nie. Die regering is 18 maande gegun om dié gebreke reg te stel.⁹ Die Wysigingswet op die Suid-Afrikaanse Polisie¹⁰ is in Mei 2012 in die parlement ter tafel gelê en in Augustus 2012 deur die nasionale raad van provinsies aanvaar.¹¹ Op 29 November 2012 het die pers berig dat Glenister hom voorberei om wéér die konstitusionele hof te nader, omdat die wysigingswet steeds nie aan die onafhanklikheidsmaatstawwe voldoen wat dié hof opgelê het nie.¹²

Teen die agtergrond van die konstitusionele hof se uitspraak in *Glenister* en die oorweging van internasionale reg om tot dié uitspraak te kom, besin hierdie bespreking oor die rol en status van die internasionale reg as gesagsbron in die Suid-Afrikaanse reg.

2. Die status van internasionale reg as gesagsbron in Suid-Afrikaanse nasionale reg

Ondanks verskillende standpunte oor die wesensaard van internasionale publiekreg wys Hahlo en Kahn daarop dat die Suid-Afrikaanse wetgewer en howe deurgaans die bestaansreg daarvan erken het.¹³ Volgens dié skrywers¹⁴ het Suid-Afrikaanse howe internasionale reg toegepas deur die geregtelike kennisname daarvan, tensy dit met Suid-Afrikaanse wetgewing of die Suid-Afrikaanse gemenerereg in stryd was. Wetsuitlegprobleme is ook deur middel van gevestigde internasionale wetsuitlegreëls hanteer.

Al die vorige Suid-Afrikaanse grondwette¹⁵ het geswyg oor die status van internasionale reg in die Suid-Afrikaanse regsbestel. Dít het egter drasties verander met die aanvaarding van sowel die tussentydse Grondwet (van 1993) as die finale Grondwet (van 1996) van Suid-Afrika.¹⁶ Reeds in die aanhef van laasgenoemde word verklaar dat die land, as soewereine staat, sy plek "in die gemeenskap van nasies" inneem. Daarbenewens moet 'n hof of regsprekende liggaam ingevolge artikel 39 van die Handves van Regte ook "die volkereg" naas die kernwaardes van die Grondwet in ag neem.

Hoofstuk 14 van die Grondwet, artikel 231 tot 233, behandel dan ook die volkereg as deel van die Suid-Afrikaanse grondwetlike bestel, en bepaal onder meer soos volg:

(i) 'n Internasionale ooreenkoms wat deur die nasionale uitvoerende gesag aangegaan is, bind die Republiek slegs nadat die ooreenkoms deur die nasionale vergadering en die nasionale raad van provinsies goedgekeur is.¹⁷

(ii) Indien daardie internasionale ooreenkoms "van tegniese administratiewe of uitvoerende aard" is, of "n ooreenkoms wat nie bekragtiging of toetreding vereis nie", bind so 'n ooreenkoms die republiek sonder goedkeuring van die nasionale vergadering en die nasionale raad van provinsies, maar dit moet "binne 'n redelike tyd" aan albei liggame voorgelê word.¹⁸ Dié bepaling het uiteraard ten doel om behoorlike openbare kennisname te verseker.

(iii) 'n Internasionale ooreenkoms verkry regskrag in die Republiek slegs "wanneer dit by nasionale wetgewing as wet verorden word". Daarteenoor is 'n "direk uitvoerbare

bepaling¹⁹ van 'n ooreenkoms wat deur die parlement goedgekeur is, geldig in die Republiek, tensy dit in stryd is met die Grondwet of 'n parlementêre wet.²⁰

(iv) Internasionale ooreenkomste wat die Republiek voor die aanvaarding van die Grondwet aangegaan het, bind die Republiek steeds.²¹

(v) Internasionale oftewel volkeregtelike gewoontereg is van krag in die Republiek, "tensy dit met die Grondwet of 'n parlements wet onbestaanbaar is".²²

(vi) Wanneer howe Suid-Afrikaanse wetgewing moet uitleg, moet enige redelike uitleg van sodanige wetgewing "met die volkereg bestaanbaar" wees, welke uitleg voorrang moet kry "bo enige alternatiewe uitleg wat met die volkereg onbestaanbaar is".²³

Bostaande konteks dien vervolgens as agtergrond vir 'n bespreking van die konstitusionele hof se uitspraak in die *Glenister*-saak, waar sowel die minderheids- as meerderheidsuitspraak heelwat aandag aan die plek en gesag van internasionale reg in die Suid-Afrikaanse binnelandse reg geskenk het.

3. Die konstitusionele hof se uitspraak in die *Glenister*-saak, met verwysing na internasionale reg

3.1 Inleiding

Sowel die aansoeker as die *amicus curiae* het in die *Glenister*-saak²⁴ hul allereers daarop beroep dat daar 'n grondwetlike verpligting was op die staat om 'n onafhanklike teenkorrupsie-eenheid tot stand te bring. Daar is aangevoer dat dié grondwetlike verpligting (i) uit Suid-Afrika se aanvaarding van die Verenigde Nasies se konvensie teen korrupsie, en uit die verordening van die Wet op die Voorkoming en Bestryding van Korrupte Aktiwiteite spruit, en (ii) op artikel 7(2)²⁵ van die Grondwet berus. Dié betoë is met behulp van die bepalings in artikel 39(1)(b)²⁶ en artikels 231 tot 233 van die Grondwet aangevul.²⁷ Die minderheids- en meerderheidsuitsprake het dus albei betreklik baie aandag aan die rol, plek en gesag van die internasionale reg in die Suid-Afrikaanse binnelandse reg bestee. Tog het die minderheids- en meerderheidsuitsprake die kwessie op wesenlik verskillende maniere benader, wat vervolgens bespreek word.

3.2 Die minderheidsuitspraak

Die minderheidsuitspraak by monde van hoofregter Ngcobo verskaf 'n breedvoerige uitleg van artikel 231 van die Grondwet en die grondwetlike agtergrond waarteen dié bepalings uitgelê moet word.²⁸ Die hof lê klem op die beginsel van die skeiding van magte, en veral die wig- en teenwigmaatreëls tussen die uitvoerende en wetgewende gesag.²⁹ Daar word uitgewys dat 'n internasionale ooreenkoms nie noodwendig by goedkeuring deur die parlement deel van ons reg word nie, tensy dit direk uitvoerbaar ("self-executing") is. As dit nie direk uitvoerbaar is nie, word die ooreenkoms deel van die Suid-Afrikaanse reg eers wanneer ooreenstemmende implementeringswetgewing uitgevaardig word.

Die goedkeuring van 'n internasionale ooreenkoms beteken en verteenwoordig hoogstens (i) die bedoeling van die Republiek van Suid-Afrika om die bepalings van die ooreenkoms te eerbiedig, en (ii) 'n onderneming teenoor ander state (wat, synde 'n internasionale onderneming, dus ook verpligtinge op internasionale vlak skep) om stappe te doen wat die wessinhoud van die ooreenkoms ten uitvoer sal bring.³⁰ Tensy die ooreenkoms dus direk uitvoerbaar is of implementeringswetgewing uitgevaardig word, kan 'n internasionale ooreenkoms nooit 'n Suid-Afrikaanse bron van regte en verpligtinge wees nie.³¹

Met verwysing na artikels 233, 39(1)(b) en 37(4)(b)(i)³² van die Grondwet is hoofregter Ngcobo van oordeel dat "internasionale reg 'n spesiale plek" in die Suid-Afrikaanse reg beklee. Die gevolglike behandeling van internasionale ooreenkomste as middele om wette uit te lê, beteken egter nie dat daardie ooreenkomste die status van binnelandse reg verkry nie.³³ Die oordeel is voorts dat internasionale ooreenkomste, selfs nadat dit deur middel van wetgewing by die binnelandse reg ingesluit is, steeds nie die betrokke regte en verpligtinge in grondwetlike regte en verpligtinge omskep nie.³⁴

3.3 Die meerderheidsuitspraak

Die meerderheidsuitspraak by monde van adjunkhoofregter Moseneke en regter Cameron maak dit van meet af aan duidelik dat die staat se verpligting om korrupsie te bestry hoofsaaklik uit die Grondwet van Suid-Afrika afkomstig is.³⁵ Die Grondwet is egter nie voorskriftelik oor hóé die staat hierdie verpligting moet uitvoer nie, en ten spyte daarvan dat die inhoud van artikel 7(2) sonder inagneming van internasionale reg uitgelê kan word, maak artikel 39(1) van die Grondwet sodanige inagneming grondwetlik verpligtend.³⁶ Die gebruik van artikel 39(1) as 'n grondwetlik gebiedende uitlegreël is egter nie daarop uit om grondwetlike verpligtinge uit internasionale verdrae te skep nie, maar is eerder afgestem op die eerbiediging van "die omsigtige manier waarop die Grondwet self harmonie en eenheid skep tussen die Republiek se eksterne verpligtinge ingevolge internasionale reg, en die impak daarvan op die binnelandse reg".³⁷ Hierdie gevolgtrekking word gestaaf deur 'n verdere grondwetlike bepaling wat die internasionale reg by die Suid-Afrikaanse reg integreer, naamlik artikel 233, wat vereis dat daar by enige redelike uitleg van wetgewing ook vergelyking en neweskikking met die internasionale reg moet geskied.³⁸

Die hof wys voorts daarop dat geen verpligting van die Republiek ingevolge internasionale reg ooit in stryd mag wees met 'n grondwetlike bepaling soos dié ingevolge die Handves van Regte nie.³⁹ *In casu* was daar dan ook geen sodanige strydigheid tussen die grondwetlike bepalings en die internasionale konvensie teen korrupsie nie.

4. Kommentaar

Daar is voor 1994 deurgaans van 'n dualistiese benadering gebruik gemaak wat betref die metode waarvolgens die internasionale reg, in die besonder internasionale verdrae, by die Suid-Afrikaanse binnelandse reg ingesluit word: die verordening van wetgewing is vereis voordat verdrae geldende binnelandse reg kon word.⁴⁰

Die tussentydse Suid-Afrikaanse Grondwet het egter drasties hiervan afgewyk en 'n monistiese stelsel bekend gestel: terwyl die uitvoerende gesag steeds die mag behou het om oor verdrae te onderhandel en dit namens die Republiek te sluit, is sodanige verdrae outomaties by die binnelandse reg ingesluit sodra die nasionale vergadering en die senaat dit aanvaar het, mits die parlement dit uitdruklik so goedkeur.⁴¹ Tog wys Dugard⁴² daarop dat, as gevolg van burokratiese rompslomp, 'n betreklik klein getal verdrae die parlement betyds vir goedkeuring bereik het terwyl die tussentydse Grondwet van krag was. Gevolglik het die finale Grondwet maar weer die monistiese stelsel vir die vorige, dualistiese metode verruil.⁴³ In hierdie verband voer Stubbs egter aan dat (i) geen staat ooit 'n suiwer model ten opsigte van enig een van die twee metodes volg nie, en (ii) hoewel die Grondwet van Suid-Afrika na 'n dualistiese metode van insluiting oorhel, dit eintlik eerder 'n "geharmonieerde" metode is wat "'n sekere mate van eenvormigheid tussen nasionale en internasionale reg vereis".⁴⁴

Watter impak die meerderheidsuitspraak in *Glenister* op die insluiting van internasionale reg by, en die status en gesag van internasionale reg in, die Suid-Afrikaanse reg sal hê, sal die toekoms leer. Die hoop is egter dat hierdie uitspraak tot 'n beter begrip en toepassing van Suid-Afrika se internasionale verpligtinge ingevolge verdrae sal bydra.

Tog kan daar gevra word of die meerderheidsuitspraak nie dalk 'n mate van onsekerheid skep nie, soos wat Stubbs⁴⁵ aan die hand doen. Stubbs⁴⁶ voer onder meer tereg aan dat die meerderheidsuitspraak die beginsels ingevolge waarvan verdragsbepalings by die nasionale reg van Suid-Afrika ingesluit word, in onsekerheid hul. Daar is egter 'n manier om hierdie verwarring te voorkom, en dit is om Suid-Afrikaanse howe eens en vir altyd die beginsel van direk uitvoerbare verdragsbepalings, soos wat artikel 231(4) van die Grondwet dit verwoord, te laat uitlê.

Dit is dan ook teen laasgenoemde agtergrond dat die kommentaar op die *Glenister*-uitspraak verder gevoer word.

4.1 Die Verenigde Nasies se konvensie teen korrupsie, en die Wet op die Voorkoming en Bestryding van Korrupte Aktiwiteite 12 van 2004

Die Verenigde Nasies se konvensie teen korrupsie is ingevolge resolusie 58/4 van 31 Oktober 2003 deur die algemene vergadering van die Verenigde Nasies aanvaar. Volgens artikel 68(1) van dié resolusie het die konvensie op 14 Desember 2005 in werking getree.⁴⁷ Op 24 Desember 2012 het 140 state reeds die konvensie onderteken en 165 state het daaraan deelgeneem.⁴⁸ Suid-Afrika het die konvensie op 9 Desember 2003 onderteken en dit op 22 November 2004 finaal aanvaar.⁴⁹

Die Wet op die Voorkoming en Bestryding van Korrupte Aktiwiteite is luidens die wet self op 27 April 2004 goedgekeur, en het, tensy die wet anders vermeld, ook op daardie dag in werking getree. Dat die Verenigde Nasies se konvensie 'n belangrike rol gespeel het in die verordening van die wet blyk duidelik uit die aanhef van die wet.⁵⁰ Dié verbintenis deur die Suid-Afrikaanse wetgewer is in die konteks van hierdie bespreking so belangrik dat ek die tersaaklike gedeelte uit die aanhef hier aanhaal:⁵¹ "En aangesien die Republiek van Suid-Afrika begerig is om die VN se konvensie teen korrupsie, wat die algemene vergadering op 31 Oktober 2003 aanvaar het, na te kom en 'n party daarin te word ..."

Ferreira en Scholtz⁵² stel die volgende maatstaf vir die direkte uitvoerbaarheid van verdragsbepalings in die plaaslike reg van 'n land voor:

Daar word aan die hand gedoen dat 'n Suid-Afrikaanse hof slegs kan besluit of 'n verdrag 'n direk uitvoerbare verdrag ingevolge artikel 213(4) is deur allereers te bepaal in watter mate die binnelandse reg vir die toepassing van die verdrag voorsiening maak, en eers daarna te besluit of die bepaalde verdrag as direk uitvoerbaar beskou behoort te word of nie.

Ek doen aan die hand dat hierdie voorstel bruikbaar is, en vul dit aan deur voor te stel dat indien die eerste antwoord op sodanige vraag ja is, dit redelik maklik volg dat daardie verdrag as direk uitvoerbaar beskou behoort te word, omdat geen verdere wetgewende ingrepe nodig is om deur middel van bestaande plaaslike wetgewing aan daardie internasionale verdragsbepalings uitvoering te gee nie. Ek gebruik voorts hierdie maatstaf om my kommentaar op die *Glenister*-uitspraak voort te sit.

4.2 Die toepassing van die Verenigde Nasies se konvensie teen korrupsie deur middel van die Wet op die Voorkoming en Bestryding van Korrupte Aktiwiteite

Ten einde die bedoeling van 'n wetgewer te bepaal, steun die reëls van wetsuitleg in 'n groot mate op die inhoud van die aanhef van daardie wet. By nadere ondersoek van die aanhef van sowel bogenoemde konvensie as die wet, blyk die volgende:⁵³ die eerste punt in die aanhef van die konvensie verwoord lidstate se besorgdheid oor die stabiliteit, veiligheid en ondergraving van demokratiese instellings en waardes, en oor hoe korrupsie die regsorde ondermyn. Met verwysing na die Suid-Afrikaanse Grondwet stel die Wet op die Voorkoming en Bestryding van Korrupte Aktiwiteite dit eweneens onomwonde dat korrupsie lei tot die ondergraving van die regte wat in die Handves van Regte verskans word. Die konvensie erken dat korrupsie 'n transnasionale verskynsel geword het en, as sodanig, deur internasionale samewerking hanteer moet word. Die sesde punt onder die aanhef van die wet spreek dieselfde sentimente uit, selfs nog breedvoeriger as die konvensie. Van verdere belang is die konvensie se herinnering aan lidstate dat die voorkoming en uitwissing van korrupsie alle lidstate se verpligting is. Die konvensie erken voorts die magdom internasionale en multilaterale streeksverdrae oor korrupsie, waaronder die Afrika-unie se konvensie op die voorkoming en bestryding van korrupsie van 2003. Die wet erken ook internasionale samewerking wat lidlande se vermoë kan bou. Voorts erken die wet die menigte resolusies van die Verenigde Nasies ter bestryding van korrupsie, wat insluit die Suider-Afrikaanse protokol teen korrupsie van 2001, en veral ook die Verenigde Nasies se konvensie teen korrupsie van 2003, wat hier bespreek word. Hieruit blyk duidelik dat die konvensie en die wet dit eens is oor die redes vir, en doelstelling met, hul uitvaardiging. Uit hierdie kort vergelyking van die onderskeie doelstellings wat in die twee aanhefte verwoord word, blyk dit dat die wet uitdruklik vir die toepassing van die konvensie voorsiening maak.

Wat die kriminalisering van korrupsie betref, bevat sowel die konvensie⁵⁴ as die wet⁵⁵ 'n algemene omskrywing van korrupsie, en hulle omskrywings stem wesenlik ooreen. Die wet se omskrywing daarvan is trouens breedvoeriger, aangesien dit benewens "direkte" handeling ook "indirekte" handeling insluit. Indien die konvensiebepalings oor "omkoperij van nasionale openbare amptenare"⁵⁶ vergelyk word met die wet se verwysing na "misdade in verband met korrupte aktiwiteite deur openbare amptenare",⁵⁷ is die breedvoerige

uitvoering van die konvensieriglyne in die wet opvallend. As 'n verdere voorbeeld van hoe sorgvuldig en tot in die fynste besonderhede die Wet op die Voorkoming en Bestryding van Korrupte Aktiwiteite opgestel is, kan gelet word op die bepalings van artikel 2.

Hoewel dit buite die bestek van hierdie bespreking val om 'n breedvoerige vergelyking tussen die konvensiebepalings en die bepalings van die wet te tref, is dit duidelik dat die binnelandse reg (die wet) ruim vir die toepassing van die internasionale verdrag (die konvensie) voorsiening maak. Dit bring my noodwendig by die tweede afdeling van die ondersoek,⁵⁸ naamlik of die internasionale verdrag (die konvensie) as "direk uitvoerbaar" beskou behoort te word.

4.3 Artikel 231(4) van die Grondwet, en "direk uitvoerbare" verdragsbepalings

Artikel 231(4) lui:

'n Internasionale ooreenkoms verkry regsrag in die Republiek wanneer dit by nasionale wetgewing as wet verorden word; maar 'n direk uitvoerbare bepaling van 'n ooreenkoms wat deur die Parlement goedgekeur is, verkry regsrag in die Republiek tensy die ooreenkoms met die Grondwet of 'n Parlements wet onbestaanbaar is.

Die "direkte uitvoerbaarheid" van die Verenigde Nasies se konvensie teen korrupsie is nie direk in *Glenister* te berde gebring nie, en dus was die hof ook nie geroepe om daarvoor te beslis nie. Hoofregter Ngcobo⁵⁹ het wél *obiter* soos volg daarna verwys:⁶⁰

Selfs al was die bepaling van die konvensie wat die internasionale verpligting skep om 'n onafhanklike teenkorrupsie-eenheid op die been te bring, 'n direk uitvoerbare bepaling, soos wat die aansoeker ietwat flouerig voorgehou het, sou die status daarvan nie van enige ander wetsbepaling verskil het nie, en sou dit nie 'n grondwetlike verpligting geskep het nie.

In die lig van Stubbs⁶¹ se kommentaar waarna ek vroeër verwys, asook teen die agtergrond van my voorstel dat enige verwarring slegs deur 'n klinkklare uitleg deur ons howe van artikel 231(4) van die Grondwet, uit die weg geruim sal kan word, verg die aspek van direkte uitvoerbaarheid verdere toeligting. Die weskroep aan howe om artikel 231(4) van die Grondwet duidelik uit te lê, sluit aan by dié van Dugard⁶² waar hy sê: "Indien daar volle betekenis aan artikel 231(4) verleen word, is dit noodsaaklik dat die howe dit so doen dat dit harmonie tussen Suid-Afrika se internasionale verpligtinge en sy plaaslike reg skep." Die "harmonie" waarna hy verwys, is presies wat die meerderheidsuitspraak in *Glenister* doen waar dit met verwysing na artikel 39(1)(b) van die Grondwet (die voorskrif dat howe internasionale reg móét oorweeg) lui:⁶³ "Dit [die bedoeling van artikel] ³⁹ is om die omsigtige manier te respekteer waarop die Grondwet self harmonie en eenheid skep tussen die Republiek se eksterne verpligtinge ingevolge internasionale reg, en die impak daarvan op die binnelandse reg."

Dugard,⁶⁴ met verwysing na die konstitusionele hof se uitspraak in *Quagliani* en *Goodwin*,⁶⁵ asook Botha,⁶⁶ met verwysing na *Claassen*,⁶⁷ wys op die Suid-Afrikaanse howe se ongemak daarmee om 'n duidelike uitleg aan artikel 231(4) van die

Grondwet te gee. Botha⁶⁸ wys op die hof se eienaardige redenasie in laasgenoemde uitspraak, wat daarop neerkom dat 'n verdrag nie direk uitvoerbaar kan wees as dit nie bestaande binnelandse wetsbepalings wysig nie. Met verwysing na die internasionale verdrag vir die beskerming van burgerlike en politieke regte argumenteer hy⁶⁹ dat "spesifieke insluiting na regte nie nodig is indien die verdragsbepalings sonder die ingryping van ons wetgewer uitgevoer kan word nie."⁷⁰

Die hele kwessie van die direkte uitvoerbaarheid van internasionale verdragsbepalings is hoogs tegnies en ingewikkeld, soos veral Botha se werk in Suid-Afrika weerspieël.⁷¹ Hoewel dit buite die bestek van hierdie bespreking val, was dit egter nodig om die kwessie te opper, en volstaan ek met die sentimente wat ek in hierdie afdeling daarvoor uitgespreek het.

4.4 Artikel 233 van die Grondwet, en die verpligtinge wat Suid-Afrika ingevolge internasionale verdrae opdoen

Ter afsluiting van my kommentaar op die *Glenister*-uitspraak verwys ek na die bepaling van artikel 233 van die Grondwet, naamlik dat 'n hof by die uitleg van wetgewing móét voorkeur gee aan 'n uitleg wat met die volkereg bestaanbaar is, bo "enige alternatiewe uitleg wat met die volkereg onbestaanbaar is".

Adjunkhoofregter Moseneke en regter Cameron laat hulle só hieroor uit:⁷²

'n Verdere bepaling van die Grondwet wat internasionale reg by ons plaaslike reg integreer, ... is artikel 233 ... Daar is dus geen manier om te ontsnap aan die duidelike grondwetlike opdrag aan ons om internasionale verpligtinge by ons plaaslike reg te integreer op 'n manier wat ons Grondwet toelaat nie. Dít doen ons bereidwillig en ooreenkomstig ons grondwetlike plig.

Dit gebeur al hoe meer dat ons howe geroepe is om die omvang van internasionale verdrae, en die internasionale verpligtinge wat Suid-Afrika sodoende opdoen, aan betrokkenes uit te lig. Dít het die meerderheidsuitspraak in *Glenister* dan ook gedoen.

4.5 Ten slotte

Hoewel die hof in *Glenister* nie direk daartoe geroepe was om artikel 231(4) met betrekking tot die direkte uitvoerbaarheid van internasionale verdrae uit te lê nie, is dit teleurstellend dat die hof nie duidelikheid daarvoor gegee het nie. Indien die persberigte waar is dat Glenister beplan om die howe weer oor die aangeleentheid te nader, sal dit raadsaam vir hom wees om dié kwessie meer uitdruklik te opper. Stubbs⁷³ is dus heeltemal korrek waar hy aanvoer dat die *Glenister*-uitspraak onder meer onsekerheid saai oor die insluiting van internasionale verdrae by die Suid-Afrikaanse reg.

Beteken hoofstuk 14 van die Grondwet en die meerderheidsuitspraak in *Glenister* dat internasionale reg 'n soort nuwe status as gesagsbron van substantiewe reg in die Suid-Afrikaanse regsbedeling geniet? Die antwoord daarop is nee, veral in die lig van die bepaling van artikel 231 self. In dié verband verklaar hoofregter Ngcobo⁷⁴ tereg dat 'n onderskeid gemaak moet word tussen internasionale reg as 'n uitleghulpmiddel aan die een kant en as 'n bron van regte en verpligtinge aan die ander.

Tog, wat die adjektiewe reg betref, het die meerderheidsuitspraak, genope deur die Grondwet self, die spesiale status en plek van internasionale reg as uitleghulpmiddel bevestig. Dít word selfs ook bevestig in die *Glenister*-minderheidsuitspraak, wat na internasionale konvensies as 'n "uitleghulp" verwys.⁷⁵ Die meerderheidsuitspraak wys egter duidelik daarop dat nóg artikel 39(1)(b) nóg artikel 233 vertolk sou kon word asof die internasionale reg bloot 'n toevallige uitleghulpmiddel is wat maar net as bysaak aan howe beskikbaar is. Inteendeel: die Grondwet is gebiedend dat die internasionale reg in ag geneem móét word in die uitleg van die Grondwet self, en dat wat die uitleg van "enige wetgewing" betref, 'n uitleg wat met die internasionale reg strook, voorkeur bo enige ander uitleg moet geniet.

5. Gevolgtrekkings

Die besluit by die nasionale kongres van die regerende ANC in Polokwane in 2007 om die Skerpioene in die Valke te omskep, het verreikende gevolge gehad, en het op die *Glenister*-uitspraak van die konstitusionele hof uitgeloop. Die omstredenheid van hierdie besluit moet begryp word teen die agtergrond van die betreklik groot sukses van die Skerpioene, onder meer 'n ondersoek teen die destydse kommissaris van polisie. Boonop het die besluit saamgeval met die leierskapsverandering in die regerende party.⁷⁶

Hoofstuk 1 van die Suid-Afrikaanse Grondwet verbind die Republiek van Suid-Afrika tot die oppergesag van die Grondwet en die heerskappy van die reg. Albei *Glenister*-uitsprake se uitleg van die oppergesag van die Grondwet is hoogs prysenswaardig. Die wesensverskil tussen die minderheids- en die meerderheidsuitspraak wat die status van internasionale reg in Suid-Afrikaanse binnelandse reg betref, is dít: Die minderheidsuitspraak beskou die plek en status van die internasionale reg in die Suid-Afrikaanse reg as spesiaal, maar hanteer dit as opsionele wetsuitlegmiddel, synde een van verskeie ander hulpmiddele wat 'n hof tot sy beskikking het. Daarteenoor doen die meerderheidsuitspraak 'n veel groter mate van neweskikking tussen die internasionale reg, en veral die verpligtinge wat daaruit spruit, en die Suid-Afrikaanse Grondwet aan die hand.

Na aanleiding hiervan word dus aan die hand gedoen dat die Verenigde Nasies se konvensie teen korrupsie regsrag verkry het toe die Suid-Afrikaanse parlement dit op 22 November 2004 aanvaar het, en wel omdat die konvensie "'n direk uitvoerbare bepaling van 'n ooreenkoms" was, bestaande plaaslike wetgewing op die wetboek van Suid-Afrika reeds ruim vir die uitvoering van die konvensie voorsiening gemaak het, en op voorwaarde dat daar nie later aangetoon kan word dat van die konvensiebepalings in stryd met die Grondwet of ander Suid-Afrikaanse wetgewing is nie.⁷⁷

Wat betref Ferreira en Scholtz⁷⁸ se voorstel waarna ek hier bo⁷⁹ verwys, en my eie uitbreiding daarop, toon hierdie bespreking dat dit moeilik is om nie sowel die Verenigde Nasies se konvensie teen korrupsie as ander internasionale verdrae hieroor as deel van die Suid-Afrikaanse reg te beskou bloot omdat die nuwetgewende roete van insluiting gevolg is nie. Ek het getoon dat die aanhef van die Wet op die Voorkoming en Bestryding van Korrupte Aktiwiteite dit duidelik stel dat die wet aanvaar word juis vanweë 'n volle vereenselwiging met die internasionale verpligtinge wat die konvensie oplê. Buiten 'n

uitdruklike bepaling dat die wetgewer die konvensie deur middel van dié wet in werking stel, kan die wetgewer se bedoeling nie duideliker wees nie. Al sou daar ook beswaar wees teen hierdie argument, staan die uiteindelijke toets vir die insluiting van internasionale reg by die plaaslike reg van Suid-Afrika vas, naamlik dat insluiting geskied slegs mits daardie internasionale verpligtinge in pas is met die Suid-Afrikaanse Grondwet of ander Suid-Afrikaanse wetgewing.⁸⁰

Indien die aard en erns van korrupsie en die bedreiging wat dit vir die Suid-Afrikaanse grondwetlike bestel inhou, in neweskikking met internasionale verdrae soos die Verenigde Nasies se konvensie teen korrupsie beskou word, is dit so dat die staat nie sy grondwetlike verpligtinge in dié opsig nagekom het nie, soos wat die meerderheidsuitspraak inderdaad bevind het. Die meerderheidsuitspraak het tot hierdie bevinding gekom sonder om die toepaslike internasionale reg as sodanig in ag te neem, maar bevestig dat hy tot sy uitspraak gelei is op grond van die Grondwet self en *dit wat die Grondwet oor die plek en status van internasionale reg in die plaaslike reg van Suid-Afrika gebied*. Die meerderheidsuitspraak word dus verwelkom – nie net in die konteks van die bestryding van korrupsie nie, maar ook vir die verdere uitbouing van die grondwetlike regsbestel deurdat die Suid-Afrikaanse samelewing, met inbegrip van die staat en staatsagentskappe, die aard, omvang en verpligtinge wat Suid-Afrika op internasionale vlak opdoen, nou beter begryp.

Bibliografie

Botha, N. 2010. Self-executing treaties: the International Covenant for the Protection of Civil and Political Rights (ICCPR) in South African Law. *Annual Survey of SA Law*, 1271–8.

Departement van Polisie. 2012. National Assembly Passes SAPS Bill. <http://www.sabinetlaw.co.za/defence-and-security/articles/national-assembly-passes-saps-bill> (9 Mei 2013 geraadpleeg).

Dugard, J. 1997. International law and the South African Constitution. *European Journal of International Law*, 8(1):77–92.

—. 2011. *International Law. A South African Perspective*. 4de uitgawe Claremont, Kaapstad: Juta.

Ferreira, G. en W. Scholtz. 2009. Has the Constitutional Court found the lost ball in the high weeds? The interpretation of section 231 of the South African Constitution. *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, XL(11):264–71.

Glenister, H. 2012. Glenister prepares for round 3 in ConCourt over Hawks Act. www.politicsweb.co.za/politicsweb/view/politicsweb/en/page72308?oid=343856&sn=Marketi ngweb+detail&pid=90389 (9 Mei 2013 geraadpleeg).

Hahlo, H.R. en E. Kahn. 1973. *The South African Legal System and its Background*. Kaapstad: Juta en Kie.

- Lewis, M. en P. Stenning. 2012. Considering the Glenister judgement. Independence requirements for anti-corruption institutions. *SA Crime Quarterly*, 39:12–15.
- Nasionale Raad van Provinsies (NRVP). 2012. NCOP Passes Hawks Bill. <http://www.sabinetlaw.co.za/defence-and-security/articles/ncop-passes-hawks-bill> (9 Mei 2013 geraadpleeg).
- Ngolele, E.M. 2006. The content of the doctrine of self-execution and its limited effect in South African Law. *South African Yearbook of International Law*, 31:141–72.
- NPA to investigate alleged Zanu-PF mass rapes. 2013. Legalbrief Today. www.legalbrief.co.za/article.php?story=20130226085719306 (26 Februarie 2013 geraadpleeg).
- Prevost, D. 1999. South Africa as an illustration of the development in international human rights law. *South African Yearbook of International Law*, 24:211–31.
- Shaw, M.N. 2008. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Strydom, H. 2012. The vicissitudes of the Rome Statute in the hands of the South African law enforcement agencies. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 4:820–7.
- Stubbs, M.D. 2011. Three-level games: thoughts on Glenister, Scaw and international law. *Constitutional Court Review*, 4:137–65.
- Swanepoel, C.F. 2012. Jurisdiksiegrondslae vir die vervolging van internasionale misdade met verwysing na Suid-Afrika se verpligtinge as lidstaat van die internasionale strafhof. *LitNet Akademies*, 9(3):141–66.
- UNODC. 2012. United Nations Convention against Corruption. www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html (5 Maart 2013 geraadpleeg).

Eindnotas

¹ 2012-05-08 saaknr. 77150/09 (GNP), beskikbaar by: <http://us-cdn.creamermedia.co.za/assets/articles/att>.

² Swanepoel (2012:141 e.v.).

³ Strydom (2012:825). Sien ook: NPA to investigate alleged Zanu-PF mass rapes 2013.

⁴ In *Glenister v President of the Republic of South Africa* 2011 3 SA 347 (KH) 371 merk Ngobo HR op (eie vertaling): "Korrupsie is 'n euwel wat in ons samelewing uitgeroei moet word. Korrupsie het die potensiaal om die staat se vermoë om baie van sy verpligtinge ingevolge die Handves van Regte na te kom, te verhinder. Veral die verwesenliking van sosio-ekonomiese regte."

⁵ 12 van 2004.

⁶ Strydom (2012:825 e.v.) (eie vertaling).

⁷ 2011 3 SA 347 (CC).

⁸ 2009-02-26 saaknr. 7789/09 (CCT).

⁹ Sien Shaw (2008:129 e.v.) oor die voortdurende kompleksiteit van hierdie kwessie. Hy verwys hier o.a. na die staatsoewereiniteitsbeginsel teen die agtergrond van die "fenomenale groei in intervolklike kommunikasie en bewussyn". Waar 'n Suid-Afrikaanse hof dus oor uitvoerende gesagsuitoefening deur die staat moet beslis, is dit te verstane dat sodanige uitvoerende gesaghebbendes nie altyd van 'n bepaalde hofuitspraak daarvoor sal hou nie. Trouens, dit het juis ná die konstitusionele hof se uitspraak in die *Glenister*-saak gebeur. Sien ook Lewis en Stenning (2012:13).

¹⁰ 10 van 2012.

¹¹ Dept. van Polisie 2012; NRVP 2012.

¹² *Glenister* 2012.

¹³ (1973:114).

¹⁴ Hahlo en Kahn (1973:114).

¹⁵ Dié van 1910, 1961 en 1983.

¹⁶ Sien Dugard (1997:77) vir 'n algemene bespreking, waarin hy noem dat internasionale reg voorheen as bedreiging vir die staat beskou is, maar ná demokrasie as "'n pilaar van die nuwe demokrasie" dien.

¹⁷ Art. 231(1) en (2).

¹⁸ Art. 231(3).

¹⁹ Wat presies as "direk uitvoerbare handeling" beskou word, is nie in die internasionale óf Suid-Afrikaanse reg seker nie. Sien Dugard (2011:56 e.v.) vir 'n uitvoerige bespreking hieroor.

²⁰ Art. 231(4).

²¹ Art. 231(5).

²² Art. 232.

²³ Art. 233.

²⁴ 372.

²⁵ "Die Staat moet die regte in die Handves van Regte eerbiedig, beskerm, bevorder en verwesenlik."

²⁶ "By die uitleg van die Handves van Regte (a) moet 'n hof, tribunaal of forum die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ten grondslag lê bevorder; (b) moet 'n hof, tribunaal of forum die volkereg in ag neem."

²⁷ In par. 4 bespreek.

²⁸ *Glenister* 372.

²⁹ *Glenister* 374.

³⁰ *Ibid* .

³¹ *Glenister* 375.

³² Art. 37 maak voorsiening vir noodtoestande in Suid-Afrika, en art. 37(4) lui: "Enige wetgewing wat na aanleiding van 'n verklaring van 'n noodtoestand verorden word, mag die Handves van Regte aantas slegs in die mate waarin ... (b) die wetgewing (i) bestaanbaar is met die Republiek se verpligtinge kragtens die volkereg wat op noodtoestande betrekking het."

³³ *Glenister* 375.

³⁴ *Glenister* 378.

³⁵ *Glenister* 401.

³⁶ *Glenister* 410.

³⁷ Soos hier bo; eie vertaling.

³⁸ *Glenister* 410.

³⁹ *Glenister* 411.

⁴⁰ Dié beginsel is bevestig in *Pan American World Airways Incorporated v SA Fire and Accident Insurance Co Ltd* 1965 3 SA 150 (A)161. Sien ook *Prevost* (1999:220).

⁴¹ Dugard (2011:53).

⁴² *Ibid* .

⁴³ Stubbs (2011:140–1).

⁴⁴ Stubbs (2011:141); eie vertaling.

⁴⁵ (2011:165).

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ UNODC 2012.

⁴⁸ Soos hier bo.

⁴⁹ Soos hier bo.

⁵⁰ Eerstens word daar meer as een keer verwys na die benadering in die konvensie om korrupsie "behoorlik" en "effektief" die hoof te bied. Tweedens wys die volgende ook baie duidelik dat die wetgewer die Verenigde Nasies se konvensie in gedagte gehad het by die ontwerp en uiteindelijke verordening van dié wet: "And whereas the Republic of South Africa desires to be in compliance with and to become Party to the United Nations Convention against Corruption adopted by the General Assembly of the United Nations on 31 October 2003 ..."

⁵¹ Eie vertaling.

⁵² (2009:269); eie vertaling.

⁵³ *Black's Law Dictionary* (thelawdictionary.org) beskryf *aanhef* ("preamble") as 'n aanvangsklousule in 'n grondwet of stuk wetgewing waarin die redes vir en doelstellings met die uitvaardiging van die wetgewing verwoord word.

⁵⁴ Art. 15.

⁵⁵ Art. 3.

⁵⁶ Art. 15.

⁵⁷ Art. 4.

⁵⁸ Wat in par. 4.1 hier bo beskryf word.

⁵⁹ *Glenister* 379.

⁶⁰ Eie vertaling.

⁶¹ 2011.

⁶² (2011:59); eie vertaling.

⁶³ Eie vertaling.

⁶⁴ (2011:58).

⁶⁵ *President of the RSA v Quagliani*; *President of the RSA v Van Rooyen*; *Goodwin v Director-General, Department of Justice and Constitutional Development* 2009 4 BCLR 345 (KH).

⁶⁶ (2010:1271).

⁶⁷ *Christopher Claassen v The Minister of Justice and Constitutional Development and Renee Gerber* 2010 6 SA 399 (WKK).

⁶⁸ 2010.

⁶⁹ Botha (2010:1275).

⁷⁰ Eie vertaling.

⁷¹ Botha (2010:1271 e.v.).

⁷² *Glenister* 410; eie vertaling.

⁷³ 2011.

⁷⁴ *Glenister* 380.

⁷⁵ *Glenister* 375.

⁷⁶ Lewis en Stenning (2012:12 e.v). Die skrywers merk soos volg op: "During the first decade of the 21st century, the Scorpions undertook a number of very high-profile investigations, and initiated prosecution for corruption against, amongst others, the SAPS Commissioner and the president of the governing African National Congress (ANC), Jacob Zuma, who in 2009 became the president of South Africa."

⁷⁷ Ngolele (2006:141 e.v.).

⁷⁸ (2009:269).

⁷⁹ Par. 4.1.

⁸⁰ Sien my opsomming van die meerderheidsuitspraak en die gesag waarna verwys word in par. 3.3.