

Konstitusionalisme in Suid-Afrika

Francois Venter

Francois Venter, Navorsingsgenoot, Fakulteit Regte, Noordwes-Universiteit, Potchefstroomkampus

Opsomming

Teen die agtergrond van 'n veelbewoë staatsregtelike geskiedenis is konstitusionalisme deur die 1993- en 1996-Grondwette in die Suid-Afrikaanse regsorde ingevoer. *Konstitusionalisme* is 'n term wat, as deel van die globale tendens na die ontwikkeling van 'n gemeenskaplike staatkundige woordeskat, toenemend gebruik word. Wat dit presies beteken, is egter nie eenvoudig te verklaar nie, veral in ag genome dat dit in 'n uitgebreide verskeidenheid verbande en nuanses gebruik word. Dit is egter moontlik om, aan die hand van die vakkundige literatuur bepaalde strukturele, substantiewe en doktrinêre elemente te tabuleer ten einde 'n oorsigbegrip van konstitusionalisme te weerspieël. So 'n tabel word aangebied.

Die aard van die konsep van konstitusionalisme wat in die Suid-Afrikaanse reg ingevoer is, word aan die hand van die grondwetlike bepalings van 1993 en 1996 gedemonstreer. Daar word egter ook uitgewys dat daar bepaalde "genetiese defekte" in die 1996-Grondwet is wat ruimte skep vir die ondermyning van konstitusionalisme.

Vervolgens word die manier waarop Suid-Afrikaanse konstitusionalisme deur die nastrewing van seksionele politieke belange beproef word, aan die hand van 'n aantal gewysdes toegelig. Die sake wat behandel word, handel oor selektiewe begenadiging, die tot niet making van die Skerpioene, optrede van die onderwysburokrasie, benoeming van 'n veroordeelde moordenaar tot gesagsposisies en gebrekkige diplomatieke beskerming.

Teen hierdie agtergrond, en die elemente wat kenmerkend van konstitusionalisme is, word oorweeg of Suid-Afrikaanse konstitusionalisme verstaan moet word as 'n lewensvatbare embryo of as 'n sterwende jeugdige. Vier scenario's van die moontlike vestiging of degenerering van konstitusionalisme op Suid-Afrikaanse bodem word geskets. Hierdie scenario's dien as verwysingsraamwerk vir die beoordeling van moontlike toekomstense in hierdie verband. Die afleiding word gemaak dat, wat die toekoms ook al mag inhou, konstitusionalisme in Suid-Afrika in die moeilikheid is en dat die terugkeer na 'n pad waarop die grondwetlike ideale van 1994 verwerklik kan word, moeisaam sal wees.

Trefwoorde: grondwetlike beginsels; konstitusionalisme; staatsregsgeskiedenis; transformasie

Abstract

Constitutionalism in South Africa

This contribution contemplates the nature and fate of South African constitutionalism along the route of a brief survey of our constitutional history, followed by an exposition of the meaning of the term *constitutionalism*. Against this background the trials to which the constitutionalist ideals of South Africa are being subjected are discussed with reference to

selected court cases. The article concludes with a sketch of some scenarios of what the future may hold for constitutionalism in the country.

South Africa has an eventful constitutional history stretching from the period preceding the arrival of Europeans, when tribal structures of indigenous inhabitants might *ex post* be construed as state-like structures of authority, through the times of Dutch and British colonialism, various wars, the establishment of republics at a time when the notion of statehood was still not settled in Europe, consolidation into the Union of South Africa, constitutional emancipation from British rule culminating in the Republic of South Africa, the period of attempted statutory racial separation, the cold war in Africa and the eventual arrival of documentary constitutionalism in the 1990's.

The notion of constitutionalism is one that currently occupies the minds and writings of many constitutional and international law scholars. It has come to be widely canvassed, but is simultaneously and notoriously multi-dimensional, falling into the same epistemological category as some other popular but equally imprecise notions, such as *democracy*, *rule of law* and *sovereignty*. The pliability of the concept of *constitutionalism* becomes clear when one considers (even some of) the variations in circulation in the literature – for example:

- social constitutionalism
- creeping constitutionalism
- compensatory constitutionalism
- pluralist constitutionalism
- multi-dimensional constitutionalism
- cosmopolitan constitutionalism
- global constitutionalism (with variations such as transnational constitutionalism, etc.).

A useful summary of the essence of constitutionalism is provided by Backer (2009:93):

[It is] a system of classification, the principal object of which is to define the characteristics of constitutions, which is used to determine the legitimacy of a constitutional system either as conceived or implemented, based on the fundamental postulate of rule of law and grounded on values derived from a source beyond the control of any individual.

According to Backer (2009:103) this amounts to a "*Weltanschauung*, a system of beliefs relating to power in the world, and specifically to that power that is asserted to organize and run a political organization, and its expression through law".

Despite the imprecision of the concept, the globally shared constitutionalist vocabulary is useful due to the possibility of meaningful dialogue made possible thereby. All in all, constitutionalism is generally understood to be a desirable constitutional state of affairs. From a survey of the literature it is possible to identify key elements of constitutionalism which give expression to a complex of structural, substantive and doctrinal elements that are desirable in a state. These include formal requirements such as appropriate constitutional distribution of powers among various organs of the state and an independent judiciary with the jurisdiction to protect fundamental rights and public accountability of the government. Among the substantive elements of constitutionalism are the rendering of respect by government authorities for the separation of powers and popular acceptance of the legitimacy of the values underpinning the constitution. Some of the doctrinal components are the rule of law and democracy.

Constitutionalism was received in South Africa when the Constitution of the Republic of South Africa, 200 of 1993 came into operation in 1994. This transitional Constitution prescribed, in the form of a "solemn pact" among South Africans, a range of "constitutional principles" that bound the Constitutional Assembly to include the core elements of

constitutionalism when adopting the "final" constitution. Thus the final foundation for the deployment of constitutionalism was laid when the constitutional court certified in 1996 that the new text conformed in all respects to the requirements of the constitutional principles.

Despite these foundations, certain genetic defects crept into the Constitution, the most worrying being the immensely powerful position in which the Constitution places the incumbent president. This arrangement amounts to the resurrection of the pre-constitutional powers of former State President PW Botha in terms of the 1983 "constitution".

Typical of the universal tendency of those in possession of political power, the testing of the boundaries of their constitutional authority soon appeared in South Africa. In the years following the formal transition from parliamentary (and thus actually executive) sovereignty to constitutionally mandated constitutionalism, a prominent mechanism of subtle disloyalty to the Constitution began taking the form of selective failure to implement or support certain constitutional provisions, or their application in an unbalanced manner. Examples are:

- the chronic under-financing of institutions intended to support and promote constitutional democracy
- flagrant violation of the constitutional demands that employment equity in the public service should be guided by considerations of expertise, objectivity and fairness
- failure to implement the provisions related to multilingualism
- the selective interpretation and implementation of the constitutional injunctions concerning equality.

These phenomena can be explained by the fact that the culture of constitutionalism is new to South Africa and that it has not, as yet, developed deep political roots. This is demonstrated by means of a discussion of certain constitutional cases concerning respectively selective presidential pardons, the reduction of the effectiveness of anti-corruption agencies, bureaucratic impatience amidst poor administration of education, the appointment to an ethically sensitive position of a person with a record of serious crime, and failures in the rendering of diplomatic protection.

In the penultimate section of the article a consideration of the question whether it is more apt to speak of "embryonic" or "progeric" (after the genetic progeria syndrome that causes premature ageing of the young) constitutionalism in South Africa, is presented. With the suggestion that it might be useful as a metric for the current state of constitutionalism, both embryonic and progeric elements in our constitutional reality are identified and contrasted in tabular form.

In the concluding section some scenarios for the future are sketched. It is emphasised that the history of South Africa and her people could not really be described in linear terms. Where historians stand regarding the historical past is determined, as it were, by where they sit, that is, by their subjective interpretation of past occurrences. Considering the future can, however, be undertaken slightly more objectively, since consideration of future occurrences does not depend on description but on possible factual incidents. Nevertheless, South African constitutional history is replete with the occurrence of sudden and unexpected radical change, and predicting radical change in the future is no more than a matter of speculation. Without the impossible intention of making any predictions, four possible scenarios related to government attitudes concerning constitutionalism are posed and the implications for the future of constitutionalism of each are described.

In summary the conclusion is made that, whatever political scenario may eventually unfold, constitutionalism in South Africa is in trouble and the road back to the constitutionalist ideals

of 1994 will inescapably be bumpy, but it must also be acknowledged that the determination of the fate of nations is, after all, beyond mere human reach.

Keywords: constitutional principles; constitutionalism; constitutional history; transformation

1. Inleiding

Suid-Afrika as staat is 104 jaar oud.¹ Die huidige Republiek van Suid-Afrika is 53 jaar oud.² Die Suid-Afrikaanse regstaat is 20 jaar oud.³ Dit is ná twee dekades duidelik dat die ideale wat tot uitdrukking gekom het in die grondwette wat gedurende die 1990's vir die nuwe regstaat ontwikkel is, moeiliker gerealiseer sal word as wat tydens die wêreldwye euforiese verwelkoming van die geskiedkundige oorgang na die nuwe bedeling gehoop is.

In hierdie bydrae word oorweeg wat die aard en die lotgevalle van Suid-Afrikaanse konstitusionalisme is. Eers word ons staatsregtelike geskiedenis kortliks in oënskou geneem, waarna die betekenis van *konstitusionalisme* sprake kom voordat die beproewing van Suid-Afrika se konstitusionalistiese ideale aan die hand van geselekteerde hofuitsprake bespreek word. Die artikel eindig met 'n skets van enkele scenario's van wat die toekoms van konstitusionalisme hier ter plaatse kan wees.

2. Ons staatsregtelike geskiedenis

Die staatsregtelike geskiedenis wat voor 1910 in die geografiese gebied van die huidige Republiek afgespeel het, is veelbewoë. Toe die kusgebiede vanaf die 15de eeu deur die Europeërs "ontdek" is en die binneland later deur hulle verken is, was daar reeds aanduidings van elemente van gesagstrukture wat moontlik *ex post* as inheemse staats- en regsinstellings gekonstrueer kan word.⁴ Ook in Europa het die staatsidee in die era van die Europese ontdekkings- en koloniserings-era nog skaars begin ontkiem en het dit nog twee eeue nodig gehad om uit te kristalliseer.⁵ Toe Bartolomeu Dias die suidpunt van Afrika in 1488 bereik en dit tot Cabo das Tormentas benoem het, was Europa nog 'n versplinterde lappieskombers van leenhere en feodale konings,⁶ 'n stryd om oppergesag tussen kerk en staat het gewoed,⁷ die gewone mense was vuil en onverfynd,⁸ Noord-Amerika se bestaan was nog nie algemeen bekend nie⁹ en daar was min sprake van iets wat staatsregtelike orde genoem sou kon word.

Jan van Riebeeck se landing aan die Kaap in 1652, die begin van die koloniale era in Suider-Afrika, het vier jaar ná die keerpunt in die Europese geskiedenis wat allerweë beskou word as die begin van die moderne staatskonsep plaasgevind: die sluiting van die Vrede van Wesfale het die pad na staatsvorming soos ons dit vandag verstaan, oopgemaak.¹⁰ Dit het egter nog 'n stuk of 150 jaar geneem voordat tekens van plaaslike staatskap in Suider-Afrika sigbaar begin word het. Die Nederlandse kolonie aan die Kaap het wel regeringstrukture gehad, maar dit was weinig meer as administratiewe meganismes onder die onbetwisbare magsbeheer van die koloniale "eienaars" van die gebied.

Die oorgang van koloniale besit van die Kaap in 1803 van die Bataafse Republiek na die Britse Ryk was 'n uitloper van die Napoleontiese oorloë in Europa. Plaaslik het dit nie gewelddoos plaasgevind nie, maar daar kan nouliks van 'n oorlog gepraat word toe die Britte aan die begin van die 19de eeu op die Kaapbeslag gelê het.¹¹ Die Engelse regime was aanvanklik eintlik maar 'n kwessie van koloniale administrasie as 'n verlengstuk van die gesag van die imperiale kroon, totdat die gevestigde inwoners van Europese afstamming druk begin uitoefen het om selfbeskikking onder koloniale bestuur en beskerming te

bekom.¹² Dit het egter verskeie oorloë geveg en nog 'n eeu geduur voordat ernstige oorweging gegee kon word aan die "stigting" van die eerste moderne staat in Suider-Afrika. Oorlog op Suider-Afrikaanse bodem het verskillende vorme aangeneem, maar kan meestal verstaan word as stryd oor die vestiging van gesag oor en beheer van grondgebied.¹³

Die eerste onafhanklike moderne staat op Suider-Afrikaanse bodem was die Zuid-Afrikaansche Republiek (Transvaal) wat in 1852 tot stand gekom het, spoedig gevolg deur die Republiek van de Oranje-Vrijstaat in 1854. Gesien teen die agtergrond van die feit dat staatsvorming in die middel van die 19de eeu in Europa nog nie naastenby wasdom bereik het nie, was die grondwette van die sogenaamde Boererepublieke nogal progressief. Die Transvaalse Grondwet van 1858 het swaar klem gelê op die skeiding van magte en op volksoewereiniteit,¹⁴ terwyl die Vrystaatse Grondwet van 1854 duidelike tekens van Amerikaanse invloed, soos onbuigsaamheid (veeleisende wysigingsprosesse) en elemente van 'n handves van regte getoon het.¹⁵

Ná Uniewording in 1910 het Suid-Afrika, parallel met die ander groot Britse koloniale besittings, Australië en Kanada, teen 1931 tot 'n selfregerende dominium ontwikkel en in 1961 'n republiek onafhanklik van die Britse kroon uitgeroep. In die loop van hierdie tydperk is 'n komplekse poging, sogenaamde afsonderlike ontwikkeling, vir twee dekades lank aangewend om swart Suid-Afrikaners staatsregtelik te laat afskei in afsonderlike etnies-georganiseerde eenhede ("tuislande"), waarvan vier (die sogenaamde TBVC-state) selfs tot onafhanklike republieke verklaar is. Rasseskeiding, 'n verskynsel wat reeds prominent in die 19de eeu was, is toenemend geïnstitusioneel (die gewraakte apartheidsbeleid), en het onvermydelik toenemend tot diskriminasie, rassespanning en weerstand gelei.

Die Koue Oorlog tussen die kapitalistiese Weste en kommunistiese Ooste wat kort ná die Tweede Wêreldoorlog ontketen is, het in Suider-Afrika die vorm aangeneem van kommunisties-gesteunde swart weerstandsbewegings wat 'n lae-intensiteit-oorlog teen koloniale magte en die wit-regeerde Suid-Afrika gevoer het. Aan die einde van die tagtigerjare, toe die USSR, en daarmee die kommunistiese staatseksperiment wat in 1917 revolusionêr begin het, in duie gestort het, kon 'n moeilike maar sinvolle proses van versoeningsonderhandelinge in Suid-Afrika van stapel gestuur word. Dit het uitloop op die herkonsolidasie van die land (onvoorwaardelike herinkorporering van die swart tuislande) en die inwerkingtreding op 27 April 1994 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 200 van 1993.

Nou was die Grondwet vir die eerste keer in die geskiedenis van Suid-Afrika die hoogste reg. Dit het ook die einde van parlementêre soewereiniteit, 'n grootliks misbruikte staatsregtelike produk van Britse kolonialisme, meegebring. Vir die eerste keer is jurisdiksie aan die howe verleen om reg te spreek aan die hand van die Grondwet as hoogste reg, waardeur die Suid-Afrikaanse regstelsel in sy geheel wesenlik verander is. Fundamentele regte is as dominerende eienskap van die Grondwet ingevoer en verskans, asook die beginsels van inklusiewe, populêre demokrasie. Dit het die grondslag vir die ontwikkeling van Suid-Afrikaanse konstitusionalisme gelê.

3. Wat is konstitusionalisme?

Die wêreld gebruik toenemend dieselfde grondwetlike woordeskat – nie net in die regswetenskap nie, maar ook in die media, die politiek en internasionale betrekkinge. In die hedendaagse konteks van die staatsreg, maar ook die volkereg (waar die behoefte aan die groei is om meer struktuur aan die internasionale reg as dissipline te verleen),¹⁶ is die gebruik van die term *konstitusionalisme* gewild. Verskillende reaksies kan egter verwag word op die vraag wat konstitusionalisme presies behels. Die rede vir die onpresiesheid moet nie

soseer gesoek word in fundamentele meningsverskille daaroor nie, maar wel in die breë drakrag van die woord. Dit is 'n gewilde woord met uiteenlopende beklemtoningsmoontlikhede, en dus in dieselfde epistemologiese kader as terme soos *demokrasie*, *rule of law* en *soewereiniteit*.

Hans Vorländer¹⁷ identifiseer (onder meer!) die volgende gebruiksvariasies van *konstitusionalisme* in die literatuur:

- sosiale konstitusionalisme
- kruipende konstitusionalisme
- kompensasiëkonstitusionalisme
- pluralistiese konstitusionalisme
- multidimensionele konstitusionalisme (wat die gedagte van grondwetlike kompromie of skikking inhou)
- kosmopolitaanse konstitusionalisme
- globale konstitusionalisme (met variasies soos *transnasionale konstitusionalisme*, en waarin daar soms selfs sprake is van 'n grondwet vir die mensdom en globale burgerlike grondwette)

In haar ontleding van die 1996-Grondwet van Suid-Afrika onderskei Oomen tussen konstitusionalisme as die idee dat daar eienskappe is wat grondliggend is aan die demokrasie wat selfs nie deur 'n meerderheidsparlement gewysig of vernietig kan word nie, en 'n "kultuur van konstitusionalisme". Hierdie "kultuur" het te doen met hoe die Grondwet tot stand gekom het, hoe dit regterlik vertolk word en wat deur middel van die Grondwet in die praktiese werklikheid bewerkstellig word.¹⁸

In navolging van Louis Henkin meen Ramcharan dat konstitusionalisme tot uitdrukking kom in die legitimiteit van 'n grondwet, grondwetlike beregbaarheid ("judicial review"), outentieke demokrasie, en 'n toerekeningsvatbare ("accountable") regering wat individuele menseregte respekteer en verseker en wat die bevrediging van basiese menslike behoeftes nastreef.¹⁹

'n Nuttige samevatting van die essensie van konstitusionalisme is voorsien deur Backer, wat dit beskryf²⁰ as

a system of classification, the principal object of which is to define the characteristics of constitutions, which is used to determine the legitimacy of a constitutional system either as conceived or implemented, based on the fundamental postulate of rule of law and grounded on values derived from a source beyond the control of any individual

Backer (2009:103) voer aan dit kom dan neer op 'n "*Weltanschauung*, a system of beliefs relating to power in the world, and specifically to that power that is asserted to organize and run a political organization, and its expression through law".

Ten spyte van die onpresiesheid van die begrip is die bestaan van 'n globaal gedeelde konstitusionalistiese woordeskat nuttig omdat dit betekenisvolle kommunikasie moontlik maak, die inname van versoenbare standpunte bevorder, bruikbaar is vir (regs-)vergelyking en die potensiaal het om tot die verbeterde deel van waardes by te dra. Konstitusionalisme word, hoe dit ook al ingeklee word, verstaan as aanduidend van 'n gewenste grondwetlike toestand.

Wat konstitusionalisme in Afrika betref, het Yash Ghai in 1990 geredeneer²¹ dat die ontwikkeling van konstitusionalisme in Europa toegeskryf moet word aan die vestiging van drie samestellende komponente, naamlik sekularisering, nasionalisering en die beperkende

skeiding van openbare magte. Aan die wortel daarvan, het hy gemeen, lê kapitalisme se behoefte aan voorspelbaarheid, berekenbaarheid en eiendomsekuriteit wat bewerkstellig word deur die idee van die algemene gelding van reëls om sowel diskriminasie as arbitrêre regeeringsoptrede te voorkom, en wat tegelyk regterlike onderdanigheid en avontuurlikheid vermy. Volgens Ghai was hierdie onderliggende elemente nie teenwoordig toe konstitusionalisme Afrika bereik het nie, onder meer omdat Afrika-grondwette, anders as in Europa, nie organies uit die burgerlike gemeenskappe na vore gekom het nie, maar ontstaan het as 'n burokratiese meganisme wat van bo af opgelê is met die veronderstelling dat sosio-ekonomiese probleme daarmee opgelos sou kon word. Dit verklaar volgens hom die welbekende verskynsels in postkoloniale Afrika van korrupsie, outoritêre optrede, onstabiliteit en politieke patrimonium.

Ghai se beskrywing van hoe dit in die res van Afrika verloop het, is nie sonder kwalifikasie op Suid-Afrika van toepassing nie, aangesien die grondwetskrywende proses van 1990 tot 1996 nie van buite op die land afgedwing is nie, maar deur Suid-Afrikaners onder mekaar onderhandel, geformuleer en gepromulgeer is. Daar is egter wel 'n belangrike ooreenkoms, naamlik dat die onderliggende liberaal- en sosiaal-demokratiese²² denke waarop die plaaslike Grondwet gefundeer is, nie diep wortels in die Suid-Afrikaanse bodem het nie. Dit het meegebring dat die omskakeling na konstitusionalisme die meeste van ons op 'n onvrywillige en steil leerkurwe geplaas het – en dat ons kollektief nog veel in hierdie verband moet leer.²³ Natuurlik mag dit nie beteken dat Suid-Afrika opgevoed moet word om die een of ander vreemde dogma te begin aanhang nie. Ons het self met mekaar ooreengekom om 'n plaaslike vorm van konstitusionalisme tot stand te bring. Om hierdie model te internaliseer, na te streef en uiteindelik te verwerklik, vereis egter nog heelwat inspanning.

Uit bostaande kort uiteensetting blyk dit dat daar groot verwarringspotensiaal oor die gebruik van die term *konstitusionalisme* bestaan. Nietemin kom die gebruik daarvan oral voor en skyn dit toenemend gebruik te word. Ten einde 'n greep daarop te kry, kan die belangrikste elemente van konstitusionalisme wat in die literatuur²⁴ geïdentifiseer word, in drie kategorieë ingedeel word, naamlik struktureel (oftewel formeel), substantief (oftewel normatief) en doktrinêr (leerstellig). Die strukturele komponente kan weer onderverdeel word in streng vereistes aan die een kant en meganismes en prosedures aan die ander kant. In tabelvorm kan dit soos volg voorgestel word:

Elemente van konstitusionalisme

STRUKTUREEL (FORMEEL)		SUBSTANTIEWE (NORMATIEWE) EIENSKAPPE	LEERSTELLIGE KOMPONENTE
STRENG VEREISTES	MEGANISMES EN PROSEDURES		
Juridiese (gewoonlik grondwetlike) verdeling van staatsgesag onder instellings en persone	Vry en regverdigde verkiesings met veelpartydeelname	Legitieme, nie-arbitrêre regering met die erkenning van menswaardigheid	Rule of law / regstaat
Onafhanklikheid van die howe	Regterlike hersieningsjurisdiksie ("toetsingsreg")	Legaliteit en regsekerheid	Demokrasie
Regsregulering van die wedersydse verhoudings tussen staatsorgane en van die verhoudings tussen staatsorgane en	Burgerlike beheer oor die gewapende en veiligheidsmagte	Respektering van die skeiding van magte	Populêre soewereiniteit

individue			
Vaste prosedures vir wegewing, administrasie en regspleging	Regsbeskerming teen arbitrêre en onwettige staatsoptrede	Populêre respek vir die Grondwet (legitimiteit)	
Vermoë van die staat om openbare orde te handhaaf	Verteenwoordigende en verantwoordbare regering		

Hierdie indeling moet natuurlik nie as onbuigsame kategorisering verstaan word nie, en ook nie noodwendig as volledig of dogmaties universeel nie. Dit kan egter van nut wees om 'n kompakte beeld te kry van wat gewoonlik onder *konstitusionalisme* tuisgebring en verstaan word. Vir hierdie bespreking kan dit ook as verwysingsbaken vir die beoordeling van die stand van konstitusionalisme in Suid-Afrika dien.

4. Die grondlegging van Suid-Afrikaanse konstitusionalisme

Die ontstaansproses, inhoud en oogmerke van die 1993- en 1996-Grondwette is goed deur die wêreld ontvang. Die 1993-Grondwet is inderdaad 'n soort simbool van 'n wonderwerk wat deur welwillendheid en grootgeestigheid tot stand gebring is. Die legitimering deur die 1996-Grondwet van die grondslae wat in 1993 gelê is, het die seël op 'n navolgenswaardige proses van skikking en onderhandeling geplaas. Die produk was 'n grondwetlike bedeling waarna sedertdien in die internasionale literatuur roetinematig in dieselfde kategorie as ander invloedryke bedelings verwys word.²⁵ Suid-Afrikaanse konstitusionalisme soos vervat in die teks van die Grondwet geniet en verdien erkenning. Die Grondwette van 1993 en 1996 is produkte van intensiewe en inklusiewe onderhandeling waaraan verteenwoordigers van 'n wye spektrum Suid-Afrikaners, ook klein minderhede, vryelik kon deelneem. Die onderhandelingsprosesse en grondwetteksformulering is deurgaans ondersteun deur deskundige juriste, hoofsaaklik Suid-Afrikaners, maar met uiteenlopende agtergronde.²⁶

Die kundigheid onderliggend aan die regsadvies wat die grondwetskrywende prosesse help dra het, het meegebring dat al die wesenlike elemente van konstitusionalisme soos dit globaal in die laaste dekade van die 20ste eeu verstaan is, in 'n outogtone, progressiewe, omvattende en waardegedrewe grondwetlike produk tuisgebring is. Dit het die fondament gelê vir 'n reeks suksesvolle demokratiese verkiesings en die totstandkoming van 'n konstitusionele hof wat spoedig wêreldwye erkenning ontvang het vir die lewering van rigtinggewende baanbrekerswerk wat nodig was vir die transformasie van die hele regsorde en vir die omskepping van wat in wese 'n oorlogseconomie was tot een met die potensiaal om toonaangewend onder die opkomende ekonomieë van die wêreld te wees.

Die mees kompakte beeld van die Suid-Afrikaanse ambisie om konstitusionalisme te vestig, kan verkry word uit 'n oorsig van die "grondwetlike beginsels" wat as Bylae 4 van die 1993-Grondwet neergelê is as 'n bindende, en uiteindelik gerealiseerde, raamwerk vir die formulering van die 1996-Grondwet. Enkele aanwysings uit wat die voorrede van 1993 'n "plegtige ooreenkoms" genoem het, is voldoende om hierdie punt duidelik te stel:

- Beginsel II het niks minder nie as die verskansing en bereikbaarheid van "alle universeel aanvaarde fundamentele regte, vryhede en burgerlike vryhede" vereis.
- Die primaat van die Grondwet is deur Beginsel IV verseker: "Die Grondwet moet die hoogste reg van die land wees. Dit moet alle staatsorgane op alle regeringsvlakke bind."
- Daar moet, ingevolge Beginsel VI, "'n verdeling van magte tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag wees, met gepaste wigte en teenwigte ten einde verantwoording, verantwoordbaarheid en openheid te verseker".

- Beginsel VII het grondwetlike bereikbaarheid vereis: "Die regsprekende gesag moet oor die toepaslike kwalifikasies beskik, moet onafhanklik en onpartydig wees en moet oor die gesag en jurisdiksie beskik om die Grondwet en alle fundamentele regte te beskerm en af te dwing."
- 'n Grondwetlik-beskermdede demokratiese bestel is deur Beginsel VIII ingebou: "Daar moet 'n verteenwoordigende regering wees wat 'n veelparty-demokrasie, gereelde verkiesings, universele volwasse stemreg, 'n gemeenskaplike kieserslys en, in die algemeen, proporsionele verteenwoordiging omvat."
- Die sleutelrol van die vrye toegang tot inligting is in Beginsel IX bevestig: "Voorsiening moet gemaak word vir vryheid van inligting, sodat daar toeganklike en verantwoordelike administrasie op alle regeringsvlakke kan wees."

Toe die konstitusionele hof aan die einde van 1996 ooreenkomstig die vereistes van die 1993-Grondwet gesertifiseer het dat die 1996-Grondwet voldoen het aan die eise van die grondwetlike beginsels,²⁷ is die formele fondament vir die ontplooiing van konstitusionalisme in Suid-Afrika gelê.

Voldoening deur die grondwetlike vergadering aan die eise van die grondwetlike beginsels het egter nie voorkom dat elemente in die "finale" Grondwet beland het wat die ondermyning van konstitusionalisme moontlik maak nie. Ten spyte van die stewige grondslag wat vir regstaatlikheid gelê is, is daar in 1996 'n achilleshiel vir konstitusionalisme, as't ware in die vorm van 'n paar genetiese defekte, in die Grondwet ingebou. So kon die welluidende bepalings in hoofstuk 10 van die Grondwet oor 'n effektiewe en onpartydige staatsadministrasie nie die gepolitiseerde herstrukturering van staatsinstellings soos die polisie, weermag, inligtingsdienste, staatsdiens en plaaslike regering teen onderwerping aan grootskaalse "personeelsuiwering" ooreenkomstig 'n beleid bekend as "kaderontplooiing" beskerm nie. Hierdie proses word allerweë, selfs deur die verantwoordelike beleidmakers,²⁸ erken as 'n sleuteloorzaak van die in duie storting van die openbare infrastruktuur en van betroubare dienslewering op alle vlakke. Daar is nietemin geen aanduiding van 'n voorneme om kaderontplooiing te staak voordat omvattende beheer oor alle "hefbome van mag" vir die ANC, wat tot dusver daarin kon slaag om 'n oorweldigende meerderheidstem by elkeen van die algemene verkiesings te verseker, verkry is nie.

Daar is egter 'n ernstiger genetiese defek in die Grondwet wat betrekking het op die sogenaamde politieke vertakkinge van die staatsowerheid wat uit die voorgrondwetlike bedeling nageboots is. Suid-Afrika het die Brits-koloniale regeringstruktuur van die kroon wat deur 'n goewerneur-generaal as staatshoof verteenwoordig is, geërf. Die regeringshoofskap was dan volgens die Westminster-model in die hande van 'n eerste minister. Toe hierdie model in opdrag van die voormalige staatspresident, mnr. P.W. Botha, hersien is, het die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 110 van 1983 die funksies van die simboliese staatshoof met dié van die eerste minister verenig. Hoewel die voormalige eerste minister as bekleër van die regeringshoofamp reeds in 'n buitengewoon magtige posisie was, het die toevoeging daaraan van die staatshoofskap die atmosfeer rondom die nuwe staatspresidentsamp van onbetwyfelbare oppergesag geskep. Die staatspresident was nou in volle beheer van sowel die uitvoerende as die wetgewende gesag. Die ampsbekleër was nou staatsregtelik feitlik onaantasbaar, behalwe vanuit interne partypolitieke kanale. Die geskiedenis van die uittrede van mnr. Botha getuig hiervan.

Die 1993-Grondwet het voorsiening gemaak vir die skepping van 'n veelparty- Regering van Nasionale Eenheid. Die magskonfigurasie van die 1983-Grondwet is egter deur die 1996-Grondwet laat herleef. Tans is die president sowel staatshoof as regeringshoof.²⁹ As regeringshoof stel hy nie net die adjunkpresident en die kabinetministers aan nie, maar kan hy enigeen van hulle te eniger tyd ontslaan.³⁰ As regeringshoof stel die president ook die bevelvoerder van die gewapende magte, die nasionale polisiekommissaris en die hoofde van die staatsinligtingsdienste aan.³¹ Voeg daarby dat parlementêre wetgewing feitlik

uitsluitlik deur die kabinet, waarvan die president die voorsitter is, geïnisieer word en nie aan die parlement voorgelê word alvorens die kabinet dit goedgekeur het nie.³²

So word die leier van die politieke party wat die meerderheidstem ná 'n algemene verkiesing verkry het, en wat dan deur die parlement tot president verkies word,³³ in 'n besonder magtige posisie geplaas. Dit veroorsaak dat elke lid van die uitvoerende gesag vir sy of haar politieke, uitvoerende, administratiewe en wetgewende werksaamhede volkome afhanklik is van die goedgesindheid en goedkeuring van die president. Die president se afkeuring kan fataal wees vir die politieke en professionele loopbane en aspirasies van sleutelfigure in die staatstruktuur. Ten spyte, dus, van die formele transformasie van Suid-Afrika uit 'n bedeling van parlementêre soewereiniteit na konstitusionalisme, is hierdie transformasie gebrekkig in een belangrike opsig, naamlik die sinvolle en gebalanseerde verdeling van uitvoerende gesag onder verskeie persone en staatsinstellings.

5. Die beproewing van Suid-Afrikaanse konstitusionalisme

Soos die staatsregtelike geskiedenis van die wêreld ons meermale geleer het, is die skryf en aanname van 'n grondwet geen waarborg dat dit wat daarin as ideaal gestel word, gerealiseer sal word nie. Die klassieke voorbeeld³⁴ hiervan is die grondwetlike produkte van die Franse revolusie, naamlik die eerste grondwet van die Franse republiek van 1791, die tweede grondwet van 1793, opgevolg deur die derde grondwet van 1795. Die Suid-Afrikaanse grondwetlike transformasie³⁵ van die afgelope twee dekades het egter tot dusver meer sukses met die behoud van die grondwetteks as dié van die vroeë Franse republieke behaal. 'n Wesenlike vraag is egter in watter mate 'n ware konstitusionalistiese kultuur in die land tot stand gekom het. Insig hieroor kan gesoek word in gegewens oor die implementering van die grondwette sedert 1994 soos dit uit byvoorbeeld wetgewing en regspraak blyk. Om dit sinvol te kan doen, is dit onvermydelik dat nie soseer aan die noemenswaardige suksesse van die Republiek sedert 1994 aandag gegee word nie, maar veral aan gebeure wat gesien kan word as aanduidings van ontrou aan die ideale van konstitusionalisme.

Dit is ongelukkig eintlik 'n universele gemeenplaas dat seksionele politieke belang 'n prominente vyand van konstitusionalisme is. Per slot van rekening is 'n belangrike bestaansrede vir 'n beregbare grondwet met verhewe werking om die willekeur van politieke maghebbers te beperk. Gevolglik is dit nie vreemd in die konstitusionele wêreld nie dat heelwat grondwetlike regspraak met feite handel wat daarop dui dat regeringslui die perke van hulle gesag toets of probeer oorskry en dan met regsmiddele betuel moet word. In die jare wat op die formele oorskakeling van parlementêre (en dus eintlik uitvoerende) soewereiniteit na grondwetlik-gemandateerde konstitusionalisme gevolg het, het 'n prominente meganisme van subtiele ontrou aan die Grondwet die vorm aangeneem van selektiewe versuim om sekere bepalings te implementeer, te ondersteun of gebalanseerd toe te pas. Enkele voorbeelde hiervan is:

- die kroniese onderfinansiering van staatsinstellings wat grondwetlike demokrasie ondersteun (die sogenaamde hoofstuk 9-instellings)³⁶
- flagrante skending van die eise van artikel 195(1)(i) van die Grondwet, wat vereis dat die indiensnemingsbeleid van die staatsdiens gebaseer moet wees op onder meer kundigheid, objektiwiteit en regverdigheid³⁷
- versuim om die bepalings van artikel 6 oor taal na te kom of te implementeer³⁸
- selektiewe toepassing en interpretasie van die gelykheidseis van artikel 9.³⁹

Hoewel hierdie soort optrede nie geregverdig kan word nie, kan dit verklaar word aan die hand daarvan dat 'n kultuur van konstitusionalisme nooit vantevore in Suid-Afrika bestaan

het nie, en ook nie tot stand gebring kon word by wyse van die spreekwoordelike pennestreek waardeur ons grondwette tot stand gebring is nie.⁴⁰

Benewens die gemelde voorbeelde van selektiewe implementering en weerhouding van ondersteuning van elemente van die Grondwet wat as polities ongeleë beskou is, het heelwat regspraak 'n soortgelyke verhaal te vertel. Oor die algemeen kan daarteenoor gesê word dat die grondwetlike regspleging van die afgelope twee dekades die mees bemoedigende tekens bevat dat konstitusionalisme in Suid-Afrika wortel kan skiet.

Dit is derhalwe die moeite werd om van ietwat meer besonderhede van 'n paar gewysde sake, uitgesoek as voorbeelde van sowel bedenkbare regeringsoptrede as balanserende regspraak, kennis te neem.

5.1 Selektiewe begenadiging

'n Reeks sake⁴¹ wat te doen gehad het met aansoeke om begenadiging deur die president, spreek van die politieke misbruik van owerheidsgezag in al drie sy verskyningsvorme: uitvoerend, wetgewend en regsprekend. Die betrokke sake het handel oor mense wat weens ernstige misdade veroordeel is, maar beweer het dat hulle in die gees van die waarheids-en-versoeningsproses vergeefbare politieke motiewe gehad het toe hulle die misdade gepleeg het.

Aan 33 lede van die ANC en die PAC wie se aansoeke om amnestie deur die Waarheids-en-Versoeningskommissie (WVK) van die hand gewys is, het president Mbeki presidensiële begenadiging ingevolge die Grondwet toegestaan kort nadat die kommissie ontbind is. Dit het daartoe aanleiding gegee dat 'n stuk of 384 lede van die IVP wat nie aan die WVK-verrigtinge wou deelneem nie, in Mei 2002 ook by die minister van justisie aansoek gedoen het om presidensiële begenadiging op sterkte daarvan dat hulle vir misdade veroordeel was wat hulle met politieke motiewe sou gepleeg het.

Begenadiging het 'n lang geskiedenis in ons en ander lande se reg. Die bestaan van begenadiging as koninklike prerogatief in Engeland is reeds in die 17de eeu geboekstaaf.⁴² Mettertyd het die uitoefening van die begenadigingsprerogatief in die hande van die Britse kabinet beland en is ook so oorgeplant in die Brits-koloniale staatsreg van die Unie van Suid-Afrika.⁴³ Vandaar dat dit tussen 1961 en 1994 by die staatspresident berus het,⁴⁴ en nou uiteindelik (nou nie meer as prerogatief nie, maar as staatshoofsfunksie) by die huidige bekleër van die presidentsamp.⁴⁵

Van die aansoeke deur die IVP-lede om presidensiële begenadiging in 2002 het niks gekom nie, totdat daar vrae daaroor in die parlement gevra is. In September 2005 het die President verklaar dat hy nog nie die aansoeke gesien het nie en dat hy die Minister opdrag gegee het om dit te prosesseer en aan hom voor te lê. Steeds niks het daarvan gekom nie, totdat president Mbeki in November 2007 in die parlement aangekondig dat hy in besit was van meer as 'n duisend begenadigingsaansoeke van veroordeeldes wat na bewering politieke motiewe by die pleging van hulle misdade gehad het en dat hy 'n nuwe proses van stapel gestuur het om hierdie aansoeke in die gees van die WVK te laat oorweeg, onder meer deur 'n veelparty parlementêre verwysingsgroep. Hierdeur het daar 'n verwarrende vermenging van begenadiging en amnestie plaasgevind. Amnestie is 'n eeue oue verskynsel wat met vredesluiting aan die einde van oorloë geassosieer word met die weerhouding van wraakhandeling teen verloorders: die begripwortel van die woord is dieselfde as dié van *amnesia*.⁴⁶

In Februarie 2008 het die hooggeregshof in Pretoria die Minister beveel om binne drie maande te doen wat nodig mag wees om die President daartoe in staat te stel om sy

verpligtinge ingevolge die begenadigingsproses na te kom. Teen hierdie bevel het die Minister na die hoogste hof van appèl geappelleer. Intussen is president Mbeki deur president Motlanthe, en kort daarna deur president Zuma, vervang. Die hoogste hof van appèl het die Minister se appèlaansoek in Maart 2009 van die hand gewys, waarna die Minister suksesvol na die konstitusionele hof geappelleer het.

Intussen het die parlementêre verwysingsgroep aansoeke geprosesseer, maar die verrigtinge was nie deursigtig nie. 'n Groep nieregeringsorganisasies het gevolglik die hooggeregshof in Pretoria genader om 'n interdik teen die President om hom te verbied om enige aansoeke om begenadiging toe te staan alvorens hy die slagoffers van die applikante se misdade geleentheid gegee het om insette oor die aansoeke te lewer. Die hof is deur die aansoek oortuig en het die interdik teen die President toegestaan. Hierteen het een van die applikante, ironies ondersteun deur die Minister en die President, appèl regstreeks na die konstitusionele hof aangeteken.

Die appèl van die Minister teen die bevel om vordering te maak met die oorspronklike aansoeke het geslaag op grond daarvan dat dit, ten spyte daarvan dat die versuim van die Minister om sy pligte vir nagenoeg ses jaar na te kom, nie die minister was wat oorspronklik gedagvaar moes gewees het nie, maar die president, wat die enigste is wat begenadiging mag toestaan. Die IVP-lede het toe dadelik weer die konstitusionele hof genader om die President te beveel om die aansoeke om begenadiging te oorweeg.

Twee afsonderlike maar verbandhoudende kwessies het dus die aandag van die konstitusionele hof geverg: eerstens die regmatigheid al dan nie van die versuim van die President om die begenadigingsaansoeke binne 'n redelike tyd af te handel, en tweedens die vraag of hy verplig was om verhoër van slagoffers van die betrokke misdade aan te hoor. Die konstitusionele hof het die hooggeregshof se bevinding dat slagoffers aangehoor moet word, bevestig en was 'n maand later gereed om uitspraak in die verdragingskwessie te lewer.

In Februarie 2010, terwyl die verdragingskwessie reeds aanhangig gemaak was, reik die presidensie 'n verklaring uit waarin gesê word dat die President 'n eedsverklaring aan die konstitusionele hof voorgelê het waarin die hof versoek is om nie die applikante se aansoek toe te staan nie, aangesien hy intussen al die aansoeke oorweeg het en die meeste daarvan van die hand gewys het, maar die oorblywende aansoeke nie kon oorweeg nie, aangesien hy deur die hooggeregshof verplig is om eers aan slagoffers die geleentheid te gee om aan hom voorleggings te maak!

'n Vraag wat oor hierdie sake opduik, is wat gedoen kan word om 'n regering tot optrede te beweeg waar diskresionêre besluite geneem moet word. Dit hou natuurlik ook verband met die interaksie en die verhouding tussen die howe en die uitvoerende gesag. Die siniese aanwending van die hofproses as 'n verdragingsmeganisme deur die uitvoerende gesag strook hoegenaamd nie met die waardes wat konstitusionalisme onderlê nie.⁴⁷

5.2 Skerpioene en Valke

Die omstrede ontbinding van die Skerpioene is in 2011 deur die konstitusionele hof oorweeg.⁴⁸ Hierdie ontbinding is bewerkstellig deur die invoeging van 'n hoofstuk in die Wet op die Suid-Afrikaanse Polisiediens 68 van 1995, waardeur die SAPD se direktoraat vir die ondersoek van prioriteitsmisdade, bekend as die Valke, tot stand gebring is. Mnr. Glenister het van meet af aan die ontbinding van die Skerpioene in die howe teengestaan. Waaroor die konstitusionele hof uiteindelik moes beslis, was of die nuwe hoofstuk in die Polisie wet grondwetlik geldig was al dan nie.

Die hof was hieroor 5 teen 4 verdeel. Die meerderheid het beslis dat die hoofstuk ongrondwetlik was. Die gronde vir hierdie bevinding was eerstens dat die Grondwet van die staat verwag om 'n onafhanklike liggaam tot stand te bring om korrupsie en georganiseerde misdaad te bekamp. Tweedens bevind die hof dat die wet nie voldoende voorsiening maak vir die onafhanklikheid van die Valke nie, aangesien hulle struktuur en funksionering nie voldoende teen politieke inmenging geïsoleer is nie. 'n Interessante dimensie van die uitspraak is die geskil tussen die meerderheid en minderheid oor die rol van die volkereg. Waar die minderheid (na uitgebreide motivering) geen steun gevind het in die argument dat verpligtinge van die land ingevolge internasionale instrumente wat die parlement bekragtig het (maar nie in wetgewing omgesit het nie), die parlement gebind het nie, het die meerderheid bevind dat die statutêre strukture wat die Valke tot stand gebring het,

offends the constitutional obligation resting on Parliament to create an independent anti-corruption entity, which is both intrinsic to the Constitution itself and which Parliament assumed when it approved the relevant international instruments, including the UN Convention [against Corruption, 2003].⁴⁹

Die hof het die verklaring van ongeldigheid van die Wet vir 18 maande opgeskort om die parlement die geleentheid te gee om die tekortkoming in die Wet reg te stel. Die minderheidsuitspraak (vier regters) se siening was dat, hoewel die staat verplig is om korrupsie en georganiseerde misdaad te bekamp, die Grondwet nie spesifiek vereis dat 'n onafhanklike eenheid gestig moet word nie.

5.3 Burokratiese ongeduld te midde van swak onderwysadministrasie

In die sogenaamde *Hoërskool Ermelo*-saak⁵⁰ het dit gegaan oor die grondwetlike reg om in die amptelike taal van 'n mens se keuse onderrig te ontvang en oor die hoof van die provinsiale Departement van Onderwys (departementshoof) se gesag om die beheerliggaam van 'n skool se funksie om die skool se taalbeleid te bepaal, terug te trek. In die hoogste hof van appèl is beslis dat die nasionale Skolewet 84 van 1996 nie die departementshoof gemagtig het om die beheerliggaam se funksie terug te trek en 'n tussentydse komitee te benoem om die taalbeleid te bepaal nie. Die departementshoof en die nasionale minister van onderwys het teen dié beslissing geappelleer. Die departementshoof het geargumenteer dat sy optrede in die lig van die tekort aan klaskamerruimte vir onderrig in Engels redelik was, terwyl die skool die standpunt gehuldig het dat die saak nie oor taalbeleid gehandel het nie, maar oor die onregmatige administratiewe handeling van die departementshoof.

Die konstitusionele hof beslis dat die departementshoof wel met die taalbeleid van 'n beheerliggaam mag inmeng op grond van die grondwetlike reg om onderrig in die taal van jou keuse te ontvang, maar dat die benoeming van 'n tussentydse komitee om die taalbeleid van die skool te wysig nie deur die Skolewet gemagtig is nie. Die hof het die departement oor die kole gehaal omdat daar nie betyds voorsiening gemaak is vir voldoende ruimtes om al die kinders wat geregtig is op onderrig te akkommodeer nie, maar ook aangedui dat die skool sy taalbeleid in die lig van die omstandighede (krimpende getalle Afrikaanse leerlinge en die behoefte aan ruimtes, die eise van die Grondwet en die Skolewet) behoort te hersien. Die departementshoof se appèl is dus van die hand gewys, maar die hof het die beheerraad beveel om sy taalbeleid te hersien en voor 'n spesifieke datum daarvoor aan die hof te rapporteer; die departementshoof is beveel om aan die hof verslag te doen oor die stappe wat gedoen is om te verseker dat daar genoeg klaskamerruimtes beskikbaar kom om vir onderrig in Engels voorsiening te maak.

In 2011 was die Rivonia Primary School die toneel van nog 'n onderwysdrama waar die konstitusionele hof die provinsiale onderwysadministrateurs vir hulle ongeduldige en onredelike optrede oor die vingers getik het. Die skool se beheerraad het, ooreenkomstig die

bepalings van Skolewet van 1996, die kapasiteit van die skool vir die toelating van leerlinge neergelê. 'n Swart dogtertjie se moeder het aansoek gedoen om die plasing van haar kind in die skool, maar sy is chronologies volgens die indieningsdatum van die aansoek op 'n waglys geplaas omdat die voorafbepaalde kapasiteit vir graad 1-klasse reeds bereik was. Die moeder het haar tot die provinsiale owerhede gewend om haar kind geplaas te kry, waarop sy onder begeleiding van 'n provinsiale amptenaar by die skool opgedaag het. Die amptenaar het die skoolhoof meegedeel dat haar funksie om oor die toelating van kinders tot die skool te besluit terstond beëindig is en dat hierdie funksie voortaan deur hom uitgeoefen sou word, waarop hy die kind sonder meer na 'n klas in die skool geneem het en haar by 'n bank wat vir 'n kind met leerprobleme gereserveer was, sitgemaak het. Die skoolhoof is later dissiplinêr vervolg.

Die vraag of die besluit oor die getallevermoë van die skool uitsluitlik by die skool se beheerraad berus het, en of die hoof van die provinsiale onderwysdepartement (ook daarvoor kon besluit, is deur hierdie gebeure in die sentrum geplaas. Die saak het langs die weg van die Suid-Gautengse hooggeregshof, via die hoogste hof van appèl, in 2013 voor die konstitusionele hof beland.⁵¹ In die meerderheidsuitspraak (twee regters van die konstitusionele hof het die hardhandige optrede van die amptenare goedgekeur) is die sentraliteit van die Grondwet as verwysingspunt beklemtoon. Volgens die hof ontstaan probleme van hierdie aard "when we lose sight of that reference point".⁵² Die hof bevind dat skooltoelatingsbeleid in belang van die bevordering van gelyke onderwysgeleenthede buigsaam toegepas moet word,⁵³ maar terselfdertyd dat die administratiewe mislukkings, swak beplanning en brute hantering van die aangeleentheid deur die departement op onbillike administratiewe optrede neergekom het.⁵⁴ Die hof het die provinsiale regering se optrede met die volgende diktum as strydig met die gees van konstitusionalisme gekenmerk:⁵⁵

[T]he manner in which the Gauteng HOD ... exercised his powers completely upended the process. The heavy-handed approach he used when making his decision raised the spectre that the Department would use its powers to deal with systemic capacity problems in the province without any regard for the role of school governing bodies in the Schools Act's carefully crafted partnership model.

5.4 Belasting van 'n moordenaar

Die vraag waarmee die konstitusionele hof in 2011 in die *McBride*-saak⁵⁶ moes handel, was of daar na 'n persoon wat skuldig bevind is aan moord en ter dood veroordeel is, maar aan wie amnestie deur die WVK vir die misdaad toegestaan is, steeds verwys kon word as 'n misdadiger en 'n moordenaar.

Die betrokke persoon, mnr. Robert McBride, was in 2003 'n kandidaat vir die pos as hoof van Ekurhuleni se metropolitaanse polisie. Die koerant het in 'n aantal artikels en hoofberigte die mening uitgespreek dat McBride nie 'n geskikte kandidaat was nie, omdat hy, ten spyte daarvan dat hy amnestie ontvang het, 'n misdadiger en moordenaar was. Verder het die koerant verwys na wat McBride se "dubious flirtation with alleged gun dealers in Mozambique" in 1998 genoem is.

McBride het die koerant en die betrokke joernaliste weens laster gedagvaar. Die verweer van die kant van die koerant was dat die kommentaar oor 'n aangeleentheid wat van openbare belang was, gehandel het, dat dit billike kommentaar was en dat die feite waarop die kommentaar berus het, die waarheid was. In die hooggeregshof het McBride geslaag en genoegdoening van R200 000 is aan hom toegestaan. In die hoogste hof van appèl is die genoegdoeningsbedrag na R150 000 verminder op sterkte van 'n bevinding dat McBride nie

daarin geslaag het om laster te bewys met betrekking tot die bewering oor wapenhandelaars nie.

Die koerant het daarop na die konstitusionele hof geappelleer en McBride het 'n kruisappèl geloods oor die vermindering van die bedrag vir genoegdoening. Die hof beslis dat die amnestie wat McBride ontvang het, nie die verwysing na hom as misdadiger en moordenaar onwaar gemaak het nie. Volgens die beslissing van die hof hoef beskermde kommentaar nie eers billik en regverdig te wees nie: kritiek van hierdie aard word regtens beskerm, selfs as dit ekstreem, onbillik, ongebalanseerd, oordrewe en bevooroordeeld is, solank dit sonder kwaadwilligheid uitdrukking gee aan 'n eerlike mening oor 'n saak van openbare belang en die feite wat weergegee word, waar is.

Die uiteinde van die saak was dat die koerant se appèl geslaag het en McBride se kruisappèl nie. Die hof het egter om 'n ander rede genoegdoening van R50 000 aan McBride toegestaan, naamlik op grond van 'n valse bewering deur die koerant dat hy geen berou getoon het oor die sterftes wat hy veroorsaak het nie.

Mnr. McBride is ook weens latere optrede tydens sy hoofskap van Ekurhuleni se metropolitaanse polisie omstrede, maar desnieteenstaande is sy aanstelling as hoof van die Onafhanklike Polisie-ondersoekdirektoraat vroeg in 2014 by meerderheidstem deur 'n komitee van die nasionale vergadering goedgekeur: onverbloemde "kaderontplooiing".

5.5 Gebrekkige diplomatieke beskerming

'n Laaste voorbeeld (onder verskeie ander) waarna hier verwys kan word, is die sake van mnr. Von Abo,⁵⁷ 'n Suid-Afrikaner wat uitgebreide finansiële en landboubelange in Zimbabwe gehad het toe sy eiendom daar sonder vergoeding in 1997 deur die Zimbabwiese regering onteien is. Von Abo het hom meermale tot die Suid-Afrikaanse regering om hulp en diplomatieke beskerming gewend.

Toe hy nie die nodige ondersteuning van die regering kry nie, het hy hom in 2007 tot die hooggeregshof in Pretoria gewend. Die hof verklaar die optrede van die regering om nie rasioneel, toepaslik en te goeder trou Von Abo se aansoek om diplomatieke beskerming te oorweeg en daaroor te besluit nie, ongeldig en in stryd met die Grondwet en beveel die regering om sy koste te betaal. Die hof verklaar egter verder dat mnr. Von Abo 'n reg op diplomatieke beskerming gehad het en dat die regering 'n grondwetlike verpligting gehad het om hom te beskerm. Die hof beveel die regering om die nodige stappe te doen om die beskerming aan hom te verleen en om voor 'n bepaalde datum aan die hof te rapporteer watter stappe gedoen is. Verder het die hof verklaar dat die president op ongrondwetlike wyse versuim het om Von Abo se landbou- en eiendomsbelange in Zimbabwe deur diplomatieke middele te beskerm.

Sodanige bevel van ongrondwetlikheid van presidensiële optrede is volgens die voorskrifte van artikel 172(2)(a) van die Grondwet na die konstitusionele hof vir bevestiging verwys. Daar is daar namens die president geargumenteer dat die verwysing in artikel 172(2)(a) na optrede van die president nie diplomatieke beskerming ingesluit het nie, aangesien dit op die terrein van die uitvoerende gesag en nie van die staatshoof nie lê, en dat die konstitusionele hof dus nie daarmee kon handel nie. Die hof het die president gelyk gegee, aangesien diplomatieke beskerming op die terrein van die Departement van Buitelandse Sake lê. Nietemin het die hof aangedui dat nóg die president nóg enige staatsdepartement teen die beslissing van die hooggeregshof geappelleer het, met die gevolg dat laasgenoemde beslissing en die verligting wat in Bloemfontein aan mnr. Von Abo toegestaan is, onveranderd bly geld het.

Dit was egter steeds nie die einde van die saak nie. Nou het die regering besluit om na die hoogste hof van appèl te appelleer teen die uitspraak van die hooggeregshof in Pretoria. Die regering se appèl slaag, behalwe wat die ongrondwetlikheid van sy hantering van Von Abo se versoeke en die kostebevel betref. Vir Von Abo was dit sekerlik 'n skrale troos, aangesien dit neergekom het op 'n teregwyding van die regering sonder enige positiewe gevolge wat betref die skade wat hy in Zimbabwe gely het.

Die uitspraak van die hoogste hof van appèl het berus op bevindings in ander sake wat vroeër oor diplomatieke beskerming beslis is.⁵⁸ In hierdie sake is onderskei tussen die internasionale reg (volkereg) en munisipale (binnelandse) reg rakende die verhouding tussen die staat en die burger wanneer dit oor diplomatieke beskerming gaan. In wese het die hof in 'n reeks sake bevestig dat Suid-Afrikaanse burgers daarop geregtig is om die regering om diplomatieke beskerming te nader, maar dat die burger nie regtens van die regering spesifieke beskerming kan eis nie.

6. Embrionale of progeriese⁵⁹ konstitusionalisme?

Opposisiepolitië en Afrika-pessimiste kan daartoe neig om die afgelope 20 jaar te projekteer as 'n konstante tendens weg van die ideaal van regstaatlike konstitusionalisme. Die teenkant van die muntstuk kan 'n optimistiese oorbeklemtoning wees van die suksesvolle algemene verkiesings sedert 1994, van statistiek wat vertolk kan word as ekonomiese groei en sosiale opheffing, en aanhaling van uitgebreide wetgewing wat daarop gemik is om gelykheid en regstelling te bewerkstellig.

'n Meer gebalanseerde assessering kan egter verwag word as die vraag gevra word of konstitusionalisme in Suid-Afrika die eienskappe van 'n lewensvatbare embryo het en of dit soos 'n onderontwikkelde en onomkeerbaar degenererende liggaam met 'n kort lewensverwagting gesien moet word.

'n Siëning wat die lewensvatbaarheid beklemtoon, kan daarvan uitgaan dat konstitusionalisme onlangs hier geresipieer is en tyd nodig het om ingewortel te raak voordat dit ten volle kan gedy. Die diagnose van konstitusionele progerie kan daarvan uitgaan dat die grondwetlike en politieke wonder van 1994 al die elemente van volwasse konstitusionalisme daargestel het, maar dat die struktuur daarvan stelselmatig uitgekalwe word deur onverantwoordelike owerhede wat in elk geval geen flenter omgee vir die sentimente waarop dit gefundeer is nie.

Aangesien sterk elemente van elk van die twee toestande in die gangbare staatspraktyk waargeneem kan word, kan 'n onomwonde antwoord op die vraag waarheen konstitusionalisme in die land op pad is, nie gegee word nie – per slot van rekening is daar te veel politieke, ekonomiese, sosiale en globale veranderlikes wat die toekomstige verloop van sake beïnvloed om selfs 'n tendens met sekerheid te voorspel. Dit is egter moontlik, en ook nuttig as meetinstrument, om enkele tersaaklike kontrasterende embrionale en progeriese verskynsels teen die agtergrond van die bogemelde elemente van konstitusionalisme te identifiseer:

Embrionaal	Progeries
Die onafhanklike en kreatiewe grondwetlike regspraak van die afgelope 20 jaar is sonder twyfel van wêreldgehalte (hoewel dit kommerwekkend is dat minderheidsuitsprake soms in die teenoorgestelde rigting neig).	Daar is sedert ten minste 2006 swak-vermomde pogings van die regering om 'n politieke greep op die regsprekende gesag en die regsberoepe te verkry.

Die bestuur van demokratiese verkiesings deur die Onafhanklike Verkiesingskommissie was tot dusver grootliks bo verdenking.	Twyfel kan bestaan of die breë kieserskorps, wat oorhoofs geneig is om stemkeuses aan die hand van rassevoorkeure (of -vooroordele) te maak, waarlik 'n demokratiese ingesteldheid het.
Die legaliteit van wetgewing staan vas deurdat bekende en neergelegde prosesse gewoonlik deur wetgewers nagekom word.	Koukusdissipline, letargiese afgevaardigdes/lede en die marginalisering van minderhede kenmerk die meeste wetgewende prosesse.
Vryheid van uitdrukking, waaronder media- en spraakvryheid, word oor die algemeen deur die owerheid erken.	Aktiewe pogings om beperkende beheer oor openbare inligting te bekom, is aan die orde van die dag.
Kultuur- en godsdiensgroeperinge word nie van owerheidsweë aan bande gelê nie	Geen geloofwaardige pogings word van staatsweë aangewend om diverse taalbelange te bevorder nie en sekularisme word in die skoolkurrikula bo denominasionele godsdiensonderrig bevorder.
Suid-Afrika is 'n ondertekenaar van 'n wye spektrum internasionale instrumente wat uitdrukking gee aan ideale wat met konstitusionalisme strook.	Die nakoming deur Suid-Afrika van die gees van verskeie volkeregtelike instrumente is onder verdenking.

7. Toekomsscenario's

Die geskiedenis van Suid-Afrika en sy mense kon nog nooit werklik liniêr beskryf word nie. Enersyds kan van 'n historikus (soos van die meeste sosiale wetenskaplikes) by wyse van spreke gesê word dat waar jy staan (jou interpretasie van en standpunte oor gebeure), afhang van waar jy sit (jou uitgangspunte). Die toekoms is egter veel meer objektief, omdat dit nie van beskrywing afhang nie, maar van gebeure. Enige naastenby geloofwaardige weergawe van die geskiedenis leer ons egter dat belangwekkende staatsverwante veranderinge gewoonlik met dramatiese gebeure gepaard gegaan het, waaronder die Groot Trek, die Mfecane, die Britse anneksasie van die republieke, die Unie se uittrede uit die Statebond gevolg deur Republiekwording, die Freedom Charter, die koue oorlog op eie bodem en in Suider-Afrika, radikale verandering van leierskapstyl in 1989, die eerste inklusiewe verkiesing in 1994 en die buitewetlike afdanking van president Mbeki.

Oor soortgelyke moontlike rigtingveranderende gebeure in die toekoms kan net bespiegel word. Om 'n politokologiese voorspelling te probeer maak of te impliseer val nie binne die kader van hierdie bydrae nie, maar die volgende scenario's kan gekonstrueer word ten einde die oorlewingsmoontlikhede van konstitusionalisme in Suid-Afrika onder verskillende omstandighede te beoordeel:

A. Die benadering van die ANC-geleide regering tot die sake wat vir die behoud van konstitusionalisme belangrik is, bly onveranderd oor 'n betekenisvolle tydperk.

B. 'n Interne leierskapsverandering van die ANC of 'n meerderheidskoalisie tussen 'n faksie van die ANC en (n) ander party(e) bring 'n wesenlike gesindheidsverandering by die regering teweeg waardeur die politieke wil om konstitusionalisme te bevorder, herleef.

C. Die ANC word deur die stembus as meerderheidsparty in die parlement uit die kussings gelig deur 'n party of koalisie wat die ideale van konstitusionalisme ten volle onderskryf.

D. Die ANC voer onder die druk van verlies aan populêre demokratiese meerderheidsteun 'n staatsgreep uit as logiese uitvloeisel van die sogenaamde National Democratic Revolution.

Die implikasies vir die toekoms van konstitusionalisme in Suid-Afrika van elk van hierdie scenario's kan die volgende wees:

A: Die ekonomiese, sosiale en juridiese vermoë van die land om tot 'n gebalanseerde regstaat te ontwikkel wat die eienskappe van konstitusionalisme vertoon, verminder eksponensieel. Die oorsake van hierdie degenerering sluit in die gebrek aan politieke wil en om die arbeidsregbedeling en oneffektiewe staatsadministrasie om te keer, en die gevolglike tekort aan hulpbronne om armoede en werkloosheid te bekamp en om die land se energie- en omgewingsprobleme op te los. Die politieke oogmerk om totalitêre beheer oor alle gesagsmiddele van die staat, waaronder die regsprekende gesag, te bekom, hou ook geen bemoediging vir die kweek van 'n kultuur van konstitusionalisme in nie.

B: Hierdie scenario veronderstel dat die leierskapsverandering of koalisie die nuwe leierskader in 'n sterk genoeg posisie plaas om radikale beleidsveranderinge teweeg te bring, waaronder die verwydering van die beleidskonsepte onderliggend aan die National Democratic Revolution,⁶⁰ die verlening van voorrang aan kundigheid en vermoë in die openbare lewe bo politieke lojaliteit, en die ontwikkeling van die politieke wil om korrupsie en wanadministrasie uit openbare dienslewering te weer, om verantwoordelike optrede op die vakbondwese af te dwing en om die eerlike onderskrywing van die gees van die Grondwet uit te leef. Sou dit alles gebeur, kan die elemente van konstitusionalisme herleef, hoewel dit waarskynlik minstens een parlementêre termyn sal verg om die huidige degenererende tendense om te keer.

C: 'n Regeringswisseling sal ná 20 of 25 jaar van 'n oorweldigende parlementêre meerderheid besondere eise aan die nuwe regering stel. Sonder twyfel sal ingrypende optrede nodig wees om die huidige trant weg van die ideale van konstitusionalisme te stuit en om te keer, gegewe die geweldige skaal van die heersende onbekwaamheid en vaardigheidsgebrek in alle sektore van die openbare dienslewering sinistansies, voorspelbare ondermyning van nuwe regeringsdoelwitte deur die ontplooiende ANC-kaders in die staatsadministrasie en die waarskynlike massamobilisering teen die regering op 'n skaal soortgelyk aan dié van die vroeë negentigerjare. Nietemin, en mits die nuwe regering voldoende samehorigheid en doelgerigtheid kan mobiliseer, kan dit tot 'n wending ten gunste van konstitusionalisme lei, hoewel verwag kan word dat dit meer as een parlementêre termyn sal verg om die huidige negatiewe tendens betekenisvol om te keer.

D: In die lig van die feit dat die ANC se selfbegrip nie dié van 'n politieke party is nie, maar steeds van 'n revolusionêre vryheidsbeweging,⁶¹ is dit nie ondenkbaar nie, hoewel hoogs ontstellend, dat 'n dreigende demokratiese magsverlies radikale elemente in die organisasie daartoe kan bring om buitewetlik op die staatsmag beslag te lê. Uiteraard sal dit die einde van Suid-Afrikaanse konstitusionalisme beteken tot tyd en wyl 'n nuwe grondwetlike wonder soos dié van 1993/94 kan plaasvind.

Opsommend dring realisme 'n mens daartoe om tot die gevolgtrekking te kom dat konstitusionalisme, ongeag welke politieke scenario in die toekoms ontvou, in Suid-Afrika in die moeilikheid is en dat die terugkeer na 'n pad waarop die grondwetlike ideale van 1994 verwerklik kan word, moeisaam sal wees. Ons moet egter nie vergeet nie dat konstitusionalisme se wortels in hierdie land vlak is, dat die grond waarin dit geplant is, klipperig is en dat 20 jaar betreklik min is om 'n grondwetgefundeerde kultuur te vestig

waarvan die grondslae nie inheems is nie, maar die globale voorkeure van hierdie era weerspieël.

Die geskiedenis leer ons egter dat Suid-Afrikaners oor die algemeen merkwaardig aanpasbaar is, dat drastiese koersveranderinge al meermale effektief geabsorbeer is en dat onvoorspelbare positiewe wendings nooit as onmoontlik beskou kan word nie: per slot van rekening is die eiemagtige bepaling van die lotgevalle van "volke en nasies en tale" buite menslike bereik.

Bibliografie

Alexander, L. (red.). 1998. *Constitutionalism – philosophical foundations*. Cambridge: Cambridge University Press.

ANC. 2012. *Organisational renewal – Building the ANC as a movement for transformation and a strategic centre of power. A discussion document towards the National Policy Conference*. <http://www.anc.org.za/docs/discus/2012/organisationalrenewalf.pdf> (20 Maart 2014 geraadpleeg).

—. 2012–2. *Strategy & tactics of the ANC – December 2012*. <http://www.anc.org.za/docs/pol/2013/strategyp.pdf> (21 Maart 2014 geraadpleeg).

Backer, L.C. 2009. Theocratic constitutionalism: An introduction to a new global legal ordering. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16:85–172.

Beyers, C., P. Venter, J.L.M. Franken, H.B. Thom, C.G. Botha en J.H. Breytenbach (reds.). 1947. *Argiefjaarboek vir Suid-Afrikaanse geskiedenis*. Tiende jaargang. Kaapstad: Staatsdrukker.

Bryson, B. 2010. *At home – a short history of private life*. Londen: Black Swan.

Cory, G.E. 1965. *The rise of South Africa*. Volume 1. Kaapstad: Struik.

Croxton, D. en A. Tischer. 2002. *The Peace of Westphalia*. Westport: Greenwood Press.

Davenport, T.R.H. 1977. *South Africa – a modern history*. Tweede uitgawe. Johannesburg: Macmillan.

Feudalism. 2013. Columbia Electronic Encyclopedia. 6de uitgawe. September 2013. <http://www.infoplease.com/encyclopedia/history/feudalism-history-feudalism-europe.html> (1 Julie 2014 geraadpleeg).

Frishman, M. en S. Muller (reds.). 2010. *The dynamics of constitutionalism in the age of globalisation*. Den Haag: Asser Press.

Genetics Home Reference. 2007. <http://ghr.nlm.nih.gov/condition/hutchinson-gilford-progeria-syndrome> (21 Maart 2014 geraadpleeg).

Ghai, Y. 1991. The theory of the state in the Third World and the problem of constitutionalism. *Connecticut Journal of International Law*, 6:411–23.

- Glenn, H.P. 2013. *The cosmopolitan state*. Oxford: Oxford University Press.
- Greenberg, D., S.N. Katz, S.C. Wheatley en M.B. Oliviero. (reds.). 1993. *Constitutionalism and democracy – transitions in the contemporary world*. Oxford: Oxford University Press.
- Hahlo, H.R. en E. Kahn. 1960. *South Africa – The development of its laws and constitution*. Kaapstad: Juta.
- Hale, M. 1976. Prerogativa Regis. In Yale (red.) (1976).
- Hirschl, R. en C.L. Eisgruber. 2006. Prologue: North American constitutionalism? *International Journal of Constitutional Law*, 4(2):203–11.
- Hugo, M.J. 1947. Die stemregvraagstuk in die Zuid-Afrikaansche Republiek. In Beyers e.a. (reds.) (1947).
- Klare, K. 1998. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, 14:146–88.
- Krisch, N. 2010. *Beyond constitutionalism: the pluralist structure of postnational law*. Oxford: Oxford University Press.
- Langeveldt, V. 2012. The Chapter 9 institutions in South Africa. *Southern African Catholic Bishops' Conference – Parliamentary Liaison Office – Briefing Paper 287*. http://us-cdn.creamermedia.co.za/assets/articles/attachments/39093_cplo_the_chapter_9_institutions_in_south_africa_april_2012.pdf(21 Maart 2014 geraadpleeg).
- La Torre, M. 2007. *Constitutionalism and legal reasoning*. Dordrecht: Springer.
- Lindemann, H., N. Malaviya, A. Hanebeck, F. Hanschmann, R. Nickel en T. Tohidipur. (reds.). 2012. *Erzählungen vom Konstitutionalismus*. Baden-Baden: Nomos.
- O'Brien, R. 2005. Amnesty and international law. *Nordic Journal of International Law*, 74(2):261–78.
- Oomen, B. 2010. Soul of a nation? The inception, interpretation and influence of South Africa's 1996 Constitution. In Frishman en Muller (reds.) (2010).
- Ramcharan, B.G. 2010. Constitutionalism in an age of globalisation and global threats. In Frishman en Muller (reds.) (2010).
- Resnik, J. 2013. Globalization(s), privatization(s), constitutionalization, and statization: Icons and experiences of sovereignty in the 21st Century. *International Journal of Constitutional Law*, 11:162–99.
- Sadurski, W., A. Czarnota en M. Krygier (reds.). 2006. *Spreading democracy and the rule of law? The impact of EU enlargement on the rule of law, democracy and constitutionalism in post-communist legal orders*. Dordrecht: Springer.
- Schwöbel, C.E.J. 2010. Organic global constitutionalism. *Leiden Journal of International Law*, 23(3):529–53.

Spitz, R. en M. Chaskalson. 2000 *The politics of transition – a hidden history of South Africa's negotiated settlement*. Oxford: Hart.

Venter, F. 1981. *Die staatsreg van afsonderlike ontwikkeling*. Potchefstroom: Potchefstroomse Universiteit vir CHO.

—. 2010. Liberal Democracy: the unintended consequence. South African constitution-writing propelled by the winds of globalisation. *South African Journal on Human Rights*, 26:45–65.

—. 2012. Confusing grace with amnesia: Reviewing acts of the head of state. *Constitutional Court Review*, 4:167–88.

Vorländer, H. 2012. Die Verfassung vor, nach, über und unter dem Staat. Die Konstitutionalismusdebatte in der Suche nach einem anderen Verfassungsbegriff. In Lindemann e.a. (reds.) (2012).

Wilms, H. 2007. *Staatsrecht I*. Stuttgart: Kohlhammer.

Yale, D.E.C. (red.). 1976. *Sir Matthew Hale's The prerogatives of the king*. Londen: Seldon Society.

Eindnotas

¹ Die South Africa Act 1909 waardeur die Unie van Suid-Afrika tot stand gekom het, het op 31 Mei 1910 in werking getree.

² Die Republiek het op 31 Mei 1961 tot stand gekom ingevolge die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 32 van 1961.

³ Ingevolge die voorrede van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993, wat op 27 April 1994 in werking getree het, was dit die bedoeling "om 'n nuwe bestel te skep waarin alle Suid-Afrikaners geregtig sal wees op 'n gemeenskaplike Suid-Afrikaanse burgerskap in 'n soewereine en demokratiese regstaat".

⁴ Vgl. bv. Venter (1981).

⁵ Glenn (2013:63–107) beskryf hierdie prosesse voortreflik en kompak.

⁶ Feodalisme is in Frankryk deur die Franse revolusie tot 'n einde gebring en in ander dele van Europa, soos Duitsland, eers deur die loop van die 19de eeu: vgl. bv. Feudalism (2013).

⁷ Glenn (2013:20–7).

⁸ Vgl. bv. die onderhoudende beskrywing van lewensomstandighede van daardie tye deur Bryson (2010).

⁹ Columbus, tydgenoot van Dias, het die bestaan van die Amerikaanse vasteland tussen 1492 en 1501 vasgestel.

¹⁰ Die Vrede van Wesfale, wat allerweë as historiese verwysingspunt vir die ontstaan van staatsoewereiniteit beskou word, is in 1648 gesluit. Vgl. bv. Croxton en Tischer (2002).

¹¹ Vgl. bv. Davenport (1965:57, 146).

¹² Vgl. bv. Hahlo en Kahn (1960:51–2).

¹³ Die oorloë het gestrek van byvoorbeeld die veroweringstogte (bekend as die Mfecane) vroeg in die 19de eeu van Mzilikaze deur wat later die Transvaal geword het, die reeks sg. grensoorloë tussen verskeie Xhosastamme, die trekboere en Britse setlaars in die Oos-Kaap, veldslae tussen Zoeloeleërs en Voortrekkergroepe en later Britse magte, "strafekspedisies" deur kommando's van die ZAR en Vrystaatse Republiek teen verskeie swart stamme en die twee koloniale veroweringsoorloë van Brittanje teen die Boererepublieke tot 20ste-eeuse konflikte gedurende twee Wêreldoorloë en die lae-intensiteit-grensoorlog as 'n plaaslike verskynsel van die sg. koue oorlog op Afrika-bodem.

¹⁴ Vgl. bv. die vertolking en aangehaalde bronne in Hugo (1947:1).

¹⁵ Vgl. bv. Davenport (1965:63).

¹⁶ In 2012 het 'n nuwe tydskrif met 'n sprekende titel tot stand gekom: *Global Constitutionalism*, wat deur Cambridge University Press gepubliseer word. Nieteenstaande die moontlikheid om verskeie soorte konstitusionalisme in die literatuur te identifiseer, vind Schwöbel (2010:533) 'n stuk of vyf sleuteltemas wat in die volkeregtelike konteks daarmee tot uitdrukking gebring word, nl. die verdeling van gesag onder verskeie gesagsdraers, gesagsuitoefening of regering deur die institusionalisering van die gesag, die sentrale belang van individuele regte, 'n idealistiese perspektief op 'n sosiale waardestelsel en die standaardisering van die reg. Sien verder bv. Krisch (2010).

¹⁷ Vorländer (2012:23–4).

¹⁸ Oomen (2010).

¹⁹ Ramcharan (2010:18).

²⁰ Backer (2009:93).

²¹ Ghai (1991:412).

²² Klare (1998).

²³ Venter (2010).

²⁴ Alexander (1998); Hirschl en Eisgruber (2006); Greenberg e.a. (1993); Sadurski, Czarnota en Krygier (2006); La Torre (2007).

²⁵ 'n Onlangse voorbeeld is Resnik (2013).

²⁶ 'n Betroubare weergawe van hierdie proses is te vinde in Spitz en Chaskalson (2000).

²⁷ *Certification of the Amended Text of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 1996 4 SA 744 (KH).

²⁸ Die volgende stelling verskyn in ANC (2012, par. 106.c.): "One of the consequences of lack of coherent cadre policy in the current period is that we have been deploying comrades into positions of serious responsibility and authority without adequate preparation. This is tantamount to sailing into the deep seas without a compass, or giving enthusiastic activists weapons to go and carry out operations without basic military training. As a result, this has discredited cadre deployment and destroyed some of our comrades who ultimately could not perform and had to be removed. Going forward, we should ensure that no cadre is deployed into a position without any proper training and preparation. Massive political education and academic training of ANC members is therefore crucial for the survival of the ANC as a progressive force and its success as a capable governing party."

²⁹ Art. 83(a) van die Grondwet, 1996.

³⁰ Art. 91(2) van die Grondwet.

³¹ Artt. 202(1), 207(1) en 209(2) van die Grondwet.

³² Art. 73(2) van die Grondwet.

³³ Art. 86(1) van die Grondwet.

³⁴ Daar is ook ander historiese voorbeelde, soos die Duitse Paulskirchenverfassung van 1849, wat deur onderdrukking van die ou orde tot niet gemaak is, maar tog later invloedryk in die Duitse grondwetlike geskiedenis was: vgl. bv. Wilms (2007:2–3).

³⁵ Hier word die term *transformasie* in die normale taalkundige betekenis van die woord gebruik, m.a.w. "radikale verandering", en nie in die gepolitiseerde betekenis van selektiewe groepsbevoordeling nie. Die ANC se "National Democratic Revolution" is die hoeksteen van die politieke transformasieproses, soos wat telkens in beleidsdokumente, soos ANC (2012–2, par. 5), herhaal word: "The main content of the National Democratic Revolution (NDR) therefore remains the liberation of Africans in particular and Blacks in general from political and socio-economic bondage."

³⁶ Vgl. bv. Langeveldt (2012:3).

³⁷ Dit is die eksplisiete beleid van die ANC om o.m. die staatsdiens d.m.v. "cadre deployment" te domineer. In bv. ANC (2012–2, par. 128) word dit soos volg gestel: "In order for it to exercise its vanguard role, the ANC puts a high premium on the involvement of its cadres in all centres of power. This includes the presence of ANC members and supporters in state institutions."

³⁸ Vgl. bv. die feite in *Lourens v President van die Republiek van Suid-Afrika* 2013 1 SA 499 (GNP).

³⁹ Eensydige rasgebaseerde bevoordeling (wat geensins vanselfsprekend uit art. 9 voortspruit nie) is by wyse van arbeids- en ekonomiese wetgewing geïstitutionaliseer: 'n prominente voorbeeld hiervan is "regstellende aksie" gemagtig deur o.m. die Employment Equity Act 55 van 1998, die Promotion of Equality and the Prevention of Unfair Discrimination Act 4 van 2000 en gedwonge oordrag van bates aan swart persone ingevolge die Broad-Based Black Economic Empowerment Act 53 van 2003, asook die regulasies en gedragskodes wat ingevolge lg. wet gepromulgeer is.

⁴⁰ Vgl. Venter (2010).

⁴¹ Die uiteinde van die aangeleentheid het gekulmineer in *Albutt v Centre for the Study of Violence and Reconciliation* 2010 3 SA 293 (KH), *Minister of Justice and Constitutional Development v Chonco* 2010 4 SA 82 (KH) en die *Chonco v President of The Republic of South Africa* 2010 (6) BCLR 511 (KH).

⁴² Sien bv. Hale (1976:ix–xi). Sir Matthew Hale was die hoofregter van die King's Bench van 1671 tot 1676.

⁴³ Sien bv. Hahlo en Kahn (1960:128).

⁴⁴ Art. 7(3)(f) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 32 van 1961 en artt. 6(4) en 19(1)(b) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 110 van 1983.

⁴⁵ Art. 84(2)(j) van die Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

⁴⁶ Sien bv. O'Brien (2005:262–5).

⁴⁷ Vir 'n breedvoeriger behandeling hiervan, sien Venter (2012).

⁴⁸ *Glenister v President of the Republic of South Africa* 2011 3 SA 347 (KH).

⁴⁹ Par. 248 van die uitspraak.

⁵⁰ *Head of Department: Mpumalanga Department of Education v Hoërskool Ermelo* 2010 2 SA 415 (KH).

⁵¹ *MEC for Education in Gauteng Province v Governing Body of the Rivonia Primary School* 2013 6 SA 582 (KH).

⁵² Par. 56 van die uitspraak.

⁵³ Par. 2 van die uitspraak.

⁵⁴ Parr. 64–8 van die uitspraak.

⁵⁵ Par. 75 van die uitspraak.

⁵⁶ *The Citizen 1978 (Pty) Ltd v Robert John McBride* 2011 4 SA 191 (KH).

⁵⁷ *Government of the Republic of South Africa v Von Abo* 2011 5 SA 262 (HHA) en *Von Abo v Government of the Republic of South Africa* 2009 5 SA 345 (KH).

⁵⁸ *Kaunda v President of the Republic of South Africa and Others* 2005 4 SA 235 (KH) en *Van Zyl v Government of the Republic of South Africa* 2008 3 SA 294 (HHA).

⁵⁹ Die sogenaamde Hutchinson-Gilford Progeria-sindroom is die genetiese afwyking wat gemanifesteer word in die voorkoms van veroudering op 'n baie vroeë leeftyd. Sien bv. Genetics Home Reference (2007).

⁶⁰ Sien n. 35 hier bo.

⁶¹ Hoewel die ANC vir verkiesingsdoeleindes as politieke party geregistreer is, staan die volgende in ANC (2012–2, par. 135): “The ANC cannot conduct itself as an ordinary electoral

party. It cannot behave like a shapeless jellyfish with a political form that is fashioned hither and thither by the multiple contradictory forces of sea-waves.”