

Die Suid-Afrikaanse regering se agteruitgang in sy benadering tot die beskerming teen internasionale mense- en humanitêre regsvergrype met verwysing na Suid-Afrika se onttrekking uit die Internasionale Strafhof, die moratorium op die tribunaal van die Suider-Afrikaanse Ontwikkelingsgemeenskap (SAOG) en die realistiese kans op die vestiging van 'n houdbare permanente Afrika-strafhof

Neels Swanepoel

C.F. (Neels) Swanepoel, Departement Publiekreg, Universiteit van die Vrystaat

Opsomming

Die Suid-Afrikaanse regering se voorneme om aan die Internasionale Strafhof (ISH) te onttrek, is 'n verdere kommerwekkende teken van 'n oënskynlik kwynende politieke wil van die regering en sekere Afrika-state om Suid-Afrikane en ook Afrikane teen menseregtevergrype te beskerm en van toegang tot howe te verseker. Hierdie bydrae lewer kommentaar op die Suid-Afrikaanse regering se reaksie op ernstige menseregteskendings aan die hand van die Soedannese geval (wat moontlik die deurslag gegee het tot die regering se besluit om aan die ISH te onttrek), asook die moratorium op die werksaamhede van die tribunaal van die SAOG. Wat Soedan betref, is 'n sentrale uitgangspunt van die Statuut van Rome én die Suid-Afrikaanse wet wat ter implementering daarvan uitgevaardig is, dat daar nooit enige verweer van individuele immuniteit kan bestaan teen die misdrywe waarvoor die ISH jurisdiksie het nie. Dit is onwaarskynlik dat die land 'n verdrag sou sluit én wetgewing sou uitvaardig sonder om van sy gepaardgaande nasionale en internasionale verpligtinge bewus te wees. Daarom toon Suid-Afrika se ignorering van die ISH se lasbrief vir die Soedannese president Al-Bashir, se inhegtenisname dat die politieke wil van die Suid-Afrikaanse regering sedert sy toetreding tot die ISH drasties getaan het. Met betrekking tot die SAOG en sy tribunaal dui die hele proses om die tribunaal se werksaamhede op te skort, ten gunste waarvan Suid-Afrika gestem het, daarop dat individue van toegang tot die reg ontnem is, ondanks die lofwaardige uitsprake en ooreenkomste oor die beskerming van menseregte in die SAOG-verdrag. Die Prokureursorde van Suid-Afrika (LSSA – Law Society of South Africa) se hofaansoek in hierdie verband word bespreek en die uiteindelijke uitspraak word met belangstelling afgewag. Teen hierdie betreklik sombere agtergrond word

daar ten slotte besin oor die realistiese kans op die daarstelling van 'n geloofwaardige en volhoubare straf-en-geregtigheidshof vir Afrika binne die afsienbare toekoms.

Trefwoorde: Internasionale Strafhof (ISH); menseregteskendings; moratorium op SAOG-tribunaal; politieke wil; Soedan; Suid-Afrika

Abstract

The South African government's regression in its approach to the protection of international human and humanitarian rights with reference to South Africa's withdrawal from the International Criminal Court, the moratorium on the tribunal of the Southern African Development Community (SADC) and the realistic chance of the establishment of a sustainable permanent African criminal court

This article uses the South African government's notice to withdraw from the International Criminal Court (ICC) and its conduct in support of a moratorium on the SADC tribunal to illustrate the regression of its political will to protect individuals against international human and humanitarian rights atrocities. Besides the preceding general statement, the article concludes that the most worrying aspect of the South African government's conduct is that its conduct fails constitutional muster and is therefore unlawful. In respect of South Africa's obligations in terms of both the Statute of Rome (in the case of the ICC) and its conduct in support of the moratorium that has been placed on the SADC tribunal, it is further a cause for concern that in both instances these obligations have been explained to the government by, in particular, the Constitutional Court. As one scholar has put it, in the case of the ICC debacle the government has stooped to levels lower than any previous South African government, including the apartheid government, This is when the government not only flagrantly ignored a court order, but took active steps to support Al-Bashir's exit from South African soil. This illustrates the flagrant disrespect for one of the founding values of the South Africa's constitutional dispensation, namely the rule of law. There can be no doubt that as far as South Africa's notice of intention to withdraw from the ICC is concerned, it was caused by the Al-Bashir matter. Yet when the United Nations Security Council's referral of the Sudan matter to the ICC is considered, it appears to have been a rational, well-informed decision by that body in terms of its Chapter VII powers to restore international peace and security. What is perhaps the most astonishing aspect of this referral is the fact that the original resolution to refer the matter to the ICC was supported by South Africa and the African Union. Because the United Nations is a political body and not a court, the support of its original referral of the Sudan matter to the ICC must have logically implied that the ICC would deal with the matter in the manner for which the court had been established. This included the possibility of the indictment of individuals responsible for gross, planned and atrocious human and humanitarian rights violations. The impossibility of raising immunity as a defence on charges before the ICC, including immunity for serving heads and high officials of state, is without any doubt one of the central tenets on which current international criminal law and justice and the ICC itself are premised. The fact that South Africa has recognised this is borne out by the fact that it implemented it in its national legislation. As far as the moratorium which has been placed on the SADC tribunal is concerned, the Law Society of South Africa (LSSA) has challenged the government's conduct in supporting the moratorium. This article relies substantially on the papers filed in this application. The investigation illustrates the South

African government's failure to recognise that in conducting international affairs on behalf of the country, its conduct must pass South African constitutional muster. The constitutional imperative for the required government's conduct was clearly spelled out in the Constitutional Court (in context of the SADC tribunal): the right to access to courts is an element of the rule of law. Any limitation on individual access to the tribunal, which the amended SADC protocol has effected, and which was supported by the South African government, again illustrates its disrespect for the rule of law. Against the preceding pessimistic background the final part of this article investigates the realistic chances of establishing a credible and sustainable African court. This line of investigation is followed because reason dictates that the ICC withdrawal and the jurisdictional limitation of the SADC tribunal, imply that the South African government and the African Union must contemplate an alternative justice mechanism better suited to its needs. Logically it follows that if such an investigation reveals any conclusion that a credible and sustainable African court is unlikely in the foreseeable future, it demonstrates that the current South African government and many African states are not serious about gross human rights violations – in particular, that heads and high officials of state should be brought to justice. This part of the investigation starts with a brief illustration of the ideological agenda that underlies the African human rights regime. This regime is still informed by strong anti-colonialist and imperialist sentiments. Understandable as this may be in the light of South Africa's and the continent's past, protecting rogue heads and high officials of state attests to a regressive human rights approach. The regression is characterised by an insistence by many African states of their absolute state sovereignty. Such an insistence discounts the fact, as is pointed out in this article, that a UN Security Council referral to the ICC suspends a state's sovereignty if that country is unable or unwilling to cooperate with the court. The South African government's conduct in choosing AU instead of UN subservience is unlawful in international law. The South African courts in pronouncing on international treaty obligations provide clear guidance to the South African government and are a ray of hope in the country's democratic constitutional dispensation.

Keywords: human rights violations; International Criminal Court (ICC); moratorium on SADC tribunal; political will; South Africa; Sudan

1. Inleiding

Die nuus dat die Suid-Afrikaanse regering die land aan die Internasionale Strafhof (ISH) wil onttrek,¹ was skielik maar nie geheel en al onverwags nie. Die veelbesproke debakel oor die Soedannese president, Al-Bashir, was beslis die finale aanleiding vir die regering se besluit om lidmaatskap van die ISH te beëindig.² Nadat die hoogste hof van appèl in *The Minister of Justice and Constitutional Development v The Southern African Litigation Centre*³ die staat se appèl van die hand gewys het as strydig met artikel 10 van die Wet op die Implementering van die Statuut van Rome,⁴ het die regering hom tot die konstitusionele hof gewend. Volgens nuusberigte is dié appèl nou teruggetrek in die lig van Suid-Afrika se moontlike onttrekking aan die ISH.⁵

Die geluk by dié ongeluk is dat dit die Suid-Afrikaanse belastingbetaler ten minste die verdere reghoof spaar, en die konstitusionele hof die verleentheid om die regering nogmaals op Suid-Afrika se verpligtinge as lidstaat van die verdrag van Rome te moet wys. Dít is

immers reeds voorheen breedvoerig gedoen nadat die sogenaamde Zim-martelsaak die volle roete van hoë hof tot hoogste hof van appèl en, uiteindelik, die konstitusionele hof gevolg het – alles ook natuurlik met vergunning van die Suid-Afrikaanse belastingbetaler. Uiteindelik het die konstitusionele hof die aanvanklike uitspraak van die hoë hof bevestig.⁶ Bykomend hiertoe het die konstitusionele hof Suid-Afrika se lidlandverpligtinge ingevolge die SAOG-verdrag breedvoerig in *Government of the Republic of Zimbabwe v Fick* uitgelê.⁷

In die volgende paragrafe bespreek ek die Suid-Afrikaanse regering se optrede en reaksie op internasionale menseregtevergrepe op die vasteland aan die hand van die Soedannese geval, en die moratorium op die werksaamhede van die tribunaal van die SAOG. Daarna volg 'n bespreking van die realistiese kanse op die vestiging van 'n volhoubare permanente Afrika-straf-en-geregtigheidshof. Oorhoofs sal dan bepaal word of daar vordering of agteruitgang by die regering is wanneer dit kom by die beskerming van slagoffers van internasionale vergrepe.

2. Die geval van Soedan

Voordat die Soedannese geval bespreek word, is dit ter inleiding nodig om 'n paar algemene opmerkings te maak.

Internasionale strafregtelike geregtigheid kan nie in 'n vakuum, sonder die nodige politieke wil, geskied nie. Verder is die Verenigde Nasies (VN), as wêreldliggaam belas met die handhawing van internasionale vrede en veiligheid, 'n politieke instelling en nie 'n hof nie. Die VN behoort daarom, in gepaste gevalle, op 'n hof soos die ISH te kan staatmaak vir die ondersoek na en vervolging van individue wat hulle aan internasionale misdade skuldig maak. Juis daarom is artikel 13(b) van die Statuut van Rome ingevoeg wat regsbevoegdheid verleen aan die ISH oor 'n saak wat die VN ingevolge die bepalings van hoofstuk VII van die VN-handves na dié hof verwys. Alhoewel hoofstuk VII nie uitdruklik verwys na die ISH as 'n bepaalde stap wat dié liggaam mag doen om wêreldvrede en -veiligheid te bewerkstellig nie, kan aangeneem word dat sodanige verwysing na die hof nou gevestigde internasionale reg is.⁸ Artikel 13 is dus een van die middele waardeur die ISH se bevoegdheid oor 'n saak gevestig kan word, en dit is dan ook waarkragtens die lasbriewe vir die inhegtenisname van Al-Bashir uitgereik is.

Ten nouste verwant aan artikel 13(b) van die Statuut van Rome, is artikel 16. Hierdie artikel bepaal dat die ISH nie met 'n ondersoek of vervolging mag voortgaan indien die Veiligheidsraad van die VN deur middel van 'n resoluë ingevolge hoofstuk VII van die VN-handves die ISH versoek om die ondersoek of vervolging vir 'n tydperk van 12 maande te staak nie (welke tydperk ná verstryking hernu kan word).

Vir Suid-Afrika en die Afrika-Unie (AU) skyn dit nie soseer die bestaan van hierdie artikels te wees wat hul misnoeë met die ISH veroorsaak nie, maar eerder die Veiligheidsraad se oënskynlike weiering om gehoor te gee aan AU-versoeke dat ondersoeke en vervolging teen Afrika-hoofde en -hoëlui uitgestel moet word.⁹ Enige ondersoek na Afrika se betreklik onlangse reaksie op internasionale strafregtelike geregtigheid behoort dus die AU se verhouding met die VN en die redes daarvoor in gedagte te hou.

Daar is 'n verdere punt ter inleiding wat die Suid-Afrikaanse regering en sommige Afrika-lande, en bepaald die AU, oënskynlik dikwels uit die oog verloor. Met die uitsondering van drie gevalle behoort alle state tot die VN; en daardie lidmaatskap bring sekere verpligtinge mee wat voorrang geniet bo die verpligtinge voortspruitend uit lidmaatskap van kontinentale liggame soos die AU of die Europese Unie (EU). Wanneer die Suid-Afrikaanse regering en sommige lede van die AU al aangevoer het dat hulle botsende verpligtinge teenoor die ISH en die AU het, is dit aan die Suid-Afrikaanse regering verduidelik dat die Veiligheidsraad se verwysing van die Soedan-geval na die ISH by implikasie die soewereine immuniteit van Soedan, en bepaald Al-Bashir, opgeskort het.¹⁰ Ten spyte van hierdie verduideliking van die ISH aan die Suid-Afrikaanse regering vóór Al-Bashir se Suid-Afrikaanse besoek, het die regering hom in die land toegelaat en hom verder, in minagting van 'n Suid-Afrikaanse hofbevel, gehelp om die land te verlaat. Van der Vyver is verder heeltemal korrek in sy opsomming van die huidige internasionale regsposisie wanneer hy verklaar dat ten spyte van die soewereine immuniteitsbeginsel wat vervolging van dienende staatshoofde verbied, dié voorskrif betrekking het op vervolging in nasionale howe, en nie van toepassing is op vervolging van 'n staatshoof of hoë amptenaar in 'n internasionale hof nie.¹¹

Soos ek hier bo genoem het, was die gebeure met betrekking tot die Al-Bashir-geval waarskynlik die finale aanleiding tot Suid-Afrika se huidige dreigende onttrekking aan die ISH.

Daar was reeds aansienlike akademiese bespreking oor die Suid-Afrikaanse regering se hantering van die Al-Bashir-geval, en daarom gee ek hier onder 'n oorsigtelike blik op daardie gebeure.¹²

- a. Reeds op 26 Augustus 2003 het 'n eerste Veiligheidsraadsresolusie kommer oor die menseslagting in Soedan uitgespreek. Hierna volg 'n verdere drie resolusies voordat resolusie 1593 die situasie ingevolge die Veiligheidsraad se magte kragtens hoofstuk VII van die VN-handves na die ISH verwys.
- b. Resolusie 1593 is voorts geneem met inagneming van 'n 176 bladsy lange verslag van 'n internasionale kommissie van ondersoek wat kragtens Veiligheidsraadsresolusie 1564 ingestel is.¹³ Dié kommissie het onder meer die volgende bevind:

Based on a thorough analysis of the information gathered in the course of its investigations, the Commission established that the Government of the Sudan and the Janjaweed are responsible for serious violations of international human rights and humanitarian law amounting to crimes under international law. In particular, the Commission found that Government forces and militias conducted indiscriminate attacks, including killing of civilians, torture, enforced disappearances, destruction of villages, rape and other forms of sexual violence, pillaging and forced displacement, throughout Darfur. These acts were conducted on a widespread and systematic basis, and therefore may amount to crimes against humanity. The extensive destruction and displacement have resulted in a loss of livelihood and means of survival for countless women, men and children. In addition to the large scale attacks, many people have been arrested and detained, and many have been held incommunicado for prolonged periods and tortured. The vast majority of the victims of all of these violations have been from Fur, Zaghawa, Massalit, Jebel, Aranga and other so-called "African" tribes.

- c. Daarbenewens het die kommissie bevind dat die Soedannese howe nie die nodige stappe kon óf wou doen om die plegers van die misdade voor die gereg te bring nie. Duidelik het die Veiligheidsraad en die internasionale gemeenskap ook nie hier met sporadiese uitbarstings van geweld te doen gehad nie, maar met die ernstigste menseregteskendings en humanitêre vergrype denkbaar, wat die Soedannese regering en sy amptenare op beplande en stelselmatige wyse uitgevoer het. Om aan te toon wie die persoon Al-Bashir is wat die Suid-Afrikaanse regering besluit het om te beskerm, is Van der Vyver,¹⁴ se beligting van die situasie in Soedan hier gepas:

The charges against Al-Bashir before the ICC included acts of genocide of which the selected victims were members of (black) African tribes in the province of Darfur. Al Bashir allegedly was the Adolf Hitler of Africa who wanted to establish *ein Herrenvolk* in Sudan and, in the process of doing this, he sought the extinction and expulsion from the country of all peoples in Darfur who were not of Arab extraction. According to the Sudanese government, the violence in Darfur resulted in the deaths of about 10 000 people, but other estimates set the death toll at between 200 000 and 400 000. It caused the displacement of approximately 2.5 million of the total population of Darfur of 6.2 million people.

- d. Die verstommendste feit (gegewe die onttrekkingstappe uit die ISH deur Suid-Afrika en ander Afrika-lande) in die hele verloop en reaksie van dié lande op die Veiligheidsraad se verwysing van Soedan na die ISH, is dat resolusie 1593 nie net eenparig, sonder uitoefening van die vetoreg, aanvaar is nie, maar ook deur Afrika-state gesteun is.¹⁵
- e. Aangesien die VN-handves nie vir enige meganisme vir die ondersoek of vervolging van internasionale misdade voorsiening maak nie, was dit daarom net logies om die situasie na die ISH te verwys. Die Veiligheidsraad kon seker nog 'n ad hoc-straftribunaal soos met die internasionale straftribunaal vir Rwanda (oftewel die ICTR) op die been gebring het. Tog is die ISH tot stand gebring juis om te voorkom dat daar telkens so 'n ad hoc-tribunaal saamgestel word, omdat dit tydrowend, polities van aard en koste-ondoeltreffend is.¹⁶ Daarteenoor was die ideaal met die vestiging van die ISH juis om 'n permanente hof met kundige personeel, onder meer presoneel met kundige ondersoekvaardighede, daar te stel. As in ag geneem word hoe lank dit geneem het om die ISH op te rig, kan daar nie tot 'n ander slotsom gekom word as dat Suid-Afrika se onttrekking uit dié hof ondeurdag en 'n terugwaartse stap teen die beskerming van internasionale menseregteskendings is nie.

Gedagtig aan bostaande, asook Suid-Afrika (en die meeste Afrika-lande) se aanvanklike sterk steun vir die vestiging van die ISH, is die Suid-Afrikaanse regering se voorgenome onttrekking aan dié hof dus nie net ironies nie, maar 'n besliste teken dat die beskerming van menseregte op die vasteland tans ly onder 'n oordrewe soewereiniteitswaan by sommige Afrika-leiers, wat hul ampte misbruik om vervolging vry te spring. Ek sal hierdie sentiment hier onder belig. Hierdie waarneming blyk ook duidelik uit die optrede van die SAOG-tribunaal, wat hier onder bespreek word, waar die meerderheid van politieke hoofde van die SAOG versuim het om Zimbabwe se onwettige optrede te veroordeel. En terwyl die Suid-Afrikaanse *Rand Daily Mail* op 22 Januarie 2016¹⁷ berig dat die Suid-Afrikaanse president, Jacob Zuma, 'n direkte SAL-vlugroete van OR Tambo Internasionale Lughawe na Kartoem wou instel om solidariteit met Al-Bashir te toon, duur die menseregteskendings in Soedan

voort.¹⁸ Onder meer het Human Rights Watch op 31 Maart 2016 verslag gedoen dat vier afgevaardigdes van 'n Soedannese burgerlike organisasie deur Soedannese veiligheidsbeampes verhinder is om hoëvlaksamesprekings oor menseregte in Genève by te woon.¹⁹ Om hierdie paragraaf af te sluit, is die afleiding in die volgende aanhaling gepas:

Many successive administrations of the South African government have upheld a policy which has now come to be denounced internationally as a crime against humanity. However, insofar as undermining the rule of law are [sic] concerned, no government has throughout the history of South Africa stooped as low as the one currently in control.²⁰

In hierdie aanhaling verwys die skrywer na die Suid-Afrikaanse regering se minagting van die oppergesag van die reg.

Die bespreking wat nou volg, bied 'n goeie blik op die oënskynlike benadering, nie net teenoor internasionale strafgeregtigheid nie, maar juis ook teenoor die Grondwet wanneer internasionale betrekkinge en besluite namens Suid-Afrika deur die huidige regering geneem word.

3. Die SAOG-tribunaal²¹

Nog 'n voorbeeld van Suid-Afrika en sommige ander Afrika-lande se kwynende politieke wil om internasionale geregtigheid te verseker, blyk uit die LSSA se aansoek teen die Suid-Afrikaanse president en andere, waarin die LSSA die Gautengse afdeling van die hoë hof in Pretoria versoek om die gewysigde protokol in verband met die SAOG-tribunaal, wat by 'n leiersberaad in 2014 aanvaar is, ongrondwetlik te verklaar. In die volgende gedeeltes maak ek op die funderende en opponerende eedsverklarings in dié aansoek staat.²²

Volgens die applikant se funderende eedsverklaring is die doel van die aansoek om die hof te versoek om 'n verklarende bevel dat die hele proses om die SAOG-tribunaal op te skort,²³ die SAOG se versuim om regters in die tribunaal aan te stel, en alle stappe met die oog op Suid-Afrika se bekragtiging van die protokol van 2014 (wanneer en indien dit sou gebeur), ongrondwetlik is.²⁴ Wat dit volgens die applikant ongrondwetlik maak, is dat die ooglopende oogmerk van die proses is om burgers van hul gevestigde reg op toegang tot die tribunaal te ontnem en/of daarop inbreuk te maak. Soos met die Statuut van Rome, is Suid-Afrika 'n lid van en dus gebonde aan die SAOG-verdrag; en, soos met die Statuut van Rome, het die regering sekere verpligtinge wat daaruit spruit wat hy oënskynlik versuim om na te kom.

In teenstelling met die protokol van die SAOG-tribunaal van 2000, ontnem die protokol van 2014 burgers van hulle reg om in sekere omstandighede, en wanneer sodanige burger in 'n geskil met sy eie regering gewikkel is, toegang tot die tribunaal te verkry. In wese beperk die jongste protokol dus toegang tot die tribunaal tot interstaatlike geskille. Die rede vir dié besluit deur die politieke hoofde van die SAOG is algemeen bekend kennis: In *Mike Campbell (Pty) Ltd v Republic of Zimbabwe*²⁵ het die tribunaal met 'n meerderheid bevind dat hy wél regsbevoegdheid oor die saak het, dat die 79 applikante geen verdere toegang tot Zimbabwiese howe gehad het nie, dat daar op grond van velkleur teen die applikante gediskrimineer is, en dat Zimbabwe die applikante redelike vergoeding moet betaal vir die

verlies van eiendom wat die respondent op gedwonge wyse bekom het. Die Zimbabwiese regering se reaksie op die tribunaal se uitspraak was betreklik voorspelbaar:

Justice Minister Patrick Chinamasa has slammed a SADC Tribunal ruling, meant to put a stop to the ongoing wave of farm invasions, saying orders by the human rights court have no legal force in Zimbabwe. In an interview with the Zimbabwe Times, Chinamasa warned the regional bloc's human rights court against trying to "lecture" Robert Mugabe on restoring the rule of law to the continuing land attacks. He also condoned the attacks that have left thousands of farm workers without jobs, saying they are a "justified protest against unfair land ownership by the white descendants of colonial-era settlers".²⁶

Die Suid-Afrikaanse regering het nooit op hierdie politiese retoriek gereageer nie. Gelukkig het die Konstitusionele Hof in *Government of the Republic of Zimbabwe v Fick*²⁷ op die aplikante se pogings om die tribunaal se gunstige kostebevel suksesvol af te dwing, naamlik deur beslaglegging op Zimbabwiese eiendom in Suid-Afrika, vertrou in die beskerming van menseregte maar veral die oppergesag van die reg deur die howe, gehandhaaf.

'n Paar baie belangrike beslissings van die konstitusionele hof in dié uitspraak was soos volg:

- a. Die reg op toegang tot howe is 'n element van die oppergesag van die reg.²⁸ Soos reeds genoem, voer die LSSA aan dat die gewysigde protokol van 2014 die reg op toegang tot howe, met inbegrip van die SAOG-tribunaal, in gevaar stel.
- b. Die tribunaalprotokol moet as deel van die oorspronklike SAOG-verdrag beskou word.²⁹ Die implikasies hiervan is duidelik: indien 'n gewysigde protokol soos dié van 2014 afwyk van die grondbeginsels van die verdrag self, soos respek vir die oppergesag van die reg (wat toegang tot howe insluit), kan die SAOG-leiersberaad dit nie wettig verander nie, tensy die verdrag self gewysig word, wat haas ondenkbaar is met betrekking tot 'n kernwaarde soos toegang tot die tribunaal, en dus tot geregtigheid. Boonop sal so 'n wysiging lynreg in stryd wees met die Suid-Afrikaanse Grondwet. Vir 'n regering soos Zimbabwe in die geval van *Campbell*, of Suid-Afrika in die geval van die Statuut van Rome, is al moontlikheid dan om aan die bepaalde verdrag te onttrek. Vir Suid-Afrika sal daardie onttrekking wettig wees slegs indien die Suid-Afrikaanse parlement ingevolge artikel 231(2) van die Grondwet so 'n mosie aanvaar, wat natuurlik die herroeping van die Wet op die Implementering van die Statuut van Rome sal moet insluit. Natuurlik het die Suid-Afrikaanse regering nóg die ISH-onttrekking nóg die herroeping van die Wet op die Implementering van die Statuut van Rome aan die parlement voorgelê. Die pers berig reeds dat die Demokratiese Alliansie die regering se onttrekking aan die ISH in die howe sal aanveg, en dus het die howe waarskynlik nog nie die laaste woord oor Suid-Afrika se onttrekking aan verdrae gespreek nie.³⁰
- c. Zimbabwe se beroep op sy soewereine status ingevolge die Suid-Afrikaanse Wet op Diplomatieke Immunititeit³¹ om hom nie aan die tribunaalprotokol, en dus aan die tribunaal, te onderwerp nie, dra ook geen gewig nie.³² Die rede hiervoor is voor die hand liggend: daardie wet bepaal³³ dat 'n ander land immuun is teen die regsbevoegdheid van Suid-Afrikaanse howe tensy hy van sodanige immunititeit afstand doen. Dít het Zimbabwe met die aanvaarding en bekragtiging van die SAOG-verdrag gedoen.

- d. In sy bevinding dat die Suid-Afrikaanse gemenerereg nie vir die afdwinging van 'n hofbevel deur 'n tribunaal soos die SAOG s'n voorsiening maak nie, het die konstitusionele hof die gemenerereg verder in die gees en volgens die strekking van die Suid-Afrikaanse Grondwet ontwikkel.³⁴ In sy beslissing oor of sodanige ontwikkeling noodsaaklik is, spreek die hoofregter hom baie duidelik soos volg uit:

What would help us to solve this issue [d.w.s. die ontwikkeling van die gemenerereg om uitvoering van bevele van tribunale soos die SAOG s'n in Suid-Afrika moontlik te maak] is the answer to the question, "what was the mischief sought to be addressed by developing the common law to empower our domestic courts to enforce or facilitate the execution of orders made outside the borders of our country?" It appears to me that that development was driven by the need to ensure that lawful judgments are not to be evaded with impunity by any State or person in the global village.

Ek bespreek vervolgens kortliks die LSSA-aansoek en die respondente se teenargumente.³⁵

4.1 Die applikant se saak

Die applikant bevestig reeds in sy sitasie van die eerste respondent dat die President ingevolge artikel 83 van die Grondwet verplig is om in sy optrede namens Suid-Afrika die Grondwet as oppergesag van die land te handhaaf, te verdedig en te eerbiedig.³⁶ By implikasie beteken dit dat hy die onderhandeling en ondertekening van internasionale verdrae namens die land met inagneming van die regte in die Handves van Regte sal uitvoer. Ook die tweede respondent, naamlik die Minister van Justisie, en die derde respondent, naamlik die Minister van Internasionale Betrekkinge en Samewerking, se plig om die President te adviseer, moet deur dieselfde gehoorsaamheid aan die Grondwet gerig word. Tog, voer die applikant aan, was alle stappe deur die respondent, waaronder stemming ten gunste van die gewysigde protokol, die ondertekening daarvan, asook enige pogings om die protokol in Suid-Afrika te bekragtig, ongrondwetlik,³⁷ omdat die respondent se duidelike bedoeling daarmee was om hom daartoe te verbind om burgers van hul gevestigde reg op toegang tot die tribunaal te ontnem indien en wanneer dit sou nodig wees.³⁸ Die reg op toegang tot die tribunaal is boonop in die SAOG-verdrag self vervat. By implikasie is hierdie aksies van die respondent dus in stryd met die bepalinge van artikel 34 van die Grondwet, wat toegang tot houe waarborg. Toe die President die gewysigde protokol van 2014 namens Suid-Afrika onderteken het, het hy daarom in wese op Suid-Afrikaanse burgers se toegang tot geregtigheid inbreuk gemaak, betoog die applikant.³⁹

Die aanhef van die SAOG-verdrag verbind lidstate tot onder meer die waarborg van demokratiese regte, die handhawing van menseregte en die oppergesag van die reg.⁴⁰ Artikel 4 van die verdrag vereis ook van lidstate om hulle tot die handhawing van menseregte, demokrasie, die oppergesag van die reg en billike optrede te verbind.⁴¹ Artikel 23 bevat die beginsel wat in die demokratiese grondwetlike bestel van Suid-Afrika as "deelnemende regering" beskryf kan word, naamlik dat lidstate hulle daartoe verbind om alle rolspelers, waaronder die privaatsektor, die burgerlike samelewing, nieregeringsorganisasies asook werker- en werkgewersorganisasies, by hul werksaamhede te betrek.⁴² Om dan kragtens die gewysigde tribunaalprotokol van 2014 sodanige rolspelers van regstoegang te ontnem, en dit boonop sonder enige oorlegpleging, is tog duidelik strydig met hierdie SAOG-verdragsbepaling.

Die applikant beweer ook dat die SAOG-sekretariaat nog lank voordat hulle in 2014 die gewraakte besluit oor die inperking van die bevoegdheid van die tribunaal geneem het, WTI Advisors, 'n filiaal van die Wêreldhandelsinstituut, om advies genader het. Dié liggaam het in 2011 in sy verslag onder meer soos volg aanbeveel: “a. The Tribunal shall have jurisdiction over disputes between Member States and between natural or legal persons and Member States, provided that any such natural or legal persons have an interest of a legal nature in the subject matter of the dispute; ...”⁴³ Nieteenstaande hierdie aanbeveling het die SAOG-beraad op 18 Augustus 2012 besluit dat die toekomstige bevoegdheid van die tribunaal beperk moet word tot die uitleg van die verdrag, en ook slegs ten opsigte van interstaatlike geskille.⁴⁴

Met ooglopende verwysing na die konstitusionele hof se uitspraak in *Mike Campbell (Pty) Ltd v Republic of Zimbabwe*⁴⁵ voer die applikant aan dat onder meer die volgende riglyne met betrekking tot internasionale ooreenkomste neergelê is:⁴⁶

- a. Die beroep op die staat in artikel 7(2) van die Grondwet om in sy handeling die regte in die Handves van Regte te eerbiedig. Ek het reeds vroeër daarop gewys dat hierdie handeling die onderhandeling van, samesprekings en stemming oor, en ondertekening van protokolle deur die president insluit.
- b. Die parlementêre plig om by die uitoefening van openbare gesag binne die grondwetlike raamwerk op te tree, naamlik om toe te sien dat daar 'n rasonale verwantskap tussen die bedeling wat beding word en die uitkomst daarvan is. Sodanige uitkomst moet regmatig wees kragtens die Suid-Afrikaanse grondwetlike raamwerk, en besluite mag nie kwaadwillig en arbitrêr geneem word nie. Die betekenis hiervan is duidelik: die President en sy raadgewers moes tog geweet het dat die strekking van die gewysigde SAOG-protokol van 2014 die regte in die Suid-Afrikaanse Grondwet irrasioneel sou beperk. Daarbenewens is dit ondenkbaar dat die partye nie daarvan bewus was dat die wysiging as 'n regstreekse gevolg van die Zimbabwiese regering se kwaadwillige en onwettige optrede teen wit boere ter tafel gelê is nie.
- c. Ingevolge die Suid-Afrikaanse grondwetlike bestel moet die ontwikkeling van beleid en die implementering en uitvoering van wetgewing ook ooreenkomstig dié bestel geskied.
- d. Die uitvoerende gesag, veral in die persoon van die president, is verplig om die Suid-Afrikaanse grondwetlike waardes buite die landsgrense te bevorder en uit te brei.
- e. Die konstitusionele hof het die SAOG-tribunaal bestempel as 'n “internasionale hof” (of, soos die applikant dit stel, “foreign court”) enig in sy soort in die SAOG-gebied, en het klem gelê op die reg op onbelemmerde toegang daartoe.⁴⁷

Die res van die applikant se funderende verklaring handel oor die regering se ergerlike versuim om op korrespondensie te reageer voordat die aansoek by die hof ingedien is.⁴⁸

4.2 Respondent se saak

Die respondent se antwoord op die aansoek lê onder meer klem op die applikant se “onredelike” gesloer met die indiening van die aansoek, die voortydigheid van die aansoek, asook die konsensuele grondslag waarop die SAOG besluite neem (besluite word ingevolge die SAOG-verdrag volgens konsensus en nie 'n meerderheidstem nie, geneem).⁴⁹

Die respondent lê sterk klem op die onderskeid tussen die applikant se feitelike bewering dat die tribunaal en sy werksaamhede “opgeskort” is, terwyl die respondent aanvoer dat daar slegs ’n “moratorium” op die tribunaal se werksaamhede geplaas is, welke moratorium die aanvaarding van nuwe sake en die (her)aanstelling van regters opskort totdat die beraad anders besluit. Dié argument dra nie juis tot die beslegting van die geskil by nie. Dit is immers algemeen bekend dat die tribunaal nou reeds geruime tyd nie meer werksaam is nie en waarskynlik nog lank so sal bly.

Voorts voer die respondent aan dat aangesien die “moratorium” kragtens ’n spitsberaadbesluit op 20 Mei 2011 op die tribunaal geplaas is, maar die aansoek eers in Maart 2015 ingedien is, daar ’n onredelike hoeveelheid tyd verloop het.⁵⁰ Wat die respondent natuurlik hier verswyg, is dat die gewysigde tribunaalprotokol eers op 18 Augustus 2014 aanvaar is,⁵¹ in welke stadium ook slegs nege van die 15 lidlande, waaronder Zimbabwe en Suid-Afrika, dit onderteken het.⁵² As die uitgerekte korrespondensie tussen die applikant en respondent boonop in ag geneem word – wat hoofsaaklik deur die applikant gevoer is sonder veel reaksie van die respondent – is dit duidelik dat daar nie van ’n onredelike tydsverloop sprake kan wees nie.

’n Aansienlike gedeelte van die respondent se teenargument word gewy aan die bewering dat die applikant die aansoek voortydig ingedien het.⁵³ Die respondent wys tereg daarop dat artikel 52 van die SAOG-verdrag vereis dat die protokol bekragtig moet word deur lidlande wat dit onderteken het. “Bekragtiging” kan ingevolge artikel 53 slegs ooreenkomstig ’n lidland se “grondwetlike prosedure” geskied. Wat Suid-Afrika betref, word daardie prosedure in artikel 231 van die Grondwet uiteengesit waarna reeds vroeër verwys is.⁵⁴ Dus, redeneer die respondent, omdat die artikel 231(2)-prosedure van die Grondwet nog nie gevolg is nie en die vereiste twee derdes van die SAOG-lidlande nog nie die gewysigde protokol onderteken het nie, het die nuwe protokol nog geen regs krag nie en is daar by implikasie nog geen inbreukmaking op burgers se toegang tot die reg nie.⁵⁵ Aangesien die applikant dit egter duidelik teen die *proses* van onderhandeling, stemming vir en ondertekening van die gewysigde protokol het,⁵⁶ is die onhoudbaarheid van hierdie argument tog duidelik. Hierdie aksies op sigself kan beskou word as ’n aanduiding dat die President die wysiging steun en, as ’n logiese uitvloeisel daarvan, daardeur onderneem om die aangeleentheid verder te voer en bekragtiging daarvan te bewerkstellig. Natuurlik moet daar ook redes wees waarom Angola, Botswana, Madagaskar, Mauritius, die Seychelle en Swaziland nie die voorstel vir die gewysigde protokol onderteken het nie.⁵⁷

’n Verdere groot deel van die respondent se teenargument is dat die President se deelname aan die “opskorting” van die SAOG-tribunaal, asook die ondertekening van die voorstel vir die gewysigde protokol, nie artikel 34 van die Grondwet geskend het nie.⁵⁸ Hierin steun die respondent op die “konsensusvorm” van besluitneming wat die SAOG beoefen, en die getal vergaderings waar die opskorting/moratorium bespreek is. Die WTI Advisors-verslag, sê die respondent, het uitgeloop op die aanstelling van ’n komitee van justisieministers wat die SAOG-beraad by ’n vergadering in Augustus 2012 oor die saak moes adviseer.⁵⁹ Sonder om te noem wat die uitkoms van dié komitee was, is dit tog nou algemene kennis dat Suid-Afrika, in die persoon van die President, in 2014 ten gunste van die gewysigde voorstel gestem het. Dat die tribunaal in daardie stadium reeds vier jaar nie meer werksaam was nie, redeneer die respondent, beteken nie dat Suid-Afrikaanse burgers en ander inwoners van Suid-Afrika van hul reg op geregtigheid ontnem is nie.⁶⁰

Meckler⁶¹ merk in sy bespreking van die waarskynlike te niet gaan van die SAOG-tribunaal tereg op dat geen hof, ook internasionale of regionale hof, ontnem behoort te word van jurisdiksie-aanvaarding oor sake van politieke aard nie. Hy meen egter dat die SAOG-tribunaal moontlik fouteer het deur die aanvaarding van 'n saak teen die voormalige AU-voorsitter, Robert Mugabe, en sy Zimbabwiese regering, wat sekerlik nie gehoor sou gee aan tribunaalbevele nie. Volgens hom sou die SAOG-tribunaal waarskynlik steeds bestaan het as dit nie vir die tribunaal se *Campbell*-uitspraak was nie. Hoewel ek nie saamstem met dié mening nie, is hy tog korrek in sy opsomming: “With the progress Southern Africa has made in human rights over the past several decades, the dismantling of the SADC Tribunal that once had a human rights mandate and individual access to the court is a serious step in the wrong direction.”

Teen hierdie betreklik somber agtergrond – met 'n uiters skraal kans op die herlewing van 'n geloofwaardige streekshof vir die SAOG, en die Soedannese/Al-Bashir-debakel wat Suid-Afrika nou ook uit die ISH wil laat onttrek – besin ek hier onder oor die moontlikheid van die vestiging van 'n geloofwaardige straf-en-geregtigheidshof vir Afrika as 'n alternatief vir die ISH. Ek doen die ondersoek na 'n volhoubare Afrika-hof omdat die optrede van die Suid-Afrikaanse regering en sommige Afrika-lande wat in die voorafgaande paragrawe bespreek is, daarop dui dat die verdere vestiging van 'n Afrika-kultuur van menseregtebeskerming bedreig word. Die implikasies daarvan is wyd en negatief vir Suid-Afrika en die vasteland en noop alle moontlike pogings om dié agteruitgang te stuit. Ek doen hierdie ondersoek ook omrede enige lidmaatskapsbeëindiging van 'n internasionale hof (in die geval van die ISH), of opskorting van 'n regionale hof (in die geval van die SAOG-tribunaal) tog impliseer dat 'n alternatief in die vooruitsig gestel word. Wat is dan daardie vooruitsig vir Suid-Afrika en die vasteland?

5. Die vestiging van 'n geloofwaardige permanente straf-en-geregtigheidshof vir Afrika, gedagtig aan die nakoloniale menseregtekultuur op die vasteland

5.1 Agtergrond

Om die bestaan en ontwikkeling van 'n Afrika-stelsel vir die beskerming van menseregte, asook die vasteland se onlangse reaksie op internasionale strafregtelike geregtigheid te verstaan, is die handves van die AU 'n goeie beginpunt. Alhoewel dié handves bedoel was om in samehang met die VN-handves, en veral die VN se *universele* verklaring van menseregte van 1948, gelees te word, was die hoofdryfveer daaragter nog nooit die beskerming van individuele regte waar regerings dit sou skend nie.⁶² Dit was veel eerder geskoei op en geïnspireer deur die teenkoloniale struwelinge van die 1950's, en dus die veroordeling en misbruik van die regte van Afrikane deur nie-Afrikane, soos met apartheid.⁶³

Dit het nie altyd net positiewe uitkomst gehad nie, soos Udombana tereg opmerk:

Indeed, the concept of defending sovereignty and independence implied non-interference in the internal affairs of member States. This non-intervention principle, enshrined in Article III(2) of the OAU Charter, has been a foundation stone of the Organization, a rule regarded as sacrosanct, to which States have rigidly adhered. In fact, the body was born “in a context of nearly untrammelled state sovereignty, in

which heads of state sought sedulously to safeguard the independence so recently won”.⁶⁴

Afrika het dus die konsep van staatsoewereiniteit as onaantasbaar beskou, welke siening steeds in politieke besluitneming tot uiting kom en oor die algemeen ’n stremende invloed op die ontwikkeling van internasionale geregtigheid het. Tog is staatsoewereiniteit nie ’n sterk genoeg verweer om onbepaald as regverdiging vir growwe skendings van menseregte en onverantwoordbaarheid deur individue te dien nie. In hierdie verband noem Van der Vyver dat die regerings wat in New York byeengekom het om voor te berei vir die Roomse beraad wat op die vestiging van die ISH uitgeloop het, dit eens was oor die wesenlike verwatering van staatsoewereiniteit in internasionale reg.⁶⁵ In die konteks van die *ius cogens* teen marteling betoog De Wet ook dat dit onlogies is om soewereine immuniteit as verweer voor te hou.⁶⁶ Die oorspronklike konsep van absolute staatsoewereiniteit is daarom al as verouderd beskryf, en het reeds gelei tot menige oproep om aanpassing by die moderne internasionale gemeenskap.⁶⁷

Toe die destydse Organisasie van Afrika-Eenheid (OAE) die AU geword het, het dié organisasie se doelstellings ten gunste van staatsoewereiniteit en die bevordering van eenheid en solidariteit van Afrika-state grotendeels bly staan, buiten die genuanseerde verandering in die AU se vestigingswet wat bepaal het dat state in buitengewone omstandighede tog in staat sou wees om in lidstate se binnelandse sake in te meng.⁶⁸ Dit is haas onmoontlik om nie die situasie in Soedan as “buitengewoon” te beskryf nie.

5.2 Die Afrika-handves vir menseregte⁶⁹

In 1981 het die OAE die Afrika- (of Banjul-) handves ter bevordering van menseregte aanvaar.⁷⁰ Dié handves is as die eerste Afrika-bydrae tot die internasionale diskoers oor menseregte beskou.⁷¹ Dit is van meet af aan vir sy onrealistiese en radikale benadering gekritiseer, maar terselfdertyd vir sy progressiewe insluiting van burgerlike, politieke, ekonomiese, sosiale en kulturele regte en verpligtinge van die individu geloof.⁷²

Die Afrika-kommissie vir Mense- en Volkeregte (ACHPR – African Commission on Human and Peoples' Rights) is ingevolge artikel 30 van die handves op die been gebring met die doel om die regte van mense en volkere te bevorder en die beskerming van sodanige regte in Afrika te verseker.

Daar is uiteenlopende menings oor die sukses en doeltreffendheid van dié kommissie.⁷³ Murray vind dit lofwaardig dat die kommissie sy mandaat nie net deur middel van die verslagdoeningstelsel uitvoer nie, maar ook om die bepalinge van die AU-handves uit te lê.⁷⁴ Hy meld egter ook dat die kommissie by geleentheid huiwerig was om die meer aanvegbare bepalinge van die handves te vertolk.⁷⁵ Du Plessis⁷⁶ maak ook melding van swak verslagdoening aan die kommissie oor lidstate se implementering van die AU-handves by wyse van, onder andere, nasionale wetgewing. Die meeste lidstate is agterstallig met hul verslagdoeningspligte. Du Plessis kom tot die volgende slotsom:

There is accordingly an urgent need for the African Union to consider how the Commission’s position may be strengthened within the new structure of the AU, and for the Commission to urge the political organs of the Union to take its supervisory role under the African Charter seriously.⁷⁷

Bevestiging van Du Plessis se gevolgtrekking hier bo word aangetref in die kommissie se Kommunikasie 409/12.⁷⁸ Hierdie kommunikasie bevat die uitslag van 'n kommissie-ondersoek nadat een van die applikante in die SAOG-Campbell-saak⁷⁹ 'n klage teen die 14 lidstate van die SAOG by die kommissie ingedien het waarin aangevoer is dat die opskorting van die tribunaal in stryd is met artikels 7 en 26 van die Afrika-handves.⁸⁰ In hierdie kommunikasie merk die kommissie op:⁸¹

On the Merits of the Communication, the Commission notes with regret the fact that only one of the fourteen Respondent States (Mauritius) has submitted its arguments. In line with its Rules of Procedure, the Commission proceeds to make its determination on the basis of the Complainant's submission and the single Respondent State submission available.

5.3 Die Afrika-hof vir Mense- en Volkeregte, en die Afrika-hof vir Geregtigheid en Menseregte

Die protokol wat die Afrika-hof vir Mense- en Volkeregte (African Court on Human and People's Rights) in die vooruitsig gestel het, is in 1998 deur die OAE aanvaar. Die protokol het op 25 Januarie 2004 in werking getree, en die hof het in 2008 met sy werksaamhede begin.⁸² In die aanhef van die protokol, wat dus as vestigingsdokument van die hof dien, word die doelstellinge van die Banjul-handves herbevestig. Artikel 3 bepaal dat die hof bevoegdheid sal hê oor alle sake en geskille in verband met die uitleg en toepassing van die handves, die vestigingsprotokol van die hof, en enige ander bekragtigde menseregte-instrumente van lidlande wat aan die hof voorgelê word. Artikel 5 bepaal dat die volgende partye geskille aan die hof mag voorlê: die Afrika-menseregtekommissie, 'n lidland wat 'n klage by die kommissie ingedien het, die lidland teen wie die klage by die kommissie ingedien is, die lidland wie se burger 'n slagoffer van die vergryp is, en Afrika-interstaatlike organisasies.

Die Vereniging vir die Voorkoming van Marteling (Association for the Prevention of Torture – ATP) het vroeg reeds aangedui dat dit jammer is dat die protokol nie vir geredelike individuele toegang tot die hof voorsiening maak nie, en dat sodanige voorsiening die Afrika-stelsel van menseregte baie meer progressief sou maak.⁸³ Artikel 5(3), gelees in samehang met artikel 34(6), bepaal dat die hof wel individue kan toelaat, mits die staat van waar die individu kom, eers toestem dat die hof bevoegdheid kan uitoefen, benewens die voorwaarde dat die hof self moet toestem. In die praktyk beteken dit dus dat die hof se bevoegdheid beperk is tot die aanhoor van interstaatlike geskille,⁸⁴ ten spyte daarvan dat daar ook 'n Afrika-hof vir Geregtigheid en Menseregte (African Court of Justice and Human Rights) bestaan wat interstaatlike geskille mag besleg. Hierdie hof is op sy beurt 'n maaksel van die AU en is in 2003 gestig, maar het nooit in werking getree nie.⁸⁵

5.4 'n Protokol vir die samesmelting van die twee Afrika-howe met uitgebreide regsbevoegdheid

Die AU het op 1 Julie 2008 die protokol oor die statuut van die Afrika-hof vir Geregtigheid en Menseregte aanvaar, wat bogenoemde howe laat saamsmelt. Die protokol en die bygaande statuut sal in werking tree 30 dae na die indiening van instrumente ter bekragtiging daarvan deur 15 van die AU se 54 lidlande. Nog voor inwerkingtreding het 'n gewysigde protokol – die protokol oor wysigings aan die protokol oor die statuut van die Afrika-hof vir Geregtigheid en Menseregte – egter die lig gesien in opdrag van 'n AU-besluit wat in 2009

geneem is.⁸⁶ Teen 1 April 2016 het nege lidlande die gewysigde protokol onderteken en het nog geen lidland dit bekragtig óf instrumente ter bekragtiging daarvan ingedien nie.⁸⁷

Sowel Du Plessis⁸⁸ as Lubbe⁸⁹ lewer uitvoerige kommentaar op die konsepprotokol wat die voorgenome hof met onder meer uitgebreide strafregtelike bevoegdheid, met inbegrip van internasionale misdade, sal beklee. Albei dié skrywers wys op die onwaarskynlikheid daarvan dat so 'n hof finansiëel volhoubaar sal wees. Lubbe⁹⁰ noem dat die ISH se begroting vir die boekjaar 2014 net onder \$20 miljoen beloop het, en dié van die Afrika-hof vir Mense- en Volkeregte net meer as \$8,5 miljoen. Gedagtig daaraan dat die ISH 'n veel meer beperkte bevoegdheid oor sake het as wat vir die nuwe Afrika-hof in die vooruitsig gestel word, ontstaan die vraag oor die mate van finansiële realisme wat hier aan die dag gelê is om 'n doeltreffende en volhoubare Afrika-hof te skep. Du Plessis⁹¹ bied die volgende beskouing van die finansiële onwaarskynlikhede verbonde aan so 'n Afrika-hof:

Indeed, the fiscal implications of vesting the court with criminal jurisdiction raise serious questions about the effectiveness, independence and impartiality of such a court. To put it in blunt financial terms, the unit cost of a single trial for an international crime in 2009 was estimated to be US\$20 million. This is nearly double the approved 2009 budgets for the African Court and the African Commission standing at US\$7 642 269 and US\$3 671 766, respectively; and represents 14% of the AU's total budget of US\$140 037 880 for 2008.

Boonop word daar beoog om aan die hof bevoegdheid oor 'n hele aantal misdade te gee, aansienlik meer as dié wat tans onder die ISH se bevoegdheid val. Dié misdade word in artikel 28(a) van die protokol gelys as volksmoord, misdade teen die mensdom, die misdaad van ongrondwetlike regeringsomverwerping, seerowery, huursoldatery ("mercenarism"), korrupsie, geldwassery, mensehandel, dwelmhandel, onwettige ontginning van natuurlike hulpbronne, en aggressie. Soos Lubbe tereg opmerk, is daar oor baie van hierdie beoogde misdade nog nie eens enige internasionale eenstemmigheid nie, wat nog te sê 'n universele definisie daarvoor.⁹²

Artikel 46A van die protokol is ook nie juis verrassend nie, en bepaal dat geen klagte teen 'n dienende AU-staatshoof of -regering, of teen enigiemand wat daarop geregtig of daartoe gemagtig is om op 'n bepaalde wyse op te tree, of teen enige senior staatsampptenaar as gevolg van sy/haar amptelike pligte en gedurende sy/haar ampstermyn, voor die hof 'n aanvang sal neem of voortgesit sal word nie.

6. Gevolgtrekking

In die verwysing van die Soedannese situasie na die ISH het die Veiligheidsraad van die VN kragtens hoofstuk VII van die VN-handves opgetree, en ook nadat 'n aantal resolusies geneem en 'n verdoemende verslag oor die menseslagting in Soedan verkry is. Hierdie verslag het aangetoon dat die geweld teen burgerlikes in Soedan nie afsonderlike uitbarstings van geweld was nie, maar deel uitgemaak het van beplande en stelselmatige gewelddoening deur die Al-Bashir-regime. Omdat die VN 'n politieke en nie 'n regsliggaam is nie, was dit dus niks minder as reg nie dat die Veiligheidsraad die situasie na die ISH verwys het toe dit na sy oordeel 'n bedreiging vir wêreldvrede en -veiligheid word.

Ook die AU het nie daarteen beswaar gehad nie. Al is dit met die voordeel van nakennis, kan 'n mens tog aanneem dat die AU moes besef het dat die ISH die situasie sou ondersoek, en dat lasbriewe teen verantwoordelike individue sou kon volg indien inligting aan die lig sou kom wat dit regverdig.

Suid-Afrika in die besonder het die Statuut van Rome geïmplementeer deur wetgewing met daardie strekking uit te vaardig. 'n Sentrale uitgangspunt van die Statuut van Rome én die Suid-Afrikaanse implementeringswet is dat daar nooit enige verweer van individuele immuniteit kan bestaan teen die misdrywe waarvoor die ISH bevoegdheid het nie. Dit is onwaarskynlik dat die land 'n verdrag sou sluit en wetgewing sou uitvaardig sonder dat die regering van sy gepaardgaande nasionale en internasionale verpligtinge kennis gedra het. Suid-Afrika se voorneme om uit die ISH te tree dui dus daarop dat die politieke wil van die Suid-Afrikaanse regering sedert sy toetrede tot die ISH drasties getaan het, en is 'n groot terugslag vir die verdere algemene ontwikkeling van strafregtelike geregtigheid op internasionale vlak.

Wat die SAOG en sy tribunaal betref, dui die moratorium op die tribunaal se werksaamhede daarop dat individue se toegang tot die reg geskend is, ondanks die lofwaardige uitsprake en ooreenkomste oor die beskerming van menseregte in die SAOG-verdrag. Die hof se uitspraak in die LSSA-aansoek teen die regering word met groot belangstelling afgewag. As daar op die respondente se beswaar teen dié aansoek gelet word, sal dit 'n duidelike teken wees dat die regering hom in die hantering van internasionale sake namens Suid-Afrika weinig aan die land se Grondwet steur. Intussen word die konstitusionele hof se uitspraak in *Government of the Republic of Zimbabwe v Fick*⁹³ – met die afdwinging van die kostebevel teen Zimbabwe, en die gepaardgaande ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse gemenerereg om vir hofbevele deur internasionale tribunale voorsiening te maak – verwelkom as 'n sprankie hoop, veral aangesien alles daarop dui dat die beoogde nuwe Afrika-hof moontlik te haastig oorweeg is en waarskynlik nie binnekort in werking sal tree nie.

Bibliografie

ACHPR. 2013. Communication 409/12 – *Luke Munyandu Tembani and Benjamin Freeth (represented by Norman Tjombe) v Angola and Thirteen Others*. http://www.achpr.org/files/sessions/54th/communications/409.12_/achpr54_409_12_eng.pdf (4 November 2016 geraadpleeg).

—. 2016. http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul_charter.pdf (4 November 2016 geraadpleeg).

African Union. 2016. https://www.au.int/web/sites/default/files/treaties/7804-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e.pdf (1 November 2016 geraadpleeg).

APT. 2000. *The African Court on Human and People's Rights – Presentation, analysis and commentary: The Protocol to the African Charter on Human and People's Rights, Establishing the Court*. Geleentheidsreferaat. Januarie. Genève.

Bell, A. 2009. Chinamasa slams SADC land ruling and condones farm attacks. *Zimbabwe Times*, 15 Junie. <http://www.sabar.co.za/law-journals/2009/august/2009-august-vol022-no2-p11.pdf> (26 Oktober 2016 geraadpleeg).

Carroll, C.M. 2000. An assessment of the role and effectiveness of the international tribunal for Rwanda and the Rwandan justice system in dealing with the mass atrocities of 1994. *Boston University International Law Journal*, 18:163–200.

Cassese, A. 2005. *International Law*. Oxford: Oxford University Press.

De Wet, E. 2004. The prohibition of torture as an international norm of jus cogens and its implications for national and customary law. *European Journal of International Law*, 15(1):97–121.

Dougherty, B.K. 2004. Right-sizing international criminal justice: the hybrid experiment at the Special Court for Sierra Leone. *International Affairs*, 80(2):311–28.

Dugard, J. (red.). 2011. *International Law: A South African perspective*. 4de uitgawe. Kaapstad: Juta.

Du Plessis, M. 2010. *The International Criminal Court that Africa wants*. Monograph 172. Institute for Security Studies: Pretoria.

—. 2011. International criminal courts, the International Criminal Court, and South Africa's Implementation of the Rome Statute. In Dugard (red.) 2011.

—. 2012. Implications of the AU decision to give the African Court jurisdiction over international crimes. <https://issafrica.s3.amazonaws.com/site/uploads/Paper235-AfricaCourt.pdf> (1 November 2016 geraadpleeg).

Freedom House. 2015. Sudan arrests pro-democracy figures. <https://freedomhouse.org/article/sudan-arrests-pro-democracy-figures> (17 Januarie 2017 geraadpleeg).

Human Rights Watch. 2016. Sudan blocks civil society participation in UN-led human rights review. <https://www.hrw.org/news/2016/03/31/sudan-blocks-civil-society-participation-un-led-human-rights-review> (26 Oktober 2016 geraadpleeg).

Jackson, J.H. 2003. Sovereignty-modern: a new approach to an outdated concept. *American Journal of International Law*, 97:782–802.

Kayitana, E. 2015. The universal jurisdiction of South African criminal court and immunities of foreign state officials. *Potchefstroom Electronic Review*, 18(7):2561–603.

Legalbrief. 2016. ICC withdrawal taken to top court. www.legalbrief.co.za (26 Oktober 2016 geraadpleeg).

LSSA. 2016. <http://www.lssa.org.za/our-initiatives/advocacy/sadc-tribunal-matter> (26 Oktober 2016 geraadpleeg).

—. 2016a. <http://www.lssa.org.za/upload/documents/Respondents%20Answering%20Affidavit%2016%20July%202015.pdf> (26 Oktober 2016 geraadpleeg).

Lubbe, H.J. 2014. Aantekening: Internasionale strafregtelike jurisdiksie vir die Afrika-hof: problematiese aspekte en die implikasie daarvan. *LitNet Akademies*, 11(3):223–38.

Maklanron, M.J. 2016. South Africa's disappointment with the International Criminal Court: the unfair treatment of African people caused and end to cooperation. *Africology: The Journal of Pan African Studies*, 9(7):82–105.

Maromo, J. 2016. Al-Bashir: Government will no longer go to ConCourt. <http://www.iol.co.za/news/crime-courts/al-bashir-government-will-no-longer-go-to-concourt-2082424> (25 Oktober 2016 geraadpleeg).

McKenna, M. 2013. African Union requests Security Council to defer cases of Kenyatta and Ruto. <http://www.hscentre.org/sub-saharan-africa/african-union-requests-security-council-to-defer-cases-of-kenyatta-and-ruto> (26 Oktober 2016 geraadpleeg).

Meckler S. 2016. A human rights “monster” that devoured no one: the far-reaching impact of dismantling the SADC Tribunal. *New York University of International Law and Politics*, 48(3):1007–38.

Mike Campbell Foundation. 2014. New Protocol on SADC Tribunal. <http://www.mikecampbellfoundation.com/page/the-new-protocol-on-the-sadc-tribunal> (28 Oktober 2016 geraadpleeg).

Murray, R. 2001. The African Charter on Human and Peoples' Rights 1987–2000: an overview of its progress and problems. *African Human Rights Law Journal*, 1(1):1–17.

Mutua, M. 2016. The African Human Rights System: a critical evaluation. <http://hdr.undp.org/sites/default/files/mutua.pdf> (1 November 2016 geraadpleeg).

News24. 2016. Was Nene fired for saying no to Bashir? <http://www.news24.com/> (17 Januarie 2017 geraadpleeg).

Seguin, J. 2000. Denouncing the International Criminal Court: an examination of the U.S. objections to the Rome Statute. *Boston University International Law Journal*, 18:85–109.

Swanepoel, C.F. 2015. South Africa's obligations as member state of the International Criminal Court: the Al-Bashir controversy. *Journal for Juridical Science*, 40(1):50–68.

—. 2016. Is a permanent African criminal court likely soon considering the continent's post-colonial response to international criminal justice? *Speculum Juris*, 30(1):15-31.

Tekle, A.-M. 2014. AU appalled over UNSC failure to defer ICC cases of Sudan, Kenya. *Sudan Tribune*, 4 Februarie. [http://www.sudantribune.com/spip.php?iframe\\$page](http://www.sudantribune.com/spip.php?iframe$page) (26 Oktober 2016 geraadpleeg).

Udombana, N.J. 2000. Toward the African Court on Human and Peoples' Rights: better late than never. *Yale Human Rights and Development Journal*, 3(1):45–66.

Van der Vyver, J.D. 1999. Universal jurisdiction in international criminal law. *South African Yearbook of International Law*, 24:107–32.

—. 2015. Recent developments: the Al Bashir debacle. *African Human Rights Journal*, 15:559–79.

Verenigde Nasies. 2005. Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General. http://www.un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf (26 Oktober 2016 geraadpleeg).

Eindnotas

¹ Legalbrief (2016).

² Vir 'n algemene bespreking van Suid-Afrika se verpligtinge as lidstaat van die ISH, sien Swanepoel (2015:50 e.v.). Vir die AU-beskouing, sien Du Plessis (2012:1 e.v.).

³ (867/15) [2016] ZASCA 17 (15 Mrt 2016), beskikbaar by www.saflii.org/za/ZASCA/2016/17.html.

⁴ 27 van 2002.

⁵ Maromo (2016).

⁶ *South African Litigation Centre v National Commissioner of the South African Police Service* 2012-5-8 saaknr. 77150/09 (GNP); *Minister of Justice and Constitutional Development v Southern African Litigation Centre* 2016-3-15 saaknr. 867/15 (HHA); *National Commissioner of the South African Police Service v Southern African Litigation Centre* 2014-10-30 saaknr. CCT 02/14 (KH). Vir 'n vonnisbespreking van die hoogste hof van appèl se uitspraak, sien ook Swanepoel (2014:245–61).

⁷ 2013-6-27 saaknr. CCT 101/12 (KH).

⁸ Swanepoel (2016).

⁹ Tekle (2014); McKenna (2013).

¹⁰ Van der Vyver (2015:563).

¹¹ Van der Vyver (2015:572).

¹² Sien bv. Van der Vyver (2015:559 e.v.); Maklanron (2016: 82 e.v.); Kayitana (2015:2561 e.v.).

¹³ Verenigde Nasies (2005).

¹⁴ (2015:561).

¹⁵ Du Plessis (2010:53).

¹⁶ Sien Dougherty (2004:313); Carroll (2000:181); Seguin (2000:86).

¹⁷ Sien News24 (2016).

¹⁸ Sien Freedom House (2015).

¹⁹ Human Rights Watch (2016).

²⁰ Van der Vyver (2015:578).

²¹ Vir 'n historiese oorsig van die totstandkoming van die SAOG en die tribunaal sien Meckler (2015–2016:1009 e.v.).

²² Hierdie eedsverklarings is beskikbaar op die LSSA (2016) se webtuiste. Verwysing na enige van hierdie bronne is in die vorm van die betrokke bladsynommer en paragraaf daarna.

²³ Vir 'n bondige uiteensetting van die oprigting van die SAOG, die tribunaal, die aanvanklike en gewysigde SAOG-verdrag, die tribunaalprotokolle ingevolge waarvan die tribunaal funksioneer, en die verloop van die saakgeskiedenis, sien *Government of the Republic of Zimbabwe v Fick* 2013-6-27 saaknr. CCT 101/12 (KH) parr. 2-21.

²⁴ Applikant se verklaring 4 parr. 11, 13.

²⁵ 2008-11-28 saaknr. 2/2007 (SADCT).

²⁶ Bell (2009).

²⁷ 2013-6-27 saaknr. CCT 101/12 (KH).

²⁸ Par. 21.

²⁹ Par. 34.

³⁰ Legalbrief (2016). Volgens dié berig berus die DA se gronde vir die onttrekking op (a) 'n verontagsaming van art. 231(2) van die Grondwet, nl. die gebrek aan 'n magtigende resoluëie en goedkeuring deur die parlement; (b) die ongrondwetlikheid asook onwettigheid daarvan om 'n kennisgewing van onttrekking by die VN in te dien voordat die parlement se goedkeuring vir die skrapping van die Wet op die Implementering van die Statuut van Rome verkry is; (c) die prosedurele irrasionaliteit van die onttrekkingskennisgewing omdat daar geen oorlegplegingsverrigtinge met die parlement of publiek was nie; en (d) die onttrekkingskennisgewing se strydigheid met art. 7(2) van die Grondwet, wat bepaal dat die staat verplig is om die regte in die Handves van Regte te respekteer, te beskerm en te bevorder.

³¹ 37 van 2001.

³² Par. 32.

³³ Art. 2(1).

³⁴ Par. 54.

³⁵ LSSA (2016a).

³⁶ Par. 7.

³⁷ Par. 11.

³⁸ Hierdie aspek neem dan ook 'n belangrike plek in die respondent se opponering van die aansoek in, soos uit afdeling 4.2 sal blyk.

³⁹ Par. 17.

⁴⁰ Par. 30.

⁴¹ Par. 31.

⁴² Par. 32.

⁴³ Par. 36.

⁴⁴ Par. 40.

⁴⁵ 2008-11-28 saaknr. 2/2007 (SADCT).

⁴⁶ Par. 60.

⁴⁷ Par. 61.

⁴⁸ Parr. 77–87.

⁴⁹ Par. 4.1.

⁵⁰ Par. 29.

⁵¹ Mike Campbell Foundation (2014).

⁵² *Ibid.*

⁵³ Parr. 30-45.

⁵⁴ Sien par. 4(b) van hierdie bydrae.

⁵⁵ Par [34].

⁵⁶ Sien par. 4.1 van hierdie bydrae en par. 11 van die applikant se funderende verklaring.

⁵⁷ Mike Campbell Foundation (2014).

⁵⁸ Parr. 57–82.

⁵⁹ Par. 66.

⁶⁰ Par. 70.

⁶¹ (2016:1037).

⁶² Udombana (2000:55).

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Udombana (2000:56).

⁶⁵ Van der Vyver (1999:109).

⁶⁶ De Wet (2004:106).

⁶⁷ Jackson (2003:782 e.v.). Sien ook Cassese (2005:21) oor die tradisionele patroon in die internasionale reg in navolging van Grotius, in teenstelling met die moderner Kantiaanse paradigma.

⁶⁸ Du Plessis (2011:550).

⁶⁹ ACHPR (2016).

⁷⁰ Afrika- (Banjul-) handves ter Bevordering van Menseregte (African (Banjul) Charter on Human and People's Rights), wat op 27 Junie 1981 aanvaar is en op 21 Oktober 1986 in werking getree het.

⁷¹ Udombana (2000:58); Mutua (2016).

⁷² (Murray 2001:2); Mutua (2016).

⁷³ Murray (2001:2 e.v.).

⁷⁴ Murray (2001:2).

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Du Plessis (2011:558).

⁷⁷ Du Plessis (2011:560).

⁷⁸ ACHPR (2013).

⁷⁹ In par. 4 van hierdie bydrae bespreek.

⁸⁰ Art. 7 handel oor elkeen se reg op hoftoegang, en art. 26 oor elke lidstaat se plig om toe te sien en te waarborg dat sy howe onafhanklik is en om gepaste nasionale instellings te voorsien vir die beskerming van die regte en vryhede in die handves.

⁸¹ Par. 129.

⁸² APT (2000).

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Lubbe (2014:223).

⁸⁶ Lubbe (2014:224).

⁸⁷ African Union (2016).

⁸⁸ (2012:4 e.v.).

⁸⁹ (2014:223).

⁹⁰ (2014:225).

⁹¹ (2012:9).

⁹² (2014:227 e.v.).

⁹³ 2013-6-27 saaknr. CCT 101/12 (KH).