

## Die Wonder van grondwetmatige Afrikaans\*

*The wonder of constitutionalist Afrikaans*

LOURENS DU PLESSIS

Navorsingsprofessor

Noordwes-Universiteit, Potchefstroom

Lourens.duPlessis@nwu.ac.za



Lourens du Plessis

**LOURENS MARTHINUS DU PLESSIS** is sedert 1 Augustus 2011 navorsingsprofessor verbonde aan die Fakulteit Regte, Noordwes-Universiteit, Potchefstroom. Hy was vanaf 1 Januarie 1988 tot 31 Julie 2011 professor in Publiekreg aan die Universiteit van Stellenbosch en voor dit, vanaf 1973, agtereenvolgend lektor, senior lektor en professor in die Departement Regsfilosofie aan die Noordwes-Universiteit, Potchefstroom. Hy is 'n regsfilosoof wat in sy navorsing in vraagstukke in verband met wets- en grondwetsvertolking spesialiseer. Hy is die outeur (en in enkele gevalle mede-outeur) van verskeie boeke vir die vakspesialis, hoofstukke in akademiese boeke, navorsingsartikels asook artikels in die populêre pers. Hy tree dikwels by nasionale en internasionale vakkongresse op.

Hy het 'n lewendige belangstelling in sake van die dag en hy en was gedurende Julie 1987 byvoorbeeld deel van die groep Suid-Afrikaners (die sogenaamde "Dakar-safari") wat op 'n studietoer in Wes-Afrika gesprek met lede van die toe verbode African National Congress (ANC) gevoer het. Gedurende 1993 was hy aktief betrokke by die Veelparty Onderhandelingsproses in die Wêreld-handelsentrum, Kemptonpark, waar hy gedien het as voorsitter van die Tegnieese Komitee oor Fundamentele Regte gedurende die Oorgangstydperk. Hierdie komitee het Suid-Afrika se eerste Menseregtehandves opgestel. Hy was voorts ondervoor-sitter en is tans lid van die direksie van die Instituut vir Geregtigheid en Versoening.

**LOURENS MARTHINUS DU PLESSIS** has since 1 Augustus 2011 been a research professor in the Faculty of Law, North-West University, Potchefstroom. From 1 January 1988 until 31 July 2011 he was professor of Public Law at the University of Stellenbosch and before that, since 1973, lecturer, senior lecturer and professor consecutively in the Department of Jurisprudence at the North-West University, Potchefstroom. He is a legal philosopher who, in his research, specialises in issues of statutory and constitutional interpretation. He is the author of various books for the academic expert, chapters in academic books, research articles as well as articles in the popular press. He often presents papers at national and international conferences in his field.

He shows a keen interest in topical issues and in particular in matters pertaining to the political situation in South Africa. During July 1987 he was part of the group of South Africans (the so-called "Dakar Safari") which, on a study tour of West Africa, held exploratory talks with members of the then banned African National Congress (ANC). During 1993 he was actively involved in the Multi-party Negotiating Process at the World Trade Centre, Kempton Park, chairing the Technical Committee on Fundamental Rights during the Transition. This Committee drafted South Africa's first Bill of Rights. He was also vice-chair and at present is a member of the Board of Directors of the Institute for Justice and Reconciliation.

\* 'n Vir publikasie verwerkte weergawe van die skrywer se Intreerede as Navorsingsprofessor aan die Fakulteit Regte, Noordwes-Universiteit, Potchefstroom gehou op 17 Mei 2012.

**ABSTRACT*****The wonder of constitutionalist Afrikaans***

*This article is about the well-being of Afrikaans as a constitutionalist language. The adjective “constitutionalist” is meant to be a translation of the Afrikaans “grondwetmatig” as opposed to “constitutional” which is the English word for “grondwetlik”. The question inspiring this contribution is whether the larger contours as well as the finer nuances of constitutionalist democracy can successfully be verbalised in Afrikaans.*

*The possibility is considered that Afrikaans as potentially a language of constitutionally democratic discourse might have suffered irreparable damage as a consequence of its close association with Apartheid, but the author gives short shrift to this misgiving pointing out that languages such as English and German that were also “oppressors’ languages” some time in history, are nowadays very adequate and eminently respectable languages of constitutional-democratic discourse.*

*During the prevalence of a Westminster system in a pre-democratic South Africa Afrikaans was a disadvantaged constitutional language compared to, for instance, English. The latter lent direct access to the escalating post-World War II discourse on human rights. The question thus is whether Afrikaans has (or can develop) a constitutional or, more particularly, a constitutionalist register. The author turns to constitutional literature and jurisprudence to look for examples of how Afrikaans can be relied on to give creative expression to constitutionally democratic concepts, ideas and principles. He points out that the Constitution is a genre text, unique as supreme law, but sharing certain attributes with other enacted law-texts such as statutes. All of these texts should, for instance, be respected as products of legislative action meant to be of effect. To read and apply such texts is more like performing music than like reading a newspaper. This process is adequately expressed by the Afrikaans terminology “vertolk(-ing)” which recognises that elements of an interpreter’s own personality and skill go into the process of interpretation and are reflected in the interpretive outcome. In the English language “construction” probably verbalises the process more accurately and adequately than “interpretation”.*

*The author proceeds to explain why, in certain instances where the term “grondwetlikheid” is usually used (in Afrikaans), he prefers the term “grondwetmatigheid” instead. He also reflects on the possible meanings of “constitutionalism” and the consequences of labelling the constitutional dispensation in South Africa since 1994 with the tag of “constitutionalism”.*

*The second part of the article deals with the consequences of constitutional supremacy and the concomitant need for judicial self-restraint. It is shown that section 172(1)(a) of the Constitution read with section 2 provides for the constitutional review of legislation and administrative action in a rather peremptory vein. Section 172(1)(b), however, leaves room for the mitigation of the absoluteness of section 172(1)(a) by authorising any court order which is just and equitable. Specific orders in this category (explicitly mentioned in the section) are orders limiting the retrospective effect of declarations of invalidity or suspending the effect of such declarations in order to give a legislature or organ of the executive the opportunity to rectify the unconstitutional state of affairs complained of. This result can also be achieved by, for instance, severing unconstitutional words and phrases from a text and striking them down or by reading words and phrases into an impugned provision in order to render it constitutional thus safeguarding them against annulment.*

*Various interpretive strategies commensurate with judicial self-restraint are then discussed. The first of these is the interpretation of statutes in conformity with the Constitution which can take the form of either a restrictive or an extensive reading of a statutory provision in the light of the Constitution and its demands. It is pointed out that this reading strategy is to be distinguished from reading in which a court may order as a form of relief in terms of section 172(1)(b) of the Constitution.*

*Subsidiarity, another strategy commensurate with judicial self-restraint, is also discussed. Subsidiarity mainly has to do with deciding on an appropriate forum to decide a case (jurisdictional subsidiarity) or choosing an appropriate legal norm to resolve an issue (adjudicative subsidiarity). It is pointed out that subsidiary constitutional legislation (giving detailed and concrete effect to provisions of the Constitution) has in recent years played an increasingly important role to help put constitutional issues on the agendas of judicial and political discourse.*

*Some observations are also made about how a constitutional neologism, co-operative government, can serve to induce self-restraint in the actions of the various arms of government (legislative, executive and judicial) in the national, provincial and local spheres.*

*The author concludes with the observation that the speakers of South Africa's eleven official languages have a duty to explore the potential of their own language as constitutionalist language not just for the sake of the languages themselves, but also to preserve and promote the treasure of constitutionalism.*

**KEY WORDS:** Constitution, Afrikaans, Constitution of the Republic of South Africa, constitutional democracy, constitutional supremacy, constitutionalism, constitutionality, co-operative government, countermajoritarian difficulty, interpretation in conformity with the Constitution, judicial self-restraint, presumption of constitutionality, reading-in, separation of powers, severance, statutory interpretation, subsidiarity, subsidiary constitutional legislation, trias politica

**TREFWOORDE:** Afskeiding, afsnyding, grondwetmatige Afrikaans, Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, grondwetlike oppergesag, grondwetlikheid, grondwetmatige demokrasie, grondwetmatigheid, grondwetskonforme wetsvertolking, inlees, konstitusionalisme, konstitusionele demokrasie, regering van samewerking, regterlike selfbeheersing, skeiding van magte, subsidiariteit, subsidiêre grondwetlike wetgewing, trias politica, vermoede van grondwetlikheid, vraagstuk van meerderheidsondermyning, wets- en grondwetsvertolking, grondwetlikheid

## OPSOMMING

Hierdie artikel handel oor die welstand van Afrikaans as 'n grondwetmatige taal die vraag synde of die groter kontoere sowel as die fynere nuanses van grondwetmatige demokrasie, soos wat dit die afgelope agtien jaar in Suid-Afrika posgevat het, met goeie (grondwetlike) gevolg in Afrikaans verwoord kan word.

Die skrywer maak korte mette met die siening dat Afrikaans se noue assosiasie met apartheid die vooruitsigte daarvan as grondwetmatige taal vir goed bederf het. Ander tale wat eens op 'n tyd ook "onderdrukkerstale" was (byvoorbeeld Engels en Duits) is immers vandag baie respektable tale van en in grondwetmatige diskoerse.

Die skrywer toon aan hoedat Afrikaans met 'n ontwikkelende grondwetlike register kreatief aan konstitusioneel demokratiese begrippe, idees en beginsels uitdrukking kan gee. Die term "vertolking" het byvoorbeeld 'n ruimheid van betekenis wat die toepassingsgerigtheid van wets- en grondwetsverstaan en toepassing raker verwoord as die terme "uitleg" en "interpretasie" wat tradisioneel gebruik word. "Grondwetmatig" is vir die skrywer ook 'n beter byvoeglike naamwoord as "grondwetlik" om 'n toedrag van sake geheel in lyn met die Grondwet aan te dui.

Die artikel handel voorts oor die effek van grondwetlike oppergesag en die daarmee gepaardgaande noodsaak vir regterlike selfbeheersing. Leesstrategieë wat sodanige selfbeheersing

in die hand werk, word geïdentifiseer, benoem en beskryf. Hieronder tel *grondwetskonforme wetsvertolking*, *subsidiariteit* en die grondwetlike sowel as talige neologisme *regering van samewerking*.

## 1. OUVERTURE

*Die Wonder van Afrikaans* was die tema van landwyse feesvierings vanaf 6 April tot 30 Mei 1959. Die ontstaan en groei van die Afrikaanse taal is herdenk en dit alles het op my as tienjarige ’n onuitwisbare indruk gemaak. In 1959 was Afrikaans vir baie Afrikaners ’n wonder – selfs dié wonder – van Afrikanernasionalisme. Hierdie taksering van die taal, wat ongeveer helfte van die moedertaalsprekers van die wonder daarvan uitgesluit het, leef nog plek-plek onder klein groepies Afrikaners in “die nuwe Suid-Afrika” na (vir ’n sprekende voorbeeld kyk *Gelofteland Aanlyn*). Die Wonder van Afrikaans feestelikhede sou egter ook ’n groter groep hoofsaaklik wit Afrikaanse na-oorlogse babakinders (oftewel *baby boomers* – soos ekself) as herinnering bybly – want óns was die geslag wat grootgemaak is vir ’n lewe uit, deur en tot die “Afrikanersaak” (“die taal” beslis ingesluit).

Eers as volgroeide akademikus het ek, na aanleiding van Fritz Ponelis se noukeurige nagevorsde *The Development of Afrikaans* (Ponelis 1993) – verpligte leesstof vir wie ook al trag om die ontstaansgeskiedenis van Afrikaans in ’n sosio-linguistiese en historiese konteks te begryp – werklik bewus begin raak van ’n lewende Afrikaans wat uit ’n rare mengsel van inheemse en uitheemse bestanddele, beginnende as ’n kombuistaal, ’n slawetaal, ’n taal van afsondering en selfs ’n prostitute-taal uiteindelik tot wasdom sou kom as die gelyke van enige ander erkende taal, waar ook al ter wêreld, met ’n register wat strek vanaf die profane tot die sakrale, die vulgêre tot die sublieme en die alledaagse tot die buitengewone. Die wonder van Afrikaans, waarin al die sprekers van die taal deel, lê in die unieke historiese wording daarvan.

Dit gaan in hierdie bydrae oor die volgende vraag: *Hoe is dit met die juridies-staatkundige register van Afrikaans in Suid-Afrika as wordende en groeiende konstitusionele demokrasie en spesifiek op die grondwetsfront gesteld?* Eenvoudiger gevra: *Kan Afrikaans die groter kontoere sowel as die fyner nuanses van grondwetmatige demokrasie<sup>1</sup> in Suid-Afrika raaksê en uitsê?*

In Afrikaans (en ook in Engels) is “wonder” daardie wonderlike woord wat in selfstandige naamwoordsvorm op ontsag vir die buitengewone dui (Engels: *miracle*) maar wat in werkwoordsvorm ook onsekerheid en vertwyfeling kan verwoord (Engels: *wonder*) (Odendaal & Gouws 2009). Wanneer oor die wonder van grondwetmatige Afrikaans en die moontlikhede daarvan in en vir ’n grondwetsdiskoers besin word, moet albei stelle betekenismoontlikhede van “wonder” terdeë verreken word.

Die wonder van grondwetmatige Afrikaans, in die eerste betekenis, gaan hand aan hand met Suid-Afrika se oorwegend vreedsame oorgang, agtien jaar gelede, van apartheid na grondwetmatige demokrasie – ’n politieke bewindsverwisseling wat Nelson Mandela as “a small miracle” bestempel het (Lawrence 1994:1-12). ’n Mens wonder egter, in die tweede, werkwoordelike betekenis van die woord, tot watter mate die skade wat aan en deur Afrikaans as apartheids- en verdrukkerstaal berokken is, dit as grondwetlik-demokratiese taal devalueer of selfs diskwalifiseer. Met hierdie bedenking kan korte mettenes gemaak word. Gegewe Suid-Afrika se demokrasie onvriendelike verlede is dit verstaanbaar dat Afrikaans se grondwetlik-demokratiese register skepties bejeën

<sup>1</sup> Ek verkies in etlike gevalle die byvoeglike naamwoorde “grondwetmatig” en “grondwetmatige” bo “grondwetlik/konstitusioneel” en “grondwetlike/konstitusionele”. Ek verduidelik my voorkeur in 4. hieronder.

kan word maar dit sal kortsigtig wees om met so 'n skeptisisme te volstaan. Juis nou, in 'n nuwe bedeling, kan die verdrukkerstaal getransformeer en die demokratiese bevrydingspotensiaal daarvan ten volle ontgin word. Die taal van die mees meedoënlose verdrukke in Suid-Afrika – by wie die aanstigters en argitekte van apartheid ewe fluks sou leer – was Engels en nie Afrikaans nie. Engels is vandag 'n wêreldtaal omdat dit 'n koloniale taal en as sodanig onvermydelik óók 'n verdrukkerstaal was. Die wêreldwye diskoers oor konstitusionalisme, demokrasie en menseregte, soos ons dit tans ken en krities waardeer, sou in die afwesigheid van Engels egter volstrek ondenkbaar wees. En wat nou maar Duits, 'n skrale ses sewe dekades gelede die taal van een van die twintigste eeu se mees berugte verdrukke regimes, dog vandag 'n taal met 'n ryk geskakeerde konstitusioneel-demokratiese register waaruit ons in Suid-Afrika, en veral in Afrikaans, baie kan put.

Tot 1994 was Suid-Afrika, gemeet aan die florerende, globale, na-oorlogse diskoers oor konstitusionalisme en menseregte, 'n agtergeblewe pseudo-demokrasie met 'n Westminster grondwetlike bestel wat staatsregtelik die toon aangegee het. Veral die idee en praktyk van parlementêre soewereiniteit was vir die apartheidsregeerders van groot hulp om 'n ontkieserde meerderheid van die bevolking ferm in toom te hou. In die land van herkoms daarvan mag Westminster dalk oor sekere goeie kwaliteite beskik maar een so 'n kwaliteit is en was bepaald nie die uitvoerpotensiaal daarvan na 'n volstrek heterogene, voorheen gekoloniseerde ontwikkelingsstaat waarin 'n oppermagtige minderheidparlement die septer swaai nie.

Westminster het die grondwetlike diskoers in Suid-Afrika verarm – en geskaad. Publiekreg wat op staatsinrigting betrekking het, is meesal as *black letter law* (letterlik: “vetletterreg”) hanteer. *Black letter law* is ook *trite law*, in Afrikaans “oorbekende reg”, dit wil sê reg waarvan almal (na bewering) eenstemmig kan verklaar: “Dit is bo alle twyfel die geldende reg!” Hoofsaaklik só is staats- en administratiefreg, in die vorige bedeling, in ons howe, in regs fakulteite, in staatsinstellings en in die publieke domein oor die algemeen opgedis. Grondwetlike waardetaal is as onpresiese, spekulatiewe en daarom onbruikbare politieke retoriek afgemaak. Hierdie verarmende diskoers is in beide Engels en Afrikaans gevoer. Engels het egter ook toegang tot die groter globale diskoers oor konstitusionalisme en menseregte gebied en mettertyd al meer daarmee geïdentifiseer geraak, terwyl Afrikaans hoofsaaklik met die waarde-verarmde Suid-Afrikaanse diskoers vereenselwig is. Dit strek die Fakulteit Regte aan die Potchefstroomse Universiteit vir CHO (voorganger van die Noordwes-Universiteit, Potchefstroom) tot eer dat dit die eerste (en 'n ruk lank die enigste) regs fakulteit in apartheid Suid-Afrika was wat 'n menseregtemodule op LL B-vlak aangebied het – *in Afrikaans!*

Toe die era van grondwetmatige demokrasie in 1994 vir Suid-Afrika aanbreek, was Afrikaans, gemeet aan die verrykte grondwetlike en menseregte diskoers wêreldwyd, 'n agtergeblewe grondwetstaal. Hoe is dit dan nou, agtien jaar later, met die grondwetlike register van Afrikaans gesteld? Hierdie vraag kan nie binne die bestek van hierdie enkele bydrae volledig beantwoord word nie en daar sal dus volstaan word deur te wys op enkele voorbeelde van hoedat die seggingskrag van Afrikaans só ingespan kan word dat dit met die benoeming van sekere eietydse en soms unieke grondwetlik-demokratiese verskynsels die spyker op 'n heel besondere wyse op die kop (kan) slaan. Sulke verskynsels sluit in grondwets- en grondwetsverwante norme, begrippe, idees, figure, instellings, gebeurtenisse, handelinge ensovoorts. Meer sal gedoen moet word as om al improviserende nuutvorme met 'n woordespel te probeer optower. Mý verstaan en verduideliking van grondwetlike verskynsels verg onvermydelik verantwoording – iets soos 'n vakkundige beleidsverklaring. Dít skakel natuurlik nie die moontlikheid van kreatiewe spel uit nie – mits die verantwoording bly.

Ek gaan nie 'n gratis regsmening lug oor die plek, status en “gelykheid van aansien” (*parity of esteem*) (vgl. die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 artikel 6(4)) van Afrikaans

as grondwetlik verskanste amptelike taal vis à vis Engels en die nege ander inheemse tale nie. Dit is nie dat grondwetlike taalkwessies my koud laat nie – intendeel! Hierdie bydrae fokus egter op ’n ander sleutelkwessie naamlik of, en indien wel hoe goed, Afrikaans haarself in ’n grondwetlike diskoers in ’n talig plurale gemeenskap kan handhaaf.

## 2. WAT IS TEGNIES “DIE GRONDWET”?

Die amptelike (kort) titel van die Grondwet is “Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996”. Die voorganger van die Grondwet was ’n interim of oorgangsgrondwet, te wete die “Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 200 van 1993”. Die 1996 Grondwet – waarna soms ook as “die finale Grondwet” verwys word – is nie “Wet 108 van 1996” nie. ’n Gebruik om so daarna te verwys het egter wyd posgevat – onder staatsamptenare en politici, in die howe en by akademiese en ander kommentators. Die finale Grondwet was en is nie ’n wet van die parlement nie: dit is tot stand gebring deur ’n proses wat, ingevolge bepalings van die oorgangsgrondwet (in hoofstuk 5 daarvan vervat) die verantwoordelikheid van ’n Grondwetlike Vergadering was. In feite het dié vergadering uit die lede van die twee huise van die parlement bestaan maar regtens was dit ’n eiesoortige, selfstandige liggaam wat nie parlamentswette kon maak nie maar een groot “wetgewende produk” moes lewer, naamlik ’n demokratiese grondwet vir Suid-Afrika. Hierdie sonderlinge teks kon nie soos en saam met gewone parlamentswette genommer word nie: dit was en is die een en enigste Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika. Met die oorgangsgrondwet was dit anders: dit was wel ’n wet van die laaste apartheidsparlement (te wete Wet 200 van 1993). Die post-apartheidsparlement het in 2005 wetlik verorden dat geen wetsnommer met die Grondwet geassosieer mag word nie (sien die Wet op die Verwysing na Konstitusionele Wette 5 van 2005 artikel 1(1)). Dieselfde geld vir wette wat die Grondwet wysig (ingevolge artikel 3(1) van Wet 5 van 2005).

Die Grondwet is slegs in Engels in die Staatskoerant (17678 van 18 Desember 1996) gepubliseer maar daar bestaan ’n amptelike Afrikaanse vertaling daarvan. Die Engelse weergawe is deur die President onderteken en in die geval van ’n teenstrydigheid tussen die verskillende weergawes gee die Engelse weergawe die deurslag (Grondwet artikel 240). Die Grondwet praat van die verskillende tekste van die Grondwet (en van wette) wanneer dit na weergawes in verskillende tale verwys. Dit is egter meer korrek om na die Grondwet as een teks te verwys waarvan daar weergawes in verskillende tale bestaan. Al die weergawes is gesaghebbend en daar kan in grondwetsvertolking oor en weer ter opheldering na die verskillende weergawes verwys word. Slegs waar teenstrydighede (dit wil sê wedersyds uitsluitende verskille) opduik, is die Engelse weergawe deurslaggewend.

## 3. DIE GRONDWET AS GENRETEKS

’n Beregbare Grondwet met oppergesag is ’n *rara avis* in Westminster wêreld, en in die “nuwe Suid-Afrika” betrap die andersheid van die Grondwet juriste oor ’n wye spektrum dikwels nog op die verkeerde voet. Heel onthuts soek hulle dan vastigheid in die bekende, deur die taaigheid van die *status quo* te hoog en die impak van grondwetgedrewe transformasie op die bestaande reg te gering te skat. Dit is oorbekend dat die Grondwet die hoogste wet (en trouens die hoogste vorm van reg) in die post-1994 regs- en staatsbestel in Suid-Afrika is, en dat enige staatlike regsnorm of optrede van staatsweë wat ’n bepaling of bepalings daarvan weerspreek, ongeldig is. Die Grondwet is ’n unieke teks – dit staan vas. Dit is bedoel om duursamer te wees as gewone wette (of enige ander regsnorme) en as beregbare hoogste reg lê dit maatstawwe neer waaraan

sulke wette (of regsnorme) moet voldoen. As 'n normaalweg ruim, inklusief en oop bewoorde teks verwoord en verskans die Grondwet basiese waardes en opvattinge oor demokrasie en die regstaat.

Daar is ook veelseggende, karaktertiese punte van ooreenkoms tussen die Grondwet en ander vorme van reg – veral “verordende reg” (*enacted law*) oftewel “wettereg/statutereg” (*statute law*). As normatiewe regstipe binne die groter regsteksgenre stem die Grondwet in sekere wesenlike opsigte met ander “verordende regstekste” (*enacted law-texts*) of gewoon “wetstekste”, soos parlaments- en provinsiale wette, ooreen. Die Grondwet, soos enige wetstekste, is byvoorbeeld aantoonbaar die produk van vormingshandelinge van 'n grondwetlik gemagtigde wetgewer. Wie ook al met wetstekste in die wydste sin van die woord (insluitend die Grondwet) werk, moet hierdie gegewe verdiskonteer deur die gesag van sulke tekste noulettend te eerbiedig.

Die Grondwet en wetstekste (soos trouens alle normatiewe regstekste<sup>2</sup>) is voorts bedoel en daarom verorden *om te geld* en aldus konkreet aantoonbare gevolge te hê. Om so 'n teks te interpreteer is meer soos om 'n stuk bladmusiek te vertolk en uit te voer as soos om byvoorbeeld 'n boek of 'n koerant te lees. Omdat wetstekste geldingsgerig is, word hulle altyd met verwysing na 'n werklike of 'n hipotetiese, konkrete situasie vertolk. Die Afrikaanse woord “vertolk”, met sy estetiese ondertone, is 'n treffende verbalisering van wat eintlik hier gebeur. “Uitleg/uitlê” – wat in Afrikaans tradisioneel in verband met die interpretasie van wetstekste gebruik word – gee nie so regstreeks te kenne dat die eiesoortige persoonlikheid en vaardighede van die vertolker in 'n unieke, interpretasiebehoewende situasie, die uitkoms van die vertolkingsproses heel beduidend (mede)bepaal nie.

“Interpretasie” is, wat wetstekste betref, ook nie so 'n raaksê woord soos “vertolking” nie. “Vertolking”, in Engels vertaal, is *interpretation* (ook wanneer dit oor musiek gaan). Daar is egter ook nog die Engelse term *construction* wat met wetsteksvertolking geassosieer (kan) word en waarin sommige van die dinamiese en konteksgevoelige betekenismoontlikhede van “vertolking” aangetref word (vgl. bv. *Shorter Oxford English Dictionary on CD-ROM* 2002). Daar is egter nie 'n presiese ekwivalent in Engels vir die Afrikaanse “vertolking” in sy verskillende skakeringe nie.

Dus, in 'n neutedop: om die terminologie “wets- en grondwetsvertolking” en *statutory and constitutional construction* eerder as die meer geykte “wets- en grondwetsuitleg/ interpretasie” en *statutory and constitutional interpretation* te benut, maak talig sin en verryk begrip van en vir die vertolkingsproses.

#### 4. DIE -ISME VAN DIE GRONDWET

“Konstitusionalisme” (*constitutionalism*) is die Grondwet se eie -isme van grondwetlike oppergesag en bereikbaarheid (Du Plessis 2008:32-41 en 32-100). Volgens Iain Currie en Johan de Waal is konstitusionalisme die idee dat 'n regering se magte aan 'n skriftelike Grondwet ontleen moet word en beperk moet bly tot daardie magte wat die Grondwet verleen. Die howe as onafhanklike gesag moet deur regspraak beperkings op regeringsmagte kan afdwing (Currie & De Waal 2005:8). Konstitusionalisme is egter, anders as wat Currie & De Waal (2001:10) suggereer, méér as 'n idee (of 'n staatsregtelike teorie of 'n versameling van sulke teorieë). Dit is ook die naam wat aan 'n bepaalde normatiewe toedrag van sake gegee word – “normatief” in dié sin dat dit waardenorme neerlê om aan die gemelde toedrag van sake vorm en gevolg te gee terwyl dit tegelykertyd self

<sup>2</sup> Normatiewe regstekste is te onderskei van narratiewe regstekste wat meer feite- of gebeurtenisgerig is (Du Plessis 2008:32-94-32.95).

aan sekere waarde-eise voldoen. So het in Suid-Afrika “konstitusionalisme” (*constitutionalism*) posgevat as waardegelade naam vir die nuwe grondwetlike bedeling as geheel. ’n Alternatief is “konstitusionele/grondwetlike demokrasie” (*constitutional democracy*). Konstitusionalisme gedy inderdaad as ’n vorm van (of tipe) demokrasie.

’n Wet of uitvoerende handeling in lyn of in ooreenstemming met die Grondwet is “grondwetlik”. Die gebruik van die agtervoegsel “-matig” (soos in “doelmatig”, “resepmatig”, “wetmatig”, “patroonmatig” ensovoorts en dan uiteindelik ook “grondwetmatig”) druk egter die gedagte van “volgens, ooreenkomstig of by wyse van” (vgl. die *Elektroniese WAT Aanlyn*) of na die maat(-staf) van (byvoorbeeld die Grondwet) veelseggender uit. Die ooreenkoms met die Duits (*Verfassungsmässig*) val dadelik op (Duden 1993). Die byvoeglike naamwoord “grondwetmatig” kan in baie gevalle – ofskoon nie voor die voet nie – met vrug in plaas van “grondwetlik” of “konstitusioneel” gebruik word, en so ook die selfstandige naamwoord “grondwetmatigheid” in plaas van “konstitusionalisme” of “grondwetlikheid”. (Die *Elektroniese WAT Aanlyn* opper ook “grondwettig” en “grondwettigheid” as moontlikhede.) Die agtervoegsel “-matig” bring die normatiwiteit, inherent aan die eise van “grondwetlikheid”, skerper na vore. Dit het egter ook beperkings. “Grondwetmatig(heid)” het byvoorbeeld nie ’n nommerpas Engelse ekwivalent nie behalwe miskien dat *constitutionalist* as byvoeglike naamwoord “grondwetmatig” (maar nie ook “grondwetmatigheid” nie) kan verwoord. Dit het ook nie voor die hand liggende antonieme (in Afrikaans) nie: “ongrondwetmatig(heid)” val maar bra kras op die regs- en grondwetsgevoelige oor – dan maar liefs met “ongrondwetlikheid” volstaan of so nie “nie-grondwetmatigheid” as ’n moontlikheid oorweeg.

Soos voorheen opgemerk kan “grondwetlik” of “konstitusioneel” nie voor die voet met “grondwetmatig” vervang word nie. “Grondwetlike” of “konstitusionele gedingvoering” is byvoorbeeld ’n bepaalde vorm van litigasie maar om te kan sê dat sodanige litigasie ook “grondwetmatig” is, vereis ’n waardeoordeel – wat verder gaan as om gewoon die besondere aard van die betrokke litigasie te beskryf.

Suid-Afrika se hoogste hof in grondwetlike aangeleenthede heet, volgens die amptelike Afrikaanse vertaling van die Grondwet, “die Konstitusionele Hof”. “Grondwetmatig(heid)” in die betiteling van hierdie hof is onvanpas. Die benamings “Grondwetlike Hof” of “Grondwethof”, albei skeppings van die volksmond, is dalk net-net aanvaarbaar maar dit is verkieslik om by die amptelike benaming te hou. Die volksmondbenamings is in elk geval nie meer beskrywend nie – net meer Diets.

Hoe dit ook al sy, die Afrikaans waarvan daar in hierdie bydrae sprake is, is by voorkeur grondwetmatig en nie bloot grondwetlike (of Grondwet-) en veral nie net jargon-Afrikaans nie. Taal is onmisbaar nie net in die verwoording nie maar ook in die bewerkstelling en instandhouding van ’n dinamiese en deurtastende grondwetmatigheid.

## 5. GRONDWETLIKE OPPERGESAG EN DIE KRAG VAN SELFBEHEERSING

### 5.1 Die grondwetmatige hersieningsgebod: Artikel 172(1)(a)

Artikel 2 van die Grondwet deklameer die oppergesag daarvan in geen onseker terme nie en bepaal voorts dat enige regsvoorskrif of optrede onbestaanbaar met die Grondwet ongeldig is. Verpligtinge wat die Grondwet oplê moet ook nagekom word. Artikel 172(1)(a) rugsteun artikel 2 deur in ’n gebiedende trant te bepaal dat ’n hof met die nodige jurisdiksie enige regsvoorskrif of optrede wat met die Grondwet onbestaanbaar is, *ongeldig moet verklaar* tot die mate waarin dit aldus onbestaanbaar is. Artikel 165(5) bepaal dat hofbevele of beslissings alle persone en staatsorgane op wie hulle van toepassing is bind. Voorts maak artikel 165(1)-(4) ruim voorsiening vir die



onafhanklikheid van die howe. Die Grondwet roep dus ’n baie kragtige sisteem van grondwetmatige, regterlike hersiening in die lewe – só kragtig dat dit die gevaarlike van die sogenaamde *countermajoritarian difficulty* (of *dilemma*) laat flikker. Dié *difficulty* ontstaan omdat grondwetmatige hersiening daarop kan uitloop dat onverkose regsprekers die wetgewende en uitvoerende handelinge van onderskeidelik direk verkose wetgewers of indirek verkose uitvoerende gesaghebbers ongedaan maak (Tushnet 1985:1503; Currie & De Waal 2005:8). Mens krap nogal kop om ’n Afrikaanse ekwivalent vir *countermajoritarian difficulty* te vind. Dit is ’n uitdrukking wat nie té direk vertaal kan word nie. Die poging waarmee ’n kollega (te wete Prof AJ van der Walt van die Universiteit van Stellenbosch) en ekself vorendag gekom het, is “die vraagstuk van meerderheidsondermyning”. Mens sou waarskynlik met net “meerderheidsondermyning” kon volstaan: “ondermyning” dui immers reeds op ’n vraagstuk of ’n dilemma.

Die beste manier om die voetangels en klemme van meerderheidsondermyning te fnuik, is nie om ’n eenmalige en finale oplossing vir dié vraagstuk te probeer vind nie (hieroor stem ek saam met Botha: 2000:578–581) maar vir veral regsprekers wat grondwetmatige hersiening doen, om selfbeheersing aan die dag te lê. Regterlike selfbeheersing hou meerderheidsondermyning in toom en kan selfs die spanning wat dit skep in kreatiewe, dialogiese energie omsit. Daar is voorts grondwetlike (en grondwetmatige) hersieningsprosedures en strategieë waardeur regterlike selfbeheersing gestalte kan kry. Ek vestig kortliks die aandag op enkele.

## 5.2 “Enige bevel...wat regverdig en billik is”: Artikel 172(1)(b)

Die gebiedende trant waarin artikel 172(1)(a) van die Grondwet howe aansê om ongrondwetlike wetgewing of optrede van staatsweë ongeldig te verklaar, stel die regsposisie by verstek daar. Artikel 172(1)(b) verleen egter ook aan ’n hof die diskresie om enige (ander) bevel te gee wat in die omstandighede regverdig en billik is. Die artikel self gee voorbeelde van wat so ’n bevel kan wees. Eerstens kan dit ’n bevel wees wat die terugwerkendheid van ’n ongeldigverklaring beperk (artikel 172(1)(b)(i)). Normaalweg het die ongeldigverklaring van ’n wetsbepaling effek vanaf die oomblik wat die bepaling die eerste keer in werking getree het en dié van uitvoerende gesagsoptrede vanaf die oomblik wat dié optrede ’n aanvang geneem het. Tweedens kan ’n ongeldigverklaring vir ’n tydperk en op enige voorwaardes opgeskort word ten einde die bevoegde gesag geleentheid te gee om die gebrek wat die ongeldigverklaring genoodsaak het reg te stel. Die howe gebruik die artikel 172(1)(b) “ontsnaproetes” heel geredelik omdat hulle die eiesoortige gesag van wetgewers en van uitvoerende staatsorgane wil eerbiedig en só aan die horisontale skeiding van magte (*trias politica*) gevolg wil gee.

Een belangrike uitvloeisel van die howe se aanwending van artikel 172(1)(b) is die ontwikkeling van remedies om grondwetkonformiteit te bewerkstellig en só die risiko van ongeldigverklaring te verlaag (Du Plessis 2008:32-141). ’n Hof kan byvoorbeeld beveel dat slegs die ongrondwetlike gedeeltes van ’n wetsbepaling geskrap word ten einde te voorkom dat die hele wetsbepaling in die slag bly – “die slegte” word met ander woorde van “die goeie” geskei of afgesny ten einde laasgenoemde te kan behou. Na dié proses word as “(af)skeiding” of “afsnying” (*severance*) verwys en dit is nie net ’n post-1994 verskynsel nie. In die vorige bedeling kon dié prosedure ook gevolg word ten opsigte van byvoorbeeld die regterlike hersiening van afgeleide wetgewing.

Die Konstitusionele Hof het die logika van afskeiding verder gevoer in die veronderstelling dat daar nie ’n wesenlike verskil bestaan tussen gevalle waar ’n grondwetlike hersieningshof ingevolge artikel 172(1)(b) die verwydering van gedeeltes uit ’n wetsbepaling gelas en gevalle waar die hof ingevolge dieselfde artikel die inlees van woorde en/of sinsnedes by ’n gewraakte

wetsbepaling beveel nie – steeds met die konstruktiewe doel voor oë om ongeldigverklaring van die betrokke bepaling af te weer. “Inlees” (*reading-in*) is dus ’n erkende vorm van regshulp wat by wyse van ’n hofbevel verleen word hoofsaaklik waar ’n wetsbepaling in sy oorspronklike vorm nie genoeg doen om ’n ongrondwetlike toedrag van sake reg te stel nie. Dit het sover veelal gebeur in gevalle waar die grondwetlikheid van wetsbepalings wat op regte rakende seksuele oriëntering betrekking het, getoets is.

### 5.3 Grondwetskonforme wetsvertolking (Du Plessis 2008:32.138)

“Grondwetskonforme wetsvertolking” (*interpretation in conformity with the Constitution*) is ’n lees- of vertolkingsstrategie wat gevolg word waar meer as een gangbare vertolking van ’n gewraakte wetsbepaling moontlik is en voorkeur dan gegee word aan dié vertolking wat die meeste met die Grondwet ooreenstem wat dan derhalwe tot gevolg het dat die bepaling die minste risiko loop om ongeldig verklaar te word. In Engels word dikwels na dié leesstrategie as *reading-down* verwys omdat dit in die praktyk meesal op voorkeur vir die mees beperkende (of restriktiewe) lesing van ’n wetsbepaling neerkom. Dit is egter heel denkbaar (en het in die praktyk ook al gebeur) dat ’n uitbreidende (of ekstensiewe) lesing die grondwetlik mees konforme moontlikheid is. Laasgenoemde sou in Engels *reading-up* kon heet maar nêrens in die regspraak of literatuur kom dit so voor nie. In Afrikaans kan met die benamings “beperkende” of “restriktiewe vertolking” en “uitbreidende” of “ekstensiewe vertolking” volstaan word. Die *locus classicus* in verband met restriktiewe grondwetskonforme wetsvertolking is *Govender v. Minister of Safety and Security*, 2001 (11) B.C.L.R. 1197 (S.C.A.) (vgl. ook *Ex Parte Minister of Safety and Security and Others: In Re: S. V. Walters and Another*, 2002 (7) B.C.L.R. 663 (C.C.) en met betrekking tot uitbreidende grondwetskonforme vertolking *Daniels v Campbell N.O. and Others*, 2004 (7) B.C.L.R. 735 (C.C.)).

Soms word na die grondwetlike konformiteitseis ook as “’n vermoede van grondwetlikheid” (*a presumption of constitutionality*) verwys. Dit is nie heeltemal onaanvaarbaar nie maar benamings wat, soos die voorgesteldes hierbo, die aard en effek van die beperkende en uitbreidende leesstrategieë meer regstreeks verwoord, is verkieslik.

Wat hulle effek betref is daar sterk ooreenkomste – maar wat hulle herkoms en strategiese aard betref ook wesenlike verskille – tussen afskeiding en inlees enersyds en beperkende en uitbreidende, grondwetskonforme wetsvertolking andersyds. Eersgenoemdes is, soos voorheen verduidelik, vorme van regshulp wat by wyse van hofbevele verleen word – die uitkoms van ’n strategie van gedingvoering met ander woorde. Laasgenoemdes is vertolkingsmatige leesstrategieë wat die betekenis van talige betekenaars rek of krimp na gelang van die eis van besondere omstandighede. Daar is geen vaste riglyne waarvolgens besluit kan word watter van die voormelde twee strategieë as ’n reël of onder sekere gegewe omstandighede verkieslik is nie. Die vertolkingsstrategie laat die bewoording van ’n wetsbepaling soos deur die wetgewer verorden intakt terwyl die gedingstrategie gewoonlik daadwerklike wysigings van die bewoording tot gevolg het. Die laasgenoemde is op die oog af dus ’n meer drastiese vorm van regterlike ingrype in die wetgewende arbeid van ’n wetgewer as die eersgenoemde – en dit jaag die spook van meerderheidsondermyning op (Le Roux 2005:547-548). Daar kan egter geredeneer word dat die *ad hoc*-karakter van die eersgenoemde strategie wat ’n wetsbepaling met die oog op slegs ’n besondere geval grondwetskonform lees, nie regsekerheid bring in daaropvolgende soortgelyke situasies nie. Dit is daarom verkieslik om, waar geregverdig, die bewoording van ’n wetsbepaling deur afskeiding of inlees daadwerklik te wysig – te meer omdat so ’n wysiging, net soos ’n ongeldigverklaring, uiteindelik deur die Konstitusionele Hof bekragtig moet word en aldus sigbaar en verseker bindend sal wees

op alle howe in latere soortgelyke sake (vgl. bv *Daniels v Campbell N.O. and Others*, 2004 (7) B.C.L.R. 735 (CC)). In die praktyk word sulke wysigings egter nêrens op die wetboek aangeteken nie (hulle moet in tersaaklike uitsprake van die Konstitusionele Hof nagespeur word) en dit verlaag hulle toeganklikheid en belemmer regsekerheid.

#### 5.4 Subsidiariteit (Du Plessis 2006:207-228)

Die term “subsidiariteit” word in die Suid-Afrikaanse regs konteks beperkend en spaarsaam gebruik. Dit is ook nie juis opvallend deel van die begrippe-arsenaal waaruit die grondwetlik-demokratiese register van Afrikaans (of enige ander Suid-Afrikaanse taal) put nie. Die woord self, en die begrip wat dit verwoord, is egter belangrike aanwysings wat aan die tipe grondwetmatigheid wat in hierdie bydrae voorgestaan word, gestalte help gee. Met my beroep op subsidiariteit is ek nog ietwat van ’n stem des roepende in die nasionale woestyn. Plaaslik is daar nog twee of drie sulke stemme. Internasionaal – in byvoorbeeld die konteks van die Europese Unie (vgl. bv. die *Maastricht-saak* (1993) 89 *BverfGE* 155) en in etlike buitelandse jurisdiksies, veral Duitsland (Van Wyk 1998:251-269) – is subsidiariteit egter geruime tyd en in verskeie hoedanighede reeds integrerend deel van die grondwetlik-staatkundige landskap. Daar is ook voorbeelde van subsidiariteit en verwante verskynsels in Suid-Afrika se grondwetlike regspraak en in ander vorme van grondwetlike diskoers maar dié voorbeelde word nie altyd as sodanig geïdentifiseer en benoem nie.

Subsidiariteit bepaal die toedeling van besluitnemingsbevoegdheid en -verantwoordelikheid volgens ’n sekere logika, naamlik dat die mins omvattende en mees ondergeskikte, bevoegde besluitnemer, waar doenlik, die voorkeur besluitnemer sal wees. Dit gaan dus om die desentraliserende afwenteling van besluitneming tot op – of so na as moontlik aan – voetsoolvlak. Hierdie logika geld beide waar ’n besluitnemende instelling of orgaan en ’n besluitnemingsnorm geïdentifiseer moet word. In die eerste geval vind “institusionele subsidiariteit” (*institutional subsidiarity*) en in die tweede geval “strategiese subsidiariteit” (*strategic subsidiarity*) toepassing.

*Amod v Multilateral Motor Vehicle Accident Fund*, 1998 (10) B.C.L.R 1207 (C.C.) bied ’n voorbeeld uit ons grondwetlike regspraak van institusionele subsidiariteit met die Konstitusionele Hof wat beslis het dat ofskoon dit die hoogste hof in die land in grondwetlike aangeleenthede is, die Hoogste Hof van Appèl nietemin die meer gepaste forum is om, ingevolge artikel 39(2) van die Grondwet, finaal oor die ontwikkeling van die gemene- en gewoontereg in ooreenstemming met die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte uitsluitel te gee. Na die regsrelevante, forumsentriese subsidiariteit waaraan die Konstitusionele Hof in hierdie geval gevolg gegee het, kan ook as “jurisdiksionele subsidiariteit” (*jurisdictional subsidiarity*) verwys word.

Strategiese subsidiariteit manifesteer, in ’n regsprekende konteks, as geskilsentriese “beregende subsidiariteit” (*adjudicative subsidiarity*) wat met die keuse van die mees gepaste regsnorm of norme met die oog op geskilbeslegting in ’n besondere geval gemoeid is. In *S v Mhlungu and Others*, 1995 (7) B.C.L.R. 793 (C.C.) het die Konstitusionele Hof by monde van waarnemende regter Kentridge die volgende hieroor gesê: “I would lay it down as a general principle that where it is possible to decide any case, civil or criminal, without reaching a constitutional issue, that is the course which should be followed.”

Volgens hierdie dictum moet ’n regsvertolker en toepasser nie oorhaastig ’n oplossing vir elke regsprobleem in die Grondwet probeer vind nie. Dit beteken egter nie dat ’n mens hier met ’n “beginsel van vermyding” (*principle of avoidance*) van grondwetlike kwessies te make het nie (*contra* Currie & De Waal 2005:25 en 32). Die Grondwet as hoogste reg handhaaf deurentyd ’n verspiedende alomteenwoordigheid (*scouting ubiquity*) waar regsvertolking en toepassing ook al

geverg word maar gee in die proses nie voor dat dit 'n alomvattende superreg is wat pasklaar oplossings vir elke regsprobleem bied nie. Die soektog na 'n gepaste, probleemoplossende regsnorm begin by die bestaande reg en wanneer (dit lyk of) so 'n norm gevind is, hang dit in die finale instansie van die grondwetmatigheid daarvan af of en hoe dit aangewend kan word. Die Grondwet maak dus kontak met die bestaande reg tot op voetsoolvlak en beregende subsidiariteit speel hierin 'n bepalende rol omdat dit vereis dat regsoplossings allereers in die bestaande reg (op voetsoolvlak) gesoek moet word. In daardie gevalle waar sodanige oplossings gebrekkig of onbevredigend (of afwesig) is, word toevlug tot die helende krag van die oppermagtige Grondwet geneem – met die swak- en sterkpunte van die bestaande reg heeltyd voor oë.

Volledigheidshalwe moet kortliks iets gesê word oor, eerstens, die besondere rol wat wetgewing toenemend op die subsidiariteitsfront speel en, tweedens, die verbod op vervangende besluitneming (wat nie net of selfs primêr 'n subsidiariteitskwessie is nie).

Wat die eerste aangeleentheid betref, die volgende. Nasionale wetgewing is sedert 1994 verorden spesifiek om op die Grondwet uit te brei en meer konkreet aan sekere sleutelbepalings daarvan – meesal in die Handves van Regte vervat – gevolg te gee (Du Plessis 2011: 95/351-97/351). Die Grondwet antisipeer, magtig en vereis trouens die aanvaarding van sulke wetgewing waarvan die Wet op die Bevordering van Gelykheid en die Voorkoming van Onregverdige Diskriminasie 4 van 2000, die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid 3 van 2000 en die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995 voorbeelde is. Waar sulke wetgewing bestaan en voorsiening vir die uitgebreide en spesifiek geteikende beskerming van sekere grondwetlik verskanste regte maak, is regstreekse beroep op die Grondwet ter beskerming van die gemelde regte onvanpas – die roete wat die betrokke wet self uitstip (indien enige) moet eers gevolg word. Dít is 'n subsidiariteitsvereiste en na die besondere wetgewing waarvan hier sprake is, kan dus as “subsidiêre, grondwetlike wetgewing” (*subsidiary constitutional legislation*) verwys word. Sulke wetgewing mag nie grondwetlike regte wegneem nie maar sou hulle wel ingevolge artikel 36 (of op enige ander grondwetlik erkende wyse) kon beperk. Die betrokke wetgewing mag egter wel regte verleen addisioneel tot dié uitdruklik in die Grondwet vervat.

Wat die verbod op vervangende besluitneming betref, die volgende: Wanneer 'n hof 'n besluit van 'n orgaan van die uitvoerende gesag moet hersien, is dit nie vir die regter(s) om bloot 'n beter besluit met verwysing na die meriete van die geval te neem en die betrokke orgaan se besluit daarmee te vervang nie. Op Engels word gesê dat die hof die uitvoerende besluitnemer se besluit nie mag *second guess* nie maar slegs moet vasstel of 'n behoorlike regsproses gevolg en alle betrokkenes genoegsaam geken is voordat en toe die besluit geneem is. 'n Goeie Afrikaanse ekwivalent vir *second guessing* is nog soek. Dit gaan hier oor 'n verbod op vervangende besluitneming – met nakennis van die aanvanklike besluit en die redes daarvoor. Subsidiariteit is sydelings ter sprake vir sover dit oor die identifikasie van 'n gepaste besluitnemer gaan. Die logika van die horisontale skeiding van die wetgewende, die uitvoerende en die regterlike gesag is hier egter toonaangewend. 'n Interessante gevolg van die verbod op vervangende besluitneming is dat 'n hof van appèl wat die uitspraak van 'n hof van eerste instansie op meriete kan omverwerp en met 'n ander uitspraak kan vervang, as 'n reël as hersieningshof nie dieselfde met die besluit van 'n administratiewe orgaan kan doen nie. Dit illustreer heel treffend die praktiese verskil in werking tussen jurisdiksionele subsidiariteit en *trias politica*.

## 5.5 Regering van samewerking

Hoofstuk 3 van die Grondwet tref sekere reëlings in verband met 'n aangeleentheid – 'n konstitusionele en talige nuutskepping (*neologism*), om die waarheid te sê – wat die grondwetgewers

besluit het om “regering van samewerking” (*co-operative government*) te noem. In artikel 40(1) word drie verskillende “regeringsfere” (*spheres of government*) onderskei: nasionaal, provinsiaal en plaaslik. “Sfere” is ook ’n nuutjie: “vlakke” of trappe (*levels of tiers*) van regering is tradisioneel gebruik. Van hierdie sfere van regering word gesê dat hulle “onderskeidend onderling afhanklik en onderling verbonde” is en artikel 41 gaan dan verder deur in besonderhede sekere beginsels vir ’n regering van samewerking neer te lê. Een van hierdie beginsels is dat staatsorgane in die verskillende regeringsfere in wedersydse vertroue en goeie trou met mekaar moet saamwerk deur regsverrigtinge teen mekaar te vermy (Artikel 41(1)(h)(vi)). Hierdie beginsel is by noodwendige implikasie ook ’n selfbeheersings- (selfs ’n weerhoudings-) opdrag aan howe voor wie sulke regsverrigtinge deur een staatsorgaan teen ’n ander aanhangig gemaak kan word.

Die idee van ’n regering van samewerking is nie uit die lug uit gegryp nie. Dit herinner sterk aan ’n verskynsel wat in die Duitse staatsreg *Bundestreue* heet. Regering van samewerking kan verreikende praktiese gevolge hê en een van die heel interessantstes daarvan word in artikel 149 van die Grondwet voorsien. As ’n bowegesikste parlementswet, sê A, en ’n ondergesikste provinsiale wet *in pari materia*, sê B, byvoorbeeld teenstrydig is, word die laasgenoemde tradisioneel ongeldig verklaar en kan dit alleen deur ’n wetgewende handeling weer in die lewe geroep word (mits A natuurlik intussen gewysig is en die teenstrydigheid dus wegval). Volgens artikel 149 lei ’n teenstrydigheid tussen A en B egter nie tot die ongeldigheid van die laasgenoemde nie: B is bloot nie van krag nie vir solank die teenstrydigheid voortduur. Indien die teenstrydigheid om die een of ander rede verval, word B outomaties weer van krag.

## 6. FINALE

Met hierdie verkennende bydrae is nie iets groots of iets vreeslik nuuts bewys nie – en soiets is weliswaar ook nooit in die vooruitsig gestel nie. My meer beskeie oogmerk was om verskynsels en idees waarmee ek op my vakgebied werk, in Afrikaans bekend te stel en saam met die lesers van hierdie bydrae te wonder of Afrikaans sowel die groter kontoere as die fyner nuanses van grondwetmatige demokrasie verduidelikend kan raaksê. Voorbeelde is gegee van hoedat die seggingskrag van Afrikaans ingespan kan word om sekere eietydse grondwetlik-demokratiese verskynsels treffend en veelseggend te benoem. En waar daar gesoek moes word na en gevorm moes word aan nuwe woorde of uitdrukkings, het dit gelyk asof Afrikaans die ernstige soeker nie sommer in die steek sal laat nie.

Oor een aspek was ek tot dusver terughoudend, dalk selfs ’n bietjie té geheimsinnig, en dit is my filosofie oor my vakgebied. Dit is, om die waarheid te sê, moeilik om ’n presiese naam aan “my vakgebied” te gee: dit is nie heeltemal staatsreg nie, ook nie onverdunde regsfilosofie of regsteorie nie. “Grondwetsteorie” is dalk die naaste aan die kol en binne die raamwerk daarvan interesseer ek my veral vir “selfbeheerste grondwetmatigheid/konstitusionalisme” (*self-restrained constitutionalism*). Die voorbeelde van grondwets- en grondwetsverwante verskynsels wat kortliks bespreek is, staan meesal sterk in die teken van die eis tot regterlike selfbeheersing. Selfbeheerste, grondwetmatige regspraak verg krag – dit is nie ’n vorm van swakheid of huiwering nie. Dit is beheers – nie bedees nie. Selfbeheersing verg ook ’n baie genuanseerde omgaan met taal – en natuurlik ’n taal waarmee genuanseerd omgegaan kan word. Afrikaans, so lyk dit, is so ’n taal.

Dit gaan egter nie bloot of selfs in die eerste plek oor Afrikaans nie, maar oor die kleinood van grondwetmatige demokrasie in Suid-Afrika met sy elf amptelike tale. Wat sáám gewonder kan word oor Afrikaans behoort – ter wille van die welstand van grondwetmatige demokrasie – gewonder te word oor al Suid-Afrika se tale. Die tale self sal weliswaar ook daarby baat en hulle “gelykheid van aansien” (*parity of esteem*), waarvan artikel 6(4) van die Grondwet gewag maak,

sal onvermydelik toeneem. Die sprekers van die verskillende tale het die verantwoordelikheid om al wonderende inisiatief te neem om die grondwetmatig-demokratiese register van hulle tale te ontgin. Gelukkig het ons in Suid-Afrika ’n saambindende faktor in die vorm van ’n taal wat vir baie van ons ’n tweede moedertaal geword het, naamlik Engels. Dit is die taal waarin meesal amptelik met die Grondwet omgegaan word en waarin akademici en ander intellektuele by voorkeur oor grondwetmatige demokrasie praat en publiseer. Van hierdie werklikhede hoef nie weggeskram te word om aan elkeen se “eie taal” ’n regmatige plek te laat toekom nie.

Daar is baie moontlikhede om grondwetmatig-demokratiese Afrikaans vindingryk te gebruik en te ontwikkel – sonder benadeling van enigiemand, allermins skrywers in en sprekers van die taal. Hierdie moontlikhede moet ontgin word – nie net in en vir Afrikaans nie maar in en vir elke Suid-Afrikaanse taal na die maat van die wonder daarvan. Voorts, indien ’n mens wonder hoe sê of benoem jy dít of dát op hiérdie of dáárdie een van ons elf amptelike tale, dra jy nie alleen by tot die ontwikkeling van die (woordeskat van die) betrokke taal nie: jou begrip van en insig in dít waaroor jy iets wil sê of dát wat jy wil benoem, kan ook groei en verdiep. Hopelik het dit in hierdie bydrae gebeur met iets so gewigtig soos die dít van grondwetmatige demokrasie en die dát van die ryk begrippe- en ideë-arsenaal waaruit dit put.

## BIBLIOGRAFIE

- Botha, Henk. 2000. Democracy and rights: constitutional interpretation in a postrealist world. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 63(4):561-581.
- Currie, Iain & De Waal, Johan. 2001. *The new constitutional and administrative law volume 1*. Lansdowne: Juta.
- Currie, Iain & De Waal, Johan. 2005. *The Bill of Rights handbook*. 5th edition. Lansdowne: Juta.
- Du Plessis, Lourens. 2006. Subsidiariteit in grondwetsvertolking en -beregting. In Chris Nagel (red.) *Gedenkbundel vir JMT Labuschagne*. Durban: LexisNexis Butterworths, pp. 207-228.
- Du Plessis, Lourens. 2008. Interpretation. In Woolman, Stuart, Roux, Theunis, Klaaren, Jonathan, Stein, Anthony, Chaskalson, Matthew & Bishop, Michael (eds) *Constitutional law of South Africa*. 2nd edition. Original Service June 2008. Cape Town: Juta / Pretoria: Centre for Human Rights, pp. 32-1 – 32-193.
- Du Plessis, Lourens. 2011. The status and role of legislation in South Africa as a constitutional democracy: some exploratory observations. *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 14(4):92/351-102/351.
- Duden. 1993. *Das Bedeutungswörterbuch*. In *PC-Bibliothek* on CD ROM Mannheim / Leipzig / Vienna / Zürich: Duden.
- Lawrence, Ralph. 1994. *Introduction. From Soweto to Codesa*. In Friedman, Steven & Atkinson, Doreen (eds) *The South African Review 7. The small miracle. South Africa's negotiated settlement 1994* Johannesburg: Ravan Press, pp. 1-12.
- Le Roux, Wessel. 2005. Undoing the past through statutory interpretation: The Constitutional Court and marriage laws of apartheid. *Obiter* 26(3):526-549.
- Odendaal, F.F. & R.H. Gouws. 2009. *Elektroniese handwoordeboek van die Afrikaanse taal* 5de uitgawe. Pinelands: Pearson Education.
- Ponelis, F.A. 1993. *The development of Afrikaans*. Frankfurt am Main / Berlin / Bern / New York / Wien: Peter Lang.
- The shorter Oxford English dictionary on CD-ROM*. 5th edition, Version 2.0. 2002. Oxford: Oxford University Press.
- Tushnet, Mark V. 1985. Anti-formalism in recent constitutional theory. *Michigan Law Review*, 83(6):1502-1544.
- Van Wyk, Dawid. 1998. Subsidiariteit as waarde wat die oop en demokratiese Suid-Afrikaanse gemeenskap ten grondslag lê. In Carpenter, Gretchen (red.) *Suprema Lex. Essays on the Constitution presented to / Opstelle oor die Grondwet aangebied aan Marinus Wiechers* Durban: Butterworths, pp. 251-269.

## HOFSAKE

*Amod v Multilateral Motor Vehicle Accident Fund*, 1998 (10) B.C.L.R. 1207 (C.C.).

*Daniels v Campbell N.O. and Others*, 2004 (7) B.C.L.R. 735 (C.C.).

*Ex Parte Minister of Safety and Security and Others: In Re: S. V. Walters and Another*, 2002 (7) B.C.L.R. 663 (C.C.).

*Govender v. Minister of Safety and Security*, 2001 (11) B.C.L.R. 1197 (S.C.A.).

*Maastricht-saak*, (1993) 89 BverfGE 155.

*S v. Mhlungu and Others*, 1995 (7) B.C.L.R. 793 (C.C.).

## WETTE

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996.

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 200 van 1993.

Wet op die Verwysing na Konstitusionele Wette 5 van 2005.

## INTERNET BRONNE

*Elektroniese WAT Aanlyn*. <http://woordeboek.co.za/> of <http://www.woordeboek.co.za.ez.sun.ac.za/>.

*Gelofteland Aanlyn* [http://gelofteland.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2205:25-januarie-1959-die-wonder-van-afrikaans-fees&catid=23:kultuurdagboek&Itemid=24](http://gelofteland.org/index.php?option=com_content&view=article&id=2205:25-januarie-1959-die-wonder-van-afrikaans-fees&catid=23:kultuurdagboek&Itemid=24).