

Die rol van die Hoogste Howe van die Verenigde State van Amerika, Suid-Afrika en die Europese Unie in buitelandse aangeleenthede*

The Role of the High Courts of the United States of America, South Africa and the European Union in Foreign Affairs

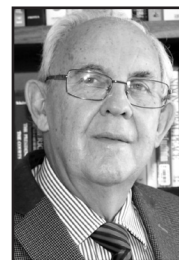
RIAAN EKSTEEN

Gewese SA Ambassadeur

Tans Internasionale Konsultant

Swakopmund, Namibië

E-pos: reksteen@swakop.com



Riaan Eksteen

RIAAN EKSTEEN was vir 27 jaar lid van Suid-Afrika se Buitelandse Diens. Hy beklee in daardie tyd verskillende poste en dien in verskillende hoedanighede in die Buitelandse Ministerie. Gedurende 1964-67 is hy in die Namibiese afdeling gemoeid met SA se betrokkenheid in die hofsak by die Internasionale Geregshof in Den Haag; hy is ook agtereenvolgens hoof van die VN- en Namibiese afdeling (1973-76) en van Beplanning (1981-93). Hy dien vanaf 1968-1973 by die SA Ambassade in Washington, DC. Voorts is hy vir 12 jaar ambassadeur en hoof van die Missie by die VN in New York (1976-1981); Namibie (1990-1991); VN Geneve (1992-1995) en Turkye, insluitend Azerbeidzjan, Kirgizstan; Oezbekistan en Turkmenistan. Hierdie laasgenoemde aanstelling is deur President Mandela gemaak. Hy was ook Direkteur-generaal van die Suid-Afrikaanse Uitsaaidiens (SAUK) van 1983 tot 1988 en politieke ontleder op die Johannesburgse Aandeelbeurs (JSE) van 1988 tot 1990.

RIAAN EKSTEEN was a member of the South African Foreign Service for 27 years, during which time he held several posts in various capacities within the Foreign Ministry. From 1964-67 he served in the Namibian division, participating in South Africa's court case in the International Court of Justice in The Hague; he also successively held the positions of Head of the UN and Namibian divisions (1973-1976) and Head of Planning (1981-1983). In addition, from 1968-1973, he was stationed at the South African Embassy in Washington, DC; subsequently, he was Ambassador and Head of Mission for 12 years at the U.N. New York (1976-1981); Namibia (1990-1991); U.N. Geneva (1992-1995); and Turkey, including Azerbaijan, Kyrgyzstan, Turkmenistan and Uzbekistan (1995-1997). The latter ambassadorial assignment being endorsed by President Nelson Mandela. He is also a former Director-General of the South African Broadcasting Corporation

* Gebaseer eerstens op 'n tesis getiteld "The Role of the High Courts of the United States of America, South Africa and the European Union in Foreign Affairs" waarvoor die doktorsgraad deur die Universiteit van Johannesburg op 16 Oktober 2018 toegeken is en, tweedens, op 'n boek getiteld *The Role of the Highest Courts of the United States of America and South Africa, and the European Court of Justice in Foreign Affairs* wat in Mei 2019 in Europa vrygestel word.

<p>Vanaf 1997 tree hy op as Internasionale Konsultant en besigheidsfasiliteerder in Suider-Afrika.</p> <p>Dr Eksteen verwerf die kwalifikasies BA aan die Universiteit van Pretoria in 1963; BAHons aan die Universiteit van Suid-Afrika (UNISA) in 1971; MA (<i>Cum Laude</i>) aan UNISA in 1974 met die titel “Die Rol van die VSA se Senaat in Buitelandse Sake”; en DLitt et Phil aan die Universiteit van Johannesburg (UJ) in Oktober 2018, met die titel “The Role of the High Courts of the United States of America, South Africa and the European Union in Foreign Affairs”. Hy is die skrywer van ’n ongepubliseerde artikel “Does your company have a foreign policy and the instruments to execute it?”</p>	<p>(SABC) (1983–1988); and Political Analyst at the Johannesburg Stock Exchange (JSE) (1988–1990). Since 1997 he has been active as an international consultant and business facilitator in Southern Africa.</p> <p>Dr Eksteen was awarded the following degrees: BA from the University of Pretoria (UP) in 1963; BAHonours from the University of South Africa (UNISA) in 1971; MA (<i>Cum Laude</i>) from UNISA in 1974, with a dissertation entitled, “The Role of the USA Senate in Foreign Affairs”; and DLitt et Phil from the University of Johannesburg (UJ) in October 2018 with a thesis entitled “The Role of the High Courts of the United States of America, South Africa and the European Union in Foreign Affairs”. He is the author of an unpublished article: “Does your company have a foreign policy and the instruments to execute it?”</p>
--	--

ABSTRACT

The Role of the High Courts of the United States of America, South Africa and the European Union in Foreign Affairs

The purpose of this study is to investigate the role of the Supreme Court of the United States of America (SCOTUS), the two Appellate Courts of South Africa and the European Court of Justice of the European Union (ECJ) in foreign affairs. The latter three Courts do not have a history or track record in matters involving foreign affairs to the same extent as SCOTUS. The main focus has consequently been on this Court, with a more incisive examination of its role in foreign affairs. The study presents essential material and analysis on foreign affairs by all four Courts through their decisions, presentations and briefs to the Courts, scholarly contributions and relevant publications.

SCOTUS is not charged explicitly by the Constitution with any responsibility in foreign affairs. It does, however, embody the crucial principles of the separation of powers and checks and balances. Together with the doctrine of judicial review that the Court explicitly defined in 1803, SCOTUS is assured of being a formidable force in US society – and one no less in that country’s foreign affairs from a very early stage. In the past 25 years SCOTUS has dealt more and more with issues pertaining to foreign affairs. The result has been that the executive paid the price when SCOTUS started cutting the President down to constitutional size. Therefore, while SCOTUS may not formulate foreign policy, nor engage in relations with foreign entities, many judicial actions directly and indirectly affect foreign affairs. The point is thus not whether the judiciary has a role to play in foreign affairs, but rather how great its influence is. The stage has now been reached where the President can no longer merely assume that his actions – defined as constitutional overreach – will not be critically scrutinised and he himself even be rebuked. The Court has thus determined that the point has been reached that a President has to be called constitutionally to order when he has gone too far. The conclusion reached is that SCOTUS is a de facto element in US foreign affairs. SCOTUS does decide cases that affect the relationship of the USA with the rest of the world; and as the Justices decide these cases, they are doing as much as anyone to influence US foreign affairs. The Court’s pronouncements in

an age of globalisation, international terror, economic turmoil and, now lately, also with the ever growing international debate on immigration, and their consequential impact on the country's foreign affairs are not to be underestimated. Consequently, the stage is set for a greater involvement of SCOTUS in foreign affairs than before.

The highest judicial authority in South Africa has not shied away from involving itself in issues that may have an impact on foreign affairs. While not enough cases have as yet been decided to serve as a study equal in scope to that handled by SCOTUS, these two South African Courts have already decided benchmark cases. With a determined approach to human rights issues, their rulings have already left an indelible reminder that the judiciary will not be kept from adjudicating cases that may have implications for the country's foreign affairs. With its stern reprimands in these cases, the two Courts have lived up to their role of upholding the rule of law in exemplary fashion. Their rulings carried another equally important message: the judiciary has an unmistakable role to play in foreign affairs. In doing so these two Courts will not only hold the executive to the principles enshrined in the Constitution, but also keep the executive within constitutional limits.

From its inception, the ECJ has been an unusual international forum for the EU. Over the years it has expanded its jurisdictional authority well beyond its original, narrow boundaries. Its influence has become more apparent and contested. Contrariwise, the ECJ has been hailed as the most powerful supranational court in world history. It has already had a significant impact on the EU's foreign affairs by placing human rights unequivocally at the heart of the EU legal order. It secured an appropriate balance between fighting terrorism and protecting those rights. The Court's central argument was that the protection of fundamental rights forms part of the very foundation of the EU's legal order whereby the Court is committed to guide the EU in its foreign affairs. In doing so the Court has ensured that all EU actions are commensurate with and in harmony with obligations encompassed in all EU treaties. Over six decades the ECJ has grown into a formidable force, so much so that it has not endeared itself to the United Kingdom. In the Brexit negotiations between the UK and the EU, the ECJ has become a major bone of contention.

While the political branches of government most directly determine outcomes in foreign affairs, the contributions of the judiciary are no less significant. Many questions impacting on foreign affairs require constitutional interpretations relating to the authority vested in the executive and legislative branches. Only the judiciary possesses the authority to interpret constitutional and treaty stipulations. In doing so judicial decisions define the parameters and boundaries within which the political branches can and should operate – in domestic affairs and most definitely also in the foreign affairs of the USA, South Africa and the EU.

KEY WORDS: Constitutional principles; foreign policy-making process; human rights; judicial review; national security; relevance of the judiciary; separation of powers; treaties; unconstitutional; war on terror

TREFWOORDE: Buitelandse beleidsmaatreëls; geregtelike hersiening; grondwetlike beginsels; menseregte; nasionale veiligheid; oorlog teen terreur; regsgeesag se relevansie; reisverbod; skeiding van gesag; verdrae

OPSOMMING

In die Verenigde State van Amerika (VSA) beskik die President oor besondere wye magte ten opsigte van buitelandse aangeleenthede; so ook die Kongres, en die Senaat in besonder. Die regsgeesag het geen grondwetlik geformuleerde rol met betrekking tot buitelandse aangeleent-

hede nie. Dit beteken egter nie dat die Hooggeregshof (HH) se uitsprake nie 'n wesentlike invloed op buitelandse beleidsmaatreëls het nie.

Die beklemtoning van menseregte het in 1994 sterk na vore getree met Suid-Afrika (SA) se benadering tot buitelandse aangeleenthede. Algaande het hierdie benadering begin verflou. Die Konstitusionele Hof (KH) het nie teruggedeiens om die uitvoerende gesag krities oor sy grondwetlike verpligtinge tereg te wys en van sy vergrype ongrondwetlik te verklaar nie.

Die Europese Geregshof (EG) het ewe-eens oor dekades heen bepaalde beslissings gelewer wat die buitelandse beleidstandpunte van die Europese Unie (EU) in wese geraak het. Vir die Unie is sy Hof 'n kernpilaar om die hele stelsel standvastig te hou.

Terwyl politieke gesagsinstellings buitelandse beleid die direkste raak, is die bydrae van die regsgesag nie minder betekenisvol nie. Dit bepaal die grense waarbinne politieke take verrig mag word. Die regsgesag het die onmiskenbare feit dat dit 'n rol in buitelandse aangeleenthede het beklemtoon.

INLEIDING

Vir lank het die propageerders van Foreign Policy Analysis hul blind gestaar teen die een faktor wat buitelandse beleid raak, naamlik die uitvoerende gesag. Hierdie siening word nou omvergewerp met die stawende analise dat die regsgesag inderdaad 'n rol te speel het – nie om geraadpleeg te word nie, maar om te verseker dat grondwetlike grense nie oorskry word nie en die uitvoerende gesag daarvolgens optree. Die HH is die grondwetlike instelling wat daardie grondwet moet interpreteer en wanneer kongresbesluite en presidensiële optredes met die grondwet bots, is dit hierdie Hof se plig om daardie aksies ongeldig te verklaar. Dit beïnvloed buitelandse beleidsbepalings.

Vandag funksioneer hierdie hoogste howe onder ander omstandighede as wat met hul totstandkoming geheers het – in 1787 in die VSA; in 1994 in SA en in 1952 met die EG. Hul betrokkenheid in buitelandse aangeleenthede het in die afgelope aantal dekades 'n toenemende eerder as 'n verminderde betekenis verkry, en hul rol in en invloed op buitelandse aangeleenthede word nie meer bevraagteken nie. Die debatte oor daardie rol is nou meer genuanseerd en verfynd as voorheen. Die uitvoerende gesag kan ook nie langer maar net aanvaar dat sy buitelandse beleidsaksies nie deur die regsgesag onder die soeklig geplaas sal word nie. Dit impliseer op sy beurt dat dit krities ontleed word en by tye ook teregwysings sal meebring. Genoegsame ondersteunende bewyse bevestig 'n gesaghebbende gevolgtrekking dat die instellings in hierdie regsordes inderdaad elk 'n besondere invloed op en unieke rol in buitelandse aangeleenthede het.

Hierdie regsinstellings skram geensins meer daarvan weg om hul juridiese mag ten toon te stel wanneer hulle met sake te doen kry wat oor buitelandse aangeleenthede handel nie. Die gevolg hiervan is dat die uitvoerende gesag in toenemende mate gedwing word om aan die regsgesag gehoor te gee, hoe onaangenaam dit ook al vir eersgenoemde mag wees. Die regsgesag wys die uitvoerende gesag nou tereg en deins nie meer terug nie. Politieke maghebbers kan nie meer die grondwet in die gevalle van die VSA en SA en verdrae in die geval van die EU as 't ware aan- en afskakel soos wat dit hulle pas nie. So 'n toedrag van sake sou immers daartoe lei dat daardie magshebbers self, en nie die howe nie, bepaal wat die opperste wet van die land vereis. Hierdie uitgangspunt omvat die rol van die regsgesag in 'n neutodop; dit is nie 'n rol wat sal afneem nie – nie in binnelandse aangeleenthede nie en seer sekerlik nie in buitelandse aangeleenthede nie. Dit dui ook aan dat die geregsgesag nie meer verdraagsaam met presidensiële oorskryding van gesag is nie.

Nietemin, al handel hofsake soms oor die mees sensitiewe politieke onderwerpe denkbaar behoort geen redelike buitelandse beleidmaker die regsgesag te vrees nie. Geeneen van die howe is by magte om buitelandse beleid te bepaal nie, en geeneen van hulle het dit dan ook al ooit probeer doen nie. Wat hulle wel doen, is om regsbeginsels te formuleer en neer te lê. Dit is hierdie beginsels wat buitelandse beleid beïnvloed en wat die rol van die regsgesag in buitelandse aangeleenthede verseker. Dit is vas en onbevraagtekenbaar omdat dit op die opperste wet van die land gefundeer is. Die regsgesag kan nie die verantwoordelikheid ontduik om behoorlike beperkings te stel wat ook op buitelandse aangeleenthede betrekking het nie. Enige raad oor hierdie aangeleenthede wat die uitvoerende gesag onder die aandag van die howe wil bring, kan natuurlik gedoen word alhoewel dit uiteraard nie gevolg hoef te word nie. Louis Jaffe maak hieroor die volgende waarneming:

... the court should not prostrate itself before the fancied needs of diplomacy and foreign policy [and the] claims of diplomacy are not absolute; to question their compulsion is not treason.¹

Konvensionele teenargumente wat heel dikwels in hierdie verband gebruik word, is dat die uitvoerende gesag die ondervinding, vaardighede, buigzaamheid en politieke begrip het wat buitelandse aangeleenthede vereis. Niemand ontken dat die regsgesag nie oor hierdie institusionele bekwaamhede beskik nie, maar, om aan te voer dat die regsgesag, omdat dit nie daarvoor beskik nie, die land se belange sou ondermyn, is verregaande. Toe die HH aborsie met sy uitspraak in *Roe v. Wade*² gewettig het, was daar geen mediese kundige op die regbank nie en tog is die uitspraak aanvaar want dit was op die grondige interpretasie van die grondwet gefundeer.

Om die oppergesag van die reg en die betrokkenheid van howe in politieke en beleidsake te verstaan, is inherent gekompliseerd – nie net in die VSA nie, maar ook in SA en selfs die EU – omdat die regsgesag ingewikkelde rolle daarin speel. Wanneer regsbesluite met die bepaling van 'n rol in buitelandse aangeleenthede in gedagte beskou word, is dit noodsaaklik om nie net vas te stel wat die omvang van die regsgesag se invloed op daardie aangeleenthede is nie, maar ook tot watter mate die uitvoerende gesag as gevolg van hofbeslissings in toom gehou word. Nie net het die uitvoerende gesag se diskresie ten opsigte van buitelandse beleid die onderwerp van regsondersoek geword nie, maar is die beginsel om sulke aangeleenthede uit ontsag vir die uitvoerende gesag te vermy, ook nou iets van die verlede. Om na te laat om die uitvoerende gesag se aksies noukeurig te ondersoek, lei onvermydelik tot 'n drastiese toename in die uitvoerende gesag se mag. Dit kan op sy beurt teenstrydig wees met die land se belange en teen die letter en gees van die aanvanklike beweegrede van die howe se instelling. Verder laat dit ook die mag van die uitvoerende gesag op wyses toeneem wat daardie gesag ontmoedig om self belangrike interne beheer oor sy eie mag te ontwikkel.

Die howe wat vervolgens hieronder bespreek word, toon almal dat hulle absoluut verbind is aan die oorheersende beginsel van die skeiding van gesag. Om die uitvoerende gesag enigsins toe te laat om self te besluit welke wette dit wil of nie wil gehoorsaam nie, en dan boonop te dikteer hoe die regsgesag hulle moet interpreteer, sal daardie beginsel radikaal skend. In enige grondwetlike demokrasie is dit totaal onaanvaarbaar. Tegelyk hiermee gaan ook die beginsel van geregtelike hersiening ("judicial review") wat in die drie regstelsels ingegraveer is, en elkeen van die howe pas hierdie hersieningsbeginsel sonder aarseling en sonder vrees toe. Dit vorm 'n uiters belangrike hoeksteen van konstitusionele reg deur die unieke stelsel van geregtelike beheer

¹ Op bl. 157 haal Franck (1991) hierdie aan uit Jaffe se boek *Judicial Aspects of Foreign Relations*.

² *Roe v. Wade* 401 U.S. 113 (1973).

oor politieke instellings te verseker. Hierdie twee beginsels sorg beslissend daarvoor dat die oppergesag van die reg onmiskenbaar onskendbaar is en bly. 'n Europese Minister het onlangs na hierdie beginsels verwys as die sement wat die EU aanmekeer hou en nie net is hierdie opmerking van toepassing op die EU nie, maar ook op beide die VSA en SA.

DIE VERENIGDE STATE VAN AMERIKA (VSA)

In die VSA beskik die President oor besonder wye magte ten opsigte van buitelandse aangeleenthede, wat almal uit sy grondwetlik erkende posisie voortvloei. So oefen die Kongres ook 'n besondere invloed op buitelandse aangeleenthede uit deurdat die grondwet aan die twee Huise daarvan die verantwoordelikheid gee om oorlog te verklaar, fondse te bewillig en wetgewing te aanvaar. Dan word aan die Senaat 'n spesifieke rol met betrekking tot buitelandse aangeleenthede toegesê deur te vereis dat verdrae en presidensiële aanstellings goedgekeur moet word. Die regsgesag vervul geen grondwetlik geformuleerde of gefundeerde funksie met betrekking tot buitelandse aangeleenthede nie. Dit beteken egter nie dat die Hof se uitsprake nie 'n wesentlike invloed op buitelandse beleidsmaatreëls het nie.

Die begrip van geregtelike hersiening is nie in die grondwet vervat nie. Tog het die HH hierdie taak vir homself reeds in 1803 toegeëien in die rigtinggewende uitspraak van *Marbury v. Madison*.³ Daarna het hierdie Hof dit oor meer as twee eeue heen tot 'n allesoorheersende beginsel verfyn waarvan die Kongres met wetgewing en die President met sy optredes nie kan ontsnap nie. Daarmee word hul albei binne grondwetlike voorskrifte gehou wat die HH interpreteer en tot beperkinge lei. Hierop het die HH sy mag gebou en hieruit vloei sy enorme gesag om oordele te vel wat binnelandse sowel as buitelandse aangeleenthede in wese raak en beïnvloed.

Vir meer as 150 jaar het die HH nie die President se invloed in buitelandse aangeleenthede as die bepalende rol erken nie. Vanaf 1790 tot 1935 het hofbeslissings belangrike beginsels neergelê terwyl die magte van die Kongres en dié van die President dieselfde gebly het. So het die HH nie enige presidensiële magte erken wat nie in die grondwet uitdruklik of by implikasie genoem of geregverdig was nie. In buitelandse aangeleenthede was laasgenoemde sekerlik nie die geval gewees nie. Erkenning is net gegee aan die feit dat beperkings op presidensiële magte in die grondwetlike strukture opgeneem is. Een van die ware kenmerke van grondwetlike regering wat die opstellers van die grondwet daarin vervat het met die toepassing van die beginsel van gesagskeiding is om die President te verhinder om te bereik dit wat hy wil.

In hierdie tersaaklike tydperk het die HH die Kongres, en nie die President nie, beskou as die saakmakende gesag om oorlog te verklaar. Hierdie siening was in lyn met dit wat die opstellers van die grondwet teen die einde van die 18de eeu in gedagte gehad het – 'n uitvoerende gesag wat nie oor te veel mag beskik nie sodat 'n ambisieuse President nie mag tot sy eie voordeel kan aanwend en misbruik nie. Om hierdie uitgangspunt van die opstellers te verstaan, moet die geo-politiese omstandighede van daardie tydsgewrig in ag geneem word. Buitelandse betrekkings was heeltyd in die opstellers se gedagtes, en vrees vir konflik met Brittanje, Frankryk en Spanje was nie ongegrond nie. Hierdie Europese moondhede het al drie ernstige uitbreidingsdrange in die Amerikas gekoester en dit was gevolglik nie vergesog om die grondwet as een van nasionale veiligheid te beskryf nie. Dit moes per slot van rekening die territorialiteit en wese van die nuwe saambindende Unie van 13 jong en onervare state

³ *Marbury v. Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

verseker en beskerm. Die insluiting van verwysings na “admiralty” en “piracy” in die grondwet was nie om dowe neut nie. Die HH het in die eerste 50 jaar van die VSA se bestaan meer as 300 sake aangehoor wat met buitelandse aangeleenthede verband gehou het waarvan die meeste net met gebeure ter see gehandel het.

Buitelandse aangeleenthede het ’n deurslaggewende rol in die geskiedenis van die VSA gespeel en die HH se uitsprake moet reeds vanaf die vroegste tye in die lig van historiese, politieke, ekonomiese en sosiale faktore beoordeel word. So bevestig die HH reeds in 1804 baie duidelik die eksklusiewe gesag van die Kongres oor oorlogsverklaring en word ook beslis dat die President, as Opperbevelvoerder, onderworpe aan statutêre beheer is.⁴ Dwarsdeur die Burgeroorlog (1861–1865) was die HH pynlik bewus van wat een van die hoofopstellers van die grondwet, Alexander Hamilton, tydens die Konvensie opgemerk het:

It is of the nature of war to increase executive authority at the expense of legislative authority”.⁵

Selfs ’n President soos Abraham Lincoln kon nie in die stormagtige jare van die Burgeroorlog maak en breek soos hy wou nie. In ’n vername uitspraak van daardie tyd het die HH ’n presidensiële bevel van hom ongrondwetlik verklaar.⁶ Fisher vat die beslissing besonders gepas saam:

The decision to spill the nation’s blood and treasure was left to Congress, not the President.⁷

Hierdie siening is in 1936 omvergewerp toe Hoofregter Sutherland sy berugte uitspraak in *Curtiss-Wright*⁸ gelewer het om President F.D. Roosevelt tegemoet te kom. Met klaarblyklike verkeerde vertolkings verklaar eersgenoemde dat die President die “sole organ” van die VSA se buitelandse aangeleenthede is. Van toe af is die President se magte met betrekking tot hierdie aangeleenthede as plenêr en uitsluitlik beskou. Vir meer as 80 jaar het die HH aangehou om hierdie juridiese dwaling slaafs na te volg, en gevolglik het presidensiële mag in buitelandse aangeleenthede ongehinderd buite grondwetlike grense toegeneem. In so ’n mate dat toe Roosevelt tydens die Tweede Wêreldoorlog Japannese in Kalifornië in konsentrasiekampe geplaas het, die HH te lamsakkig was om hom teen te gaan.⁹ Eers in 2018 het die HH daardie hofsak veroordeel toe Hoofregter Roberts hierdie snydende opmerking gemaak het:

The forcible relocation of U. S. citizens to concentration camps, solely and explicitly on the basis of race, is objectively unlawful and outside the scope of Presidential authority. ... Korematsu was gravely wrong the day it was decided, has been overruled in the court of history, and – to be clear – “has no place in law under the Constitution”.¹⁰

Die HH is standvastig in sy benadering dat dit die rol van die regsgesag insluit om ook in tye van krisis te verseker dat die uitvoerende gesag nie sy magte oorskry nie, selfs wanneer sodanige oorskryding populêr of dienstig is. Met *Youngstown*¹¹ is President Truman tydens die Koreaanse Oorlog die reg in 1952 ontsê om beheer oor kritiek belangrike privaat

⁴ Little v. Barreme 6 U.S. 177 (1804).

⁵ Hamilton, Madison, Jay 2014, No. 8.

⁶ Ex Parte Milligan. 71 U.S. (4 Wall.) 2 (1866).

⁷ Fisher 2017, bl. 49.

⁸ United States v. Curtiss-Wright Export Corp. 299 U.S. 304 (1936).

⁹ Korematsu v. United States 323 U.S. 214 (1944).

¹⁰ Trump v. Hawaii 585 U.S. ____ (2018).

¹¹ Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer 343 U.S. 579 (1952).

staalproduksie-fasiliteite in die naam van nasionale veiligheid oor te neem. Die betekenis van daardie uitspraak was dat die uitvoerende gesag nie oppermagtig is nie – nie eens gedurende ’n tyd van krisis nie. Dit is die oppergesag van die reg – dit wil sê die grondwet en regsreëls – wat oppermagtig is en bly. Dit is die plig van die regsgesag om te verseker dat die oppergesag van die reg gerespekteer, eerbiedig, afgedwing en verdedig moet word selfs in tye van krisis en nood. Trouens, dit is die uitvoerende gesag wat voorstel en die regsgesag wat beskik; so is dit in binnelandse aangeleenthede en so is dit in buitelandse aangeleenthede.

In die afgelope 15 jaar het presidensiële gesag meer en meer onder die soeklig gekom. In hierdie proses het die HH ’n dieper begrip van presidensiële magte geskep. Sommige presidensiële aksies na die gebeure van 9/11 het inbreuk gemaak op individue se basiese regte. Dit is hierdie optredes wat die regsgesag aangespreek het. Dit is gedoen nie omdat die grondwet die uitvoerende gesag verbied om dit te doen nie, maar eerder omdat die President alleen opgetree het of nie oor die nodige gesag beskik het om op te tree soos wat hy wel gedoen het nie. Met hierdie standpuntstellings, veral in ondergenoemde vier “Detainee Cases”, het die Hof gedemonstreer dat Cicero se slagspreuk, *silent enim leges inter arma* (wanneer kanonne bulder bly die reg stil), nie langer toepasbaar is nie. Oor eeue heen is sy slagspreuk nie bevraagteken nie. Nou is die reg allesbehalwe stil wanneer kanonne bulder.

In 2004 is die eerste uitspraak in ’n reeks van vier hofsake wat almal voortgevloei het uit die ontkenning van basiese grondwetlike regte aan aangehoudenenes in die berugte Guantánamo gevangenis gelewer. Die hofsake van Rasul,¹² Hamdi,¹³ Hamdan¹⁴ en Boumediene¹⁵ het bekendheid verwerf as die sogenaamde “Detainee Cases” en het die HH begin om onteenseglik die uitvoerende gesag se argumente dat sake rakende buitelandse aangeleenthede uitsonderlike behandeling behoort te ontvang en nie geskik vir geregtelike hersiening is nie te verwerp. In Hamdi verklaar die HH onomwonde dat die President oor geen blanko tjek beskik wanneer dit by die basiese regte van persone kom waarop hulle ingevolge die grondwet geregtig is nie. Hierdie wantroue in die uitvoerende gesag wat met Hamdi begin het, het geleidelik begin toeneem en die goue draad loop deur die daaropvolgende sake. Die President is tot grondwetlike grense teruggedwing en gehou selfs wanneer hy homself veroorloof het om uiterste maatreëls in die oorlog teen terrorisme na die gebeure van 11 September 2001 te neem.

In die mees onlangse verlede het die Hof meer en meer uitsprake gelewer wat met buitelandse aangeleenthede verband hou. Daarmee het die HH selfs fermer bakens oor hierdie aangeleenthede neergelê. Verbasend genoeg is dat die Hof se gevolgtrekking is dat buitelandse aangeleenthede per slot van rekening nie so uitsonderlik is nie. Die HH se uitgangspunt het verander: uitsonderlikheid is nou uitsonderlik, en die gevolge van hierdie uitsonderlikheid is betekenisvol. Voorheen het die HH oor baie dekades heen volgehou om met betrekking tot buitelandse aangeleenthede onder andere die beginsel van politieke vraagstuk toe te pas. Sodoende het hierdie Hof konflikte met buitelandse beleidsimplikasies in so ’n mate vermy dat tydens die Viëtnam-oorlog geen substantiewe hofsake daaroor aangehoor is nie. Dit het op sy beurt die uitvoerende gesag toegelaat om sy magte net nog meer uit te brei. Die President het aansienlike inskiklikheid van die HH ontvang en kon op sy beurt weer staatmaak op hierdie Hof se toegeeflikheid. Die HH se uitsprake het die President al hoe meer in ’n gemaksposisie geplaas.

¹² Rasul v. Bush 542 U.S. 466 (2004).

¹³ Hamdi v. Rumsfeld 542 U.S. 507 (2004).

¹⁴ Hamdan v. Rumsfeld 548 U.S. 557 (2006).

¹⁵ Boumediene v. Bush 553 U.S. 723 (2008).

Die “Detainee Cases” is met twee ander uitsprake opgevolg waarin die Hof nog verdere standpunte gestel het wat direk op buitelandse aangeleenthede betrekking het. In *Zivotofsky v. Clinton*¹⁶ is die beginsel van politieke vraagstuk wat toe al vir dekades gebruik was om hofsake te vermy wat met buitelandse aangeleenthede verband gehou het in behoorlike perspektief gestel. In *Zivotofsky v. Kerry*¹⁷ het die HH die dwaling in *Curtiss-Wright* ontbloot en onseremonieel verwerp. Daarmee is ook enige twyfel uit die weg geruim dat die HH beslis ’n magtige en kragtige grondwetlike beoordelaar is. Met hierdie twee uitsprake het die Hof aansienlike vordering gemaak met die kritiese beskouing van buitelandse aangeleenthede. Noudat *Curtiss-Wright* nie meer daar is om op terug te val nie, is dit nie meer moontlik vir die uitvoerende gesag om die regsbeskerming in buitelandse aangeleenthede as vanselfsprekend te aanvaar nie.

Van betekenisvolle belang in die ontleding van die sake wat die HH aangewend het om sy gesag te demonstreer wanneer dit teen die President standpunt ingeneem het, is dat al die sake op een of ander wyse met ’n aspek van menseregte te doen het. Die sprekendste voorbeelde is eerstens die uitsprake in die vier “Detainee Cases” en tweedens dié wat met die “Alien Tort Statute” (ATS) van 1789 te make het.

Die ATS het in die laat 1970’s wêreldwyd aansienlike aandag begin trek toe die Carter-administrasie met oordrewe geesdrif menseregte die kernfokus van die VSA se buitelandse beleid gemaak het. Dit het die weg gebaan om vergrype deur enigiemand wat waar ook al gepleeg is op grond van die ATS aan te roer en vergoeding te eis. Oorspronklik is die ATS geskep om die federale regsbeskerming te magtig om te verseker dat die VSA nie ander persone leed aandoen nie – beslis nie om te verseker dat andere nie leed aan ander buitelanders elders in die wêreld aandoen en dan in ’n hof in die VSA beveel word om vergoeding te betaal nie. Na byna 230 jaar het die HH uiteindelik die weg aangewys wat die opstellers van die ATS eintlik met die toepassing daarmee bedoel het. Die uiteinde van bepaalde gedinge gebaseer op die ATS het met drie rigtinggewende uitsprake van die HH gekom. Eers was daar *Sosa* in 2004,¹⁸ toe *Kiobel* in 2013¹⁹ en later *Jesner* in 2018.²⁰ Uit eersgenoemde twee sake het die term “foreign cubed case” voortgevloei. Dit is wanneer die eiser, die verweerder en die plek waar die menseregte-vergryp plaasgevind het al drie buitelandse elemente is. So kan ’n eiser met geen nexus met die VSA nie, dusdanig nie aanspraak maak op die ATS vir regsbeskerming en vergoeding in die VSA nie. Daarna het die Hof in *Kiobel* die beginsel van ekstra-territorialiteit as onskendbaar verklaar en gedinge wat op die ATS gebaseer is afdwingbaar gemaak. Met *Jesner* is ’n einde gemaak aan vergoedingseise wat teen buitelandse korporasies vir menseregte-skendings elders in die wêreld deur middel van die ATS in ’n hof in die VSA ingestel kan word. Volgens hierdie uitspraak moet die Kongres federale houe se jurisdiksie eers uitdruklik wysig voordat nuwe aksies ingevolge die ATS aangehoor kan word. Hierdie uitspraak het sterk op die vorige twee hofsake gesteun veral die beginsels wat in *Sosa* neergelê is, is by herhaling aangehaal. Toe het die HH reeds teen die skepping van nuwe gronde vir korporatiewe aksies gewaarsku. Dit blyk nie vergesog te wees om te verklaar dat die einde van ATS-hofsake nou aangebreek het nie. Buitelanders se eise in die VSA oor wandade wat elders in die wêreld plaasgevind het, is nou iets van die verlede.

¹⁶ *Zivotofsky v. Clinton* 566 U.S. ____ (2012) cite as 132 S. Ct. 1421.

¹⁷ *Zivotofsky v. Kerry* 576 U.S. ____ (2015) cite as 135 S. Ct. 2076.

¹⁸ *Sosa v. Alvarez-Machain* 542 U.S. 692 (2004).

¹⁹ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* cite as 133 S. Ct. 1659 (2013).

²⁰ *Jesner v. Arab Bank, PLC* cite as 584 U.S. ____ (2018).

Vandag word die HH meer as ooit tevore in sy geskiedenis gekonfronteer met aspekte wat inherent globaal van aard is. Geen van hierdie probleme is in die ontstaansjare van die nuwe staat voorsien nie. Die VSA se ondervinding met gevare in die 18de eeu was in 'n wêreld wat toe gedefinieer was deur oseane wat moeilik was om oor te steek. Geen gebeurtenis het die VSA so diep in sy wese geskud as die gebeure op 11 September 2001 nie, en die antwoord om die gevolge van daardie gebeure teen te werk, was bepaald nie dat die President nou skielik oor meer mag as enige van al sy voorgangers beskik nie. Dit was juis hierdie magsvergryp wat die HH gedwing het om President George W. Bush in toom te hou en te repudieer. Om dít te doen was een ding, maar om hom ook in die proses tereg te wys, was iets heel anders. Toe die HH nietemin die uitvoerende gesag eers eenmaal tereggewys het, het ander bestraffings in buitelandse aangeleenthede gevolg. Wye aansprake op insiklikheid teenoor die uitvoerende gesag wat op funksionalistiese regverdiging vir presidensiële oorheersing berus, of selfs eksklusiwiteit in buitelandse aangeleenthede opgeëis het, het nou die aandag van die HH getrek. So is die era van geen insiklikheid al hoe verder in die jongste jare betree. Die uitvoerende gesag se opportunistiese argumente oor buitelandse aangeleenthede om 'n wye reeks van presidensiële optredes te regverdig, het die Regters nie meer beïndruk nie, 'n groot keerpunt wat met die "Detainee Cases" gekom het. Hulle verteenwoordig 'n drastiese herstel van die regsgeag se behoorlike rol in buitelandse aangeleenthede; dat die regsgeag 'n volwaardige rolspeler behoort te wees soos wat die grondwetskrywers dit bedoel het – ook ten opsigte van buitelandse aangeleenthede. In dié verband klink die opmerking in die Youngstown-uitspraak ook weer op. Wanneer die HH by die skeiding van gesag betrokke is, behoort dit die laaste en nie die eerste nie te wees wat toegee vir 'n toenemend magtige uitvoerende gesag wat globalisering aanmoedig en, erger, die opvatting huldig dat oorlog teen terreur teen enige prys geregverdig is. Die hofuitsprake wat op die gebeure van 9/11 gevolg het, het bewys dat die HH standpunt teen 'n President met betrekking tot buitelandse aangeleenthede sal inneem wanneer dit, soos in die ter saaklike gevalle, op regsgronde volg en op die grondwet baseer word. Dit het ook gewys dat die President nie sy spiere onbeperk in buitelandse aangeleenthede kan bult nie. Merkwaardig is dat die nederlae wat die uitvoerende gesag toegedien is, gekom het in tye wat gevolg het op bedreiging, vrees en paniek. Wanneer 'n magswanbalans plaasvind, is die noodsaaklikheid vir onafhanklike regstoetsing nog belangriker as wat oorspronklik beoog is, bowenal in buitelandse aangeleenthede. Die punt is nou bereik waar die HH insiklikheid vir die uitvoerende gesag in buitelandse aangeleenthede as 'n stompsinnige beginsel en benadering beskou.

Die HH het President Trump in 2018 gelyk gegee in 'n uitspraak wat gevolg het op sy reisverbod teen inwoners van 'n aantal lande. Sy opponente het geargumenteer dat hy sy magte oorskry het en dat hy bloot gemotiveer is deur sy anti-Moslem-vooroordeel. Voorts dat sy aksies diskriminerend van aard was om sy verkiesingsbelofte van 2016 na te kom. Die saak wat voor die Hof geding het, het ewenwel nie gehandel oor die vraag of die President die mag het om so 'n omvangryke verbod uit te vaardig nie. Dit het eerder gegaan oor nasionale veiligheid, skeiding van gesag en bowenal oor presidensiële gesag en die beperkings daarop, veral op die gebied van immigrasie – 'n vername buitelandse beleidsaspek. In hierdie verband is die tersaaklike wetgewing van deurslaggewende belang. Dit magtig die President om die binnekoms van bepaalde vreemdelinge te verbied indien die uitvoerende gesag van oordeel is dat hul binnekoms nadelig vir die VSA se belange sou wees. Die uitspraak het die President op verskeie punte gelyk gegee. Bepaalde aandag is aan die kwessie van nasionale veiligheid geskenk. Só het die HH tot hierdie finale slotsom gekom:

Under these circumstances, the Government has set forth a sufficient national security justification to survive rational basis review. We express no view on the soundness of the policy. We simply hold today that plaintiffs have not demonstrated a likelihood of success on the merits of their constitutional claim.²¹

Die betekenis van hierdie uitspraak is tweeledig. Eerstens lê die belangrikheid daarvan hierin opgesluit dat dit President Trump sekerlik sal aanmoedig om wye presidensiële mag op te eis. Hierdie presedent sal sy opvolgers net soveel aanmoedig. Die oorwinning wat hy dus behaal het, was 'n belangrike een waardeur die nasionale veiligheid van die VSA versterk is. Tweedens het die HH beslis dat sy reisverbod geldig en grondwetlik is. Gevolglik is die regsgeval se rol in nasionale veiligheidsvraagstukke wat gewoonlik aan die politieke gesagsinstellings oorgelaat word erken. Die wese van die President se immigrasiebeslissings is sodoende as nasionale veiligheidsaspekte beskou en hanteer. Met dié uitspraak het die HH geloofwaardigheid verleen aan die verklaring dat in die geval van die VSA die HH sy rol in buitelandse aangeleenthede gekonkretiseer het.

SUID-AFRIKA (SA)

In SA het beide die Konstitusionele Hof (KH) en die Appèlhof op 'n veel kleiner skaal dieselfde benadering in sake gevolg wat met SA se buitelandse betrekkings verband hou. Die regsgeval verdedig onverskrokke die oppergesag van die reg. Met die optredes van die uitvoerende gesag om inbreuk te maak op menseregte en om internasionale verpligtinge en verantwoordelikhede te ignoreer, is nooit geaarsel om die President tereg te wys nie. Alhoewel hierdie twee Howe nog nie met 'n kritieke saak met betrekking tot 'n buitelandse aangeleentheid gekonfronteer is nie, het hulle wel met hul beperkte blootstelling aan 'n aantal sake met buitelandse beleidsimplikasies besondere vasberadenheid aan die dag gelê.

Die Appèlhof en afdelings van die Hooggeregshof het met twee sake te doen gekry wat kernbelangrik is in die beoordeling van die regsgeval se benadering tot sake wat buitelandse beleidsimplikasies inhou. Die een het voortgespruit uit die besoek van President Al-Bashir van Soedan aan SA in Junie 2015. Deur Al-Bashir tot SA toe te laat, het die uitvoerende gesag in botsing met die regsgeval gekom oor wat eintlik 'n menseregte-kwessie was. Die reeks hofsake wat uit die uitvoerende gesag se wanhantering van sy besoek gevolg het en SA se versuim om 'n versoek van die Internasionale Strafhof vir sy inhegtenisname uit te voer, het daarmee die ander sake oorskadu waarmee die twee Howe al te doen gekry het in verband met buitelandse aangeleenthede. Dat die uitvoerende gesag kras kritiek en verdoeming oor die aangeleentheid gekry het, was geen verrassing nie. Ook toe die uitvoerende gesag eensydig, sonder parlementêre betrokkenheid en goedkeuring, SA aan die Internasionale Strafhof wou onttrek. Wat egter 'n groter vernedering vir die uitvoerende gesag was, was die klad wat die onbesonne optredes gelaat het op SA se buitelandse aangeleenthede deur te faal om die hoë verwagtinge te handhaaf wat in die vooruitsig gestel is met die aanvaarding van die grondwet in 1994 toe verkondig is dat menseregte voortaan die rigsgaander in SA se buitelandse interaksies sou wees en waartoe President Mandela hom en SA onlosmaaklik verbind het.²² Nog voor hy President geword het, het hy teenoor die wêreld verklaar dat menseregte die lig sal wees wat SA in sy buitelandse beleid sal stuur:

²¹ Trump v. Hawaii 585 U.S. ____ (2018).

²² Mandela 1993.

South Africa's future foreign relations will be based on our belief that human rights should be the core concern of international relations ...²³

Nog 'n belangrike hofsak waarin die KH betrokke was, het uit die ontbinding van die SAOG²⁴ Tribunaal voortgevloei. In die hofsak wat die Law Society aanhangig gemaak het, is die President se optrede om die Tribunaal te beëindig deur en deur as onwettig, irrasioneel en ongrondwetlik verklaar. Met hierdie sterk vermanings het die regspraak sy rol om die oppergesag van die reg te bewaar op 'n uiters voortreflike wyse hoog gehou. Hoofregter Mogoeng het egter 'n baie betekenisvolle stap verder gegaan. Sy uitspraak het nie net die optrede van die oortredende President [Zuma] veroordeel en nietig verklaar nie, maar sy opvolger [President Ramaphosa] gelas om die wandaad reg te stel.

Hierdie uitspraak het ook 'n ander belangrike en net so 'n insiggewende boodskap uitgestuur. Dit was naamlik dat die regspraak 'n onmiskenbare rol in buitelandse aangeleenthede te speel het. Deur hieraan te voldoen, sal dit nie net die uitvoerende gesag by die beginsels hou wat dit voorgee om te bevorder nie, maar die uitvoerende gesag sal ook binne grondwetlike perke en riglyne gehou word. Buitelandse aangeleenthede is nie 'n speelveld waar die President kan doen wat hy wil nie; hy sal tot verantwoording geroep word. Hierdie boodskap dra die regspraak onomwonde uit.

Toe SA die wêreldarena in 1994 met groot gedruis betree het, is plegtig onderneem om internasionale verpligtinge getrou na te kom. Om verdrae te onderteken en internasionale ondernemings te maak, was die maklike deel. Die vuurproef het eers 20 jaar later gekom toe daardie plegtige beloftes struikelblokke geword het en die gerieflike uitweg gevolg is om bloot van daardie verantwoordelikhede weg te stap. Die regspraak het dit eenvoudig net nie toegelaat nie, en nou is geen buitelandse aangeleentheid vir hierdie twee Howe meer 'n heilige koei nie.

DIE EUROPESE UNIE (EU)

Die EG het net soos die drie Howe in die VSA en SA oor jare heen gedemonstreer dat die oppergesag van die reg onmisbaar is om 'n demokratiese en regverdige Unie te skep en te verseker, asook om die kernbeginsels daarvan te verdedig, soos die beskerming van menseregte. Dwarsdeur die geskiedenis het die Hof die oppergesag van die reg as allesoorheersend hanteer en dit as die fundamentele hoeksteen verklaar waarvoor die EU staan. Vir meer as ses dekades het hierdie magtige EG sy juridiese gesag ver buite die oorspronklike, eng grense uitgebrei. Die Verdrag van Lissabon van 2009 het die sentrale punt in Europese integrasie en in buitelandse aangeleenthede geword. Die Hof vorm 'n integrale deel van die verdrag.

Oor die jare heen het die EG dit nie moeilik gevind om 'n regsgefundeerde benadering te vestig nie. So is 'n nuwe era van juridiese aktivisme geformaliseer. Daarmee is menseregte tot 'n globale vlak verhef. Fundamentele regte is aan die spits van die EU se bestel geplaas. Menseregte het die siel van die hele regsorde van die EU geword waarmee die Unie ook sy benadering tot buitelandse aangeleenthede gevestig het. Toe die Hof moes besluit tussen verbintenis tot multilateralisme in die vorm van resolusies van die VN se Veiligheidsraad het die EG gekies wat die EU se standarde oor menseregte sou bevredig. Die Hof se hantering van die vier hofsake waarin Kadi²⁵ in hierdie verband betrokke was, getuig van die kragtige

²³ Ibid., bl. 97.

²⁴ Suider-Afrikaanse Ontwikkelingsgemeenskap.

²⁵ Hierdie hofsake het oor baie jare gestrek met die eerste uitspraak in 2005 en die vierde een in 2013.

en onwrikbare standpunt oor menseregte. Die EG het dit onomwonde duidelik gestel dat 'n verpligting wat 'n internasionale ooreenkoms meebring, nie die grondwetlike beginsels van 'n EU-verdrag kan prejudiseer nie. Die meegaande implikasies wat die EG se uitlatings vir die EU in sy buitelandse verhoudings tot gevolg gehad het, was nie gering nie. Dit is daarom nie verbasend nie dat die EU so onwrikbaar is dat die Hof die waarborge moet voorsien en gemoedsrus aan Europese burgers in die Verenigde Koninkryk (VK) moet lewer sou Brexit 'n voldonge feit word. In hierdie proses het die justitisering van politiek ("judicialisation of politics") met die EG se betrokkenheid in die jongste tyd in 'n globale omvang en met Brexit in besonder, in belangrikheid toegeneem.

Vir die VK het die EG 'n ondraaglike onderwerp geword. In so 'n mate dat die EG tydens die referendum oor Brexit in Junie 2016 'n beduidende rol gespeel het in die propaganda van die anti-EU veldtog. Daarna het Eerste Minister May 'n absolute standpunt ingeneem dat die VK onder die jurisdiksie van die EG moet uitkom sodat Britse howe hul eie soewereiniteit kan terugkry. In die Brexit-onderhandelinge tussen die EU en die VK was dit dus geensins verbasend dat die EG 'n vername twisappel was nie. Die Hof se verbinding tot 'n oplossing is vir die EU 'n gegewe en ononderhandelbaar. Daarenteen wil die VK te alle tye net weggom van die EG se jurisdiksie. Vir die VK ondermyn die Hof Britse soewereiniteit. Die oomblik toe die VK besluit het om die EU te verlaat, het elke aspek van Brexit 'n buitelandse beleidsaangeleentheid geword – vir die VK sowel as vir die EU. In daardie proses het dit tot 'n onderwerp ontwikkel waaroor die EU nie sal toegee nie. Om die eenvoudige rede dat die Hof ter wille van die Unie moet aanhou om betrokke te wees deur na die Unie se verdrae en ander internasionale verpligtinge om te sien en hulle te beskerm. Gevolglik het die EG 'n uiters verdelende faktor in die VK se interne politiek geword. Eerste Minister May het aanhou steier oor die EG se rol. 'n Scenario wat die VK 'n toekoms vry van die Hof sal verseker, sal die VK baie beslis hoog en droog op velerlei gebiede laat met onberekenbare gevolge op elke terrein van menslike aktiwiteit. Geleidelik het die Eerste Minister begin om die onvermydelike te erken dat die VK die betrokkenheid van die Hof op een of ander wyse sal moet aanvaar wanneer dit kom by onder meer lugvaart, medisyne, Europol, Euratom en vele ander areas waarin die VK wens om deel te wees van hierdie EU-agentskappe se aktiwiteite. Terwyl die Eerste Minister wel voorgestel het dat daar maniere kan wees om die EG se betrokkenheid te respekteer, sonder om die direkte jurisdiksie van hierdie Hof te erken, was daar by die EU eintlik nooit belangstelling of aptyt om nuwe meganismes te skep om haar goedgesind te wees nie.

Die grootste ironie het gekom toe die EG in Desember 2018 verklaar het dat die VK wel eensydig die besluit om die EU te verlaat, kan terugtrek. Daarmee is die weg vir die Parlement gebaan om 'n groter en veelseggender rol te speel te midde van die Eerste Minister se toenemende onpopulariteit om politieke sparteling te oorleef.²⁶

Op 15 Januarie 2019 het die Parlement die ooreenkoms wat sy vir 30 maande lank met die EU onderhandel het, verwerp met die grootste meerderheid ooit in Britse geskiedenis. Nou moet die VK oor soveel aspekte van Brexit herbesin. Lamheid het oor Brexit ingetree. Die land staan politieke dooiepunte in die gesig. Leierskap het misluk. Verantwoordelikheid het geabdikeer. Derhalwe ontstaan die onvermydelike vraag: wanneer gaan die VK 'n poging aanwend om die EU te verstaan? Wat die Britse onderhandelaars nie kan of wil begryp nie is dat die oplossing vir Brexit in Londen gevind moet word – nie in Brussel, Berlyn of Parys nie. Per slot van rekening is dit die VK wat uit die EU wil tree en nie die EU wat die VK vra

²⁶ In 'n opvolgartikel word die hele kwessie van Brexit aangespreek en die rol van die EG in daardie verband verduidelik.

om die Unie te verlaat nie. Wanneer hierdie begrippe verwar en politieke speletjies met slagspreuke gespeel word, is die uiteinde dit wat Eerste Minister May nou gekry het. Dat sy dalk voortaan as die ongewildste en onbekwaamste Eerste Minister ooit gebrandmerk gaan word, het sy aan haar eie toedoen te danke.

So gee die Parlement aan haar 'n onbegonne opdrag op 29 Januarie 2019 om na Brussel terug te keer ten einde die bepaling van die voorgestelde ooreenkoms in verband met die Ierse grenskwessie te heronderhandel. Die essensie van hierdie besluit is dat die Parlement hierdie bepaling uit die ooreenkoms geskrap het. Sy moet 'n alternatiewe reëling vir die sogenaamde "backstop"²⁷ beding wetende dat dit die onwrikbare standpunt van die EU is dat die ooreenkoms nie heronderhandelbaar is nie. Die verdere betekenis van hierdie besluit is dat die Parlement effektiewelik beheer oor die onderhandelinge vir die finalisering van Brexit oorgeneem het. Twee ander besluite is ook belangrik. Eers om nie die sperdatum waarop die VK die EU moet verlaat, te verleng nie. Dan die bykomende besluit om nie 'n geen-ooreenkoms Brexit toe te laat nie. Alhoewel laasgenoemde 'n niebindende besluit is, is dit om twee redes belangrik. Dit verteenwoordig die heersende sentiment in die Parlement dat 'n ooreenkoms wel gevind moet word. Tweedens sal die EU dit tot eie voordeel maksimaal aanwend om nie verder met die VK te onderhandel nie.

EM May bepaal nie meer die koers nie. Sy neem ook nie meer besluite oor Brexit sonder om wyer te raadpleeg nie. Sy gaan ook met die leier van die Opposisie oorleg pleeg. Wat haar onderhandelingsstrategie met die EU oor hierdie omstrede vraagstuk gaan wees, is moeilik bepaalbaar. Nog minder oor wat sy die EU kan aanbied om die onderhandelinge te heropen. Die finale stemming in die Parlement oor wat sy met die EU kon uitrig, vind op 14 Februarie 2019 plaas. Dit sal lotsbepalend vir haar eie toekoms en dié van die verhoudinge tussen die VK en die EU wees. Loop sy 'n bloutjie in Brussel is die gevaar dat die ooreenkoms met die EU gekelder is; dan is 'n geen-ooreenkoms die VK se voorland met al die kommerwekkende implikasies. Gevolglik sal die Parlement ander alternatiewe moet vind in die ses weke voor die VK die EU op 29 Maart 2019 moet verlaat. Wat hierdie moontlikhede is, is aan die einde van Januarie 2019 blote gissing.

Baie hofbeslissings het 'n politieke dimensie aangeneem en raak fundamentele beginsels. Oor baie jare heen het die EG se regsaktivisme beide lof en kritiek uitgelok. Daar is beweer dat die Hof se groeiende magte sy populêre legitimiteit erodeer het. Hierdie beweringe het hewiger geword met die uitbreiding van die Hof se jurisdiksie om areas soos menseregte, monitêre beleid, immigrasie en burgerskap in te sluit. Dit is juis oor hierdie toenemende reeks van aangeleenthede waaroor die EG alreeds uitlatings gemaak het en verbind is daartoe om die EU in sy buitelandse aangeleenthede te rig. Daardeur verseker die Hof dat alle EU-optredes in ewewig en in harmonie met verdragsverpligtinge is en wat as oppermagtig vir die Unie beskou word. Oor ses dekades heen het die EG tot 'n formidabele krag gegroei.

SLOT

Terwyl politieke gesagsinstellings buitelandse aangeleenthede die direkste raak, is die bydrae van die regsgesag nie minder betekenisvol nie. Baie buitelandse beleidskwessies raak grond-

²⁷ Die bepaling is in die ooreenkoms ingesluit om 'n permanente grenspos tussen Noord-Ierland (deel van die VK) en die Ierse Republiek (lid van die EU) te verhoed. Word 'n stadium bereik waar reëlings tussen die EU en die VK skipbreuk ly en so 'n grenspos word ingestel, word wonde van die verlede weer oopgekrak en kan die onverkwiklike en gewelddadige sektariese konflik van die 1970s en 1980s nie uitgesluit word nie.

wetlike interpretasies omtrent die gesag wat in die wetgewende en uitvoerende gesag gesetel is. Slegs die regsgesag mag die grondwet interpreteer. Daardeur bepaal daardie gesag die grense waarbinne die politieke magshebbers kan en mag optree in binnelandse en baie beslis ook in buitelandse aangeleenthede. Die regsgesag het hierdie grenslyne duidelik aangewys en die onmiskenbare feit beklemtoon dat dit 'n plek in buitelandse aangeleenthede het en 'n rol daarin te speel het.

Die rol wat howe in buitelandse aangeleenthede en dus ook in nasionale veiligheid speel, word nou al hoe meer gedebatteer. Hierdie gesprekke en studies fokus op die institusionele bevoegdheid van die regsgesag om ingewikkelde en soms sensitiewe buitelandse en nasionale veiligheidsaangeleenthede aan te pak, sowel as om die demokratiese en grondwetlike wettigheid van regs Hersiening op daardie gebiede na te kom. In al drie regstelsels maak hierdie Hersiening 'n impak op beide substantiewe beleidsbesluite oor en die uitvoerende gesag se voldoening aan regsverantwoordelikhede in buitelandse aangeleenthede. Dit is waarin die kern van die regsgesag se rol in buitelandse aangeleenthede opgesluit lê en wat dan gestalte aanneem in die uitsprake van die onderskeie howe wat hier ter sprake is.

BIBLIOGRAFIE

VSA: HOFSAKE

- Boumediene v. Bush 553 U.S. 723 (2008).
- Ex Parte Milligan 71 U.S. (4 Wall.) 2 (1866).
- Hamdan v. Rumsfeld 548 U.S. 557 (2006).
- Hamdi v. Rumsfeld 542 U.S. 507 (2004).
- Jesner v. Arab Bank, PLC cite as 584 U.S. ____ (2018).
- Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co. cite as 133 S. Ct. 1659 (2013).
- Marbury v. Madison 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
- Little v. Barreme 6 U.S. 177 (1804).
- Rasul v. Bush 542 U.S. 466 (2004).
- Roe v. Wade 401 U.S. 113 (1973).
- Sosa v. Alvarez-Machain 542 U.S. 692 (2004).
- Trump v. Hawaii 585 U.S. ____ (2018).
- United States v. Curtiss-Wright Export Corp. 299 U.S. 304 (1936).
- Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer 343 U.S. 579 (1952).
- Zivotofsky v. Clinton 566 U.S. ____ (2012) cite as 132 S. Ct. 1421.
- Zivotofsky v. Kerry 576 U.S. ____ (2015) cite as 135 S. Ct. 2076.

VSA: BOEKE EN ARTIKELS

- Aloe, Paul H. 1982. Justiciability and the Limits of Presidential Foreign Policy Power. *Hofstra Law Review*, 11(1):517-556.
- Bigel, Alan I. 1986. *The Supreme Court on Emergency Powers, Foreign Affairs, and Protection of Civil Liberties, 1935-1975*. Lanham, Md: University Press of America.
- Breyer, Stephen 2015. *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*. Alfred New York: A. Knopf.
- Cabranes, Jose A. 2015. Withholding Judgment: Why U.S. Courts Shouldn't Make Foreign Policy. *Foreign Affairs*, 94(5) (September/October):125-133.
- Fisher, Louis 2017. *Supreme Court Expansion of Presidential Power: Unconstitutional Leanings*. University of Kansas Press, Lawrence, Ka.
- Flaherty, Martin S. 2011/12. Judicial Foreign Relations Authority After 9/11. *New York Law School Law Review*, 56(1):119-164.
- Fletcher, Kimberley L. 2013. The Court's Decisive Hand Shapes the Executive's Foreign Affairs Policymaking Power. *Maryland Law Review*, 73(1), Article 10:247-284.
- Franck, Thomas, M. 1991. *Courts and Foreign Policy Foreign Policy*, 83:66-86.
- Hall, Matthew E.K. 2011. *The Nature of Supreme Court Power*. New York: Cambridge University Press.

- Hamilton, Alexander 2014. *The Federalist Papers*. No. 8. Gepubliseer in Hamilton, Alexander; Madison, James and Jay, John. *The Federalist Papers (Mentor Series)*. Dover Publications, USA, 2014.
- Lee, Thomas H. 2012. Theorizing the Foreign Affairs Constitution. *Fordham University School of Law Legal Studies Research Paper* No. 1996734:1-32.
- Moore, John N. 2013. *Foreign Affairs Litigation in United States Courts*. The Netherlands: Koninklijke Brill NV.
- Powell, Nancy E. 1987. The Supreme Court as Interpreter of Executive Foreign Affairs Powers. *Connecticut Journal of International Law*, 3(1): 161-203.
- Randazzo, Kirk. 2004. Judicial Decision Making in U.S. Foreign Policy Litigation. *Annual Meeting of the Southern Political Science Association, New Orleans, 8 – 11 January*:1-30.
- Schroeder, Christopher H. & Bradley, Curtis A. 2009. *Presidential Power Stories*. New York: Foundation Press.
- Schubert, Glendon A. Jr. 1973. *The Presidency in the Courts*. New York: Da Capo Press.
- Slaughter, Anne-Marie & Bosco, David. 2000. Plaintiff's Diplomacy. *Foreign Affairs*, 79 (September-October):102-116.
- Tigar, Michael E. 1969-70. Judicial Power, the 'Political Question Doctrine' and Foreign Relations. *UCLA Law Review*, 17:1135-1179.
- White, G. Edward. 1999. Observations on the Turning of Foreign Affairs Jurisprudence. *University of Colorado Law Review*, 70(4) (Fall):1109-1125.
- Whittington, Keith E. 2007. *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. Princeton: University Press.
- Yoo, John. 2003. Judicial Review and the War on Terrorism. *The George Washington Law Review*, 72(1-2) (December):427-451.

SA: HOFSAKE

- Law Society of South Africa and Others v. President of the Republic of South Africa and Others (CCT67/18) [2018] ZACC 51 (11 December 2018).

SA: BOEKE EN ARTIKELS

- Fritz, Nicole. 2014. The Courts: Lights That Guide Our Foreign Affairs? *South African Institute of International Affairs, Occasional Paper*, 203:1-15.
- Mandela, Nelson. 1993. South Africa's Future Policy: New Pillars for a New World. *Foreign Affairs*, 72(5) November/December 1993:86-97.

EU: HOFSAKE

- Vier hofsake waarin Yassin Abdullah Kadi met die Europese Unie gewikkel was.

EU: BOEKE EN ARTIKELS

- Alter, Karen J. 2014. *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*. Princeton: University Press.
- Beck, Gunnar. 2018. *The Court of Justice of the EU: Imperial, not Impartial*. Politeia.
- Cremona, Marise & Thies, Anne. 2014. *The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges*. Oxford: Hart Publishing.
- Eeckhout, Piet. 2017. Brexit and the ECJ red line. *UCL European Institute*, 29.
- Kelemen, R. Daniel. 2016. The Court of Justice of the European Union in the Twenty-First Century. *Law and Contemporary Problems*, 79:117-140.
- Kennedy, Helena. 2017. You can't just cut and run from Europe, Theresa May – it's illegal. *The Guardian*, 3 May 2017.
- Rankin, Jennifer. 2017. Brexit trade talks will be more complicated than first phase, says Merkel. *The Guardian*, 20 October 2017.
- Stone Sweet, Alec. 2010. The European Court of Justice and the Judicialization of EU governance. *Living Reviews in European Governance*, 5(2):1-50.
- Van Elsuwege, Peter. 2014. The European Court of Justice and External Relations: Constitutional Challenges. In: Cremona, Marise & Thies, Anne. *The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges*. Oxford: Hart Publishing:115-136.
- Vikarska, Zuzana. 2012. The European Court of Justice as a Political Actor. *Charles University in Prague, Faculty of Law*, (August):1-64.