

**'N ONTLEDING VAN *S V MAKWANYANE* MET SPESIFIEKE  
VERWYSING NA DIE OPENBARE MENING**

deur

**ANDRE BLOEM**

voorgelê ter gedeeltelike vervulling van die vereistes van die graad

**MAGISTER LEGUM**

aan die

**UNIVERSITEIT VAN SUID-AFRIKA**

**STUDIELEIER: DR D PRETORIUS**

**NOVEMBER 1996**

## INDEKS

NR	BESKRYWING	BLADSY
1.	Inleiding . . . . .	1 - 5
2.	'n Ontleding van <i>Makwanyane</i> . . . . .	5 - 6
2.1	Bepaling van die openbare mening . . . . .	6 - 8
2.2	Die relevansie van die openbare mening in die hersieningsproses . . . . .	8
2.3	Die taak en rol van die Konstitusionele Hof by hersiening . . . . .	9 - 13
2.4	Riglyne vervat in die Grondwet self by hersiening . . . . .	13 - 14
2.4.1	Waardebeslissings en waardes vervat in die Grondwet . . . . .	14 - 19
2.4.2	Die verskil tussen die aard van waardes en die aard van die openbare mening . . . . .	19 - 22
2.4.3	Die rol van die <i>trias politica</i> -leerstuk: Openbare mening en openbare beleid . . . . .	22 - 26
3.	Gevolgtrekking en samevatting . . . . .	26 - 28
4.	Bibliografie . . . . .	29 - 31

## **OPSOMMING**

Die Konstitusionele Hof het in *S v Makwanyane* besluit dat die doodstraf nie versoenbaar is met die Grondwet nie en dit ongeldig verklaar. Die kritiek teenoor die regbank en die openbare mening oor die doodstraf was nog altyd só prominent dat die hof nie anders kon as om hieraan aandag te skenk nie. Die hof besluit dat die openbare mening nie 'n rol speel in die hersieningsproses nie. In hierdie verhandeling word die hof se standpunte en redes daarvoor ontleed. Ek kom tot die gevolgtrekking dat die hof korrek beslis het. Die openbare mening is onseker. Daar is 'n verskil tussen die aard van die waardes in die Grondwet en die aard van die openbare mening. Die kritiek op die uitspraak is te wyte aan die gebrek aan insig en begrip onder lede van die gemeenskap oor die nuwe bestel en die rol van die regbank daarin.

## **SUMMARY**

The Constitutional Court in *S v Makwanyane* declared that the death penalty was inconsistent with the Constitution. The criticism on courts and the public opinion on the death penalty have been so severe that the court could not have but considered these issues. The court concluded that public opinion is not relevant in constitutional review. In this dissertation, I analyze the court's viewpoints and the reasons therefor. My conclusion is that the court made the correct decision. The public opinion is uncertain, and differs from values. The judgment is criticised due to a lack of understanding amongst the public as to the meaning of the new dispensation and the role of our courts therein.

## RIGLYNE BY DIE LEES VAN DIE VERHANDELING

1. Die afkorting KH word deurgaans gebruik om die Konstitusionele Hof aan te dui.
2. Wanneer na regters verwys word, word telkens slegs die van gebruik, en die titel, sowel as die voorletters, word weggelaat.
3. **SALJ** word gebruik om **South African Law Journal** aan te dui.
4. **THRHR** word gebruik om **Tydskrif vir Hedendaagse Romeins Hollandse Reg** aan te dui.
5. **SAJHR** word gebruik om **South African Journal on Human Rights** aan te dui.

# 'N ONTLEDING VAN *S v MAKWANYANE* MET SPESIFIEKE VERWYSING NA DIE OPENBARE MENING

## 1. INLEIDING

Die doodstraf is baie lank reeds 'n kontroversiële onderwerp wêreldwyd.<sup>1</sup> Suid-Afrika is hierop geen uitsondering nie. Politici, regslui en ook die algemene publiek het aan die debat oor die bestaansreg van die doodstraf deelgeneem. Die kontroversie was veral akut tydens die Veel-party Onderhandelingsproses en die skryf van die Interim Grondwet.<sup>2</sup> Die finale besluit oor die konstitusionaliteit al dan nie van die doodstraf is uiteindelik nie in die Grondwet aangespreek nie, maar aan die Konstitusionele Hof (hierna KH) oorgelaat. Artikel 9 van die Grondwet bepaal slegs dat elke persoon die reg op lewe het, terwyl Artikel 11(2) bepaal dat geen persoon aan marteling van enige aard en ook nie aan wreedaardige, onmenslike of vernederende behandeling of straf onderwerp mag word nie.

In *S v Makwanyane*<sup>3</sup> het die KH beslis dat die bepalings van die Strafproseswet, Wet No 51 van 1977 en ander wetgewing wat vir die ophê van die doodstraf voorsiening maak, nie met die Grondwet<sup>4</sup> versoenbaar is nie, en dus ongeldig is. Steeds het die kontroversie en die debat oor die doodstraf nie bedaar nie. Die beslissing het oorweldigende reaksie by die publiek uitgelok. Baie Suid-Afrikaners en gemeenskappe was na die uitspraak in 'n toestand van paniek en het die herlewering van die doodstraf bepleit. Die KH het sy uitspraak gegee in 'n tydperk wat moord, motorkaping, roof en ander ernstige misdade hoogty vier. Selfs die moontlikheid van 'n referendum oor die onderwerp is deur die media

---

<sup>1</sup> Du Plessis L M en De Ville J R in Van Wyk D, Dugard J, De Villiers B & Davis D "Rights and Constitutionalism, The New South African Legal Order" (1994) Juta 226; Van Zyl Smit D "Is Capital Punishment Constitutional? The answer from Hungary" 1994 (3) SAS 348 op 348 - 357; Ladikos A "Perspectives on Capital Punishment, Death Row Prisoners and Sentencing" 1994 (1) SAS 284 op 284 - 285

<sup>2</sup> Du Plessis L M & Corder H "Understanding South Africa's Bill of Rights" (1994) Juta 54

<sup>3</sup> 1995(6) BCLR 665 (CC)

<sup>4</sup> Wet 200 van 1993 Die Interim Grondwet

bespreek en aangeblaas.<sup>5</sup>

Dit is nie verbasend dat die doodstraf so 'n omstrede onderwerp in Suid-Afrika is nie. Die doodstraf word lank reeds deur 'n groot gedeelte van die bevolking as een van apartheid se instrumente van onderdrukking beskou.<sup>6</sup> Gedurende die apartheid-era is die doodstraf dikwels opgelê vir 'n verskeidenheid van polities-gemotiveerde misdade<sup>7</sup> en in die tagtigerjare het Suid-Afrika internasionale aandag getrek as gevolg van die drastiese styging in die getal ter dood veroordelings. Volgens Sarkin<sup>8</sup> het 537 mense tussen 1985 en middel 1988 aan die galg gesterf. Kahn<sup>9</sup> verwys na Dr Barend van Niekerk se berekening dat 47 persent van alle uitvoerings van die doodstraf ter wêreld, in Suid-Afrika plaasvind. Dalling<sup>10</sup> wys daarop dat die oorgrote meerderheid van ter dood veroordeeldes in ons land se geskiedenis, Swartes was.

'n Aspek wat met hierdie omstrede kwessie verband hou is die sogenaamde legitimitateitskrisis<sup>11</sup> waarin die vorige konstitusionele bestel gedompel was.

<sup>5</sup> "Death Penalty Signatures Pour In": The Citizen, 30 November 1995; "Fearful South Africans want the death penalty" The Star: 5 September 1996. Volgens die artikel, het 'n totaal van 71,4 persent van die respondente tot 'n meningsopname van die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing aangedui dat hulle ten gunste van die behoud van die doodstraf is

<sup>6</sup> Du Plessis L M & De Ville J R in Van Wyk en Andere supra op 226; Maduna P M "The Death Penalty and Human Rights" 1996 SAJHR 193 op 194

<sup>7</sup> Bronstein V "Case Reports" 1996 SAJHR 138

<sup>8</sup> Sarkin J "Problems and Challenges facing South Africa's Constitutional Court: an evaluation of its decisions on capital and corporal punishment" 1970 SALJ 71 op 74. Sien ook Ladikos supra op 287; Didcott 737 par 182 I - J; Schabas W A "South Africa's New Constitutional Court Abolishes the Death Penalty" Human Rights Law Journal Vol 16 No 4 - 6 133

<sup>9</sup> Kahn E "The Death Penalty in South Africa" 1970 THRHR 108 op 116

<sup>10</sup> House of Assembly Debates col II 345 (17 Junie 1993) aangehaal deur Maduna supra op 194. Sien ook Sarkin supra op 76 Voetnoot 27

<sup>11</sup> Volgens Carpenter G "Public Opinion, the Judiciary and Legitimacy" 1996 11 SA Publiekreg 111 op 112 behels konstitusionele legitimitateit meer as net formele regsgeldigheid en moet 'n konstitusionele bestel, om wettig te wees, oor formele geldigheid en morele gesag beskik. In die ou bestel het morele gesag ontbreek. 'n Konstitusionele bestel moet voldoen aan die objektief-bepaalde beginsels naamlik demokrasie, die Regstaat en die "rule of law". Legitimitateit het 'n prominente subjektiewe komponent en die openbare persepsies (en gevolglik ook die openbare mening) speel beslis 'n rol

Veral die Suid-Afrikaanse regstelsel het onder nypende kritiek deurgeloop.<sup>12</sup> **Botha**<sup>13</sup> wys daarop dat legitimiteit 'n multidimensionele konsep is. Die begrip word gebruik in verskeie kontekste. Dit kan beskou word as formele geldigheid, waar die uitoefening van mag moet voldoen aan bestaande regsbeginsels. Dit kan ook verwys na morele geregverdigbaarheid of aanvaarbaarheid van magsverhoudinge, dus 'n moreel-normatiewe konsep. Legitimiteit kan laastens gelykgestel word aan werksaamheid of feitelike aanvaarding van magsverhoudinge. In dié sin is die begrip suiwer beskrywend.

Die meerderheid van Suid-Afrikaanse wette, die howe en die Polisiemag, trouens, die ganse regstelsel, is deur die oorgrote meerderheid van die bevolking as deel van die apartheidsstelsel en derhalwe nie-verteenvoerdigend beskou. As 'n instrument van onderdrukking en eksploitasie, eerder as 'n stelsel van sekuriteit en beskerming.<sup>14</sup>

Beide die howe se werksaamhede en die oplegging van die doodstraf het dus kritiek en reaksie by die gemeenskap uitgelok en was gedurig in die openbare kollig. Van die openbare mening en die openbare belang hierin was die hof in *Makwanyane* deeglik bewus. **Ackermann**<sup>15</sup> brei in sy uitspraak uit oor die gemeenskap se belang by die beslissing en sê dat die publiek bekommerd is oor hulle veiligheid. Indien die Staat nie daarin sou slaag om die lede van die gemeenskap te beskerm nie, sal hulle die reg in eie hande neem. Met die afskaffing van die doodstraf moet die gemeenskap terselfdertyd die versekering gegee word dat hulle veiligheid en belange steeds beskerm sal

---

<sup>12</sup> Forsyth C "Interpreting a Bill of Rights: The Future Task of a Reformed Judiciary" 1991 SAJHR 1 op 3; Dugard J "Human rights and the rule of law in postapartheid South Africa" in *South Africa's Crisis of Constitutional Democracy* (1994) Juta 125 op 138; Cameron J "Judicial Accountability in South Africa" 1990 SAJHR 251 op 265; Van der Westhuizen J "The Protection of Human Rights and a Constitutional Court for South Africa: Some Questions and Ideas with reference to the German experience" 1990 De Jure 1 op 5

<sup>13</sup> Botha H "The Values and Principles underlying the 1993 Constitution" 1994 SA Publiekreg 231 op 234 - 236

<sup>14</sup> Van der Westhuizen supra op 5; Een van die bekendste aanvalle op legitimiteit van die Suid-Afrikaanse regsstelsel word gevind in Nelson Mandela se toespraak in 1962, beter bekend as die "black man in a white man's court" toespraak in *Long Walk to Freedom* (1994) Macdonald Purnell 312 - 313

<sup>15</sup> 731 - 732 Paragrafe (168) tot (171)

word.

Alhoewel die ander regters nie só breedvoerig oor die gemeenskap se belange uitwy nie, is dit duidelik dat al die regters deurentyd bewus was van die openbare mening oor die doodstraf en die publiek se belang by die uitspraak. Nege van die elf regters, soos hieronder uiteengesit, bespreek die rol van die openbare mening by konstitusionele hersiening en die belang daarvan by die uitspraak.

Die meerderheid van die regters bespreek ook die presiese rol en taak van die hof in 'n nuwe bestel. Ses van die regters verwys na die Naskrif tot die Grondwet waar bepaal word dat die Grondwet 'n geskiedkundige brug bou tussen die verlede van 'n diep verdeelde gemeenskap wat gekenmerk is deur tweespalt, konflik, ongekeerde lyding en ongeregtheid, en 'n toekoms wat gevestig is op die erkenning van menseregte, demokrasie, en vreedsame naasbestaan en ontwikkelingsgeleenthede vir alle Suid-Afrikaners, ongeag kleur, ras, klas, geloof of geslag.

Deur die besluit oor die doodstraf aan die KH oor te laat, is 'n buitengewone groot taak en verantwoordelikheid aan die hof opgedra. Volgens Klug<sup>16</sup> was die hof bewus van die spanning tussen sy mag om die betekenis van die Grondwet te verklaar en sy status as onafhanklike been van die regering. Vir die KH om effektief te wees sal dit daarom 'n reputasie vir onafhanklikheid en onpartydigheid moet opbou<sup>17</sup> en sy besluite in die hersieningsproses moet kan regverdig.<sup>18</sup> Dit is in ooreenstemming met die Grondwetlike Beginsels wat in Bylae 4 tot die Grondwet aangetref word. Paragraaf vi) bepaal dat daar 'n verdeling van magte tussen die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag moet wees, met gepaste wigte en teenwigte ten einde verantwoording, verantwoordbaarheid en

---

<sup>16</sup> Klug H "Striking Down Death" 1996 SAJHR 61 op 62

<sup>17</sup> Forsyth supra op 16

<sup>18</sup> Davis D "Democracy - its influence upon the process of constitutional interpretation" 1994 SAJHR 103 op 104



openheid te verseker. Volgens die inhoud van paragraaf vii) moet die regsprekende gesag oor die toepaslike kwalifikasies beskik en moet dit onafhanklik en onpartydig wees. Verder bepaal Artikel 96(2) van die Grondwet ook dat die regsprekende gesag onafhanklik en onpartydig moet wees, en slegs onderworpe aan die Grondwet en die reg. **Van der Westhuizen**<sup>19</sup> sê dat die hof altyd gesag en aansien in die oë van die gemeenskap moet hê. Dit moet nie as 'n ANC-hof gesien word nie. Artikel 105 van die Grondwet maak voorsiening vir die aanstelling van 'n Regterlike Dienskommissie wat onder andere aanbevelings moet doen rakende die aanstelling, ontheffing, ampsduur en -termyn van regters van die Hooggeregshof, om die probleem te help oorkom. Teen dié agtergrond het die hof sy taak in *Makwanyane* aangepak.

## 2. 'N ONTLEDING VAN MAKWANYANE

Wanneer ons kennis neem van die feit dat daar sterk openbare mening oor die doodstraf is en dat die gemeenskap krities teenoor die regbank staan, is dit 'n noodwendige vraag of die hof die openbare mening in die hersieningsproses in ag moet neem, en, indien wel, in welke mate. Die doel van hierdie verhandeling is om die uitspraak in *Makwanyane* te ontleed, met spesifieke verwysing na die wyse waarop die hof die openbare mening oor die doodstraf hanteer het. Die ware inhoud van die openbare mening word beskou en hoe dit van 'n gemeenskap se waardes verskil. Sentraal tot hierdie bespreking is die legitimiteit van ons regbank. Ten einde dit te bewerkstellig word die uitspraak onder die volgende punte bespreek:

- a) Bepaling van die openbare mening.
- b) Die relevansie van die openbare mening in die hersieningsproses.
- c) Die taak en rol van die KH by hersiening.

---

<sup>19</sup> Supra op 6

- d) Riglyne vervat in die Grondwet self by hersiening.
  - i) Waardebeslissings en waardes vervat in die Grondwet;
  - ii) Die verskil tussen die aard van waardes en die aard van die openbare mening;
  - iii) Die rol van die *trias politica*-leesstuk: openbare mening en openbare beleid.
- e) Gevolgtrekking en samevatting.

## 2.1 BEPALING VAN DIE OPENBARE MENING

Die eerste probleem wat opduik is dat die openbare mening oor die doodstraf glad nie 'n uitgemaakte saak is nie. Daar is nie 'n referendum gehou oor die onderwerp nie en die lyf wat die media aan die openbare mening gee, is nie betroubaar nie. **Carpenter**<sup>20</sup> wys daarop dat die regters in geen posisie was om met sekerheid te weet wat die openbare mening oor die doodstraf is nie. Die skrywers van die Grondwet het self nie geweet hoe om die doodstraf te hanteer nie en daarom is die besluit daarvoor aan die KH oorgelaat.

In sy uitspraak wys **Chaskalson**<sup>21</sup> daarop dat die partye tot die verrigtinge nie eens was oor die vraag of die openbare mening ten gunste van die behoud van die doodstraf is nie. Die Prokureur-Generaal het in sy argument aangevoer dat die openbare mening wel ten gunste van doodstraf is en dat dit duidelik blyk uit koerantartikels, debatte in die media, briewe aan koerante en voorstelle aan die regering. **Chaskalson** neem egter aan dat die openbare mening ten

---

<sup>20</sup> 1996 11 SA Publiekreg 120

<sup>21</sup> 703 Paragraaf (87)

gunste van die behoud van die doodstraf is. Volgens **Didcott**<sup>22</sup> is dit nie vir die hof moontlik om met sekerheid vas te stel wat die openbare mening is nie, maar ook hy aanvaar dat die openbare mening ten gunste van die behoud van die doodstraf is.

**Kentridge**<sup>23</sup> sê dat daar nie 'n referendum oor die onderwerp was nie en dat daar dus geen bewys van openbare aanvaarding van die doodstraf voor die hof is nie. Hy meen egter dat die algemene tendens eerder teen die behoud van die doodstraf as vir die behoud daarvan is. Volgens **Mokgoro**<sup>24</sup> is die bronne van openbare mening onwetenskaplik en kan daar geen waarde aan geheg word nie. **Kriegler, Madala en Mahomed** impliseer in hulle uitsprake dat die openbare mening waarskynlik die behoud van die doodstraf steun, alhoewel hulle dit nie eksplisiet sê nie.

Die werklike openbare mening oor die doodstraf in Suid-Afrika is dus onseker. Geen referendum of meningsopname is gehou nie en selfs die regters is onseker en verskil daaroor. Alhoewel die media groot opwag gemaak het oor die openbare ongelukkigheid oor die uitspraak, is dit so dat die negatiewe eerder deur die media aangeblaas word as die positiewe. Dit is na my mening in elk geval onwaarskynlik dat 'n referendum die publieke steun vir die behoud van die doodstraf sou toon, veral indien dit in gedagte gehou word dat die ANC tydens die 1994 verkiesing asook die daaropvolgende plaaslike verkiesings 'n landswye oorwinning behaal het. Dit is immers hoofsaaklik die ANC wat vir soveel jare vir die afskaffing van die doodstraf geveg het ten spyte van die onlangse optimistiese uitlatings deur lede van die

---

<sup>22</sup> 739 Paragraaf (188)

<sup>23</sup> 745 Paragraaf (201)

<sup>24</sup> 770 Paragraaf (305)

ANC<sup>25</sup> dat die party sy standpunt oor die doodstraf heroorweeg. Die stelling dat die openbare mening wel ten gunste van die behoud van die doodstraf is, is dus ongetoets en dun om die lyf. Eers indien dié probleem opgelos is, kan dit ernstig oorweeg word of die openbare mening 'n invloed op die hof se uitspraak behoort te hê.

## 2.2 DIE RELEVANSIE VAN DIE OPENBARE MENING IN DIE HERSIENINGSPROSES

Die algemene standpunt waarvan die hof uitgaan is dat die openbare mening nie relevant is by die hersieningsproses nie.<sup>26</sup> **Kentridge**<sup>27</sup> sê dat, indien die openbare mening oor die doodstraf duidelik en seker was, dit nie heeltemal geïgnoreer kan word nie. Ongelukkig gaan hy geensins verder om te verduidelik op welke wyse dit in ag geneem moet word nie. **Chaskalson**<sup>28</sup> sê in sy uitspraak dat die openbare mening wel 'n rol mag speel by die hof se hersieningstaak, maar dat dit nie 'n plaasvervanger vir die uitvoering van die hof se plig kan wees nie. Ook **Chaskalson** sê nie welke rol die openbare mening sou speel nie.

Die boodskap is duidelik: die openbare mening speel nie 'n rol in *Makwanyane* nie. Die hof sien dit nie as sy taak om uitvoering aan die openbare mening te gee nie. Hierdie slotsom is myns insiens inderdaad korrek, soos wat ek in die bespreking wat volg, sal probeer aandui.

<sup>25</sup> Maduna supra 193 voetnoot 2; Schabas supra op 139 Voetnoot 86 verwys na 'n artikel in die Weekly Mail & Guardian van Februarie 17 - 23 1995 op 13 waar beweer is dat ten minste vyf van die elf regters reeds voor die uitspraak te kenne gegee het dat hulle die afskaffing van die doodstraf steun; "Spirit of the Constitution Counts" The Star: 5 September 1996; Volgens 'n artikel in Die Beeld: 6 September 1996 het Mnr Mandela dit duidelik gemaak dat die ANC nie sy besluit oor die doodstraf sal heroorweeg nie

<sup>26</sup> Sien uitsprake van regters Didcott, Kriegler, Madala, Mahomed en Mokgoro

<sup>27</sup> 745 Paragraaf (200)

<sup>28</sup> 703 Paragraaf (88)

### 2.3 DIE TAAK EN ROL VAN DIE KH BY HERSIENING

Die Grondwet bevat verskeie belyings oor wat die hof se rol en taak is en hoe dit sy pligte en bevoegdhede moet uitoeven. Onder die opskrif "*Oppergesag van die Grondwet*" bepaal Artikel 4:

*"Hierdie Grondwet is die hoogste reg van die Republiek en enige wet of handeling wat met die bepaling onbestaanbaar is, is, tensy uitdruklik of by noodwendige implikasie anders in die Grondwet bepaal, nietig in die mate wat dit aldus onbestaanbaar is".*

Volgens Artikel 35(1) moet 'n geregshof:

*"by die uitleg van die bepaling van hierdie Hoofstuk ..... die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid ten grondslag lê, bevorder ....."*.

Artikel 35(3) bepaal:

*"By die uitleg van enige wet en die toepassing en ontwikkeling van die gemenerereg en gewoontereg, neem die hof die gees, strekking en oogmerke van hierdie Hoofstuk behoorlik in ag".*

Artikel 96(2) bepaal:

*"Die regsprekende gesag is onafhanklik, onpartydig en onderworpe slegs aan hierdie Grondwet en die reg".*

En Artikel 98(2)

*"Die Konstitusionele Hof het jurisdiksie in die Republiek as die hof van finale instansie oor alle aangeleenthede met betrekking tot die uitleg,*

*beskerming en afdwinging van die bepalings van hierdie Grondwet".*

Indien die Grondwet die oppergesag is en die KH die hof van die finale instansie is, is dit die hof se taak om uiting te gee aan die bepalings en waardes wat in die Grondwet gevind kan word. Die hof in *Makwanyane* toon die toewyding om 'n nuwe kultuur van menseregte te kweek en om die oppergesag van die Grondwet te handhaaf.<sup>29</sup> Om dit te bewerkstellig is die status, openbare beeld en geloofwaardigheid van die hof natuurlik van kardinale belang. Die hof moet onafhanklik wees en vry van politieke invloed.<sup>30</sup> Verder moet dit toesien dat die uitvoerende gesag en die wetgewer binne die raamwerk van die Grondwet bly.<sup>31</sup> In 'n regstaat is die regering gebonde aan sekere regswaardes in die uitoefening van hulle gesag en is dit dus 'n staat waar die reg bepalend is. Volgens die beginsel van die *trias politica* moet daar altyd 'n duidelike skeiding van magte wees tussen die wetgewer, die uitvoerende gesag en die regsprekende gesag. Die een is nie onderworpe aan die ander nie en dit word bewerkstellig deur 'n sisteem van wigte en teenwigte. In die Kanadese saak *Hunter et al v Southam Inc*<sup>32</sup> waar die verskil in die interpretasie van 'n Grondwet en dié van statute bespreek is, sê **Dickson** dat 'n Grondwet opgestel word met 'n oog op die toekoms. Die funksie van die Grondwet is om 'n volgehoue raamwerk daar te stel vir die wettige uitoefening van regeringsmagte en, indien 'n menseregte handves by die Grondwet ingesluit is, vir die aktiewe beskerming van menseregte en vryhede. Die hof is die bewaarder van die Grondwet en moet, wanneer die bepalings van die Grondwet geïnterpreteer word, hierdie funksie in ag neem.

---

<sup>29</sup> Klug supra op 70

<sup>30</sup> Forsyth supra op 16 - 17

<sup>31</sup> Davis supra op 103 - 104

<sup>32</sup> (1985) 11 DLR (4th) 641 op 649

**Chaskalson**<sup>33</sup> stel dit duidelik dat die hof moet bepaal of die Grondwet die doodstraf toelaat, en nie wat die meerderheid Suid-Afrikaners daarvan dink nie. Indien die openbare mening bepalend was, sou daar geen nut vir die konstitusionele hersieningsproses gewees het nie. Die doel van die nuwe bestel, waarvan die KH met die mag van hersiening van alle wetgewing deel uitmaak, is juis om die regte van die minderhede te beskerm. Dit is die hof se plig om op te tree as onafhanklike beoordelaar. **Chaskalson** beseft dat die hof se uitspraak 'n nadelige uitwerking op die hof se beeld, reputasie en geloofwaardigheid kan hê en sê self dat dit beter sou wees indien die skrywers van die Grondwet duidelik bepaal het of die doodstraf bestaansreg het of nie.<sup>34</sup>

Ook **Didcott** meen dat die vraag oor die doodstraf 'n konstitusionele een is.<sup>35</sup> Die hof kan nie sy taak aan die Parlement deleger of die vraag vermy nie. Volgens **Kentridge**<sup>36</sup> is die taak om oor die doodstraf te beslis deur die skrywers van die Grondwet aan die KH opgedra. Deur aan die openbare mening gehoor te gee, sal die hof sy plig versuim. **Kriegler** is van mening dat sy persoonlike standpunt oor die doodstraf nie relevant is nie. Ook die hof en die Parlement se standpunte is nie ter sake nie. Die vraag is wat die Grondwet daarvan sê.<sup>37</sup> By die beantwoording van die vraag voor die hof is die proses wat gevolg moet word essensieel 'n regsproses, en nie moreel of filosofies van aard nie. Volgens **Madala**<sup>38</sup> is die taak van die hof om die Grondwet te interpreteer soos dit geskryf staan. Die regters moet die Grondwet verdedig en enige wet moet beoordeel word volgens die

---

<sup>33</sup> 703 Paragraaf (87)

<sup>34</sup> 675 Paragraaf (5)

<sup>35</sup> 739 Paragraaf (188)

<sup>36</sup> 741 Paragraaf (192)

<sup>37</sup> 747 Paragraaf (206)

<sup>38</sup> 757 Paragraaf (256)

standaarde en maatstawwe in die Grondwet neergelê. Die hof móét die grondwetlike beskermingsmeganismes implementeer.

**Mahomed**<sup>39</sup> wys daarop dat die metode wat die hof volg heeltemal verskillend is van die metodes om die openbare mening te bepaal. Die hof werk essensieel met 'n regsproses. Die hof moet die relevante bepalinge van die Grondwet bestudeer en deur middel van interpretasie bepaal wat konstitusioneel toelaatbaar is. **Mokgoro**<sup>40</sup> verwys na die Ciskeise beslissing *Bongopi v Council of State Ciskei* waar die hof op die interpretasie van wette ingaan<sup>41</sup> en waar **Pickard** sê dat dit nie die hof se taak is om wette te maak nie maar om dit af te dwing. Sy stem saam met **Madala** en sê dat die hof moet besluit oor die konstitusionaliteit al dan nie van die doodstraf en nie in 'n debat oor die wenslikheid daarvan betrokke raak nie. Die hof moet verseker dat minderhede nie van hulle konstitusionele regte ontnem word nie. Ook volgens **Sachs**<sup>42</sup> moet die hof die Grondwet interpreteer en moet die resultaat 'n suiwer regsuitspraak wees. Die doel van die hersieningsproses is om die waardes en besluite van die gemeenskap soos opgeteken in die Grondwet te beskerm teen die korttermyn en ondeurdagte menings van mense.<sup>43</sup>

Die standpunte van die meerderheid van die regters is in ooreenstemming met die beslissing in die VSA wat oor die afskaffing van die doodstraf handel. In die Amerikaanse beslissing *Furman v Georgia*<sup>44</sup> waarin oor die konstitusionaliteit van die doodstraf beslis is en waarna **Chaskalson** verwys, beslis die hof dat die bepaling van

---

<sup>39</sup> 759 Paragraaf (266)

<sup>40</sup> 769 Paragraaf (301)

<sup>41</sup> 1992 (3) SA 250 (CK) op 265 H - I

<sup>42</sup> 770 Paragraaf (305)

<sup>43</sup> Sunstein C "The Partial Constitution" (1993) op 23

<sup>44</sup> 408 US 238 (1972)



die openbare mening nie 'n funksie van die hof is nie en in *People v Anderson*<sup>45</sup> wat ook oor die doodstraf gehandel het en spesifiek oor die vraag of die doodstraf wreed is volgens die bepalings van die Grondwet van Kalifornië wat wrede en ongewone straf verbied, sê die hof dat wette bestudeer moet word teen die agtergrond van die konstitusionele mandaat en dat verseker moet word dat die waarborg van menseregte, 'n realiteit is. In *West Virginia State Board of Education v Barnette and Others*<sup>46</sup> bespreek die hof ook die belang van die openbare mening en die moontlike invloed daarvan op 'n hof se uitspraak. Die hof sê dat die doel van 'n menseregte handves juis is om sekere onderwerpe uit die arena van politieke kontroversie te onttrek en om dit as regsbeginsels te vestig wat deur die howe toegepas moet word.

Alhoewel die hof in *Makwanyane* dit duidelik maak dat dit nie sy rol is om uiting te gee aan die openbare mening nie, besef die hof terselfdertyd dat die gemeenskap moontlik krities teenoor die uitspraak sal staan. Dit is dus wel sentraal tot die geloofwaardigheid van die hof en daarom word breedvoerig uitgewy oor die eintlike taak van die hof.

#### 2.4 RIGLYNE VERVAT IN DIE GRONDWET SELF BY HERSIENING

Die Grondwet gee duidelike riglyne in verband met die hersieningsproses. Artikel 35 bepaal naamlik dat die hof by die uitleg van die bepalings van Hoofstuk 3 (menseregte handves), die waardes van 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid moet bevorder. Soortgelyke riglyne word in Artikel 33<sup>47</sup> gevind. Dit is juis die interpretasie van die riglyne wat problematies

---

<sup>45</sup> 493 US 880 (1972)

<sup>46</sup> 319 US 625 (1942)

<sup>47</sup> Die beperkingsklousule

is. Mens kan redeneer dat die openbare mening en die waardes van die samelewing twee kante van dieselfde munt is. Op die aspek kom ek weer terug.

#### 2.4.1 WAARDEBESLISSINGS EN DIE WAARDES VERVAT IN DIE GRONDWET

Artikel 35(3) bepaal dat, by die uitleg van enige wet en die toepassing en ontwikkeling van die gemenereg en die gewoontereg, die hof die gees, strekking en oogmerke van die Hoofstuk<sup>48</sup> in ag moet neem. In die lig hiervan erken die hof dan ook dat sy uitspraak 'n waarde-beslissing behels. Individueel toon die regters ook aan waar die konstitusionele waardes gevind moet word. Uit hulle uitsprake blyk dit dat die openbare mening nie deel uitmaak van hierdie waardes nie.

**Didcott**<sup>49</sup> erken in sy uitspraak dat die vraag oor die doodstraf 'n waardebeslissing vereis. Dit is 'n area waar persoonlike opinies verskil en die howe moet waak teen subjektiwiteit. Hy verwys na verskeie buitelandse hofbeslissings en bevind dat die gepaste norme daardie norme is wat gevind word in die mensliewende en humanistiese filosofie wat die Grondwet ten grondslag lê.

**Kentridge**<sup>50</sup> verwys ook na Artikel 35 en sê dat die hof verplig is om die verskillende praktyke van die gemeenskap te oorweeg. Hy verwys na die begrip "*evolving standards of decency*" wat aanvanklik deur **Warren** gebruik is in die

---

<sup>48</sup> Hoofstuk 3 van die Interim Grondwet

<sup>49</sup> 733 Paragraaf (177)

<sup>50</sup> 743 Paragraaf (198)

Amerikaanse beslissing *Trop v Dulles*<sup>51</sup> waar die hof moes beslis oor welke strawwe toelaatbaar is ingevolge die Agtste Wysiging tot die Amerikaanse Grondwet. **Warren** is van mening dat die waardes van 'n gemeenskap en sy standarde van fatsoenlikheid voortdurend verander. Die risiko verbonde aan hierdie begrip is dat mens sondermeer kan aanneem dat die siklus van evolusie, volgens mens se eie standpunte, wel verwesenlik is.<sup>52</sup>

**Kriegler**<sup>53</sup> meen dat die regsproses nie binne 'n etiese vakuum funksioneer nie. In die hersieningsproses moet noodwendig waardebeslissings gemaak word. Die beginpunt van 'n hof se ondersoek, die raamwerk waarbinne dit plaasvind en die gevolgtrekking, moet egter 'n regsbasis hê. **Langa**<sup>54</sup> is van mening dat die waardes van 'n meer volwasse gemeenskap wat gegrond is op morele oortuiging eerder as dwang, op 'n voorbeeld, eerder as sameswering, implisiet in die bepalings en strekking van die Grondwet vervat is. Die hof moet 'n kultuur van respek vir menslike lewe en waardigheid, gebaseer op die waardes in die Grondwet vervat, kweek. Hy verwys ook na die waardes onderliggend aan *ubuntu*<sup>55</sup> en sê dat 'n nasie se handeling beïnvloed moet word deur die hoë waardes wat gereflekteer word deur 'n nasie se beskaafdheid.

**Mahomed**<sup>56</sup> verduidelik dat die slotsom wat die hof bereik, 'n

---

<sup>51</sup> 356 US 86 (1958)

<sup>52</sup> Thomson v Oklahoma 487 US 815 (1988)

<sup>53</sup> 747 Paragraaf (207)

<sup>54</sup> 751 Paragraaf (222)

<sup>55</sup> Die term "ubuntu" word aangetref in die Naskrif tot die Grondwet onder die opskrif "Nasionale eenheid en versoening" en kan vertaal word met "mede-menslikheid"

<sup>56</sup> 763 Paragraaf (278)

waardebeslissing inhou en dat dit objektief geformuleer moet word met verwysing na onder andere die gewone betekenis van die woorde van die teks, die versoenbaarheid met ander regte in die handves en die filosofie verwoord in die Voor- en Naskrif tot die Grondwet. Ook **Mahomed** verwys na *ubuntu* en die duidelike breek wat die nuwe konstitusionele bestel met die verlede maak.

Soos **Mahomed**, meen **Mokgoro**<sup>57</sup> dat die waardes waarna in Artikel 35 verwys word, in die Grondwet gevind kan word. Daar word dikwels by konstitusionele interpretasie na 'n waardesisteem buite die teks verwys en hierdie waardes kan behulpsaam wees om die betekenis van die teks te verduidelik en te verklaar. Volgens haar kan 'n inklusiewe waardesisteem of algemene waardes in Suid-Afrika die basis vorm vir 'n verdere ontwikkeling van 'n Suid-Afrikaanse menseregte regspleging en is *ubuntu* ingesluit in so 'n sisteem. Om objektiwiteit te behou moet die hof egter in sy interpretasie van wat 'n oop en demokratiese samelewing is na internasionale norme en buitelandse beslissings kyk.<sup>58</sup>

**O Regan**<sup>59</sup> sê dat die waardes in Artikel 35 verwys nie na daardie waardes wat deel uitgemaak het van ons verlede verwys nie. Artikel 35 verplig die hof om vorentoe te kyk. **Sachs**<sup>60</sup> stem hoofsaaklik saam met **Mokgoro** maar meen dat

---

<sup>57</sup> 768 Paragraaf (300)

<sup>58</sup> Carpenter 1996 11 SA Publiekreg supra op 118 is van mening dat Mokgoro se standpunt versigtig benader moet word. Selfs by die interpretasie van gewone wette en die gemenerereg is dit baie gevaarlik om te reik na die waardes van die gemeenskap as 'n buiteregterlike wyse om tekortkominge aan te vul. Feite en faktore wat nie uitdruklik in die Grondwet genoem word nie, kan in ag geneem word vir doeleindes van die identifisering van die waardes vervat in die Grondwet. Dit is egter 'n heeltemal ander saak om na 'n hele waardesisteem buite die teks van die Grondwet te verwys

<sup>59</sup> 775 Paragraaf (321)

<sup>60</sup> 784 Paragraaf (361)

die hof kennis moet neem van tradisies, gelowe en waardes van alle sektore van die Suid-Afrikaanse gemeenskap.

Dit blyk uit die uitspraak dat die regters almal van mening is dat 'n waardebeslissing gemaak moet word en dat die waardes wat gevind moet word, in die bepalings van die Grondwet geïnkorporeer is. *Ubuntu*, egter, het verskeie regters beïnvloed. Dit is 'n stel waardes wat in die Grondwet genoem word maar nie inherent aan die Grondwet is nie. Dit wil lyk of daar teruggeval word op waardes buite die teks van die Grondwet. **Carpenter**<sup>61</sup> wys daarop dat alle Grondwette onderliggende waardes het, of dit in die teks daarvan voorkom of nie. Sy waarsku dat die gebruikmaking van waardes buite die teks met omsigtigheid behandel moet word.<sup>62</sup> Dit kan wel gebruik word om die waardes in die Grondwet te identifiseer. In die verband moet die hof die Grondwet as geheel lees en alle beskikbare inligting en materiaal in ag neem om die tersaaklike waardes te bepaal.

**Kruger**<sup>63</sup> verwys na die beslissing *Ex Parte Attorney General Namibia in re Corporal Punishment by Organs of State*<sup>64</sup> wat oor die vraag oor die konstitusionaliteit van die doodstraf handel en waarin **Berker** bevind het dat 'n waardebeslissing nie gemaak kan word deur blote verwysing na regsreëls en regspresedente nie. Daar moet ook kennis geneem word van sosiale omstandighede, ondervindings en persepsies van die

---

<sup>61</sup> Carpenter G "The South African Constitutional Court: Taking Stock of the Early Decisions" in Human Rights Constitutional Law Journal of Southern Africa Vol 1 No 1 24 op 28

<sup>62</sup> 1996 11 SA Publiekreg supra op 118 - 119

<sup>63</sup> Kruger J "Towards a New Interpretative Theory" in Kruger J & Currin B Interpreting a Bill of Rights (1994) Juta 103 op 113

<sup>64</sup> 1991 (3) SA 76 (Nm)

gemeenskap. In dieselfde beslissing sê **Mahomed**<sup>65</sup> dat 'n waardebeslissing gemaak moet word met inagneming van hedendaagse norme, begeertes, verwagtinge en sensitiwiteite van die Namibiese mense, soos dit uitdrukking vind in die Namibiese Grondwet.

Volgens **Kruger**<sup>66</sup> is die teks aanduidend van die onderliggende waardes, gees, strekking en doelwit van die Grondwet. Die hof gee betekenis aan 'n waardesisteem deur tekstuele en kontekstuele faktore in ag te neem. In beide **Berker** en **Mahomed** se uitsprake hierbo na verwys, is die relevante waardes wat oorweeg moet word konstitusioneel verbandhoudend, deel van die menseregte filosofie of daardie waardes in die Grondwet.

**Mohamed** se uitspraak word deur **Kruger** aanbeveel, omdat dit nie die area van juridies-ongekwalifiseerde perspektiewe en ander standpunte in ag neem nie. Die eksistensiële konteks moet beperkend aangewend word. Die hof moet hulself beperk tot die konstitusioneel relevante konteks en die eksistensiële omgewing moet net in buitengewone omstandighede in ag geneem word, soos wanneer 'n spesifieke situasie dit vereis of 'n gepaste waarde nie uit die teks self verkry kan word nie. Elke gemeenskap het gemeenskaplike norme en waardes. Dit is deel van 'n gemeenskap se geskiedenis. Wanneer daar egter 'n Grundnorm-tipe Grondwet geld (soos Suid-Afrika tans het), moet waardes nie ongekwalifiseerd toegepas word nie aangesien dit die essensie van die Grondwet sal negeer.

---

<sup>65</sup> Supra op 86

<sup>66</sup> Supra op 125

Dit is dus die hof se taak om die toepaslike waardes te vind. In Suid-Afrika is hierdie waardes in die Grondwet vervat en moet die hof dit lewend maak. Indien daar onduidelikheid is oor wat presies die waardes is, kan die hof kontekstueel te werk gaan, maar dit moet met omsigtigheid geskied. 'n Waardesistiem soos die openbare mening wat buite die teks is, behoort nie in die proses geïnkorporeer te word nie.<sup>67</sup> Dit is egter so dat die lyn tussen die waardes wat in die teks van die grondwet gevind word en die waardes buite die teks, nie altyd maklik te trek is nie.

#### **2.4.2 DIE VERSKIL TUSSEN DIE AARD VAN WAARDES EN DIE AARD VAN DIE OPENBARE MENING**

'n Aspek wat hiermee verband hou is die presiese verskil tussen die aard van waardes en die aard van openbare mening.

**Didcott**<sup>68</sup> wys daarop dat die openbare mening dikwels misleidend en ongegrond is, en daarom nie die hof se beslissing kan beïnvloed nie. Volgens **Kentridge**<sup>69</sup> kan die openbare mening maklik verander na gelang openbare buie en publieke belange verander. Hy stel verder voor dat 'n onderskeid getref moet word tussen standarde van betaamlikheid en openbare mening. Wat wel nie baie duidelik is nie, is hoe die onderskeid getref moet word. **Mokgoro**<sup>70</sup> sê dat waardes nie dieselfde is as wisselende openbare mening nie. Die waardes waarna in Artikel 35 verwys word, is nie gebaseer op oningeligte en bevooroordeelde openbare mening nie. Dit is moeilik om die rol

---

<sup>67</sup> Carpenter 1996 11 SA Publikereg supra op 118

<sup>68</sup> 740 Paragraaf (188)

<sup>69</sup> 745 Paragraaf (200)

<sup>70</sup> 770 Paragraaf (305)

van die openbare mening en standarde van betaamlikheid te versoen. Sy haal aan uit die bekende beslissing in *Dudgeon v United Kingdom*<sup>71</sup> waar bepaal is dat die reg in 'n demokrasie altyd in voeling moet bly met die morele konsensus van die gemeenskap. Die reg moet terselfdertyd onderskei tussen standhoudende waardes en openbare mening. Die hof se taak is om die standhoudende waardes te identifiseer en daarop te fokus.

In *S v Williams and Others*<sup>72</sup> wat handel oor die afskaffing van lyfstraf, bevind Langa dat die verhouding tussen kontemporêre standarde van betaamlikheid en openbare mening onseker is en dat die twee begrippe beslis nie sinonieme is nie. Enige hof sal waardes veel makliker aanvaar as die openbare mening by die bepaling van die konstitusionele geldigheid van 'n bepaling.

**Vidmar en Ellsworth**<sup>73</sup> meen dat die openbare mening verwerp moet word indien dit gebaseer is op onkunde en oningeligtheid. Volgens **Carpenter**<sup>74</sup> is die openbare mening te onbestendig om as basis te dien vir 'n regsbeslissing, en dit kan selfs irrasioneel wees. **Braithwaite**<sup>75</sup> is van mening dat 'n gemeenskap se waardes onderskei moet word van 'n gemeenskap se mening of houding. Waardes hou verband met bepaalde doelwitte en objektiewe en is meer standvastig en permanent as 'n mening of houding. Houdings of menings, aan die ander kant, hou verband met 'n spesifieke situasie en is meer kortstondig. In die openbare mening word houdings,

---

<sup>71</sup> (1982) 4 EHRR 149

<sup>72</sup> 1995 (3) SA 632 (CC)

<sup>73</sup> Vidmar J en Ellsworth M "Public Opinion and the Death Penalty" 1975 26 Stanford Law Review 1245

<sup>74</sup> Carpenter G "Constitutional Court sounds the Death Knell for Capital Punishment" 1996 (59) THRHR 145 op 165

<sup>75</sup> 1995 Sydney LR 351, aangehaal deur Carpenter in 1996 SA Publikereg Supra op 9 - 10



eerder as waardes gereflekteer. Waardes het wel 'n effek op houdings, maar dit is moontlik dat 'n gemeenskap sekere gemeenskaplike waardes erken, maar terselfdertyd kardinaal verskil oor houdings wat uit die waardes spruit. **Carpenter**<sup>76</sup> is meer skepties oor die onderskeid. Sy kom tot die gevolgtrekking dat die onderskeid tussen waardes en houdings net té toepaslik is om oortuigend te wees. Alhoewel houdings meer kortstondig is as waardes, het waardes nie so 'n inherente kwaliteit soos **Braithwaite** beweer nie. Die verhouding tussen waardes en houdings is te kompleks en genuanseerd om as oplossing te dien.

Behalwe om met **Carpenter** se siening saam te stem, kan ek byvoeg dat die openbare mening gewoonlik bepaal word met verwysing na 'n spesifieke tydstip. Die doel van die bepaling van die openbare mening is om die gemeenskap se siening op 'n sekere tydstip te bepaal, soos byvoorbeeld die opinie oor 'n politieke party of politieke leier voor 'n verkiesing. Hierdie mening is maklik beïnvloedbaar en verskil van tyd tot tyd en van land tot land. Indien die openbare mening miskien oor 'n baie lang tydperk periodiek bepaal word, en konstant bly, kan 'n mens redeneer dat dit nie meer 'n blote mening of houding bly nie, maar 'n gemeenskaplike waarde geword het. Die probleem is dat, ten spyte van die feit dat hierdie oefening nie prakties haalbaar is nie, daar ook nie 'n toets is om te bepaal wanneer 'n houding of mening 'n waarde word nie en hoe lank 'n mening konstant moet bly om as 'n waarde geklassifiseer te word nie.

Die openbare mening is myns insiens eenvoudig te lig in die broek, onstabiel, veranderlik en wisselvallig om 'n invloed op 'n

---

beslissing te hê wat in essensie oor die gemeenskap se waardes handel.

#### **2.4.3 DIE ROL VAN DIE TRIAS POLITICA-LEERSTUK: OPENBARE MENING EN OPENBARE BELEID**

Nog 'n rede wat deur die hof aangevoer word waarom die openbare mening nie 'n invloed op die konstitusionele hersieningsproses behoort te hê nie, is dat die nuwe konstitusionele sisteem gegrond is op die beginsel van die skeiding van magte. Daar is die wetgewende gesag, die uitvoerende gesag en die regsprekende gesag. Die drie arms van die regering funksioneer onafhanklik van mekaar met 'n sisteem van wigte en teenwigte daarby geïnkorporeer. Die KH is nie by magte om die funksie van die wetgewer oor te neem nie. Dit mag nie as 'n super-wetgewer funksioneer nie.

Behalwe Chaskalson se standpunt dat daar geen nut vir konstitusionele hersiening sou gewees het indien die openbare mening bepalend was nie, verklaar hy verder dat die Parlement optree ingevolge 'n mandaat deur die publiek aan hom opgedra. Daarom is die Parlement verantwoording aan die publiek verskuldig vir die wyse waarop hy die mandaat uitvoer.<sup>77</sup> Deur die openbare mening bepalend te maak, sou 'n terugkeer tot Parlementêre soewereiniteit wees. Die funksie van die nuwe konstitusionele bestel en die hersieningsmag wat in die KH setel is juis om die regte van die minderheidsgroepe te beskerm. Daardie regte wat die minderhede nie sou kon beskerm deur die normale demokratiese proses nie. Chaskalson verwys met goedkeuring na Powel se uitspraak in

---

<sup>77</sup> 703 Paragraaf (88)

*Furman v Georgia*<sup>78</sup> waar hy verklaar dat om gehoor te gee aan die openbare mening 'n funksie van die wetgewer is en nie 'n funksie van die hof nie.

Later in die uitspraak<sup>79</sup> bespreek **Chaskalson** die onderwerping van die regbank aan een van die verkose arms van die regering - 'n onderwerping wat veral akueel is wanneer keuses oor beleidsake gemaak moet word. Hy verwys na die beweegruimte wat die Europese Hof aan nasionale regerings toelaat maar voeg by dat hierdie toegewing gesien moet word in die konteks van die ooreenkoms met die Europese Hof dat 'n groot mate van soewereiniteit aan lidlande toegeken word.

**Ackermann**<sup>80</sup> sê in sy uitspraak dat die doel van die Grondwet is om voorsiening te maak vir 'n regstaat waar individue instem om nie die reg in eie hande te neem nie en die staat die verpligting het om die gemeenskap se regte te beskerm.

Volgens **Didcott**<sup>81</sup> is die vraag of die doodstraf afgeskaf moet word onder andere 'n kwessie van beleid waarvoor die Parlement, as verteenwoordiger van die landsburgers, moet besluit. Die vraag is egter ook 'n konstitusionele een en daar kan nie deur die hof, as hof van finale instansie aan die Parlement gedelegeer word nie.

Die aanname van die Grondwet is volgens **Langa**<sup>82</sup> 'n dramatiese breuk met die staatkundige bestel van die verlede.

---

<sup>78</sup> Supra op 443

<sup>79</sup> 709 Paragraaf (105) tot (107)

<sup>80</sup> 731 Paragraaf (168)

<sup>81</sup> 739 Paragraaf (188)

<sup>82</sup> 751 Paragraaf (220)

Dit is 'n nuwe bestel gegrond op demokratiese beginsels en 'n regsproses gebaseer op vryheid en gelykheid. **Mahomed**<sup>83</sup> brei uit oor die verskil tussen politieke besluite en besluite deur die KH. Die wetgewende orgaan oefen politieke diskresie uit met inagneming van die politieke voorkeure van die politieke verkiesingskorps. Openbare mening het 'n regsgeldige en beduidende, soms bepalende invloed op die oplossing van openbare sake. Die regsproses verskil heeltemal hiervan. Die KH bestudeer die bepalings van die Grondwet en besluit dan wat die Grondwet toelaat en wat nie.

**Sachs**<sup>84</sup> meen dat die begrip "*demokrasie*" nie noodwendig inhou dat die wil van die meerderheidsgroep altyd moet seëvier nie. Daar moet 'n gesonde balans gehandhaaf word wat verseker dat die minderheidsgroepe behoorlik en regverdig behandel word en dat misbruik deur die meerderheidsgroep verhoed word.<sup>85</sup> In 'n demokratiese gemeenskap is dit primêr die taak van die Parlement wat direk uitdrukking gee aan die wense van die meerderheid, binne die raamwerk van 'n sisteem gebaseer op fundamentele regte.

**Van der Westhuizen**<sup>86</sup> tref die volgende onderskeid. Aan die een kant is daar die beginsel dat die politieke gesag eerder aan die meerderheid toevertrou moet word. Aan die ander kant is daar die onaanvaarbare eis dat wat die meerderheid met daardie gesag doen, nie onderhewig aan kritiek is nie, en dat daarteen nie weerstand gebied moet word nie. Hy verwys na

---

<sup>83</sup> 759 Paragraaf (266)

<sup>84</sup> 784 Paragraaf (358) tot (361)

<sup>85</sup> 786 Paragraaf (369)

<sup>86</sup> Supra op 2

**Hart**<sup>87</sup> wat sê dat 'n demokrat nie laasgenoemde kan aanvaar nie, maar dat iemand nie 'n demokrat kan wees as hy nie eersgenoemde aanvaar nie.

**Mureinik**<sup>88</sup> bespreek die wegbeweeg vanaf die stelsel van Parlementêre soewereiniteit wat die nuwe konstitusionele bestel te weeg bring. Die Grondwet is 'n historiese brug van kultuur van outoriteit na 'n kultuur waar die uitoefening van gesag geregverdig moet word. Volgens **Davis**<sup>89</sup> is demokrasie 'n proses waardeur die deelname van alle landsburgers bewerkstellig word. In 'n demokrasie het die regbank 'n baie belangrike rol. Dit kan wetgewing ongeldig verklaar, handeling van die uitvoerende gesag hersien en verseker dat die Regering binne die raamwerk, waardes en beginsels van die Grondwet en die handves bly. Dit lyk na 'n teenstrydigheid dat die bestel 'n demokratiese een is waar die KH die mag het om wetgewing en besluite van die uitvoerende gesag te kan hersien. Die balans tussen die erkenning van die reg van die Parlement, as verteenwoordiger van die mense, om sosiale verandering teweeg te bring en die grense van daardie reg wat deur die menseregte handves getrek word, is 'n moeilike een.

**Cameron**<sup>90</sup> bespreek die regbank se plig tot verantwoording en sê dat hierdie plig nie beteken dat die wense van die meerderheid, in 'n demokratiese sin, moet seëvier nie. Dit sou 'n belediging wees vir die beginsel van die skeiding van magte ingevolge waarvan die konstitusionele verantwoordelikhede van die regbank verskil van dié van die wetgewer en die

---

<sup>87</sup> Hart H L A Law, Liberty and Morality (1963) op 79

<sup>88</sup> Mureinik E "A Bridge To Where? Introducing the Interim Bill of Rights" 1994 SAJHR 31 op 32

<sup>89</sup> Supra op 103

<sup>90</sup> Supra op 253

uitvoerende gesag. Die institusionele en substantiewe onafhanklikheid van die regbank is van groot belang.

**Carpenter**<sup>91</sup> stem saam dat die Parlement in beginsel deur die openbare mening beïnvloed mag word, maar nie die howe nie. Ingevolge die demokratiese teorie word die verkiesingskorps in die Parlement verteenwoordig. Dit wat die Parlement vasstel is wat die gemeenskap wil hê - dit wil sê die waardes van die gemeenskap moet gereflekteer word in wetgewing. Dit is egter nie so maklik nie. In die ideale omstandighede kry die verteenwoordigers wat hulle verlang. Indien wetgewing aangeneem sou word waarin daar voorsiening gemaak word vir die doodstraf, sou dit natuurlik steeds deur die hof ongeldig verklaar kon word. Indien voorsiening vir die doodstraf egter in die Grondwet gemaak word, sou dit bykans immuun gewees het, aangesien die Grondwet oppermagtig is en slegs met 'n twee-derde meerderheid onder die kieserspubliek gewysig kan word.<sup>92</sup> Klug wys daarop dat, terwyl die hof 'n finale sê het in die interpretasie van die Grondwet, die ander arms van die regering, naamlik die wetgewer en die uitvoerende gesag op nasionale en plaaslike vlak, bewakers van die Grondwet is deur die gepaste standarde in die administratiewe en politieke funksies te inkorporeer.

### 3. GEVOLGTREKKING EN SAMEVATTING

Die openbare mening het dus nie 'n invloed op die hof se beslissing in *Makwanyane* nie. Om die redes hierbo uiteengesit was dit egter vir die hof noodsaaklik om daaraan oorweging te skenk. Dit lyk of die hof nie die rol van die openbare mening by konstitusionele hersiening in totaliteit verwerp

<sup>91</sup> 1996 11 SA Publiekreg supra op 121

<sup>92</sup> 1996 11 SA Publiekreg supra op 121; Artikel 4(1) van die Grondwet

nie.<sup>93</sup> Die hof laat ongelukkig na om volledig uit te brei tot welke mate, en in welke omstandighede, die openbare mening 'n invloed sou hê. Dit word aan die hand gedoen dat, indien die openbare mening enigsins 'n invloed sou hê, dit sou wees by die interpretasie van die Grondwet en dan slegs in 'n geringe mate wanneer die omstandighede dit vereis, aangesien die waardes en beginsels in die Grondwet opgeteken staan en die Grondwet verskeie aanduidings gee oor hoe die interpretasie daarvan moet geskied. Tog bly die onderwerp altyd interessant en die openbare mening sal na verwagting weer ter sprake kom wanneer die hof oor die aborsie-vraagstuk moet beslis.

Die hof gee 'n verskeidenheid van redes waarom die openbare mening nie die uitspraak kan beïnvloed nie. Alhoewel die redes hierbo afsonderlik bespreek is, is al die aspekte verbandhoudend en moet dit in geheel beskou word. Die openbare mening is onseker en die regters wat meen dat dit ten gunste van die behoud van die doodstraf is, werk volgens 'n veronderstelling. Dit is moeilik om 'n toets daar te stel vir die onderskeid tussen waardes van die gemeenskap en die openbare mening, maar daar bly 'n besliste verskil. Die waardes word met redelike sekerheid en duidelikheid in die Grondwet uiteengesit, in sowel die Voorwoord, die Naskrif en die Grondwetlike Beginsels.

Die Aanhef van die Grondwet verwys uitdruklik na 'n "*soewereine en demokratiese regstaat*". In die demokratiese bestel en regstaat is daar 'n skeiding van magte en het die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag elkeen 'n afsonderlike en unieke rol. Volgens die keuse van alle Suid-Afrikaners is die Grondwet die oppergesag en dra die Grondwet die beskerming van die bepalinge daarvan aan die KH op. Parlementêre soewereiniteit bestaan nie meer nie en, alhoewel die Parlement sensitief moet wees vir die openbare mening, is dit nie die taak van die KH om noodwendig kennis daarvan te neem nie.

---

<sup>93</sup> Zlotnick M "The Death Penalty and Public Opinion" 1996 SAJHR 70 op 78

Die KH is die bes-toegeruste instelling om oor só 'n sensitiewe onderwerp as die doodstraf te beslis. Die vraag oor die doodstraf behoort buite die politieke arena en die emosie van die openbare debat beslis te word. In die debat oor misdaad en geweld word dikwels gesê dat die bekendstelling van 'n menseregte handves en die bevordering van 'n menseregte-kultuur van die bydraende faktore tot misdaad is. Dit is nie waar nie. Die Grondwet poog om 'n regverdige en billike gemeenskap te bevorder en dat daardie persone wat van 'n misdaad aangekla word, 'n regverdige verhoor het en by skuldigbevinding 'n gepaste straf ontvang.

Die redes vir die beslissing in *Makwanyane* is ongelukkig nie genoegsaam aan die publiek verduidelik nie. Die meeste Suid-Afrikaners verstaan nie volkome wat die nuwe konstitusionele bestel behels en hoe dit van Parlementêre soewereiniteit verskil nie. Die taak van die hof is nie (volgens die Grondwet) om as oppergesaghebber uiting te gee aan die openbare wil nie. Dit is van kardinale belang dat die publiek opgelei en ingelig word oor die hof se rol in die demokratiese bestel. 'n Gebrek aan insig en kennis aangaande die nuwe staatkundige bestel is die primêre rede vir die kritiek deur die publiek op die *Makwanyane*-beslissing.



**BIBLIOGRAFIE****A. SUID-AFRIKAANSE TEKSBOEKE**

- 1) Dugard J South Africa's Crisis of Constitutional Democracy. Can the US Constitution Help? (1994) Juta
- 2) Du Plessis L M & Corder H Understanding South Africa's Bill of Rights (1994) Juta
- 3) Kruger J & Currin B Interpreting a Bill of Rights (1994) Juta
- 4) Mandela N Long Walk to Freedom (1994) Macdonald Purnell
- 5) Van Wyk D, Dugard J, De Villiers B & Davis D Rights and Constitutionalism The New South African Legal Order (1994) Juta

**B. SUID-AFRIKAANSE TYDSKRIFARTIKELS**

- 1) Botha H "The values and principles underlying the 1993 Constitution" 1994 SA Publikereg
- 2) Bronstein V "Case Reports" 1996 SAJHR
- 3) Cameron J "Judicial Accountability in South Africa" 1990 SAJHR
- 4) Carpenter G "Constitutional Court Sounds the Death Knell for Capital Punishment 1996 (59) THRHR
- 5) Carpenter G "Public Opinion, the judiciary and legitimacy" 1996 11 SA Publikereg
- 6) Carpenter G "The South African Constitutional Court: Taking Stock of the Early Decisions" The Human Rights Constitutional Law Journal of Southern Africa Vol 1 No 1
- 7) Davis D "Democracy - Its Influence upon the process of Constitutional Interpretation" 1994 SAJHR
- 8) Forsyth C "Interpreting a Bill of Rights: The Future Task of a

---

Reformed Judiciary?" 1991 SAJHR

- 9) Kahn E "The Death Penalty in South Africa" 1970 THRHR
- 10) Klug H "Striking Down Death" 1996 SAJHR
- 11) Ladikos A "Perspectives on capital punishment, death row prisoners and sentencing" (1994) 1 SAS
- 12) Maduna P M "The Death Penalty and Human Rights" 1996 SAJHR
- 13) Mureinik E "A Bridge To Where? Introducing the Interim Bill of Rights" 1994 SAJHR
- 14) Sarkin J "Problems and Challenges Facing South Africa's Constitutional Court: An Evaluation of its Decisions on Capital and Corporal Punishment" 1970 SALJ
- 15) Schabas W A "South Africa's New Constitutional Court Abolishes The Death Penalty" Human Rights Law Journal Vol 16 No 4 - 6
- 16) Van der Westhuizen J "The Protection of human rights and a constitutional court for South Africa: some questions and ideas, with reference to the German experience" 1990 De Jure
- 17) Van Zyl Smit D "Is Capital Punishment Constitutional? The Answer from Hungary" (1994) 3 SAS
- 18) Zlotnick M "The Death Penalty and Public Opinion" 1996 SAJHR

**C. KOERANTARTIKELS**

- 1) Die Beeld 6 September 1996 "ANC sal nie posisie oor doodstraf heroorweeg"
- 2) The Citizen 30 November 1995 "Death Penalty: Signatures Pour In"
- 3) The Star 5 September 1996 "Fearful South Africans want the death penalty"

**D. SUID-AFRIKAANSE HOFBESLISSINGS**

- 1) Bongopi v Council of State Ciskei 1992 (3) SA 250 (CK)
- 2) S v Makwanyane 1995 (6) BCLR 665 (CC)
- 3) S v Williams and Others 1995 (3) SA 632 (CC)

**E. BUITELANDSE BOEKE**

- 1) Hart H L A Law, Liberty and Morality (1963)
- 2) Sunstein C The Partial Constitution (1993)

**F. BUITELANDSE TYDSKRIFARTIKELS**

- 1) Vidmar J & Ellsworth M "Public Opinion and the Death Penalty" 1975 Stanford Law Review

**G. BUITELANDSE HOFSAKE**

- 1) Dudgeon v United Kingdom (1982) 4 EHRR
- 2) Ex Parte Attorney General Namibia: in re Corporal Punishment by Organs of State 1991 (3) SA 76 (Nm)
- 3) Furman v Georgia 408 US 238 (1972)
- 4) Hunter et al v Southam Inc (1985) 11 DLR (4th)
- 5) People v Anderson 493 US 880 (1972)
- 6) Thomson v Oklahoma 487 US 815 (1988)
- 7) Trop v Dulles 356 US 86 (1958)
- 8) West Virginia State Board of Education v Barnette and Others 319 US 625 (1942)